

## L'introduzione della causa

1. *Il processo di cognizione di riforma in riforma.* – Il rito ordinario dal 1995 al 2006. – 2. *Gli atti introduttivi: l'atto di citazione.* – Il computo dei termini. – L'atto di citazione. – Nullità dell'atto di citazione. – 3. *Segue: la comparsa di costituzione e risposta.* – Le attività da compiersi a pena di decadenza. – 4. *Breve digressione: preclusioni e limiti oggettivi del giudicato.* – Esercitazione A) (accertamenti incidentali e limiti oggettivi del giudicato). – 5. *La costituzione delle parti in giudizio.* – Costituzione dell'attore. – Costituzione del convenuto. – La nomina del giudice istruttore e il rinvio della prima udienza. – La mediazione, d.lgs. n. 28/2010. – La c.d. negoziazione assistita, d.l. n. 132/2014, convertito con modifiche in legge n. 162/2014. – Il tentativo obbligatorio di conciliazione in ipotesi di responsabilità sanitaria. – 6. *Il processo contumaciale.*

### 1. *Il processo di cognizione di riforma in riforma*

Questa sesta sezione è interamente dedicata al **libro II** del codice, che tratta “*Del processo di cognizione*”, ossia del giudizio ordinario a cognizione piena volto a dar luogo a una sentenza che accerti il rapporto controverso con autorità di giudicato. Si tratta del libro più lungo e articolato del codice (artt. 163-473, ma in realtà – dal 1973 in avanti – ci si ferma all'art. 447-*bis* per effetto della riforma del processo del lavoro che abolì la parte sui giudizi collettivi). Esso si suddivide in quattro titoli: dal procedimento *avanti al tribunale* si passa al procedimento avanti al giudice di pace, per affrontare poi la materia delle varie *impugnazioni* cui vanno soggette le sentenze (su cui v. sez. VII) e finire con la disciplina delle *controversie in materia di lavoro e di previdenza*, ri-disciplinata da norme introdotte nel codice in via di novellazione con la legge n. 533/1973 (v. cap. 9). Il fulcro è comunque il titolo I sul giudizio avanti al tribunale, sul quale hanno nel tempo profondamente inciso le riforme processuali parziali.

Nel corso degli anni '80, maturò l'idea che occorresse una nuova grande riforma del processo di cognizione: fu così approvata anzitutto la **legge n. 353/1990**. Essa avrebbe dovuto entrare in vigore poco dopo, e invece si dovette aspettare fino al 1995. Per capire la ragione del divario di 5 anni fra questa riforma e la sua entrata in vigore bisogna esaminare i contenuti principali della legge n. 353/1990. In via di larghissima

Il rito ordinario  
dal 1995 al 2006

approssimazione, la prima scelta riguardante il processo di cognizione consisteva nel prevedere un processo civile ordinario abbastanza simile a quello del 1942 (che la novella del 1950 aveva troppo dilatato nei suoi snodi), e non troppo diverso dal processo del lavoro del 1973, vale a dire un processo con preclusioni più rigide di quelle cui si era all'epoca abituati. La legge del '90 ha quindi cercato di mettere un po' "in riga" gli operatori del processo, scandendo il tempo del compimento degli atti, dando ad *ogni udienza* e ad *ogni scritto* una abbastanza specifica e non rinviabile *funzione*.

Nel processo originariamente delineato dalla legge del '90, la scansione era la seguente: dopo gli atti introduttivi vi era la prima udienza di trattazione, con la comparizione personale delle parti ed il loro interrogatorio libero ad opera del giudice (divenuto dall'inizio alla fine) monocratico; seguivano il tentativo di conciliazione, e gli inizi di discussione della causa da parte degli avvocati. Dopo di che, se i difensori lo chiedevano, le parti avevano diritto di redigere e scambiarsi delle memorie difensive. Poi il giudice fissava una seconda udienza, nella quale gli avvocati dovevano essere pronti a chiedere le prove costituenti e a depositare tutti i documenti necessari. Se non fossero riusciti a proporre tutte le istanze istruttorie in udienza, avrebbero potuto chiedere di redigere all'uopo ulteriori memorie per istanze dirette e contrarie; dopodiché risultavano precluse anche le richieste concernenti le prove.

Si trattava dunque di un processo più rigido di quello vigente fra il 1950 e il 1990, ma neppure paragonabile al rito del lavoro, dove nell'ambito dell'atto introduttivo bisogna inserire tutto – comprese le richieste istruttorie e i documenti – e l'udienza è un'udienza che si potrebbe definire a "bocce ferme", che si svolge, cioè, tendenzialmente in modo onnicomprensivo, sulla base di ciò che le parti già hanno addotto negli atti introduttivi (v. *infra*, cap. 9).

Nei confronti del processo così come delineato nel 1990, però, vi fu una fortissima resistenza; addirittura gli avvocati scioperarono contro questa riforma e le sue preclusioni (ritenute troppo incalzanti). Il governo allora (nell'aprile del 1995) approvò sì un decreto legge per fare entrare finalmente in vigore questa riforma, ma lo fece "annacquandola" prima un poco (con il d.l. n. 238/1995), e comunque dopo aver confinato il nuovo rito alle sole cause nascenti da allora in poi (d.l. n. 121/1995). Si decise cioè di rendere un poco più disteso quel rito di cognizione, che sembrava così incalzante agli avvocati.

Questo scopo fu raggiunto inserendo una cosiddetta udienza di prima comparizione (contemplata dall'art. 180, nella sua versione del 1990), a monte dell'udienza di trattazione *ex art.* 183. Un'udienza un po' più vuota, "di primo avvicinamento" tra le parti e il giudice, in cui non si faceva praticamente quasi niente: essa serviva più che altro a tirare il fiato in previsione della successiva. L'art. 180 (*ante-riforma* del 2005) conteneva dunque la disciplina di questa *udienza di prima comparizione*. In questa udienza il controllo del giudice verteva su questioni processuali relative a certe eventuali patologie della fase introduttiva del processo: i problemi della nullità della notificazione, specie quando il convenuto è contumace e quindi non ha sanato tale nullità costituendosi (problemi, questi, che gravitano anche attorno all'art. 291); i problemi inerenti la nulli-

tà dell'atto di citazione (art. 164); le verifiche sull'integrità del contraddittorio: se cioè siano state citate tutte le parti, o se invece siano stati pretermessi dei litisconsorti necessari (in questo secondo caso il giudice deve ordinare l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 102, co. 2, v. sez. V, cap. 10). Se non veniva rilevato alcun vizio di quelli elencati nell'art. 180, all'udienza di prima comparizione il giudice assegnava alle parti un termine per la redazione di una memoria per parte. Poi fissava l'udienza prevista dall'art. 183, cioè l'udienza di trattazione, nella quale, dopo la comparizione delle parti, si entrava nel merito della causa, iniziando davvero a discutere dell'oggetto della domanda. Tra l'udienza *ex art.* 180 e l'udienza prevista dall'art. 183, trascorrevano mediamente 4 o 5 mesi.

Quindi i tempi del processo secondo il rito nato dalla novella del 1990 erano grosso modo i seguenti: redigendo l'atto di citazione il 14 febbraio 2005, un attore prudente come data dell'udienza di prima comparizione nella citazione fissava un giorno di giugno del 2005. Poi procedeva alla notifica dell'atto di citazione. L'udienza di giugno era un'udienza ai sensi dell'art. 180: se non c'erano problemi di sanatorie processuali da compiere, sia l'attore sia il convenuto chiedevano il termine per una memoria e il giudice assegnava anzitutto all'attore tempo fino al 30 luglio. A questo punto c'era la sospensione feriale: dal 1° agosto al 16 settembre la giustizia civile, salvo le urgenze, rimane bloccata (la legge n. 162/2014 – di conversione con modifiche del d.l. n. 132/2014 – ha ridotto il periodo di sospensione feriale, che, a partire dal 2015, va dal 1° al 31 agosto). Il giudice assegnava un termine anche al convenuto per la sua memoria difensiva, intorno a fine ottobre: per la parità delle armi, infatti, anche il convenuto deve disporre di un mese e mezzo dal deposito della memoria di controparte, e la sospensione feriale non entra nel computo. Con questa scansione temporale, l'udienza ai sensi dell'art. 183 di una causa il cui atto di citazione risaliva al 14 febbraio 2005 si aveva all'incirca con l'anno nuovo. Poi c'erano le memorie successive all'art. 183: la prima a 30 giorni, avrà come termine febbraio 2006; la seconda (altri 30 giorni) avrà come termine marzo 2006. Seguiva l'udienza istruttoria (che poteva anche sdoppiarsi), fissata ai sensi dell'art. 184, e lo scambio di ulteriori eventuali memorie.

Questo significa che, di memoria in memoria, di udienza in udienza, il giudice – in questo rito “ammorbidito” del 1995 – cominciava a studiare il fascicolo mediamente un anno e mezzo o due dopo l'inizio della causa, e ciò solo per emanare la cosiddetta ordinanza istruttoria, cioè il primo provvedimento del giudice con cui venivano ammesse le prove o, in caso contrario, fissata l'udienza di p.c.

Quindi, tirando le conclusioni, la legge del 1990 avrebbe dovuto serrare i ranghi (tutto sommato in maniera abbastanza equilibrata); ma una campagna piuttosto demagogica contraria ha indotto il legislatore del '95 a consentire di nuovo una certa dilatazione dei tempi: non totale, ma notevole.

Questo rito “intermedio” che abbiamo descritto per sommi capi è giunto fino al 2006, e ancora oggi si applica e si applicherà a tutte le cause nate prima del 1° marzo 2006. Esso ha forse un po' migliorato le cose, ma non ha risolto i problemi, e certamente non ha cambiato drasticamente la mentalità degli operatori del diritto. Un mutamento parziale di *mens* pratica e così un primo risultato positivo, il rito del '90-'95 lo però ha ottenuto: si è affermato il principio per cui

*ogni udienza e ogni memoria ha un suo ruolo da svolgere*, e il difensore che se ne dimentica incorrerà in qualche preclusione, che è tendenzialmente irrimediabile (salva la rimessione in termini per errore scusabile, v. sez. IV, cap. 6). Su queste basi a metà del 2005 è stata introdotta una riforma del processo civile, volta grossomodo a tornare al processo più rigido e incalzante, negli snodi scritti e orali di trattazione della causa, delineato dalla originaria versione della legge del 1990.

Il processo civile di cognizione disegnato dalle riforme del 2005-2006 (e poi solo parzialmente ritoccato da quelle successive) non differisce radicalmente rispetto a quello precedente. Esso può venire idealmente suddiviso in tre fasi: la fase introduttiva, quella di trattazione – nell'ambito della quale può svolgersi l'istruttoria, volta alla raccolta delle prove costituenti – e la fase decisoria, introdotta dall'udienza di precisazione delle conclusioni.

## 2. Gli atti introduttivi: l'atto di citazione

### Il computo dei termini

Prima di entrare nel vivo della trattazione, ed iniziare così a studiare gli atti introduttivi del processo, conviene soffermarsi brevemente sul computo dei termini. Abbiamo visto infatti che le varie attività delle parti sono sempre scandite da termini, per lo più (se non sempre) perentori. Ecco allora che è sempre più importante, per l'operatore del diritto, conoscere bene la disciplina del computo dei termini, di cui si occupa l'art. 155. Vediamo dunque in breve quali sono le regole che presiedono al loro calcolo (ma sul punto v. anche sez. IV, cap. 6).

Innanzitutto il principio fondamentale è quello per cui *dies a quo non computatur*, ossia nel computo del termine non si tiene conto del giorno a partire dal quale si deve iniziare il calcolo (il *dies ad quem*, invece, rientra nel calcolo: sarà l'ultimo giorno utile per procedere al compimento dell'attività cui il termine si riferisce). E questo vale sia per i termini da calcolare "in avanti", sia per quelli da calcolare "a ritroso". Così, ad esempio, se l'udienza di trattazione ex art. 183 si è tenuta il 12 maggio, il termine per la prima memoria ex art. 183 (che deve essere depositata in cancelleria trenta giorni dopo l'udienza) scadrà l'11 giugno. Del pari se la prima udienza di trattazione è fissata il 25 di febbraio, il convenuto che voglia costituirsi tempestivamente (ossia venti giorni prima di quell'udienza), dovrà farlo entro il 5 di febbraio.

Può però accadere che il termine scada il sabato (o un giorno festivo). Ebbene in tal caso l'art. 155, co. 5 come modificato dalla riforma del 2005 (in assonanza a quanto già in precedenza previsto per le attività da compiersi in udienza) sancisce la proroga *ex lege* del termine al successivo giorno feriale. Sicché per i termini che si computano in avanti, se il termine scade il sabato (o in un giorno festivo) la scadenza sarà automaticamente postergata al lunedì (o al successivo giorno feriale). Tale proroga invece non opera con riferimento ai termini che si computano a ritroso (Cass. 7 maggio 2008, n. 11163 e Cass. 22 luglio 2007, n. 17103). Diversamente infatti si avrebbe una riduzione dell'intervallo minimo previsto dalla legge prima del quale l'attività dev'essere compiuta (ad es. la costituzione del convenuto venti giorni prima dell'udienza), e ciò "in pregiudizio delle esigenze garantite con la previsione del termine medesimo" (e così, nell'esempio

fatto, dell'attore che impiegherà quel lasso di tempo per vagliare le attività difensive rese necessarie dalla comparsa di costituzione e risposta del convenuto, che andranno compiute proprio all'udienza *ex art. 183, v. cap. 2*). La proroga *ex lege* dei termini che scadono il sabato, si è detto, è stata introdotta dalla riforma del 2005, e così solo per i termini relativi a procedimenti instaurati dopo la sua entrata in vigore (1° marzo 2006). Sul punto però è intervenuta la novella del 2009, estendendo la disciplina dettata dall'art. 155, co. 5 anche ai processi già pendenti alla data di entrata in vigore della precedente riforma (art. 58, legge n. 69/2009).

Nulla infine viene detto dalla norma sulle conseguenze di questa proroga *ex lege* quando la scadenza del termine prorogato individui il *dies a quo* per il computo di un diverso termine. Si pensi agli scritti difensivi finali: le comparse conclusionali e le memorie di replica. Le prime vanno depositate, *ex art. 190*, entro 60 giorni dall'udienza di precisazione delle conclusioni, e le seconde entro i successivi 20 giorni. Se il termine per il deposito delle comparse conclusionali scade di sabato, e così viene automaticamente portato al lunedì, ci si chiede quando inizierà a decorrere quello per le memorie di replica. La giurisprudenza di merito (Trib. Torino 11 dicembre 2006), convincentemente, risponde il lunedì; del resto se così non fosse il termine verrebbe ridotto rispetto a quello previsto dalla legge (la parte, ad esempio, non avrebbe più venti, ma solo diciotto giorni per esaminare la comparsa conclusionale avversaria e predisporre la replica).

Da ultimo si ricorderà che i termini endo-processuali (quanto ai termini per instaurare il giudizio *v. sez. IV, cap. 6*) resteranno sospesi durante il c.d. periodo feriale (1-31 agosto), secondo quanto previsto dalla legge n. 742/1969, come modificata dal d.l. n. 132 dell'inizio settembre 2014, convertito, con modifiche, nella legge n. 162/2014 (salvo però i procedimenti che presentano caratteri di urgenza: controversie di lavoro o previdenza; procedimenti cautelari; convalide di sfratto; etc.).

Per quanto concerne l'atto introduttivo del processo di primo grado, l'art. 163, co. 1, dispone che “*la domanda si propone con atto di citazione a comparire a udienza fissa*”. L'atto di citazione è un atto complesso che ha un duplice contenuto cui corrisponde una duplice funzione. In primo luogo esso individua l'oggetto della domanda, ossia la pretesa che colui che agisce in giudizio, l'attore, fa valere nei confronti di un altro soggetto, detto convenuto: è questa la c.d. *editio actionis*. In secondo luogo l'atto di citazione provoca e consente la partecipazione del convenuto al processo (e il conseguente esercizio del diritto di difesa, se lo voglia), mediante l'invito a comparire innanzi all'organo giudiziario ritenuto competente: è questa la c.d. *vocatio in ius*.

L'art. 163, co. 3, elenca i *requisiti dell'atto di citazione*. Non tutti sono previsti a pena di nullità dell'atto medesimo, la quale consegue, come tra poco vedremo, solo alla mancanza di quelli presi in espressa considerazione dall'art. 164.

Partiamo dalla *vocatio in ius*. Perché essa sia formalmente ineccepibile l'atto di citazione deve contenere anzitutto l'indicazione del tribunale davanti al quale è proposta la domanda. Questa indicazione è di norma inserita sia nella intestazione dell'atto sia nella cosiddetta citazione in

■ L'atto di citazione

■ La *vocatio in ius*

senso stretto, ove è contenuto il formale invito a comparire. Si tratta evidentemente di un'indicazione essenziale, poiché in difetto il convenuto non saprebbe presso quale organo giudiziario costituirsi. Si tenga presente che nell'atto di citazione si indica l'ufficio giudiziario competente, mentre l'individuazione del giudice persona fisica avviene successivamente ad opera del presidente del tribunale, ai sensi dell'**art. 168-bis**.

Devono poi essere indicati “il nome, il cognome, la residenza e il codice fiscale dell'attore, il nome, il cognome, il codice fiscale, la residenza o il domicilio o la dimora del convenuto e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono”: è l'individuazione delle parti del processo. Se l'attore o il convenuto sono “una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato la citazione deve contenere la denominazione o la ditta con l'indicazione dell'organo o ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio”: a tal fine non è necessario però indicare l'identità della persona fisica a quel tempo dotata dei poteri rappresentativi; si usa fare un generico riferimento al “rappresentante legale *pro tempore*”.

Vanno poi indicati il nome, il cognome ed il codice fiscale dell'avvocato (il testo del codice fa ancora riferimento ai procuratori), nonché gli estremi della procura se già rilasciata. Solitamente la procura è rilasciata a margine o in calce all'atto di citazione. Se è conferita con atto notarile, il medesimo va allegato all'atto. L'**art. 125, co. 2**, prevede peraltro la possibilità che la procura al difensore dell'attore sia rilasciata in data posteriore alla notificazione della citazione, purché prima della costituzione in giudizio: essa può dunque essere conferita sino alla prima udienza innanzi al giudice, essendo questo l'ultimo momento in cui l'attore può costituirsi in giudizio. Quanto al rilascio della procura si tenga presente che l'**art. 83, co. 3** (come modificato dalla riforma del 2009) disciplina la possibilità che la procura al difensore venga rilasciata su un documento informatico, purché – però – la parte sia in possesso di firma digitale (sull'argomento si rinvia al cap. 13).

Altro elemento che va indicato nell'atto di citazione – o nella successiva procura – è il numero di fax e l'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC) del difensore. La mancanza di questi elementi non determinerà una nullità dell'atto di citazione, ma un aumento del contributo unificato (quel contributo che deve essere pagato al momento dell'iscrizione al ruolo della causa). Il d.l. n. 98/2011 (convertito in legge n. 111/2011) ha infatti modificato l'**art. 13 del d.P.R. n. 115/2002** (t.u. in materia di spese di giustizia), prevedendo che la mancata indicazione del numero di fax e della PEC da parte del difensore (così come la mancata indicazione del codice fiscale della parte), determina un aumento del contributo unificato pari alla metà dell'importo dovuto.

L'**art. 163, co. 2, n. 7**, prevede poi che nell'atto di citazione siano indicati la data della prima udienza innanzi al giudice; l'invito al convenuto a costituirsi entro 20 giorni prima di tale data (10 nel caso di abbreviazione dei termini), nonché l'avvertimento che, se non si costituirà entro tale termine, incorrerà nelle de-

cadenze individuate dall'art. 167 e – dopo la riforma del 2009 – dall'art. 38. La mancata costituzione in termini del convenuto, dunque, gli precluderà la possibilità di sollevare eccezioni in senso stretto, proporre domande riconvenzionali, chiamare in causa un terzo (art. 167) e sollevare l'eccezione di incompetenza per materia, valore e territorio, sia inderogabile che semplice (art. 38).

L'ordinamento rimette all'attore la facoltà di scegliere la data della prima udienza, seppur con due limiti. In primo luogo ai sensi dell'art. 69-*bis* disp. att. entro il 30 novembre di ogni anno il presidente del tribunale stabilisce con decreto i giorni della settimana e le ore destinate esclusivamente alle udienze di prima comparizione (il linguaggio è ancora quello anteriore alla più recente riforma: si tratta oggi delle udienze fissate ai sensi dell'art. 183). Pertanto può ben accadere che nel giorno individuato dall'attore il giudice istruttore designato non tenga udienza. Per tale inconveniente l'art. 168-*bis*, co. 4, dispone che “*se nel giorno fissato per la comparizione il giudice istruttore designato non tiene udienza, la comparizione delle parti è d'ufficio rimandata all'udienza successiva tenuta dal giudice designato*”. In tal caso, però, il termine per la costituzione tempestiva del convenuto rimane quello originario (così i venti giorni dovranno essere calcolati utilizzando come riferimento temporale l'udienza fissata dall'attore nell'atto di citazione). Se invece la prima udienza viene spostata ai sensi del co. 5 dell'art. 168-*bis* (ossia nel caso di suo differimento ad opera del giudice istruttore con decreto), anche il termine per la costituzione del convenuto slitta di conseguenza: i venti giorni si calcoleranno a ritroso a partire dalla data dell'udienza come differita dal giudice.

Il secondo limite è stato previsto dall'ordinamento al fine di garantire il diritto di difesa del convenuto, il quale deve essere posto nella condizione di conoscere il contenuto della domanda giudiziale con un congruo anticipo rispetto alla data della sua costituzione in giudizio, per poter predisporre un'efficace difesa. Ecco che allora l'art. 163-*bis* prevede che tra la data della notificazione dell'atto di citazione – che è il momento in cui il convenuto ha conoscenza legale del processo – e la data della prima udienza, devono intercorrere termini liberi non minori di novanta giorni, se il luogo della notificazione si trova in Italia, e di centocinquanta giorni, se si trova all'estero.

Nella cosiddetta legge sulla competitività (legge n. 80/2005) il termine a comparire è stato, paradossalmente, allungato: da 60 giorni a *90 giorni* per chi risiede in Italia, e addirittura da 120 a *150 giorni per i residenti all'estero*. La ragione di questo (eccessivo) allungamento del termine a comparire sta nel fatto che il legislatore ha previsto che nella comparsa di risposta del convenuto depositata almeno 20 giorni prima dell'udienza debbano, a pena di preclusione, essere inserite più cose di quelle che si inserivano in precedenza. Ha quindi concesso più tempo per preparare la comparsa di risposta, essendo questa divenuta un atto più impegnativo. Questa non sembra però una scelta corretta: i 60 giorni del termine a comparire volevano dire in concreto 40 giorni almeno di tempo per preparare la comparsa di risposta; e 40 giorni erano più che sufficienti. L'allungamento del termine a

comparire vorrebbe essere un “contentino” per gli avvocati: non avranno 40 giorni di tempo per preparare la comparsa di risposta, ma ne avranno 90 meno 20, cioè 70. In realtà non è così: verosimilmente le parti che ricevono a casa o in ufficio l’atto di citazione notificato tramite l’ufficiale giudiziario, quando vedranno che è sufficiente costituirsi in cancelleria 20 giorni prima di quella udienza, tendenzialmente si rivolgeranno comunque all’avvocato all’ultimo momento. Questo nuovo termine allora, non farà altro che allontanare ancora di più la data della prima udienza.

Il legislatore ha poi considerato la possibilità che sia l’attore sia il convenuto abbiano particolare “fretta” nel vedere definito il giudizio ed ha previsto la facoltà per l’attore di proporre istanza al presidente del tribunale e prima della notifica della citazione, per l’abbreviazione fino alla metà dei termini in discorso nelle cause “*che richiedono pronta spedizione*”. Se il presidente del tribunale accoglie l’istanza dell’attore provvede con decreto motivato che deve essere apposto in calce all’atto di citazione e alle copie da notificare. Nel caso in cui invece l’attore abbia fissato l’udienza troppo in là nel tempo eccedendo il termine minimo previsto dall’art. 163-*bis*, e sia il convenuto ad avere interesse a che la causa sia prontamente esaminata, l’art. 163-*bis*, co. 3, gli consente di chiedere, costituendosi prima della scadenza del termine minimo, che l’udienza venga anticipata (ma sempre nel rispetto del termine minimo). Anche in questo caso il presidente provvede con decreto, comunicato all’attore dalla cancelleria del tribunale.

**L’editio actionis** ■ Nella *editio actionis* – che è quella parte dell’atto di citazione che individua l’oggetto della domanda – l’attore deve indicare anzitutto “la cosa oggetto della domanda” (art. 163, co. 3, n. 3). Questa espressione sta ad indicare sia il c.d. *petitum* mediato, ovverosia “il bene della vita” che il processo dovrà far conseguire all’attore (ad esempio la prestazione dovuta, nei diritti di credito; la *res* spettante all’attore, nei diritti reali di godimento; la modificazione giuridica, che si chiede al giudice di produrre, nelle domande costitutive: si noti che in quest’ultimo caso lo scarto fra *petitum* mediato e *petitum* immediato praticamente scompare); sia il c.d. *petitum* immediato, vale a dire quel certo tipo di sentenza (di accertamento, di condanna o costitutiva) che l’attore chiede al giudice di pronunciare.

L’indicazione del *petitum* non è peraltro sufficiente affinché il convenuto e il giudice siano in grado di individuare l’oggetto della domanda. A questo fine è infatti necessario indicare anche la *causa petendi*, il *titolo della domanda* (art. 163, co. 3, n. 4).

Come si ricorderà, peraltro (v. sez. I, cap. 7), solo in alcune ipotesi per identificare l’oggetto della domanda è necessario indicare i fatti costitutivi che hanno condotto all’acquisto del diritto fatto valere: si tratta delle ipotesi in cui si faccia valere un diritto etero-determinato (diritti relativi). Se invece si vuole far valere un diritto auto-determinato (diritti assoluti in genere, esclusi i diritti reali di garanzia), l’indicazione dei fatti costitutivi e così acquisitivi è superflua, seppur solo ai fini dell’individuazione dell’og-

getto della causa. Essa invece è comunque essenziale per l'accoglimento nel merito della domanda (e dovrà essere fatta nel corso del processo nel rispetto delle sue regole preclusive di trattazione, e così nei tempi descritti dall'art. 183: v. cap. 2). Quanto alle domande costitutive, si ricordi che l'orientamento attualmente prevalente considera queste domande come etero-determinate, precisando tuttavia che non ogni singolo fatto che dà luogo a un motivo giuridicamente fondante la modificazione giuridica individua un diverso titolo per l'ottenimento di quest'ultima, ma ogni singolo sottoinsieme giuridicamente omogeneo di fatti (es.: tutti i fatti di dolo negoziale, oppure di violenza nei casi di azioni di annullamento negoziale) che giustificano e rendono giudizialmente ottenibile la modificazione giuridica (v. sez. I, cap. 2).

L'art. 163 dispone poi che vengano indicate le conclusioni: si tratta di un momento fondamentale della redazione dell'atto introduttivo, in quanto costituisce la originaria *editio actionis*, e così il parametro ultimo in relazione al quale si valuteranno i limiti della successiva attività di precisazione e modificazione delle domande.

L'art. 163, co. 2, n. 5 prevede infine che l'attore proceda alla "*indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione*". Si tratta tuttavia di un'attività che, nell'attuale assetto delle preclusioni, può essere svolta anche successivamente, cioè nella fase di trattazione della causa (art. 183, co. 6, nn. 2 e 3; v. *infra*, cap. 2).

L'atto di citazione deve infine contenere l'indicazione del valore della causa rispetto al quale si calcola l'importo del contributo unificato, cioè di un contributo (di alcune centinaia di euro, ma che può anche superare i 1.000 euro, secondo il valore della controversia), la cui ricevuta di versamento deve essere depositata insieme alla nota di iscrizione a ruolo ai sensi dell'art. 15 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

La citazione così redatta e sottoscritta dalla parte (ove questa possa stare in giudizio personalmente) o dal difensore munito di procura, verrà notificata alla controparte con le modalità già studiate (v. sez. IV, cap. 5).

Gli eventuali vizi presenti nell'atto introduttivo sono disciplinati dall'art. 164, che regola la *nullità dell'atto di citazione*, distinguendo tra vizi riguardanti la *vocatio in ius* (co. 1, 2 e 3) e vizi concernenti la *editio actionis* (co. 4 e 5).

**Nullità dell'atto di citazione: i vizi della *vocatio in ius***

Poiché la funzione della *vocatio in ius* è quella di instaurare il contraddittorio e consentire al convenuto di difendersi davanti al giudice adito dall'attore, vizi della *vocatio in ius* sono anzitutto quelli che non consentono di sapere con precisione chi sia in effetti il convenuto e davanti a quale giudice, e quando, si svolgerà il processo. Anche l'assenza o l'incertezza circa l'indicazione del giorno della prima udienza (alla quale si deve guardare per valutare se la costituzione del convenuto è tempestiva o no) rende così nulla la citazione. Parimenti la rendono nulla l'assegnazione di un termine a comparire inferiore a quelli previsti dall'art. 163-*bis*. Si tratta di lacune nocive alla preparazione della difesa del convenuto.

Infine, la previsione della nullità per il mancato avvertimento circa le possibili decadenze (quelle degli artt. 38 e 167), è posta a tutela del convenuto privo di adeguate conoscenze giuridiche. Attraverso questo avvertimento lo si vorrebbe infatti mettere in guardia dal riporre la citazione in un cassetto, destinandola all'oblio.

Il legislatore ha previsto due diverse modalità per sanare gli eventuali vizi della *vocatio in ius*, a seconda che il convenuto si sia costituito oppure non lo abbia fatto.

... e la loro possibile sanatoria *ex tunc*

A norma dell'art. 164, co. 3, la costituzione del convenuto sana la citazione viziata *per questo tipo di difetti* (non per quelli della *editio actionis*: v. oltre), poiché dimostra che quest'ultima, benché nulla, ha raggiunto il proprio scopo di trarlo in causa (si veda l'art. 156, co. 3). In tal caso gli effetti processuali e sostanziali della domanda giudiziale (pur originariamente viziata) sono fatti salvi dal momento della sua proposizione, cioè dalla sua originaria notificazione. Tuttavia, quando il vizio dipende dal mancato rispetto dei termini dilatori a comparire, oppure dall'assenza dell'avvertimento circa le possibili decadenze (sì che la comparizione può essere stata frettolosa), il giudice, se richiesto, è tenuto a fissare una nuova udienza, affinché il convenuto possa predisporre le sue difese nel rispetto dei termini.

Se invece il convenuto non si costituisce (art. 164, co. 2), il giudice che rilevi la nullità dell'atto di citazione deve disporre la rinnovazione entro un termine perentorio. Se l'attore rinnova tempestivamente la citazione, ne sana i vizi, e gli effetti della domanda si producono anche in tal caso *ex tunc*. Se non lo fa, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo ed il processo si estingue (art. 307, co. 3: v. cap. 4).

Il rilievo officioso dei vizi della *vocatio in ius*: tempistiche

Il giudice dovrebbe rilevare il vizio della *vocatio in ius* e ordinare la rinnovazione dell'atto di citazione già nella udienza di prima comparizione e trattazione prevista dall'art. 183 (nella quale, come si vedrà al cap. 2, egli deve verificare la regolarità del contraddittorio ed eventualmente pronunciare i consequenziali provvedimenti). Tuttavia in qualunque fase del giudizio (e così anche in quella decisoria), il giudice che accerti la nullità della citazione per tale profilo dovrà sempre disporre la rinnovazione e fissare udienza *ex art.* 183. Il convenuto potrà così costituirsi almeno venti giorni prima senza incorrere in alcuna preclusione o decadenza, e il processo (anche se già in fase decisoria) vedrà riaprirsi la fase di trattazione.

Può capitare che il convenuto non si costituisca pur in assenza di vizi della citazione (e della sua notificazione o rinnovazione): in tal caso il giudice, ciò bene verificato, dovrà dichiararne la contumacia ai sensi degli artt. 171, co. 3, e 291 ss. (v. oltre).

I vizi della *editio actionis*

I vizi della *editio actionis* (art. 164, co. 4) riguardano invece la concreta possibilità di identificare l'oggetto della controversia. L'oggetto infatti deve risultare chiaramente, affinché il convenuto possa difendersi nel merito e il giudice decidere (l'oggetto, poi, rileva anche per va-

rie questioni processuali: ad esempio litispendenza; condizioni dell'azione; etc.). Se, dunque, dalla lettura dell'atto di citazione non è possibile capire quale sia questo oggetto – cioè, in buona sostanza, se siano omessi o incerti il *petitum* e/o la *causa petendi* (ove a tal fine necessaria) – la citazione è nulla proprio perché, non essendo chiaro quale sia la situazione giuridica fatta valere dall'attore, il convenuto non è in condizione di difendersi nel merito, né il giudice può accertare alcunché.

Già sappiamo che per l'identificazione delle domande giudiziali vengono in rilievo le parti, il *petitum* e la *causa petendi* (v. sez. I, cap. 7). Se per ciò che concerne le parti e il *petitum* si può *in toto* rinviare a quanto già si è detto affrontando i principi generali, per ciò che riguarda la *causa petendi*, invece, conviene brevemente ritornare sul punto in ragione della sua complessità.

Due sono le tesi principali. Secondo la prima, detta della “sostanziazione”, la *causa petendi* consiste nei fatti costitutivi del diritto fatto valere. Secondo la tesi cosiddetta della “individuazione”, invece, la *causa petendi* consiste nel diritto fatto valere. L'adesione alla prima lettura comporta la necessità di allegare i fatti costitutivi del diritto nell'atto di citazione, a pena di nullità dello stesso per indeterminatezza dell'oggetto. L'adesione alla seconda ricostruzione, invece, pone l'ulteriore problema della individuazione proprio del diritto fatto valere. Nel caso, infatti, in cui si tratti di un diritto relativo (diritti etero-determinati), sarà necessario indicarne nell'atto di citazione anche i fatti costitutivi, a pena di nullità dell'*editio actionis*. Laddove, invece, si tratti di un diritto assoluto (diritti auto-determinati), non sarà necessario indicarne i fatti costitutivi ai fini di una sua corretta individuazione. Tuttavia sarà bene allegare comunque quei fatti costitutivi (tenendo in debito conto il regime delle preclusioni) per far accogliere nel merito la domanda stessa, nel rispetto del principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato (art. 112). In ogni caso affinché l'atto di citazione consenta l'identificazione della domanda giudiziale non sempre sarà necessario, secondo questa impostazione, allegare i fatti costitutivi del diritto fatto valere. Solo qualora si tratti di un diritto etero-determinato, infatti, questa indicazione risulterà necessaria. Altrimenti sarà sufficiente indicare il tipo di diritto e il suo oggetto.

Vi è invero una terza opzione interpretativa, di matrice dottrinale, che pur aderendo alla teoria della individuazione, giunge ad attribuire rilievo in ogni caso, e cioè anche per i diritti autodeterminati, all'omessa indicazione dei fatti costitutivi. Non si tratterebbe però, con riguardo ai diritti autodeterminati, di un difetto che inficia la *editio actionis*, dato che l'oggetto del giudizio è compiutamente identificato, bensì di una carenza che colpisce una ulteriore funzione svolta dall'atto di citazione. La completezza della citazione, infatti, serve anche a garantire il proficuo svolgimento della prima udienza di trattazione, fornendo da subito gli elementi essenziali per la determinazione delle rispettive strategie difensive di attore e convenuto. Quando l'assoluta mancanza di allegazioni fattuali da parte dell'attore non impedisca l'individuazione del diritto fatto valere, la nullità della citazione avrebbe effetti meno gravi e la sanatoria del vizio, previa integrazione dell'atto, sarebbe destinata ad operare *ex tunc*, con piena salvezza degli effetti sostanziali della domanda.

... e la loro possibile sanatoria, ma solo *ex nunc*

Nel caso in cui il giudice rilevi la nullità dell'atto di citazione per vizio della *editio actionis*, dovrà disporre entro un termine perentorio l'integrazione (con memoria) o la rinnovazione (con nuova notificazione di una citazione), a seconda che il convenuto si sia costituito oppure non lo abbia fatto. La tempestiva integrazione o rinnovazione, tuttavia, non sana con efficacia retroattiva il vizio dell'atto di citazione: restano infatti "ferme le decadenze maturate e i diritti quesiti" *medio tempore* (art. 164, co. 5), perché solo allorché l'azione si individua, la domanda potrà produrre tutti i suoi effetti, specie sostanziali.

La norma nulla prevede in ordine alle conseguenze del mancato rispetto dell'ordine giudiziale di integrazione della citazione claudicante. Pare preferibile, però, ritenere inapplicabile la soluzione del secondo comma, che riconduce all'inerzia dell'attore l'estinzione del processo (infatti l'art. 307 non prevede quale causa di estinzione del processo la mancata integrazione della domanda; v. oltre, cap. 4). Il giudice, pertanto, dovrà far procedere speditamente la causa verso la fase decisionale e pronunciare una sentenza di rigetto in rito della domanda a motivo della nullità non sanata.

### 3. Segue: la comparsa di costituzione e risposta

La comparsa di risposta

Il convenuto che si vede notificato un atto di citazione deve, per difendersi, redigere una *comparsa di risposta* (art. 167).

Secondo quanto previsto dall'art. 167 in tale atto il convenuto deve proporre tutte le sue difese, prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda e contestandoli in modo specifico e puntuale (sugli effetti della non contestazione v. *infra*, cap. 6); indicare i mezzi di prova di cui intende avvalersi e proporre le sue conclusioni. Dovrà inoltre proporre le eventuali domande riconvenzionali, le eccezioni non rilevabili d'ufficio e, ove intenda chiamare in causa un terzo, dovrà farne dichiarazione e poi provvedere *ex art.* 269.

Le attività da compiersi a pena di decadenza

Tra tutte le attività descritte, solo alcune devono essere compiute dal convenuto necessariamente nella comparsa di risposta depositata tempestivamente (ossia 20 giorni prima dell'udienza fissata nell'atto di citazione), a pena di decadenza dal potere di compierle successivamente.

... la eventuale proposizione di domanda riconvenzionale

La prima cosa che il convenuto deve fare in sede di comparsa di risposta è proporre l'eventuale *domanda riconvenzionale* (art. 167, co. 2), ossia quella attività con la quale il convenuto, andando al di là della richiesta di rigetto della domanda dell'attore, sollecita l'esercizio del potere decisorio del giudice relativamente ad un proprio diritto soggettivo, pretendendo al riguardo una autonoma statuizione (sia essa di condanna, costitutiva o anche solo di mero accertamento: v. sez. I, cap. 9). Ebbene, se questa domanda viene formulata durante la prima udienza o dopo an-

cora, è inammissibile, e il giudice non se ne dovrà né potrà occupare, ma dovrà rigettarla in rito (per inammissibilità, appunto).

È chiaro che la preclusione della domanda riconvenzionale non arreca danno irreparabile al convenuto. Essa comporta solo che costui, se vorrà ottenere tutela per il suo diritto contro l'attore, dovrà instaurare un nuovo e diverso processo; in ogni caso egli può comunque uscire totalmente vincitore, anche se ha ommesso di proporre la domanda riconvenzionale.

Anche la domanda che il convenuto cala nel processo pendente (riconvenzionale, appunto) al pari di quella dell'attore, potrebbe essere affetta da nullità, ma solo per vizio dell'*editio actionis* (in questo tipo di domanda non c'è infatti una *vocatio in ius*: essa si propone nel processo già pendente, verso un soggetto che è già parte). La nullità della domanda riconvenzionale è prevista dall'**art. 167, co. 2**, che detta una disciplina analoga a quella concernente il medesimo vizio dell'atto di citazione. Il giudice, rilevata la nullità della domanda riconvenzionale, fissa un termine perentorio entro il quale il convenuto può integrarla. Se il convenuto provvede tempestivamente, la domanda è ammissibile, ma gli effetti decorrono dall'integrazione (anche in tal caso infatti "restano ferme le decadenze maturate e i diritti quesiti anteriormente alla integrazione"); se invece il convenuto non provvede, la domanda riconvenzionale va dichiarata inammissibile, restando salva la possibilità per il convenuto di proporla in un diverso e autonomo processo.

... la nullità (per soli vizi dell'*editio actionis*) della riconvenzionale e sua possibile sanatoria

La seconda cosa che il convenuto deve fare in sede di comparso di risposta è provvedere alla eventuale *chiamata in causa di terzi* (**art. 167, co. 3**) se vuole utilizzare il potere previsto nell'**art. 106**, cioè il potere di far diventare parte del processo un terzo cui la causa è comune o dal quale il convenuto pretenda di essere garantito (cosiddetta chiamata in garanzia; v. sez. V, capp. 7 e 8).

... la eventuale chiamata in causa di terzi

Alla chiamata di un terzo la parte provvede attraverso un atto di citazione a comparire all'udienza all'uopo fissata dal giudice. Se è il convenuto a voler chiamare un terzo, deve dichiararlo nella comparso di risposta. Se invece, a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparso di risposta, sia l'attore a voler chiamare in causa un terzo, egli deve chiedere al giudice l'autorizzazione nella prima udienza. Se il giudice la concede fissa una nuova udienza che consente la citazione del terzo nel rispetto dei termini dell'**art. 163-bis (art. 269)**. Studiando le attività da compiersi nella prima udienza, vedremo quali problemi possono presentarsi quando sorga l'esigenza di chiamare in causa un terzo.

Sempre nella comparso di risposta il convenuto deve sollevare tutte le *eccezioni in senso stretto* (cioè non rilevabili d'ufficio), sia *processuali* (ad es. quella di incompetenza: v. sez. III, cap. 3; o, ancora, quella di arbitrato rituale *ex art. 819-ter*: v. sez. III, cap. 7), sia *di merito* (v. sez. I, cap. 8).

... le eccezioni in senso stretto

Alcune di queste eccezioni (quelle processuali, esclusa quella di incompeten-

za “forte”) dovevano essere formulate con la comparsa di risposta anche prima della legge n. 80/2005. Come abbiamo detto, però, questa penultima riforma ha introdotto una novità.

Il convenuto, infatti, in comparsa di risposta deve sollevare a pena di decadenza anche tutte le *eccezioni di merito in senso stretto*, quelle con le quali si dà rilievo a quei fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto vantato dall’attore non rilevabili d’ufficio. Nel processo che è stato vigente tra il 1995 e il febbraio 2006 il convenuto poteva sollevare queste eccezioni per la prima volta anche nella prima udienza, quella *ex art. 180*, e anche nella memoria autorizzata dal giudice alla prima udienza (memoria che per questo si diceva “comparsa di risposta *bis*”).

Queste eccezioni rivestono un’importanza centrale per la difesa del convenuto, perché comportano l’allegazione dell’esistenza di fatti impeditivi, estintivi o modificativi del diritto fatto valere dall’attore: terminologia, questa, che si rifà a quella dell’**art. 2697 c.c.** Proprio per questo specifico onere è stato allungato il termine a comparire, si diceva. Se il convenuto si dimentica di introdurre l’eccezione (o le eccezioni) di merito in senso stretto nella comparsa di risposta, e si tratta di eccezioni non rilevabili d’ufficio, egli potrà perdere la causa, anche se magari, in concreto, avrebbe avuto ragione. Una differenza notevole – dunque – rispetto alla mancata formulazione della domanda riconvenzionale, che potrà essere proposta in via autonoma, instaurando un nuovo processo. Parimenti, anche le conseguenze della omessa tempestiva chiamata in causa di un terzo non sono rovinose. Vorrà dire che, caso mai, il convenuto dovrà instaurare un giudizio separato contro il terzo, se vuole da questo essere garantito; o che non otterrà che la sentenza vincoli anche questo terzo, con qualche problema in più nel rapporto con questo soggetto – magari anche problemi seri e grossi –, ma non perderà la causa perché non ha inserito la chiamata in una tempestiva comparsa di risposta. Anche là dove non sia stata proposta tempestivamente l’eccezione di incompetenza per territorio, questa dimenticanza non ha rilievo vitale: il processo rimarrà instaurato davanti a un tribunale piuttosto che un altro, ma non c’è nessun problema in ordine alla possibilità di vincere la causa. Altrettanto varrà per le altre ipotesi di incompetenza. Perciò l’omissione di tutte e tre queste attività, che esse pure si precludono con la comparsa di risposta, non cagiona un’automata irrimediabile situazione di pregiudizio qual è la soccombenza nella causa, come invece accade se non si propongono le eccezioni di merito in senso stretto.

... eccezioni in senso stretto e in senso lato: rinvio

Proprio per questo è di fondamentale importanza sapere quali eccezioni devono considerarsi riservate alla parte, e quali invece potranno essere rilevate d’ufficio. La questione, come sappiamo, è stata affrontata in più occasioni (anche di recente) dalle sezioni unite, che hanno individuato il seguente criterio: in linea generale le eccezioni sono sempre eccezioni in senso lato, a meno che la legge non le qualifichi esplicitamente come eccezioni in senso stretto, oppure il fatto integrante l’eccezione cor-

risponda agli effetti di un diritto potestativo riservato, in via di azione, all'iniziativa della parte. Solo in questi due ben precisi casi l'eccezione sarà riservata all'iniziativa della parte: così sez. un. 25 maggio 2001, n. 226 (relativa all'eccezione di giudicato, qualificata in forza del principio esposto come eccezione in senso lato); sez. un. 27 luglio 2005, n. 15661, sull'eccezione di interruzione della prescrizione, e sez. un. 7 maggio 2013, n. 10531, relativa all'eccezione di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario (al riguardo si rinvia qui alla sez. I, cap. 8, anche per una casistica relativa alle più importanti eccezioni di merito in senso stretto ed in senso lato).

Queste di cui abbiamo parlato sono dunque, nel processo ordinario di cognizione, le preclusioni legate alla comparsa di risposta, fra cui quella delle eccezioni in s.s. campeggia per importanza, poiché può decidere dell'esito della causa e, se si tratta di eccezioni di merito, con la inesorabile forza preclusiva del giudicato.

#### 4. Breve digressione: preclusioni e limiti oggettivi del giudicato

L'avvocato che ha dimenticato di sollevare in termini, cioè con la comparsa di risposta, l'eccezione in senso stretto di annullabilità del contratto (v. sez. I, cap. 8), se non fossero ancora trascorsi i 5 anni che determinano la decadenza dall'esercizio dell'azione di annullamento, potrebbe fare la seguente considerazione: "Non sono ancora passati 5 anni, io propongo un'azione di annullamento separata, e poi chiedo la riunione dei due giudizi. Male che vada, ottengo la sospensione per pregiudizialità della causa che già è pendente contro il mio assistito (*ex art. 295*), essendo l'annullamento del contratto una questione pregiudiziale rispetto alla domanda dell'attore, che ha ad oggetto la condanna all'adempimento del contratto stesso. Poi, siccome la domanda di annullamento è fondata (come lo sarebbe stata l'eccezione non tempestivamente proposta), la domanda dipendente sarà rigettata". È chiaro che se fossero già passati i 5 anni, questa soluzione sarebbe anche astrattamente improponibile. Ma se non sono ancora trascorsi i 5 anni, il convenuto potrebbe proporre una autonoma domanda di annullamento.

**Esercitazione A)**  
(accertamenti  
incidentali e limiti  
oggettivi del giudicato)

*Quid iuris?* Come si difenderà in tal caso la controparte? Cosa deciderà il giudice?

L'attore può opporsi a che la seconda azione venga riunita alla prima, perché riunirla alla prima significherebbe sostanzialmente far decidere sulla condanna all'adempimento dopo aver deciso sul vizio di annullabilità, che in quel processo non avrebbe più potuto essere conosciuto dal giudice; e quindi significherebbe sottrargli il vantaggio che aveva già legittimamente acquisito nel processo, al fine di ottenere la condanna all'adempimento, senza appunto passare attraverso la verifica di annullabilità. A fronte di questo ragionamento del convenuto nel secondo processo (che afferma che questa seconda azione, se riunita alla prima, finisce col surrogare l'assenza in atti di una tempestiva eccezione di annullabilità), formulato per opporsi alla riunione, l'attore del secondo processo, che è il convenuto del primo, potrebbe però a sua volta controbattere. In particolare questi potrebbe sostenere che in ogni caso, se non vengono riuniti i due processi,

c'è comunque l'art. 295 che impone la sospensione del processo logicamente dipendente, cioè di quello che è stato instaurato per primo in relazione alla domanda di condanna alla prestazione contrattuale e nel quale gli era ormai precluso eccepire l'annullabilità. È evidente infatti che tra una domanda di annullamento del contratto e una domanda di condanna all'adempimento esiste un nesso di pregiudizialità-dipendenza. Se questa disposizione fosse dunque applicabile, si avrebbe la sospensione del processo sulla domanda dipendente – che è proprio quella nata per prima, di condanna all'adempimento – in attesa della formazione della cosa giudicata nel processo nato per secondo di annullamento del contratto stesso. L'attore del secondo processo potrebbe quindi sostenere che la riunione è la soluzione più confacente, perché diversamente l'attore del primo non otterrebbe comunque la condanna all'adempimento, dato che il primo processo dovrà essere sospeso, e quando poi si sarà formata la sentenza di annullamento del contratto, essa sarà vincolante *ex art. 2909 c.c.* rispetto al processo di condanna all'adempimento.

Tanto premesso si provi a indossare i panni (del difensore) del creditore contrattuale (attore nel primo processo), che non vuole che il suo processo sia riunito a quello successivamente proposto, né che esso sia sospeso, e che spera che il primo processo sia deciso presto, dal momento che, non essendoci altre obiezioni se non questa ormai preclusa, conta di ottenere una sentenza di condanna.

Le norme che vengono in rilievo sono quelle degli artt. 167, 40, 274, 34 e 295 c.p.c. e il 2909 c.c.

Si noti che nel caso in esame se i processi terminassero con esiti confliggenti, non ci sarebbe un contrasto meramente teorico di giudicati: sarebbe un contrasto quasi pratico, intermedio, semi-pratico si dice (v. sez. I, cap. 6). Il contrasto è pratico quando sorge tra due sentenze di cui una riconosce un diritto e l'altra nega lo stesso identico diritto. Ad esempio, tra una sentenza che condanna Tizio a pagare per un certo contratto 1000 a Caio, e un'altra sentenza che dice che Tizio non deve pagare 1000 a Caio. Quello dell'“Esercitazione A”, invece, sarebbe un contrasto simile a quello che si verificerebbe nel caso in cui una sentenza affermi che un determinato contratto è valido in vista di una certa obbligazione, e un'altra sentenza, emanata in un diverso processo, neghi la validità di quello stesso contratto in vista di un'altra obbligazione. I due giudicati possono benissimo coesistere, solo che posano su motivazioni tra di loro contrastanti. Questa dell'esempio è dunque una via di mezzo, perché sostanzialmente si rischia di dire che quel credito deve essere pagato, ma il contratto è *ex tunc* rimosso. Le due affermazioni sono abbastanza gravemente contraddittorie dal punto di vista dei collegamenti concettuali di diritto civile. Non è proprio un contrasto pratico, però sostanzialmente si depauperava fortemente la valenza della sentenza di annullamento, perché il contratto sarebbe annullato ad ogni effetto salvo che per l'adempimento di quel credito, per il quale ci sarebbe una condanna passata in giudicato. E se magari quel credito era l'unica posizione (o la più importante posizione) nascente da quel contratto, un contratto riconosciuto viziato ed annullato avrebbe ciò non di meno la sua efficacia con riguardo al credito più importante che nasce da esso: quindi un contrasto “semi pratico”.

Il punto è che ragionando nel senso della riunione successiva (quindi non nell'ipotesi di cause cumulate ai sensi dell'art. 104), sostanzialmente si solleva la parte convenuta del primo processo da una preclusione in cui è incorsa, perché una volta riuniti i due

processi non c'è dubbio che il giudice deve decidere per prima la domanda che è stata proposta nel secondo processo, cioè quella di annullamento. E se ritiene che il contratto vada annullato, deve conseguentemente respingere l'azione di condanna all'adempimento. Non può invece il giudice dire che il vizio rileva ai fini dell'azione di annullamento ma non rileva ai fini della decisione della condanna all'adempimento: una volta riuniti i processi, l'osmosi non può essere evitata. Ecco perché l'attore del primo processo si oppone alla riunione.

La questione è dunque capire se in questo speciale caso la riunione è inammissibile; e le ragioni esaminate condurrebbero a dire che lo è. Non si riunisce, perché la decadenza che si ha nel primo processo impedisce l'osmosi.

Si pone allora un quesito ulteriore.

Che cosa ne è del secondo processo avente ad oggetto la domanda di annullamento? Va avanti o a questo punto non ha senso? Esso era stato instaurato per essere riunito; disattesa l'istanza di riunione (ed eventualmente quella di sospensione), come prosegue?

La soluzione è densa di conseguenze. Il processo avente ad oggetto la domanda di annullamento prosegue, e conduce anche all'annullamento del contratto (in ipotesi avevamo stabilito che tale pretesa fosse fondata). Se il giudicato di annullamento si forma *dopo* la formazione del giudicato di condanna all'adempimento, il contratto viene bensì annullato, ma nel senso che se c'è qualche ulteriore obbligo da adempiere in base a quel contratto, non potrà più essere chiesto, ferma restando la condanna pronunciata nel primo processo. Se invece la sentenza di annullamento passa in giudicato *prima* della sentenza di condanna all'adempimento, per coerenza con quanto abbiamo appena affermato esaminando la possibilità di riunione dei procedimenti, dovremmo dire che questa sentenza non è invocabile come decisione pregiudiziale nel processo di condanna all'adempimento, perché quello non ha più come questione pregiudiziale di merito – non l'ha mai avuta! – l'annullabilità del contratto. Questa sarebbe la soluzione rigorista. E probabilmente la maggior parte dei tribunali – e credo in prospettiva anche dei giudici di impugnazione e la Corte di cassazione – sarebbero per la tesi severa. Completando il ragionamento, affermerebbero che se il convenuto del primo processo, per una ragione scusabile, avesse omesso questa eccezione o dei fatti sottostanti da allegare nel processo, avrebbe un'unica via per rimediare: l'**art. 153, co. 2** sulla rimessione in termini. L'istanza di rimessione di termini, allorché si sia incorsi in una decadenza per causa non imputabile alla parte decaduta, sembrerebbe proprio l'unico strumento utilizzabile per sollevare ancora validamente l'eccezione di annullamento.

Quindi, esistendo questa (sola) possibilità nell'ambito del primo processo, il giudice del secondo processo non consentirebbe la riunione di questo con il primo, perché se il problema è quello di far valere l'annullamento in giudizio, al fine di paralizzare la condanna all'adempimento, la via è l'eccezione, previa, se del caso, la rimessione in termini *ex* 153, co. 2. Se, invece, interessa l'annullamento per “distruggere” quel contratto, in vista di altri contenuti, di altri effetti del contratto stesso oggetto di possibili altre future liti, nessun problema si pone. Questo secondo processo può benissimo andare avanti, e, se si arriva alla sentenza di annullamento, è chiaro che non potranno nascere altre future liti basate su quel contratto. Ma potrà invece andare senza intoppi a sentenza la prima lite, che ormai – dopo che si è formata la preclusione relativa all'eccezione di merito –

prescinde, se non c'è la rimessione in termini, da ogni considerazione sul vizio di annullabilità. Questa dunque sarebbe probabilmente la tesi prevalente in giurisprudenza.

Del resto si può ipotizzare che il secondo processo nasca dopo mesi o dopo anni, quando il primo, ormai, è in dirittura di arrivo. Non c'è dubbio, quindi, che, almeno in questi casi, qualcuno direbbe che non è possibile dilazionare la conclusione del primo processo riunendo ad esso il secondo processo che è appena nato. Potrebbe addirittura darsi che il secondo processo nasca quando il primo ha già varcato il primo grado di giudizio. Ad esempio è già stata pronunciata sentenza di condanna all'adempimento, e, pendente l'appello del primo processo, il convenuto soccombente propone separatamente un secondo processo di annullamento per vizio del volere. E non c'è dubbio che la riunione tra un processo di appello e un processo di primo grado sia impossibile, rimanendo solo aperta la via della sospensione per pregiudizialità (art. 295). Ma il primo processo ha ormai maturato l'aspettativa endoprocessuale di proseguire fino alla condanna senza essere più disturbato da questioni pregiudiziali di merito (oggetto di un secondo processo) che al suo interno non possono essere più fatte valere, perché precluse.

Si tratterebbe insomma di un vero e proprio annullamento del contratto, quello cui si giunge con la sentenza costitutiva del secondo processo. Ma questo annullamento non avrebbe efficacia sul primo processo, se ancora in corso; né avrebbe efficacia per rimuovere la sentenza definitiva del primo processo, se già resa. È quindi, in sintesi, un annullamento per tutto ciò che non tocca quel credito oggetto del primo processo.

I problemi nel caso in esame possono essere ulteriori.

Poniamo che si sia giunti a questa situazione: nel primo processo viene pronunciata una condanna all'adempimento; nel frattempo il secondo processo va avanti e giunge a una sentenza di annullamento del contratto. A questo punto, colui che è stato condannato all'adempimento – e che nel frattempo ha chiesto e ottenuto in primo grado l'annullamento – potrebbe interrogarsi sulle controprestazioni, se il contratto era un contratto a prestazioni corrispettive. Ipotizzando infatti una condanna al pagamento del prezzo, il convenuto soccombente – che ha poi in ipotesi ottenuto l'annullamento del contratto – potrebbe porsi il problema se gli sia possibile ottenere la consegna del bene. Oppure qualora il bene sia stato già consegnato, se possa far valere azioni di garanzia su questo bene, ad esempio per il caso in cui il bene sia viziato. E questo tenuto conto del fatto che nel frattempo proprio il convenuto stesso ha fatto annullare, nel secondo processo, il contratto.

Il problema è quindi il seguente: in relazione agli altri diritti, che sono in qualche modo speculari rispetto a quello relativo al pagamento del prezzo – che è stato accertato – conta di più il giudicato su quest'ultimo, o conta di più il giudicato di annullamento?

Apparentemente il giudicato di annullamento: per tutto ciò che non è pagamento del prezzo, conta l'annullamento. Però questa non è una soluzione soddisfacente. Sembra infatti più corretto ritenere che, per tutto ciò che è speculare al pagamento del prezzo (cioè per tutto ciò che è legato da sinallagma al pagamento del prezzo), il contratto deve considerarsi come se fosse valido. Poniamo che il contratto prevedesse varie consegne di beni e vari pagamenti di prezzi. Rispetto a tutti i beni e i prezzi ulteriori, dopo l'annullamento non è più possibile ottenere condanna alcuna. Ma rispetto alla consegna del bene, in relazione alla quale si è ottenuto l'accertamento del diritto al pagamento del prezzo con la relativa condanna, non si può negare che chi ha dovuto pagare avrà diritto a tutte le garanzie conseguenti alla vendita. Quindi non è solo per il credito relativo al prezzo, ma è an-

che per la prestazione consecutiva che dobbiamo ammettere che il giudicato di annullamento non sia “pieno”. Questo, almeno, secondo l'impostazione che sembra più persuasiva per questo tema, del quale, peraltro, non vi è una certezza assoluta.

I giudicati che si formano, nel caso che è stato preso ad esempio, non danno luogo ad un conflitto pratico, perché alla fine è un annullamento per tutti i diritti – o le copie di diritti/doveri – che esorbitano da quello azionato nel primo processo. Quindi si può affermare che il contratto viene in qualche modo “splittato”: quel credito ed anche il controcredito o la contro prestazione (tutto ciò, insomma, che gli è legato dal vincolo del sinallagma) vanno avanti come se il contratto fosse valido; tutto il resto, invece, viene travolto dalla sentenza di annullamento. In realtà la questione che è stata affrontata altro non è che uno dei tanti aspetti del problema dei *limiti oggettivi del giudicato* (per la cui analisi si rimanda a sez. I, cap. 5). Partendo da un problema di preclusioni all'interno del primo processo (art. 167, eccezioni di merito in senso stretto), quella che è stata compiuta è così un'esercitazione sul tema dei limiti oggettivi del giudicato; tema che però non ha una disciplina molto ampia nel codice (in Francia, ove il c.c. parla di presunzione di verità ancora meno; in Germania un po' più che da noi).

Quali sono le norme a cui ci si deve rivolgere per sapere qual è l'oggetto, la latitudine del giudicato, gli anglosassoni dicono “*the compass of the res iudicata*”, cioè la circonferenza entro cui si forma e opera il vincolo del giudicato? Ebbene, anzitutto l'art. 2909 c.c., secondo cui l'accertamento contenuto nella sentenza fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa. Il riferimento alle parti agli eredi e agli aventi causa, riguarda i limiti soggettivi. Ai limiti oggettivi si allude con la locuzione per cui il giudicato “fa stato ad ogni effetto”. La norma però non dice *su che cosa* l'accertamento verte, e quindi fa stato ad ogni effetto.

Lo si ricava un pochino da un altro articolo, l'art. 34 del c.p.c., cioè l'articolo sulle questioni pregiudiziali di merito e l'accertamento incidentale. Uno di quegli articoli di parte generale, da cui si desume che il giudice conosce *incidenter tantum* – e quindi *non* decide con efficacia di giudicato – le cosiddette questioni pregiudiziali di merito, cioè diritti soggettivi, rapporti giuridici o *status* personali che condizionano l'esistenza o la non esistenza del diritto fatto valere (v., però, per la preclusione extraprocessuale che si forma per le parti del giudizio in ordine alla nullità o non nullità del contratto azionato quando non sia stata proposta domanda *ex* art. 34, sez. I, cap. 8, ove viene dato ampiamente conto del recente orientamento delle sez. un., espresso con le sentt. nn. 26242 e 26243/2014).

Se, ad esempio, ci fosse stata quell'eccezione di annullabilità fin dalla comparsa di risposta del primo processo, il Giudice avrebbe conosciuto *incidenter tantum* dell'annullabilità, cioè senza efficacia di giudicato. Ne avrebbe tenuto conto ai soli fini di decidere conformemente la sola domanda pendente, ossia quella di condanna all'adempimento di quello, fra i vari crediti contrattuali, oggetto della lite. Quindi, l'art. 34 dice – con un discorso un pochino tortuoso – che il giudicato si forma sul *petitum*, in relazione alla *causa petendi*, e non sulle questioni pregiudiziali di merito. In particolare il giudicato non si forma, dunque, sui diritti, rapporti e *status* pregiudiziali, e ciò a meno che non ci sia una domanda di accertamento incidentale *ex* art. 34 appunto, che renderebbe il processo cumulativo. Tale domanda, infatti, farebbe sì, cioè, che sulla questione pregiudiziale di merito si innesti una nuova causa, una causa pregiudiziale, sì che il processo di cause ne

avrebbe due, e il giudicato cadrebbe su entrambe. E questa causa pregiudiziale non sarebbe altro che la causa di annullamento proposta dal convenuto. Se non la propone il convenuto, l'attore non può chiedere l'accertamento incidentale della non annullabilità del contratto. La domanda di annullamento è una domanda costitutiva che può proporre soltanto colui al quale è riferibile l'incapacità o il vizio del volere (art. 1441 c.c.). In altre parole, nel campo dell'annullabilità, la legittimazione è soltanto del soggetto a favore del quale è prevista quella forma di annullabilità, e non dell'altra parte del contratto.

Se invece il convenuto sollevasse un'eccezione di nullità – eccezione in senso lato, che può proporre anche dopo la comparsa di risposta – potrebbe anche radicare, se vuole, una domanda (riconvenzionale) di accertamento della nullità del contratto, che così diventa *thema decidendum* con efficacia di giudicato. E se non lo fa il convenuto, questa sì che è una domanda che specularmente può proporre anche l'attore, il quale può formulare una domanda di accertamento (negativo) incidentale, cioè di accertamento della *non* nullità del contratto. Questo perché nel campo della nullità e della simulazione, e nel campo dell'azione di accertamento, la legittimazione è di tutti i soggetti-parte del contratto.

Quindi, tornando alla questione principale, per i limiti oggettivi del giudicato le norme di riferimento sono contenute nell'art. 2909 c.c. e nell'art. 34 c.p.c. L'art. 34 ci fa capire che sulle questioni pregiudiziali di merito, se non c'è domanda di accertamento incidentale, non si forma il giudicato; e aggiunge: salvo che la legge non disponga altrimenti. Ci sono infatti alcuni casi – si discute quanti – di cosiddetti accertamenti incidentali *ex lege*. Casi in cui la legge dispone che, anche senza domanda di accertamento incidentale, sulla questione pregiudiziale il giudice statuisca con efficacia di giudicato, e non si limiti a una cognizione incidentale (v. sez. I, cap. 5).

**Digressione storica** ■ Il codice francese del 1806 è il “nonno” del nostro codice del 1940: in mezzo c'è solo un altro codice italiano, quello del 1865. E quello francese del 1806 è stato in vigore anche in Italia, quando e dove l'Italia era napoleonica, cioè fino al 1814-1815. Ebbene, non c'è alcuna norma simile al nostro art. 34 nel codice francese del 1806, né nel codice italiano del 1865. Questo meccanismo delle questioni pregiudiziali di merito risolte senza efficacia di giudicato è stato infatti introdotto in Italia con il codice del 1940, sotto l'influsso di un'impostazione che viene dalla Germania, dove appunto esisteva già una norma nella legge processuale tedesca, che noi abbiamo sostanzialmente ripreso nell'art. 34 c.p.c. del 1940. Questa norma dice, appunto, che sulle questioni pregiudiziali di merito non si forma il giudicato, a meno che non ci sia una domanda di accertamento incidentale. La legge processuale tedesca lo dice più chiaramente del nostro art. 34: se si legge questo articolo (l'attuale § 256 cpv.) della *Zivilprozessordnung*, infatti, si capisce meglio l'art. 34 c.p.c.

In tedesco domanda di accertamento incidentale si dice *Zwischenfeststellungsklage*, mentre non ne esiste una traduzione in francese. Direbbero in Francia che non ce n'è bisogno, perché tutte le questioni pregiudiziali di merito che il giudice francese incontra cammin facendo – se le parti ne discutono e il giudice le risolve con sufficiente cooperazione, quindi con una sufficiente riflessione in fatto e in diritto – costituiranno l'oggetto del giudicato. Là, infatti, su tutte le questioni che costituiscono il sostegno necessario (*le soutien nécessaire*) al giudicato cala l'*autorité de la chose jugée* (anche se qualche ripensamento della *Cour de Cassation* è in corso). Due Paesi vicini, dunque, come la Francia e la Germania, hanno soluzioni diversissime su questo problema dei limiti oggettivi del

giudicato. E l'Italia, che per cento anni ha seguito le orme francesi, per i successivi cento anni, più o meno, si è ispirata alla Germania, mutando su questo punto soluzione. Senonché la nostra giurisprudenza, siccome si è formata per decenni sugli orientamenti francesistici, stenta ancora oggi, dopo quasi settanta anni, ad ammettere che non si formi il giudicato sulle questioni pregiudiziali di merito anche senza una domanda di accertamento incidentale (pur se la necessità di una esplicita domanda di parte, per aversi un accertamento con efficacia di giudicato della nullità del contratto, è stata di recente riconosciuta dalle sez. un. n. 14828/2012, e ribadita – al postutto – dalle successive sentt. nn. 26242 e 26243/2014, che non per nulla valorizzano al massimo la domanda *ex art.* 34, inutile se il giudicato si formasse sempre e comunque sulla validità del rapporto contrattuale fondamentale: v. cap. 8, sez. I). La giurisprudenza, insomma, di sentenza in sentenza (ma forse una svolta si avrà oggi, dopo i chiari recenti interventi delle sez. un.), continua tralattivamente ad abbeverarsi alle fonti francesiste di un sistema che voleva che su tutte le questioni costituenti il sostegno necessario del *decisum* calasse l'autorità del giudicato; ed è attraversata tuttora da una corrente che tende a ritenere che il giudicato si formi su tutti i passaggi della decisione che ne sono stati, appunto, il "sostegno necessario".

## 5. *La costituzione delle parti in giudizio*

Analizzati i primi scritti difensivi delle parti ed il loro contenuto possiamo tornare al processo di primo grado e a come questo si svolge. Siamo agli inizi di un percorso che non durerà mai meno di un anno e mezzo, spesso lambendo i tre-sei anni.

La costituzione delle parti in giudizio

Con la notificazione dell'atto di citazione il processo è pendente e conseguentemente si verificano tutti gli effetti di natura processuale e sostanziale che da questa pendenza derivano (v. sez. III, cap. 5). Tuttavia l'autorità giudiziaria non è ancora al corrente della controversia in corso.

La *costituzione in giudizio* è l'attività mediante la quale le parti rendono edotto l'ufficio giudiziario davanti al quale è stato instaurato il giudizio della pendenza della causa, depositando i propri scritti difensivi e i documenti. Esse normalmente si costituiscono, entro dei termini ben precisi (v. oltre) per mezzo del difensore che le rappresenta in giudizio. Come vedremo meglio più avanti, se nessuna delle parti si costituisce nei termini per essa rispettivamente previsti, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo e, se nessuna parte riassume il processo entro tre mesi dal termine per la costituzione del convenuto, questo si estingue (artt. 171 e 307, co. 1 e 2; v. oltre).

Gli atti del processo sono di norma compiuti dal difensore, ad eccezione di quelle specifiche attività riservate alla parte personalmente (come, ad es., l'interrogatorio c.d. "libero" previsto dall'art. 117). Si ricordi poi che vi sono dei casi in cui le parti possono stare in giudizio personalmente: v. sez. IV, cap. 2.

A seguito della costituzione la parte è formalmente presente nel processo e re-

sta presente per l'intero grado di giudizio, anche se concretamente il difensore ometta di svolgere attività. Nel caso in cui la parte si sia costituita in giudizio a mezzo del difensore, sarà questi a divenire destinatario delle notificazioni e delle comunicazioni rivolte al cliente.

**Costituzione dell'attore** | L'ipotesi normale prevista dal codice è che il primo a costituirsi in giudizio sia l'attore, nel termine di dieci giorni dalla notificazione della citazione al convenuto, ovvero nel termine di cinque giorni nel caso di abbreviazione dei termini. Se i convenuti sono più di uno, il termine di dieci giorni decorre dalla prima notificazione, come ribadito dalle sez. un., con sent. n. 10864 del 18 maggio 2011 (che ha così confermato il più recente indirizzo giurisprudenziale, assai restrittivo; indirizzo peraltro non condiviso dalla giurisprudenza più risalente – sino al 1997 – e dalla maggioranza della dottrina, che invece propende per la soluzione più liberale secondo cui il termine per la costituzione tempestiva dell'attore decorre, nel caso di più convenuti, dall'ultima notificazione).

La *costituzione in giudizio dell'attore* avviene in concreto mediante il deposito, presso la cancelleria del tribunale presso il quale si è citato a comparire il convenuto, della nota d'iscrizione a ruolo insieme al proprio fascicolo, che contiene, oltre all'originale dell'atto di citazione (recante in calce la relazione dell'avvenuta notificazione), la procura e i documenti che l'attore ha scelto di depositare già in questa fase iniziale del giudizio.

La *nota d'iscrizione a ruolo* è un documento nel quale sono indicati sinteticamente gli estremi della causa – le parti, l'oggetto del giudizio, etc. – e che deve essere presentato al cancelliere affinché la causa sia iscritta nel ruolo generale degli affari contenziosi civili (artt. 71 e 72 disp. att.). Si tratta di un registro tenuto dalla cancelleria nel quale sono indicati tutti i processi pendenti presso quell'ufficio giudiziario. Le cause vengono annotate secondo un ordine cronologico con i nomi delle parti e una sommaria descrizione dell'oggetto della causa. Con l'iscrizione al ruolo, alla causa viene assegnato un numero che ne consentirà la rapida individuazione. A tal fine su tutti gli atti successivi le parti indicheranno, appunto, il numero di R.G. (Ruolo Generale). Da questo momento la causa può dirsi oltre che pendente anche incardinata presso l'ufficio giudiziario competente. All'atto dell'iscrizione a ruolo la parte dovrà depositare la ricevuta del versamento del contributo unificato, che a partire dal 2002 ha sostituito le tasse d'iscrizione a ruolo, i bolli e i diritti di cancelleria, ed il cui importo è determinato sulla base del valore della causa, che deve essere sempre indicato nella parte conclusiva dell'atto introduttivo.

**Costituzione del convenuto** | Il convenuto, che non voglia incorrere nelle specifiche decadenze elencate dagli artt. 38 e 167, deve a sua volta costituirsi in giudizio, almeno venti giorni prima dell'udienza indicata nell'atto di citazione (**art. 166**), fatto salvo il differimento secondo quanto disposto dall'art. 168-*bis*, co. 5. Se però, pur essendosi costituito l'attore, egli sceglie di restare estraneo al processo – e quindi non solo di non costituirsi tempestiva-

mente, ma di non costituirsi affatto – il giudice, dopo aver verificato che non vi siano state irregolarità nella notificazione dell’atto di citazione o nella *vocatio in ius*, alla prima udienza dichiara la sua contumacia (art. 171, ult. co., e artt. 290 e 291: v. oltre).

Riguardo alle modalità di costituzione (tanto per l’attore quanto per il convenuto) l’art. 83, co. 3 come modificato dalla riforma del 2009 ha previsto la possibilità che la *costituzione avvenga “attraverso strumenti telematici”*. In concreto questo significa che gli atti che dovranno essere depositati in cancelleria (v. *supra*) verranno invece redatti in formato elettronico (pdf), firmati dall’avvocato mediante apposizione della firma digitale (v. cap. 13), e poi trasmessi a mezzo posta elettronica certificata alla cancelleria del tribunale (v. sempre cap. 13). Ebbene, il legislatore della riforma ha previsto la possibilità che questa costituzione in via telematica possa avvenire anche se il cliente sia sprovvisto della c.d. firma digitale, necessaria per rilasciare la procura su di un documento informatico (art. 83, co. 3). In questo caso il cliente rilascerà procura su carta (ossia firmando normalmente il documento cartaceo che gli viene sottoposto), ed il difensore provvederà a farne copia informatica (scansionando il foglio, dunque), che autenterà come conforme all’originale mediante l’apposizione della sua firma digitale, e provvederà ad inviare in via telematica insieme agli altri atti componenti il fascicolo di parte. La legge n. 228/2012 (c.d. Legge di stabilità 2013) ha poi previsto, con decorrenza al 30 giugno 2014, l’obbligatorietà del deposito per via telematica di tutti gli atti processuali (ma delle parti costituite: da ciò si argomenta che il primo atto difensivo di ciascuna parte non richiede necessariamente tale modalità: v. cap. 13).

La costituzione  
in giudizio attraverso  
strumenti telematici

Sin qui abbiamo esaminato l’ipotesi “base” in cui il primo a costituirsi in giudizio è l’attore. Se però il convenuto si costituisce in termini, l’attore ha la facoltà di costituirsi sino alla prima udienza, senza incorrere in particolari decadenze.

Se dunque l’attore sceglie di *non* costituirsi nel termine, il convenuto ha due possibilità. In primo luogo può scegliere di costituirsi in giudizio in ogni caso nel termine, depositando in cancelleria non solo il proprio fascicolo unitamente ai documenti che intende offrire in comunicazione già in questa fase iniziale, ma anche la nota d’iscrizione a ruolo (insieme alla ricevuta del versamento del contributo unificato). Il convenuto sceglierà questa via tutte le volte in cui non voglia rischiare di incorrere nelle decadenze previste dalla legge, vedendo poi compromessa la propria possibilità di difesa (qualora infatti l’attore riassuma il giudizio, secondo una parte della giurisprudenza, il convenuto non potrà proporre per la prima volta in detta sede domande riconvenzionali o sollevare eccezioni non rilevabili d’ufficio: v. così formalisticamente Trib. Salerno, 6 giugno 2009). In questo caso l’attore può costituirsi sino alla prima udienza (art. 171, co. 2): se però non si costituisce neppure in tale udienza, il giudice ne dichiara la contumacia, ordina la cancellazione della causa dal ruolo e il processo si estingue immediatamente, a meno che il convenuto non chieda che il giudizio sia proseguito (art. 290).

In alternativa il convenuto – mancando la costituzione dell’attore – può de-

cidere a sua volta di non costituirsi. In questa ipotesi non si svolgerà alcuna udienza innanzi al giudice, perché la causa non è mai stata iscritta al ruolo dell'ufficio giudiziario davanti al quale pende e dunque nessun giudice è stato designato. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 171, co. 1, e 307, co. 1, il processo rimane quiescente, e può essere riassunto entro tre mesi dal termine per la costituzione in giudizio del convenuto. Analogo epilogo ha il processo nel caso in cui l'attore si costituisca oltre il termine, e il convenuto non si sia costituito: all'udienza il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo e il processo resta quiescente tre mesi a partire, questa volta, dalla data del provvedimento di cancellazione. In caso di mancata riassunzione entro tre mesi, il processo si estingue ai sensi dell'art. 307, co. 2. È infine possibile che attore e convenuto si costituiscono entrambi tardivamente. In questo caso, secondo la giurisprudenza, il processo potrà ugualmente proseguire (ferme però per il convenuto le decadenze di cui agli artt. 38 e 167), se emerge la comune volontà delle parti di dare impulso al processo. Al contrario il giudice dovrà cancellare la causa dal ruolo tutte le volte che il convenuto si sia (tardivamente) costituito limitandosi ad eccepire la tardiva costituzione dell'attore, senza difendersi nel merito.

La nomina del giudice istruttore e il rinvio della prima udienza

Compiuta l'iscrizione della causa a ruolo il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio (nel quale vanno inserite la nota d'iscrizione a ruolo; la copia dell'atto di citazione; delle comparse e delle memorie delle parti; nonché i processi verbali d'udienza; i provvedimenti del giudice; gli atti d'istruzione e la copia del dispositivo delle sentenze: art. 168; i documenti depositati dalle parti, invece, verranno inseriti nel fascicolo di ciascuna parte, che è un sotto-fascicolo di quello d'ufficio). Il fascicolo d'ufficio è immediatamente presentato al presidente del tribunale, il quale designa – con decreto apposto in calce alla nota d'iscrizione a ruolo – il giudice istruttore davanti al quale debbono comparire le parti. Il presidente del tribunale può scegliere di procedere egli stesso all'istruzione della causa. Se il tribunale è diviso in più sezioni, egli assegna la causa ad una di esse, e sarà il presidente di sezione a designare il giudice istruttore.

Finora abbiamo descritto il normale *iter* di accesso alla giustizia: chiunque ritenga che un proprio diritto sia stato violato da altri potrà – nei modi descritti – chiedere l'intervento dell'A.g.o. a tutela della propria situazione soggettiva di vantaggio. Le parti però potrebbero ritenere più conveniente tentare di addivenire ad una soluzione della lite che eviti loro un processo lungo e costoso (questo è ormai un dato di fatto). A tal fine l'ordinamento appronta una serie di strumenti per la risoluzione delle controversie senza l'intervento dell'A.g.o. Tali strumenti si suddividono in autonomi (dove il contenuto dell'atto cui è affidata la risoluzione della lite è determinato dalle parti stesse: ad es. il contratto di transazione, art. 1965 c.c.), ed eteronomi (dove invece la determinazione del contenuto dell'atto è demandata ad un terzo: da es. il procedimento di conciliazione di cui al d.lgs. n. 179/2007, per la risoluzione delle controversie tra investitori e intermediari finanziari).