

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA DEL RITO ORDINARIO DI COGNIZIONE NEI SUOI ASPETTI GENERALI

SOMMARIO: 1. Orientamenti generali e schema della disciplina del rito ordinario di cognizione.

1. *Orientamenti generali e schema della disciplina del rito ordinario di cognizione.*

Come abbiamo visto nel primo volume, il processo di cognizione – o attività giurisdizionale di cognizione – costituisce l’oggetto della disciplina contenuta nel secondo libro del codice di procedura civile, libro che è per l’appunto intitolato ed interamente dedicato al processo di cognizione.

Si tratta di una disciplina di tipo descrittivo nel senso che consiste in una serie di norme che, nei loro aspetti pubblicistici e privatistici (1), prescrivono (e così, anche, descrivono) come può o deve svolgersi il processo di cognizione, disciplinando dettagliatamente la serie degli atti che costituiscono il processo (v. vol. I, § 8) nell’ordine e secondo la linea che potrebbe dirsi *normale* della sua evoluzione, salvo poi integrare tale disciplina con quella di talune vicende che potremmo dire *anormali* rispetto al suddetto svolgimento normale.

Questo tipo di disciplina (del quale, come vedremo, il legislatore si è in parte servito anche nei libri terzo e quarto del codice, dedicati rispettivamente al processo di esecuzione forzata ed ai procedimenti speciali; v. vol. I, § 76), è diverso da quello usato dal legislatore nel primo libro, poiché quest’ultimo, essendo dedicato alle disposizioni generali (applicabili, almeno in linea di massima, ad ogni tipo di attività giurisdizionale) segue l’ordine logico del riferimento generico ai soggetti, all’oggetto e agli atti del processo civile in generale.

Nell’assolvere al compito di disciplinare e descrivere, in concreto, la serie successiva degli atti nei quali si realizza il processo di cognizione, il legislatore ha dovuto superare la difficoltà consistente nel fatto che questo processo può

(1) V. A. PROTO PISANI, *Pubblico e privato nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1153; A. CARRATTA, *La “funzione sociale” del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 579.

svolgersi davanti a quattro diversi tipi di giudice (giudice di pace, tribunale, Corte d'appello, Corte di cassazione), ed in gradi diversi (di primo grado, secondo grado o appello, cassazione, rinvio, revocazione, opposizione di terzo). La soluzione – teoricamente possibile – di dedicare un'autonoma disciplina al processo che si svolge davanti a ciascuno di questi giudici, ed in ciascun grado, apparirebbe palesemente inopportuna per il rilievo che – com'è facilmente intuibile e come vedremo – il processo di cognizione si svolge secondo una linea sostanzialmente uguale, almeno nelle sue caratteristiche principali, davanti a ciascuno dei diversi giudici, in tutti i gradi «di merito»; mentre tale linea è profondamente diversa soltanto per il procedimento davanti alla Corte di cassazione. La soluzione più logica non poteva allora essere che quella di una disciplina-tipo o disciplina-paradigma, valida per ogni processo di cognizione davanti a ciascun giudice in tutti i gradi, integrata con le regole specifiche richieste dalle particolarità proprie dei singoli tipi di giudice o del singolo grado di giudizio (2); nonché integrata con la disciplina, completamente autonoma, dettata per il giudizio davanti alla Corte di cassazione.

Per la disciplina tipica o paradigmatica del processo di cognizione (3), il legislatore ha scelto il giudizio di gran lunga più frequente e che si svolge davanti al giudice la cui sfera di competenza è più ampia, ossia il *giudizio di primo grado innanzi al tribunale*. A questo giudizio il legislatore ha dedicato il *titolo primo* del secondo libro del codice, includendo in esso la disciplina di quelle che abbiamo chiamato le eventuali vicende anormali del processo. Questo titolo era articolato in tre capi, dedicati rispettivamente all'introduzione, all'istruzione e alla decisione della causa, ai quali tre capi il D.Lgs. 19 febbraio 1998 n. 51 ha aggiunto un capo III bis (artt. 281 bis e ss.) dedicato al procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e un capo III ter (artt. 281 octies e nonies) dedicato ai rapporti tra collegio e giudice monocratico. La disciplina del procedimento davanti al giudice di pace (come anche quella davanti al tribunale in composizione monocratica), nonché la disciplina del giudizio d'appello (quale che sia il giudice davanti al quale si svolge: v. vol. I, § 36 in fine) è stata poi condensata in alcune norme specificamente dedicate a ciascuno di questi giudizi, integrate da norme di richiamo alla disciplina del processo di primo grado

(2) E in qualche caso, dalle particolarità dei crediti oggetto del giudizio, come, ad es., i crediti di mantenimento (su cui v. F. DE SANTIS, *Profili delle tutele dei crediti di mantenimento*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 55).

(3) Che comunque non lascia spazio per accordi collettivi processuali, come accade, ad es., nell'ordinamento francese (v. M.G. CANELLA, *Gli accordi processuali francesi volti alla «regolamentazione collettiva» del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 549; ID., *Contrattualizzazione del processo civile: prospettive italiane nel solco francese*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti a F. Carpi*, Bologna, 2012, p. 155).

Sul più ampio tema dei limiti dell'autonomia privata nella definizione convenzionale delle regole processuali v. A. CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 45.

davanti al tribunale per tutti i casi in cui non sia derogata dalle suddette norme particolari.

In questo quadro, vediamo così seguire al primo titolo, un *titolo secondo* dedicato al procedimento davanti al giudice di pace, e condensato in pochi articoli (da 311 a 322), il primo dei quali (art. 311 c.p.c.) enuncia testualmente che: «*il procedimento davanti al giudice di pace, per tutto ciò che non è regolato nel presente titolo o in altre espresse disposizioni, è retto dalle norme relative al procedimento davanti al tribunale, in quanto applicabili*» (4).

Vediamo ancora che nel *titolo terzo*, intitolato «delle impugnazioni», ed articolato in una serie di capi, dedicati il primo alle impugnazioni in generale e gli altri a ciascuna delle singole impugnazioni, la disciplina dell'appello, che costituisce oggetto del capo secondo, è limitata alle particolarità proprie di questa fase di giudizio, ed è integrata da una norma di richiamo generale (l'art. 359 c.p.c.), che dispone testualmente così: «*Nei procedimenti d'appello davanti alla Corte o al tribunale si osservano, in quanto applicabili, le norme dettate per il procedimento in primo grado davanti al tribunale, se non sono incompatibili con le disposizioni del presente capo*» (5). Il capo terzo di questo medesimo titolo contiene poi la disciplina completa ed autonoma del giudizio davanti alla Corte di cassazione e del giudizio di rinvio, mentre i successivi capi quarto e quinto, dedicati rispettivamente alla revocazione e all'opposizione di terzo, contengono nuovamente, oltre alle regole proprie di ciascuno di questi mezzi di impugnazione, due regole di richiamo (artt. 400 e 406 c.p.c.) formulate entrambe con le seguenti parole: «*Davanti al giudice adito si osservano le norme stabilite per il procedimento davanti a lui, in quanto non derogate da quelle del presente capo*».

L'ultimo *titolo (quarto)* del libro secondo è, infine, dedicato alle «controver-

(4) La tecnica di cui il legislatore si è servito è evidente: il procedimento davanti al giudice di pace (che è giudice c.d. «unipersonale» o «unico» o «monocratico»: v., ampiamente, oltre, §§ 67 e 68) è retto dalle norme che disciplinano il procedimento davanti al tribunale – che dunque assolve così alla veduta sua funzione di fornire la disciplina paradigmatica – se ed in quanto non si verifichi una delle due seguenti circostanze: a) che il singolo istituto sia regolato espressamente «*nel presente titolo o in altre espresse disposizioni*» (che perciò si sovrappongono, sostituendole, a quelle dettate per il procedimento innanzi al tribunale); b) che la disciplina del singolo istituto, in quanto contrastante con le caratteristiche generali della disciplina o della funzione dei giudici unipersonali, risulti in pratica non applicabile (cfr., ampiamente, sul punto, V. ANDRIOLI, *Commento al cod. di proc. civ.*, II, Napoli, 1956, p. 351; S. SATTA, *Commentario al cod. di proc. civ.*, II, 1, Milano, 1960, p. 453). Sostanzialmente uguale la tecnica della quale il legislatore si è servito per la disciplina del procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica negli artt. 281 bis e ss. c.p.c.

(5) La tecnica è praticamente quella stessa di cui il legislatore si è servito per i giudizi innanzi ai giudici unipersonali: la disciplina (paradigmatica) del procedimento innanzi al tribunale in primo grado si applica: a) in quanto non incompatibile con le disposizioni previste dalla disciplina specifica dell'appello, e b) in quanto applicabile, ossia non in contrasto con la struttura e la funzione dell'istituto (cfr. V. ANDRIOLI, *Commento*, II, cit., p. 470; S. SATTA, *Commentario al cod. di proc. civ.*, II, 2, Milano, 1962, p. 173).

sie in materia di lavoro», nonché di previdenza e assistenza. La disciplina di queste controversie, che, come già si ebbe ad accennare (vol. I, § 76 in fine), è stata interamente rinnovata dalla L. 11 agosto 1973 n. 533, configura un tipo particolare di processo di cognizione (eccezion fatta soltanto per il richiamo indiretto che consegue al fatto che la competenza per queste controversie in primo grado è attribuita al tribunale in composizione monocratica con la conseguente applicabilità solo residuale degli artt. 281 bis e ss.); un tipo di processo di cognizione articolato, nei suoi due gradi, con caratteristiche sue proprie: ciò che gli conferisce, nonostante la sua collocazione, i caratteri di un procedimento speciale. Ed appunto per questo motivo ci soffermeremo su di esso nel volume (terzo) nel quale ci occuperemo appunto dei procedimenti speciali con natura di cognizione (sommari e non).

I quali procedimenti speciali non sono tutti disciplinati nel codice, poiché per alcuni di essi (tra i quali, ad es., quello concernente il divorzio) il legislatore ha preferito una collocazione esterna al codice, in leggi speciali.

È inoltre opportuno osservare fin da ora che la disciplina del procedimento paradigmatico del processo di primo grado davanti al tribunale – come anche, in parte, quella specificamente dedicata ai procedimenti davanti agli altri giudici ed in altri gradi – ha subito, per effetto della L. 26 novembre 1990 n. 353 e della L. 21 novembre 1991 n. 374 (istitutiva del giudice di pace), talune profonde modificazioni che, dopo alcuni ulteriori interventi di modifica, ad opera della L. 20 dicembre 1995 n. 534 e del D.Lgs. 19 febbraio 1998 n. 51, che ha soppresso l'ufficio del pretore, sono sfociate nelle numerose e complesse modifiche degli anni 2005 e il 2006 e nella L. 18 giugno 2009 n. 69.

Va, ancora, richiamata in questa sede, per le conseguenze che determina per il processo di cognizione di primo grado, la nuova disciplina sulla «mediazione finalizzata alla conciliazione» per le controversie civili e commerciali, introdotta dal D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28, che ha dato attuazione alla legge delega in materia contenuta nell'art. 60 della L. 18 giugno 2009 n. 69. Sebbene si tratti di disciplina non inserita nel codice di rito, da essa emergono molteplici profili di connessione con il processo di cognizione: dalla previsione della possibilità di ricorrere volontariamente, su iniziativa di almeno una delle parti, alla procedura di mediazione davanti ad appositi organismi conciliativi prima dell'inizio del processo di cognizione, alla previsione di specifiche ipotesi nelle quali il legislatore vuole che obbligatoriamente le parti esperiscano la procedura di mediazione prima di iniziare il processo di cognizione (previsione dapprima dichiarata costituzionalmente illegittima da C. Cost. 272/2012, ma che il legislatore ha reintrodotta con l'art. 84 del D.L. 21 giugno 2013 n. 69, conv., con mod., dalla L. 9 agosto 2013 n. 98), alla previsione della possibilità che sia lo stesso giudice, nel corso del processo di cognizione, ad imporre alle parti di ricorrere alla procedura di mediazione (v. il cap. 9° del vol. III).

Parimenti, merita di essere richiamata in questa sede, sempre per le conseguenze che determina per il processo di cognizione, la nuova disciplina sul pos-

sibile «trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti pendenti davanti all'autorità giudiziaria» e quella sulla procedura di «negoziazione assistita da uno o più avvocati», introdotte con il D.L. 12 settembre 2014 n. 132 (conv., con modificazioni, dalla L. 10 novembre 2014 n. 162). Anche in questo caso, infatti, sebbene si tratti di disposizioni non contenute nel codice di rito, dalla loro applicazione possono scaturire rilevanti conseguenze per il processo di cognizione. Basti pensare alla possibilità che le parti chiedano congiuntamente al giudice davanti al quale penda la causa, prima che la stessa sia assunta in decisione, di trasferirla in sede arbitrale (art. 1) (v. il § 58 del vol. III). O, ancora, alla previsione di specifiche ipotesi nelle quali viene imposto alle parti, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, di esperire la procedura di «negoziazione assistita da uno o più avvocati» (art. 3) (v. il § 65 del vol. III).

Occorre, infine, evidenziare fin da ora che il D.Lgs. 1° settembre 2011 n. 150 (c.d. di «semplificazione dei riti civili») ha raggruppato, nel suo art. 1 – operando sulla nozione di “rito”, *inteso come gruppo organico di norme qualificanti un tipo di procedimento* – il riferimento ai tre *modelli processuali del codice (ordinario, del lavoro e sommario di cognizione)*, non senza aggiungere alcune disposizioni specificamente riguardanti i suddetti riti (artt. 2 e 3), nonché il mutamento dei riti stessi (art. 4) (v. il cap. 6° del vol. III).

Per parte nostra, ci occuperemo in questo volume del rito ordinario di cognizione, lasciando: – al vol. III, la disciplina dei procedimenti speciali di cognizione, ivi compresi il processo del lavoro, quello previdenziale e quello locatizio, e la disciplina delle procedure di risoluzione delle controversie, alternative al processo, quali l'arbitrato, la mediazione e la nuova procedura di «negoziazione assistita da uno o più avvocati»; – al vol. IV, oltre alla disciplina sull'esecuzione forzata, quella sui procedimenti cautelari, sul procedimento sommario di cognizione e sui procedimenti in camera di consiglio.

CAPITOLO II

IL RITO ORDINARIO DI COGNIZIONE. LA FASE INTRODUTTIVA

SOMMARIO: 2. Schema della disciplina del rito ordinario di cognizione di primo grado innanzi al tribunale. La fase introduttiva in generale. – 3. L'atto di citazione e i suoi requisiti. La prima barriera preclusiva a carico dell'attore. – 4. Segue. I termini per comparire. – 5. La notificazione dell'atto di citazione e i c.d. effetti della domanda. – 6. La nullità della citazione. – 7. La costituzione dell'attore. – 8. La costituzione del convenuto e la comparsa di risposta. La prima barriera preclusiva a carico del convenuto. – 9. Iscrizione della causa a ruolo, formazione del fascicolo d'ufficio, notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento. – 10. Designazione e immutabilità del giudice istruttore. Differimento d'ufficio della prima udienza. – 11. Ritardata o mancata costituzione di entrambe le parti o di una di esse.

2. Schema della disciplina del rito ordinario di cognizione di primo grado innanzi al tribunale. La fase introduttiva in generale.

Il titolo primo, rubricato, come abbiamo visto, «del procedimento davanti al tribunale», è composto di sette capi, dei quali i primi tre sono dedicati allo svolgimento normale del procedimento, il quarto concerne alcuni atti che costituiscono, in certo senso, un'appendice a quello svolgimento normale, mentre il quinto, il sesto e il settimo disciplinano quelle che abbiamo chiamato le eventuali vicende anormali del procedimento.

I tre capi che disciplinano lo svolgimento normale del procedimento, al quale incominciamo a rivolgere la nostra attenzione, sono a loro volta dedicati a ciascuna delle tre fasi nelle quali si articola il procedimento di cognizione: la *fase di introduzione*, la *fase di istruzione* in senso ampio (articolata nelle due sottofasi di *trattazione* e di eventuale *istruzione in senso stretto*) e la *fase di decisione*. Ed è appena il caso di precisare che si tratta di una ripartizione convenzionale che non attribuisce alle suddette tre fasi una vera e propria autonomia, ma semplicemente raggruppa in ciascuna di esse una serie di atti con riguardo alla loro particolare funzione, alla quale corrisponde la prevalenza di certe caratteristiche strutturali.

La prima fase, disciplinata nel capo primo, intitolato «*dell'introduzione della causa*», consiste in una serie di atti qualificati, nel loro complesso, dalla funzione

di introdurre la causa, ossia di instaurare il processo. E poiché il processo non è che una serie di situazioni e di atti giuridici in evoluzione, facenti capo ai cosiddetti *oggetti del processo* (v. vol. I, cap. 2°), la fase introduttiva ha, in sostanza, la funzione di realizzare il primo contatto giuridico tra i soggetti del processo (o – per chi preferisce esprimersi in questo modo – di dar vita al c.d. rapporto giuridico processuale) (v. vol. I, § 9) attraverso la proposizione della domanda.

L'atto sul quale è imperniata questa fase è dunque *la domanda*, che è il tipico atto nel quale si concreta l'iniziativa del soggetto che chiede la tutela giurisdizionale (1). È, quindi, evidente che l'iniziativa di parte – che genericamente ispira la disciplina dell'intero processo di cognizione (v. vol. I, § 21) – si manifesta, in questa fase introduttiva, in modo particolarmente intenso, così in certo modo qualificandola, sotto il profilo strutturale, come la fase nella quale gli atti ad iniziativa della parte hanno un ruolo preponderante.

Va, peraltro, tenuto presente che – come meglio vedremo nel cap. 9° del vol. III – la procedibilità di quest'atto introduttivo del processo – ossia della domanda – quando ha ad oggetto una delle materie elencate dall'art. 5, comma 1 bis, D.Lgs. 28/2010 – è *condizionata dal previo esperimento della procedura di mediazione* (v. il § 62 del vol. III).

Le materie per le quali è prevista tale condizione di procedibilità sono le seguenti: «*condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di azienda, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari*» (2).

Occorre anche ricordare che, stando all'art. 4, 3° comma, del citato D.Lgs. 28/2010, «*all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal [suddetto] decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli artt. 17 e 20*» e «*l'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale*». Ciò a pena di annullabilità del contratto d'opera tra l'avvocato e l'assistito (v. il § 61 del vol. III). Sempre stando all'art. 4, 3° comma, «*il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'even-*

(1) V., sull'argomento, vol. I, § 11 e le citazioni bibliografiche ivi. In particolare, v. S. SATTA, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 816; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Comm. c.p.c., diretto da E. Allorio*, II, I, Torino, 1980, p. 1; poi A. PROTO PISANI, *Note in tema di nullità dell'atto di citazione e di effetti processuali e sostanziali della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 655 e la rassegna giurisprudenziale di L.P. COMOGLIO, *La domanda giudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 1295; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 44; G. DELLA PIETRA, *La patologia della domanda giudiziale*, Roma, 2012, p. 1; G. BALENA, *Atto di citazione (dir. proc. civ.)*, in *Diritto on line Treccani*, Roma, 2014.

(2) «*L'improcedibilità – continua il comma 1° bis dell'art. 5 – deve essere eccepita dal convenuto non oltre la prima udienza*». In proposito v. il § 62 del vol. III.

tuale giudizio», quale prova dell'adempito dovere informativo da parte del difensore; mentre, laddove il giudice verifichi la mancata allegazione del documento, «*informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione*».

A queste disposizioni del D.Lgs. 28/2010 occorre aggiungere anche l'art. 3 del D.L. 132/2014 (conv. dalla L. 162/2014), che, nel disciplinare l'istituto della «negoziata assistita da uno o più avvocati», ha previsto specifiche ipotesi nelle quali l'esperienza di tale negoziazione è *condizione di procedibilità della domanda giudiziale* (v. il § 65 del vol. III). Si tratta delle controversie in materia di *risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti*, a prescindere dal loro valore, e di quelle aventi ad oggetto *pagamento «a qualsiasi titolo» di somme di denaro non eccedenti i 50.000 euro* [ad esclusione, comunque, delle controversie previste dall'art. 5, comma 1 bis, del D.Lgs. 28/2010 (già indicate sopra), di quelle nelle quali la parte può stare in giudizio personalmente (artt. 82 e 86 c.p.c.: v. § 49 del vol. I) e, infine, di quelle «concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori»] (3). Ad esse, poi, l'art. 1, 249° comma, della L. 190/2014 ha aggiunto anche le controversie *in materia di trasporto o di sub-trasporto*.

Per completare il quadro schematico di primo approccio alla fase introduttiva, giova rilevare che il capo primo, che disciplina questa fase, è ancora, formalmente, composto di due sezioni, la prima intitolata «*della citazione e della costituzione delle parti*» e la seconda intitolata «*della designazione del giudice istruttore*». Ma diciamo «formalmente» poiché la «novella» del 1950 (v. vol. I, § 76), che ha modificato la tecnica dell'introduzione del giudizio lasciata poi inalterata nei successivi interventi legislativi, ha conglobato nella prima sezione anche le regole concernenti la designazione del giudice istruttore (art. 168 bis), lasciando alla sezione seconda una sola norma, di portata marginale, ossia l'art. 174, che dispone l'immutabilità del giudice istruttore.

3. *L'atto di citazione e i suoi requisiti. La prima barriera preclusiva a carico dell'attore.*

Abbiamo detto poc'anzi che l'atto sul quale è imperniata l'intera fase introduttiva è la proposizione della domanda, ossia l'atto col quale un soggetto – che appunto col proporre la domanda diviene l'«*attore*» – chiede la tutela giurisdizionale di uno o più suoi asseriti diritti, indipendentemente dal loro oggetto (e dunque non solo diritti reali o di credito). Di quest'atto abbiamo ampiamente visto, in sede di esame delle disposizioni generali del codice (vol. I, cap. 3°, §§ 11 e

(3) Nei casi in cui la negoziazione sia prevista come condizione di procedibilità – stabilisce l'art. 3, 1° comma, del D.L. 132/2014 – «*l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza*». In proposito v. il § 65 del vol. III.

ss.) le caratteristiche generali e i requisiti: sia quelli che concernono l'attitudine ad introdurre un processo qualsiasi, e sia quelli che stanno in relazione con la funzione di introdurre un processo idoneo a pervenire ad una pronuncia sul merito, ed in presenza dei quali la domanda si qualifica come primo atto di esercizio dell'azione. Di questo medesimo atto dobbiamo ora esaminare, più da vicino ed in dettaglio, le regole che ne determinano le caratteristiche strutturali e gli elementi nei quali si articola, nonché le regole che concernono la sua proposizione.

In linea generale, e salve le eccezioni che vedremo, la domanda si propone con le forme proprie dell'*atto di citazione* (4), che è un *atto scritto* (redatto e sottoscritto dal difensore-procuratore: v. vol. I, §§ 48 e 49 (5)), tipicamente e *doppiamente recettizio*, in quanto si rivolge a due destinatari: a) il soggetto (o i soggetti) nei cui confronti l'attore vuol proporre la domanda e che, appunto in quanto «regolarmente citato» (di qui l'espressione: «atto di citazione») (6), diviene il «convenuto» (o «i convenuti») (v. vol. I, § 23); b) il soggetto al quale l'attore vuol rivolgere la domanda, ossia il giudice.

Due essendo i destinatari dell'atto [supporremo, per semplicità, che il convenuto, come anche l'attore, sia uno solo; ma sappiamo (v. vol. I, §§ 30 e 54; art. 103 c.p.c.) che potrebbero essere di più], *duplici è il contenuto e la funzione dell'atto stesso* (anche se la parola citazione ne mette in evidenza solo una): da un lato, quella, appunto, del citare, o chiamare, o convenire in giudizio colui nei cui confronti si propone la domanda (c.d. *vocatio in jus*) (7), e, dall'altro lato, quella del rivolgere al giudice la domanda di tutela giurisdizionale mediante cognizione, previa affermazione del diritto di cui si chiede la tutela (ossia dei relativi fatti

La domanda nei procedimenti che iniziano con ricorso

(4) Nei casi eccezionali nei quali la domanda non viene proposta con *atto di citazione*, ed ai quali si è fatto cenno nel testo, l'atto col quale si propone la domanda è il *ricorso*. Questa forma di proposizione del-

la domanda è eccezionale perché non contemplata nella disciplina (paradigmatica) del processo di cognizione innanzi al tribunale e per ciò lasciata a taluni *procedimenti speciali* (su questi procedimenti e sulle loro diverse categorie, v. vol. III, § 1) sia di cognizione (ad es., il procedimento ingiuntivo: v. vol. III, § 5; il procedimento sommario di cognizione: v. vol. IV, §§ 51, 52 e 53, e soprattutto il processo del lavoro: v. vol. III, cap. 5°) e sia in camera di consiglio (v. vol. I, § 5; vol. IV, §§ 54, 55 e 56).

Inoltre, la forma del ricorso è prevista anche nel giudizio ordinario per la proposizione della domanda introduttiva di un mezzo di impugnazione: il ricorso per cassazione (v. oltre, § 80), nonché per l'introduzione di alcuni tipi di opposizione nel processo esecutivo (v. vol. IV, §§ 36, 37, 38) e dei procedimenti cautelari (v. vol. IV, § 44). Sull'argomento, v. F. CORDOPATRI, *Ricorso (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1989, p. 731.

(5) Sul problema della mancata sottoscrizione del difensore v., *infra*, alla nota 28.

(6) È appena il caso di ricordare come la formula «regolarmente citato», riferita alla «parte nei cui confronti la domanda è proposta», esprima, nel disposto dell'art. 101 c.p.c. – che contiene l'enunciazione della *regola del contraddittorio* – la condizione alla quale la legge subordina il potere del giudice di pronunciarsi sulla domanda. (V. ampiamente, vol. I, § 22).

(7) Col conseguente assolvimento alla funzione dell'instaurazione del contraddittorio (v. la nota precedente).

costitutivi ed eventualmente lesivi) con la conseguente determinazione dell'oggetto del processo (c.d. *editio actionis*) (8).

Naturalmente, quest'unico atto che si rivolge a due destinatari, va portato a conoscenza di entrambi nei modi predeterminati dalla legge; ed appunto in questo senso è, come si diceva poc'anzi, atto doppiamente recettizio. Ma, prima di vedere le modalità di questa duplice recezione (che sono poi le modalità della *proposizione* della domanda, nel suo momento dinamico), vediamo più da vicino gli elementi nei quali si articola il veduto duplice contenuto dell'atto di citazione.

Tali elementi, indicati nell'art. 163, 3° comma, c.p.c., concernono innanzitutto l'individuazione dei tre soggetti fondamentali del processo (giudice, attore – o attori – con il relativo difensore, convenuto – o convenuti) (n. 1, n. 2 e n. 6); quindi la formulazione della domanda, previa determinazione del suo oggetto con l'allegazione dei fatti e l'offerta dei mezzi di prova (n. 3, n. 4, n. 5) ed infine la citazione in senso stretto o *vocatio in jus* (n. 7). Più in dettaglio, tali elementi sono:

1. *l'indicazione del tribunale davanti al quale la domanda è proposta*. È appena il caso di notare come questo requisito assolva alla funzione di individuare il giudice al quale si propone la domanda (9);

2. *il nome, il cognome, la residenza e il codice fiscale (10) dell'attore e del convenuto* e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono (11). Se attore o convenuto è una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, la citazione deve contenere la denominazione o la ditta con l'in-

(8) Questa parte della citazione assolve così, attraverso la determinazione dell'oggetto del processo, alla funzione di determinare l'ambito e i confini (di diritto sostanziale) per la pronuncia del giudice (v. ampiamente, sull'argomento, vol. I, § 18). La giurisprudenza suole affermare che, nell'interpretare la domanda e la sua portata, il giudice deve riferirsi non solo alle espressioni letterali, ma anche al contenuto dell'atto (v. retro, § 18 del vol. I).

Per un chiaro riferimento delle due parti della citazione ai suoi due destinatari (la controparte ed il giudice) v. A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, in *Comm. c.p.c., diretto da E. Allorio*, II, I, Torino, 1980, p. 243.

(9) Di solito questa indicazione è compiuta nell'intestazione dell'atto. Ma potrebbe anche essere contenuta nel contesto dell'atto stesso, purché sia inequivoca; e tale non sarebbe se venissero indicati due giudici diversi (Cass. 9 novembre 1989 n. 4726). In ogni caso, l'indicazione contenuta nell'atto di citazione deve coincidere con quella del tribunale presso il quale la causa viene iscritta a ruolo (Cass. 13 ottobre 2014 n. 21557).

(10) Non può non rilevarsi che, mentre risulta abbastanza semplice per l'attore l'assolvimento dell'onere di indicare il proprio codice fiscale, ben più difficile risulta tale assolvimento con riferimento al codice fiscale del convenuto (v. anche C. PUNZI, *Ancora riforme del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 339). L'art. 37 del D.L. 98/2011, conv. dalla L. 111/2011, ha anche previsto, quale sanzione per l'omessa indicazione del codice fiscale nell'atto introduttivo del giudizio, l'aumento della metà del contributo unificato, fissato dal D.P.R. 115/2002.

(11) È sufficiente, per evitare la nullità della citazione sotto questo profilo, l'enunciazione dei requisiti idonei ad individuare i soggetti senza incertezze (v., ad es., Cass. 25 marzo 1987 n. 2895), dal solo contesto dell'atto (Cass. 20 maggio 1992 n. 6073, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 603) o anche in atti richiamati, purché subito verificabili (Cass. 23 gennaio 1993 n. 787).

dicazione dell'organo o ufficio al quale fa capo il potere di stare in giudizio (v. vol. I, § 46) (12). Questo requisito assolve alla funzione di individuare sia l'attore che il convenuto;

3. *la determinazione della cosa oggetto della domanda.* «Cosa» qui ha il senso generico di «bene della vita»; in altri termini sta ad indicare il c.d. *petitum* mediato, che peraltro non può essere considerato in modo del tutto avulso sia dal *petitum* immediato e sia dalla *causa petendi* (13);

(12) Non è necessaria anche l'indicazione della persona fisica del titolare dell'organo, purché però sia individuabile il sottoscrittore della procura al difensore (Cass. 15 ottobre 1992 n. 11315); ma, se la sottoscrizione di questa è illeggibile e il nome e cognome del sottoscrittore non risultano neppure dal contesto dell'atto, la procura è affetta da nullità relativa (Cass. sez. un. 5 febbraio 1994 n. 1167, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1280, con nota critica di S. CHIARLONI; poi anche Cass. 7 settembre 2016 n. 17740; Cass. 29 settembre 2006 n. 21245); d'altra parte, la stessa indicazione dell'organo o ufficio è considerata sufficiente anche se compiuta in modo generico; così, è considerata sufficiente la formula «in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*», spettando all'altra parte contestare che il delegante non sia colui che dal registro delle imprese risulta titolare della carica (Cass. 20 settembre 2002 n. 13761). Sul punto v. anche la nota 46 al § 6. In ogni caso la citazione è valida se l'ente convenuto è identificabile senza incertezze (Cass. 8 febbraio 2017 n. 3293; Cass. 18 gennaio 2001 n. 718), ancorché abbia subito modificazioni strutturali (Cass. 14 dicembre 2006 n. 14826; per la nullità della citazione a società nel frattempo estinta per incorporazione in altra, Cass. 28 maggio 2008 n. 14066, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1000, con nota di F. MARELLI). In argomento v. anche G. DELLA PIETRA, *op. cit.*, p. 96.

Se, invece, si tratta di ditta individuale, essenziale è il nome della persona fisica del suo titolare, al quale spetta la qualità di parte, salva la facoltà di indicarlo col nome della ditta (Cass. 4 settembre 1990 n. 9138); l'erronea designazione del titolare è pertanto motivo di nullità della citazione, sempre che, nonostante l'errore, non sia possibile individuare la persona effettivamente citata (così Cass. 5 gennaio 1981 n. 5).

L'indicazione della residenza (o della sede) dell'attore e del convenuto è di solito intesa in funzione di un'ulteriore precisazione dell'indicazione delle parti, con la conseguenza che la relativa mancanza non pregiudica la validità della citazione (cfr. Cass. 26 giugno 1984 n. 3745; Cass. 9 marzo 1979 n. 1468), salva l'eventualità che l'erronea indicazione della sede dia luogo a incertezza o a nullità della notificazione (cfr. Cass. 16 marzo 1981 n. 1507, in *Foro it.*, 1981, I, 2481).

(13) Per la distinzione tra *petitum* mediato e *petitum* immediato ed in generale sul tema del *petitum* e sulla sua contrapposizione alla *causa petendi*, v. ampiamente vol. I, § 29 e le note da 28 a 31, anche per le citazioni della dottrina. Con riguardo alle modalità dell'indicazione del *petitum*, si suole affermare – così, ad es., Cass. 28 agosto 2009 n. 18783 – che per esprimere il *petitum* non occorrono formule sacramentali, bastando che la domanda risulti, anche implicitamente o indirettamente, dalle difese della parte e che il suo oggetto possa essere chiaramente individuato nella parte espositiva dell'atto introduttivo. Si precisa, d'altra parte, che il giudice deve interpretare la domanda secondo il suo contenuto effettivo e non secondo la terminologia usata dalla parte (Cass. 28 agosto 2009 n. 18783; v. anche § 18 del vol. I).

Secondo un'opinione (A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione*, cit., p. 273), che si richiama all'insegnamento chiovendiano che risale al vigore del codice del 1865 (non molto dissimile, su questo punto, da quello attuale), per «cosa oggetto della domanda» si dovrebbe qui intendere sia il *petitum* (mediato e immediato) e sia la *causa petendi*. L'opinione, che ha il suo fondamento sistematico in un approfondito studio che l'A. in discorso ha dedicato alla portata unificatrice della domanda nel superamento della contrapposizione tra *petitum* e *causa petendi*, pure nella tradizione chiovendiana (A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., pp. 138 e ss., 145 e ss., 222 e

4. *l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni.* L'esposizione dei fatti è l'affermazione o allegazione dei fatti costitutivi e lesivi: precisamente, quei fatti che, in quanto riconducibili in astratto ad una o più norme, costituiscono la *causa petendi*, che, nel linguaggio del codice, è indicata talora come «ragione della domanda» e talora (v., ad es., l'art. 36 c.p.c.) come «titolo» (14). L'indicazione degli «elementi di diritto» non ha altra funzione che quella di prospettare la suddetta riconducibilità dei fatti ad una o più norme e perciò può essere estremamente generica, o addirittura implicita, oltre ad essere non vincolante per il giudice e soggetta a modificazione secondo la regola *jura novit Curia* (v. vol. I, § 18). Infine, le «conclusioni» costituiscono la formulazione sintetica e globale della domanda al giudice nei suoi termini essenziali: *petitum* immediato e mediato ed eventualmente anche *causa petendi* (15).

È opportuno mettere in rilievo fin d'ora che quanto disposto in questo n. 4 (insieme con quanto disposto al n. 5 riguardo ai mezzi di prova) implica, a carico dell'attore, una *prima barriera preclusiva*, nel senso che nei successivi svolgimenti del giudizio (salve le precisazioni e le ulteriori modificazioni previste dall'art. 183: v. oltre, § 19) non può più introdurre nuovi *petita*, né nuove *causae petendi* (16);

ss.; v. vol. I, § 29, nota 30), viene anche motivata sia col rilievo che il linguaggio palesemente atecnico del legislatore autorizza l'interpretazione della norma in relazione alla sua funzione che qui è imperniata sulla proposizione della domanda (*Dell'introduzione*, cit., p. 271) e sia col rilievo che l'art. 164, prima della modifica del 1990 e su cui v. il § 6, indicava come motivo di nullità della citazione la mancanza del requisito di cui all'art. 163 n. 3 e non anche quella del requisito di cui all'art. 163 n. 4; su ciò v. oltre, § 6 (ID., *Dell'introduzione*, cit., p. 274).

Il nuovo testo dell'art. 164 supera il problema prevedendo la nullità anche per il caso di mancanza dell'esposizione dei fatti (cfr. G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, p. 125; G. DELLA PIETRA, *op. cit.*, p. 57).

(14) Ciò vale sia per le *domande eterodeterminate* che per quelle *autodeterminate* (per questa contrapposizione v. vol. I, § 29, spec. al richiamo delle note 43 e 46). Sicché anche nel caso delle domande autodeterminate occorre un riferimento ai fatti, non foss'altro per la funzione preparatoria della prima udienza e per porre il convenuto in condizione di difendersi (cfr. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 93). Secondo G.F. RICCI (in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 865) i fatti ai quali si riferisce l'art. 163 n. 4 non sono i fatti costitutivi (che già risultano dal n. 3), ma le allegazioni di fatti anche secondari e comprendenti i fatti lesivi. Si tratterebbe di un ulteriore obbligo, in funzione anche riequilibratrice rispetto al convenuto. Poi, nel senso dell'irrelevanza della distinzione fra domande auto ed eterodeterminate, quanto all'indicazione dei fatti costitutivi e lesivi integranti la *causa petendi*, A. CARRATTA, *Sub art. 112*, in *Comm. del c.p.c.*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2011, p. 66 e ss.

(15) La Cassazione suole evidenziare la necessità di distinguere la *causa petendi* dalla giustificazione giuridica della domanda (che, nella disciplina della citazione, va ricondotta all'indicazione degli «elementi di diritto» di cui nel testo). Così, ad es., Cass. 3 febbraio 2005 n. 2163.

Sulla nozione della *causa petendi* basti qui il richiamo alla trattazione compiuta al vol. I, § 29 ed alle citazioni bibliografiche compiute ivi. In particolare per la contrapposizione delle teorie dette dell'«individuazione» e della «sostanziazione» v., sempre al vol. I, § 29, la nota 35.

(16) Con riferimento a successivi mutamenti giurisprudenziali v. la nota 36 nel § 18 del vol. I.

5. *l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e dei documenti che offre in comunicazione.* Il rilievo pratico di questo requisito dipende dal suo essere, o meno, assoggettato a preclusioni. Le quali preclusioni sono differite fino all'udienza di trattazione di cui all'art. 183 o alla scadenza del termine eventualmente richiesto dalle parti a chiusura di detta udienza con le articolate modalità previste dall'art. 183, 6° comma (v. oltre, § 19) (17);

6. *il nome e il cognome del procuratore e l'indicazione della procura, qualora questa sia stata già rilasciata* (e sempre che la parte non possa difendersi personalmente: v. vol. I, § 49). Quest'elemento completa quello di cui al n. 2, con riguardo al difensore-procuratore (v. vol. I, §§ 48 e 49). La precisazione espressa con le parole «qualora questa sia stata già rilasciata» va posta in relazione con la facoltà, prevista dall'art. 125, 2° comma, c.p.c. (v. vol. I, § 49), di ritardare il rilascio della procura alla lite (o meglio la sua documentazione scritta) fino al momento della costituzione in giudizio (v. oltre, § 7) (18), ma anche con la possibile sanatoria successiva del vizio in questione oggi ammessa dall'art. 182, 2° comma (v. retro, vol. I, § 49);

7. *l'indicazione del giorno dell'udienza di comparizione; l'invito al convenuto 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 agli artt. 38 e 167.* È questa la citazione in senso stretto o *vocatio in jus*.

Con l'ottemperare a questa disposizione, l'attore cita il convenuto, *invitando-*

(17) Sicché – si è osservato (F. MARELLI, *La trattazione nel regime delle preclusioni*, Padova, 1996, p. 71; V. PISAPIA, *Appunti in tema di deduzioni e preclusioni istruttorie nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 570) – le prescrizioni di cui all'art. 163 n. 5 vanno intese in chiave meramente programmatica.

(18) L'indicazione della procura può essere effettuata senza particolari formalità. D'altra parte si suole affermare (v., ad es., Cass. 11 novembre 1974 n. 3521) che la procura può essere contenuta nel contesto dell'atto di citazione, ma la sua mancanza non è motivo di nullità dello stesso (Cass. 22 ottobre 2015 n. 21533). La validità della procura presuppone l'identificabilità del sottoscrittore (v. Cass. sez. un. 5 febbraio 1994 n. 1167, cit. alla nota 13 di questo §). Ove si tratti di società o, in generale, di persone giuridiche, il mutamento sopravvenuto della persona fisica del rappresentante rimane privo di rilievo (Cass. 25 giugno 1998 n. 6292).

L'ipotesi della procura già rilasciata si verifica, oltre che nel caso del rilascio contestuale in calce o a margine, nel caso della procura notarile con atto autonomo nonché nell'ipotesi della citazione che introduce una fase del giudizio la cui introduzione non abbisogna di nuova procura; l'ipotesi lasciata fuori dalla portata della norma è quella dell'art. 125, 2° comma, c.p.c. (procura rilasciata in data posteriore alla notifica).

Ontologicamente diversa dalla procura è l'*elezioe di domicilio* che, peraltro, viene di solito effettuata con la procura (ma opera anche se contenuta nel contesto dell'atto sottoscritto dal difensore: Cass. 13 gennaio 2005 n. 561): di regola opera solo per il grado per il quale questa è stata rilasciata (v. vol. I, § 48, nota 14).

lo (ossia senza costringerlo, ma dando luogo nei suoi confronti a poteri-oneri: v. vol. I, § 8) a due adempimenti: quello di costituirsi e quello di comparire all'udienza indicata. E non è inutile ricordare qui che proprio con quest'invito (e naturalmente in quanto esso raggiunga il suo destinatario mediante la notificazione dell'atto nei modi che vedremo al § 5) l'attore assolve, a sua volta, all'onere in cui si sostanzia la regola del contraddittorio, ponendo il convenuto nella condizione di potersi difendere, in quanto lo voglia (v. vol. I, § 22). Rimandando a tra poco l'esame di ciascuno dei due adempimenti ai quali il convenuto viene invitato (§§ 8 e 17), occorre ora esaminare più da vicino le modalità tecniche dell'invito a comparire all'udienza indicata.

Che l'indicazione del giorno dell'udienza (19) debba essere effettuata *dall'attore* (o, più precisamente, dal suo difensore) risulta dalle prime parole di questo punto 7°. In correlazione con esse, dobbiamo ora compiere un passo indietro nell'esame dell'art. 163, soffermandoci sul 1° comma di quest'articolo ove si enuncia che «*la domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissata*». Premesso che l'udienza di cui qui si tratta (per la nozione di udienza v. vol. I, § 65) è la *prima udienza*, ossia la prima di quella serie di udienze nelle quali si articola il processo, va tenuto presente che, mentre le udienze successive alla prima vengono di volta in volta fissate, come vedremo, dal giudice istruttore, la prima è invece *già fissata* (dall'attore) nel momento in cui sorge il processo. L'udienza così fissata si svolgerà, come si è detto, davanti al giudice istruttore (su cui v. oltre, § 14) che, alla data della citazione non è stato, ovviamente, ancora designato e che verrà poi nominato con le modalità di cui all'art. 168 bis e che esamineremo al § 10. Ma, oltre all'indicazione del giorno dell'udienza e all'invito al convenuto a costituirsi in un termine che deve essere specificato (venti o dieci giorni prima dell'udienza, a seconda dei casi), la disposizione in esame prevede, sempre tra i requisiti della citazione, *un avvertimento*, e cioè l'avvertimento che la costituzione oltre i termini stabiliti implica le decadenze di cui agli artt. 38 e 167 (20). Queste decadenze – che prenderemo in particolare esame nel

(19) Più precisamente: giorno, mese ed anno (non l'ora, che è fissata dal calendario giudiziario: Cass. 29 ottobre 1975 n. 3683). Occorre, invece, che la data sia indicata in modo inequivoco nella copia notificata al convenuto (Cass. 11 febbraio 2008 n. 3205); ma può essere tale, e quindi valida, anche un'indicazione affetta da un errore facilmente riconoscibile (Cass. 19 maggio 2006 n. 11780).

Il contributo unificato

(20) Va, infine, ricordato che, per effetto di quanto previsto dall'art. 14, 2° comma, D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 è stato introdotto l'ulteriore requisito della «dichiarazione di valore» della causa (determinato sulla base dell'applicazione dell'art. 10 e ss. c.p.c.), da inserire nelle conclusioni dell'atto di citazione, in funzione del versamento del c.d. contributo unificato di iscrizione a ruolo. L'art. 13 del citato D.P.R. prevede gli importi da versare in relazione alla «dichiarazione di valore» della causa; mentre l'art. 10 stabilisce l'esenzione dal versamento di detto contributo (ulteriormente ridotta a seguito delle modifiche introdotte con l'art. 37 del D.L. 98/2011, conv. dalla L. 111/2011: sono stati sottratti all'esenzione, infatti, il processo esecutivo per consegna o rilascio; i processi di separazione personale dei coniugi e di divorzio; i processi del lavoro e quelli previdenziali, se il ricorrente abbia un reddito dichiarato

§ 8 – sono quelle che costituiscono *la prima barriera preclusiva a carico del convenuto*, che viene così ad affiancarsi alla prima barriera preclusiva, che, a carico dell'attore, è costituita dall'atto di citazione e sue eventuali integrazioni, come abbiamo rilevato poc' anzi con riguardo al disposto dei nn. 4 e 5 dell'art. 163. Ed è appena il caso di sottolineare come la necessità dell'avvertimento [la cui mancanza è causa di nullità della citazione (21), come vedremo al § 6] stia in relazione con la gravità delle decadenze, nelle quali il convenuto incorre, qualora non rispetti il termine di costituzione (22).

4. *Segue. I termini per comparire.*

Precisato, dunque, che il giorno della prima udienza davanti al giudice istruttore, che verrà designato in seguito (come vedremo: v. oltre, § 10), viene scelto dall'attore e da questo indicato nell'atto di citazione, rimane da vedere quali sono i limiti entro i quali l'attore può esercitare la suddetta sua facoltà di scelta.

Al riguardo, va anzitutto tenuto presente che l'art. 163, 2° comma, c.p.c., integrato dagli artt. 69 bis e 80 disp. att., dispone che al principio dell'anno giudiziario vengono stabiliti determinati giorni destinati esclusivamente alla prima udienza di comparizione, e ciò per ciascun giudice istruttore. Ma non è questo il punto più importante, anche perché, come vedremo oltre (§ 10), il codice contempla un meccanismo automatico per ovviare all'eventualità che, nel giorno indicato, il giudice istruttore designato non tenga udienza. Ciò che, invece, assume particolare rilievo è la necessità che l'attore, nello scegliere il giorno della prima udienza, da un lato, non lo scelga tanto vicino da impedire al convenuto di disporre di un margine di tempo sufficiente per predisporre la sua difesa, mentre, dall'altro lato, non lo scelga tanto lontano da frustrare – col congelamento della situazione processuale e di quella sostanziale sottostante – l'eventuale interesse del convenuto ad accelerare i tempi (non sempre, infatti, l'attore, in quanto tale, è il più interessato alla celerità del processo; si pensi, ad es., al caso dell'attore che chiede il mero accertamento negativo, magari proprio allo scopo di prevenire l'altra parte, imbrigliandone l'iniziativa).

superiore al triplo di quello previsto dall'art. 76 dello stesso T.U.). Su queste modifiche v. A. CARRATTA, *La «semplificazione» dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012, p. 92.

(21) Come anche, a quanto pare, la mancanza dell'invito che ne costituisce il presupposto (cfr. A. BONSIGNORI, *La nullità della citazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 744), nonché la mancanza della specificazione del termine (cfr. G. BALENA, *La riforma*, cit., p. 94). Tuttavia, nel senso che la mancanza dell'avvertimento non sia idonea a determinare nullità se detto vizio non ha impedito al convenuto di avere conoscenza del processo, Cass. 30 dicembre 2011 n. 30652 (in *Riv. dir. proc.*, 2012, I, p. 1085, con nota di R. DONZELLI) (v. anche il § 6).

(22) Si è giustamente osservato (G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, p. 57) che proprio la gravità di queste decadenze ne imporrebbe un'indicazione più precisa (e più intelleggibile per il profano) di quella che risulta dal richiamo degli articoli del codice.

Con riguardo alla prima di queste due esigenze, il codice stabilisce (nell'art. 163 bis) i c.d. *termini per comparire*, ossia un numero minimo di *giorni liberi* (v. vol. I, § 66 in fine) che l'attore, nel fissare il giorno della prima udienza, deve lasciare intercorrere *tra il giorno della notificazione della citazione* (si noti: della *notificazione*, un atto autonomo e strumentale rispetto alla citazione, come meglio vedremo nel prossimo §) e *il giorno della prima udienza*. Si tratta di un termine con funzione tipicamente *dilatoria* (v. vol. I, § 66). Tale termine è di *novanta* giorni liberi per tutti i casi in cui il luogo della notificazione si trova in Italia e di *centocinquanta* giorni se tale luogo si trova all'estero: così dispone il 1° comma dell'art. 163 bis (23). Secondo la giurisprudenza ormai ferma, nel calcolo di questi termini – che nei giudizi innanzi al giudice di pace sono ridotti alla metà: art. 318, 2° comma, c.p.c. (v. oltre, § 68) – si deve tener conto anche della sospensione feriale dei termini fra il 1° ed il 31 agosto di ogni anno (24).

Tuttavia, nelle cause in cui sussistono particolari ragioni di urgenza, il presidente del tribunale può, su istanza dell'attore, abbreviare questi termini fino alla metà, con decreto motivato steso in calce all'originale dell'atto di citazione

(23) Il luogo della notificazione, agli effetti della determinazione del termine a comparire, è quello in cui la notificazione avviene realmente e validamente (così Cass. 5 novembre 1981 n. 5844). La coordinazione tra la norma in esame e l'art. 155, 4° comma, che, come si vide (v. vol. I, § 66), stabilisce che, se il giorno di scadenza è festivo, la scadenza è prorogata di diritto al primo giorno seguente non festivo (nonché con l'art. 82, 1° comma, disp. att., più esplicito sul punto), fa sì che, se l'attore indica come giorno dell'udienza un giorno festivo (non anche se cade di sabato, il quale, secondo quel che prevede ora il 6° comma dell'art. 155 c.p.c., per lo svolgimento delle udienze è da considerare giorno lavorativo), la scadenza del termine a comparire venga prorogata al primo giorno seguente non festivo (per questa fattispecie v. Cass. 15 dicembre 1981 n. 6630), mentre la coordinazione con l'art. 168 bis (che al 4° comma prevede l'ipotesi che nel giorno fissato il giudice istruttore non tenga udienza disponendo che in tal caso l'udienza sarà quella immediatamente successiva tenuta dal giudice designato: su ciò v. oltre, ampiamente, al § 10) dovrebbe far sì che la scadenza del termine in discorso venga prorogata alla data dell'udienza immediatamente successiva tenuta dal giudice designato. Sennonché, quest'ultima conclusione è contrastata dal disposto dell'art. 70 bis disp. att. che prescrive l'osservanza del termine «in relazione all'udienza fissata nell'atto di citazione anche se la causa è rinviata ad altra udienza a norma dell'art. 168 bis, 4° comma». Ne deriva che, se l'attore ha indicato un giorno che non dista da quello della notificazione il periodo minimo di legge, la validità dell'atto può essere salvata se il periodo di legge viene raggiunto dallo spostamento per festività (salvo che si tratti di festività sopravvenuta, perché questa ipotesi è prevista dall'art. 82, 2° comma, come modalità applicativa dell'art. 168 bis), ma non possono essere utilizzati, a questo scopo, i giorni del differimento ai termini dell'art. 168 bis.

In questo senso v. S. SATTÀ, *Commentario al cod. di proc. civ.*, II, 1, Padova, 1959, p. 28 e A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., p. 297; questi Autori giustamente criticano l'inutile formalismo che ispira l'art. 70 bis disp. att.

(24) Per questa sospensione v. vol. I, § 66 al richiamo della nota 55 e nella nota stessa. L'orientamento giurisprudenziale in discorso (per il quale v. Cass. 15 giugno 1978 n. 2977 e Cass. 29 maggio 1978 n. 2691; più di recente, Cass. 19 maggio 2014 n. 10956; Cass. 17 maggio 2010 n. 12044) è criticato dal CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., p. 302.

e da trascriversi sulle copie (art. 163 bis, 2° comma) (25).

Per ovviare alla seconda delle due esigenze sopra accennate, il legislatore, anziché servirsi dello strumento del termine per comparire con funzione acceleratoria (ad es., stabilendo, oltre al visto numero minimo, anche un numero massimo di giorni da lasciar intercorrere tra la notificazione della citazione e la prima udienza), ha preferito lasciare all'attore la facoltà di scegliere un giorno lontano a suo piacimento, ma attribuendo al convenuto il potere di chiedere, con ricorso al presidente del tribunale, l'anticipazione della prima udienza (art. 163 bis, 3° comma). Ciò il convenuto può ovviamente fare solo se il termine per comparire stabilito dall'attore ecceda il minimo visto sopra (minimo che deve essere rispettato anche nella nuova fissazione della prima udienza), ed a condizione che esso convenuto si costituisca (v. oltre, § 8) prima della scadenza del suddetto termine minimo (26).

Il presidente provvede con decreto (in calce al ricorso), che deve essere comunicato all'attore e alle altre parti costituite almeno cinque giorni liberi prima dell'udienza fissata dal presidente nonché notificato personalmente alle parti non costituite in un congruo termine stabilito dal presidente (art. 163 bis, 3° comma; art. 70, 2° comma, disp. att.) (27).

I termini per comparire debbono essere osservati con riguardo all'udienza originariamente fissata, indipendentemente da eventuali successivi rinvii dell'udienza stessa a norma dell'art. 168 bis, 4° comma (ma non del 5° comma, per il quale v. oltre, § 10, nota 125) (art. 70 bis disp. att.).

5. *La notificazione dell'atto di citazione e i c.d. effetti della domanda.*

L'atto di citazione, una volta steso (in almeno due copie per le esigenze proprie della notificazione, che stiamo per esaminare, oltre ad almeno un'altra co-

(25) Si ritiene che le omissioni (anche di sottoscrizione) che inficiano la trascrizione del decreto *sulla copia* notificata non diano luogo a nullità (v. Cass. 10 febbraio 1972 n. 367) a differenza, ovviamente, dei vizi che inficiano l'originale del decreto.

(26) La mancanza di quest'ultimo requisito non determina la nullità se l'altra parte ha avuto piena e tempestiva conoscenza del provvedimento di autorizzazione (Cass. 22 aprile 1989 n. 1932; Cass. 3 marzo 1987 n. 2225).

(27) In caso di mancato rispetto di questo termine, la notificazione non è nulla, ma ne va disposta la rinnovazione, salva la comparizione della parte notificata (Cass. 18 aprile 2000 n. 4994). È appena il caso di mettere in rilievo che, in quanto il potere del convenuto di anticipare la data della prima udienza passa attraverso un provvedimento del presidente, non esiste un potere del convenuto di controcitare, di sua iniziativa, l'attore per un'udienza più prossima. La Cass. 10 ottobre 1975 n. 3246 ha affermato questo principio in occasione di una vicenda nella quale si era verificata una siffatta controcitazione. La Corte ha affermato che tale controcitazione è nulla, ma che la nullità rimane sanata (v. oltre, § 6) se l'altra parte «accetta il contraddittorio» ossia si difende nel merito senza eccepire il vizio della controcitazione.

pia da inserirsi, poi, nel fascicolo d'ufficio: vedi l'art. 168, 2° comma, c.p.c., oltre, § 9) *deve essere naturalmente sottoscritto dal difensore* (28), salvo il caso della parte che stia in giudizio personalmente (così si desume dal richiamo all'art. 125 contenuto in un inciso nell'ultimo comma dell'art. 163; v. vol. I, §§ 48 e 49) (29). Ed a questo punto l'atto di citazione è perfetto nel suo duplice contenuto di domanda al giudice e di *vocatio* del convenuto. Ma si tratta di una perfezione che ancora non dà luogo ad alcuna efficacia giuridica, poiché, per tale efficacia, la natura recettizia dell'atto esige che esso sia portato a conoscenza dei suoi due destinatari, nei modi stabiliti dalla legge. Più esattamente, del primo di essi, che, come stiamo per vedere, è il convenuto. Occorre dunque esaminare come avviene questo primo aggancio ufficiale della citazione nei confronti del convenuto.

«L'atto di citazione – recita l'ultimo comma dell'art. 163 – *sottoscritto a norma dell'art. 125* (30), è consegnato dalla parte o dal procuratore all'ufficiale

(28) Con riguardo alle modalità della sottoscrizione, l'art. 163 si richiama (come tra poco nel testo) all'art. 125 c.p.c., che, come si vide (vol. I, § 65), dispone in via generale che gli atti elencati in quella norma (ed in primo luogo l'atto di citazione) debbono essere sottoscritti dalla parte solo qualora essa stia in giudizio personalmente, e, negli altri casi, dal difensore munito di procura. Quest'ultimo requisito è, tuttavia, derogato dal 2° comma dello stesso art. 125, ove si dispone che la procura al difensore dell'attore può essere rilasciata anche in data posteriore alla notificazione dell'atto, purché anteriormente alla costituzione (su questo atto, v. oltre, § 7; per l'anteriorità v. la nota 70) della parte rappresentata. Già si vide (al vol. I, § 49, al richiamo della nota 43 e nella nota 42) che questo rilascio tardivo della procura va inteso non tanto come una ratifica (come peraltro suole affermare la Cassazione: ad es., Cass. 29 novembre 1976 n. 4491) quanto piuttosto come una documentazione tardiva di una procura già conferita verbalmente. (Cfr. C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, p. 391 e ss.; v. anche, per altre citazioni ed opinioni diverse nonché per richiami giurisprudenziali, la citata nota 43 al § 49, vol. I). Peraltro, è da ritenere che la disposizione del 2° comma dell'art. 125 sia stata implicitamente abrogata dalla modifica dell'art. 182, 2° comma, alla luce della quale si può avere la sanatoria del difetto di procura: v. oltre il § 17.

Sta comunque di fatto che la citazione notificata senza previo rilascio di procura è idonea a salvare ogni decadenza (di natura processuale: Cass. 19 aprile 1974 n. 1073, o anche di diritto sostanziale: Cass. 29 settembre 1975 n. 3082) purché, s'intende, la procura sia poi rilasciata.

La sottoscrizione ad opera della parte personalmente (che è, naturalmente, sufficiente quando la parte sta in giudizio personalmente) non è affatto idonea, negli altri casi, a sostituire la sottoscrizione da parte del difensore. Anche questo vizio, tuttavia, è da ritenere sanabile ai sensi dell'art. 182, 2° comma, c.p.c. V. anche la nota 30 e la nota 57.

(29) Il richiamo dell'art. 125 c.p.c. per quanto riguarda la sottoscrizione della citazione implica che il difensore sia tenuto anche ad indicare il proprio codice fiscale.

(30) La sottoscrizione deve essere contenuta sia nell'originale che nella copia notificata; tuttavia, la sua *mancaza nella sola copia* non dà luogo a nullità, ma a mera irregolarità, se la provenienza dell'atto dal difensore munito di procura emerge *aliunde* in modo inequivoco (cfr. Cass. 1° giugno 1995 n. 6131; Cass. 7 dicembre 1994 n. 10491) e sempre che nella copia sia riprodotta la procura (cioè che, peraltro, non è stato ritenuto necessario dalla cit. Cass. 10491/1994) e sia indicata la sottoscrizione dell'originale (così Cass. 26 settembre 2006 n. 20817; Cass. 28 gennaio 1987 n. 802). In ogni caso è sufficiente la sottoscrizione apposta solo sotto la certificazione di autenticità

giudiziario, il quale lo notifica a norma degli artt. 137 e seguenti».

Non ci soffermiamo, qui, sulle modalità tecniche della notificazione, per le quali non abbiamo che da richiamarci a quanto dicemmo in sede di esame delle disposizioni generali (v. vol. I, § 70), solo aggiungendo che, se i convenuti sono più di uno, la notificazione deve avvenire nei confronti di tutti, con la consegna di una copia a ciascuno di essi. Su ciascuna di tali copie e sull'unico originale l'ufficiale giudiziario stende la relazione di notificazione. Ciò che, invece, va qui posto in risalto è che *la notificazione, atto normalmente dell'ufficiale giudiziario, e dunque atto ben distinto ed autonomo dall'atto di citazione, che è invece atto della parte, assolve tuttavia ad una funzione strumentale insostituibile rispetto a quest'ultimo atto*. Insostituibile nel senso che soltanto in quanto notificato un atto di citazione produce effetti giuridici, mentre se non è notificato – anche se, per ipotesi, consegnato direttamente a colui che si vuol convenire – l'atto di citazione è *tamquam non esset* (31).

In questo modo, dunque, e solo in questo modo, l'atto di citazione raggiunge ufficialmente ed efficacemente il primo dei suoi due destinatari, il quale, proprio in quanto riceve la notificazione e nel momento in cui la riceve, assume la veste di convenuto, ossia di soggetto «regolarmente citato» (v. vol. I, § 22) o chiamato davanti ad un giudice individuato (come organo, e individuabile come persona) ad un'udienza stabilita, per resistere – in quanto lo voglia – ad una domanda già espressa nel suo contenuto. Ed è precisamente questo il momento nel quale, avviatosi l'*iter* della proposizione della domanda, prende vita il processo o, come ancora qualcuno preferisce dire, sorge il c.d. rapporto processuale (v. vol. I, § 9).

Questo fenomeno del venire in essere del processo va esaminato più da vicino e in tutti i suoi aspetti che riguardano anche, sia pure marginalmente, il diritto sostanziale. Si parla, infatti, a questo riguardo, di *effetti processuali e sostanziali della domanda* (32). I primi si riconducono interamente al fenomeno della *litispendenza*, ossia un fenomeno già esaminato a suo tempo (v. vol. I, §§ 27 e 40), anche nelle sue conseguenze concernenti, da un lato, la giurisdizione e la competenza e specialmente la c.d. *perpetuatio jurisdictionis* (v. vol. I, § 31 in fine) e, dall'altro lato, l'attribuzione della qualifica di «controverso» al diritto sostanziale dedotto in giudizio agli effetti dell'art. 111 c.p.c. (v. vol. I, § 59), la determinazione delle parti del processo e della loro legittimazione, nonché la determinazione degli elementi oggettivi della domanda; tutti effetti che avevamo

della firma nel rilascio della procura (Cass. 6 settembre 2010 n. 19122 e n. 19123; Cass. 4 agosto 2009 n. 1729).

(31) Sui rapporti tra atto notificato e notificazione, come atto strumentale rispetto al primo, nell'ambito di una fattispecie complessa, v. E. MINOLI, *Le notificazioni degli atti processuali civili*, Milano, 1942, p. 97; C. PUNZI, *La notificazione degli atti nel processo civile*, Milano, 1959, p. 45; più di recente, A. FRASSINETTI, *La notificazione nel processo civile*, Milano, 2012, p. 15.

(32) Nella linea dell'insegnamento chiovendiano, v., ad es., C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., p. 87.

genericamente ricondotto alla proposizione della domanda. Ora possiamo precisare che, per tutti i suddetti effetti, la proposizione della domanda consiste nella notificazione dell'atto di citazione (è chiarissimo al riguardo l'art. 39, ultimo comma, c.p.c.) (33).

Quanto ai cosiddetti *effetti sostanziali* della domanda, va precisato che essi non possono essere, ovviamente, quelli postulati con la domanda stessa, essendo chiaro che tali effetti non potranno verificarsi che a seguito dell'accertamento che sarà contenuto nella futura pronuncia. Si tratta, invece, e come abbiamo già accennato, di effetti marginali genericamente riconducibili, da un lato, al dato di fatto che la domanda non può essere accolta nel momento in cui è proposta, poiché nel frattempo deve svolgersi il processo; e, dall'altro lato, alla necessità di evitare che – come incisivamente diceva il Chiovenda – il tempo necessario per lo svolgimento del processo torni a danno di chi ha ragione (34). Ciò in sostanza significa, anzitutto, che il tempo del processo non deve dar luogo ad effetti estintivi, mentre, d'altra parte, quando il diritto viene riconosciuto, ciò deve avvenire come se avvenisse al momento della proposizione della domanda (35).

(33) Sull'argomento, v. V. COLESANTI, *Litispendenza (dir. proc. civ.)*, in *Nss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 977; A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., p. 278. In realtà, ed anche a prescindere dall'esplicita formulazione dell'art. 39, nei casi «normali», nei quali la domanda è proposta con citazione, il fatto che con la notificazione dell'atto di citazione si determina il primo contatto ufficiale tra le due parti, con la ricezione, da parte del convenuto, dell'atto contenente la formulazione della domanda proposta nei suoi confronti, rende evidente – anche a chi non vuol servirsi della semplificazione di comodo nella quale si risolve il c.d. rapporto giuridico processuale (v. vol. I, § 9) – che in quel momento e solo in quel momento è avviato quell'*iter* dinamico che è il processo. Nel passato il problema si presentava in termini più complessi nei casi di domanda proposta con ricorso (v. § 3, nota 5), ma ora l'ultimo comma dello stesso art. 39 c.p.c., come modificato dalla L. 69/2009, chiarisce che, come regola generale, in caso di procedimento introdotto da ricorso, gli effetti processuali decorrono *dal deposito del ricorso in cancelleria*. Così, mentre nei casi in cui il ricorso va notificato prima del deposito (come accade per il ricorso per cassazione: v. oltre, § 80) è evidente l'identità di situazione rispetto alla notificazione dell'atto di citazione, nei casi in cui, viceversa, il ricorso va prima depositato per essere poi notificato insieme con un provvedimento del giudice, il codice talora (è il caso del ricorso per decreto ingiuntivo) enuncia che la pendenza della lite è determinata dalla notificazione del ricorso e del decreto (art. 643, 3° comma; v., sul punto, vol. III, § 5, nota 26), mentre in altri casi, come nel processo del lavoro, si limita ad enunciare che la domanda si propone con ricorso (v. vol. III, § 28, al richiamo della nota 80 e nella nota stessa; v. anche vol. I, § 40, nota 170).

(34) G. CHIOVENDA, *Istituzioni di dir. proc.*, I, Roma, 1935, p. 147.

(35) «La sentenza che accoglie la domanda – così ancora G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, cit., p. 148 – deve attuare la legge come se ciò avvenisse nel momento stesso della domanda giudiziale». Per un esame approfondito di questo principio e dei relativi limiti in relazione alla necessità di contemperare le contrapposte esigenze delle due parti, v. A. PROTO PISANI, *Note*, cit., in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 682. Si è, d'altra parte, rilevato (L. MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 74) che il «momento di proposizione della domanda» non coincide necessariamente con quello dell'atto introduttivo perché occorre tener conto delle possibilità di individuazione che possono diluire la

Sotto il primo profilo, vanno considerate le norme che disciplinano gli effetti della domanda giudiziale sulla prescrizione.

Secondo tali norme la proposizione della domanda, anzitutto, interrompe la prescrizione (art. 2943 c.c., a tenore del quale «*la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale s'inizia un giudizio, sia questo di cognizione ovvero conservativo o esecutivo*») (36), oltre ad impedire il verificarsi delle deca-

proposizione nello svolgimento dell'*iter* procedimentale. Per ulteriori considerazioni v. A. CARRATTA, *Sub art. 112, cit.*, p. 83; F.P. LUISO, *Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1.

(36) Ma naturalmente solo se col suddetto atto si fa valere il medesimo diritto sostanziale della cui prescrizione si tratta; cfr. Cass. 30 aprile 2008 n. 19932; Cass. 18 gennaio 2011 n. 1084 estende l'effetto interruttivo (istantaneo e permanente) anche al diritto connesso a quello esercitato in giudizio, rispetto al quale la proposizione della prima azione costituisca implicita manifestazione di volontà di esercitarlo; diversamente accade per la notificazione del precetto che non introduce, ma solo preannuncia un processo sicché la sua efficacia interruttiva della prescrizione è soltanto istantanea (Cass. 19 luglio 2005 n. 15190). D'altra parte, nei processi che iniziano con ricorso (v. nota precedente) ci si deve riferire non al deposito, ma alla notificazione del ricorso (cfr. Cass. 8 maggio 2001 n. 6423). «È pure interrotta dalla domanda proposta nel corso di un giudizio», indipendentemente dal fatto che la proposizione sia tardiva o addirittura inammissibile, come una domanda nuova in appello (Cass. 11 gennaio 2006 n. 255; Cass. 22 gennaio 2002 n. 696). «Domanda nel corso del giudizio» può essere anche il ricorso per cassazione per extrapetizione (così Cass. 22 maggio 1992 n. 5634, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2004). L'effetto interruttivo in discorso opera *ex lege* e non su eccezione (Cass. 1° giugno 2000 n. 7270).

Avuto riguardo all'ormai fermo orientamento (v. il § 70 nel vol. I), per il quale gli effetti della notificazione si verificano per il notificante al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario, è sorto il problema se, in forza di tale principio, la suddetta consegna dell'atto di citazione è sufficiente a produrre l'effetto interruttivo della prescrizione. Commentando due pronunce di merito in senso tra loro contrastante, in *Foro it.*, 2005, I, 1277, R. CAPONI si è giustamente espresso a favore della soluzione affermativa, peraltro evidenziando che il suddetto effetto viene soltanto anticipato, mantenendosi in caso di rinnovazione della citazione ex art. 291, e poi consolidandosi definitivamente solo col perfezionamento dell'*iter* della notificazione.

Alla medesima conclusione sono pervenute anche le Sezioni unite (Cass. sez. un. 9 dicembre 2015 n. 24822, le quali hanno anche aggiunto che la medesima regola di «scissione» non opera per gli atti di natura negoziale).

Nullità della domanda e prescrizione

Sull'argomento, v. l'ampia trattazione dell'ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977. Con riguardo all'incidenza delle eventuali nullità dell'atto processuale che contiene la

domanda sull'effetto interruttivo della prescrizione, questo A. ha chiarito (*op. cit.*, p. 181) che, a questi effetti, «occorre procedere all'individuazione, nell'ambito dell'atto processuale, di una fattispecie minore produttiva dell'interruzione. E tale fattispecie, non può essere che l'affermazione del diritto contenuta nella domanda giudiziale». In pratica, la domanda, anche se non accolta, ed anche se nulla, e neppure idonea a fondare un processo idoneo a pervenire ad una sentenza sul merito, è tuttavia idonea ad interrompere la prescrizione se ed in quanto contenga l'affermazione del diritto, purché, naturalmente, si tratti di quel medesimo diritto, con le medesime connotazioni soggettive ed oggettive (in questo senso, v., ad es., con riguardo ad una domanda inammissibile perché nuova in appello, Cass. 9 marzo 2006 n. 5104, in *Foro it.*, 2006, I, 1729; con riguardo ad una citazione nulla per difetto di termine a comparire, Cass. 27 agosto 1985 n. 4566, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 282 [con nota adesiva di R. ORIANI]; nella stessa linea, Cass. 8 febbraio 1991 n. 1329, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 992). In questo ordine di idee v. anche A. PROTO PISANI, *Note*, cit., p. 670 e ss.

denze (37). Inoltre, dal momento del passaggio in giudicato della sentenza incomincerà a decorrere un nuovo termine di prescrizione (c.d. interruzione-sospensione) (art. 2945, 2° comma, c.c.: «per effetto dell'interruzione s'inizia un nuovo periodo di prescrizione») (38). Ciò significa anche che, «se l'interruzione è

Secondo questo A. (ID., *La nuova disciplina della nullità dell'atto di citazione*, in *Foro it.*, 1991, V, 194) questo tipo di soluzione è ancora valida anche con riguardo al nuovo testo dell'art. 164 (su cui v. il § 6). Così anche L. MONTESANO, *Diritto sostanziale*, cit., p. 75, e, in giurisprudenza, Cass. 23 ottobre 2007 n. 22238. Il precedente orientamento diverso – ossia nel senso di far dipendere l'effetto interruttivo dalla validità processuale dell'atto – era fondato sull'idea chiovendiana che, ai fini della produzione dell'effetto sostanziale entra l'atto processuale con tutta la sua disciplina (per quest'orientamento v. R. VACCARELLA, *Inattività delle parti e estinzione del processo*, Napoli, 1975, p. 350 e V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 298). Sulla graduale acquisizione della consapevolezza che determinati effetti sostanziali prescindono dalla validità processuale (anche col decisivo apporto di A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., p. 282 e ss.) v. lo studio di sintesi, anche storica, di R. ORIANI, *Citazione nulla e diritti quesiti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 823; più di recente F.P. LUISO, *Effetti sostanziali*, cit., p. 1 e ss.

(37) Anche in caso di difetto di autorizzazione (Cass. 25 marzo 1993 n. 3589, in *Foro it.*, 1994, I, 3203) ed anche se la domanda è proposta a giudice incompetente, purché segua la riassunzione nei termini dell'art. 50 c.p.c. (cfr., ad es., Cass. 23 maggio 2014 n. 11513, in *Guida al dir.*, 2014, n. 38, p. 38). L'eventuale estinzione del processo non impedisce la decadenza nel frattempo sopravvenuta (Cass. 18 gennaio 2007 n. 1090; Cass. 9 marzo 1993 n. 2813), stante l'inapplicabilità delle norme che disciplinano la prescrizione (art. 2964 c.c.).

L'interruzione c.d. sospensiva e c.d. istantanea della prescrizione

(38) Il 3° comma dell'art. 2945 c.c. aggiunge poi che «se il processo si estingue, rimane fermo l'effetto interruttivo e il nuovo periodo di prescrizione comincia dalla data dell'atto interruttivo»; per applicazioni v. Cass. 9 marzo 2006 n. 5104; Cass. 18 aprile 1996 n. 3666; Cass. 22 ottobre 1987 n. 7820, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 2032. Con riguardo all'effetto istantaneo della domanda di intervento nel processo esecutivo, Cass. 27 ottobre 1998 n. 10700.

Chi ha approfondito questo argomento (R. ORIANI, *op. cit.*, p. 45 e ss.), ha dimostrato che l'art. 2945, 2° comma, si riferisce ad ogni caso di sentenza che definisce il giudizio, anche se non di merito, ma di rito [*op. cit.*, p. 62, p. 236 e ss.; in questo senso la giurisprudenza prevalente della Suprema Corte (v., ad es., Cass. 17 dicembre 1999 n. 14243; Cass. 23 maggio 1997 n. 4630); in precedenza Cass. 21 novembre 1981 n. 6227, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1035, con riguardo ad una pronuncia su una pregiudiziale di merito] e che ciò non è contraddetto dal fatto che il 3° comma dell'art. 2945, col riconoscere il solo effetto interruttivo c.d. istantaneo del singolo atto, detta una particolare disciplina per l'ipotesi dell'estinzione, avuto riguardo al fatto che quando entrò in vigore il codice civile la dichiarazione dell'estinzione (su cui v. oltre, § 66) non avveniva mai con sentenza, ciò che è invece possibile secondo l'attuale testo «novellato» (nel 1950) degli artt. 307 e 308 c.p.c.; sicché attualmente il disposto del 3° comma dell'art. 2945 permane come ipotesi eccezionale (*op. cit.*, p. 62 e ss.). In argomento v. anche F.P. LUISO, *Effetti sostanziali*, cit., p. 1 e ss.

Per un esempio di applicazione della regola dell'art. 2945, 3° comma, c.c., v. Cass. 21 gennaio 1980 n. 467 (in *Foro it.*, 1980, I, 1362, con nota dell'ORIANI) a conclusione di una vicenda che già aveva occasionato alcuni rilievi del TRISORIO LIUZZI (in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 406) sull'individuazione degli elementi di un atto processuale compiuto nel processo estinto necessari perché l'atto possa interrompere la prescrizione. Più di recente, v. *ex plurimis*, Cass. 17 maggio 2004 n. 9337, in *Giur. it.*, 2005, p. 707.

Infine, l'art. 2944 c.c. configura l'effetto interruttivo istantaneo a seguito del riconoscimento del diritto come atto non ricettizio (sicché il termine decorre dal giorno in cui esso avviene: cfr. Cass. 12 luglio 2007 n. 15598), mentre il 3° comma dell'art. 2943 c.c. estende tale effetto interruttivo

avvenuta mediante uno degli atti indicati nei primi due commi dell'art. 2943 – ossia un atto contenente una domanda giudiziale – la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza» (art. 2945, 2° comma).

Sotto il secondo profilo vanno considerate le norme che dispongono l'obbligo di corrispondere, dal momento della domanda, gli interessi legali sul dovuto ad un tasso «pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali» (art. 1284, 4° comma, c.c.) (39); l'obbligo del possessore di buona fede di restituire i frutti percetti dopo la proposizione della domanda (art. 1148 c.c.); l'obbligo del possessore convenuto in rivendicazione che abbia, dopo la domanda, perduto il possesso per fatto proprio, di recuperarlo per l'attore (art. 948 c.c.); l'opponibilità delle sentenze, che accolgono domande relative a beni immobili, ai terzi che abbiano acquistato diritti su quei beni dopo la proposizione della domanda, purché la domanda stessa (e cioè l'atto di citazione notificato) sia stata trascritta prima della trascrizione dell'acquisto del terzo (artt. 2652, 2653 c.c.) (40).

tivo ad ogni altro atto idoneo a costituire in mora il debitore (espressione, questa, che la Cassazione interpreta in senso molto ampio, comprensivo anche di dichiarazioni del difensore a verbale: cfr. Cass. 21 giugno 2007 n. 14517) e l'art. 2945, 4° comma, all'atto che, in presenza di accordo compromissorio, dichiara l'intenzione di promuovere il procedimento arbitrale.

A quest'ultimo riguardo, ci si è posto il problema se la semplice proposizione della domanda arbitrale, senza alcun ulteriore seguito, sia già produttiva del suddetto effetto interruttivo, che si risolverebbe in una sorta di «interruzione permanente». Chi si è posto questo interrogativo (V. COLASANTI, *Arbitrato non attivato e interruzione permanente della prescrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 823), dopo aver dato atto che la lettera dell'art. 2945, 4° comma, parrebbe indurre alla risposta affermativa, ha condivisibilmente rilevato che la *ratio* della norma e la sua logica assimilazione agli effetti (con i relativi successivi limiti temporali previsti per gli effetti interruttivi della domanda nel giudizio ordinario), convincono che anche gli effetti interruttivi della domanda arbitrale sono condizionati dal complesso delle norme regolatrici dell'arbitrato, le quali presuppongono, per i suddetti effetti, quegli ulteriori atti che rendono possibile la pronuncia arbitrale (*op. cit.*, p. 830).

(39) V. anche R. PARDOLESI-B. SASSANI, *Il decollo del tasso di interesse: processo e castigo*, in *Foro it.*, 2015, V, 62; A. ROMANO-G. FUSCHINO, *ibidem*, 70; V. LENOCI, *Misure per il contrasto del ritardo nei pagamenti*, in «*Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*», a cura di D. DALFINO, Torino, 2015, p. 135; S. CAPORUSSO, *Misure per il contrasto del ritardo nel pagamento*, in *La nuova riforma del processo civile*, a cura di F. SANTANGELI, Roma, 2015, p. 219.

(40) Specificamente su quest'ultimo argomento, v. N. PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968. Va anche aggiunto, d'altro canto, che la trascrizione della domanda non rientra fra gli obblighi inderogabili del difensore, ove vi sia stato l'espresso esonero da parte del cliente (Cass. 3 febbraio 2012 n. 1605, in *Giur. it.*, 2012, p. 500). Sull'effetto prenotativo della trascrizione della domanda, ed in particolare di quella ex art. 2932 c.c., in caso di successivo fallimento, v. Cass. sez. un. 16 settembre 2015 n. 18131; invece, sulla trascrivibilità anche della domanda di accertamento dell'autenticità della sottoscrizione apposta ad un preliminare di compravendita redatto con scrittura privata non autenticata, v. Cass. 19 dicembre 2016 n. 26102.

Più in generale sugli effetti sostanziali della domanda v. l'analisi compiuta da C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., p. 87 e ss. e, in precedenza, la ripartizione di tali effetti compiuta dal CERINO CANOVA (*Dell'introduzione della causa*, cit., p. 282 e ss.) in quattro gruppi: 1) effetti prodotti dalla domanda giudiziale in modo assoluto (come, ad es., la costituzione in mora del debitore convenuto: v. anche Cass. 27 marzo 2014 n. 7215); 2) effetti prodotti dalla domanda ma in rela-

6. La nullità della citazione.

Quando ci occupammo, in sede di esame delle disposizioni generali, della nullità degli atti processuali, e più precisamente dei vizi che fondano la pronuncia della nullità (vol. I, § 72), mettemmo in evidenza come, prima ancora della formulazione della regola generale secondo la quale la nullità va pronunciata quando l'atto manca dei requisiti indispensabili per il raggiungimento del suo scopo obbiettivo (art. 156, 2° comma), il medesimo articolo (art. 156, 1° comma) si riferisca ai vizi per i quali la nullità è comminata espressamente dalla legge, ossia ai vizi per i quali è la legge stessa che compie una volta per tutte (anziché lasciarla al giudice caso per caso) la valutazione circa l'indispensabilità del requisito mancante. Con riguardo all'atto di citazione, siffatta valutazione preventiva è compiuta dall'art. 164 c.p.c.

Prima di esaminare questo fondamentale articolo, è opportuno ricordare che gli scopi obbiettivi dell'atto di citazione, quali emergono dalla sua disciplina, sono diversi in relazione alle diverse parti o settori nei quali si articola l'atto di citazione (41) (v. retro, § 3) e cioè essenzialmente *la vocatio in jus* e *l'editio actionis*; scopo della *vocatio in jus* è quello di instaurare il contraddittorio col convenuto onde metterlo in condizione di potersi difendere; scopo dell'*editio actionis* è quello di precisare al convenuto ciò che si chiede contro di lui per consentirgli di difendersi sul merito ed inoltre quello di offrire al giudice gli elementi per il giudizio; ulteriore scopo dell'atto di citazione nel suo complesso è poi costituito dalla sua funzione preparatoria della prima udienza di trattazione, agli effetti della trattazione o programmazione del giudizio.

La disciplina della nullità dell'atto di citazione quale emerge dall'art. 164 (42)

zione alla pendenza del processo (come ad es. l'impedimento alla divisione dell'eredità sancito dall'art. 715 c.p.c.); 3) effetti prodotti dalla fattispecie complessa domanda-sentenza favorevole (il cui più tipico esempio è la disciplina della trascrizione delle domande giudiziali); 4) effetti che si manifestano nell'integrare la norma sostanziale che deve essere applicata (come ad es. la decorrenza del diritto ai frutti percepiti). Sull'argomento v. G.W. ROMAGNO, *Il termine di efficacia della trascrizione della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2010, p. 493; G. BARALIS, *Alla ricerca del significato dell'art. 2643 n. 14 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 471; circa la pretesa tassatività-letteralità del disposto dei primi tredici numeri dell'art. 2643 c.c., M.C. VANZ, *Illegittima trascrizione della domanda giudiziale e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 206.

(41) Vi è chi parla addirittura di «sottoatti» dell'atto di citazione formalmente unitario (così A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina della nullità*, cit., 198, ID., *La nuova disciplina del processo*, cit., p. 52).

(42) Per un esame dettagliato di questa disciplina, v. G. OLIVIERI, *Gli atti di parte nella fase introduttiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 126 e ss., dove un esame dei limiti di operatività di questa disciplina nei singoli processi che iniziano con ricorso. V. poi, G. BALENA, *Le conseguenze dell'errore sul modello formale dell'atto introduttivo (traendo spunto da un obiter dictum delle Sezioni Unite)*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 647; G. DELLA PIETRA, *La patologia*, cit., p. 33 e ss.; M. LUPANO, *Sull'introduzione del processo secondo un modello formale errato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 121.

tiene opportunamente conto delle diversità di questi scopi e della diversità delle conseguenze dell'eventuale mancanza dei requisiti che si riconducono all'uno piuttosto che all'altro dei due aspetti della citazione, prendendo in considerazione gli uni (quelli che concernono la *vocatio in jus*) nel 1° comma, disciplinandone poi le conseguenze anche nei commi 2° e 3°, e gli altri (quelli che concernono l'*editio actionis*) nel 4° comma, disciplinandone le conseguenze nei commi 5° e 6°.

Va premesso, sotto un profilo generale che, quando il codice si riferisce all'incertezza su determinati elementi, *si riferisce all'incertezza del destinatario dell'atto, ossia del convenuto*, sicché nei casi di divergenza tra originale e copia notificata al convenuto, ci si deve riferire a quest'ultima (43).

«La citazione è nulla – recita, dunque, il 1° comma dell'art. 164 – *se è omissso o risulta assolutamente incerto alcuno dei requisiti stabiliti nei numeri 1) e 2) dell'articolo 163, se manca l'indicazione della data dell'udienza di comparizione, se è stato assegnato un termine a comparire inferiore a quello stabilito dalla legge* (44), *ovvero se manca l'avvertimento previsto dal numero 7) dell'articolo 163*». «La citazione è altresì nulla – aggiunge il 4° comma con riguardo all'altra categoria di vizi – *se è omissso o risulta assolutamente incerto il requisito stabilito nel n. 3) dell'articolo 163 ovvero se manca l'esposizione dei fatti di cui al n. 4) dello stesso articolo*» (45).

Da un punto di vista generale, è facile vedere sotto questa espressa comminazione della nullità, le ragioni per le quali i requisiti (dell'uno o dell'altro tipo) di cui si ipotizza la mancanza o l'incertezza assoluta (ad es., a causa di indicazioni contraddittorie o insufficienti) sono considerati indispensabili per lo scopo della citazione. Come potrebbe, infatti, il convenuto, essere messo in condizioni di difendersi (ché tale è, in sostanza, il primo scopo obbiettivo della citazione nei confronti del convenuto, come si è ricordato anche poc'anzi: v. vol. I, §§ 22 e 64, nonché qui, retro, § 5) senza sapere con sicurezza davanti a quale giudice è citato o da chi è stato citato o, peggio, se il soggetto citato è proprio lui (46) o senza co-

(43) Poiché è su questa che il soggetto evocato regola il suo comportamento processuale (Cass. 3 luglio 2008 n. 18214).

(44) Sul problema del termine minimo a comparire, insufficiente rispetto all'udienza fissata originariamente, ma divenuta sufficiente rispetto all'udienza differita ex art. 168 bis, 5° comma, c.p.c. v. oltre la nota 90 e al richiamo della nota 125 al § 10.

(45) Non è prevista, invece, la nullità per la mancanza degli elementi di diritto inclusi nel n. 4 dell'art. 163. A parte l'implicito riferimento alla regola *jura novit Curia*, problemi possono sorgere nei casi in cui questa mancanza renda incerto il *petitum* o la *causa petendi* (cfr. A. BONSIGNORI, *La nullità*, cit., p. 745).

(46) In realtà, la giurisprudenza, nell'interpretare la portata del richiamo dell'art. 163 n. 2, suole richiamarsi al criterio che l'omissione o l'incertezza deve riguardare *proprio la parte*; il quale criterio assume concreta evidenza nel caso di omissione o incertezza nell'indicazione dei rappresentanti o dei titolari dell'organo. A questo riguardo, ricordando anche quanto si disse nel § 3, al richiamo della nota 12 e nella nota stessa, si suole ritenere che l'erronea o inesatta indicazione dei rappresentanti (e a maggior ragione dei titolari dell'organo) non dia luogo a nullità della citazione

noscere il contenuto della domanda proposta nei suoi confronti (47)? D'altra parte, con riguardo al termine a comparire, si è visto poc'anzi (retro, § 4) che il decorso di quel certo numero di giorni tra la notificazione della citazione e la prima udienza è considerato dalla legge come necessario per la predisposizione della difesa del convenuto (48). E, ancora, come potrebbe considerarsi citato un convenuto al quale non è detto in quale udienza deve comparire (49)?

Senonché – e come già osservammo a proposito della regola generale di cui all'art. 156, 3° comma, che fa salvi i casi in cui l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato (v. vol. I, § 72, in fine) – la realtà concreta può smentire le previsioni astratte del legislatore circa l'indispensabilità del requisito mancante; e poiché si tratta di requisiti posti a garanzia del diritto del convenuto a difendersi (ciò che presuppone, da parte del convenuto, anzitutto, e come vedremo al § 8, il suo costituirsi), ne consegue che la costituzione del convenuto è il miglior indice che la citazione ha ugualmente conseguito il suo scopo, o alcuni dei suoi scopi. Questa è

se non determini incertezza nell'individuazione della parte rappresentata (cfr. V. ANDRIOLI, *Commento*, II, cit., p. 16 e pronunce giurisprudenziali ivi citate). Se il convenuto è *persona già defunta*, la citazione è nulla (Cass. 6 aprile 1983 n. 2400) o addirittura inesistente (Cass. 3 agosto 1984 n. 4616, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 604); così se è stata convenuta una società estinta perché incorporata (Cass. sez. un. 17 settembre 2010 n. 19698; Cass. 11 febbraio 1992 n. 1528, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1258; v. vol. I, § 59, nota 88).

L'erronea indicazione della sede o della residenza del convenuto non dà luogo a nullità se non determina incertezza sull'individuazione del soggetto convenuto: per questo insegnamento costante v., ad es., Cass. 11 novembre 2002 n. 15793; Cass. 16 marzo 1981 n. 1507 (in *Foro it.*, 1981, I, 2481), che precisa che talora la suddetta erronea indicazione può essere causa di nullità della notificazione.

Quanto, poi, alla mancata indicazione del codice fiscale delle parti nell'atto di citazione, richiesto dall'art. 163 n. 2 (v. retro, la nota 10 del § 3), essa non determina nullità della citazione, ma mera irregolarità (Cass. 23 novembre 2011 n. 24717; Cass. sez. un. 14 settembre 2012 n. 15429 e n. 15430).

(47) Anche con riguardo alle domande c.d. «autodeterminate» la totale mancanza dell'esposizione dei fatti è sanzionata con la nullità. V. sul punto A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina della nullità*, cit., 205 e ss., che tende a ricondurre questa sanzione al terzo degli scopi propri della citazione, ossia la preparazione della prima udienza; in proposito v. anche A. CARRATTA, *Sub art. 112*, cit., p. 66 e ss. e retro, alla nota 14.

(48) Sul punto, v. retro, § 4, ai richiami delle note 23, 24 e 25. Cass. 27 maggio 1991 n. 5981 (in *Foro it.*, 1992, I, 115) ha avuto occasione di rilevare la nullità di una citazione per difetto di termine a comparire, per l'indicazione dell'udienza in periodo feriale.

(49) Naturalmente, dal caso della mancata indicazione del giorno dell'udienza, va tenuto ben distinto il caso dell'indicazione di un giorno nel quale l'udienza non può essere tenuta, ad es. perché si tratta di giorno festivo. Si vedrà, infatti, (oltre, § 10; ma v. già i cenni alla nota 23 al § 4) che l'art. 168 bis, 4° comma, offre lo strumento per determinare, anche in questi casi, il giorno nel quale l'udienza potrà essere tenuta.

Sulle modalità di indicazione del giorno dell'udienza, v. la giurisprudenza citata alla nota 19 al § 3, cui *adde* l'insegnamento secondo cui per evitare la nullità, l'indicazione della data deve essere contenuta nella copia notificata non bastando la sua presenza nell'originale (cfr. Cass. 11 febbraio 2008 n. 3205; Cass. 6 ottobre 2006 n. 21555), la quale presenza è, d'altra parte, pure necessaria in relazione agli adempimenti dell'ufficio connessi alla indicazione della data.

la ragione per la quale i commi 2°, 3°, da un lato, e 5°, dall'altro lato, dell'art. 164, nel disciplinare la rilevabilità dei vizi e le loro conseguenze, *distinguono l'ipotesi della mancata costituzione del convenuto da quella in cui, invece, il convenuto si sia costituito*, stabilendo, per quest'ultima ipotesi, la sanatoria dei vizi.

Questa distinzione si innesta, d'altra parte, sulla distinzione di fondo, alla quale si è fatto cenno poc'anzi e che riserva *un trattamento diverso ai vizi di cui al 1° comma* (concernenti la *vocatio in jus*), per i quali il raggiungimento dello scopo della *vocatio* rende possibile una sanatoria totale, fermi solo gli effetti maturati (50), *rispetto a quelli di cui al 4° comma* (concernenti l'*editio actionis*), per i quali l'intrinseca incertezza dell'oggetto del giudizio, che la costituzione del convenuto non basta ad ovviare, rende invece necessario – per quanto tra poco vedremo – far salva quest'ultima eventualità. In questo quadro, vediamo che il 2° e il 3° comma dell'art. 164 si riferiscono ai vizi di cui al 1° comma, con riguardo l'uno al caso della mancata costituzione del convenuto e l'altro al caso in cui, invece, il convenuto si sia costituito.

Incominciando col riferirci a quest'ultima ipotesi, per ricollegarci a quanto si diceva poc'anzi circa la portata sanante della costituzione, vediamo subito che «*la costituzione del convenuto* (51) – così il 3° comma dell'art. 164 – *sana i vizi della citazione*» (quelli – ricordiamo – del 1° comma, cioè relativi alla *vocatio*) (52), restando irrilevanti eventuali dichiarazioni in senso contrario.

Per questa drastica conseguenza – che la norma esplicita ulteriormente e, in certo senso, limita, proseguendo: «*e restano salvi gli effetti sostanziali e processuali di cui al 2° comma*» (53) –, il codice prevede un'eccezione solo per l'ipotesi che «*il convenuto deduca l'inosservanza del termine a comparire o la mancanza*

(50) Nel senso che la sanatoria opera *ex nunc*. V. la nota 63.

(51) La costituzione alla quale si riferisce la norma è quella tempestiva o, al più tardi, alla prima udienza. Per i problemi che possono verificarsi in caso di costituzione tardiva e per la coordinazione con l'art. 294 c.p.c. (su cui v. il § 62), v. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo*, cit., p. 82; G. BALENA, *La rimessione al giudice di primo grado*, Napoli, 1984, p. 124; B. LASAGNO, in AA.VV., *Le riforme del processo civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 1992, p. 100 e s.; G. DELLA PIETRA, *La patologia*, cit., p. 156 e ss.

(52) Tra i quali l'incertezza del soggetto convenuto. Ne consegue che la sanatoria opera anche quando si costituisca un soggetto che, sebbene diverso da quello indicato in citazione, è in realtà quello legittimato passivo: su questa linea Cass. 23 maggio 2008 n. 14066 (in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1090, con nota adesiva di F. MARELLI) con riguardo alla costituzione della società incorporante in luogo della (citata) società incorporata e perciò estinta.

(53) Ossia gli effetti sostanziali e processuali della citazione, che, come stiamo per vedere, il 2° comma riconduce – nell'ipotesi della rinnovazione conseguente alla mancata costituzione – al momento della «prima notificazione»: e quindi senza nessuna salvezza di «diritti quesiti».

Tuttavia, secondo Cass. 16 ottobre 2009 n. 22024 (in *Foro it.*, 2010, I, 3496, con nota adesiva di G. BALENA e in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1427, con nota di A.A. ROMANO), è da ritenere verificata la sanatoria con efficacia *ex tunc* su diretto impulso dell'attore anche nel caso in cui questi abbia spontaneamente notificato un atto di citazione integrativo, rimediando con esso alle deficienze del primo.

dell'avvertimento previsto dal n. 7) dell'art. 163»: questa inosservanza o questa mancanza, infatti, possono pregiudicare la possibilità, per il convenuto, di predisporre tempestivamente le proprie difese. Perciò, se il convenuto ritiene, in concreto, di aver subito questo pregiudizio, può costituirsi e dedurre, appunto, l'inosservanza del termine a comparire o la mancanza dell'avvertimento (54) (restando sottinteso che, se non può dedurre l'una o l'altra, non si è ritenuto pregiudicato e non c'è ragione che impedisca l'immediata sanatoria) e «*il giudice fissa una nuova udienza nel rispetto dei termini*», così restando, anche in questo caso, definitivamente eliminata ogni conseguenza del vizio (55).

Venendo ora all'ipotesi della mancata costituzione del convenuto disciplinata dal 2° comma, va subito osservato che neppure in quest'ipotesi il rilievo della nullità della citazione – che deve ovviamente essere effettuato d'ufficio – ha sempre effetti distruttivi o paralizzanti. Al contrario, il codice, attraverso un'opportuna utilizzazione dello strumento della rinnovazione (v. vol. I, § 75), inserita nella nuova stesura dell'art. 164, offre ampie possibilità di recupero.

«*Se il convenuto non si costituisce* – dispone il nuovo 2° comma dell'art. 164 – *il giudice, rilevata la nullità della citazione ai sensi del primo comma, ne dispone d'ufficio la rinnovazione entro un termine perentorio*». Dopo di che, se la rinnovazione è effettuata, «*questa sana i vizi e gli effetti processuali e sostanziali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione*». «*Se – invece – la rinnovazione non viene eseguita, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo e il processo si estingue a norma dell'art. 307 comma terzo*» (56).

In sostanza: la rinnovazione della citazione – che va disposta non solo alla prima udienza, ma in qualunque momento il giudice rilevi la nullità anche in se-

(54) Laddove, invece, il convenuto rilevasse la nullità della citazione e formulasse anche difese nel merito, la sua costituzione varrebbe come sanatoria della nullità (Cass. 27 aprile 2017 n. 10400).

(55) Ma se il giudice, nonostante l'eccezione del convenuto, omette di fissare la nuova udienza, la sanatoria non si verifica e la nullità permane (Cass. 2 luglio 2004 n. 12129; Cass. 13 maggio 2004 n. 9150).

Negli stessi termini si produce la sanatoria del vizio di omesso riferimento nell'avvertimento di cui al n. 7 dell'art. 163 (v. retro la nota 21 del § 3) (così anche Cass. 16 ottobre 2014 n. 21910). Tuttavia, è stato rilevato che la mancanza dell'«avvertimento» nella citazione è irrilevante e, anche se non sanata, non determina nullità della sentenza qualora in sede di impugnazione la parte non deduca uno specifico pregiudizio per effetto dell'omissione (Cass. 30 dicembre 2011 n. 30652, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1085, con nota di R. DONZELLI).

(56) Con la conseguenza che gli effetti processuali e anche sostanziali della domanda non si produrranno, salva solo, per questi ultimi effetti, l'eventualità del possibile operare di una fattispecie minore, come si vide al § 5, nota 37 (v. in questo senso, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina della nullità*, cit., 194). Alla mancata rinnovazione sembra equiparabile la rinnovazione tardiva (cfr. F.P. LUISO, in AA.VV., *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, p. 45; B. LASAGNO, in AA.VV., *Le riforme*, cit., p. 96; G. DELLA PIETRA, *La patologia*, cit., p. 130).

Per il caso che l'ordine di rinnovazione non fissi il termine perentorio, ma solo quello dell'udienza, v. la nota 199 al § 6.

de di decisione e anche in appello (57) – sana, anche in questa ipotesi, ciascuno dei vizi di cui al 1° comma (58) e perfino, probabilmente, nel caso limite della totale mancanza di indicazione dell'udienza (59), senza strascichi di diritti quesiti; mentre l'effetto distruttivo totale si verifica soltanto nel caso in cui l'attore, che ne è ovviamente onerato, non provveda neppure alla rinnovazione, così implicitamente prestando acquiescenza agli effetti distruttivi già potenzialmente insiti nel vizio della citazione e che, a questo punto, sfociano nell'ordine di cancellazione della causa dal ruolo e nell'estinzione del processo a norma dell'art. 307, 3° comma (art. 164, 2° comma in fine).

Diverso – ancorché implicante ancora una distinzione tra i casi di mancata e i casi di avvenuta costituzione del convenuto – è il regime delle nullità di cui al 4° comma dell'articolo in esame, ossia delle nullità per omissione o assoluta incertezza degli elementi individuatori dell'oggetto della domanda, vale a dire dei requisiti di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 163, 3° comma, che concernono l'*editio actionis* (compresa l'individuazione delle parti in senso sostanziale e compreso il *petitum* immediato, sebbene la legge non richiami qui anche le «conclusioni») e la cui mancanza rende la domanda intrinsecamente e obiettivamente inidonea a porre il convenuto in condizione di conoscere l'oggetto della domanda dalla quale deve difendersi (60).

(57) Cfr. Cass. sez. un. 19 aprile 2010 n. 9217 (in *Foro it.*, 2010, I, 2043, con osservazioni adesive di C.M. BARONE, e in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 664, nel commento di M. RAGNI), la quale pronuncia – dopo aver riconosciuto che la nuova formulazione dell'art. 182, 2° comma, c.p.c. introdotta con la L. 69/2009 (v. oltre, al § 17) «non può non valere come criterio interpretativo del testo precedente» – aggiunge anche che la sanatoria, in questo caso, pur non determinando l'inammissibilità della domanda, non esclude l'invalidità del giudizio che si è svolto in violazione del contraddittorio; in precedenza, Cass. 13 maggio 2002 n. 6820; F.P. LUISO, in AA.VV., *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 90.

(58) La rinnovazione non richiede una nuova procura (Cass. 28 aprile 2010 n. 10231; Cass. 21 marzo 2000 n. 3297). Per parte sua, il convenuto evita le decadenze di cui all'art. 167 solo se si costituisce (cfr. A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, p. 83).

(59) In quest'ordine di idee, a quanto pare, anche L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di dir. proc. civ.*, I, 2, Padova, 2001, p. 1025.

(60) Ma sempre che l'identificazione dell'oggetto della domanda non sia ricavabile dall'insieme delle indicazioni contenute nell'atto di citazione e nei documenti allegati (Cass. sez. un. 22 maggio 2012 n. 8077, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1640, con nota di F. FERRARI). Per alcuni esempi di indeterminatezza dell'oggetto della domanda, v. Cass. 12 ottobre 2012 n. 17408, per un'ipotesi di domanda risarcitoria dei danni sofferti per effetto del trattamento di dati personali sensibili; Trib. Roma 29 maggio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 2305. Si è osservato (G. MONTELEONE, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 33) che la legge trascura l'ipotesi della mancata esposizione degli elementi di diritto, ciò che penalizzerebbe il convenuto, gravato comunque dell'onere di eccezione con le relative decadenze. Ci sembra, però, che nei rari casi in cui gli elementi di diritto non emergessero dalla stessa esposizione dei fatti, la mancanza finirebbe col risolversi in un difetto di *causa petendi*.

Nel senso che l'onere di determinazione dell'oggetto della domanda può considerarsi validamente assolto anche quando l'attore non abbia indicato la somma pretesa dal convenuto, a condi-

In questi casi – così dispone il 5° comma dell'art. 164 – il giudice (anche d'ufficio), se il convenuto non si è costituito, rilevata la nullità, «*fissa all'attore un termine perentorio per rinnovare la citazione*», fissando anche (si deve ritenere) il giorno dell'udienza (61); mentre, se il convenuto si è costituito, fissa il termine perentorio non per rinnovare la citazione, ma «*per integrare la domanda*» (62). Senonché, qui – a differenza di quanto abbiamo visto accadere nel caso della rinnovazione disposta a seguito delle nullità di cui al 1° comma – se la rinnovazione o l'integrazione avvengono, «*restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti quesiti anteriormente alla rinnovazione o all'integrazione*» (63). E la ragione è evidente nella già rilevata intrinseca inidoneità dell'atto di citazione ad assolvere alla sua funzione, con la conseguente sua inidoneità a salvare dalle decadenze e ad interrompere la prescrizione. Se, invece, la rinnovazione o l'integrazione non avvengono, il dubbio (determinato dalla mancata previsione di questa eventualità da parte del codice) se ciò dia luogo all'estinzione, analogicamente a quanto disposto nel 2° comma per i vizi di cui al 1° comma (64), o se

zione che abbia, però, indicato i titoli posti a fondamento della pretesa, in modo da consentire al convenuto di formulare le proprie difese (Cass. 28 maggio 2009 n. 12567).

(61) V. la nota 199 al § 65.

(62) Con notificazione della citazione «integrata» al procuratore del convenuto costituito, in applicazione dell'art. 170 c.p.c. (così Trib. Torino, 19 novembre 2008, in *Giur. merito*, 2009, p. 2159).

(63) Salvezza dei diritti quesiti significa, in pratica, che la sanatoria opera *ex nunc* ossia non ha quella piena efficacia retroattiva che di solito possiede la sanatoria (v. vol. I, § 73), con la conseguenza che alle decadenze maturate nel frattempo non è più possibile porre rimedio (Cass. 5 novembre 1998 n. 11149). Potrà trattarsi di decadenze concernenti poteri o situazioni *processuali* [così, ad es., nel caso di una citazione nulla, con la quale sia stato proposto un atto di appello o l'opposizione a un decreto ingiuntivo: se la costituzione del convenuto (appellato o opposto) avviene dopo la scadenza del termine per l'appello o per l'opposizione, il fatto che la sanatoria lasci salvi i diritti quesiti, ossia possa operare solo *ex nunc*, renderà inevitabile la decadenza e il conseguente passaggio in giudicato della sentenza o del decreto ingiuntivo; così, ad es., Cass. 16 aprile 2003 n. 6017]; oppure anche di decadenze concernenti poteri o diritti *sostanziali* (così, ad es., nel caso in cui con una citazione nulla si sia proposta l'impugnazione di una delibera di assemblea condominiale che, per l'art. 1137 c.c., va proposta nel termine di trenta giorni: se la costituzione del convenuto avviene dopo la scadenza di tale termine, non impedisce l'avvenuta maturazione della decadenza: in questo senso cfr. Cass. 5 maggio 1975 n. 1716, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 116; in argomento v. anche Cass. sez. un. 14 aprile 2011 n. 8491, in *Foro it.*, 2011, I, 1380, con nota di D. PIOMBO, per la quale, in tal caso, l'impugnazione va proposta con citazione e non con ricorso).

Si è osservato che l'affermazione, secondo cui la sanatoria opera *ex nunc*, è inesatta nella sua assolutezza in quanto non lascia margine all'eventualità che taluni vizi siano tali da impedire il formarsi di certi effetti (specie sostanziali) con la conseguente esclusione che tutti i diritti possano essere «quesiti», la quale eventualità si verifica con riguardo ai vizi concernenti l'individuazione degli elementi oggetto della domanda (A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione*, cit., p. 342). L'esattezza di quest'ultimo rilievo, con la conseguente opportunità dell'esame degli effetti dei vizi suddetti sui singoli effetti sostanziali della domanda (v. retro, § 5, al richiamo della nota 40 e nella nota stessa) non ci sembra che possa suggerire più di un'avvertenza sulla portata non priva di eccezioni circa l'efficacia *ex nunc* della sanatoria.

(64) Così A. BONSIGNORI, *La nullità*, cit., p. 746; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato*, cit., p. 1028.

debba sfociare nella nullità da dichiararsi con sentenza (65), sembra debba risolversi in modo differente nelle due ipotesi, ossia nel senso dell'estinzione, nel caso della mancata rinnovazione, e della dichiarazione di nullità, nel caso della mancata integrazione (66).

Per quanto riguarda lo svolgimento del processo successivamente alla rinnovazione o all'integrazione, mentre nel caso della rinnovazione è chiaro che le successive preclusioni si riferiscono all'atto rinnovato e alla successiva comparsa di risposta, nel caso dell'integrazione è sufficiente quella nuova concessione di termini che è prevista dall'art. 183, 6° comma. Questa sembra essere la portata del 6° comma dell'art. 164 che, per l'integrazione, richiama il 2° comma dell'art. 183 (ossia la fissazione di una nuova udienza) e dispone, con scarsa chiarezza, l'applicabilità dell'art. 167 (67).

Se il giudice non rileva i vizi (e conseguentemente non dispone la rinnovazione), ed ovviamente nella sola ipotesi che il convenuto non si sia costituito, sembra configurabile la possibilità di rinnovazione (68) e di sanatoria anche in appello, in applicazione del principio della conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame (v. vol. I, § 74 e, qui oltre, § 71, *sub* B, in corrispondenza della nota 44). Più drastiche ancora, ovviamente, dovrebbero essere le conseguenze della c.d. *inesistenza* dell'atto di citazione, anche se oggi di difficile configurabi-

(65) Così A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni*, cit., 63, che si sforza di evitare soluzioni diverse per le due ipotesi di rinnovazione o integrazione; poi G. DELLA PIETRA, *La patologia*, cit., p. 134.

(66) In realtà, da un lato, la previsione dell'art. 307, 3° comma, contempla la sola rinnovazione, mentre, dall'altro lato, nel solo caso della mancata integrazione si è verificata la costituzione del convenuto, che gli dà diritto alla decisione e alla rifusione delle spese (cfr. per quest'ultimo rilievo, G. TARZIA, *Lineamenti*, cit., p. 67). In giurisprudenza, v. Trib. Roma 23 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 1361 e Trib. Torino 19 novembre 2008, già cit. alla nota 62. In proposito v. anche Cass. 12 ottobre 2012 n. 17408, per la quale è onere dell'attore invocare dal giudice la fissazione del termine per sanare la nullità e, ove ciò non faccia e la nullità venga dedotta in appello, il giudice del gravame dovrà definire il processo con pronuncia in rito.

(67) Così anche, più ampiamente, G. TARZIA (*Lineamenti*, cit., p. 67), che esplicita ulteriormente questi rilievi precisando che, in pratica, il giudice dovrà assegnare due termini consecutivi: il primo all'attore per depositare la comparsa integrativa e il secondo al convenuto per depositare un'integrazione della comparsa di risposta, nella quale potrà integrare le proprie difese. Così in sostanza anche A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 81. Non si può escludere, peraltro, che anche dopo la rinnovazione l'atto di citazione continui a presentare le stesse nullità (Trib. Milano 9 febbraio 2017, in *www.processocivileweb.it*).

(68) Per le conseguenze del rilievo dei vizi in appello e/o cassazione, v. oltre, § 77, note 169 e 170 e § 80, nota 102. In argomento v. anche A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina della nullità*, cit., 203, per il quale il giudice d'appello dovrebbe disporre la rinnovazione e poi giudicare sul merito nei soli casi di vizi concernenti la *vocatio in jus*, mentre per quelli concernenti l'*editio actionis*, l'A. propende per la soluzione dell'insanabilità (*op. cit.*, 210). Per la rinnovazione in appello, v. anche G. BALENA, *La riforma*, cit., p. 121 e L. MONTESANO, in L. MONTESANO-G. ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, p. 32, che fa leva sul nuovo più ampio ambito della rinnovabilità; B. LASAGNO (in AA.VV., *Le riforme*, cit., p. 103) che, nei casi di vizi di *editio actionis*, propende per la soluzione dell'insanabilità (*op. cit.*, p. 112). Per una soluzione più articolata v. B. SASSANI, in AA.VV., *La riforma del processo civile*, cit., p. 54.

lità (69). Va, d'altra parte, osservato che, sebbene la sanatoria dei vizi prevista dalla norma in esame si riferisca ai soli vizi *della citazione*, non si dubita della sua applicabilità anche ai vizi della notificazione della citazione (70), mentre di solito non si richiede che la costituzione del convenuto debba essere, a questi effetti, tempestiva (71).

Nel caso di citazione di più convenuti, se il vizio investe soltanto la *vocatio in jus* di alcuni di essi, i problemi che conseguono alla sua mancata sanatoria vanno risolti, nel caso di litisconsorzio necessario, sul fondamento dell'art. 102, 2° comma, c.p.c., e, nel caso di litisconsorzio facoltativo, secondo le regole proprie di quest'istituto (72).

Indipendentemente dall'ordine di rinnovazione, l'attore può sempre proporre una nuova citazione, la cui validità potrà ovviare ai vizi della precedente, previa riunione dei due procedimenti (in applicazione dell'art. 273 c.p.c.: v. oltre, § 61) o provvedere alla notificazione di un atto di citazione integrativo del primo (73).

Va, infine, osservato che la disciplina della nullità della citazione, contenuta nell'art. 164, essendo (come già rilevato) una specificazione delle regole generali di cui all'art. 156, va coordinata con quest'ultime anche agli effetti dell'implicita previsione di vizi diversi da quelli contemplati nell'art. 164 e che purtuttavia costituiscono causa di nullità in quanto investano l'idoneità dell'atto al raggiungimento dello scopo (74).

(69) Si suole affermare che quando il vizio investe addirittura l'esistenza dell'atto (ciò che, peraltro, sembra si verifichi nel solo caso di cui appresso) non è possibile alcuna sanatoria (cfr. V. ANDRIOLI, *Commento*, II, cit., p. 14; per rilievi in parte contrastanti v. tuttavia S. SATTA, *Commentario*, II, 1, cit., p. 31). Peraltro, nel passato si è ritenuto in dottrina e giurisprudenza (v., per tutti, V. ANDRIOLI, *op. loc. cit.*; A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., p. 358; Cass. 7 novembre 1978 n. 5077), che l'*unus casus* di citazione inesistente sia costituito dal difetto di sottoscrizione da parte del difensore, al quale la Cassazione equiparava la sottoscrizione ad opera della parte. Sul punto, v., tuttavia, quanto già osservato retro, al § 5, nota 28, circa la possibilità, oggi prevista dall'art. 182, 2° comma, di sanatoria anche di questo vizio.

Con riguardo alla disciplina dell'art. 164, e soprattutto alla *ratio* che la ispira, si è sostenuto (A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina della nullità*, cit., 212) che, quando sia certo che l'atto di citazione è formalmente riconducibile all'attore, la possibilità della rinnovazione debba imporsi, quanto meno in via analogica.

(70) V. sul punto G. BALENA, *La rimessione*, cit., p. 99 e citazioni ivi.

(71) Ritiene, invece, questa necessità G. BALENA, *op. cit.*, p. 100 e ss., il quale peraltro precisa (*op. cit.*, p. 110) che anche la costituzione tardiva impedisce la pronuncia di *absolutio ab instantia*, eventualmente aprendo la via alla rimessione in termini e alla rinnovazione.

(72) V. sul punto G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, p. 335 e ss.

(73) Così Cass. 16 ottobre 2009 n. 22024, già citata retro, alla nota 53.

(74) Al lume di questi criterî vanno valutati anche, a parere di chi scrive, i c.d. vizi non formali.

7. La costituzione dell'attore.

L'atto di citazione – lo abbiamo notato più volte (v. specialmente § 3) – è rivolto a due destinatari. Dopo aver visto come esso viene portato a conoscenza di uno di essi (il convenuto), dobbiamo ora vedere come esso viene portato a conoscenza dell'altro suo destinatario, ossia il giudice. Il quale giudice, pur essendo, in senso cronologico, il secondo destinatario, è in realtà il destinatario per così dire naturale della domanda, poiché è a lui che con la citazione l'attore chiede la tutela giurisdizionale. Ed è appena il caso di rilevare che, nel quadro di una disciplina, che configura il processo civile come serie di atti (v. vol. I, § 8) che progredisce ad impulso di parte (v. vol. I, § 21), questo aggancio dell'atto di citazione nei confronti anche del giudice costituisce l'atto processuale col quale l'attore, che ha notificato l'atto di citazione, assolve all'onere di dare ulteriore impulso al processo appena instaurato.

«L'attore – recita l'art. 165 c.p.c. – entro dieci giorni dalla notificazione della citazione al convenuto (75), ovvero entro cinque giorni nel caso di abbreviazione dei termini a norma dell'art. 163 bis (si noti la tipica funzione acceleratoria di questo termine: vol. I, § 66) deve (e sappiamo che si tratta non di un dovere, ma di un onere: v. vol. I, § 8) costituirsi in giudizio a mezzo di procuratore o perso-

(75) Nel caso in cui la notificazione sia avvenuta ai termini degli artt. 142 e 143 (v. vol. I, § 70, al richiamo delle note 87 e 90), il termine decorre dal momento in cui sono state compiute tutte le formalità previste dalle suddette norme (cfr. Cass. 16 luglio 1975 n. 2797, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 1865).

Per il problema della decorrenza dei termini di costituzione dell'attore in caso di pluralità di convenuti v. oltre, nel testo, in corrispondenza della nota 85.

Diverso e più complesso è il problema sorto con l'affermarsi del principio secondo cui la notificazione si perfeziona per il notificante già alla data della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario (v. sul punto, vol. I, § 70). A seguito di questa scissione temporale per il solo notificante, il termine di costituzione dell'attore notificante che l'art. 165 fa decorrere dalla notificazione – ci si è chiesto – decorre dalla consegna all'ufficiale giudiziario o dal momento della consegna al destinatario? Quale sia la soluzione più conforme alla logica e allo spirito del suddetto principio è risultato, dopo alcune oscillazioni, dall'elaborazione compiuta da parte della stessa Corte Costituzionale (C. Cost. 23 gennaio 2004 n. 28 e C. Cost. 2 aprile 2004 n. 107, in *Giur. it.*, 2005, p. 91 con nota adesiva di D. TURRONI; ma v. anche C. Cost. 25 maggio 2004 n. 153; C. Cost. 14 gennaio 2010 n. 3).

In sostanza la Corte Costituzionale fa salve le esigenze di tutela sia dell'attore notificante [per il quale vale il momento della consegna all'ufficiale giudiziario, ma condizionatamente al successivo perfezionamento (da documentarsi) dell'*iter* notificatorio] e sia quelle del convenuto (che deve poter conoscere l'originale della citazione e i documenti dell'attore almeno dieci giorni prima dell'udienza, ed a notificazione già perfezionata), sicché in definitiva l'attore può *validamente* costituirsi nei dieci giorni dalla consegna all'ufficiale giudiziario, ma fermo restando che l'effettiva scadenza del termine si verifica solo al momento della consegna al destinatario. Per i casi di impedimenti o ritardi dovuti a comportamenti sui quali il notificante non può influire può operare la rinnovazione di cui all'art. 164, 2° comma, c.p.c. o, al limite, la rimessione in termini. Il termine in discorso decorre, in definitiva, dalla consegna dell'atto al destinatario (così, di recente, anche S. RUSCIANO, *Decorrenza del termine per la costituzione dell'attore*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 907, anche con altri argomenti di diritto positivo).

nalmente nei casi consentiti dalla legge, depositando in cancelleria la nota di iscrizione a ruolo e il proprio fascicolo contenente l'originale della citazione, la procura ed i documenti offerti in comunicazione. Se si costituisce personalmente, deve dichiarare la residenza o eleggere domicilio nel comune ove ha sede il tribunale».

L'ulteriore atto di impulso che l'attore ha l'onere di compiere per far proseguire il processo dopo la notificazione della citazione è, dunque, la sua *costituzione* (76). Nella sua pratica concretezza, la costituzione non è altro che il deposito di un fascicolo [oltre che della nota di iscrizione a ruolo, di cui fa cenno la norma riportata, ed il cui deposito rientra pure nella fattispecie della costituzione (77); di essa parleremo più avanti: v. § 9)]. Più precisamente, il deposito dell'atto di citazione presso l'organo che ha la funzione di recepire gli atti rivolti al giudice, ossia il cancelliere (v. vol. I, § 43) (78), nel suo originale munito della relazione di notificazione, ed inserito in un fascicolo (79), che deve contenere anche i documenti che l'attore offre in comunicazione (80), insieme con la procura, nel ca-

(76) Sulla nozione di costituzione in giudizio, in generale, v. S. COSTA, *Costituzione delle parti in giudizio*, in *Nss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 1012; N. GIUDICEANDREA, *Costituzione in giudizio*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 234; A. SALETTI, *Costituzione in giudizio*, in *Enc. Giur. Trecani*, X, Roma, 1993; B. CIACCIA CAVALLARI, *Costituzione in giudizio*, in *Dig. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 465, con appendice nel vol. XVI, Torino, 1997, p. 647.

(77) Cfr. A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione*, cit., p. 382.

(78) Sul problema, emerso nella giurisprudenza, del possibile deposito per via telematica anche degli atti introduttivi del processo, rinviato alla nota 125 del § 70 del vol. I.

(79) Questo inserimento, nel fascicolo, dell'originale della citazione munito della relazione di notifica risulta spesso di difficile (se non impossibile) attuazione nel breve termine per la costituzione, a causa dei ritardi con i quali gli ufficiali giudiziari restituiscono gli originali degli atti notificati. Nella prassi quest'ostacolo viene per lo più superato con l'accorgimento del provvisorio inserimento nel fascicolo di una semplice copia della citazione (c.d. velina). L'espedito è tollerato perché ritenuto semplice *irregolarità*, come di recente esplicitato dalla Cassazione (Cass. 15 ottobre 2014 n. 21863 e da Cass. 21 maggio 2007 n. 11783).

Sebbene questa pronuncia sia riferita alla costituzione in un giudizio di appello (nel quale il mancato rispetto del termine di costituzione avrebbe conseguenze irreparabili), l'identità di disciplina della costituzione nei due gradi, l'identità della *ratio* e, soprattutto (almeno parere di chi scrive) il corretto riferimento alla figura dell'*irregolarità* (sulla quale v. vol. I, § 75, al richiamo della nota 45 e nella nota stessa) inducono ad accogliere questa pronuncia come un suggello di validità dell'espedito escogitato dalla prassi (come conferma anche Cass. sez. un. 18 maggio 2011 n. 10864, cit. oltre, alla nota 85), validità ovviamente condizionata all'avvenuta regolare notificazione della citazione ancorché successiva alla costituzione ed alla conformità fra la copia depositata e l'originale notificato (Cass. 9 giugno 2014 n. 12949; Cass. 17 novembre 2010 n. 23192). Sul medesimo problema con riferimento al giudizio di appello v. oltre, § 76, in nota 99.

Non mancano, tuttavia, pronunce contrastanti, come, ad es., Trib. Genova 3 giugno 2002 (in *Giur. it.*, 2003, p. 2084) con riferimento ad un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

(80) La cui effettiva presenza nel fascicolo è attestata dal cancelliere che, allo scopo, sottoscrive l'indice del fascicolo, come dispone – ovviamente con riguardo anche alla costituzione del convenuto – l'art. 74 disp. att. Si ritiene, tuttavia, che l'omissione di tale attestazione costituisca, in mancanza di contestazione, mera irregolarità che non preclude l'utilizzazione dei documenti (Cass. 2 marzo 2007 n. 4898).

so che non sia contenuta nello stesso atto di citazione (v. vol. I, § 49). A questo riguardo, va ricordato qui (81) che, per l'art. 125, 2° comma, c.p.c., la procura al difensore dell'attore può essere rilasciata in data posteriore alla notificazione dell'atto, *purché anteriormente alla costituzione* (82) della parte rappresentata. Ma, questo materiale deposito di un fascicolo assume un ben preciso ed importantissimo significato giuridico: quello di un'autopresentazione formale dell'attore (o più in generale, della parte, poiché, come vedremo nel prossimo §, la costituzione riguarda anche il convenuto) al giudice (sia pure per il tramite della cancelleria). Col suo costituirsi, insomma, l'attore (che è diventato già parte per effetto della notificazione dell'atto di citazione: v. vol. I, § 44) diviene ufficialmente ed attivamente presente nel processo, poiché col depositare la citazione, egli, in sostanza, rivolge la sua domanda al giudice così instaurando anche con lui un rapporto diretto (83). Naturalmente, questa autopresentazione deve avvenire per il tramite di colui per mezzo del quale l'attore (o, più in generale, la parte) sta in giudizio, ossia il difensore-procuratore (salvi i casi in cui è consentito stare in giudizio personalmente: v. vol. I, §§ 48 e 49); ed in questo senso anche il procuratore assume, per effetto della costituzione, un'investitura ufficiale di presenza attiva nel processo. Questa presenza ufficiale nel processo della parte per mezzo del difensore permane per tutta la durata del processo (in quel determinato grado) indipendentemente dal fatto che alla presenza legale corrisponda la presenza effettiva o di fatto alle udienze, per la quale ultima presenza si usa il diverso termine di *comparizione*. In altri termini, la parte costituita può comparire o anche non comparire all'udienza (o alle udienze), ossia restare *assente* (anche se legalmente presente); mentre la parte non costituita (che, come vedremo, deve essere dichiarata contumace e salva l'ipotesi della sua costituzione tardiva) rimane rigidamente estranea allo svolgimento del processo (ferma, naturalmente, la sua qualità di parte), anche se compare di fatto all'udienza (v. oltre, § 17) (84).

(81) V. vol. I, §§ 49 e 65, nonché qui retro, § 5, nota 28. Per l'esclusione di questa agevolazione nei procedimenti che iniziano con ricorso, v. vol. I, § 49 nota 42.

(82) Quest'anteriorità si presume fino a prova contraria se, sulla nota di iscrizione a ruolo il cancelliere non ha annotato la mancanza della procura (cfr. Cass. 16 giugno 1993 n. 6709; Cass. 26 marzo 1986 n. 2136, in *Foro it.*, 1986, I, 2812).

(83) Contra, su questo punto, A. CERINO CANOVA (*Dell'introduzione della causa*, cit., p. 371 in nota) secondo cui l'effetto di investire concretamente della causa il giudice spetterebbe all'iscrizione a ruolo. Con questo A. condividiamo la nozione della costituzione come autopresentazione nel processo, ma non (per quanto accennato nel testo) l'affermazione (peraltro espressa con riserve) secondo cui con la costituzione l'attore acquisirebbe la qualità di parte.

Col deposito del fascicolo, l'attore pone i documenti da lui prodotti a disposizione del convenuto; sotto questo profilo, sembra corretta l'affermazione secondo la quale la costituzione è inerente al concetto di contraddittorio (così N. GIUDICEANDREA, *Costituzione*, cit., p. 234).

Al momento della costituzione, il cancelliere deve effettuare un controllo della regolarità degli atti contenuti nel fascicolo (art. 74 disp. att.), con la conseguente presunzione di regolarità in difetto di rilievi diversi (cfr. Cass. 17 maggio 1986 n. 3271).

(84) Per questa contrapposizione tra costituzione e comparizione, v., più ampiamente, N.

Per il caso di citazione di più persone, il 2° comma dell'art. 165, nel disporre che in tal caso «l'originale della citazione deve essere inserito nel fascicolo entro dieci giorni dall'ultima notificazione», è assai chiaro nel procrastinare non la costituzione, ma una delle formalità di cui questa si compone (parlando di «inserimento» presuppone l'avvenuta costituzione) (85).

Il fascicolo dell'attore, insieme con quello del convenuto (su cui nel prossimo §) viene poi conservato in cancelleria in un "superfascicolo" che contiene anche il fascicolo d'ufficio (86).

8. *La costituzione del convenuto e la comparsa di risposta. La prima barriera preclusiva a carico del convenuto.*

Dicevamo poc'anzi che la costituzione non riguarda solo l'attore, ma anche il convenuto. Dobbiamo fermare ora la nostra attenzione proprio sulla posizione di quest'ultimo.

Nel quadro di quanto dicemmo a suo tempo (v. vol. I, cap. 5°, §§ da 23 a 26) con riguardo alla posizione del convenuto nel processo dal punto di vista globale, basterà qui specificare che il soggetto che ha ricevuto l'atto di citazione ed a seguito di ciò è divenuto convenuto, o più precisamente, *parte convenuta* (v. vol. I, § 44), si trova, a questo punto, nella condizione di dover scegliere tra il restare inerte (ma pur sempre parte nel processo, con le conseguenze proprie della presenza inattiva che vedemmo al vol. I, § 23 e che vedremo più dettagliatamente più avanti, al § 62), o l'assumere, invece, una partecipazione attiva al processo.

Orbene: *l'atto che il convenuto ha l'onere di compiere, se vuole assumere questa partecipazione attiva al processo, è precisamente la sua costituzione* (87), ossia un atto del tutto analogo a quello della costituzione dell'attore, con le sole diffe-

GIUDICEANDREA, *Costituzione*, cit., p. 236; v. anche S. COSTA, *Comparizione delle parti nel giudizio*, in *Nss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 711; A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 372, con opportune esemplificazioni.

(85) Così A. CERINO CANOVA (*op. cit.*, p. 375 e Autori ivi citati), che, peraltro, non manca di riconoscere (*op. cit.*, p. 376 in nota) che questo differimento non può scindersi logicamente dal differimento del termine di costituzione (contra V. ANDRIOLI, *Commento*, II, cit., p. 19, che suggerisce un espediente piuttosto macchinoso).

Anche per la giurisprudenza della Cassazione, in caso di pluralità di convenuti, *il termine di costituzione decorre dal perfezionamento della prima notificazione* (così, da ultimo, Cass. 4 gennaio 2017 n. 89; Cass. 9 giugno 2014 n. 12949, in *Giur. it.*, 2015, p. 847, con nota di M. LUPANO; Cass. sez. un. 18 maggio 2011 n. 10864, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1137, con nota di C. ASPRELLA e in *Foro it.*, 2012, I, 1864, con nota di richiami di G.G. POLI e nota critica di C. CONSOLO).

(86) Su cui v. il § 9 al richiamo della nota 115. In caso di smarrimento del proprio fascicolo, ciascuna parte è onerata a chiedere termine per la sua ricostituzione (Cass. 19 novembre 2004 n. 21937).

(87) Sulla costituzione del convenuto, v. N. GIUDICEANDREA, *Costituzione in giudizio*, cit., p. 238; A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione*, cit., p. 382 e ss.

renze che conseguono al fatto, già posto in risalto a suo tempo (v. vol. I, § 23), che il convenuto entra in un processo il cui oggetto è già stato determinato dall'attore. Perciò, da un lato, egli non deve assumere alcuna iniziativa in funzione di un contraddittorio che è già instaurato, mentre, dall'altro lato, la domanda che egli propone al giudice è formulata con riferimento alla domanda dell'attore contenuta nell'atto di citazione. Questo significa che, anzitutto, l'atto che il convenuto contrappone alla citazione deve avere la sostanza di una risposta e che, d'altra parte, il discorso difensivo – se così si può dire – del convenuto, va riferito alla citazione proveniente dall'attore.

Venendo incontro a queste esigenze logiche, la legge prevede appunto che, per costituirsi, il convenuto deve incominciare col redigere un atto difensivo scritto, contrapposto alla citazione e denominato *comparsa di risposta*, e quindi depositare in cancelleria quest'atto, in un proprio fascicolo, contenente anche la citazione, o più precisamente la copia della citazione che gli è stata consegnata al momento della notificazione (88). Naturalmente, anche per la costituzione del convenuto è previsto un termine con funzione acceleratoria; ma è altrettanto naturale che tale termine, anziché coincidere con quello previsto per la costituzione dell'attore, sia spostato assai più avanti nel tempo. È chiaro, infatti, che, per poter redigere la comparsa di risposta, il convenuto – ossia il suo difensore, che nel frattempo il convenuto dovrà aver designato (v. vol. I, § 49) – deve non solo conoscere il testo della citazione, ma anche poter eventualmente esaminare i documenti offerti in comunicazione (o, come si suol dire, prodotti) dall'attore (il che è possibile solo dopo la costituzione di quest'ultimo) e quindi poter contare su un adeguato periodo di tempo per predisporre la propria linea difensiva e concretarla nella comparsa di risposta (89). Perciò il codice ha preferito riferire il termine di costituzione del convenuto ad un momento precedente la data dell'udienza (90), per dare la possibilità all'attore di esaminare a sua volta il fascicolo del convenuto.

(88) Produzione, quest'ultima, necessaria solo quando l'attore abbia omissso di produrre l'originale (Cass. 27 giugno 2006 n. 14763).

(89) Questo esige che il convenuto possa esaminare il fascicolo dell'attore anche prima della sua costituzione. L'art. 7 del D.L. 14 febbraio 1994 n. 105, perciò, ha opportunamente modificato la suddetta norma nel senso che la facoltà di esaminare ed estrarre copia degli atti e dei documenti contenuti nel fascicolo dell'attore spetta al convenuto ed al suo difensore «*munito di procura*», sebbene non ancora costituito.

(90) Alla data indicata nella citazione o in quella diversa indicata a seguito dell'eventuale differimento ex art. 168 bis, 5° comma; v. anche la nota 125 (v. oltre, § 10 in fine).

Si tratta di un termine da computarsi «a ritroso», al quale (come si vide al vol. I, § 66, nota 51) non si applica la norma che dispone che, in caso di scadenza in giorno festivo, essa è prorogata al giorno seguente; in tal caso, la scadenza del termine rimane anticipata al giorno precedente non festivo (Cass. 26 ottobre 1976 n. 3877, in *Foro it.*, 1977, I, 1986). Nel caso che tale termine «a ritroso» cada nel periodo di sospensione feriale dei termini occorre scomputare detto periodo (Cass. 17 maggio 2010 n. 12044).

«*Il convenuto – così dispone l'art. 166 c.p.c. – deve (ancora, naturalmente, nel senso dell'onere) costituirsi in giudizio a mezzo del procuratore o personalmente nei casi consentiti dalla legge, almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione, o almeno dieci giorni prima nel caso di abbreviazione dei termini a norma del 2° comma dell'art. 163 bis, ovvero almeno venti giorni prima dell'udienza fissata a norma dell'art. 168 bis, quinto comma, depositando in cancelleria il proprio fascicolo contenente la comparsa di risposta di cui all'art. 167, con la copia della citazione notificata, la procura e i documenti che offre in comunicazione*» (91).

Rimane ora da vedere più da vicino quali siano i requisiti propri della comparsa di risposta. Ma, si tratta di compito reso ormai facile dai rilievi che precedono circa la coordinazione della posizione del convenuto rispetto a quella dell'attore, e dai quali risulta, in sostanza, che la comparsa di risposta, come atto difensivo scritto, che si contrappone alla citazione e che, come quest'ultima, è doppiamente recettizio (rispetto al giudice e rispetto all'attore), deve contenere tutti gli elementi propri della citazione, eccezion fatta per la *vocatio in jus* (che è già avvenuta) (92), a cominciare dalla sua qualificazione con le generalità del convenuto ed il suo codice fiscale (art. 167, 1° comma, c.p.c.). Così come, d'altra parte, risulta che, con riguardo all'oggetto del processo, occorre solo un riferimento all'oggetto del processo già determinato dall'attore nell'atto di citazione (con la conseguente formulazione di *conclusioni* riferite a quelle dell'attore; ad es.: rigetto della domanda di quest'ultimo; v. vol. I, § 24). Salva, però, la possibilità, che ha il convenuto e che si è vista a suo tempo (vol. I, § 25), di allargare l'oggetto del processo (con la proposizione di *eccezioni*) (93) o addirittura di oltrepassare i limiti della domanda col proporre *domande riconvenzionali* (vol. I, § 26).

Tutto ciò risulta dal dettato dell'art. 167 c.p.c., il cui 1° comma dispone così: «*Nella comparsa di risposta, il convenuto deve (sempre nel senso dell'onere) proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamen-*

(91) Il deposito della comparsa di risposta è ovviamente essenziale per la validità della costituzione del convenuto, in quanto requisito indispensabile per il raggiungimento dello scopo. Il deposito della copia notificata dell'atto di citazione è, invece, rilevante solo nell'ipotesi che l'attore non si sia costituito o comunque non abbia depositato l'originale (cfr. A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., p. 387; *ivi* citazioni di giurisprudenza e dottrina).

Sul problema, emerso nella giurisprudenza, del possibile deposito per via telematica anche della comparsa di risposta, rinviamo alla nota 125 del § 70 del vol. I.

(92) In relazione a questa sua natura, la comparsa di risposta deve essere, ovviamente, sottoscritta a pena di nullità ai sensi dell'art. 125, 1° comma (e quindi dalla parte, se sta in giudizio personalmente, o, negli altri casi, dal difensore, che indica il proprio codice fiscale). Il vizio è però sanato dal raggiungimento dello scopo se non sorgono contestazioni sulle ritualità della costituzione (Cass. 12 novembre 1998 n. 11410).

(93) Ciò che può avvenire solo in via giudiziale, non essendo consentito l'esercizio stragiudiziale (Cass. 4 giugno 2015 n. 11545).

to della domanda (94), indicare le proprie generalità e il codice fiscale (95), i mezzi di prova di cui intende valersi (al quale riguardo vale, naturalmente, quanto dicemmo al § 3 con riferimento all'art. 163 n. 5), e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni» (96).

Da questa disposizione emerge, anzitutto, la previsione a carico del convenuto (97) dell'onere di prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda (98). Si tratta di una delle non poche disposizioni già presenti nella disciplina del processo del lavoro (come configurata dalla L. 11 agosto 1973 n. 533) e che la riforma del 1990 ha esteso anche al rito ordinario, ma si tratta anche di una disposizione che non include il suddetto onere tra quelli previsti a pena di decadenza nell'art. 167 (99).

(94) Sui limiti di quest'onere e sulle conseguenze che derivano dal suo mancato assolvimento, anche alla luce della modifica introdotta nell'art. 115, 1° comma, c.p.c. ad opera della L. 69/2009, v. oltre la nota 99.

(95) Per l'identica previsione con riferimento all'atto di citazione v. retro il § 3.

(96) Sulla comparsa di risposta, v. R. POGGESCHI, *Comparsa*, in *Nss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 718; A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, cit., p. 388 e ss.

Il codice indica la comparsa di risposta o, in generale, il primo atto difensivo, come momento oltre il quale si verifica la preclusione (v. vol. I, § 66, in fine) per la proposizione di certe eccezioni o il compimento di determinati atti (v., ad es., l'art. 38, 1° comma, c.p.c. per l'eccezione di incompetenza). Alle suddette preclusioni si aggiungono quelle specificamente configurate dall'art. 167, di cui subito nel testo. In argomento v. anche V. BATTAGLIA, *Le preclusioni nel processo ordinario di cognizione in tribunale*, Torino, 2012, p. 222 e ss.

(97) In realtà, lo stesso onere grava anche sull'attore rispetto ai fatti modificativi, impeditivi o estintivi o ai fatti costitutivi della domanda riconvenzionale: Cass. 28 febbraio 2014 n. 4854.

(98) Purché si tratti di fatti specifici (Cass. 13 ottobre 2016 n. 20637; Cass. 16 marzo 2012 n. 4249; ma in senso contrario sul punto Cass. 18 maggio 2011 n. 10860, in *Giur. it.*, 2012, p. 129, con nota critica di G. FRUS) e conosciuti anche dalla parte onerata (Cass. 6 marzo 2014 n. 5242). Più in generale, nel senso che dall'art. 88 c.p.c. deriverebbe un vero e proprio dovere di chiarezza della parte, ovvero un dovere di non assumere posizioni dubbie o che possono ingenerare perplessità, Cass. 2 marzo 2012 n. 3338, che ha interpretato le difese della parte dubbie a favore della controparte.

(99) Con riguardo a questo dato, già presente nella norma corrispondente nel processo del lavoro, si era obiettato (G. FRUS, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 63) che la decadenza rispetto a quest'onere dovrebbe ritenersi implicita nel principio di concentrazione che caratterizza il processo del lavoro (v. sul punto, vol. III, § 29, nota 100). Critico sulla normativa in esame G. BALENA, *La riforma*, cit., p. 147.

Dopo la modifica dell'art. 167, 1° comma, si è compiuto uno sforzo ricostruttivo orientato a ravvisare proprio nell'introduzione dell'onere di prendere posizione un «mutamento di rotta» legislativo, nel senso dell'emersione, nel sistema, del principio di non contestazione, non più agganziato – come riteneva l'opinione prevalente nel passato – alla disponibilità del diritto sostanziale e valutabile solo sotto la specie del comportamento processuale di cui all'art. 116, 2° comma, c.p.c., ma come autentico potere processuale di determinare il campo di intervento del giudice (A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, spec. pp. 267 e ss., 276); non atto negoziale, né prova legale, sicché non vincola il giudice nel ritenere veri i fatti non contestati, ma esercizio di autoresponsabilità nel determinare il *quid disputatum* e il *thema pro-*

D'altro canto, se da un lato, debbono ritenersi ammissibili anche in seguito le contestazioni dei fatti affermati dall'attore (ma, comunque, non oltre la chiusura dell'udienza dell'art. 183 o la decorrenza dei termini per l'eventuale «appendice scritta», di cui al 6° comma di detta disposizione, salva la possibilità di rimessione in termini: v. oltre il § 19) (100), dall'altro lato, solo la *man-*

bandum (*op. cit.*, pp. 267, 274). Ne deriverebbe la possibilità, per il giudice, di ritenere veri i fatti non contestati (*op. cit.*, p. 307) e la preclusione alla contestazione tardiva (su cui v. i cenni subito nel testo seguente).

In giurisprudenza, a favore della configurazione di un vero e proprio onere di contestazione anche nell'ambito del rito ordinario v. Cass. sez. un. 23 gennaio 2002 n. 761 (in *Foro it.*, 2002, I, 2019); nello stesso senso, Cass. 21 maggio 2008 n. 13078; Cass. 20 novembre 2008 n. 27881; Cass. 5 marzo 2009 n. 5356 (in *Guida al dir.*, 2009, n. 14, p. 60); Cass. 22 giugno 2009 n. 14542 (in *Guida al dir.*, 2009, n. 37, p. 34); v. anche App. Milano 12 ottobre 2009 (in *Giur. it.*, 2010, p. 609).

Nelle precedenti edizioni, mentre in linea di principio, si era espressa concordanza con chi, facendo leva sull'autoresponsabilità delle parti, ritiene che «chi non sfrutta l'opportunità di contestare le allegazioni avversarie ... ha intenzione di non dissentire sulla loro fondatezza» (A. CARRATTA, *Il principio*, cit., p. 275), si era anche ritenuto che il testo ancora ambiguo dell'art. 167, 1° comma, imponesse prudenti valutazioni, caso per caso, dell'intero contesto della difesa. La nuova formulazione del 1° comma dell'art. 115 c.p.c., ad opera della L. 69/2009, con la previsione del dovere per il giudice di porre a fondamento della decisione anche «i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita» (su cui v. il § 20 del vol. I e oltre il § 36) offre nuovi e più sicuri argomenti a favore della configurazione a carico delle parti dell'onere di *prendere posizione* in maniera specifica e puntuale sui fatti *ex adverso* allegati e sulle conseguenze derivanti dal mancato assolvimento di tale onere [nello stesso senso – oltre alla giurisprudenza richiamata oltre alla nota 101 – anche Cass. 18 maggio 2011 n. 10860, che arriva a questa conclusione sulla base di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 167 c.p.c.; G. BUFFONE, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 2506; C.M. CEA, in *Foro it.*, 2009, V, 268; V. BATTAGLIA, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1512, la quale, tuttavia, ritiene, nonostante il silenzio sul punto dell'art. 115, 1° comma, c.p.c., che quest'onere riguardi solo i fatti principali; di questa stessa A. v. anche *Le preclusioni*, cit., p. 283 (invece, per l'estensione della non contestazione anche ai fatti secondari v. A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 250 e p. 270; A. PROTO PISANI, *Allegazione di fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, 607; L.P. COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1070); A. CARRATTA, «Principio della non contestazione» e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 572; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 401; I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, p. 237; M. TARUFFO, *Sub art. 115*, in *Comm. del c.p.c.*, a cura di S. CHIARLONI, cit., p. 493; ID., *Fatti e prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. TARUFFO, Milano, 2012, p. 35; C.M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro it.*, 2011, V, 100; poi, ID., *Le incertezze della Cassazione in tema di non contestazione ed il bisogno di nomofilachia*, in *Foro it.*, 2012, I, 1575; F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012, p. 193]. In argomento v. oltre la nota seguente e il § 36.

(100) Così anche Cass. sez. un. 23 gennaio 2002 n. 761 (citata alla nota precedente, dove anche altre indicazioni, e su cui v. anche oltre il § 36); più di recente Cass. 18 maggio 2011 n. 10860; App. Napoli 30 gennaio 2013, in *Foro it.*, 2013, I, 2630, con nota di S. CALVIGIONI. Allo stato, infatti, (nell'ottica di favorire l'economia processuale), sembra sia da escludere la possibilità di una contestazione tardiva (salva la rimessione in termini).

Nello stesso senso A. CARRATTA (*Il principio*, cit., spec. p. 311 e ss.), secondo il quale proprio le preclusioni alle offerte probatorie a sostegno della contestazione tardiva (preclusioni emergenti dall'art. 183) rivelerebbero l'impossibilità della contestazione tardiva (*op. cit.*, p. 316; poi, ID., *La «nuo-*

cata contestazione specifica (101) – che è già qualcosa di più della mancata presa di posizione (102) – ha rilievo sia per gli effetti di cui al 1° comma dell'art. 115 c.p.c. (con la previsione del dovere per il giudice di porre a fondamento della decisione senza bisogno di prova anche «i fatti non *specificatamente* contestati dalla parte costituita») (103), sia per la possibile pronuncia

*va» fase preparatoria del processo di cognizione: corsi e ricorsi di una storia «infinita», in Giur. it., 2005, p. 2237; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., p. 135; F. MARELLI, *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, Padova, 1996, p. 80). Nello stesso senso, dopo la modifica del 1° comma dell'art. 115, App. Milano 29 giugno 2011, cit.; Trib. Varese 14 ottobre 2011, in *Giur. merito*, 2012, p. 94, per il quale la non contestazione è da considerare tendenzialmente irreversibile; C.M. CEA, *op. cit.*, 273; V. BATTAGLIA, *op. cit.*, p. 1512, la quale arriva a prospettare – ma infondatamente, ci pare, non essendoci alcuna disposizione che lo preveda – addirittura la nullità della comparsa di risposta priva della *presa di posizione* del convenuto; I. PAGNI, *op. cit.*, p. 239; C. GAMBA, *Le preclusioni della fase di trattazione e il principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1311; F. DE VITA, *op. cit.*, p. 200; in senso contrario, tuttavia, B. SASSANI, *op. cit.*, p. 411; A. MENGALI, *Preclusioni ed onere di specifica contestazione*, in *Scritti offerti dagli allievi a F.P. Luiso*, a cura di M. BOVE, Torino, 2017, p. 253. Sull'argomento v. anche oltre, § 36, nota 67 e § 47, nota 13.*

(101) In questo senso già Trib. Trani 30 settembre 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 150, con nota favorevole di A. CARRATTA, *A proposito dell'onere di prendere posizione*. Dopo la modifica dell'art. 115, 1° comma, c.p.c. v., nello stesso senso, a proposito dell'equivalenza fra contestazione generica e non contestazione – oltre alle indicazioni della nota 99 – Trib. Modena 3 luglio 2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 980; Trib. Varese 30 ottobre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 1383; Trib. Catanzaro, 30 ottobre 2009, *ibidem*, p. 1666, con nota adesiva di G. FRUS, il quale ha escluso che per l'adempimento dell'onere sia sufficiente la semplice negazione dei fatti affermati dalla controparte; Trib. Piacenza 2 febbraio 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza 5 gennaio 2011, *ibidem*; v. poi M. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 299; M. MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 316; C.M. CEA, *L'evoluzione del dibattito*, cit., 99; G. FRUS, *Il principio di non contestazione tra innovazioni normative, interpretazioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 65. Sui comportamenti che possono configurare la «non contestazione» v. A. CARRATTA, *Principio della non contestazione e art. 115 c.p.c.*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma, 2012, p. 630; poi anche F. DE VITA, *op. cit.*, p. 93.

Nel senso che, comunque, la non contestazione debba emergere in sede processuale, a nulla rilevando il comportamento extraprocessuale, Trib. Lamezia Terme 18 marzo 2010, in *Corr. merito*, 2010, p. 708.

(102) Cfr. A. CARRATTA, *Principio della non contestazione*, p. 631; G. BASILICO, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, 2001, p. 130; F. DE VITA, *op. cit.*, p. 106.

(103) Ed infatti, al mancato assolvimento dell'onere della parte *costituita*, o al suo assolvimento con contestazioni non specifiche, consegue inevitabilmente (art. 115, 1° comma) la pacificità dei fatti *ex adverso* allegati, in caso di controversie aventi ad oggetto diritti disponibili (v. A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 238; Trib. Varese 27 novembre 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 571, con nota favorevole di A. CARRATTA, dove anche un esame della rilevanza del comportamento non contestativi, in termini di «argomento di prova» ex art. 116, 2° comma, c.p.c., con riferimento alle controversie su diritti indisponibili; in quest'ultimo senso anche Cass. 11 giugno 2014 n. 13271; Cass. 30 giugno 2016 n. 13436; per l'estensione dell'operatività del 1° comma dell'art. 115 anche alle controversie su diritti indisponibili M. TARUFFO, *Sub art. 115*, cit., p. 495). La «non contestazione» non riguarda, comunque, né l'interpretazione del contenuto della domanda (Cass. 29 agosto 2016 n. 17395), né le mere difese (Cass. 13 settembre 2016 n. 17966), né i documenti prodotti dalla controparte (Cass. 27 gennaio 2017 n. 2176).

dell'ordinanza di cui all'art. 186 bis (v. oltre, § 22) (104).

Il 2° comma dell'art. 167 individua le preclusioni che maturano a carico del convenuto con la comparsa di risposta. «*A pena di decadenza*» – recita, infatti – il convenuto non soltanto «*deve proporre le eventuali domande riconvenzionali* (105)». Ma è anche onerato a proporre le *eccezioni*, sia processuali (106) che

Laddove, poi, nonostante l'emergere della «non contestazione» il giudice abbia comunque disposto l'assunzione delle prove sui medesimi fatti, senza che la parte abbia espressamente dedotto l'intervenuta «non contestazione», ciò impedisce che la stessa parte possa su tali basi impugnare la sentenza (Cass. 16 marzo 2012 n. 4249).

(104) Mentre la *contestazione tardiva*, ossia non immediatamente successiva all'allegazione, ove ammessa, può fondare una tardiva ammissione delle prove offerte dall'attore sulle circostanze tardivamente contestate dal convenuto. In questo senso, ma prima della modifica dell'art. 115, 1° comma, G. RAMPAZZI, in AA.VV., *Le riforme*, cit., p. 127; ma poi, ampiamente, B. CIACCIA CAVALLARI (*La contestazione nel processo civile*, I, Milano, 1992, p. 159 e ss.) che, sul fondamento di una nozione «assertiva» della contestazione, come dovere, a carico di entrambe le parti, di indicare i fatti che compongono la controversia e la cui violazione costituirebbe addirittura ragione di nullità, contrappone a questo dovere il particolare onere in argomento di cui nega il particolare rilievo processuale, peraltro mettendo in evidenza come l'inserimento di questo particolare onere nel nuovo rito ordinario sia più “scandito” rispetto allo stesso inserimento nel rito del lavoro (p. 167) ma non del tutto privo di sanzioni, ancorché indirette. V., sul punto, la nota 100 e, oltre, il § 19 in fine e il § 22, nota 95; v. anche vol. I, § 18, nota 39.

(105) Nonché le eventuali domande di accertamento incidentale per le quali sussista la medesima *ratio* (cfr. A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 68). Se la domanda riconvenzionale o di accertamento incidentale è proposta *nei confronti di una parte contumace*, l'atto che la contiene deve essere notificato personalmente a quest'ultima (art. 292 c.p.c.; v. oltre, § 62, note 26 e 27), che è la sola legittimata ad eccepire l'eventuale omissione (Cass. 25 febbraio 2004 n. 3817).

La domanda di un convenuto nei confronti di altro convenuto

La decadenza in discorso riguarda anche le *eventuali domande (riconvenzionali in senso improprio)*: Cass. 12 novembre 1999 n. 12558) che il convenuto intendesse proporre *nei confronti di altro convenuto*. Nel

quale caso (certamente ammissibile perché il convenuto, che può proporre domande contro un terzo, deve *a fortiori* poterle proporre contro chi è già parte; caso che, tuttavia, è estraneo alla riconvenzionale vera e propria, che riguarda solo domande contro l'attore) non occorre (come ha, invece, ritenuto Trib. Torino 16 marzo 1999, in *Giur. it.*, 1999, p. 2290, con nota di A. RONCO) avvalersi del meccanismo che il codice (art. 269 c.p.c.) prevede per la chiamata del terzo (e su cui v. oltre, § 23), dal momento che il convenuto destinatario della nuova domanda è già parte: è perciò sufficiente il deposito, nel termine (che è, e resta, quello riferito dall'art. 166, alla prima udienza), della comparsa di risposta contenente la domanda; salva la (successiva) notificazione della comparsa stessa nel caso di contumacia del convenuto destinatario della nuova domanda (così Trib. Varese 1° luglio 2010, in *Giur. it.*, 2011, p. 1866, annotata da A. GUGLIELMINO; Trib. Milano 19 giugno 1997, *ivi*, 1998, I, 1269, con nota adesiva di E. DALMOTTO; Trib. Napoli 20 settembre 2001, *ivi*, 2002, p. 992; e così anche App. Torino 5 dicembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 2817, che, con riguardo ad un appello incidentale contro un coobbligato appellato rimasto contumace, ha ritenuto necessaria la notifica ad esso della comparsa di risposta contenente l'appello incidentale).

Il convenuto c.d. trasversale può, poi, proporre eccezioni e domande riconvenzionali nei termini di cui all'art. 183, 5° comma.

Nell'ordine di idee qui prospettato v. E. VULLO (*La domanda proposta da un convenuto contro l'altro: condizioni di ammissibilità, termini e forme*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1778), che coerentemente nega che le condizioni di ammissibilità di questa domanda siano quelle della riconvenzionale (ri-