

Cass Civ., Sez. III, 21/06/2012, n. 10301, *Cons. Rel. Dott. Raffaele Fresca*

Svolgimento del processo

p.1. Nel settembre del 1988 la YYY s.p.a. conveniva in giudizio, davanti al Tribunale di Catania la XX s.r.l. per sentir dichiarare risolto per inadempimento della convenuta un contratto verbale di concessione in esclusiva di vendita di prodotti della convenuta per il territorio libico, nell'ambito del quale era previsto che la concedente non dovesse concludere direttamente od indirettamente affari. A sostegno della domanda l'attrice deduceva che tale accordo era stato violato nel 1987 dalla convenuta e su tale base chiedeva la risoluzione del contratto e la condanna della medesima al risarcimento dei danni.

Nella costituzione della XX, che contestava la fondatezza della domanda e svolgeva a sua volta domanda di risoluzione del contratto per inadempimento dell'attrice e domanda di risarcimento dei danni, dopo un lungo svolgimento processuale - nel corso del quale la causa veniva interrotta per due volte, dapprima per il fallimento della società attrice, quindi per la morte del difensore della XX e veniva riassunta dalla Curatela di detta società, ed inoltre subiva regolazione della competenza da parte di questa Corte, la quale confermava la competenza del tribunale etneo, che se ne era spogliata - il Tribunale di Catania, previa qualificazione del rapporto contrattuale in termini di somministrazione con patto di esclusiva, accoglieva la domanda di risoluzione del contratto proposta dalla YY e parzialmente la sua domanda di risarcimento del danno.

p.2. Contro la sentenza la XX, con citazione notificata il 6 ottobre 2006 alla Curatela presso il procuratore costituito Avvocato A.G., che riceveva personalmente la notificazione, proponeva appello in via principale con citazione per l'udienza del 3 marzo 2007 ed in relazione ad esso la Curatela non si costituiva.

p.3. A sua volta la Curatela, con citazione notificata il 23 gennaio 2007 per l'udienza del 25 maggio 2007 proponeva separato appello tramite altro difensore, nel quale non faceva alcun riferimento all'appello avversario.

Con riferimento all'appello della Curatela la XX si costituiva con comparsa di risposta, nella quale, oltre a riproporre nella parte espositiva le stesse ragioni svolte con il suo appello dichiarando di svolgerle in via incidentale, fra l'altro chiedeva la riunione dei due appelli, la quale, a seguito di anticipazione dell'udienza di comparizione fissata nel secondo, veniva disposta all'udienza del 21 maggio 2007, dopo che con note depositate il 14 maggio 2007, la YY aveva eccepito l'irritualità dell'atto di appello principale della Faris, in quanto era stato notificato al suo

difensore del giudizio di primo grado in una situazione nella quale il medesimo si era volontariamente cancellato dall'albo già in data 21 marzo 2006, come da prodotta certificazione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Catania.

p.4. Con sentenza dell'8 settembre 2009 la Corte d'Appello di Catania dichiarava inammissibile l'appello principale proposto dalla Faris, mentre, decidendo in via non definitiva sull'appello della YY e sull'appello incidentale della XX, che riteneva proposto, peraltro, solo con riferimento ad uno dei motivi fatti valere con l'appello principale del 6 ottobre 2006, lo rigettava e dichiarava il diritto della Curatela al risarcimento del danno per il profilo per cui la sentenza di primo grado l'aveva negato, rimettendo le parti davanti al consigliere istruttore, come da separata ordinanza, per la determinazione del quantum del risarcimento.

5. Contro questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi la XX.

La Curatela YY ha resistito con controricorso, nel quale ha svolto ricorso incidentale sulla base di un unico motivo.

Al ricorso incidentale ha resistito con controricorso la XX.

6. Hanno depositato memoria entrambe le parti.

p.1. Preliminarmente va disposta la congiunta trattazione del ricorso incidentale con quello principale, in seno al quale è stato proposto.

p.2. Con il primo motivo del ricorso principale si deduce "violazione e falsa applicazione degli artt. 330 e 291 c.p.c. nonché dell'art. 1396 c.c., comma 2".

Vi si censura la sentenza impugnata quanto alla declaratoria di inammissibilità dell'appello proposto in via principale dalla Faris, assumendosi che la notificazione presso il procuratore domiciliatario della YY nel giudizio di primo grado, cancellatosi volontariamente dall'albo, sarebbe stata erroneamente ritenuta inesistente e non invece soltanto nulla, con conseguente possibilità di ordinarne la rinnovazione ai sensi dell'art. 291 c.p.c., siccome inutilmente era stato richiesto.

A sostegno del motivo si cita giurisprudenza di questa Corte che avrebbe appunto affermato quella qualificazione e considerato sanabile il vizio ai sensi di detta norma. Vengono citate Cass. n. 11360 del 1999, n. 11623 del 2003, n. 15482 del 2003, n. 22293 del 2004, n. 27450 del 2005, n. 9528 del 2009 e n. 58 del 2010.

Dopo di che si argomenta ampiamente per dimostrare perchè la notificazione presso il procuratore cancellatosi dall'albo volontariamente darebbe luogo ad una fattispecie di nullità e non di inesistenza, sottolineandosi, per un verso che non si tratterebbe di

notifica in un luogo privo di qualsiasi riferimento con il destinatario della notificazione, onde per questo sarebbe fuor di luogo evocare il concetto di inesistenza, per altro verso che alla cancellazione l'ordinamento non attribuirebbe valore di pubblicità dichiarativa e che essa come evento sarebbe assimilabile alla sopravvenuta incapacità del mandatario ai sensi dell'art. 1728 c.c., con la conseguenza che il difensore non sarebbe liberato da tutte le obbligazioni precedentemente esistenti a suo carico nel quadro del mandato professionale ed avrebbe - ai sensi del comma 2 della norma e come confermerebbe la disciplina del Codice di Deontologia degli Avvocati, l'onere di avvertire il cliente. Si sottolinea ancora che l'evento della cancellazione, rispetto alla controparte, finchè non comunicato, sarebbe evento inidoneo ad incidere sulla situazione di apparenza esistente, la quale, del resto, non potrebbe escludersi nemmeno ipotizzando l'onere della stessa di monitorare gli albi, atteso che sono notori i ritardi con cui avvengono gli aggiornamenti da parte di Consigli dell'Ordine ed essendo, del resto, la cancellazione da essi risultante evento equivoco, perchè potrebbe sottendere solo l'iscrizione presso altro Consiglio, come accade allorchè l'avvocato si trasferisca fuori dalla circoscrizione di iscrizione. Da tanto si fa discendere che, non conseguendo alla cancellazione alcuna presunzione di legale conoscenza in capo alla controparte, dovrebbe ritenersi operante il principio di cui all'art. 1396 c.c., comma 2 con la conseguenza che, fino a quando ad essa non sia stata comunicato l'evento o essa non ne abbia avuto conoscenza (come nel caso di rifiuto di ricezione della notificazione, a motivo della cancellazione), resterebbe ferma la domiciliazione presso lo studio del difensore cancellato.

Si aggiunge, poi, che nella direzione di doversi considerare la notifica dell'appello soltanto nulla e non invece inesistente giuocherebbero anche le circostanze concrete, atteso che l'Avvocato A., difensore dell'YY, aveva ricevuto a mani proprie la notificazione senza far presente la propria cancellazione dall'albo e che, sempre successivamente ad essa, risultava aver estratto copia della sentenza impugnata, il che dimostrava che la struttura professionale rappresentata dal suo studio era rimasta ancora attiva.

p.1.1. Il motivo è fondato sia pure per ragioni giuridiche diverse da quelle prospettate dalla ricorrente e che questa Corte ritiene di dover rilevare d'ufficio nell'esercizio dei propri poteri di individuare l'esatto diritto applicabile alla vicenda prospettata dal motivo, poteri che nella specie possono essere esercitati in quanto si correlano alla stessa situazione fattuale posta a base del motivo ed alla questione che esso pone, sia pure con la qualificazione giuridica ch'esso prospetta.

Il motivo pone la questione degli effetti sul processo della cancellazione del difensore della parte su sua richiesta dall'albo di iscrizione presso il consiglio dell'ordine. Al riguardo, dalla certificazione del 22 marzo 2006 del Consiglio dell'Ordine degli

Avvocati di Catania, indicata specificamente nel ricorso ai sensi dell'art. 366 c.p.c., n. 6 e prodotta come doc. n. 9 agli effetti dell'art. 369 c.p.c., comma 2, n. 4, risulta che l'Avvocato A., difensore dell'YY in primo grado, venne cancellato con delibera del Consiglio 21 marzo 2006 "a domanda".

p.1.2. Ne segue che la cancellazione è riconducibile senza dubbio all'ipotesi prevista dal R.D. n. 1578 del 1933, art. 37, comma 1, n. 6 come cancellazione dall'albo "quando l'iscritto rinunci all'iscrizione".

Si tratta, quindi, di una cancellazione che avviene sulla base di una manifestazione di volontà del legale e che si differenzia nettamente dalle altre ipotesi previste nei numeri precedenti della norma, le quali sono tutte caratterizzate dalla correlazione a situazioni oggettive prescindenti dalla volontà del medesimo. E' da ritenere, altresì, che il consiglio dell'ordine nel caso della rinuncia debba procedere alla cancellazione dell'iscrizione senza alcun potere di valutazione, cioè sul semplice riscontro della provenienza della richiesta dal soggetto che la presenta e dell'esistenza dell'iscrizione nell'albo. Ne segue che il provvedimento di cancellazione, pur necessario e, quindi, pur provvedimento anch'esso da adottarsi dal Consiglio non risulta in alcun modo apparentabile a quello che si correla alle altre ipotesi di cancellazione. Il fatto, dunque, che anche l'ipotesi del n. 6 sia accomunata alle altre sotto la previsione che "la cancellazione è disposta... d'ufficio e su richiesta del pubblico ministero" non esclude l'ontologica diversità di presupposti fra essa e le altre.

E' certo, peraltro, che la cancellazione su rinuncia determina - non diversamente questa volta da quanto accade nelle altre ipotesi previste dalla norma - una situazione per cui, ai sensi del R.D. n. 1578 del 1933, art. 1 il rinunciante si viene a trovare nella condizione di chi non può assumere il ruolo ed esercitare (una volta eliminate la distinzione della figura dell'avvocato da quella del procuratore) le funzioni di avvocato e, quindi, di difensore nel giudizio civile, cioè in situazione per cui non può esercitare il ministero di difensore, cui allude l'incipit dell'art. 82, comma 2 e che il successivo terzo comma della stessa norma definisce come "ministero di un procuratore legalmente esercente".

Infatti, in base alla norma dell'art. 1 sopra citato, che ha chiaramente natura imperativa nella sua efficacia proibitiva, il difensore rinunciante all'iscrizione, una volta avvenuta la cancellazione diviene soggetto che non può legalmente esercitare le funzioni di procuratore, cioè di difensore della parte.

Gli effetti sul processo della situazione determinata dalla cancellazione del difensore su rinuncia non sono previsti espressamente dalla legge.

E non lo sono nelle norme che prendono direttamente in considerazione eventi riguardanti il difensore che presti il suo ministero nel processo.

Tali norme sono, com'è noto, rappresentate in via diretta dall'art. 85 c.p.c. e dall'art. 301 c.p.c., nonché dai richiami che a quest'ultima norma fanno l'art. 286 c.p.c., comma 2, e l'art. 328 c.p.c., siccome integrato dalla pronuncia additiva di cui a Corte cost. n. 41 del 1986.

In particolare, l'art. 85 c.p.c. dispone, dopo avere ammesso che "la procura può sempre essere revocata" e, quindi, fatta cessare per volontà del cliente, cioè della parte rappresentata dal difensore, aggiunge che "il difensore può sempre rinunciare". Quindi, con trattamento identico per le due ipotesi, la norma stabilisce che "la revoca e la rinuncia non hanno effetti nei confronti dell'altra parte finché non sia avvenuta la sostituzione del difensore". E' palese che nella norma non si fa riferimento alla rinuncia all'iscrizione.

A sua volta, l'art. 301 c.p.c., comma 3, dopo avere attribuito nel primo comma effetti interattivi alla morte, alla radiazione o alla sospensione del procuratore, sancisce che non sono cause di interruzione la revoca della procura o la rinuncia ad essa ed in tal modo detta una regola, eccettuativa della soggezione della revoca e della rinuncia alla disciplina dell'interruzione, che non appare affatto superflua, perché l'interprete, in assenza di essa, pur di fronte alla previsione dell'art. 85, sarebbe stato indotto a domandarsi se alla regola dell'improduttività di effetti della revoca o rinuncia, non si dovesse accompagnare - sul riflesso che tale improduttività riguardasse solo la cessazione del ministero del difensore in astratto - la possibile riconduzione in via di interpretazione estensiva o analogica delle due fattispecie alla disciplina dell'interruzione quanto agli effetti sul processo.

Invero, ricondurre nell'ambito dell'interruzione di cui all'art. 301 i fenomeni della revoca e rinuncia non sarebbe stato certamente incompatibile con la previsione dell'art. 85 e ciò proprio per la diversità degli effetti disciplinati dalle due norme.

p.1.3. Ora, proprio dalla presenza nell'ordinamento di norme che disciplinano eventi riguardanti il difensore della parte senza fare riferimento espresso alla cancellazione su rinuncia all'iscrizione deriva che l'interprete deve domandarsi se il trattamento di quest'ultima sia da esse desumibile in via di regolamentazione implicita o in via di interpretazione estensiva oppure in via analogica, od eventualmente debba desumersi da altre della legge processuale.

p.1.3.1. Quanto appena osservato è tanto vero che la questione posta dal motivo ha ricevuto trattazione dalla giurisprudenza di questa Corte fin da tempi remoti, con

l'intervento in due occasioni delle Sezioni Unite, proprio in riferimento alle norme degli artt. 85 e 301 c.p.c..

La soluzione che le si è data registra il passaggio da una ricostruzione che attribuiva alla cancellazione su rinuncia l'effetto di rendere inesistente il potere di rappresentanza tecnica del difensore sia dal lato attivo sia da quello passivo, ad una ricostruzione che, invece, risulta approdata alla conclusione che l'effetto sarebbe quello di una normale nullità, con le evidenti distinte conseguenze riconducibili al vizio di inesistenza ed a quello di nullità, particolarmente sotto il profilo della insanabilità del primo e della sanabilità del secondo.

Ormai oltre quaranta anni orsono Cass. sez. un. n. 935 del 1968 ebbe a statuire che "La portata del principio della perpetuatio dell'ufficio defensionale, sancito dall'art. 85 c.p.c. e dall'art. 301 c.p.c., comma 2, e limitata alle ipotesi di revoca della procura e di rinuncia al mandato. A queste non possono essere parificate le altre cause di Estinzione del rapporto che - come la cancellazione dall'albo (nella specie disposta, su domanda del professionista, per motivi di salute) - rendono illegittimo l'esercizio dello ius postulandi.

Pertanto, il rifiuto di ricevere la copia dell'atto, che all'ufficiale giudiziario procedente alla notificazione della sentenza di primo grado abbia opposto il procuratore che, nelle more, sia stato cancellato dall'albo, e legittimo e non può dar luogo alla c.d. notificazione virtuale" (Cass. sez. un. n. 935 del 1968). Le stesse Sezioni Unite, a giustificazione dell'affermazione precisarono, altresì, che "ai fini della c.d. notificazione virtuale, il rifiuto di ricevere la copia opposto dal destinatario deve presentare il carattere di un intenzionale espediente dilatorio e non deve, invece, risultare imposto da fattori estrinseci valutati dall'ordinamento in maniera tale da impedire che esso risulti privo di giustificazione".

L'indirizzo affermato dalle Sezioni Unite venne seguito da numerose decisioni delle sezioni semplici per l'ungo tempo (si vedano Cass. nn. 1986 del 1969; 4946 del 1976; 5676 del 1986; 4944 del 1997) e venne ribadito dalle stesse Sezioni Unite quasi trenta anni dopo (si veda Cass. sez. un. n. 10284 del 1996, la quale così statui: "La cancellazione dall'albo determina la decadenza dall'ufficio di procuratore e di avvocato e, facendo venir meno lo ius postulandi, implica la mancanza di legittimazione di quel difensore a compiere e a ricevere atti processuali. Pertanto, la notificazione della sentenza di primo grado, al fine della decorrenza del termine di impugnazione (art. 285 cod. proc. civ.), effettuato al procuratore cancellato dall'albo - qualunque sia la causa della cancellazione - è giuridicamente inesistente e, diversamente dalla notifica al procuratore nei casi di revoca o di rinuncia, non determina la decorrenza del termine breve per l'impugnazione (art. 85 c.p.c. e art. 301

c.p.c., comma 3); con la ulteriore conseguenza che la notificazione della sentenza deve essere eseguita alla parte personalmente anche agli effetti della decorrenza del predetto termine breve". Questa decisione si riferì espressamente anche alla cancellazione volontaria.).

La tesi dell'assimilazione della cancellazione volontaria alle ipotesi di cui all'art. 85 c.p.c., affermata da pronunce anteriori all'arresto delle Sezioni Unite del 1968 (ad esempio Cass. nn. 683 del 1960 e 1501 del 1963), peraltro, ebbe a riemergere successivamente in molte decisioni: si vedano: Cass. n. 5161 del 1986; n. 7282 del 1993; n. 8783 del 1993; n. 10694 del 1993).

L'intervento delle Sezioni Unite del 1996 con la sentenza n. 10284, peraltro, ebbe luogo non per risolvere l'oggettiva situazione di contrasto che risultava presente nella giurisprudenza delle Sezioni Semplici, ma in sede di ricorso per motivi di giurisdizione, ancorchè nella motivazione l'eco del contrasto fosse stato ben presente.

p.1.4. Successivamente a Cass. sez. un. n. 10284 del 1996, peraltro, la situazione di contrasto è sostanzialmente rimasta esistente nei termini in cui lo era prima ed anzi si è accresciuta per effetto di un'ulteriore opzione interpretativa, che è proprio quella evocata dalla ricorrente.

In senso conforme alla decisione delle sezioni Unite si segnalano:

Cass. nn. 8821 del 1998; 7577 del 1999; 9401 del 2002; 3299 del 2003;

10049 del 2005; 1180 del 2006. Tutte tali decisioni si riferiscono ad ipotesi di cancellazione volontaria. Da ultimo si veda Cass. n. 19225 del 2011, secondo cui "La cancellazione dall'albo professionale dell'avvocato costituito determina la decadenza dall'ufficio e, facendo venir meno lo ius postulandi, implica la mancanza di legittimazione di quel difensore a compiere e ricevere atti processuali, nonchè il venir meno dell'elezione di domicilio presso il medesimo, sicchè le notificazioni necessarie e, in particolare, quelle delle impugnazioni, debbono essere effettuate alla parte personalmente": questa decisione si riferisce ad un caso di cancellazione per quiescenza di difensore dipendente dell'I.N.P.S., iscritto nell'albo speciale, ma si richiama genericamente alla pronuncia delle Sezioni Unite del 1996.

In senso contrario alle Sezioni Unite e con affermazione della riconducibilità della cancellazione volontaria all'art. 85 c.p.c. si vedano: Cass. n. 5197 del 1999; Cass. n. 13282 del 1999, secondo cui "La volontaria cancellazione dall'albo professionale, del procuratore costituito non determina l'interruzione del processo, essendo essa

assimilabile non alle ipotesi di morte, radiazione, e sospensione tassativamente previste dall'art. 301 c.p.c., comma 1, e costituite da eventi indipendenti dalla volontà del professionista o del cliente, bensì a quelle (revoca della procura o rinuncia ad essa) riconducibili ad un comportamento volontario, cui il terzo comma della norma citata non attribuisce efficacia interruttiva"; Cass. nn. 8054 del 2004; n. 3142 del 2004; 12261 del 2009).

Accanto a questi due filoni di decisioni è, poi, da collocare quello evocato dalla ricorrente, che accetta parzialmente l'impostazione delle Sezioni Unite del 1996, perchè qualifica la situazione della notificazione effettuata o tentata al difensore cancellatosi volontariamente sub specie di nullità, come tale rimediabile con ordine di rinnovazione ai sensi dell'art. 291 c.p.c..

Non è mancata, poi, una pronuncia che, affrontando la questione con ampio approccio e consapevolezza della giurisprudenza pregressa, ha espressamente ritenuto di affermare - con espresso riguardo alla cancellazione volontaria, ancorchè la massima non lo dica, che "La cancellazione dall'albo professionale da parte del procuratore costituito, anche se volontaria, determina, al pari della morte, della sospensione e della radiazione del difensore, l'interruzione del processo". (Cass. n. 12294 del 2001).

p.1.5. Va, poi, rilevato che sulla questione è intervenuto il giudice delle leggi (corte cost. n. 147 del 2008), ma con una pronuncia che ritenne "inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 301 c.p.c., comma 1, censurato, in riferimento all'art. 24 Cost., comma 2, nella parte in cui non include la cancellazione volontaria dall'albo di procuratore tra le ipotesi di interruzione del processo", osservando - sulla premessa che "la dichiarazione di illegittimità di una disposizione è giustificata dalla constatazione che non ne è possibile una interpretazione conforme alla Costituzione e non dalla mera possibilità di attribuire ad essa un significato che contrasti con parametri costituzionali" - che "l'ordinanza di remissione del Tribunale di Genova si risolveva nella irrituale richiesta di avallo di un indirizzo ermeneutico effettuata, oltretutto, in base ad una incompleta ricostruzione del quadro giurisprudenziale di riferimento, in quanto il rimettente fa riferimento ad una sola pronuncia della Corte di cassazione, trascurandone altre e, in particolare, quella emessa dalle sezioni unite in sede di composizione di contrasto giurisprudenziale (Cass. S.U., sentenza 21 novembre 1996, n. 10284) ed ulteriori decisioni a questa successive".

p.2. Il Collegio ritiene che la questione debba essere risolta in modo da distinguere il rilievo della cancellazione dal punto di vista della controparte e dal punto di vista della parte il cui avvocato rinunci all'iscrizione.

Queste le ragioni.

p.2.1. Deve in primo luogo escludersi che l'evento della cancellazione volontaria dall'albo, cioè su richiesta del difensore, sia riconducibile alla disciplina dell'interruzione ed in particolare che sia considerabile compreso nell'ambito delle ipotesi dell'art. 301 c.p.c., comma 1 o per via di interpretazione estensiva del riferimento alla "radiazione" o sulla base di un'analogia legis.

Sia l'interpretazione estensiva sia l'analogia debbono ritenersi escluse perchè la cancellazione volontaria non è in alcun modo assimilabile alle ipotesi di cui all'art. 301 c.p.c., comma 1 e particolarmente alla radiazione e alla sospensione, in quanto, se è vero che determina il venir meno del jus postulandi in capo al difensore in astratto, cioè al di là dello specifico rapporto di rappresentanza in essere, e, quindi, come capacità di esercitarlo o, se si vuole, come perdita del relativo status, tuttavia tale effetto si determina in forza di una fattispecie ontologicamente diversa, perchè traente origine da una scelta dipendente dalla sua volontà, qual è quella sottesa alla rinuncia all'iscrizione indirizzata al consiglio di appartenenza. L'efficacia determinativa della cancellazione e, quindi, della perdita della capacità o status è vero che consegue solo al provvedimento che il consiglio adotta, ma, come s'è già notato, tale provvedimento è meramente ricognitivo della volontà del legale e non può in alcun modo sindacarla, dovendo solo prenderne atto. Ne segue (contrariamente a quanto argomentò Cass. n. 12294 del 2001) che non è possibile escludere la rilevanza causale della volontà del legale perchè è necessario il provvedimento di cancellazione.

Se, dunque, la volontà del legale ha rilevanza causale della perdita della capacità o status, la fattispecie di cancellazione su rinuncia non è accomunabile agli eventi di cui all'art. 301 c.p.c., comma 1 cioè alla morte, alla radiazione e alla sospensione del procuratore nè in via di interpretazione estensiva nè in via analogica.

Sotto il primo aspetto non si può dire che il riferimento alla radiazione, cioè ad un'ipotesi che determina necessariamente il venir meno dell'iscrizione all'albo, possa intendersi in senso estensivo ad ogni ipotesi di venir meno dell'iscrizione e, quindi, all'ipotesi in cui tale venir meno abbia un presupposto del tutto diverso. Per procedere all'esegesi estensiva, infatti, occorre che l'espressione linguistica usata dal legislatore nell'individuare la fattispecie si presti a comprendere anche il caso non corrispondente ad essa sul piano linguistico, ma di tale natura che si deve presumere che il legislatore non vi abbia fatto riferimento per mere esigenze di economica e perchè supponeva che l'utente percepisse come fattispecie regolata dalla norma anche quella non corrispondente ad essa sul piano linguistico. L'ipotesi della cancellazione disciplinare (R.D. n. 1578 del 1933, ex art. 40 cui di recente è stata estesa

la disciplina di tale norma: Cass. n. 10112 del 2009; in senso conforme Cass. n. 25641 del 2010) è quella paradigmatica al riguardo: poichè la radiazione ha natura sanzionatoria come la cancellazione disciplinare è ragionevole presumere che il legislatore che ha scritto l'art. 301, comma 1, volesse in realtà comprenderla nella sua disciplina. Tanto più che l'art. 301 comprende altra ipotesi che, pur non determinando il venir meno dell'iscrizione, ha anch'essa natura sanzionatoria, oltre ad incidere sulla possibilità di espletamento del ministero di difensore.

Sotto il secondo aspetto, la lettura complessiva dell'art. 301 c.p.c. evidenzia che la ratio sottesa all'applicazione alle tre ipotesi considerate, cioè la morte, la radiazione e la sospensione, della disciplina dell'interruzione, è necessariamente da rintracciare in una eadem ratio, la quale, stante l'oggettiva diversità dell'evento della morte (che non è determinato dal consiglio dell'ordine) e della radiazione e della sospensione (che, invece, lo sono, supponendo l'adozione dei relativi provvedimenti), si può rintracciare - al di là del dato minimale che sono tutti eventi che incidono sul jus postulando il primo in senso naturalistico, gli altri due per effetto di formali provvedimenti - nel fatto che si tratta di eventi tutti accomunati dall'essere indipendenti e dalla volontà del difensore e da quella della parte. Che questa sia l'eadem ratio sottesa alla identità di disciplina è fatto, del resto, manifesto dalla espressa esclusione della soggezione all'interruzione degli eventi contemplati dall'art. 85 c.p.c., cioè della revoca che dipende dalla volontà della parte e della rinuncia, che dipende dalla volontà del difensore.

Ne consegue che nella cancellazione su richiesta siffatta eadem ratio risulta indubitabilmente inesistente.

E semmai, si potrebbe discutere sul se, nonostante l'assenza di profili disciplinari, essa ricorra con riferimento alle altre ipotesi di cancellazione di cui al citato art. 40, che originano da provvedimenti del consiglio sulla base di situazioni oggettive.

Ma non è questa la sede per verificare tale ipotesi.

Deve, dunque, ribadirsi che non è possibile ricondurre la cancellazione volontaria nell'ambito dell'istituto dell'interruzione.

p.2.1.1. E tale conclusione è rafforzata - anche se non ve ne sarebbe bisogno - dall'argomento desunto dai lavori preparatori del Codice di procedura civile del 1940 e dall'argomento della diversità di disciplina di questo Codice rispetto alla legge processuale anteriore, quella contenuta nel Codice del 1865 (argomenti ampiamente esaminati da Cass. sez. un. n. 10284 del 1996 e ripresi da Cass. n. 12294 del 2001). E' noto, infatti, che l'art. 334 c.p.c. del 1865, in tema di interruzione del processo,

includeva espressamente la cessazione dalle funzioni del procuratore tra le fattispecie interruttive del processo e che l'art. 367, comma 3, (corrispondente all'attuale art. 286 c.p.c.) disponeva genericamente che, in caso di morte del procuratore o di cessazione da tali funzioni, le notificazioni delle sentenze o ordinanze dovessero farsi alla parte personalmente. Nessun dubbio si aveva che il generico riferimento alla cessazione dalle funzioni del procuratore comprendesse qualsiasi ipotesi di cessazione volontaria o coatta dall'esercizio della professione e, quindi, qualsiasi caso di cancellazione dall'albo.

Anzi, si riteneva da alcuni commentatori di quel codice che vi fosse compresa la rinuncia o la revoca della procura, sempre che, a norma dell'art. 161, essa fosse stata notificata alla controparte.

Ora, ancorchè nei vari progetti di riforma il riferimento generico alla cessazione non fosse più riprodotto durante i lavori preparatori, la questione della sorte della cancellazione e particolarmente della cancellazione volontaria risulta discussa (vedi sempre la sentenza delle Sezioni Unite e Cass. n. 12294 del 2001). In particolare, il progetto preliminare Solmi regolava la notificazione della sentenza negli artt. 297 e 298, il secondo dei quali rimandava ai casi preveduti nell'art. 286: detto articolo, a sua volta, sotto la intitolazione generica "cessazione della procura", disponeva la interruzione del procedimento se, dopo la costituzione per mezzo di procuratore, questi morisse o decadde dall'ufficio. Il successivo art. 287 escludeva poi che costituissero cause di interruzione la revoca della procura o la rinuncia ad essa, benchè ritualmente comunicate.

Il riferimento alla cessazione della procura era sufficientemente generico per comprendere la cancellazione. D'altro canto, nelle discussioni che si ebbero sul testo preliminare e che determinarono la sostituzione del termine "decadenza" alla locuzione "cessazione dalle funzioni", tale sostituzione non venne intesa come espressione dell'intendimento di escludere la cessazione del procuratore dall'ufficio per causa non volontaria, diversa da quella consistente nell'attuazione di un provvedimento disciplinare, nè venne espressa alcuna esigenza in tal senso; anzi, manifestandosi il dubbio che il termine decadenza potesse comprendere anche la cancellazione volontaria dall'albo, si suggerì una precisazione in proposito (vedi Relazione dell'Università di Cagliari, in Osservazioni e proposte sul progetto di codice di procedura civile, Vol. 2[^], p. 480).

Tuttavia, l'art. 295 del progetto definitivo Solmi (al quale rimandava l'art. 317 in tema di notificazione delle sentenze) mantenne la predetta dizione, disponendo la interruzione del processo "per causa di morte, decadenza o sospensione dall'ufficio del procuratore". Solo nel testo definitivo del codice (art. 301), in luogo della parola

"decadenza", si legge quella di "radiazione", mentre l'esclusione dalle cause di interruzione della revoca della procura e della rinuncia ad essa, prima prevista in altro articolo, è stata formulata nello stesso art. 301, comma 3. Nè i lavori preparatori, nè la relazione di presentazione del codice stesso alle Camere rivelano le ragioni della sostituzione, che non poteva non essere significativa, atteso che, mentre il termine "decadenza" non corrispondeva ad una figura disciplinata dal R.D. n. 1578 del 1933 e, quindi, poteva prestarsi a comprendere genericamente ogni ipotesi di venir meno dell'iscrizione dall'albo, viceversa, la "radiazione" (come la "sospensione"), nel testo originario del R.D., art. 40 (ante la sostituzione operata dalla L. n. 91 del 1971, art. 1) era una figura espressamente prevista.

Il che non poteva non implicare, secondo l'argomento del legislatore consapevole, che la cancellazione restasse fuori dalla disciplina dell'art. 301 c.p.c., comma 1.

p.2.2. Raggiunta la conclusione che la cancellazione volontaria non è compresa fra le ipotesi di cui all'art. 301, comma 1, all'interprete che voglia individuare gli effetti di essa sul processo non resta che affrontare il problema sulla base delle seguenti coordinate normative:

a) la proclamazione dell'art. 82 c.p.c., comma 3, che la parte deve stare in giudizio (salvo eccezioni) con il ministero di un procuratore legalmente esercente;

b) la necessaria coordinazione di tale proclamazione con il R.D. n. 1578 del 1933, art. 1 la cui osservanza è preservata dalla tutela penale, nonchè con la disciplina delle nullità processuali, di cui all'art. 156 e segg.;

c) la disciplina dell'art. 85 c.p.c..

Iniziando da tale ultimo riferimento normativo si potrebbe pensare che la cancellazione volontaria all'apparenza non sia riconducibile alla disciplina dell'art. 85 c.p.c., dato che si concreta in un provvedimento del Consiglio dell'Ordine presso il quale è iscritto il legale, sia pure adottato sulla base di una sua richiesta.

S'è già detto, però, che il provvedimento di cancellazione si risolve in una mera presa d'atto, sicchè l'effetto della cancellazione risulta riconducibile ad una decisione del procuratore.

Essa implica il venir meno della condizione legale necessaria per l'espletamento del ministero in astratto, cioè il venir meno della sua capacità o status di professionista legale.

E' vero, però, che implica anche necessari riflessi sui rapporti di ministero difensionale in giudizio che il legale ha in corso di svolgimento con i suoi clienti. Tali rapporti non possono più trovare svolgimento alla stregua dell'art. 82 c.p.c., comma 3, cioè il ministero non può più essere esercitato legalmente. Ma questo rappresenta la conseguenza oggettiva della cancellazione. Sotto il profilo soggettivo, essa, in quanto determinata dalla volontà del legale, assume il significato di una implicita rinuncia, per fatto concludente, alla procura conferitagli, cioè a continuare la rappresentanza del cliente. In sostanza, come effetto necessario della rinuncia alla capacità di esercitare il ministero, cioè al jus postulandi in astratto, sottesa alla cancellazione volontaria dall'albo, si produce anche un effetto indiretto, cioè la rinuncia di jus postulandi che il legale ha in concreto in corso di esercizio con i suoi clienti.

Per tale ragione si deve ritenere che la disciplina dell'art. 85 si presenti, in realtà, idonea a regolare anche la rinuncia alla procura necessariamente sottesa alla cancellazione volontaria del difensore dall'albo.

p.2.3. Il problema che si pone è se tale idoneità abbia le stesse implicazioni che normalmente sono riconducibili ad una rinuncia alla procura effettuata dal difensore che conservi l'iscrizione all'albo e che, dunque, sia solo rinuncia alla specifica procura di cui è investito.

Il Collegio ritiene che le implicazioni siano le medesime dal punto di vista della controparte della parte il cui difensore si cancelli volontariamente dall'albo, così necessariamente rinunciando alla procura da essa conferitagli. In tal caso, rispetto alla controparte, che l'evento della rinuncia sia dipendente dalla cancellazione dall'albo è circostanza assolutamente inidonea a giustificare un trattamento diverso da quello previsto dall'art. 85, perchè ciò che viene in rilievo è sempre il diritto processuale di continuare a considerare la parte avversa rappresentata dal suo difensore agli effetti del compimento delle attività processuali da svolgersi nei suoi riguardi. E, pertanto, deve ritenersi che tutte le attività processuali che la controparte deve porre in essere nei confronti della parte avversa possa continuare a svolgerle nei confronti del difensore cancellatosi.

D'altro canto, la posizione della controparte sancita dall'art. 85 nel non produrre la rinuncia effetti fino alla sostituzione del difensore riguarda necessariamente anche il compimento di attività officiose, cioè d'iniziativa dell'ufficio giudiziario, in quanto la rinuncia concerne il processo ed il processo vede coinvolto necessariamente l'ufficio, cioè il giudice e gli organi ausiliari nel compiere gli atti del processo loro affidati, e questi atti necessariamente coinvolgono la posizione della controparte della parte il

cui difensore si è cancellato. Deve allora ritenersi - come accade nel regime dell'art. 85 in generale - che anche gli atti dell'ufficio debbano indirizzarsi al difensore pur volontariamente cancellatosi, quale rappresentante della parte fino alla sostituzione con altro difensore.

L'art. 85 si presenta, dunque, idoneo a disciplinare la situazione sia dal punto di vista della controparte di quella il cui difensore si è volontariamente cancellato, sia dal punto di vista dell'ufficio.

p.2.3.1. Viceversa, la disciplina dell'art. 85 non si presenta idonea a disciplinare la situazione dal punto di vista della parte rappresentata dal difensore cancellatosi.

O meglio, lo è, per quanto si è detto prima, solo per quel che concerne il compimento degli atti della controparte e di quelli dell'ufficio: gli uni e gli altri, in quanto i primi provenienti dalla controparte ed i secondi interessanti anche la stessa, debbono poter essere compiuti nei confronti del difensore cancellatosi anche con effetti riguardo alla parte già da lui rappresentata, la quale, dunque, per la controparte e per l'ufficio continua a stare in giudizio tramite il difensore cancellatosi.

In sostanza, permane il ministero del difensore cancellatosi per quanto concerne l'aspetto passivo, cioè la capacità di essere destinatario degli atti compiuti dalla controparte e dall'ufficio, dei quali sia prevista la ricezione.

Per quanto attiene all'aspetto attivo, cioè per gli atti da compiersi d'iniziativa della parte rappresentata dal difensore cancellatosi, viceversa, assume rilievo il disposto dell'art. 82 c.p.c. e dell'art. 1 del r.d. più volte citato, là dove esige che la parte stia in giudizio attraverso il ministero di un difensore legalmente esercente.

Lo stare in giudizio legalmente, cui allude l'art. 82, si riferisce alla rappresentanza tecnica attiva della parte e non alla rappresentanza tecnica passiva di essa.

E', infatti, la parte rappresentata che porta la responsabilità di stare in giudizio legalmente e non la controparte. Se la prima si è venuta a trovare in condizione tale che non sta in giudizio tramite procuratore esercente legalmente, la responsabilità non può attribuirsi alla controparte, che subisce tale situazione. E' vero che nemmeno la parte rappresentata dal difensore che rinunci all'iscrizione e si cancelli dall'albo porta la responsabilità diretta della determinazione della situazione di sopravvenuto difetto della condizione di esercizio legale del ministero. Tuttavia, si configura una sua responsabilità indiretta, perchè ha scelto il difensore e l'ha investito del ministero e, quindi, ha corso il rischio di subire gli effetti del suo esercizio del ministero

difensionale. Allo stesso modo di come detta parte sopporta le conseguenze processuali dell'errore o dell'omissione del suo difensore (che, per esempio, non lo notifica della notificazione della sentenza e non proceda alla sua impugnazione per negligenza), salva la rivalsa sul piano dell'inadempimento del contratto d'opera professionale, deve ritenersi che debba sopportare le conseguenze della sopravvenienza di una situazione per cui il suo difensore, in quanto cancellatosi dall'albo, non è più idoneo a stare in giudizio per lei, cioè a compiere atti del processo.

In sostanza, la disciplina dell'art. 85 si presenta idonea a regolare la vicenda che ne occupa per quanto attiene la capacità del difensore cancellatosi di continuare a ricevere atti processuali della controparte e dell'ufficio, mentre non lo è per quanto attiene alla capacità di compimento di atti da parte del detto difensore.

Questi atti, se compiuti, sono nulli. La nullità sarà rilevabile d'ufficio. Nel vigore del nuovo testo dell'art. 182 se ne potrà disporre la rinnovazione solo previo rilascio di procura a nuovo difensore. Nel rito precedente l'introduzione di tale nuovo testo, viceversa, gli atti resteranno irrimediabilmente viziati.

Secondo la ricostruzione proposta la disciplina dell'art. 85 risulta allora applicabile solo parzialmente.

La giurisprudenza più recente, infatti, ha dato una lettura della norma, là dove essa dice priva di effetti la rinuncia alla procura (come la revoca) nei confronti dell'altra parte finché non ha luogo la sostituzione del difensore, nel senso che la mancanza di produzione di effetti non riguarda solo l'altra parte, ma anche la stessa parte il cui difensore ha rinunciato o di cui è stata revocata la procura.

E' principio consolidato che "Le vicende della procura alle liti sono disciplinate, dall'art. 85 cod. proc. civ., in guisa diversa dalla disciplina della procura al compimento di atti di diritto sostanziale, perchè, mentre nella disciplina sostanziale è previsto che chi ha conferito i poteri può revocarli (o chi li ha ricevuti, dismetterli) con efficacia immediata, invece nè la revoca nè la rinuncia privano - di per sè - il difensore della capacità di compiere o di ricevere atti, atteso che i poteri attribuiti dalla legge processuale al procuratore non sono quelli che liberamente determina chi conferisce la procura, ma sono attribuiti dalla legge al procuratore che la parte si limita a designare. Ne consegue che, in base all'art. 85 cod. proc. civ., ciò che priva il procuratore della capacità di compiere o ricevere atti, non sono dunque la revoca o la rinuncia di per sè soli, bensì il fatto che alla revoca o alla rinuncia si accompagni la sostituzione del difensore. (Nella specie, la sentenza di merito aveva affermato la decadenza della parte per mancata indicazione dei testi nel termine perentorio

assegnato dal giudice, benchè nelle more del decorso del termine fosse stata revocata la procura al difensore e questi non avesse comunicato il termine alla parte; la S.C. ha confermato la sentenza impugnata ed affermato il principio su esteso)". (Cass. n. 17649 del 2010).

In precedenza si era statuito: "l'art. 85 cod. proc. civ., il quale stabilisce che la revoca o la rinuncia alla procura non hanno effetto nei confronti dell'altra parte finché non sia avvenuta la sostituzione del difensore, mira ad evitare una *vacatio dello ius postulandi* e deve essere interpretato nel senso che, fino alla sostituzione, il difensore conserva le sue funzioni con riguardo alle vicende del processo obiettivamente considerato, e cioè sia per quanto concerne la legittimazione a ricevere atti nell'interesse del mandante, sia per quanto concerne la legittimazione a compiere atti nel suo interesse, i rapporti interni fra procuratore e cliente, infatti, rimangono disciplinati dal cosiddetto contratto di patrocinio, con le ovvie conseguenze in tema di responsabilità del procuratore nei riguardi del cliente, il quale, d'altronde, può sempre rescindere con effetto immediato il rapporto di rappresentanza processuale provvedendo alla nomina di altro difensore" (Cass. n.1870 del 1976; conf: 1383 del 1987; 4226 del 1989; Cass. sez. un. n. 11303 del 1995).

p.2.4. Conclusivamente deve dissentirsi anche dall'approdo della giurisprudenza sopra riferita, la quale afferma che l'atto compiuto nei confronti di difensore cancellatosi dall'albo è nullo (anzichè inesistente: prospettiva ancora più non condivisibile): la sanzione della nullità non sembra giustificata perchè da rilievo alla previsione di ordine pubblico dello stare in giudizio con il ministero di difensore legalmente esercente in danno della controparte, la quale risulterebbe onerata durante tutto il corso del processo, ivi compreso il momento della proposizione dell'impugnazione di controllare continuamente se il difensore avversario non si sia cancellato volontariamente dall'albo. Lo stesso onere risulterebbe a carico dell'ufficio. Inoltre, come era emerso nel corso del dibattito dottrinale sulla questione, una simile ricostruzione si presterebbe ad abusi, conseguenti a possibili cancellazioni effettuate per bloccare il processo. La nullità sarebbe del resto provocata dalla parte o meglio da essa tramite il suo difensore cancellatosi. Onde si tratterebbe di una ben strana nullità indotta a danno di una parte dall'altra. Naturalmente lo si rileva per il caso, come nella fattispecie giudicata, in cui la cancellazione non venga comunicata.

D'altro canto, il ricorso alla categoria della nullità, pur apprezzato come forma di tutela della parte il cui difensore si sia cancellato senza darle notizia, si presenta del tutto inidoneo a preservare l'interesse di detta parte, perchè l'eventuale rinnovazione dell'atto nei suoi riguardi personalmente non garantirebbe certo, dato che essa non è un tecnico, tutela.

Considerare, invece, il difensore che si cancella ancora come rappresentate della parte dal punto di vista della controparte e dell'ufficio ne determina un'ovvia responsabilizzazione, nell'ottica dell'art. 47 del Codice deontologico.

Inoltre, esigere che gli atti della controparte e dell'ufficio siano notificati o comunicati alla parte personalmente, quando non risultasse dove essa è localizzata, comporterebbe aggravo e per la controparte e per l'ufficio.

p.3. Le svolte considerazioni giustificano a questo punto l'accoglimento del primo motivo del ricorso principale, in quanto la notificazione dell'appello presso il difensore avvocato A. era pienamente valida.

Nella specie la cancellazione volontaria del medesimo si era verificata prima della chiusura del giudizio di primo grado ancorchè dopo la chiusura della discussione e l'applicazione dei principi innanzi affermati giustifica che la notificazione dell'appello sia stata fatta presso il difensore costituito ai sensi dell'art. 330 c.p.c..

Ove la cancellazione si fosse verificata successivamente alla chiusura del giudizio di primo grado parimenti sarebbe stata giustificata la notificazione ai sensi di detta norma, perchè vi sarebbe stata perpetuatio della rappresentanza tecnica del difensore agli effetti del compimento dell'atto di impugnazione dell'altra parte.

La ricostruzione proposta, lo si osserva per completezza, comporta che anche la notificazione della sentenza agli effetti dell'art. 286 c.p.c. si debba fare al difensore pur cancellatosi su sua richiesta dall'albo. Non condivisibile l'opinione dottrinale che ha proposto di considerare la previsione del secondo comma dell'art. 286 c.p.c., là dove allude ai "casi previsti dall'art. 301" come idonea a comprendere non solo gli eventi di cui al comma 1 della norma stessa, ma anche la revoca e la rinuncia alla procura intervenute dopo la chiusura della discussione. La tesi non sembra condivisibile, sia perchè la rubrica della norma dell'art. 286 c.p.c. fa riferimento al caso di interruzione e, dunque, riecheggia i casi di cui all'art. 301, sia perchè i casi che quest'ultimo prevede, cioè disciplina con la previsione della interruzione, sono quelli di cui al comma 1, mentre revoca e rinuncia sono sottratti a tale previsione. Diverso sarebbe stato se il legislatore avesse alluso ai "casi di cui all'art. 301 c.p.c.", in tal modo volendo alludere anche a quelli contemplati in negativo.

Se l'interpretazione fosse valida comunque occorrerebbe affermarla anche per l'esercizio del diritto di impugnazione, ammettendo dunque per omologia che qualora il difensore della parte destinataria dell'impugnazione si sia volontariamente cancellato, la notificazione debba farsi ai sensi dell'art. 330 c.p.c., comma 3.

La ricostruzione prospettata resterebbe valida nel caso di cancellazione fino alla chiusura della discussione.

La sentenza impugnata andrebbe allora cassata, perchè la notificazione presso il difensore non potrebbe considerarsi inesistente, bensì nulla.

La sentenza impugnata va, conclusivamente, cassata nella parte in cui ha ritenuto inammissibile l'appello principale della qui ricorrente.

La Corte di rinvio dovrà pertanto esaminare il detto appello principale.

Poichè l'appello a suo tempo svolto dalla YY rivestiva carattere incidentale e si presentava confliggente con quello principale, la statuizione della sentenza impugnata relativa a detto appello resta travolta anch'essa, occorrendo che l'uno e l'altro appello siano esaminati congiuntamente.

Di detto appello incidentale sarà valutata l'ammissibilità alla stregua del seguente principio di diritto, relativo alla disciplina anteriore alla L. n. 353 del 1990: "L'appello proposto in via principale da chi, essendo stata la sentenza già impugnata da un'altra parte, avrebbe potuto proporre soltanto appello incidentale può convenirsi, previa riunione dei gravami, in appello incidentale, con conseguente irrilevanza della mancata osservanza della Forma prevista dall'art. 343 cod. proc. civ., purchè siano rispettati i termini perentori fissati dalla citata norma, che si sostituiscono a quelli stabiliti in via generale dagli artt. 325 e 327 cod. proc. civ." (Cass. n. 5025 del 1983; in senso conforme: Cass. n. 4381 del 1987; n. 3318 del 1988).

Nella specie la Corte territoriale dovrà valutare se la costituzione della YY a seguito della notificazione del suo appello fu tempestiva in quanto considerata come deposito di una sostanziale comparsa di risposta in relazione alla prima udienza fissata nell'appello principale della XX, come parrebbe.

Il secondo motivo del ricorso principale resta assorbito.

Resta assorbito anche il ricorso incidentale.

La cassazione della impugnata sentenza non definitiva determina la caducazione dell'ordinanza dispositiva della prosecuzione del giudizio nel merito e degli atti processuali compiuti davanti al giudice di merito a seguito della prosecuzione.

p.4. Il giudice di rinvio si designa in altra Sezione della Corte d'Appello di Catania, che deciderà comunque in diversa composizione anche sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte esaminati congiuntamente il ricorso principale e quello incidentale, accoglie il primo motivo del principale. Dichiara assorbito il ricorso incidentale ed il secondo motivo del ricorso principale. Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia ad altra sezione della Corte d'Appello di Catania, comunque in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della sezione terza civile, il 30 marzo 2012.

Depositato in Cancelleria il 21 giugno 2012