

L'INTRODUZIONE DEL GIUDIZIO

(estratto dal *Manuale pratico della riforma del processo civile* BUCCI,
CRESCENZI MALPICA, Cedam 1993

Sommario:

- 1. Aspetti generali della fase introduttiva del processo.
- 2. La nuova disciplina della citazione:
 - a) il contenuto della citazione (articolo 163);
 - b) i termini di comparizione (articolo 163- *bis*).
- 3. La nullità della citazione (articolo 164):
 - a) le ipotesi di nullità;
 - b) l'omissione dell'avvertimento;
 - c) la mancata esposizione dei fatti;
 - d) gli effetti della nullità nella disciplina previgente;
 - e) gli effetti della nullità nella disciplina previgente: l'ordine di rinnovazione della citazione;
 - f) l'operatività della sanatoria.
- 4. La costituzione delle parti:
 - a) la costituzione dell'attore;
 - b) la costituzione del convenuto (articolo 166 e articolo 76 disp. attuaz.);
 - c) il contenuto della comparsa di costituzione (articolo 167, primo comma)
 - d) la domanda riconvenzionale (articolo 167 secondo comma);
 - e) La nullità della domanda riconvenzionale (articolo 167 secondo comma);
 - f) la chiamata in causa del terzo (articolo 167 terzo comma): rinvio;
 - g) la mancata e ritardata costituzione delle parti.
- 5. La designazione del giudice istruttore (articolo 168-*bis* e articolo 82 disp. attuazione)

1. ASPETTI GENERALI DELLA FASE INTRODUTTIVA DEL PROCESSO

Com'è noto, nell'ambito del processo civile prima della riforma, esistevano due diversi atti rivolti all'introduzione del giudizio di primo grado: la citazione ed il ricorso. La prima costituiva la forma ordinaria, disciplinata in via generale dall'articolo 163 e segg. del codice di procedura civile, e si caratterizzava per l'attribuzione alla parte dell'onere di notificare previamente l'atto alla controparte e della correlativa facoltà di prefissare la prima udienza di trattazione della causa. Il ricorso, invece, rappresentava la forma specificamente prevista dal legislatore in relazione a singoli procedimenti caratterizzati da particolari esigenze di speditezza e la cui connotazione di maggior rilievo era costituita dall'attribuire al giudice il potere-dovere di fissare l'udienza di trattazione e, contestualmente, il termine per la notificazione della domanda alla controparte.

Nel riformare il processo civile ordinario, il legislatore non ha ritenuto di generalizzare l'applicabilità dell'istituto del ricorso, preferendo, invece, confermare la citazione quale atto introduttivo del giudizio, ma adottando, peraltro, dei meccanismi (specificamente in relazione alla fissazione della prima udienza) che appaiono mutuati dalla struttura del ricorso e che alterano lo schema tipico della citazione ad udienza fissa.

Vale la pena di osservare come risultino, invece, inalterati i principi informatori del processo civile: il principio dell'iniziativa di parte o della domanda, che si riflette nel demandare alla parte l'iniziativa del processo, il principio del contraddittorio, che si esplicita in questa prima fase del giudizio nell'esigenza della notificazione, ed il principio dell'impulso di parte, che implica che anche successivamente alla proposizione della domanda il prosieguo del giudizio sia strettamente correlato all'attività della parte. Un altro aspetto della fase introduttiva del giudizio che non ha subito modificazioni inerisce al carattere scritto di essa; soltanto con la prima udienza del processo verrà in rilievo il principio dell'oralità, sancito dall'articolo 180 del codice di procedura civile; i primi atti del processo hanno, invece, necessariamente carattere documentale.

2. LA NUOVA DISCIPLINA DELLA CITAZIONE

a) Il contenuto della citazione (articolo 163)

Come già rilevato, la proposizione della domanda si attua, anche a seguito della riforma, con la citazione, finalizzata, da un lato, all'esposizione degli elementi costitutivi dell'azione (*edictio actionis*) e, dall'altro, alla chiamata in giudizio della controparte (*vocatio in ius*).

La disciplina del contenuto della citazione ha subito soltanto limitate modificazioni. Ai sensi dell'articolo 163, la citazione deve, dunque, contenere gli elementi atti all'individuazione del giudice, dinanzi al quale la domanda è proposta, dell'attore e del convenuto, oltreché del procuratore del primo, la specificazione della cosa oggetto della domanda, l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni, l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende avvalersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione.

L'unico elemento di novità introdotto dalla riforma attiene all'indicazione della data di comparizione ed all'invito al convenuto a costituirsi: il n. 7) dell'articolo 163 non opera più un semplice rinvio al termine stabilito dall'articolo 166 ma contiene un'esplicitazione di tale termine, specificando che la citazione deve contenere, oltre all'indicazione del giorno dell'udienza di comparizione, *“l'invito a costituirsi nel termine di venti giorni prima dell'udienza indicata ai sensi e nelle forme stabilite dall'articolo 166, ovvero di dieci giorni prima in caso di abbreviazione dei termini, e a comparire nell'udienza indicata, dinanzi al giudice designato ai sensi dell'articolo 168-bis, con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui all'articolo 167”*.

La norma non si limita ad un mero rinvio ai termini di cui all'articolo 166, ma contiene, invece, un'esplicita specificazione di essi finalizzata ad imporre all'attore l'onere di indicare espressamente in citazione il termine entro il quale il convenuto è tenuto a costituirsi; sicché appare corretto escludere che l'attore possa limitarsi a fare genericamente riferimento ai termini di cui all'articolo 166, risultando, invece, necessaria la specificazione del termine di venti o dieci giorni prima dell'udienza di comparizione, anche se sembra doversi escludere che la questione possa avere una qualche conseguenza sul piano della validità dell'atto.

L'elemento di maggior rilievo introdotto dalla novella è certamente costituito dall'ultima parte della disposizione: la citazione deve, infatti, contenere anche l'esplicito avvertimento che l'eventuale costituzione oltre i termini sopra indicati comporta le decadenze previste dall'articolo 167. L'importanza della disposizione è evidenziata dalla lettura del nuovo testo dell'articolo 164 che fa esplicitamente discendere dalla mancanza di tale avvertimento la nullità della citazione, mentre, nella vigenza della disciplina precedente, si soleva escludere che costituisse motivo di nullità l'omissione nell'atto di citazione dell'esplicita avvertenza delle conseguenze connesse alla mancata costituzione (Cass. 12 agosto 1952, n. 2683).

b) i termini di comparizione (articolo 163-bis)

Notevolmente innovativo risulta, rispetto alla disciplina precedente, la fissazione di termini per comparire sostanzialmente omogenei, diversificati soltanto in relazione alla previsione che il luogo della notificazione si trovi o meno in Italia: nell'ipotesi di notificazione nel territorio nazionale il termine non deve essere inferiore ai sessanta giorni; in quella di notificazione da eseguirsi fuori di Italia, la norma prescrive un termine non minore di centoventi giorni.

L'adozione in via generale di un termine di comparizione più lungo di quelli ordinariamente previsti dal precedente testo dell'articolo 163-*bis*, per la notificazione da effettuarsi nella circoscrizione del tribunale adito o della Corte di appello dalla quale il tribunale dipende, deriva essenzialmente dall'esigenza di adeguare il termine di comparizione al più ristretto termine per la costituzione del convenuto (venti giorni prima dell'udienza indicata per la comparizione), oltretutto ai maggiori oneri connessi alla diversa configurazione della comparsa di risposta; e ciò, al fine di consentire al convenuto medesimo un congruo *spatium deliberandi*.

Deve, come nella disciplina previgente, trattarsi di termini "liberi", nel senso che vanno computati escludendo sia il *dies a quo* (giorno della notificazione della citazione), sia il *dies ad quem* (giorno dell'udienza di comparizione). Ai sensi dell'articolo 70-*bis* disp. att. del codice di procedura civile, deve aversi riguardo, ai fini del riscontro dell'esistenza in concreto del termine minimo prescritto dalla legge, all'udienza indicata nell'atto di citazione, anche se la causa è rinviata ad altra udienza a norma dell'articolo 168-*bis* del codice di procedura civile (che consente al giudice istruttore designato di differire la data della prima udienza, sino ad un massimo di quarantacinque giorni). I detti termini non sono, secondo l'avviso espresso dalla giurisprudenza, suscettibili di proroga *ex* articolo 155, ultimo comma, del codice di procedura civile, nell'ipotesi di scadenza in giorno festivo (Cass. 6 novembre 1982, n. 5864). E', invece, certamente applicabile ai termini di comparizione di cui all'articolo 163-*bis* la sospensione disposta dalla legge 7 ottobre 1969, n. 742 in relazione al periodo feriale compreso tra il 1° agosto ed il 15 settembre di ciascun anno (Cass. 17 aprile 1981, n. 2328).

E' rimasta invece inalterata la disciplina dell'abbreviazione dei termini così come regolata dall'articolo 163-*bis*, secondo e terzo comma, e dall'articolo 70 disp. Att. Pertanto, nelle cause che richiedano pronta spedizione il presidente del tribunale può, su istanza dell'attore, e con decreto motivato steso in calce all'originale della citazione e che deve essere riprodotto nelle copie di tale atto, abbreviare fino alla metà i termini di cui al primo comma; in questo caso la costituzione del convenuto può correttamente intervenire fino a dieci giorni prima dell'udienza di comparizione (articolo 166). Viceversa, qualora l'attore abbia assegnato un termine eccedente quello minimo prescritto dal primo comma, il convenuto,

costituendosi prima della scadenza di detto termine, può sollecitare l'anticipazione dell'udienza di prima comparizione, come indicata dall'attore. Competente a decidere in ordine all'istanza del convenuto è il presidente del tribunale od il presidente della sezione, cui la causa sia stata già assegnata; il decreto, scritto in calce al ricorso, con il quale si fissi l'udienza di prima comparizione, deve essere comunicato, a cura della cancelleria, alle parti costituite almeno cinque giorni liberi prima dell'udienza fissata dal presidente. Alle parti non costituite il decreto ed il ricorso debbono essere notificati personalmente nel termine fissato nel decreto.

3. LA NULLITÀ DELLA CITAZIONE (ARTICOLO 164)

a) le ipotesi di nullità

Ai sensi della nuova formulazione dell'articolo 164 del codice di procedura civile, costituiscono motivi di nullità della citazione l'omissione e l'assoluta incertezza di alcuno dei requisiti stabiliti nell'articolo 163, numeri 1) - (indicazione del tribunale dinanzi al quale la domanda è proposta), 2) - (generalità dell'attore e del convenuto), e 3) - (determinazione dell'oggetto della domanda), la mancanza dell'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda, di cui al numero 4) della norma citata, il difetto della data dell'udienza di comparizione, l'assegnazione di un termine per comparire inferiore a quello stabilito dall'articolo 163-*bis* e, infine, la mancanza dell'avvertimento previsto dal numero 7) dell'articolo 163, e, cioè, dell'avvertimento che l'eventuale costituzione successivamente alla scadenza del termine di venti giorni (o di dieci, nel caso di abbreviazione dei termini) determina le decadenze previste dall'articolo 167.

In ordine al medesimo tema, appare opportuno ricordare come la giurisprudenza abbia individuato, oltre a quelle specificamente elencate nell'articolo 164, altre ipotesi di nullità della citazione: così (secondo Cass. 11 gennaio 1967, n. 121) quantunque l'articolo 164 del codice di procedura civile non contempli espressamente tra le cause di nullità della citazione il difetto di procura, tuttavia, per la norma generale dell'articolo 156, comma 2, del codice di procedura civile, secondo cui è nullo l'atto mancante dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo, l'attività processuale in difetto di una valida procura deve considerarsi *tamquam non esset*, senza che sia neppure concepibile una sanatoria per effetto del silenzio della controparte; parimenti, la giurisprudenza ha ritenuto che la proposizione della citazione introduttiva nei confronti di persona già deceduta, in quanto inidonea all'instaurazione del contraddittorio, comporti la nullità della citazione (Cass. 16 luglio 1976, n. 2810; nello stesso senso Cass. 17 maggio 1978, n. 2385, secondo cui la citazione di un soggetto estinto - sia esso persona fisica o giuridica - è nulla per inesistenza del soggetto convenuto); la giu-

risprudenza parla anche di nullità della citazione in relazione alla chiamata in giudizio di un soggetto incapace o in età minore, in proprio e non in persona del suo legale rappresentante (Cass. 3 maggio 1976, n. 1567).

b) l'omissione dell'avvertimento

La disciplina previgente risulta modificata soltanto in relazione all'introduzione di due nuove ipotesi di nullità: la mancanza dell'esposizione dei fatti dedotti a fondamento della domanda e l'omissione dell'avvertimento di cui al n. 7) dell'articolo 163.

Riguardo a tale ultimo motivo di nullità l'unico problema interpretativo che può porsi inerisce al dubbio se sia sufficiente ripetere la formulazione della norma, facendo cioè riferimento in citazione alle “*decadenze di cui all'articolo 167*”, o se sia, invece, necessario evidenziare che l'eventuale costituzione tardiva precluderà la proposizione di domande riconvenzionali e la chiamata di terzi in causa. Se si ha riguardo alla circostanza che nello stesso n. 7) dell'articolo 163 il legislatore ha ritenuto di esplicitare, in relazione ai termini di costituzione del convenuto, la previsione di cui all'articolo 166, sembra preferibile pervenire ad una soluzione negativa, escludendo che, nella specie, l'attore sia tenuto ad indicare specificamente le conseguenze connesse alla tardiva costituzione, essendo, invece, sufficiente il mero richiamo alla previsione normativa.

c) la mancata esposizione dei fatti

Per quanto attiene alla mancata esposizione dei fatti, si deve sottolineare che tale motivo di nullità, assume certamente un rilievo che va al di là della semplice omissione o insufficienza della “narrativa” della citazione, dovendo lo stesso porsi in stretta relazione sia con “*la determinazione della cosa oggetto della domanda*”, di cui al n. 3 dello stesso articolo 163, sia con le “*ragioni della domanda*” di cui i fatti stessi sono gli elementi “*costituenti*”.

I “fatti” di cui al n. 4 dell'articolo 163, sono i cosiddetti “fatti principali”, ovvero sia i “fatti giuridici” dai quali l'ordinamento fa derivare il sorgere di un rapporto o di una situazione giuridica, che sta alla base del diritto che l'attore intende realizzare o semplicemente accertare. Se tra le cause della nullità della citazione non è compresa l'omissione “*degli elementi di diritto*”, dei quali il giudice deve avere cognizione, indipendentemente dalla enunciazione che la parte ne faccia, tuttavia il disposto dell'articolo 164 n. 4 a norma del quale l'attore deve indicare sia i fatti che gli elementi di diritto costituenti le ragioni della sua domanda, presuppone evidentemente che gli uni siano destinati a chiarire gli altri e viceversa.

Tale requisito della citazione , richiesto a pena di nullità, non può essere individuato, quindi, nella semplice indicazione di un fatto materiale nel suo accadimento storico, essendo necessario che tale fatto venga prospettato come evento al quale l'ordinamento giuridico riconnette l'effetto di "fonte" del diritto vantato, con la conseguenza che rimangono irrilevanti le circostanze esposte senza che le stesse vengano qualificate giuridicamente, in modo esplicito o implicito. In sostanza, a nostro avviso, il requisito stesso è quello destinato ad esplicitare la *causa petendi* della domanda e ad individuare l'azione esperita, di cui tale elemento costituisce il principale criterio distintivo, con tutte le conseguenze in ordine ai contenuti ed ai limiti della pretesa, alla modifica o al mutamento della domanda stessa nonchè all'estensione dell'eventuale giudicato.

Se a tali considerazioni si aggiunge il rilievo che l'atto di citazione deve contenere necessariamente tutti gli elementi che possono permettere al convenuto una completa attività difensiva, sia in termini di eccezioni che di richieste e di esibizione di prove, da esplicitarsi, a mente dell'articolo 167 , sin dalla prima difesa, risulta confermato chiaramente che, per evitare la nullità derivante dalla omissione della "*esposizione dei fatti...costituenti le ragioni della domanda*", l'attore debba indicare nell'atto introduttivo tutti gli elementi che possano portare ad una precisa individuazione dell'azione fatta valere.

Così riteniamo che, dalla "*esposizione*" debba risultare, a pena di nullità, se viene esperita, ad esempio, una azione da inadempimento contrattuale o precontrattuale, ovvero se i danni richiesti in seguito ad un accadimento derivino da fatto illecito *ex* articolo 2043 del codice civile, oppure sulla base di una fattispecie che pone a carico del convenuto presunzioni di colpa *ex* articolo 2051 dello stesso codice. Ciò perchè, a seconda della azione possono essere diversi sia i termini di una eventuale prescrizione, sia gli oneri probatori da ripartirsi tra le parti contrapposte.

Tale conclusione, infine, appare confortata dalla considerazione che il secondo comma dell'articolo 167 del codice di procedura civile (quale risulta dalla modifica apportata con il D.L. n. 432 del 1995), sancisce la nullità della domanda riconvenzionale, "*se è omesso o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo*" della domanda stessa. Poichè evidentemente non può pensarsi che tra domanda principale e domanda riconvenzionale esista un differente regime in tema di nullità, si deve ritenere che "*i fatti costituenti le ragioni della domanda*" espressa con la citazione, siano equivalenti con il "*titolo*" della domanda riconvenzionale e che in sostanza, nell'uno e nell'altro caso, si debba far riferimento alla *causa petendi* ossia alla "fonte" del diritto vantato in giudizio.

d) gli effetti della nullità nella disciplina previgente

Alla stregua dell'originaria formulazione dell'articolo 164 la costituzione del convenuto esplicava efficacia sanante di ogni vizio della citazione, restando però salvi i diritti anteriormente quesiti.

La norma veniva interpretata nel senso che la costituzione della parte invalidamente citata produceva la sanatoria del vizio con effetti *ex nunc*, e cioè, solo dal momento in cui avveniva la costituzione; con la conseguenza che gli effetti derivanti dal maturarsi, anteriormente alla costituzione, di eventuali decadenze o dalla prescrizione del diritto non venivano toccati dalla sanatoria (Cass. 5 maggio 1975, n. 1716); in particolare, in grado di appello, in caso di nullità dell'atto di impugnazione, la costituzione dell'appellato avvenuta dopo la scadenza del termine per proporre il gravame, non impediva il passaggio in giudicato della sentenza appellata e non ostava alla dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione (Cass. 28 gennaio 1982, n. 557); analogamente, la sanatoria della nullità della citazione in opposizione del decreto ingiuntivo, operando solo dal momento e per effetto della costituzione del ricorrente-convenuto in opposizione, non era suscettibile di precludere il diritto di ottenere la dichiarazione di esecutività del decreto per la mancanza di una valida opposizione proposta nel termine perentorio stabilito dall'articolo 641, comma 1°, del codice di procedura civile.

Ciò, a differenza della diversa ipotesi di nullità della notificazione della citazione, riguardo alla quale la costituzione del convenuto (così come la rinnovazione della notificazione, ai sensi dell'articolo 291 del codice di procedura civile) determinava la sanatoria, con efficacia *ex tunc*, risalente cioè, al momento dell'atto invalido.

Un altro elemento di diversificazione rispetto alla disciplina della nullità della notificazione era rappresentato dalla circostanza che, mentre tale fattispecie implicava, ai sensi della norma sopra indicata, l'obbligo del giudice di disporre la rinnovazione della notificazione in un termine perentorio, un tale obbligo non era esplicitamente previsto in relazione alla nullità della citazione non sanata dalla costituzione del convenuto. Ed era controversa in giurisprudenza la configurabilità di una rinnovazione della citazione nulla in caso di contumacia del convenuto, rilevandosi in alcune pronunce che la rinnovazione degli atti nulli risponde a principi di carattere generale propri del processo civile, desumibili tra l'altro dall'articolo 162, (in tal senso, Cass. 11 gennaio 1974, n. 79); mentre secondo altre pronunce, (Cass. 4 aprile 1968, n.1038), la sanatoria prevista dall'articolo 291 del codice di procedura civile sarebbe stata limitata ai casi in cui la nullità attenesse ad un vizio di notificazione e non si sarebbe estesa ai casi di nullità della citazione.

e) la nuova disciplina della nullità: l'ordine di rinnovazione della citazione

Nel nuovo testo dell'articolo 164, la disciplina della nullità della citazione appare per gran parte mutuata dallo schema proprio del regime della nullità della notificazione.

In particolare, il secondo comma della norma ha introdotto l'obbligo per il giudice di disporre la rinnovazione della citazione nulla nei confronti del convenuto non costituitosi, mediante la fissazione di un termine perentorio, la cui inosservanza determina le medesime conseguenze previste dall'ultimo comma dell'articolo 291, che disciplina appunto l'ipotesi di nullità della notificazione.

Più specificamente, il giudice deve disporre, nel caso in cui rilevi l'invalidità della citazione, la rinnovazione di essa entro un termine che, in quanto perentorio, non è suscettibile né di proroga prima della sua scadenza, né, tanto meno di reiterazione successivamente al suo decorso. Tale termine, ai sensi dell'articolo 307, non può essere inferiore ad un mese né superiore a sei; peraltro, ciò che rileva essenzialmente è la compatibilità di tale termine con quello prescritto *ex art.* 163-*bis* per la comparizione delle parti, che deve essere necessariamente rispettato con riferimento all'udienza di rinvio della causa. Trovano certamente applicazione in proposito gli istituti della sospensione dei termini nel periodo feriale e della proroga al giorno successivo nel caso di scadenza in giorno festivo.

In caso di mancata rinnovazione della citazione nel termine fissato dal giudice, la norma prevede un duplice ordine di conseguenze: la cancellazione della causa dal ruolo e l'estinzione del giudizio. L'individuazione di quale provvedimento debba in concreto adottarsi è di fatto correlata all'atteggiamento processuale assunto dal convenuto; nel caso in cui il convenuto si costituisca ed eccepisca l'avvenuta estinzione del giudizio, il giudice non potrà limitarsi alla cancellazione della causa dal ruolo, ma dovrà dichiarare l'estinzione del processo con ordinanza, eventualmente reclamabile dinanzi al collegio, ai sensi dell'articolo 178, 2° comma (nella nuova formulazione); qualora il convenuto non si costituisca, il giudice dovrà ordinare la cancellazione della causa dal ruolo e, nell'ipotesi di riassunzione della causa da parte dell'attore, sarà in facoltà del convenuto eccepire, prima di ogni altra sua difesa, l'avvenuta estinzione del giudizio, altrimenti il processo proseguirà regolarmente; nel caso, invece, in cui il convenuto si costituisca senza eccepire l'inosservanza del termine perentorio (ipotesi alla quale va equipa-

rato il caso in cui l'eccezione di estinzione risulti formulata tardivamente) sembra doversi escludere che il giudice debba comunque ordinare la cancellazione della causa dal ruolo (in tal senso Cass. 21 luglio 1979, n. 4358, secondo cui la mancata rinnovazione della citazione nulla, nel termine fissato dal giudice, determina l'estinzione di diritto del processo a norma dell'ultimo comma dell'articolo 307, ma ove tale estinzione non sia stata eccepita dal convenuto nella prima difesa il giudizio prosegue regolarmente).

Si deve anche sottolineare che l'estensione dell'istituto della rinnovazione, originariamente previsto per la nullità della notificazione, all'ipotesi di nullità della citazione comporta non pochi problemi di adattamento. Infatti, mentre l'effettuazione della rinnovazione della notificazione è agevolmente riscontrabile dal giudice istruttore, l'esame della nuova citazione e della sua rispondenza allo schema legale può implicare una valutazione che può indurre il giudice a ritenere la persistenza dell'originario motivo di nullità. Si pensi all'ipotesi di mancata specificazione dei fatti o dell'oggetto della domanda che non siano contenuti neppure nell'atto rinnovato: ci sembra corretto ritenere che il giudice, in questo caso, non debba limitarsi alla cancellazione della causa dal ruolo, ma debba, invece, invitare l'attore alla precisazione delle conclusioni e, quindi, dichiarare con sentenza la nullità della citazione.

f) l'operatività della sanatoria

In linea generale, la costituzione del convenuto e la rituale rinnovazione della citazione nel termine fissato dal giudice determinano la sanatoria dei vizi inficianti la validità della citazione.

Peraltro, la nuova disciplina della sanatoria della nullità si diversifica dalla precedente in relazione a due aspetti di notevole rilievo: l'efficacia *ex tunc* e l'inedoneità della costituzione del convenuto ad esplicare efficacia sanante in relazione a due specifiche ipotesi.

Riguardo al primo dei menzionati aspetti, si deve porre in rilievo come il legislatore abbia espressamente previsto che, in caso di rinnovazione della citazione (nulla o invalidamente notificata), gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione. Un'analogha efficacia esplica la costituzione del convenuto, sebbene finalizzata esclusivamente ad eccepire la nullità della citazione; ciò anche nell'ipotesi, prevista dal terzo comma dell'articolo 164, in cui il convenuto, nel costituirsi in giudizio, abbia dedotto l'inosservanza dei termini a comparire o la mancanza dell'avvertimento previsto dal numero 7) dell'articolo 163 (avvertimento che la tardiva costituzione importerà le

decadenze di cui all'articolo. 167) ed il giudice abbia conseguentemente fissato una nuova udienza nel rispetto dei termini.

Gli effetti della citazione vengono in rilievo, in particolare, in riferimento a tutte quelle ipotesi in cui deve aversi riguardo al momento della proposizione dell'atto introduttivo: litispendenza, individuazione del giudice competente, oltreché proposizione dell'appello o dell'opposizione a decreto ingiuntivo, la cui tempestività dovrà valutarsi con riguardo non più al momento della costituzione, come nella precedente disciplina (v. sopra, lett. a), ma al momento della prima notificazione. Analogamente risaliranno a tale momento gli effetti cosiddetti "sostanziali" della citazione, che vanno dalla interruzione della prescrizione e dell'usucazione, all'impedimento di eventuali decadenze, dalla decorrenza dell'obbligo di restituzione dei frutti da parte del possessore di buona fede, alla opponibilità ai terzi della citazione trascritta in caso di accoglimento della domanda di rivendica, risoluzione, rescissione, simulazione, etc., di contratti relativi a beni immobili o mobili registrati.

Peraltro, il principio dell'efficacia *ex tunc* della sanatoria è espressamente derogato in relazione a due ipotesi specifiche: omissione od assoluta incertezza in ordine alla determinazione della cosa oggetto della domanda e mancanza dell'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda nel senso che abbiamo sopra esaminato ed individuato. In relazione a tali ipotesi, il 5° comma dell'articolo 164 stabilisce che restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti quesiti, correlando quindi un'efficacia *ex nunc* alla sanatoria connessa alla rinnovazione od all'integrazione previste dalla citata disposizione.

Per quanto riguarda, poi, l'inidoneità della costituzione del convenuto ad esplicare efficacia sanante della nullità, in deroga ai principi generali, va rilevato come, con riferimento alle due ipotesi sopra indicate, il giudice, nonostante la costituzione del convenuto, deve disporre l'integrazione della domanda mediante deposito di una memoria, e fissare all'uopo un termine perentorio, rinviando la causa ad una nuova udienza, ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 183. La *ratio* di tale disposizione va individuata nell'esigenza di ovviare *all'impasse* che si determinava, nella vigenza della precedente disciplina, allorché la costituzione del convenuto importava la sanatoria, sebbene le carenze dell'atto introduttivo risultassero di fatto preclusive di una pronuncia nel merito, per la mancanza o la genericità del *petitum* o della *causa petendi*.

Come già detto, l'integrazione della domanda mediante la specificazione dell'oggetto della domanda e la precisazione dei fatti costituenti le ragioni di essa determina la sanatoria dell'originaria nullità, con effetti decorrenti dal momento del deposito della memoria integrativa.

Più complessa appare, invece, l'individuazione delle conseguenze connesse alla mancata integrazione della domanda, nel termine fissato dal giudice. Infatti, non sembra poter trovare applicazione nella specie il disposto dell'articolo 307, attinente alla mancata rinnovazione della citazione od ad altre ipotesi, tutte caratterizzate dall'esigenza della notificazione di un atto diretto alla riattivazione del giudizio od all'integrazione dello stesso mediante la citazione di altri soggetti (per il carattere tassativo dell'elencazione di cui all'articolo. 307, v. Cass. 25 ottobre 1974, n. 3123). Appare quindi corretto ritenere che la mancata integrazione della citazione si risolva nella persistenza dell'originario motivo di nullità, con la conseguenza che il giudizio non potrà che concludersi con una sentenza dichiarativa della nullità della citazione.

4. LA COSTITUZIONE DELLE PARTI

a) la costituzione dell'attore

La disciplina della costituzione dell'attore è rimasta del tutto inalterata nel quadro della riforma; rimane dunque fermo l'obbligo di costituirsi in giudizio nel termine di dieci giorni dalla notificazione della citazione al convenuto (o di cinque giorni nel caso di abbreviazione dei termini), mediante il deposito del proprio fascicolo, contenente l'originale della citazione, la procura e i documenti offerti in comunicazione, unitamente alla nota di iscrizione a ruolo (articolo 165).

b) la costituzione del convenuto (articolo 166 e articolo 76 disp. attuaz.)

Uno degli aspetti di maggior rilievo della riforma attiene alla nuova configurazione degli oneri incombenti sul convenuto, all'atto della sua costituzione nel processo.

Il nuovo testo dell'articolo 166 prevede, in primo luogo, che la costituzione debba effettuarsi “*almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione, o almeno dieci giorni prima nel caso di abbreviazione di termini a norma del secondo comma dell'articolo 163-bis*” (abbreviazione su istanza dell'attore), così modificando l'originaria previsione di cinque e tre giorni figurante nel vecchio testo della disposizione. I predetti termini vanno computati, secondo la specifica previsione contenuta nel testo novellato, in riferimento alla data indicata dall'attore per la comparizione, in sintonia con il principio sancito dall'articolo. 70-bis disp. att. per il computo dei termini di comparizione.

L'articolo 1 del D.L. 7 ottobre 1994, n. 571, ha integrato la disposizione nel senso che, se dopo la costituzione dell'attore, il giudice istruttore si avvale della facoltà di differire la data della prima udienza, rispetto a quella fissata in citazione (vedi oltre n. 5), il convenuto dovrà costituirsi almeno venti giorni prima “*dell'udienza fissata a norma dell'articolo 168-bis*”. Si tratta in sostanza di uno spostamento in avanti del termine per la costituzione del convenuto, quale conseguenza del differimento della prima udienza disposta dal giudice. A tale modifica va collegata la variazione introdotta all'articolo 76 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile che consente anche al procuratore della parte non costituita, se munito di regolare procura alle liti, di prendere visione del fascicolo d'ufficio: ciò perché la comunicazione dello spostamento della prima udienza di comparizione è comunicata secondo la previsione dell'articolo 168-bis, *alle sole parti costituite*. La modifica consente quindi anche alla parte che non ha ritenuto di doversi costituire di prendere conoscenza se il giudice istruttore si è avvalso del potere di differimento della prima udienza e, soprattutto, della data della comparizione. Va inoltre detto che il possibile spostamento della data della costituzione del convenuto, influisce anche sul regime delle preclusioni, nel senso che le decadenze a carico del convenuto vanno riferite non più alla originaria data fissata nella citazione, ma a quella del nuovo termine per la costituzione dello stesso (vedi più oltre lett. *e*) e n. 5).

Nel nuovo testo non risulta riprodotto l'inciso figurante, invece, nel testo previgente dell'articolo 166, in virtù del quale nel calcolo dei termini doveva tenersi conto anche del giorno della costituzione. Comunque, in relazione al principio generale sancito dal primo comma dell'articolo 155, operante ogni qualvolta la legge non preveda espressamente che si tratti di termine libero, si dovrà escludere dal computo il *dies a quo*, costituito dal giorno dell'udienza, mentre dovrà conteggiarsi l'ultimo giorno utile per il compimento dell'atto (in tal senso, Cass. 21 gennaio 1984, n. 526 e Cass. 26 febbraio 1985, n. 1655). Si deve osservare, poi, che il 4° comma dell'articolo 155, diretto a prolungare la durata del termine che scade in giorno festivo, riguarda i termini a decorrenza successiva e non quelli che si computano a ritroso (Cass. 26 ottobre 1976, n. 3877): pertanto, qualora il ventesimo giorno sia festivo, la costituzione andrà effettuata anteriormente, non potendo slittare al primo giorno successivo non festivo.

In ordine alle modalità della costituzione, la norma prescrive il deposito in cancelleria del fascicolo contenente la comparsa di risposta, con la copia della citazione notificata, la procura ed i documenti che il convenuto intenda offrire in comunicazione. Nella nuova formulazione della disposizione non figura più la previsione del deposito delle copie della comparsa di risposta “necessarie per le altre parti”, e tale omissione dà adito a non poche perplessità, sia perché è rimasto inalterato l'obbligo del cancelliere di provvedere, ai sensi dell'articolo 168, 2°

comma, alla formazione del fascicolo di ufficio, mediante l'inserimento in esso delle copie della citazione e della comparsa, sia perché il deposito di copie per le controparti risponde ad esigenze di funzionalità e di praticità nell'attivazione del contraddittorio.

c) il contenuto della comparsa di costituzione (articolo 167, primo comma)

L'articolo. 167, nuovo testo, precisa i requisiti essenziali della comparsa di risposta, stabilendo che in essa il convenuto debba *“proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione”*, oltreché *“formulare le conclusioni”*. La disposizione si differenzia dal precedente testo del primo comma dell'articolo 167, in relazione alla previsione dell'indicazione dei documenti che il convenuto offre in comunicazione e dell'esigenza di prendere posizione in ordine ai fatti posti dall'attore a fondamento della domanda.

Per quanto concerne l'onere di prendere posizione in ordine ai fatti allegati dall'attore in citazione, si deve osservare come la disposizione ricalchi solo parzialmente la formulazione del secondo comma dell'articolo 416 (sul processo del lavoro) che impone al convenuto di *“prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda”*. Un'interpretazione sistematica del disposto normativo induce quindi a ritenere che il convenuto sia tenuto a formulare le proprie contestazioni in ordine alla prospettazione dei fatti esposta in citazione, sebbene non sia necessaria un'analitica motivazione di quanto controdedotto; in sostanza, sembra corretto interpretare la norma nel senso che dovrà risultare chiaro quali fatti esposti dall'attore il convenuto abbia inteso contestare, e ciò in funzione del giudizio di rilevanza delle prove dedotte dalle parti che il giudice è tenuto ad esprimere all'udienza di prima trattazione della causa, ai sensi dell'articolo 184. Va, inoltre, segnalato in proposito che la giurisprudenza formatasi in relazione alla previsione dell'articolo 416 ha espressamente escluso che la contestazione generica dei fatti affermati dall'attore implicasse un'ammissione della loro sussistenza e comportasse preclusioni di sorta in relazione alla possibilità di una successiva contestazione, costituendo soltanto una violazione del dovere di lealtà processuale sanzionata dagli artt. 88 e 92 (Cass. 11 settembre 1980, n. 5241; Cass. 17 aprile 1985, n. 2551), oltreché rappresentando un comportamento valutabile quale elemento integrativo del convincimento del giudice, in relazione alla previsione dell'articolo 116 (in tal senso Cass. 13 dicembre 1986, n. 7476 e Cass. 6 marzo 1987, n. 2386).

d) la proposizione della domanda riconvenzionale (articolo 167, secondo comma)

Il secondo comma dell'articolo 167, nella nuova formulazione, stabilisce il principio secondo cui “*eventuali domande riconvenzionali*” debbono essere proposte nella comparsa di costituzione. Peraltro, con riguardo alla disciplina previgente, era controverso in giurisprudenza se il convenuto che si costituisse oltre la prima udienza potesse proporre, in sede di comparsa di costituzione, eventuali domande riconvenzionali: il problema deve ormai ritenersi esplicitamente risolto alla stregua della previsione della decadenza espressamente comminata dalla norma in esame, oltrech  del disposto dell'articolo 163, n. 7) che specifica che “*la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui all'articolo 167*”. Nella nuova disciplina, quindi, la riconvenzionale pu  essere formulata dal convenuto solo in sede di comparsa di risposta e solo allorch  il convenuto si costituisca nel termine di venti giorni antecedenti la data dell'udienza fissata in citazione per la comparizione (o di dieci giorni in caso di abbreviazione dei termini).

La domanda riconvenzionale, secondo il comune significato, ricorre quando il convenuto, traendo occasione dalla domanda contro di lui proposta, oppone una controdomanda chiedendo al giudice un provvedimento positivo, autonomamente attributivo di una determinata utilit , cio  un provvedimento che vada al di l  del semplice rigetto della domanda principale.

Resta la questione dell'ammissibilit  in relazione ai presupposti di cui all'articolo. 36 del codice di procedura civile, secondo cui “il giudice della causa principale conosce anche delle domande riconvenzionali che dipendono dal titolo dedotto in giudizio o da quello che gi  appartiene alla causa come mezzo di eccezione”. In merito a tale problema si osserva che ove manchi il requisito della “connessione propria”, derivante dalla identit  del “titolo”, tra domanda e controdomanda, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, la riconvenzionale deve ritenersi ammissibile qualora non implichi uno spostamento di competenza, purch  sussista un vincolo di collegamento con la domanda principale che renda comunque opportuno il *s multaneus processus* (Cass. 7 marzo 1985, n. 1873 e da ultimo Cass. 19 ottobre 1994, n. 8531).

Deve per  osservarsi che il nuovo assetto della disciplina del processo civile deve indurre ad una revisione di un tale orientamento, in relazione alle preclusioni a cui   sottoposto lo stesso attore nei confronti della domanda del convenuto. Ove infatti si consideri che il deposito della comparsa di risposta pu  avvenire sino a venti giorni prima dell'udienza di comparizione   possibile che si verifichi un pregiudizio della difesa di chi ha introdotto il giudizio. L'attore, infatti, a

sua volta deve prendere posizione nei confronti di una pretesa autonoma relativa ad un titolo diverso da quello da lui stesso fatto valere e di cui può non essere sufficientemente a conoscenza, con pregiudizio delle proprie difese ed eccezioni, alcune delle quali sottoposte a termini di decadenza, in relazione ad un termine sensibilmente inferiore a quello assegnato al convenuto nei confronti della domanda principale.

Tali considerazioni inducono a ritenere che l'ammissibilità delle cosiddette "domande riconvenzionali improprie", debba essere contenuta in limiti assai ristretti, nel senso che l'opportunità del *simultaneus processus* non può risolversi in un pregiudizio della posizione dell'attore e che la discrezionalità del giudice, sul punto, debba essere condizionata dall'adesione o quanto meno dalla mancanza di una opposizione della parte interessata.

e) la nullità della domanda riconvenzionale (articolo 167 secondo comma)

Secondo l'ultima modifica apportata alla disposizione in esame "se è omissivo o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della domanda riconvenzionale, il giudice, rilevata la nullità, fissa al convenuto un termine per integrarla". Il secondo comma aggiunge che "restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla integrazione".

La disposizione va letta con riferimento al quarto comma dell'articolo 164 del codice di procedura civile che sancisce la nullità della citazione, in caso di omissione dell'oggetto della domanda ovvero se manchi l'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della stessa. Il secondo comma dell'articolo 167, sancisce inoltre l'obbligo per il giudice di assegnare un termine al convenuto per la rinnovazione o l'integrazione della domanda nulla, in modo del tutto simile a quanto stabilito dall'articolo 164, per la corrispondente ipotesi di nullità della citazione, con gli stessi effetti sananti ex *nunc*, con riferimento al deposito della comparsa.

Anche se la disposizione, a differenza di quanto previsto dall'articolo 164, parla di "titolo" della domanda riconvenzionale, per sancirne la nullità nel caso di assoluta incertezza di tale elemento, non vi sono molti dubbi che all'espressione debba attribuirsi il medesimo significato di quella "esposizione dei fatti...costituenti le ragioni della domanda" che viene indicata quale elemento di invalidità della citazione. Altrimenti dovrebbe ipotizzarsi una diversità di regime in situazioni del tutto simili. In sostanza, anche nel caso della domanda riconvenzionale, come già detto per la citazione, il difetto della *edictio actionis*, quale causa di nullità, deve identificarsi nella mancata indicazione della *causa petendi* e

cioè della “fonte” del rapporto o della situazione giuridica, attraverso la quale è possibile individuare con precisione l’azione esperita per la realizzazione o l’accertamento del diritto vantato.

Per quanto attiene, poi, al mancato rispetto dell’ordine di rinnovazione o di integrazione, nel termine perentorio assegnato, esclusa ogni possibilità di cancellazione della causa dal ruolo, l’omissione non può avere altra conseguenza che una pronuncia dichiarativa di tale invalidità, sia in sede preliminare che nel contesto della decisione finale.

f) la chiamata in causa del terzo (articolo 167, terzo comma): rinvio

L'ultimo comma dell'articolo 167 elenca un ulteriore finalità della comparsa di costituzione, prescrivendo che il convenuto che intenda chiamare in causa un terzo deve farne dichiarazione nella stessa comparsa; l’articolo. 269 correla poi all’inosservanza di tale adempimento la sanzione della decadenza; in relazione alla disciplina della chiamata in causa del terzo da parte del convenuto, si rinvia al Cap.VI, n. 2, lett. a e n. 3.

g) La ritardata e la mancata costituzione delle parti

Nel delineare la nuova disciplina della costituzione delle parti nel processo, il legislatore non ha apportato modifiche di rilievo in ordine alla regolamentazione delle ipotesi di ritardata o mancata costituzione delle parti. E’ rimasto, in particolare, inalterato il principio secondo cui i due termini rispettivamente fissati per la costituzione dell’attore e del convenuto sono del tutto autonomi, nel senso che ciascuna parte è tenuta ad osservare il proprio termine sotto pena di inefficacia della ritardata costituzione, a meno che l’altra parte, a sua volta, non si costituisca nel termine assegnatole.

Ne consegue che, nel caso di tardiva costituzione dell’attore e di mancata costituzione del convenuto, il giudice dovrà ordinare la cancellazione della causa dal ruolo, con la conseguenziale esigenza della riassunzione della causa nel termine perentorio di un anno dalla data del provvedimento di cancellazione. Analogamente il giudice dovrà provvedere allorché, non costituitosi l’attore, il convenuto si sia costituito dopo la scadenza del proprio termine, oltreché nell’ipotesi di tardiva costituzione di entrambe le parti.

Secondo gli orientamenti formati in giurisprudenza, la sanzione della cancellazione della causa dal ruolo non poteva, invece, trovare applicazione nell’ipotesi di accettazione del contraddittorio da parte del convenuto che si costituisca senza formulare eccezioni di sorta in ordine alla regolarità della costituzione; tali

orientamenti possono confermarsi anche in riferimento alla nuova disciplina, atteso che l'unico elemento di novità introdotto dal legislatore attiene alla conferma dell'operatività delle preclusioni previste dall'articolo. 167 nell'ipotesi di ritardata costituzione del convenuto; precisazione, questa, che appare sostanzialmente inutile, in quanto ovvia conseguenza del disposto degli articoli 163, n. 7, 166 e 167.

5. LA DESIGNAZIONE DEL GIUDICE ISTRUTTORE (*articolo 168-bis e articolo 82 disp. attuazione*)

Sono rimasti inalterati i meccanismi previsti per l'iscrizione a ruolo della causa e per la formazione del fascicolo di ufficio. Pertanto, ai sensi dell'articolo 168, all'atto della costituzione dell'attore o, nel caso di mancata costituzione di questi, del convenuto, il cancelliere, previa presentazione della nota di iscrizione a ruolo, provvede ad iscrivere la causa sul ruolo generale e, contemporaneamente, a formare il fascicolo d'ufficio, nel quale debbono inserirsi la nota di iscrizione a ruolo e le copie dell'atto di citazione e della comparsa di costituzione, oltreché successivamente i processi verbali di udienza, gli atti di istruzione e la copia del dispositivo delle sentenze.

Ai sensi dell'articolo 168-*bis*, una volta formato il fascicolo d'ufficio, il cancelliere è tenuto a presentarlo “senza indugio” al presidente del tribunale, il quale con decreto scritto in calce della nota d'iscrizione a ruolo, designa il giudice istruttore davanti al quale le parti devono comparire, salvo che non ritenga di procedere egli stesso all'istruzione; nei tribunali divisi in sezioni, il presidente assegna la causa ad una di esse, ed è il presidente di questa a provvedere alla designazione del giudice istruttore. La norma prevede un termine entro il quale deve pervenirsi alla designazione del giudice istruttore: due giorni dalla data della costituzione della parte più diligente e dalla correlativa iscrizione nel ruolo generale.

Successivamente alla designazione dell'istruttore, il cancelliere doveva provvedere all'iscrizione della causa sul ruolo della sezione e su quello del giudice istruttore. Nel nuovo testo dell'articolo 168-*bis* risulta aggiunto un ulteriore incombente, in funzione della facoltà - prevista dal quinto comma della medesima disposizione - di differimento della prima udienza: la trasmissione del fascicolo al giudice istruttore, il quale con decreto da emettere entro cinque giorni dalla presentazione del fascicolo stesso, può posticipare la data della prima udienza fino ad un massimo di quarantacinque giorni. Non appare chiaro, in realtà, quale sia il *dies a quo* di tale ultimo termine: la data fissata dall'attore in citazione o la data alla quale la causa sia stata rinviata d'ufficio, nell'ipotesi (disciplinata dal quarto comma) in cui il giudice istruttore non tenga udienza nel giorno fissato per la comparizione; considerata la struttura della norma, che prima contempla la possi-

bilità del rinvio di ufficio e poi la facoltà del differimento, sembra preferibile tale seconda soluzione; comunque, non v'è dubbio che l'eventuale inosservanza del predetto termine, così come in generale di tutti i termini rispondenti a finalità di mera accelerazione del processo (al riguardo, Cass. 30 agosto 1984, n. 473 e Cass. 22 febbraio 1988, n. 1835), non produca alcuna conseguenza sulla validità dell'instaurazione del rapporto processuale.

La norma prescrive inoltre l'obbligo del cancelliere di comunicare alle parti costituite la nuova data dell'udienza di comparizione; di contro, tale obbligo risulta soppresso nella diversa ipotesi di mero spostamento d'ufficio della prima udienza, motivato dal fatto che il giudice istruttore non tenga udienza nella data indicata dall'attore in citazione; è stata, infatti, eliminata l'originaria previsione figurante sia nel sesto comma della norma che nel primo comma dell'articolo 82 delle disposizioni d'attuazione, che è stato riformulato mediante l'introduzione di due distinti commi e l'eliminazione del periodo "in tal caso il cancelliere comunica alle parti costituite la nuova udienza".

Va detto infine che l'articolo 2 del D.L. 7 ottobre 1994, n. 571, modificando la formulazione dell'articolo 168-*bis* del codice di procedura civile (quale risultante dal testo della legge n. 353 del 1990), con la soppressione delle parole "restano ferme le decadenze riferite alla data di udienza fissata nella citazione" ha reso esplicito che le preclusioni dell'attività difensiva del convenuto, in relazione al tempestivo deposito della comparsa di risposta, vanno riferite al nuovo termine di costituzione risultante dalla nuova formulazione dell'articolo 166 (venti giorni prima dell'udienza fissata dal giudice istruttore: vedi sopra n. 4 lett. *b*).