



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione su contrasto ricorso n. 3775/2011 (Rif. foglietto 127/2012)

Rel. n. 126

Roma, 28 giugno 2012

Oggetto: IMPUGNAZIONI CIVILI - APPELLO - CITAZIONE IN APPELLO - Atto di appello privo dell'espresso avvertimento di cui all'art. 163, terzo comma n. 7, cod. proc. civ. - Conseguenze - Nullità - Configurabilità o meno.

SOMMARIO:

- 1. L'ordinanza di rimessione al Primo Presidente.**
- 2. Gli avvertimenti come strumenti di tutela.**
 - 2.1 In materia penale.**
 - 2.2 In materia civile.**
 - 2.3 In altri settori dell'ordinamento.**
- 3. L'avvertimento di cui all'art. 163, terzo comma, n. 7 cod. proc. civ. nei giudizi d'impugnazione.**
- 4. Conseguenze della mancanza dell'avvertimento:**
 - 4.1 Nullità dell'atto introduttivo dell'appello ed eventuali sanatorie.**
 - 4.2 Validità dell'atto.**

1. L'ordinanza di rimessione al Primo Presidente.

Con ordinanza interlocutoria del 26 marzo 2012, n. 4478, la prima sezione rimetteva gli atti del procedimento R.G. n. 3775/2011 al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite. Il collegio osservava che in tema di giudizio di appello si era nel tempo coagulato un contrasto sulla necessità o meno che il relativo atto introduttivo contenesse, a pena di nullità, l'avvertimento di cui all'art. 163, terzo comma, n. 7, cod. proc. civ. (cui rinvia l'art. 342 cod. proc. civ.) in ordine ai

termini di costituzione ed alle decadenze conseguenti alla sua tardività (artt. 166 e 167 cod. proc. civ.).

Infatti, un primo orientamento afferma l'applicabilità, in base ai richiami di cui agli artt. 359 e 342 c.p.c., della disciplina dettata dall'art. 163 c.p.c., comma 3, n. 7 (cfr. Cass. n. 970 del 2007, n. 4208 del 2009; alle quali si aggiunga Cass. n. 22024 del 2009).

In tema cfr. anche Cass. n. 6820 del 2002, n. 1116 del 2003, n. 13847 del 2004, n. 17951 del 2008) osservando che *“per effetto delle innovazioni introdotte dalla L. n. 353 del 1990, tra gli elementi che la citazione in appello deve contenere - in virtù del richiamo operato dall'art. 342 c.p.c., comma 1, - vi è anche l'avvertimento di cui all'art. 163 c.p.c., comma 3, n. 7, che la costituzione tardiva implica le conseguenti decadenze, le quali, pur se non possono consistere nelle situazioni previste per il giudizio di primo grado in quanto non vi è luogo in appello per l'applicabilità dell'art. 167 cod. proc. civ., consistono invece nelle decadenze proprie del giudizio di gravame (in particolare con riferimento al diritto di proporre impugnazione incidentale e alla facoltà di riproporre le eccezioni disattese, nonché le questioni non accolte o ritenute assorbite nel primo giudizio). Ne consegue che, essendo esso posto a garanzia della parte appellata, quando l'atto introduttivo del giudizio d'appello non contiene l'avvertimento che la costituzione tardiva implica le conseguenti decadenze di cui all'art. 163 c.p.c., comma 3, n. 7, in mancanza di costituzione dell'appellato il giudice ne dichiara la nullità e ne ordina la rinnovazione”* (così la sentenza n. 970/2007, rv. 598899).

Si è inoltre ritenuto (Cass. sez. unite n. 15783 del 2005, n. 16877 del 2007, n. 17474 del 2007, n. 22024 del 2009) che alla nullità dell'atto di citazione in appello sia applicabile il disposto dell'art. 164 c.p.c.: *“in tema di nullità della citazione, la mancata, completa indicazione, da parte dell'attore, del giorno dell'udienza di comparizione con il contestuale invito al convenuto a costituirsi nel termine di 20 giorni prima dell'udienza ed a comparire dinanzi al giudice designato ex art. 168 bis c.p.c., con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini comporta le decadenze di cui all'art. 167, implica la nullità della citazione medesima, non potendosi ritenere sufficiente, all'esito della nuova formulazione del ricordato art. 163 c.p.c. (disposizione applicabile in appello in virtù del rinvio previsto dall'art. 342 c. p. c. oltre che dall'art. 359 c. p. c.), il mero, generico rinvio ai termini di cui all' art. 166 c.p.c.”* (cfr. Cass. n. 13652 del 2004, rv. 574802 **all. 18**; conf. Cass. n. 27340 del 2011 *cit.*).

Una diversa recente opzione interpretativa, al contrario (sentenza n. 28676 del 2011, ribadita da Cass. n. 30603 del 2011, alle quali deve aggiungersi anche Cass. n. 30652 del 2011), discostandosi dal precedente orientamento, ha affermato che: *“un'interpretazione costituzionalmente orientata, alla luce del principio del giusto processo dalla durata ragionevole (art. 111 Cost.), della disciplina di riferimento applicabile, impedisce di ritenere la nullità dell'anzidetto atto introduttivo del gravame in assenza dell'avvertimento di cui all'art. 163 c.p.c., comma 3, n. 7, (cui rinvia l'art. 342 cod. proc. civ.) in ordine ai termini di costituzione ed alle decadenze conseguenti alla sua tardività (artt. 166 e 167 cod. proc. civ.), proprio sul rilievo che il soggetto che concretamente riceve la notificazione è in grado, per le cognizioni tecnico-giuridiche delle quali deve presumersi sia professionalmente dotato, di apprezzare adeguatamente il contenuto dell'atto, anche se in esso non siano stati trascritti elementi che, tuttavia, possano agevolmente desumersi dai richiami normativi ivi contenuti, come quello, seppur generico, all'art. 166 cod. proc. civ.”* (Cass. n. 28676/2011, rv. 620595).

2. Gli avvertimenti come strumenti di tutela.

Al pari di quanto si riscontra nel linguaggio corrente ove il termine “avvertimento” è usato per rendere consapevole di un possibile accadimento futuro, senza incidere sulla libertà di decisione, nel linguaggio del legislatore processuale tale termine mira a richiamare l’attenzione del destinatario sull’esistenza di una determinata situazione giuridica che lo riguarda, senza intaccare la sua sfera di determinazione. Quest’ultima caratteristica è quella che differenzia l’avvertimento dalle esortazioni ovvero dalle ammonizioni che, al contrario, mirano a stimolare ovvero ad impedire un certo comportamento.

“L’avvertimento assolve ad una precisa funzione di garanzia, rappresentando l’esistenza di situazioni giuridiche che un soggetto normalmente sfornito di cognizioni tecniche altrimenti non sarebbe in grado di conoscere e di esercitare: esigenza difficilmente contestabile sul piano del rispetto delle regole minime dell’effettività del contraddittorio e dell’esercizio del diritto di difesa” (cfr. V. Garofoli, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Giuffrè 1983, pag. 2, **all. A**).

Gli avvertimenti, insomma, si collegano alla più ampia problematica dell’ignoranza della legge e dell’esigenza di evitare che questa si ritorca a danno proprio dei titolari dei diritti, non consentendo loro di avvalersene (cfr. V. Garofoli, cit. pag. 3, **all. A**). Si tratta di assicurare a “tutti” - quindi di applicare il principio di eguaglianza sostanziale - la possibilità di trarre beneficio dalle situazioni favorevoli riconosciute dall’ordinamento ovvero di evitare che sia realizzino situazioni sfavorevoli derivanti dal mancato esercizio di poteri, facoltà o diritti, senza che condizioni di svantaggio sociale, economico o culturale possano incidere negativamente su identiche situazioni soggettive sostanziali o processuali, ristabilendo un equilibrio in situazioni di mancata corretta e puntuale conoscenza della legge, da ascrivere a condizioni personali di svantaggio incolpevole.

In quest’ottica si pone la dottrina (ved. Tarzia, *Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile*, Rivista di diritto processuale, 1981, 637 e seg., **all. B**) che richiamava a tale proposito una prima sentenza della Corte Costituzionale (v. sentenza n. 58 del 4 luglio 1979 **all. 1**) che, dichiarando infondata la questione di costituzionalità dell’art. 314/12 c.c. in relazione con l’art. 82 c.p.c., nella parte in cui non prevedeva una dilazione del termine per proporre opposizione alla dichiarazione di stato di adottabilità per coloro che debbono richiedere l’ammissione al gratuito patrocinio e non fa salvi comunque gli effetti dell’opposizione proposta dalla parte personalmente, aveva osservato, con riguardo alla previsione, secondo la quale il decreto che dichiara lo stato di adottabilità deve essere notificato per esteso (anche) ai genitori, con il contestuale “avviso” che hanno diritto di proporre opposizione nelle forme e nei termini di legge, che: *“è prevalentemente l’ignoranza delle disposizioni processuali che induce gli interessati a non svolgere quel minimo di attività che consentirebbe loro di non far decorrere il termine in esame In relazione alle condizioni personali degli eventuali opposenti, che nella generalità dei casi versano in misere condizioni economiche e sono culturalmente sprovvisti, sarebbe quindi assai opportuno che l’avviso del loro diritto a proporre opposizione venisse completato di dettagliate ed esplicite indicazioni, idonee a rendere in concreto più facilmente esercitabile il diritto di difesa”*.

Indicava poi una seconda sentenza (cfr. sentenza 22 aprile 1980 n. 61, **all. 2**) nella quale, invece, con riferimento alla notificazione del ricorso e del decreto nel rito speciale del lavoro, ad avviso della Corte *“la disapplicazione del principio della legale conoscenza delle norme legislative nulla ha a che vedere con il principio di uguaglianza e con la tutela del diritto di difesa”*.

Qualche anno più tardi, lo stesso Giudice delle leggi, con la sentenza n. 364 del 1988 (**all. 21**), analizzando la rilevanza della buona fede in materia di contravvenzioni, procedeva ad una rilettura del dogma dell'irrelevanza giuridica dell'ignoranza della legge penale e affermava che *“è indispensabile non trascurare le cause remote e prossime della predetta ignoranza e pertanto estendere l'indagine al preliminare stato della relazione tra ordinamento giuridico e soggetti”*. Ribadiva poi la necessità di declinare diversamente la presunzione di conoscenza del precetto normativo, di cui all'art. 5 c.p., in relazione al *“rapporto tra soggetto e legge penale nell'ambito dell'autonomo requisito “possibilità di conoscenza della legge penale” arrivando ad osservare “vero è che l'art. 5 c.p. rende incostituzionale tutto il sistema ordinario in materia di colpevolezza, in quanto sottrae a quest'ultima l'importantissima materia del rapporto tra soggetto e legge”*.

E' chiaro, sin dalle prime battute dell'analisi della questione rimessa alle S.U., quindi, che essa non involge una norma di dettaglio del sistema processuale civile, ma il rapporto tra il soggetto e l'ordinamento.

A tale proposito è indubbio, poi, come la garanzia del diritto di azione e di difesa di cui all'art. 24 Cost. debba essere bilanciata con l'esigenza della ragionevole durata dei giudizi affermata dall'art. 111 Cost. (*“Sullo sfondo si stagliano, da una parte, il diritto di difesa in giudizio garantito dall'art. 24 Cost. e dall'altro il principio del giusto processo tutelato dall'art. 111 Cost., inteso nel senso della sua ragionevole durata, secondo i canoni imposti all'Italia in forza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950”*, vedi Franconiero, *Prime applicazioni della legge n. 69 del 2009: le conseguenze del mancato avvertimento nella citazione sulle decadenze dalla facoltà di eccepire l'incompetenza*, De Jure, Giuffrè, 2010, 12, 2989; **all. E**).

E' necessario, insomma, considerare lo sfondo socio-politico di tale sistema, che si riflette con evidente immediatezza, sul rapporto tra Stato ed individuo. Occorre chiedersi se è possibile scardinare il postulato dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge e fino a dove può essere spinto il limite dell'“inevitabilità” dell'ignoranza stessa; in conseguenza devono individuarsi i valori sottesi alle soluzioni tecniche adottate e la funzione “sociale” di questi obblighi “assistenziali” e se questa funzione, che è appunto di protezione e tutela, permanga nei confronti di un soggetto, l'avvocato, per definizione istruito e tecnicamente attrezzato.

2.1 In materia penale.

Nella tecnica legislativa processualpenalistica viene fatto largo uso dello strumento degli avvertimenti, del meccanismo di “mettere in guardia”, di sottoporre all'attenzione dell'avvertito un fatto, senza incidere sulla sua libertà di decisione o intaccare la sua sfera di determinazione. Dall'analisi delle disposizioni normative tale strumento sembra funzionale alla ricerca del delicato equilibrio tra garanzie

processuali dell'individuo e interesse repressivo dello Stato, integrando il possibile *deficit* di conoscenze giuridiche del soggetto, mettendolo a conoscenza, in modo esplicito, di talune facoltà che l'ordinamento gli offre in taluni passaggi processuali.

Proprio per questa intrinseca funzione di garanzia, autorevole dottrina critica coloro che li ritengono “*superflui e inutili*” (ved. Garofoli cit. pag. 32, **all. A**); taluno, addirittura, ha auspicato che essi diventino il più “*dettagliati*” possibili, per porre l'interessato “*fin dal primo momento di fronte a tutti gli scenari nei quali potrebbe trovarsi coinvolto*”, concludendo come il connesso rigore sanzionatorio “*sia inteso a colpire un'omissione in grado di influire sulla libertà di autodeterminazione dell'individuo*” (ved. M. Caianiello, *Giusto processo e procedimento in corso: le conseguenze derivanti dall'omissione dell'avvertimento prescritto dall'art. 64 c.p.p.*, L'indice penale, 3/2001, pagg. 1394, 1395, 1396, **all. N**).

C'è poi chi ha, ulteriormente ed opportunamente, allargato il tema d'indagine osservando che: “*il professionista chiamato a testimoniare (art. 199, secondo comma, c.p.p.), il quale proprio per la sua qualifica e la sua specifica competenza, deve essere a conoscenza dei doveri deontologici e giuridici connessi al conseguimento dell'abilitazione professionale*” per tale ragione non deve necessariamente essere destinatario dell'avvertimento previsto per i testimoni (così G. Jesu, *Esclusione dell'obbligo di avvertimento per il professionista chiamato a testimoniare*, Diritto penale e processo 3/2010, pag. 328, **all. C**).

In quest'ottica sembra muoversi la Corte Costituzionale che giudica detto obbligo non necessario ogni qual volta l'indagato/imputato sia assistito dal difensore. Nell'ordinanza n. 8 del 2007 (**all. 3**) è stata affrontata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 419 c.p.p. nella parte in cui non prevede che l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare debba contenere a pena di nullità, l'avvertimento all'imputato che egli ha la facoltà di richiedere i riti alternativi del giudizio abbreviato e del patteggiamento previsti dagli artt. 438 e 444 del medesimo codice. La Corte nell'occasione ha precisato di aver esaminato questioni di legittimità costituzionale sostanzialmente analoghe, nelle quali era evocato, come norma di paragone, l'obbligo informativo previsto dall'art. 552 c.p.p., circa la facoltà di accesso ai riti alternativi nei casi di citazione diretta ed ha ripetutamente affermato che “*l'omessa previsione dell'avvertimento circa la facoltà di chiedere i riti alternativi nell'avviso dell'udienza preliminare non viola gli artt. 3 e 24 Cost., in quanto l'informazione è comunque assicurata dalla presenza obbligatoria e dall'assistenza del difensore, essendo il termine di decadenza dalla menzionata facoltà posto all'interno di una udienza a partecipazione necessaria*”.

In altra occasione, con l'ordinanza n. 225 del 2006 (**all. 4**), in relazione alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 20 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 (disposizione sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'art. 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468) nella parte in cui non prevede, a pena di nullità, che la citazione a giudizio davanti al giudice di pace debba contenere l'avviso per l'imputato della possibilità di determinare l'estinzione del reato, mediante condotte riparatorie antecedenti all'udienza di comparizione, ha ritenuto che l'omessa previsione dell'avviso concernente dette condotte nella relativa citazione “*è già stata dichiarata manifestamente infondata con le ordinanze di questa Corte n. 11 del 2004, n. 56 del 2004, n. 86 del 2005 e n. 333 del 2005, sul rilievo che l'imputato all'udienza di comparizione è*

necessariamente assistito da un difensore tecnico, il quale può renderlo edotto degli effetti della riparazione”.

Lo stesso fondamentale rilievo si trova anche nell’ordinanza n. 333 del 2005 (**all. 5**), con la quale la Corte, ancora una volta, chiarisce che la mancata previsione di uno specifico avvertimento nell’art. 35 del sopra citato d.lgs. n. 274 del 2000 è influente ai fini della violazione degli artt. 3 e 24 della Cost., in quanto nell’udienza di comparizione *“l’imputato è obbligatoriamente assistito da un difensore, di fiducia o di ufficio, sì che risultano pienamente garantite la difesa tecnica e l’informazione circa le varie forme di definizione del procedimento anche alternative al giudizio di merito”.*

Per altro profilo, ma con la medesima *ratio*, anche le sezioni penali della Corte di Cassazione consolidano questa impostazione.

La sesta sezione penale, infatti, con la sentenza n. 11287 del 2007 (**all. 6**) osserva che: *“vero è che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 148 del 2004, nel dichiarare non fondata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., “nei sensi di cui in motivazione”, la questione di legittimità dell’art. 456 c.p.p., nella parte in cui non prevede la nullità del decreto che ha disposto il giudizio immediato nel caso di mancanza, insufficienza o inesattezza dell’avviso che l’imputato può chiedere il giudizio abbreviato o l’applicazione della pena, ha ribadito che la richiesta di riti alternativi costituisce una modalità di esercizio del diritto di difesa (sentenze n. 497 del 1995, n. 76, n. 101 e n. 214 del 1993, n. 265 del 1994, n. 70 del 1996, tutte nel senso che sarebbe lesivo del diritto di difesa precludere all’imputato l’accesso ai riti speciali per un errore a lui non imputabile; da ultimo, nella sentenza n. 120 del 2002, proprio in relazione al termine per presentare richiesta di giudizio abbreviato dopo la notificazione del decreto di giudizio immediato, la Corte ha puntualizzato che il diritto di difesa va qui inteso come possibilità di ricorrere anche all’assistenza tecnica del difensore, stabilendo che il termine deve decorrere dall’ultima notificazione, all’imputato o al difensore, del decreto ovvero dell’avviso della data fissata per il giudizio immediato), ha precisato che l’effettivo esercizio della facoltà di chiedere i riti alternativi costituisce una delle più incisive forme di “intervento” dell’imputato, cioè di partecipazione “attiva” alle vicende processuali, con la conseguenza che ogni illegittima menomazione di tale facoltà, risolvendosi nella violazione del diritto sancito dall’art. 24 Cost., comma 2, integra la nullità di ordine generale sanzionata dall’art. 178 c.p.p., comma 1, lettera c); è altrettanto vero però che la presenza del difensore vale a consentire la piena cognizione delle ragioni che possono determinare la scelta tecnica prevista dalla legge”.*

In modo ancor più significativo la medesima sezione penale con la sentenza n. 9866 del 2009 (**all. 7**) ritiene che *“nessun avvertimento al teste da parte del giudice era previsto nell’art. 351 c.p.p. 1930, né è previsto nel vigente art. 200 c.p.p., per cui non può porsi per professionisti chiamati a rendere testimonianza, così come per gli altri soggetti indicati nell’art. 200 c.p.p. (e nell’art. 351 c.p.p. previgente), alcuna questione di sanzione processuale per l’omesso avviso, dal momento che la materia delle nullità è presidiata dal principio di tassatività. Il codice prescrive soltanto che tali soggetti non possono essere obbligati a deporre, ma non prevede alcun avvertimento analogo a quello imposto per i prossimi congiunti. Né vi è alcuna ragione per estendere analogicamente tale avviso ai professionisti di cui all’art. 200 c.p.p. La diversità di trattamento è la conseguenza della differente situazione che, rispetto al quivis de populo “prossimo congiunto dell’imputato”, connota il professionista preso in considerazione dall’art. 200 c. p. p. I prossimi congiunti possono legittimamente ignorare l’esistenza della facoltà d’astensione e trovarsi così in conflitto con i sentimenti di solidarietà familiare che potrebbero indurli a dichiarazioni menzognere. I professionisti elencati*

nell'art. 200 c.p.p. sono, invece, caratterizzati da competenza tecnica professionale, che implica la conoscenza dei doveri deontologici e giuridici connessi all'abilitazione ed all'esercizio della professione. Ne consegue che è rimessa alla loro esclusiva iniziativa, ovviamente da comunicare al giudice, la scelta di deporre o meno su quanto hanno conosciuto per ragioni del ministero, ufficio o professione”.

Il giudice di legittimità evidenzia, quindi, come il dogma della presunzione della conoscenza della legge operi diversamente rispetto al “quavis de populo” ovvero al “professionista” e che, quindi, l'avvertimento sia strumento necessario per assicurare l'uguaglianza sostanziale di fronte alla legge.

Dunque, il sistema sembra connettere gli “allarmi”, utilizzati per richiamare l'attenzione del destinatario sull'esistenza di una determinata situazione giuridica che lo riguarda, all'assenza di un difensore munito delle necessarie competenze tecniche.

Inoltre Cass. pen. n. 9866 del 2009 (**all. 7**), ha motivato la decisione dell'inesistenza dell'obbligo di avvisare il professionista della facoltà di astenersi, previsto dall'art. 199, comma secondo, c. p. p., richiamando analoga decisione del giudice di legittimità in materia civile, che aveva ritenuto pienamente valida la deposizione resa da un consulente del lavoro anche nell'ipotesi in cui il giudice avesse ommesso di avvertirlo del suo diritto di astenersi dal testimoniare, (Cass., sez. lavoro n. 2058/1996, riv. 496316, **all. 33**, “è pienamente valida la deposizione resa dal consulente del lavoro anche nell'ipotesi in cui il giudice abbia ommesso di avvertirlo del suo diritto di astenersi dal testimoniare... la suddetta diversità di trattamento trova infatti giustificazione nel fatto che i prossimi congiunti dell'imputato, a differenza dei professionisti, possono ignorare l'esistenza di tale facoltà”), il che confermerebbe l'esistenza di un principio generale secondo il quale, la qualità professionale del destinatario dell'atto, rende irrilevante, quindi ultroneo, l'avvertimento della possibilità di esercitare determinate facoltà, la cui conoscenza rientra necessariamente nel bagaglio tecnico del destinatario medesimo.

2.2. In materia civile.

Anche in materia civile gli avvertimenti hanno funzione di tutela del convenuto, di “provocatio ad agendum”, di informazione e protezione dai i meccanismi di preclusioni e decadenze, specificamente finalizzati alla riduzione dei tempi del giudizio di merito.

Si pensi al procedimento per la convalida di sfratto ed alla “forma dell'intimazione”, per cui *“laddove manchi l'avvertimento, di cui all'art. 600, terzo comma, c.p.c., la citazione per la convalida sarebbe carente di uno dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo, cioè quello di richiamare l'attenzione dell'intimato sulle conseguenze per lui negative del mancato esercizio del diritto di difesa nelle forme tipiche del procedimento per la convalida (cfr. B. Polisenò, L'inosservanza dei termini a comparire o la mancanza dell'avvertimento nel procedimento per convalida di sfratto, Il Corriere giuridico n. 8/1997; **all. L**).*

In quest'ottica, non sono mancate proposte ermeneutiche, sebbene isolate e criticate (cfr. trib. Lucca 15 luglio 1996, con commento di F.P. Luiso, in *Giurisprudenza it.*, 1996, parte I, Sez. II, pag. 626; **all. M**) per le quali *“tutta la struttura del giudizio a rito ordinario si fonda sul sistema di preclusioni disciplinato dagli art. 167 e 183*

c.p.c.” con la conseguenza che l’avvertimento ex art. 163 n. 7 c.p.c. costituirebbe elemento necessario all’introduzione di qualsiasi giudizio ordinario, compreso il ricorso di separazione o di divorzio. (di diverso avviso Cass. n. 14829 del 2002 **all. 24** che, al contrario quanto al rito del lavoro, ritiene che non si tratti di previsione desumibile da un principio generale proprio dell’ordinamento processuale, così come Cass. n. 10909 del 2003 relativamente ai procedimenti di fronte al giudice di pace **all. 25**).

Sulla questione è intervenuta Cass. n. 1332 del 2000 (conf. n. 11751 del 2001; entrambe **all. 30**) che ha ritenuto ragionevole il trattamento processuale differenziato per cui nella fase introduttiva del procedimento di separazione e divorzio è coerente la mancata previsione dell’avvertimento in parola, riguardando situazioni processuali obiettivamente diverse siccome provviste di caratteri distintivi propri. In proposito, ha precisato: *“nel rito ordinario, l’avvertimento di cui al n. 7 dell’art. 163 c.p.c., se per un verso si palesa finalizzato a garantire l’effettività del diritto di difesa del convenuto nel senso di richiamarne l’attenzione circa il pregiudizio che potrebbe derivargli dalla tardiva predisposizione delle proprie attività difensive, ovvero, in ultima analisi, coesistente (siccome inscindibilmente legato) al sistema delle preclusioni di cui all’art. 167 c.p.c. e, conseguentemente, all’intera struttura del procedimento che su di esse è fondato e per il quale l’esigenza di mettere sull’avviso la parte in ordine alle conseguenze delle sue omissioni è stata considerata prioritaria dal legislatore, risulta per altro verso legato ad una scansione procedimentale caratterizzata dall’onere per il convenuto di costituirsi anticipatamente rispetto all’udienza di prima comparizione (art. 166 c.p.c.) e di svolgere all’atto della costituzione una serie di attività previste a pena di decadenza (art. 167 c.p.c.)”*, mentre, continua la Corte, nel procedimento di divorzio un simile effetto preclusivo che l’avvertimento stesso mira a scongiurare nel rito ordinario non potrebbe mai verificarsi *“per la decisiva ragione che la mancata costituzione del convenuto nella fase presidenziale risulterebbe comunque inidonea a determinare le decadenze in parola.”*

Invero, l’avvertimento imposto dal n. 7 dell’art. 163 c.p.c. è stato introdotto dalla legge 26 novembre 1990, n. 353 allo scopo di favorire l’effettiva conoscenza, da parte del convenuto, da presumere sprovvisto di cognizioni processuali, delle conseguenze negative che gli deriverebbero, in relazione al regime di preclusioni introdotte con la riforma, da una sua mancata o intempestiva costituzione in giudizio e dunque di far comprendere al destinatario della citazione che, per evitare conseguenze pregiudizievoli, la sua difesa deve essere approntata ben prima della dell’udienza indicata nella citazione. *“Ne risulta un accentuato, ma condivisibile formalismo, quanto ad alcuni elementi della citazione aventi lo scopo di garantire la vocatio, in ossequio alla pienezza di esercizio del diritto di difesa del convenuto”* (ved. C. Cecchella, *Contraddittorio e preclusioni*, Giustizia civile, II, 1991, pag. 450, **all. O**).

La comminatoria di nullità di cui all’art. 164 c.p.c. è logica conseguenza della funzione di garanzia dell’effettivo esercizio del diritto di difesa è *“una scelta del legislatore ordinario il quale, nella sua discrezionalità, ha ritenuto evidentemente opportuno, a tutela dell’effettività del diritto di difesa del convenuto che questi (che può ben essere anche un uomo della strada privo di cognizioni tecniche sulle preclusioni ricollegate alla costituzione tempestiva in cancelleria) fosse edotto dallo stesso testo dell’atto di citazione delle gravi conseguenze di una sua*

costituzione tardiva” (ved. A. Proto Pisani, *La nuova disciplina della nullità dell'atto di citazione*, Foro it., 1991, parte V, pag. 8, **all. D**).

Detta sanzione è giustificata dalla esigenza di bilanciamento del rigore di un sistema processuale, come quello introdotto dalla novella del 1990, in cui sono previste numerose ipotesi di preclusioni e decadenze dirette a favorire la sollecita definizione del *thema decidendum* e quindi una più rapida conclusione del giudizio. Il legislatore del '90, cioè, preclude alle parti di individuare il *thema decidendum* ed il *thema probandum* oltre il compimento degli atti iniziali. Peraltro, gli sbarramenti processuali non opereranno laddove la parte non sia stata messa in grado, in concreto, di conoscere ed eventualmente scegliere, in modo consapevole, le diverse alternative che l'ordinamento le offre, al fine di assicurarle tutela. Deve ricordarsi, peraltro, che la Corte Costituzionale con ordinanza 458 del 2002 (**all. 29**) ha ritenuto che: “*il principio di ragionevole durata del processo non può comportare la vanificazione degli altri valori costituzionali che in esso sono coinvolti, primo fra i quali l'art. 24*”. Deve, anche, ricordarsi che successivamente alla modificazione dell'art. 111 Cost. la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha più volte sottolineato che l'interpretazione delle norme processuali non può prescindere dalla considerazione della predetta esigenza, che assume il rilievo di principio fondamentale del processo. Secondo Sez. Unite n. 24883 del 2008 (**all. 26**): “*il principio di ragionevole durata del processo, per quanto rivolto al legislatore, ben può fungere da parametro di costituzionalità con riguardo a quelle norme processuali che prevedono rallentamenti, o tempi lunghi, inutili passaggi di atti da un organo ad un altro, formalità superflue non giustificate da garanzie difensive, né da esigenze repressive o di altro genere. E' vero, (tuttavia), che il principio della ragionevole durata deve essere temperato con le esigenze di tutela di altri diritti e interessi costituzionalmente garantiti rilevanti nel processo*”. Seguendo quest'impostazione sez. unite n. 4636 del 2007 -conf. sez. unite n. 20604 del 2008- (**all. 27**) afferma: “*la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo imponga all'interprete una nuova sensibilità ed un nuovo approccio interpretativo per ogni soluzione che si addotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo e che, pertanto, deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico-concettuale, ma anche e soprattutto per il suo impatto operativo sulla realizzazione di detto obiettivo costituzionale*”. A breve distanza Cass. n. 11585 del 2009 (**all. 28**) ha auspicato un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni del codice di rito “*in chiave ancora più accentuatamente funzionale anche nel senso della tendenziale preclusione della rinnovazione di atti certamente insuscettibili di offrire risultati diversi rispetto a quelli già dati*”.

Peraltro autorevole dottrina, stigmatizzando “*l'utilizzazione eccessiva, talvolta abnorme del principio della ragionevole durata del processo da parte della giurisprudenza delle sezioni unite civili di questi ultimi anni*” (così A. Proto Pisani, *Tre note sulla recente giurisprudenza delle sezioni unite sul processo civile*, Foro it., 2011, V, 79; **all. Q**), ha sottolineato la necessità che l'opzione interpretativa seguita dalla Corte sia sempre rispettosa del limite della lettera delle disposizioni processuali applicabili; a tale proposito è stata anche contestata “*la tendenza a svaloriizzare i precetti processuali, e, in ossequio al principio di ragionevole durata del processo a interpretare con una certa libertà le regole del processo e a rilevare le consequenziali nullità solo in “ipotesi essenziali”bisogna infatti interrogarsi sul ruolo che noi vogliamo attribuire a questo principio costituzionale. Se si torna alla contrapposizione tra norme*

*costituzionali programmatiche e precettive, noi crediamo che la ragionevole durata del processo non possa che considerarsi quale norma programmatica, ovvero quale norma costituzionale che impone al legislatore di rendere leggi volte ad assicurare che la durata del processo non ecceda un tempo ragionevole. Non può, invece, a nostro parere, avere valore precettivo di norma processuale, e consentire al giudice, a prescindere dalla legge processuale, o in contrasto con la legge processuale, di determinare di volta in volta, e caso per caso, le regole del processo, e/o di leggere e/o interpretare le norme in modo difforme dal loro tenore letterale poiché l'interpretazione della legge non può spingersi fino all'applicazione della stessa in aperto contrasto al suo tenore letterale, se si vuole anche in violazione dello stesso art. 12 preleggi. Se questo meccanismo salta, salta con esso anche il principio di legalità, e non ha più senso, allora, avere un codice di procedura civile, e/o avere delle regole processuali dettagliate e minuziose” (cfr. R. Caponi, D. Dalfino, A. Proto Pisani, G. Scarselli, *In difesa delle norme processuali*, Foro It., 2010, I, 1794; **all. P**).*

2.3. In altri settori dell'ordinamento.

La legge n. 241 del 1990 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) prevede all'art. 3, comma 4, che in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere.

In applicazione di tale disposizione Cass. n. 9509 del 2005, rv. 584269 (**all. 8**) afferma: *“l'avvertimento, contenuto nell'avviso di mora, che l'eventuale opposizione dovrà essere proposta all'autorità giudiziaria ordinaria con le modalità e nei termini previsti dal cod. proc. civ., soddisfa l'esigenza sancita nella disposizione di cui all'art. 3, comma quarto, della legge 7 agosto 1990 n. 241, in quanto appare idoneo a far conoscere al destinatario dell'avviso di mora i rimedi che egli può esperire e la procedura da seguire e tale è la finalità perseguita dalla citata disposizione della legge n. 241/1990”*. La Corte, nell'occasione, precisa in modo estremamente significativo, ai fini dell'analisi che qui interessa, che *“il rinvio contenuto nell'atto notificato alle norme del codice di rito, vale a dire alla legge di carattere generale che disciplina il processo davanti al giudice ordinario, appare, infatti, idoneo a porre in grado il destinatario dell'atto stesso di conoscere i rimedi che, a seconda dei casi, egli può esperire nonché la procedura da seguire per contrastare, davanti al giudice competente, la pretesa formulata nei suoi confronti; in ciò consistendo, in effetti, la finalità perseguita anche dalla citata disposizione della legge n. 241/1990”*.

La funzione sollecitatoria dell'avvertimento è altresì indicata da Cass. n. 5456 del 2005 (**all. 9**), la quale ritiene che l'omissione impedisce le decadenze eventualmente *“previste per l'esercizio del diritto d'azione in via oppositiva (ovvero il formarsi di preclusioni processuali alla proposizione dell'impugnazione stessa a seguito del mancato rispetto del termine cfr. Cass. n. 6976 del 2000, rv. 536967; in tal senso ex multis n. 21001 del 2004; n. 12733 del 2007; n. 13839, 20112, n. 8561 del 2006, n. 27797 del 2005; **all.10**)*.

Nello stesso senso conclude, altresì, Cass. n. 12428 del 2004 (**all. 11**) in tema di disciplina dell'immigrazione. Sempre in materia d'immigrazione è significativa la decisione Cass. n. 15034 del 2006, così massimata: *“l'ordine del Questore allo straniero privo del permesso di soggiorno di lasciare il territorio dello Stato deve contenere l'avvertenza delle conseguenze penali in caso di sua inosservanza, con la specifica indicazione delle sanzioni applicabili, elemento quest'ultimo essenziale al fine del rispetto del principio di effettività della conoscenza della*

legge penale. Nel caso in cui tale indicazione manchi, il provvedimento amministrativo deve essere disapplicato dal giudice penale, con conseguente insussistenza del delitto di cui all'art. 14 comma quinto ter del d.lgs. n. 286 del 1998 e successive modificazioni" (rv. 233995; **all. 12**). Anche Cass. n. 16206 del 2004 (**all. 13**) evidenzia come tali strumenti soddisfino l'esigenza di una piena e corretta informazione dello straniero circa la consistenza del suo diritto all'assistenza tecnica di un difensore.

In materia tributaria l'uso di questa tecnica processuale è risalente, il regio decreto 7 agosto 1936 n. 1639 disponeva, per esempio, che l'avviso di accertamento dovesse contenere, oltre ai criteri per individuare il tributo, anche l'avvertimento al contribuente, che, ove non intendesse aderire all'accertamento d'ufficio, poteva presentare ricorso entro trenta giorni alla commissione distrettuale delle imposte; nell'occasione la Corte ebbe modo di precisare che: *"questo avvertimento non può considerarsi elemento meramente formale e privo di concreto interesse per il contribuente rispondendo alla funzione, propria dell'avviso di accertamento, di provocatio ad opponendum"* (cfr. Cass. n. 3663 del 1968, rv. 336957, **all. 22**; in accezione sostanzialmente analoga ved. Cass. n. 266 del 1981, rv. 410682; Cass. n. 2279 del 1993, rv. 481083; Cass. n. 2302 del 2005; **all. 23**).

Recentemente con il d.l. n. 78/2010, all'esigenza di rendere più efficace e rapida l'attività di riscossione, il legislatore ha risposto, utilizzando, tra l'altro, ancora una volta, lo strumento dell'"avvertimento", configurando l'avviso di accertamento come un titolo esecutivo e prevedendo, all'art. 29, che oltre all'intimazione ad adempiere esso debba recare "l'espresso avvertimento" che, decorsi trenta giorni dal termine ultimo per il pagamento, l'attività esattiva è affidata agli agenti della riscossione, anche ai fini dell'esecuzione forzata (in proposito ved. M. Bruzzone, *L'avviso di accertamento diventa "titolo esecutivo" per imposte sui redditi e IVA*, Corriere tributario 28/2010; **all. R**).

3. L'avvertimento di cui all'art. 163, terzo comma, n. 7 cod. proc. civ. nei giudizi d'impugnazione.

L'applicabilità dell'art. 163, terzo comma, n. 7) c.p.c., relativamente all'avvertimento, ai giudizi d'impugnazione, e, in particolare al giudizio di appello, pone problemi applicativi ed interpretativi specifici.

L'impossibilità di una trasposizione degli esiti interpretativi della norma indicata dal giudizio di primo grado a quello impugnatorio, è affermata, in materia di lavoro, da Cass. n.14829 del 2002 (**all. 24**) (mentre in materia tributaria da Cass. n. 13001 del 2011; **all. 24**), secondo la quale: *"nel rito del lavoro, la norma relativa al decreto presidenziale di fissazione dell'udienza di discussione del giudizio d'appello non prescrive che l'atto debba contenere l'avvertimento al convenuto, previsto per il procedimento innanzi al tribunale dall'art. 163, terzo comma n. 7 cod. proc. civ., circa le conseguenze di una tardiva costituzione, né tale previsione è desumibile da un principio generale proprio dell'ordinamento processuale, atteso che, oltre alla diversità della forma dell'introduzione del giudizio con ricorso, nel giudizio d'appello, destinato a svolgersi nell'ambito degli accertamenti di fatto già acquisiti in primo grado, non opera lo stesso sistema di preclusioni e decadenze che caratterizza la prima istanza, sicché non si può neppure prospettare un'analoga esigenza di salvaguardia del diritto di difesa* (rv. 557985).

Analogamente, in termini di “incompatibilità” delle norme dettate per il procedimento di primo grado a quello d’appello, con riguardo alla previsione dell’art. 171 c.p.c., e “*nel quadro di una rigorosa accelerazione dell’attività processuale cui è ispirata la riforma introdotta dalla legge 26.11.1990, n. 353*” (così Cass. n. 11423 del 2003; **all. 31**) si è espressa (*ex multis*) Cass. n. 1322 del 2006 (conf. Cass. n. 11594 del 2005, nonché in ultimo Cass. S.U. n. 10864 del 2011; **all. 31**) osservando che: “*il richiamo alle “forme” ed ai “termini” del procedimento avanti il tribunale, contenuto nell’art. 347 c.p.c., comma 1, deve ritenersi riferito solo agli artt. 165 e 166 cod. proc. civ., mentre la previsione dell’art. 171 c.p.c., comma 2, deve ritenersi incompatibile con il tenore dell’art. 348 c.p.c., il quale esclude in ogni caso la possibilità di una ritardata costituzione di una delle parti o l’applicazione dell’istituto dell’estinzione per la loro inattività, stabilendo espressamente l’improcedibilità dell’appello, senza attribuire alcun rilievo al comportamento dell’altra parte (Cass. n. 11594 del 2005; n. 12752 del 2005; n. 17195 del 2004; n. 18565 del 2004; n. 11423 del 2002; si vedano pure Cass. n. 463 del 2002 e le conformi Cass. n. 6782 del 2004; n. 6392 del 2004 e n. 8530 del 2003; nonché indirettamente Cass. n. 2377 del 5000)*”.

Una pronunzia più risalente, riguardo all’abbreviazione dei termini di comparizione di cui all’art. 163-bis c.p.c., considera detta previsione applicabile anche in appello, “*in considerazione del rinvio alle regole del processo di primo grado espresso dall’art. 359 c.p.c., nonché della compatibilità di detta riduzione con la disciplina del giudizio di gravame*” (così Cass. n. 2569 del 1989; **all. 32**).

Occorre, pertanto, nell’analisi specifica che qui interessa e nella stessa ottica, verificare se l’operatività dell’art. 163, terzo comma n. 7) abbia una sua collocazione coerente ovvero sia “incompatibile” con il giudizio di appello; se cioè ha senso il testuale riferimento alle decadenze di cui all’art. 167 c.p.c. ovvero se è ragionevole escludere che il n. 7 dell’art. 163 c.p.c. sia applicabile, per questa parte, all’atto di appello. La circostanza di muoversi all’interno di un giudizio di impugnazione connota, infatti, in modo sostanzialmente diverso gli elementi di ragionamento, tant’è che, come già ricordato, alcuno ha affermato che “*l’avvertimento di cui all’art. 163, n. 7 c.p.c. non si applichi ai procedimenti latu sensu impugnatori, non avendo di fatto pratica utilità (cfr. M. A. Lupoi, cit. pag. 215, all. F)*”.

“*Da notare, infatti, che malgrado il generico rinvio dell’art. 342 alle indicazioni prescritte nell’art. 163 c.p.c., non sembra possa trovare applicazione alla citazione d’appello, il n. 7) del citato art. 163 c.p.c., nella parte in cui esige a pena di nullità (art. 164, 1 comma) l’avvertimento che la costituzione oltre i termini dell’art. 166 (che devono essere specificamente indicati nella vocatio in ius implica la decadenza di cui all’art. 167 c.p.c. (che semmai dovrebbe menzionarsi la diversa decadenza contemplata dall’art. 343 in ordine alla proposizione dell’appello incidentale), quanto soprattutto la ratio della nuova disposizione introdotta nel citato art. 163 c.p.c.: in appello, invero, prescindendo dalle più frequenti ipotesi in cui l’impugnazione principale venga notificata, a norma dell’art. 330 c.p.c., presso il procuratore (costituito nel giudizio di primo grado), è assai più difficile ipotizzare un incolpevole e scusabile ritardo nella costituzione, dovuto all’ignoranza delle regole processuali; essendo legittimo pensare che la parte abbia comunque avuto modo di farsi convenientemente istruire dal proprio difensore circa i termini da rispettare nella fase introduttiva dell’(eventuale) impugnazione (cfr. G. Balena, *La riforma del processo di cognizione*, Ed. Scientifiche it., 1994, pagg. 414-415 **all. G** e più di recente *Elementi di diritto processuale civile*, Bari 2007,II, 374; **all. G/1**).*”

In quest'ottica è stato anche sostenuto che, condivisa l'esigenza del legislatore di rendere effettiva la tutela del diritto di difesa, che muove dalla considerazione che il convenuto può essere un *quisque de populo* "il requisito della specifica indicazione del termine di venti giorni sembrerebbe priva di giustificazione, allorché la pretesa nullità afferisca ad un atto di opposizione all'ingiunzione: questo infatti, per il combinato disposto degli art. 638, 645 c.p.c., dovrà, nella maggior parte dei casi, notificarsi presso il domicilio del difensore, il quale si presume non sia un uomo della strada privo di cognizioni tecniche sulle preclusioni ricollegate alla costituzione tempestiva in cancelleria (cfr. B. Polisenò, *La mancanza dell'avvertimento*, Il Corriere giuridico n. 6/1996; **all. H**). Anche altra dottrina (ved. V. Colesanti, *Impugnazioni in generale e appello nella riforma processuale*, Riv. Dir. Proc. 1992, 1064; **all. S**) ritiene che il richiamo all'art. 163 c.p.c. operato dall'art. 342 c.p.c. è sostanzialmente inutile, poiché l'art. 163, terzo comma, n. 7 c.p.c, relativamente all'obbligo di avvertimento, non può essere esteso all'appello per l'impossibilità di applicare il rinvio alle decadenze di cui agli art. 38 c.p.c. e 167 c.p.c. e perché, inoltre, non è consentito integrare il predetto art. 342 c.p.c., che prevede un onere formale a pena di nullità, con una diversa previsione riferita alla decadenza di cui all'art. 343 c.p.c.

La maggioranza della dottrina, tuttavia, ritiene che sia consentito in sede di interpretazione dell'art. 342 c.p.c. intendere il rinvio all'art. 163, terzo comma, n. 7 c.p.c, come riferito alla decadenza prevista dall'art. 343 (Tarzia, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano 2009, 381.; Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino 2011, II, 477; **all. T**; Converso, *Il processo d'appello dinanzi alla corte d'appello*, Giur.it. 1999, 885, **all. U**; Lasagno, in *Le riforme del processo civile* a cura di Chiarloni, Bologna 1992, 412, **all. V**).

Questa impostazione è stata condivisa dalla Corte d'appello di Caltanissetta, che, con sentenza del 31.1.2007, (**all. 15**) ha escluso che l'inosservanza della prescrizione in parola possa rendere invalida, ai sensi dell'art. 164 c.p.c., la citazione introduttiva del giudizio di appello, allorché essa sia stata notificata, in forza dell'art. 330 c.p.c., presso il difensore che si era costituito per l'appellato in primo grado e ciò perché *la citazione è comunque passata al vaglio di un "tecnico del diritto", restando conseguentemente escluso il rischio che il legislatore ha inteso prevenire attraverso il predetto avvertimento.*

Recentemente anche il giudice di legittimità ha fatto propria tale interpretazione, discostandosi dal precedente tradizionale orientamento contrario; infatti Cass. n. 28676 del 2011, rv. 620595, oggetto della segnalazione del contrasto (**all. 19**) ha affermato il principio così massimato *in tema di giudizio di appello, ove l'atto di impugnazione venga notificato, ai sensi dell'art. 330 cod. proc. civ., al procuratore dell'appellato, un'interpretazione costituzionalmente orientata, alla luce del principio del giusto processo dalla durata ragionevole (art. 111 Cost.), della disciplina di riferimento applicabile, impedisce di ritenere la nullità dell'anzidetto atto introduttivo del gravame in assenza dell'avvertimento di cui all'art. 163, terzo comma, n. 7, cod. proc. civ. (cui rinvia l'art. 342 cod. proc. civ.) in ordine ai termini di costituzione ed alle decadenze conseguenti alla sua tardività (artt. 166 e 167 cod. proc. civ.), posto che il soggetto che concretamente riceve la notificazione è in grado, per le cognizioni tecnico-giuridiche delle quali deve presumersi sia professionalmente dotato, di apprezzare adeguatamente il contenuto dell'atto, anche se in esso non siano stati trascritti elementi che, tuttavia, possano agevolmente desumersi dai richiami normativi ivi contenuti, come quello, seppur generico, all'art. 166 cod. proc. civ.*

Tale posizione è stata accolta e ribadita da Cass. n. 30603 del 2011, rv. 620745 (**all. 20**), anch'essa oggetto della segnalazione di contrasto (e dalla 30652 del 2011; **all. 20**), che ha aggiunto come l'art. 342 c.p.c., nel richiamare l'art. 163 c.p.c. non preveda che tale avvertimento, nel giudizio di gravame, debba riferirsi espressamente alla possibilità di proporre appello incidentale, nonché come *al riguardo debba riflettersi sulla circostanza che, diversamente dall'atto di citazione di primo grado, l'atto di appello, laddove essendo la controparte costituita, viene notificato al suo procuratore ai sensi dell'art. 330 c.p.c., perviene a soggetto professionalmente attrezzato a conoscere le particolari decadenze comminate dalla legge in caso di ritardata costituzione, sicché l'avvertimento stesso può apparire in questi casi superfluo.*

Ritengono invece che l'art. 163 n. 7 c.p.c., anche relativamente all'avvertimento, sia applicabile al giudizio di appello, ritenendo che la decadenza applicabile al giudizio di appello sia quella prevista dall'art. 343 c.p.c. e non quella di cui agli art. 38 c.p.c. e 167 c.p.c.: Cass. n. 6820 del 2002 (**all. 16**); 116 del 2003 (**all. 16/1**); 3847 del 2004 (**all. 16/2**); 970 del 2007 (**all. 17**); 17951 del 2008 (**all. 15**); 4208 del 2009 (**all. 14**); 22024 del 2009 (**all. 14/1**) oggetto della segnalazione di contrasto.

4. Conseguenze della mancanza dell'avvertimento.

4.1 Nullità dell'atto introduttivo.

Una prima soluzione tecnicamente possibile è che il giudice verificata la mancanza dell'avvertimento dichiari la nullità dell'atto introduttivo del giudizio e ne ordini la rinnovazione, al fine di garantire al convenuto di usufruire delle garanzie predisposte a sua tutela. (in tal senso ved. G. Costantino, *Commento all'art. 163 c.p.c.*, Le nuove leggi civili commentate, 1993, pag. 78-79; **all. I**).

Infatti la disposizione in esame, completamente riformulata, prima dall'art. 7 della legge n. 353 del 1990 e poi dalla legge n. 69 del 2009, ha inciso sostanzialmente nel sistema, perché la mancanza dell'avvertimento è esplicitamente sanzionata dall'art. 164, co. 1, con la nullità.

Facendo leva sulla previsione testuale della nullità per mancanza dell'avvertimento di cui all'art. 163, n. 7, richiamato dall'art. 342 c.p.c. si è formato l'orientamento tradizionale. Cass. n. 6820 del 2002, rv. 554356 (**all. 16**), infatti, afferma che *“in conformità del chiaro disposto del secondo comma del testo vigente dell'art. 164 c.p.c.”* che qualora l'atto introduttivo del giudizio di appello non contenga l'avvertimento previsto dall'art. 163, terzo comma, n. 7, cod. proc. civ., il giudice (in mancanza di costituzione dell'appellato) ne dichiara la nullità e ne ordina la rinnovazione.” (conf. Cass. n. 116 del 2003 **all. 16/1**, 13847 del 2004 **all. 16/2**, non massimata)

Cass. n. 970 del 2007, rv. 598899 (**all. 17**) osserva, inoltre, che *“per effetto delle innovazioni introdotte dalla legge n. 353 del 1990, tra gli elementi che la citazione in appello deve contenere - in virtù del richiamo operato dall'art. 342, primo comma, cod. proc. civ.- vi è anche l'avvertimento di cui all'art. 163, terzo comma, n. 7, cod. proc. civ. che la costituzione tardiva implica le conseguenti decadenze, le quali, pur se non possono consistere nelle situazioni previste per il giudizio di primo grado in quanto non vi è luogo in appello per l'applicabilità dell'art. 167 cod. proc. civ., consistono invece nelle decadenze proprie del giudizio di gravame (in particolare con riferimento al*

diritto di proporre impugnazione incidentale e alla facoltà di riproporre le eccezioni disattese nonché le questioni non accolte o ritenute assorbite nel primo giudizio). Ne consegue che, essendo esso posto a garanzia della parte appellata, quando l'atto introduttivo del giudizio d'appello non contiene l'avvertimento che la costituzione tardiva implica le conseguenti decadenze di cui all'art. 163, terzo comma, n. 7, cod. proc. civ., in mancanza di costituzione dell'appellato il giudice ne dichiara la nullità e ne ordina la rinnovazione". (Conf. Cass. n. 17951 del 1 luglio 2008, rv. 604115; 22024 e 4208/2009; n. 27340/2011)

Altri, ancora, ha ritenuto che, anche nella contumacia del convenuto (ved. Proto Pisani, op. cit., pag. 19) il giudice dovrà dichiarare d'ufficio la nullità solo *"se il vizio ex art. 164, 1 comma, c.p.c. sia tale da aver impedito al convenuto l'esercizio dei poteri difensivi: solo cioè ove il vizio abbia impedito al convenuto di conoscere la pendenza del processoil nuovo testo dell'art. 164 c.p.c., infatti, si muove tutto nell'alveo di quel principio fundamentalissimo nel processo, secondo cui il processo di cognizione mira a concludersi con pronunce di merito, mentre eccezionali sono le norme in cui la violazione di norme disciplinatrici del processo impone che questo si concluda mediante sentenze assolutorie e ciò perché scopo del processo di cognizione è il dire chi ha ragione e chi ha torto e non concludersi con sentenza di mero rito... questo principio fondamentale è alla base di tutta la disciplina positiva del processo, che è consegnata nel senso di prevedere strumenti idonei a depurare il processo stesso da eventuali vizi formali o extra formali allo scopo di consentirne la conclusione con una sentenza di merito sul diritto fatto valere dall'attore legittimato che abbia interesse alla tutela, senza che a ciò siano d'intralcio vizi processuali pur se addebitabili a colpa dell'attore (cfr. A. Proto Pisani, op. cit., pag. 27).*

4.2 Validità dell'atto.

Aver disseminato il processo di preclusioni, collegate a previsioni di rigide disposizioni sulle forme, ha creato le condizioni perché il fisiologico dispiegarsi degli snodi procedurali subisca rallentamenti per inutili regressioni o formalità superflue, non giustificate da effettive garanzie difensive. E' necessario, quindi, perché questo congegno processuale non finisca per avere l'effetto contrario a quello perseguito dal legislatore, non utilizzare lo schermo del rispetto del diritto di difesa per interpretazioni timide. Occorre infatti accompagnare la direttrice ermeneutica dell'art. 24 Cost. a quella dell'art. 111 Cost., secondo comma, che impone, in prima battuta al legislatore, ed in seconda al giudice, nella sua funzione di interpretazione della regola e di sua applicazione al caso concreto, di non sanzionare violazioni meramente formali, prive di ricadute pregiudizievoli sull'effettivo esercizio del diritto al contraddittorio ed alla difesa in giudizio (cfr. S. Chiarloni, *Efficienza della giustizia formalismo delle garanzie e sentenze della terza via*, Giur. it. 2011, 207; **all. Z**, il quale che con "formalismo delle garanzie intende *"connotare quei casi di cui il formalismo processuale, un male di cui può farsi strumento del torto secondo le parole di Hegel, si mimetizza dietro la sanità dei principi sanciti dalla Costituzione fin dal 1948 nell'art. 24 e recentemente più analiticamente articolati nel nuovo testo dell'art. 111 sotto la nozione di giusto processo. Con la conseguenza di rovesciare le garanzie nel loro contrario, da presidi di giustizia a cause d'ingiustizia o d'ingiusta dilazione della decisione).*

In quest'opera d'interpretazione, per non vanificare i principi di speditezza ed economia processuale, favorendo eventuali sacche di stasi del procedimento o ancor

peggio l'innescarsi di un meccanismo perverso di preclusioni/nullità/rinnovazioni, *“occorre riferirsi alla teoria generale del processo, saldamente ancorata alla nozione fondamentale di scopo: ai sensi dell'art. 156 c.p.c. un atto è nullo solo ove manchi dei requisiti di forma-contenuto indispensabili per il raggiungimento dello scopo e scopo dei requisiti di forma-contenuto inerenti all'atto di vocatio in ius è il mettere il convenuto in condizione di difendersi, di esercitare tempestivamente i poteri di difesa in punto di domande riconvenzionali, eccezioni, prove (ved. Proto Pisani cit., pag.17, all. D).*

Diviene allora logicamente coerente con il sistema ritenere che la mera indicazione nell'atto di appello dell'invito al convenuto a costituirsi nel termine e con le forme stabilite dall'art. 166 c.p.c. è idonea al conseguimento dello scopo dell'atto, nel caso in cui il suo destinatario sia appunto un “tecnico”, in grado cioè di apprezzarne la portata giuridica, col che la relativa nullità è da considerarsi sanata. Non vi sarebbe luogo, cioè, *“a dichiarare la nullità che il codice di rito commina quando i vizi strutturali della citazione non hanno nondimeno determinato alcuna lesione di detto diritto di difesa, e, dunque, in virtù della regola generale della sanatoria per il raggiungimento dello scopo ex art. 156 c.p.c. (cfr. F. Franconiero, cit. pag. 1, all. E).* Tale soluzione, riducendo al massimo i formalismi e gli ostacoli rispetto alla definizione nel merito, sarebbe oltretutto l'unica coerente con il nostro sistema processuale imperniato sul principio della strumentalità delle forme rispetto allo scopo.

Deve aggiungersi, che in tal caso, alcuno ha portato alle estreme conseguenze il ragionamento concludendo che *“in un giudizio impugnatorio, a competenza vincolata, l'avvertimento non ha di fatto pratica utilità (ved. M. A. Lupoi, Le riforma in materia di competenza nella legge n. 69/2009, Giurisprudenza it., 1/2011, all. F).* Altri (Losagno, op. cit. pag. 412; all. V) ha ritenuto che la nullità possa essere dichiarata soltanto nel caso in cui l'appellato sia rimasto contumace o si sia difeso personalmente, ai sensi dell'art. 82, 1° e 2° comma c.p.c., nel giudizio di primo grado, perché, in caso contrario, la notifica dell'atto d'appello deve essere effettuata ai sensi dell'art. 330 c.p.c. presso il procuratore costituito e quindi l'avvertimento non avrebbe alcuna funzione da svolgere.

A tali posizioni si ricollega il più recente orientamento maturato all'interno della seconda sezione secondo cui *“in tema di giudizio di appello, ove l'atto di impugnazione venga notificato, ai sensi dell'art. 330 cod. proc. civ., al procuratore dell'appellato, un'interpretazione costituzionalmente orientata, alla luce del principio del giusto processo dalla durata ragionevole (art. 111 Cost.), della disciplina di riferimento applicabile, impedisce di ritenere la nullità dell'anzidetto atto introduttivo del gravame in assenza dell'avvertimento di cui all'art. 163, terzo comma, n. 7, cod. proc. civ. (cui rinvia l'art. 342 cod. proc. civ.) in ordine ai termini di costituzione ed alle decadenze conseguenti alla sua tardività (artt. 166 e 167 cod. proc. civ.), posto che il soggetto che concretamente*

*riceve la notificazione è in grado, per le cognizioni tecnico-giuridiche delle quali deve presumersi sia professionalmente dotato, di apprezzare adeguatamente il contenuto dell'atto, anche se in esso non siano stati trascritti elementi che, tuttavia, possano agevolmente desumersi dai richiami normativi ivi contenuti, come quello, seppur generico, all'art. 166 cod. proc. civ.” (Cass. n. 28676 del 2011 (**all. 19**) e in senso conforme n. 30603 del 2011 (**all. 20**) e 30652 del 2011 (**all. 20/1**).*

(Red. Francesca Ceroni)

Il direttore aggiunto
(Ulpiano Morcavallo)

Bibliografia

- V. GAROFOLI, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Giuffrè 1983, **all. A**
- G. TARZIA, *Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile*, Cedam 1981, **all. B**
- G. JESU, *Esclusione dell'obbligo di avvertimento per il professionista chiamato a testimoniare*, *Diritto penale e processo* 3/2010, pag. 328, **all. C**
- A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina della nullità dell'atto di citazione*, *Foro it.*, 1991, parte V, **all. D**
- F. FRANCONIERO, *Prime applicazioni della legge n. 69 del 2009: le conseguenze del mancato avvertimento nella citazione sulle decadenze dalla facoltà di eccepire l'incompetenza*, *De Jure*, Giuffrè, 2010, 12, 2989, **all. E**
- M. A. LUPOI, *Le riforme in materia di competenza nella legge n. 69/2009*, *Giurisprudenza it.*, 1/2011, **all. F**
- G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Ed. Scientifiche it., 1994, **all. G**
- G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, Bari 2007, II, 374, **all. G/1**
- G. COSTANTINO, *Commento all'art.163 c.p.c.*, le nuove leggi civili commentate, Cedam, 1993, pag. 78-79, **all. I**
- B. POLISENO, *La mancanza dell'avvertimento*, *Il Corriere giuridico* n. 6/1996, **all. H**
- B. POLISENO, *L'inosservanza dei termini a comparire o la mancanza dell'avvertimento nel procedimento per convalida di sfratto*, *Il Corriere giuridico* n. 8/1997, **all. L**
- F. P. LUIO, in *Giurisprudenza it.*, 1996, parte I, sez. II, pag. 626, **all. M**
- CAIANIELLO, *Giusto processo e procedimento in corso: le conseguenze derivanti dall'omissione dell'avvertimento prescritto dall'art. 64 c.p.p.*, *L'indice penale*, 3/2001, pagg. 1394, 1395, 1396, **all. N**
- C. CECHELLA, *Contraddittorio e preclusioni*, *Giustizia civile*, II, 1991, pag. 450, Giuffrè, **all. O**
- R. CAPONI, D. Dalfino, A. Proto Pisani, G. Scarselli, *In difesa delle norme processuali*, *Foro It.*, 2010, I, 1794, **all. P**
- A. PROTO PISANI, *Tre note sulla recente giurisprudenza delle sezioni unite sul processo civile*, *Foro it.*, 2011, V, 79, **all. Q**
- M. BRUZZONE, *l'avviso di accertamento diventa "titolo esecutivo" per imposte sui redditi e IVA*, *Corriere tributario* 28/2010, **all. R**
- V. COLESANTI, *Impugnazioni in generale e appello nella riforma processuale*, *Riv. Dir. Proc.* 1992, 1064, **all. S**
- MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino 2011, II, 477, **all. T**
- CONVERSO, *Il processo d'appello dinanzi alla corte d'appello*, *Giur.it.* 1999, 885, **all. U**
- B. LASAGNO, in *Le riforme del processo civile* a cura di Chiarloni, Bologna 1992, 412, **all. V**
- S. CHIARLONI, *Efficienza della giustizia formalismo delle garanzie e sentenze della terza via*, *giur.it.* 2011, 207, **all. Z**