

L'ATTO DI CITAZIONE (E IL RELATIVO REGIME DI NULLITÀ)  
LA COMPARSA DI RISPOSTA, LA CHIAMATA E  
L'INTERVENTO IN CAUSA NEL NUOVO RITO CIVILE

Relatore:

dott.ssa Concetta PAPPALARDO  
giudice del Tribunale di Catania

Sommario: 1. Premessa – 2. L'introduzione del processo ed il contenuto dell'atto di citazione – 3. Il nuovo regime delle nullità della citazione: a) i vizi relativi alla vocatio in ius ed il regime delle sanatorie (art. 164, 1°, 2° e 3° comma c.p.c.); b) i vizi relativi alla editio actionis ed il regime delle sanatorie (art. 164, 4°, 5° e 6° comma c.p.c.); c) cenni sulle conseguenze in appello dell'omessa sanatoria delle nullità della citazione – 4. La costituzione del convenuto – 5. Il contenuto della comparsa di risposta: a) le attività previste dall'art. 167, primo comma, c.p.c.; b) la disciplina delle domande riconvenzionali prevista nell'art. 167, secondo comma, c.p.c.; c) la disciplina della chiamata di un terzo in causa da parte del convenuto prevista negli artt. 167, terzo comma, c.p.c. e 269, secondo comma, c.p.c. – 6. La chiamata di un terzo in causa da parte dell'attore – 7. Costituzione e poteri del chiamato – 8. L'intervento volontario dei terzi – 9. L'intervento iussu iudicis.

## 1. Premessa.

Il quadro normativo che si presenta oggi all'interprete, in relazione al contenuto degli atti introduttivi del giudizio civile di cognizione ordinario di primo grado, e più in generale in relazione alla posizione dell'attore, del convenuto e dei terzi intervenienti o chiamati in giudizio, appare estremamente complesso, atteso che in un brevissimo arco temporale si sono succeduti numerosi interventi normativi che hanno introdotto significative novità rispetto all'impianto originario della l. n. 353/90.

In particolare, dopo la conversione nella legge n. 673/94 del d.l. 7/10/94 n. 571 (che faceva seguito ad altri cinque decreti non convertiti) (1), si sono succeduti, nell'arco di pochi mesi, il d.l. del 21/4/95 n. 121, (che ha introdotto il sistema del c.d. doppio binario per cui il nuovo rito non si applica ai processi pendenti alla data del 30/4/95, fatte salve le norme d'immediata applicazione in tutti i giudizi ai sensi dell'art. 90 della l. 353/90 come da ultimo novellato), il d.l. del 21/6/95 n. 238, il d.l. del 9/8/95 n. 347, – tutti e tre decaduti per mancata conversione in legge, – ed infine, ultimo di una serie che parrebbe ormai conclusa, il d.l. 18/10/95 n. 432, convertito con modificazioni nella recentissima legge 20/12/1995 n. 534, (pubblicata nella G.U.R.I. n. 296 del 20/12/1995), con la quale il legislatore sembra voler porre fine alla lunga stagione della decretazione d'urgenza sul processo civile.

La disciplina positiva risultante da tali numerose modifiche impone quindi all'interprete la "rivisitazione" della intera fase preparatoria del processo civile di primo grado come ridisegnata dal legislatore, e richiede un'estrema attenzione alla norma positiva, a prescindere da opzioni ideologiche di sorta, in vista della coerente ricostruzione del nuovo sistema processuale civile.

In termini estremamente sintetici, può affermarsi che l'ambizioso intento perseguito dal legislatore del '90, risultante dall'esame dei lavori preparatori, era stato quello di incrementare la concentrazione e l'efficienza del processo civile di primo grado attraverso l'introduzione di un sistema di preclusioni, tale da consentire una netta distinzione tra la fase di introduzione-trattazione,

destinata alla proposizione delle domande, all'allegazione dei fatti, alla loro qualificazione giuridica ed all'individuazione del thema decidendum, e la fase istruttoria, destinata all'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione, sulla scorta delle prove costituite e/o costituende offerte dalle parti (2).

In seguito alle recenti modifiche, – (introdotte sulla scorta delle perplessità avanzate da quanti avevano denunciato l'esistenza di una posizione di squilibrio tra attore e convenuto e soprattutto avevano denunciato l'eccessiva gravosità delle preclusioni) –, il rigido sistema preclusivo originariamente previsto dalla l. 353/90, pur rimanendo inalterato nelle sue linee di fondo, risulta, per un verso, "ammorbidito", mediante la previsione di maggiori e più ampie scansioni temporali anteriori all'operatività delle preclusioni per le parti, e, per altro verso, "diluito", mediante la previsione di una ulteriore netta scissione tra la fase – (in effetti logicamente anteriore a tutte le successive attività delle parti e del giudice) – di proposizione della domanda, e la fase di trattazione vera e propria della causa.

Basti pensare, con specifico riferimento alle innovazioni relative alla fase introduttiva ed al sistema delle preclusioni, all'introduzione della nuova udienza di prima comparizione delle parti (art. 180 c.p.c.), normalmente destinata ad attività assolutamente preliminari e rigidamente distinta dalla udienza di trattazione, alla modifica del contenuto della comparsa di risposta (art. 167 c.p.c.); al riconoscimento in capo alle parti della piena libertà di precisare e modificare le domande eccezioni e conclusioni anche senza autorizzazione del giudice (art. 183 commi 4 e 5 c.p.c.), all'ampliamento della sfera d'operatività dell'art. 184 bis c.p.c. (3).

Ciò implica che l'interpretazione del contenuto delle norme dedicate agli atti introduttivi del processo di primo grado, deve oggi essere effettuata in costante riferimento alle nuove "scansioni" processuali e temporali previste dal legislatore del '95 per l'operare delle preclusioni, e con l'obiettivo di riportare coerenza sistematica nell'ambito di un sistema che, in seguito alle recenti novelle, ispirate da logiche del tutto diverse da quelle fatte proprie dal legislatore del '90, pone all'interprete delicati problemi di coordinamento normativo e di razionalizzazione complessiva del processo.

Sul piano metodologico, attesa la complessità e la novità dei problemi interpretativi posti dalla recentissima disciplina, lo scopo principale della presente indagine è quello di segnalare, senza alcuna pretesa di completezza, alcuni dei principali aspetti problematici che nel nuovo sistema si pongono in relazione alla fase introduttiva del processo.

## 2. L'introduzione del processo ed il contenuto dell'atto di citazione.

La riforma ha mantenuto inalterato il tradizionale sistema della citazione a comparire ad udienza fissa, e non ha modificato i termini e le modalità previste dall'art. 165 c.p.c. per la costituzione in giudizio dell'attore, mentre ha razionalizzato e semplificato la disciplina dei termini a comparire, prevedendo un termine libero a comparire non minore di sessanta giorni, se il luogo di notificazione si trova in Italia, e non minore di centoventi giorni, se il luogo di notificazione si trova all'estero, ferma restando la possibilità di abbreviazione di detti termini, a richiesta delle parti e nei casi previsti dall'art. 163 c.p.c..

È stata tuttavia riconosciuta la possibilità in capo al Giudice Designato, a norma dell'art. 168 bis c.p.c., di differire l'udienza indicata nell'atto di citazione sino ad un massimo di 45 gg., (il termine va considerato meramente ordinatorio), con decreto da emettersi entro cinque giorni dalla presentazione del fascicolo, che va comunicato dal Cancelliere alle parti costituite.

Tale temperamento al sistema tradizionale d'introduzione del processo ad udienza fissa, che aveva il preciso scopo di porre il Giudice Istruttore in condizione di effettuare l'effettiva trattazione del processo, nella prima udienza di trattazione disciplinata dall'art. 183 c.p.c. nella sua originaria formulazione, è apparso ai primi commentatori della c.d. "controriforma" del '95 di scarsa utilità pratica, data la minore complessità degli incumbenti da espletare nella prima udienza di

comparizione delle parti, disciplinata dall'art. 180 c.p.c., come novellato dalla l. n. 534/95, tanto che ci si è chiesti se, in seguito alle recenti modifiche, residui ancora un margine di applicabilità concreta dell'art. 168 bis u.c..

In proposito, va, tuttavia, osservato che l'art. 168 bis, u.c., c.p.c. non ha subito modificazioni da parte del legislatore del 95, e quindi, anche in seguito all'introduzione della nuova udienza di prima comparizione ex art. 180 c.p.c., deve considerarsi ancora in vigore, non sussistendo i presupposti previsti dall'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale per ritenere implicitamente abrogata la norma in esame. Ne consegue che, ove sia effettivamente necessario in relazione al carico del ruolo, il Giudice Istruttore potrà ancora far uso della facoltà di differimento della prima udienza.

D'altra parte, la facoltà di differimento sembra mantenere una sua utilità concreta in vista di una migliore gestione dell'udienza, tanto più ove si ritenga che l'elencazione dei compiti attribuiti al G.I., nell'udienza di cui all'art. 180 c.p.c., non sia tassativa, e che sia possibile adottare anche provvedimenti diversi da quelli espressamente previsti dall'art. 180 c.p.c., la cui elencazione non pare affatto esaustiva. Pur non potendo approfondire tale problematica che sarà oggetto di altre relazioni, è opportuno accennare, ad esempio, tra le attività di natura preliminare non espressamente previste dall'art. 180 c.p.c., che nulla vieta di effettuare, in limine litis, nel corso prima udienza, alla notifica della domanda riconvenzionale all'attore rimasto contumace, o ad altro convenuto anch'egli contumace; ovvero, tra i tanti provvedimenti di varia natura che, secondo l'interpretazione che appare preferibile, appare possibile adottare all'esito della prima udienza, si pensi ai provvedimenti ex art. 648 c.p.c., – che le prime indicazioni espresse in giurisprudenza ritengono concedibili in tale sede (3 bis) –, o ancora ai provvedimenti ex art. 649 c.p.c., o ancora alle ordinanze ex art. 186 bis e ter c.p.c. o infine ai provvedimenti cautelari in corso di causa.

Fermo restando il mantenimento del tradizionale sistema introduttivo del processo civile, va osservato che, per quanto attiene più specificamente al contenuto dell'atto di citazione, l'unica modifica apportata dalla riforma è stata quella relativa all'art. 163 c.p.c., terzo comma n. 7, a norma del quale la citazione deve contenere sia l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di 20 gg. prima dell'udienza indicata nell'atto di citazione, ovvero nel termine di 10 gg. prima in caso d'abbreviazione dei termini a comparire (ai sensi dell'art. 163 bis c.p.c.), ed a comparire innanzi al Giudice Designato ai sensi dell'art. 168 bis c.p.c., sia, soprattutto, l'avvertimento che la costituzione oltre il suddetto termine comporta le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c..

La mancanza dell'avvertimento da ultimo indicato, – che secondo l'opinione preferibile può esser validamente espresso in forma sintetica, anziché con l'esplicita menzione delle decadenze comminate dall'art. 167 c.p.c., – è espressamente sanzionata dal successivo art. 164 c.p.c. sul piano della nullità della citazione per vizio afferente alla *vocatio in ius*.

La sanzione di nullità conseguente all'omissione dell'avvertimento suddetto è frutto di una scelta discrezionale del legislatore, che trovava la sua ratio giustificativa piena nell'originario sistema della l. 353/90 attese le gravi conseguenze ricollegate alla tardività della costituzione del convenuto, (in virtù dell'originaria formulazione dell'art. 167 c.p.c.), mentre oggi può, forse, apparire sovradimensionata alla luce della attenuazione del regime delle preclusioni previste a carico del convenuto. D'altra parte, nei procedimenti che iniziano con ricorso l'avvertimento in esame non è previsto, non essendo annoverato né tra gli elementi da inserire nel ricorso introduttivo (arg. ex art. 125 c.p.c.), e nemmeno nel contenuto del decreto di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti emesso dal Giudice. E la Corte Costituzionale con le sentenze n. 61 del 22/4/88 e n. 347 del 29/10/87, pronunziandosi sull'analogo problema postosi nel rito del lavoro ove non è previsto alcun avvertimento di questo tipo sia pure a fronte di un sistema di preclusioni ben più rigido di quello attualmente in vigore per il processo ordinario di cognizione, ha escluso il contrasto con l'art. 24 Cost. in virtù del principio della legale conoscenza della norma legislativa.

Tale sanzione resta, comunque, giustificata nel nuovo sistema processuale dalla opportunità che il convenuto sia immediatamente avvertito della necessità di approntare una tempestiva difesa, alla

luce delle residue decadenze comminatigli dall'art. 167 c.p.c. nuova formulazione, nel caso in cui si costituisca tardivamente.

La portata fortemente innovativa della riforma sul contenuto dell'atto di citazione si coglie appieno, tuttavia, a prescindere dalle limitate modifiche testuali soprarrichiamate, soltanto laddove si correli il contenuto dell'art. 163 c.p.c., per un verso, con la nuova disciplina delle nullità dell'atto introduttivo prevista dall'art. 164 c.p.c. (ed in particolare con la previsione delle due nuove ipotesi di nullità costituite dalla mancanza dei requisiti di cui ai nn. 4 e 7 dell'art. 163 c.p.c.), e, per altro verso, in una prospettiva dinamica, con il regime di preclusioni di merito previsto dal novellato art. 183 terzo e quarto comma e con il regime delle preclusioni istruttorie risultante dall'art. 184 c.p.c.. Tralasciando l'esame di quest'ultimo aspetto che è oggetto di altre relazioni, deve quindi procedersi all'analisi del nuovo regime di nullità dell'atto di citazione previsto dall'art. 164 c.p.c..

### 3. Il nuovo regime delle nullità dell'atto di citazione.

Le modifiche introdotte dalla l. 353/90 all'art. 164 c.p.c. hanno radicalmente innovato la previgente disciplina dettata in tema di nullità dell'atto di citazione, razionalizzandola in conformità ai voti espressi dalla dottrina e dalla giurisprudenza, a fronte delle gravi incongruità manifestatesi nel vecchio sistema.

Com'è stato efficacemente osservato, la ratio della riforma espressa nei lavori preparatori è quella secondo cui il processo deve mirare alla decisione di merito della domanda e l'absolutio ab instantia deve costituire un evento eccezionale, legittimo solo quando inevitabile (4).

Va, innanzitutto, rilevato che sono state previste due nuove fattispecie invalidanti, e cioè l'omissione dell'avvertimento ex art. 163, terzo comma, n. 7 e la mancanza dell'esposizione dei fatti di cui all'art. 163 terzo comma n. 4.

Il legislatore del 90 ha, poi, aggregato la disciplina dei vizi dell'atto di citazione per categorie omogenee, imperniando il nuovo regime delle nullità sulla netta distinzione tra i vizi che afferiscono, rispettivamente, alle due funzioni tradizionalmente riconosciute alla citazione, e cioè quella di atto diretto all'instaurazione del contraddittorio (*vocatio in ius*) e quella di atto diretto all'esercizio del diritto d'azione (*editio actionis*) (5).

L'art. 164 c.p.c. disciplina, infatti, nei primi tre commi, i vizi relativi alla *vocatio in ius*, e negli ultimi tre commi, i vizi relativi alla *editio actionis*, introducendo un complesso regime di sanatoria, con efficacia *ex tunc* per i primi, e con efficacia *ex nunc* per i secondi.

La complessità della nuova disciplina ed i nuovi problemi interpretativi che essa pone rendono opportuno analizzare partitamente le due categorie di vizi, ed il relativo regime di sanatoria.

#### A) Vizi relativi alla *vocatio in ius* e relative sanatorie (art. 164, 1°, 2° e 3° comma, c.p.c.)

Le nullità afferenti alla *vocatio in ius*, – costituite dall'omissione o dall'incertezza del giudice adito, dell'attore o del convenuto, dal mancato rispetto dei termini a comparire, dalla mancata indicazione dell'udienza di comparizione o dall'omissione dell'avvertimento ex art. 163 n. 7, – vengono disciplinate nei primi tre commi dell'art. 164 c.p.c., in modo analogo a quanto previsto dall'art. 291 c.p.c., in tema di nullità della notificazione dell'atto di citazione (che non è stato modificato dalla riforma).

Entrambi i vizi di cui agli art. 164 e 291 c.p.c. vanno normalmente rilevati e sanati nella prima udienza di comparizione delle parti, disciplinata dall'art. 180 primo comma c.p.c., che, nelle previsioni del legislatore del 95, è appunto il "luogo deputato" al rilievo di tali questioni preliminari. In termini generali, per le nullità relative alla *vocatio in ius* sono previste due fattispecie sananti con effetto retroattivo, e cioè: 1) la valida rinnovazione della citazione da parte dell'attore nel termine perentorio all'uopo fissato dal Giudice, 2) la costituzione spontanea del convenuto.

Le ipotesi vanno esaminate partitamente.

Sub 1) A norma dell'art. 164, secondo comma, c.p.c., il giudice, laddove il convenuto non si sia costituito, rileva ex officio la nullità, ed ordina la rinnovazione della citazione entro un termine perentorio all'uopo fissato all'attore, (che, ai sensi dell'art. 307 c.p.c., non può essere inferiore ad un mese né superiore a sei mesi).

Seppure la norma non lo precisi espressamente, è di tutta evidenza che il Giudice Istruttore dovrà fissare anche l'udienza di prosecuzione del processo, per la quale il convenuto verrà citato a comparire in seguito alla rinnovazione della citazione nulla. Tale udienza, che nel sistema originario della l. 353/90 equivaleva, a tutti gli effetti, alla prima udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c. (6), oggi, in seguito all'introduzione della udienza di prima comparizione delle parti, prevista dall'art. 180 c.p.c., come novellato dalla l. 534/95, non può che equivalere, a tutti gli effetti, a quella di prima comparizione delle parti di cui all'art. 180 c.p.c..

Invero, attesa la netta differenziazione tra le attività processuali esperibili rispettivamente nelle due udienze di prima comparizione e di trattazione, voluta dal legislatore del 95, e tenuto conto che all'udienza successiva all'ordine di rinnovazione della citazione si ripropone nuovamente al Giudice il compito di verificare se la rinnovazione è regolarmente avvenuta o meno, appare nettamente preferibile l'interpretazione secondo cui la nuova udienza fissata per la sanatoria dei vizi afferenti alla vocatio in ius deve considerarsi quella prevista dall'art. 180 c.p.c., e non già la successiva udienza di trattazione nel merito prevista dall'art. 183 c.p.c..

Diversamente opinando, infatti, per un verso, dovrebbe ritenersi che il Giudice, oltre ad ordinare la rinnovazione dell'atto di citazione nullo ed a fissare l'udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c., debba altresì assegnare il termine perentorio previsto dal cpv. dell'art. 180 c.p.c. ad un convenuto, che non è costituito in giudizio a fronte di un atto di citazione nullo; e per altro verso, si verrebbe a creare una evidente disparità di trattamento tra il convenuto non costituito e quello tempestivamente costituitosi, che, nell'ipotesi disciplinata dal terzo comma dell'art. 164 c.p.c., e cioè a fronte di due vizi particolarmente gravi afferenti alla vocatio, ha, invece, diritto (come meglio si esporrà più avanti) alla fissazione di una nuova udienza di prima comparizione nel rispetto dei termini.

Se l'attore effettua ritualmente la rinnovazione, quest'ultima ha efficacia sanante con efficacia retroattiva, e gli effetti della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione, sia sotto il profilo processuale, sia sotto il profilo sostanziale. Se, invece, la rinnovazione non viene effettuata, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo ed il processo si estingue ai sensi dell'art. 307, terzo comma, c.p.c..

Ciò posto, va osservato che, in pratica, potrebbero verificarsi due eventualità non espressamente regolate dalla legge, e cioè, per un verso, può accadere che l'attore effettui la rinnovazione della citazione oltre lo scadere del termine perentorio fissato dal Giudice, e per altro verso, può accadere che l'attore effettui la rinnovazione con atto di citazione a sua volta viziato.

Nel primo caso, secondo parte della dottrina (7), la rinnovazione tardiva avrebbe ugualmente efficacia sanante (e quindi si esclude l'estinzione del processo o l'emaneazione di una sentenza di rigetto in rito), ma la sanatoria opererebbe soltanto con efficacia ex nunc, dal momento della seconda notifica; secondo altra parte della dottrina (8), invece, attesa la perentorietà del termine assegnato dal G.I., ex art. 164 secondo comma, l'effetto estintivo si verificherebbe comunque, ma l'estinzione andrebbe sempre eccepita dal convenuto che si costituisca, prima di ogni altra sua difesa, ai sensi dell'art. 307 quarto comma c.p.c., altrimenti l'effetto sanante si dispiega appieno.

Di fronte alla espressa previsione testuale circa la perentorietà del termine assegnato dal G.I., ai sensi dell'art. 164 2° comma c.p.c., e tenuto conto che corollario dell'inutile decorso di ogni termine perentorio è la decadenza della parte dal potere di compiere l'atto, sembra preferibile la tesi da ultimo citata.

Nella seconda ipotesi in esame, e cioè rinnovazione viziata, secondo parte della dottrina,(9), andrebbe esclusa la possibilità di esperire una nuova rinnovazione valida, mentre secondo altri autori (10), la rinnovazione è a sua volta rinnovabile.

Seppure la soluzione del problema suscita qualche perplessità, sembra preferibile l'interpretazione che consente la rinnovazione, sulla base del rilievo, difficilmente superabile, secondo cui, laddove la rinnovazione sia stata effettuata con atto a sua volta nullo, il Giudice che rileva la nullità è comunque obbligato a disporre la rinnovazione dell'atto nullo, e non potrebbe, quindi, limitarsi ad emettere una sentenza di rigetto in rito.

Sub 2) La costituzione spontanea del convenuto sana sempre i vizi relativi alla *vocatio in ius*, con efficacia retroattiva, impedendone il rilievo *ex officio*.

La sanatoria è destinata ad operare comunque con effetto *ex tunc*, quale che sia il momento processuale in cui avviene la costituzione del convenuto, ma la posizione di quest'ultimo va differenziata a secondo che la costituzione sia avvenuta tempestivamente (o comunque entro la prima udienza di comparizione delle parti) ovvero in un momento successivo alla prima udienza di comparizione delle parti.

Se la costituzione del convenuto è tempestiva, o comunque avviene entro la prima udienza di comparizione, infatti, l'art. 164, terzo comma, c.p.c., riconosce al convenuto, il quale eccepisce la nullità della citazione, la possibilità di chiedere la fissazione di una nuova udienza nel rispetto dei termini, nei soli casi di mancanza dell'avvertimento di cui al n. 7 dell'art. 163 c.p.c. e di inosservanza del termine a comparire, mentre, a fronte degli altri vizi afferenti alla *vocatio in ius*, la norma nulla prevede.

L'art. 164 terzo comma c.p.c., quindi, impone una piena ed automatica rimessione in termini del convenuto soltanto in presenza di due dei vizi della citazione, mentre, in presenza degli altri vizi, pur sempre relativi alla *vocatio in ius*, il convenuto non ha diritto alla rifissazione della nuova udienza, ed i vizi dell'atto introduttivo restano sanati. La diversità di disciplina, prevista dalla norma in esame, – apparsa irrazionale a taluni autori (11) –, sembra trovare spiegazione nella circostanza che solo l'esistenza dei due vizi sopraindicati può effettivamente impedire al convenuto di approntare tempestivamente la propria difesa. Va, comunque, segnalato che altra parte della dottrina (12) aveva già prospettato la possibilità di applicare in via estensiva (*rectius*) analogica l'art. 294 c.p.c. anche nei confronti del convenuto (che, si badi, nel caso in esame è costituito) e che deduca che il vizio contenuto nell'atto di citazione gli ha impedito l'effettivo svolgimento delle proprie difese. La novella dell'art. 184 bis c.p.c., che oggi è applicabile a fronte del maturare di tutte le preclusioni a carico delle parti costituite, sembra oggi consentire di suggerirne l'applicazione anche nell'ipotesi presa in esame, senza forzature interpretative dell'art. 294 c.p.c., al fine di ovviare alla denunciata diversità di trattamento e di ridimensionare la rilevanza del problema segnalato.

Va poi osservato che, sulla scorta della formulazione letterale della norma e tenuto conto della *ratio ad essa sottesa* che implica appunto la piena rimessione in termini del convenuto, non pare seriamente dubitabile che l'udienza cui si riferisce il terzo comma dell'art. 164 c.p.c., sia quella di prima comparizione delle parti *ex art. 180 c.p.c.*, con riferimento alla quale, andranno collocate le preclusioni previste a carico del convenuto dagli artt. 166, 167 e 180, ultimo comma, c.p.c..

Se la costituzione del convenuto avviene tardivamente, (e ciò naturalmente presuppone che il G.I. non abbia rilevato tempestivamente la nullità) l'efficacia sanante con effetto retroattivo è destinata a prodursi ugualmente, con conseguente operare delle preclusioni a carico del convenuto.

Com'è stato rilevato in dottrina, infatti, nel nuovo regime, la costituzione tardiva del convenuto non è mai equiparabile alla sua costituzione tempestiva o comunque avvenuta non oltre la prima udienza, con la conseguenza che in tal caso, sinanche in presenza dei due vizi relativi all'omissione dell'avvertimento *ex art. 163 n. 7 c.p.c.* ed al mancato rispetto del termine a comparire, il convenuto costituitosi tardivamente non può beneficiare automaticamente della rimessione in termini prevista dall'art. 164 terzo comma c.p.c..

In tal caso, tuttavia, sulla base del necessario coordinamento tra la disciplina in esame e quella dettata dall'art. 294 c.p.c., il convenuto potrà ottenere dal Giudice Istruttore la rimessione in termini, e comunque potrà eccepire la nullità e chiedere la rinnovazione ai sensi dell'art. 162 c.p.c. di tutti

gli atti medio tempore compiuti ai quali la nullità si estende in virtù del principio di cui all'art. 159 c.p.c..

E ciò, tenuto conto dell'orientamento espresso in passato dalla S.C., in ossequio al principio del contraddittorio ed al principio d'effettività del diritto alla difesa, dovrebbe comportare anche la rinnovazione dell'eventuale attività istruttoria nelle more espletata (cfr. Cass. n. 2654/75).

La portata innovativa della nuova disciplina in tema di vizi relativi alla vocatio in ius è rilevantissima, atteso che la previsione di fattispecie sananti con effetto retroattivo (e cioè la rinnovazione dell'atto e la costituzione del convenuto) consente la salvezza degli effetti sia processuali che sostanziali della domanda sin dal momento della prima notificazione di un atto di citazione, valido in quanto esercizio dell'azione, ma viziato solo in relazione alla chiamata in giudizio.

Per cogliere gli effetti pratici della novella è sufficiente ricordare, in questa sede, la enorme rilevanza sostanziale che si ricollega ai c.d. effetti sostanziali e processuali della domanda. A fini meramente esemplificativi, si possono richiamare, tra gli effetti processuali della domanda: la perpetuatio iurisdictionis, la litispendenza, la perpetuatio legitimationis, l'impedimento del passaggio in giudicato nel caso di citazione in appello; tra gli effetti sostanziali c.d. "conservativi": la sospensione della prescrizione, l'impedimento della decadenza, l'opponibilità della sentenza agli aventi causa che abbiano trascritto dopo la trascrizione della domanda con efficacia retroattiva; tra gli effetti sostanziali c.d. "attributivi": la restituzione dei frutti da parte del possessore di buona fede, ed, infine, tra gli effetti sostanziali che si producono in seguito all'esercizio giudiziale del diritto: l'interruzione della prescrizione, l'impugnazione del licenziamento ecc. (13).

B) Vizi relativi alla editio actionis e relative sanatorie (art. 164, ultimi tre commi, c.p.c.).

I vizi relativi alla editio actionis, previsti a pena di nullità dal quarto comma dell'art. 164 c.p.c., riguardano l'omissione o l'assoluta incertezza del requisito previsto dal n. 3 del terzo comma dell'art. 163 c.p.c. (e cioè la determinazione della cosa oggetto della domanda), e la mancanza dell'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda, di cui all'art. 163, terzo comma, n. 4 c.p.c..

Si tratta di vizi che si riflettono sulla stessa individuabilità della domanda oggetto del giudizio, in quanto afferiscono rispettivamente al petitum ed alla causa petendi, rendendo l'atto inidoneo ad individuare il diritto che si vuol far valere.

La ratio sottesa alla nuova formulazione della norma che prevede, a pena di nullità, l'obbligo per l'attore di esporre in seno alla citazione i fatti costitutivi del diritto fatto valere, va pur sempre individuata, anche in seguito alla "diluizione" del sistema delle preclusioni, nella esigenza di completezza degli atti introduttivi voluta dal legislatore del '90, sia allo scopo di fissare il thema decidendum innanzi al Giudice sin dalle prime battute del processo, sia allo scopo di consentire al convenuto di esporre compiutamente le proprie difese sin dal primo atto introduttivo, ai sensi dell'art. 167, primo comma, c.p.c..

Venendo all'esame della disciplina positiva, va osservato, innanzitutto, che il legislatore, con l'innovativa previsione della mancata esposizione dei fatti, di cui al n. 4 dell'art. 163 c.p.c., non ha sanzionato sul piano della nullità anche l'assoluta incertezza di tali fatti, né la mancata esposizione degli elementi di diritto, (in ossequio al principio iura novit curia) né, infine, il mancato inserimento delle conclusioni.

Tuttavia, a fronte di ipotesi in cui l'assoluta incertezza finisca con l'identificarsi con la mancata esposizione dei fatti, e soprattutto laddove non sia possibile, sia pure previo esame dell'intero contenuto dell'atto (cfr. Cass. 6512/83), individuare le conclusioni, secondo parte della dottrina, non potrà prescindere dall'applicazione dell'art. 156 c.p.v. c.p.c., data l'inidoneità dell'atto al raggiungimento dello scopo cui è destinato (14). Va, poi, osservato che in relazione al vizio conseguente alla mancata esposizione dei fatti, diventa rilevante la distinzione, evidenziata da tempo dalla migliore dottrina (15), tra diritti autodeterminati (si tratta dei diritti che non possono

sussistere più volte simultaneamente tra gli stessi soggetti con lo stesso contenuto di cui sono esempio tipico i diritti reali), per i quali il fatto costitutivo non è necessario per la loro individuazione, e diritti eterodeterminati (si tratta dei diritti che invece possono sussistere simultaneamente più volte tra gli stessi soggetti di cui esempio tipico sono i diritti obbligatori), per i quali, invece, il fatto costitutivo è indispensabile per la loro concreta identificazione.

Secondo parte della dottrina, (16) infatti, la sanzione della nullità andrebbe ravvisata solo per la mancata esposizione dei fatti costitutivi in relazione ai diritti eterodeterminati, mentre la mancata esposizione dei fatti costitutivi dei diritti autodeterminati comporterebbe, al più, in caso di mancata sanatoria, il rigetto nel merito della domanda per difetto di prova.

Secondo altra dottrina, (17), le regole sulla nullità dovrebbero trovare applicazione generalizzata rispetto ad entrambe le categorie, non soltanto in considerazione della formulazione letterale della norma e della possibile incertezza che può sorgere in pratica circa il discrimine tra le due categorie, ma soprattutto, in considerazione di quella terza funzione riconosciuta all'atto di citazione come "atto preparatorio dell'udienza", che in un processo regolato attraverso un sistema di preclusioni più o meno rigide per le parti, implica il pieno rispetto dell'esigenza pubblicistica di assicurare l'effettiva trattazione del giudizio sin dalle prime battute.

A differenza dei vizi relativi alla *vocatio*, quelli inerenti alla *editio actionis*, pur essendo sempre rilevabili *ex officio* dal Giudice, data la loro natura, non possono essere sanati dalla mera costituzione del convenuto, risultando necessaria, in ogni caso, un'ulteriore attività da parte dell'attore.

La sanatoria di tali vizi opera, quindi, sempre con efficacia *ex nunc*, dal momento della rinnovazione o dell'integrazione dell'atto nullo, che costituiscono le due fattispecie sananti previste dal legislatore, rispettivamente, a fronte della avvenuta costituzione o della contumacia del convenuto, (cui può aggiungersi, in applicazione del principio generale *ex art. 156 terzo comma c.p.c.*, l'ipotesi in cui a fronte della costituzione del convenuto, il successivo svolgimento del contraddittorio tra le parti abbia consentito di chiarire i fatti su cui la domanda si fonda).

L'art. 164 quinto comma, *c.p.c.*, infatti, impone al Giudice di rilevare in ogni caso *ex officio* la nullità e di ordinare all'attore la rinnovazione della citazione, ovvero, se il convenuto si è costituito, di integrare la domanda entro un termine perentorio.

Tali adempimenti hanno effetto sanante *ex nunc*, e quindi lasciano salvi i diritti quesiti medio tempore dal convenuto, mentre resta irrilevante a tal fine, sia il momento in cui si costituisce il convenuto, sia il momento in cui il Giudice rileva la nullità, atteso che a fronte di una domanda non oggettivamente identificabile, l'accertamento della nullità implica quella che è stata definita una sorta di "rimessione in termini di tutte le parti", e quindi, un'inevitabile regressione del processo alla fase iniziale (18).

Se l'attore non adempie all'ordine di rinnovazione della citazione, poiché il quinto comma dell'art. 164 *c.p.c.* diversamente dal secondo comma di tale disposizione, non prevede espressamente la cancellazione della causa dal ruolo e la conseguente estinzione del processo, si pone il problema di verificare quali siano le conseguenze da ricollegare all'omissione della rinnovazione della citazione prevista dal quinto comma dell'art. 164 *c.p.c.*

Secondo alcuni autori, le ipotesi di cui al secondo ed al quinto comma dell'art. 164 *c.p.c.* andrebbero nettamente differenziate, risultando impossibile applicare analogicamente il secondo comma alla diversa ipotesi disciplinata nel quinto comma attesa la diversità di formulazione letterale della norma, con conseguente necessità di concludere il processo con una sentenza di rigetto in rito attesa la decadenza maturatasi in capo all'attore per il decorso del termine perentorio (19).

Secondo altri autori, invece, l'inutile decorso del termine perentorio assegnato per la rinnovazione comporterebbe l'estinzione immediata del processo, ai sensi dell'art. 307, terzo comma, *c.p.c.*, che com'è noto prevede l'estinzione del processo ove le parti alle quali spetta di rinnovare la citazione

non vi abbiano provveduto entro il termine perentorio stabilito dalla legge o dal Giudice che dalla legge sia autorizzato a fissarlo (20).

In proposito va osservato che le due tesi non sembrano inconciliabili, in quanto se è vero che la fattispecie in esame rientra nell'ambito d'applicazione dell'art. 307, terzo comma, c.p.c., poiché ai sensi dell'art. 307, quarto comma, c.p.c., l'estinzione deve essere eccepita dal convenuto prima di ogni altra difesa, nel caso in esame, ove il convenuto non si costituisca e non eccepisca l'estinzione, il processo, a fronte della mancata sanatoria di un vizio della citazione afferente all'*editio actionis*, non può che concludersi con una sentenza di rigetto in rito della domanda.

Si perviene, così, a parificare le conseguenze della mancata rinnovazione a quelle conseguenti alla mancata integrazione dell'atto di citazione nel caso di convenuto costituito. In quest'ultimo caso, infatti, deve sempre pervenirsi all'emanazione della sentenza in rito, non sussistendo i presupposti per l'applicazione analogica dell'art. 307 c.p.c. (che si limita a sanzionare la mancata rinnovazione). Circa le modalità della rinnovazione della citazione, prevista per il caso in cui il convenuto non si sia costituito, va osservato che, in presenza di un vizio come quelli in esame che impedisce al convenuto di prendere posizione sulla domanda, l'attore deve provvedere alla notifica dell'atto rinnovato, mentre, in considerazione della gravità dei vizi afferenti alla *editio actionis* e della necessità di consentire al convenuto una effettiva difesa, non pare seriamente dubitabile che la nuova udienza fissata dal Giudice debba considerarsi a tutti gli effetti come la "nuova" prima udienza di comparizione ex art. 180 c.p.c., e, quindi, che gli artt. 166 e 167 devono applicarsi con riferimento a detta udienza, che andrà fissata nel rispetto del termine a comparire.

Circa le modalità dell'integrazione della citazione, nel caso di convenuto costituitosi, l'ultimo comma dell'art. 164 c.p.c., dispone testualmente che "il giudice fissa l'udienza ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 183 e si applica l'art. 167".

A sua volta l'art. 183 ultimo comma c.p.c., come da ultimo novellato dalla l. 534/95, prevede che "Se richiesto il Giudice fissa un termine perentorio non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie contenenti precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte. Concede altresì alle parti un successivo termine perentorio non superiore a trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dall'altra parte e per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande ed eccezioni medesime. Con la stessa ordinanza il Giudice fissa l'udienza per i provvedimenti di cui all'art. 184 c.p.c.".

La norma dell'ultimo comma dell'art. 164, è subito apparsa agli interpreti di difficile esegesi già nel sistema originario della l. 353/90, (essendo immediatamente sembrato erroneo il riferimento all'udienza prevista dall'ultimo comma dell'art. 183 c.p.c.), e ne erano state propuginate diverse interpretazioni correttive. In particolare, per taluni (21), doveva ritenersi che il legislatore, nonostante l'infelice formulazione testuale, avesse voluto semplicemente prevedere la necessità della fissazione di una nuova udienza, oltre che di un termine perentorio in capo all'attore, equivalente sotto ogni profilo alla prima udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c. originaria formulazione. Per altri, (22), l'integrazione della citazione doveva avvenire secondo le modalità previste dall'ultimo comma dell'art. 183 c.p.c., e cioè mediante lo scambio delle memorie e nei termini perentori ivi previsti.

In seguito alla ulteriore dilatazione della fase iniziale del processo, attraverso l'introduzione della netta scissione tra udienza di prima comparizione ed udienza di trattazione, la questione appare viepiù complicata, atteso che logica ed esigenze di parità di trattamento imporrebbero di riservare alle parti un analogo trattamento nelle due ipotesi di rinnovazione e di integrazione della domanda nulla, sia pure tenuto conto che in questo secondo caso la anteriorità della costituzione del convenuto, rende del tutto inutile una nuova *vocatio in ius*.

Pur nella consapevolezza della opinabilità della soluzione, sembra potersi affermare che, – atteso il richiamo espresso alle modalità previste dall'art. 183 u.c. c.p.c., e poiché si è già instaurato il contraddittorio pieno tra le due parti entrambe ritualmente costituite, – il Giudice debba assegnare un termine perentorio non superiore a trenta giorni all'attore per integrare la citazione, mediante

deposito di una memoria, e debba concedere al convenuto un successivo termine perentorio, non superiore ad ulteriori trenta giorni, per il deposito di una memoria di replica, nella quale quest'ultimo potrà effettuare tutte le proprie attività difensive senza incorrere nelle decadenze previste dall'art. 167 c.p.c., (come novellato) che è espressamente dichiarato applicabile dall'art. 164 u.c. c.p.c., fissando al contempo un'udienza che equivarrà, comunque, alla udienza di prima comparizione prevista dall'art. 180 c.p.c., all'esito della quale potrà essere ancora assegnato il termine perentorio previsto dal c.p.v. della norma da ultimo citata al convenuto, per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili ex officio.

In altri termini, la disposizione di rinvio contenuto nell'ultimo comma dell'art. 164 c.p.c., secondo cui "il Giudice fissa l'udienza ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 183 c.p.c.", sembra possa essere interpretata, al fine di coordinare le due norme, con esclusivo riferimento alle concrete modalità previste dalla seconda disposizione, e cioè allo scambio di memorie tra l'attore ed un convenuto, che, in quanto è già ritualmente costituito in giudizio non ha bisogno di effettuare un'ulteriore costituzione nel rispetto del termine di cui all'art. 166 c.p.c., ferma restando, tuttavia, la impossibilità di comminare al convenuto, sul piano sostanziale, le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c., espressamente dichiarato applicabile dall'art. 164 c.p.c. (che testualmente recita "e si applica l'art. 167 c.p.c."). L'udienza da fissare ex art. 164 u.c. c.p.c. non può che essere, però, la prima udienza prevista dall'art. 180 c.p.c., poiché, altrimenti, si priva il convenuto che si sia ugualmente costituito nonostante la citazione nulla per vizi inerenti all'editio actionis, della facoltà di proporre le eccezioni in senso proprio nel termine perentorio di cui all'art. 180, ultimo comma, c.p.c.

L'interpretazione proposta, (pur sempre correttiva del disposto testuale di cui all'ultimo comma dell'art. 164 c.p.c.), seppure implica una lieve contrazione dello spatium temporale concesso al convenuto costituito per approntare le proprie difese senza incorrere nelle decadenze comminatigli dall'art. 167 c.p.c., rispetto a quello non costituito, trova plausibile giustificazione nella considerazione che, appunto, in caso d'integrazione della citazione, il convenuto è già costituito in giudizio, e, quindi, è già tecnicamente assistito, ed è perfettamente in grado di espletare compiutamente la propria difesa nel contraddittorio pieno, anche se in tempi più ristretti. D'altra parte, ciò appare francamente possibile senza che possa lamentarsi alcuna sostanziale violazione del diritto alla difesa, tanto più laddove si consideri che, in seguito a quella che è stata definita la "controriforma" del sistema processuale civile, le residue attività previste a pena di decadenza dalla nuova formulazione dell'art. 167 c.p.c., (e quindi quelle attività da compiersi nella memoria) sono soltanto la chiamata di un terzo in causa e la proposizione della domanda riconvenzionale.

Inoltre, tale interpretazione individua l'udienza successiva all'integrazione della citazione come quella di prima comparizione, – e ciò in considerazione della soprarichiamata necessità che, a fronte di vizi inerente all'editio actionis, il processo ricominci da capo regredendo alla fase preliminare, – e consente di pervenire ad una sostanziale equiparazione tra la posizione del convenuto costituito e quella del convenuto contumace, a fronte dei vizi inerenti alla editio actionis, atteso che entrambi, all'esito della udienza di prima comparizione, vengono a trovarsi nella medesima posizione processuale e possono ancora usufruire del termine di cui al cpv. dell'art. 180 c.p.c., per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili ex officio.

Da ultimo va osservato che la mancata integrazione della citazione nulla per vizi relativi all'editio actionis comporterà, in ogni caso, l'emanazione di una sentenza di rigetto in rito della domanda nulla.

La mancata integrazione della citazione, infatti, non rientra tra i casi espressamente previsti dall'art. 307 c.p.c., la cui elencazione è considerata tassativa, con la conseguenza che, nell'impossibilità di applicazione analogica di tale disposizione, e tenuto conto che, nel caso in esame, il convenuto è costituito, dovrà pervenirsi all'emanazione di una sentenza di rigetto in rito della domanda nulla (con ogni conseguenziale pronunzia anche in punto di spese).

C) Cenni sulle conseguenze in Appello dell'omessa sanatoria delle nullità della citazione

Ragioni di completezza espositiva impongono, infine, prima di passare all'esame della posizione del convenuto nella fase introduttiva del processo, di accennare brevemente alle conseguenze che comporta in appello, l'omesso rilievo ex officio e l'omessa sanatoria delle due categorie di nullità dell'atto di citazione, previste nell'art. 164 c.p.c.

Anche in relazione a tale aspetto dell'indagine, conviene distinguere le nullità relative alla citazione come atto di vocatio in ius dalle nullità relative alla citazione come atto di editio actionis, risultando del tutto diversa la disciplina riservata alla suddette categorie in sede di gravame.

In relazione alla prima categoria, va innanzitutto esaminata l'ipotesi in cui sia stato omesso il rilievo della nullità dell'atto di citazione per vizi inerenti alla vocatio in ius da parte del Giudice di primo grado che, nella contumacia del convenuto, abbia ugualmente deciso nel merito.

Premesso che il convenuto che vi abbia interesse, (e quindi che sia rimasto soccombente in primo grado) può certamente far valere in sede di gravame la nullità dell'atto di citazione, (in base al principio di conversione dei motivi di nullità in ragioni di gravame ed atteso che la nullità non sanata della citazione è destinata a riverberarsi sulla sentenza, ex art. 159 primo comma c.p.c.), appare nettamente preferibile l'opinione, espressa dalla maggioranza della dottrina, secondo cui il giudice d'appello, attesa la tassatività dei casi di rimessione al primo giudice previsti dall'art. 354 c.p.c., deve dichiarare la nullità e, – previa rinnovazione degli atti nulli del procedimento di primo grado ed eventuale rimessione in termini, ove richiesta, – pronunciarsi nel merito della domanda proposta, in applicazione del principio generale di cui all'ultimo comma dell'art. 354 c.p.c..

Alla medesima soluzione sembra doversi pervenire, in forza della tassatività dei casi di rimessione innanzi al giudice di primo grado previsti dall'art. 354 c.p.c., (che non pare suscettibile di applicazione analogica), anche nell'eventuale (e più improbabile) ipotesi in cui il Giudice di primo grado in presenza dei vizi relativi alla editio actionis, non abbia disposto la rinnovazione della citazione ed abbia soltanto dichiarato la nullità della stessa.

In relazione alla seconda categoria, va osservato che le conseguenze in sede di gravame dell'omesso rilievo e sanatoria della nullità della citazione per i vizi relativi alla editio actionis, data la natura di tali vizi, sono radicalmente diverse.

Premesso che si tratta di eventualità difficilmente realizzabile in pratica (perché appare oltremodo improbabile che il giudice di primo grado, nella contumacia del convenuto, o comunque, omettendo di disporre la rinnovazione della citazione nel caso di convenuto costituito, abbia pronunciato su una domanda oggettivamente non identificabile), il giudice d'appello non può che pervenire alla mera dichiarazione della nullità, con conseguente sentenza di absolutio ab instantia, dichiarativa della nullità della sentenza e dell'intero procedimento.

Ogni diversa soluzione urta, infatti per un verso, con il divieto di proposizione di domande nuove in secondo grado ai sensi dell'art. 345 c.p.c., e, per altro verso, con la tassatività dei casi di rimessione al primo giudice ex art. 354 c.p.c., ed oltretutto appare di scarsa utilità per la parte dato che l'effetto sanante dei vizi relativi all'editio si produce soltanto ex nunc.

#### 4. La costituzione del convenuto.

La legge di riforma del processo civile (l. n. 353/90), ha profondamente innovato la previgente disciplina in tema di costituzione del convenuto, modificando l'art. 166 c.p.c., il quale, nella sua nuova formulazione, prevede che il convenuto deve costituirsi almeno venti giorni prima dell'udienza fissata nell'atto di citazione, o almeno dieci giorni prima nel caso d'abbreviazione dei termini, ex art. 163 bis secondo comma c.p.c., ovvero almeno venti giorni prima dell'udienza fissata ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 168 bis c.p.c. (secondo l'integrazione apportata dalla l. n. 673/94), depositando in Cancelleria il proprio fascicolo contenente la comparsa di risposta, con la copia della citazione notificata, la procura ed i documenti che offre in comunicazione.

La ratio sottesa alla anticipazione del termine di costituzione, alla luce dell'originario disposto degli artt. 167 e 183 c.p.c., era quella di porre le parti ed il giudice in condizione di trattare la causa alla prima udienza di trattazione, in ossequio al c.d. principio d'effettività della trattazione, mentre oggi, in seguito alla novella, l'anticipazione del termine di costituzione a venti giorni prima dell'udienza di prima comparizione, è apparsa eccessiva ai primi commentatori, in rapporto all'attività da espletare nella prima udienza, ed alla diversa scansione delle preclusioni prevista nel corso del processo.

Per quanto attiene ai termini previsti per la costituzione del convenuto dall'art. 166 c.p.c., è opportuno segnalare due questioni interpretative, che appaiono di grande rilevanza pratica nell'ambito di un sistema, qual'è quello attuale, caratterizzato dall'esistenza di preclusioni, sia pure attenuate rispetto all'impianto originario della l. 353/90.

Va, innanzitutto, osservato che l'art. 166 c.p.c., a differenza dell'art. 163 bis c.p.c., non definisce libero il termine per la costituzione del convenuto, talché, nel silenzio del legislatore sul punto, ed in applicazione del principio generale previsto dall'art. 155 c.p.c., è opinione prevalente che il termine non può considerarsi libero, con la conseguenza che nel calcolo non si computa il giorno iniziale, mentre si computa quello finale. L'interpretazione sul punto è analoga all'opinione maggioritaria formatasi in relazione al termine di cui all'art. 416 c.p.c. nel rito del lavoro, (Cass. 92/4034), sulla quale tuttavia, è opportuno ricordare che non sono mancate divergenze anche in seno al S.C..

Il computo di detto termine, inoltre, va effettuato a ritroso, a partire cioè dal giorno dell'udienza, che non deve essere conteggiato, mentre deve invece computarsi il giorno finale, e cioè quello in cui avviene la costituzione del convenuto.

Va, altresì, segnalato, che il dies a quo dal quale decorre il termine perché possa considerarsi tempestiva la costituzione in giudizio del convenuto, – in mancanza di un'espressa previsione sul punto nell'art. 166 c.p.c., che, per contro, disciplina espressamente l'ipotesi di differimento dell'udienza da parte del Giudice ai sensi dell'art. 168 bis c.p.c., – resta quello indicato nell'atto di citazione, anche se la prima udienza dovesse svolgersi in un giorno diverso da quello indicato in citazione perché il G.I. non tiene udienza, ai sensi degli artt. 168 bis, quarto comma, c.p.c. e 82 disp. att. c.p.c..

È, infine, opportuno rammentare che la riforma ha mantenuto fermo il potere di ciascuna delle parti di costituirsi in udienza, ove l'altra parte si sia costituita tempestivamente, entro il termine per essa previsto, aggiungendo tuttavia che in tal caso restano ferme per il convenuto le decadenze di cui all'art. 167 (cfr. art. 171 c.p.c.).

Nel nuovo sistema processuale civile scandito da preclusioni, il mantenimento della possibilità per l'attore di costituirsi tardivamente ai sensi dell'art. 171 secondo comma c.p.c., ove il convenuto si sia costituito nel termine a lui assegnato, mentre non provoca alcuna conseguenza negativa per l'attività difensiva l'attore, priva, invece, il convenuto della possibilità di visionare il fascicolo dell'attore e le produzioni documentali ivi contenute, con possibile lesione del suo diritto alla difesa, date le preclusioni che maturano a suo carico ai sensi degli artt. 166 e 167 c.p.c..

In proposito può, innanzitutto, osservarsi che il convenuto, in mancanza della tempestiva costituzione dell'attore, potrebbe evitare di costituirsi, con la conseguenza che il G.I. dovrà ordinare la cancellazione della causa dal ruolo ai sensi del combinato disposto degli artt. 171 e 307 c.p.c., ovvero, potrebbe costituirsi tardivamente al solo fine di eccepire la tardività delle rispettive costituzioni, con le medesime conseguenze, data la mancata accettazione del contraddittorio (23).

Qualora, comunque, il convenuto si sia costituito tempestivamente, e la mancata visione del fascicolo abbia effettivamente leso le sue possibilità difensive, (si pensi alla possibilità di proporre domanda riconvenzionale) al fine di evitare un possibile contrasto con l'art. 24 Cost., non resterebbe che applicare in suo favore l'art. 184 bis c.p.c., come novellato.

## 5. Il contenuto della comparsa di risposta.

Premessi tali brevi cenni sulle modalità ed i termini di costituzione del convenuto, deve, adesso, esaminarsi il contenuto della comparsa di risposta, previsto nell'art. 167 c.p.c..

Com'è noto, il legislatore del 90 aveva introdotto significative modifiche all'art. 167 c.p.c., imponendo al convenuto, in limine litis, di proporre, a pena di decadenza, sia le eventuali domande riconvenzionali, sia la chiamata di un terzo in causa sia le eccezioni processuali e di merito non rilevabili ex officio.

Tale disposizione, d'importanza centrale nell'originario sistema di preclusioni rigide previsto dalla l. 353/90, – (e sulla quale si erano incentrate le critiche di coloro che avevano denunciato l'esistenza di un forte squilibrio tra le posizioni dell'attore e del convenuto, lamentando l'intollerabile compressione del diritto di difesa di quest'ultimo specie con riferimento alla disciplina delle eccezioni in senso proprio), – è stata modificata in modo significativo dal legislatore del 95, il quale, lasciando invariati il primo e terzo comma, ha novellato il secondo comma, eliminando l'obbligo per il convenuto di proporre nella comparsa di costituzione, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili ex officio ed introducendo una disciplina in tema di nullità della domanda riconvenzionale specularmente a quella della nullità della domanda principale.

La modifica dell'art. 167 c.p.c., che va letta in stretta correlazione a quella introdotta nell'art. 180 c.p.c., implica uno slittamento delle preclusioni previste per il convenuto, che in seguito alla novella, non operano più tutte con riferimento alla prima udienza, bensì alcune con riferimento alla tempestiva costituzione, (ex artt. 166, 167 e 171 c.p.c.) altre con riferimento ad un momento compreso tra l'udienza di prima comparizione e quella di trattazione, (e cioè entro il termine perentorio di cui all'art. 180 u.c.), ed altre, infine, con riferimento alle successive fasi processuali progressivamente scandite dal legislatore della riforma (l'udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c. e quella ex art. 184 c.p.c.).

Più precisamente, per quanto attiene alle attività difensive da effettuarsi a pena di decadenza in seno alla comparsa di risposta, va osservato che nel nuovo sistema, le uniche attività che il convenuto ha l'onere di compiere nella comparsa di risposta ex art. 167 c.p.c., ed al contempo nel rispetto del termine previsto per la tempestiva costituzione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 166, 167, 171 e 269 c.p.c., sono la proposizione della domanda riconvenzionale e la chiamata di un terzo in causa.

Ed, infatti, seppure è vero che nella comparsa di risposta, in virtù di altre espresse previsioni di legge, devono essere sollevate a pena di decadenza anche altre eccezioni, e segnatamente, l'eccezione d'incompetenza per territorio derogabile (art. 38 secondo comma c.p.c.), e l'eccezione di difetto di giurisdizione nei confronti del convenuto straniero (art. 4 l. 31/5/95 n. 218), tuttavia, in seguito alle modifiche dell'art. 167 e dell'art. 180 c.p.c., tali eccezioni processuali non rilevabili ex officio sono da ritenersi proponibili, se inserite nella comparsa di risposta, anche ove il convenuto si costituisca tardivamente, purché entro il termine di cui all'art. 180 u.c. (24).

È solo con lo spirare del termine da ultimo indicato, infatti, che matura per il convenuto la preclusione relativa alla proposizione di eccezioni processuali e di merito non rilevabili ex officio.

Ciò posto, e tralasciando l'esame degli ulteriori momenti processuali cui si ricollega l'operare delle altre preclusioni, poste a carico del convenuto, che sarà oggetto di altre relazioni, appare opportuno esaminare analiticamente il contenuto dei tre commi del nuovo art. 167 c.p.c., ed i problemi interpretativi sottesi alla nuova disciplina.

A) Le attività previste nell'art. 167, primo comma, c.p.c.

Il primo comma dell'art. 167 c.p.c., rimasto invariato, prevede che il convenuto deve proporre tutte le sue difese, prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicando i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, e formulando le conclusioni.

Tutte queste attività non sono espressamente previste a pena di decadenza, diversamente da quanto previsto per quelle indicate nei successivi commi. Può osservarsi, tuttavia, che, mentre per i mezzi di prova la decadenza è espressamente collocata temporalmente in un momento processuale successivo (cfr. art. 184 c.p.c.), e per le eccezioni processuali e di merito la decadenza matura nel termine perentorio fissato dal Giudice Istruttore a norma dell'art. 180 c.p.c., le mere difese e le conclusioni non sono assoggettate a preclusione espressa, da parte del legislatore.

Ne deriva che, o si ritiene di desumere anche per le mere difese una preclusione implicita derivante dal sistema, quanto meno sino al momento in cui è possibile effettuare deduzioni istruttorie, (25); ovvero, diversamente opinando, si pone il problema di disciplinare le conseguenze di un'eventuale contestazione successiva da parte del convenuto di fatti originariamente non contestati, e quindi inizialmente non abbisognevole di prova da parte dell'attore in quanto non controversi.

A tale problematica, di grande complessità teorica e di evidente rilevanza pratica, in questa sede può soltanto accennarsi, in quanto ha specifica attinenza al tema delle preclusioni, ed il suo esame si colloca in momenti logicamente e cronologicamente successivi rispetto alla fase introduttiva del processo.

Può solo osservarsi che, laddove si ritengano possibili tali contestazioni, la loro tardività, da un lato, può essere negativamente valutata ai sensi dell'art. 116 c.p.c., e dall'altro, può implicare l'applicazione dell'art. 184 bis c.p.c. in favore dell'attore che chieda di essere rimesso in termini dopo il maturare a suo carico delle eventuali preclusioni istruttorie.

B) La disciplina delle domande riconvenzionali prevista nell'art. 167, secondo comma, c.p.c.

Il secondo comma dell'art. 167 c.p.c., come novellato, prevede l'obbligo per il convenuto di proporre le eventuali domande riconvenzionali, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta, e, in ossequio al principio della parità delle armi, disciplina espressamente la nullità della domanda riconvenzionale per vizi attinenti alla editio actionis, prevedendone la rinnovazione che avrà efficacia ex nunc dal momento della integrazione disposta dal Giudice, anche ex officio, entro un termine perentorio, (e cioè con salvezza dei diritti acquisiti e delle decadenze già maturatesi), in termini analoghi a quelli previsti dall'art. 164 c.p.c..

Tale disciplina suggerisce alcune considerazioni.

Innanzitutto, va osservato che il necessario coordinamento della norma in esame con l'art. 292 c.p.c., implica necessariamente che il convenuto debba effettuare la notifica della domanda riconvenzionale validamente proposta nella comparsa di costituzione all'attore che non si sia costituito e sia stato dichiarato contumace alla prima udienza (cfr. art. 171 c.p.c.), chiedendo all'uopo termine al Giudice Istruttore, il quale dovrà fissare una nuova udienza, che, in tal caso, dovrebbe essere direttamente l'udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c., atteso che, per un verso, a norma del quarto comma di tale disposizione, l'attore non subisce preclusioni e può ancora proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della riconvenzionale, e, per altro verso, nel caso in esame, la riconvenzionale è stata validamente e tempestivamente proposta dal convenuto.

Va, poi osservato che oggi la domanda riconvenzionale viziata viene assoggettata al regime delle nullità e non già a quello dell'inammissibilità, essendo stata espressamente prevista la possibilità d'integrazione di tale domanda con efficacia ex nunc entro un termine perentorio che il giudice è tenuto a fissare anche ex officio, così come previsto per la domanda proposta in via principale dall'art. 164 c.p.c..

Anche in questo caso, tuttavia, poiché non maturano preclusioni di sorta in capo all'attore, ex art. 183 quarto comma c.p.c., nulla sembra ostare a che l'udienza successiva all'ordine d'integrazione della riconvenzionale nulla, sia direttamente l'udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c., che il G.I. provvederà a fissare assegnando contestualmente al convenuto anche il termine ex art. 180 u.c. c.p.c. per la proposizione di eccezioni in senso stretto avverso la domanda proposta in via principale.

Il legislatore, analogamente a quanto sopraesposto in ordine all'art. 164 c.p.c., non ha disciplinato nell'art. 167 c.p.c., le conseguenze dell'omissione dell'integrazione della domanda riconvenzionale nulla per vizi afferenti all'editio actionis nel termine perentorio assegnato al convenuto.

La soluzione preferibile, analogamente a quanto si è già affermato in relazione alla nullità della citazione per vizi afferenti all'editio actionis (v. supra pagg. 17 e segg.), è quella secondo cui in caso di mancata integrazione dovrà rigettarsi la domanda riconvenzionale in rito. Tale soluzione, peraltro, è anche l'unica prospettabile atteso che, nel caso in esame, diversamente da quello di cui all'art. 164 c.p.c., non può certo pervenirsi all'estinzione del processo, perché la nullità afferisce solo alla riconvenzionale e non alla domanda principale, mentre è d'obbligo rilevare che, comunque, la riconvenzionale potrà sempre essere riproposta con separato giudizio.

Va, infine, osservato che la disciplina in esame dovrebbe trovare applicazione, mutatis mutandis, anche nell'ipotesi di domanda d'accertamento incidentale proposta ex art. 34 c.p.c..

C) La disciplina della chiamata di un terzo in causa da parte del convenuto prevista dagli artt. 167, terzo comma, c.p.c. e 269, secondo comma, c.p.c.

Ai sensi del combinato disposto del terzo comma dell'art. 167 e del secondo comma dell'art. 269 c.p.c., infine, se il convenuto vuole chiamare in causa un terzo deve farne dichiarazione, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta e chiedere al Giudice lo spostamento della prima udienza allo scopo di consentire la citazione del terzo nel rispetto dei termini minimi a comparire. Il G.I., entro 5 giorni dalla richiesta, provvede con decreto a fissare la data della nuova udienza. Il decreto è comunicato dal Cancelliere alle parti costituite. La citazione è notificata al terzo a cura del convenuto.

Va osservato in primo luogo, che, seppure si tratta di una eventualità di difficile realizzazione pratica data la necessità di rispettare il termine a comparire per il terzo, nulla osta a che il convenuto, ove sia possibile citare il terzo nel rispetto del termine a comparire lo citi direttamente per la prima udienza, dandone atto nella comparsa di costituzione (analogamente a quanto prevedeva la disciplina in vigore prima della riforma del 90).

Va rilevato, inoltre, che anche in seguito all'introduzione dell'udienza ex art. 180 c.p.c., come novellato, il Giudice Istruttore sembra tenuto allo spostamento della udienza di prima comparizione, poiché se è vero che al terzo chiamato, ai sensi dell'art. 271 c.p.c. si applica il regime delle preclusioni di cui agli artt. 166 e 167 c.p.c. con riferimento all'udienza per la quale è citato, tuttavia, il terzo convenuto ha pur sempre diritto al termine previsto dall'ultimo comma dell'art. 180 c.p.c. per la proposizione delle eccezioni in senso stretto.

Per quanto attiene, poi, alla valutazione della sussistenza dei presupposti per disporre l'integrazione del contraddittorio, secondo l'opinione prevalente della dottrina, l'art. 269 secondo comma c.p.c., ha eliminato il potere discrezionale precedentemente riconosciuto al G.I. di valutare la sussistenza di tali presupposti nel caso di richiesta di chiamata in causa del terzo da parte del convenuto (26).

Per un verso, infatti, il testo della norma sembra consentire al Giudice Istruttore esclusivamente il controllo sulla tempestività e sulla completezza della richiesta, imponendogli di fissare, in ogni caso, la nuova prima udienza di comparizione inaudita altera parte, per altro verso, la riforma, nel disciplinare diversamente la chiamata in causa del terzo da parte del convenuto rispetto a quella dell'attore, ha invece mantenuto per questa seconda ipotesi un ampio potere discrezionale in capo al Giudice Istruttore che può autorizzare la chiamata del terzo richiesta dall'attore, soltanto se ne ravvisi i presupposti e se ritenga che l'interesse di quest'ultimo alla chiamata sia sorto in dipendenza delle difese del convenuto, imponendo, altresì, la fissazione di un termine perentorio per la citazione del terzo ad opera dell'attore che, invece, non è previsto affatto per la chiamata del terzo a richiesta del convenuto (v. artt. 269, terzo comma, e 183, 4° comma, c.p.c.).

La diversità di disciplina tra la chiamata in causa del terzo ad opera del convenuto e quella ad opera dell'attore, che ha suscitato in taluni seri dubbi di costituzionalità (27), sembra quindi confermare che il G.I. è obbligato a disporre la citazione del terzo a richiesta del convenuto, fermo restando,

tuttavia, nel corso del processo il suo potere di disporre la separazione delle cause ai sensi dell'art. 103 secondo comma, c.p.c., rimasto immutato.

Va, infine, osservato che nel caso di citazione del terzo nulla per vizi afferenti alla *vocatio in ius*, il giudice dovrà ordinarne la rinnovazione entro un termine perentorio ex art. 164 c.p.c..

## 6. La chiamata di un terzo in causa da parte dell'attore.

Come si è già osservato, il legislatore distingue tra la chiamata in causa del terzo ad opera dell'attore rispetto a quella ad opera del convenuto, regolamentando diversamente le due ipotesi, nell'art. 269 c.p.c..

Per quanto attiene alla chiamata del terzo da parte dell'attore, il terzo comma dell'art. 269 c.p.c. prevede che "ove a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta sia sorto l'interesse dell'attore a chiamare un terzo in causa, l'attore deve a pena di decadenza chiederne l'autorizzazione al Giudice nella prima udienza. Il Giudice Istruttore se concede l'autorizzazione fissa una nuova udienza allo scopo di consentire la citazione del terzo nel rispetto dei termini dell'art. 163 bis c.p.c. ...".

L'ultimo comma dell'art. 269 c.p.c. dispone poi che, in tal caso, "restano ferme per le parti le preclusioni ricollegate alla prima udienza di trattazione, ma il termine eventuale di cui all'ultimo comma dell'art. 183 è fissato dal G.I. nella udienza di comparizione del terzo ed i termini di cui all'art. 184 decorrono con riferimento alla udienza successiva a quella di comparizione del terzo".

Va subito osservato che le disposizioni in esame, – (introdotte dal legislatore del '90 in relazione al sistema di preclusioni previsto per il convenuto nell'impianto originario della l. 353/90 ed in evidente correlazione con la previsione della prima udienza di trattazione ex art. 183 originaria formulazione), – in seguito alla novella del '95, che ha radicalmente innovato la fase preparatoria ed introduttiva del processo, non sono state minimamente coordinate con il nuovo sistema introdotto dal legislatore.

Il combinato disposto dell'art. 269 terzo e quinto comma c.p.c. pone, quindi, oggi l'interprete di fronte a notevoli problemi ermeneutici, atteso che tali disposizioni devono essere coordinate con il nuovo testo degli artt. 180 e 183, quarto comma c.p.c., come novellati dalla l. 534/95.

Ed invero, mentre il 3° comma dell'art. 269 c.p.c. prevede a pena di decadenza che l'attore effettui la richiesta di chiamata del terzo alla "prima udienza", a seguito delle "difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta", l'art. 183 4° comma c.p.c., per contro, prevede che "nella stessa udienza" (e cioè in quella di trattazione) l'attore può chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo in causa se l'esigenza è sorta "dalle difese del convenuto", che, com'è noto, possono essere svolte sino allo scadere del termine di cui all'art. 180 u.c. c.p.c. (28).

In sede di primi commenti, è stato osservato che per il superamento di tale antinomia, si offrono all'interprete due alternative: 1) o si ritiene che la prevalenza debba in ogni caso essere data all'art. 183 c.p.c., in quanto disposizione successiva nel tempo rispetto alla prima, con la conseguenza che l'istanza dell'attore va effettuata all'udienza di trattazione, che il G.I. provvederà a fissare nuovamente, ferme restando per le parti originarie le preclusioni maturate nella prima udienza; 2) ovvero si ritiene di coordinare le due norme nel senso di distinguere: a) l'ipotesi in cui l'interesse a chiamare il terzo sia sorto dalle difese del convenuto in comparsa di risposta, con la conseguenza che l'attore deve formulare l'istanza nella prima udienza di comparizione ex art. 180 c.p.c.; b) dall'ipotesi in cui l'interesse sorga dalle successive difese del convenuto nel termine ex art. 180 u.c. c.p.c., con la conseguenza che l'attore potrà formulare l'istanza nell'udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c. (29).

Nella consapevolezza che l'esistenza di una tale discrasia dovuta al difetto di coordinamento delle due norme rende estremamente arduo pervenire a soluzioni del tutto appaganti, ed in attesa della futura elaborazione giurisprudenziale sul punto, in questa sede, può soltanto segnalarsi che dal

mancato coordinamento tra le diverse normative succedutesi nel tempo discende, tra l'altro, anche l'ulteriore problema, cui si accennerà in seguito, relativo all'applicabilità o meno dell'ultimo comma dell'art. 180 c.p.c. al terzo chiamato in causa a richiesta dell'attore all'esito dell'udienza per cui è citato, e per la quale deve costituirsi ai sensi dell'art. 271 c.p.c..

Ciò posto, va osservato che il legislatore nel disciplinare la chiamata in causa del terzo da parte dell'attore, ha riconosciuto in capo al Giudice Istruttore un ampio potere discrezionale, che implica la valutazione sia della sussistenza dei presupposti di legge e d'opportunità per l'integrazione del contraddittorio sia della circostanza che l'interesse dell'attore alla chiamata del terzo sia sorto in dipendenza delle difese del convenuto.

Sotto il profilo da ultimo indicato, a titolo meramente indicativo, può segnalarsi che la dipendenza sussisterà nei casi di connessione per l'oggetto o per il titolo ovvero nel caso di contestazione della titolarità del rapporto giuridico controverso, o anche nei casi di pregiudizialità.

Per quanto attiene alle modalità previste dall'art. 269 c.p.c. per la chiamata del terzo va osservato che il G.I., se ritiene di autorizzare la chiamata, ordinerà la citazione del terzo, entro un termine espressamente dichiarato perentorio dalla norma, fissando una nuova udienza nel rispetto dei termini a comparire per la quale il terzo dovrà essere citato.

Tale udienza, atteso il disposto di cui all'ultimo comma dell'art. 269 c.p.c., sembrerebbe essere quella di trattazione ex art. 183 c.p.c., all'esito della quale, ferme restando per le parti originarie le preclusioni già maturate, il G.I. dovrà concedere alle parti il doppio termine di cui all'ultimo comma dell'art. 183 c.p.c..

Se la chiamata del terzo non viene effettuata nel termine assegnato, attesa la previsione espressa della perentorietà del termine assegnato, l'attore decadrà da tale facoltà, ferma restando, ovviamente, la possibilità d'instaurare un autonomo giudizio.

Se, invece, la chiamata è stata effettuata nel termine ma è viziata, il G.I. dovrà ordinarne la rinnovazione entro un termine perentorio, ai sensi dell'art. 164 c.p.c..

## 7. Costituzione e poteri del terzo chiamato.

Il quarto comma dell'art. 269 c.p.c. prevede che il terzo chiamato in causa deve costituirsi a norma dell'art. 166, l'art. 271 c.p.c. dispone poi che "al terzo si applicano con riferimento all'udienza per la quale è citato le disposizioni di cui agli artt. 166 e 167, primo comma. Se intende chiamare a sua volta in causa un terzo deve farne dichiarazione a pena di decadenza nella comparsa di risposta ed essere poi autorizzato dal Giudice ai sensi del terzo comma dell'art. 269 c.p.c.

Anche tale disposizione suscita notevoli problemi interpretativi, aggravati dal mancato coordinamento con il sistema modificato in seguito alla novella del 95.

Va osservato, innanzitutto, che la norma, seppure commina espressamente la decadenza per la chiamata in causa di altro terzo, non richiama il secondo comma dell'art. 167 c.p.c., in tema di domanda riconvenzionale, e l'omissione, apparsa inspiegabile a taluni (30), comporta, – laddove non si ritenga possibile estendere in via interpretativa la decadenza anche al chiamato, nell'impossibilità di comminare decadenze che non sono espressamente previste dalla legge a carico delle parti, – un'evidente disparità di trattamento tra il convenuto ed il terzo, con conseguente incostituzionalità della previsione (31).

Le conseguenze della diversità di disciplina in ordine alla riconvenzionale rispettivamente proposta dal convenuto e dal terzo, inoltre, in seguito alla novella del 95, si sono viepiù aggravate, in quanto non soltanto la decadenza resta espressamente comminata solo per il primo e non per il secondo, ma soprattutto, in quanto, nel nuovo sistema, il mancato richiamo all'art. 167 secondo comma c.p.c., implica il mancato richiamo alla nuova disciplina della nullità della domanda riconvenzionale per vizi inerenti alla editio actionis, ed alla conseguente possibilità di sanatoria con efficacia ex nunc., introdotta dal legislatore del 95.

Ne deriva, quindi, un'ulteriore serio profilo d'incostituzionalità della disciplina in esame, atteso che la denunciata diversità di trattamento tra il terzo ed il convenuto non sembra suscettibile di superamento in via interpretativa.

Va, inoltre, osservato che le disposizioni di cui all'art. 271 c.p.c., (pur essendo evidente la ratio legis volta all'equiparazione della posizione del terzo chiamato al convenuto), non sono state minimamente coordinate con l'introduzione dell'art. 180 c.p.c. ed, in particolare, con la previsione, obbligatoria, dell'assegnazione del termine perentorio di cui all'ultimo comma della norma citata per la proposizione di eccezioni in senso stretto.

Più precisamente, mentre la chiamata del terzo ad opera del convenuto non pone particolari problemi, perché, per quanto sopraesposto, il G.I. è a tutt'oggi tenuto allo spostamento della prima udienza di comparizione delle parti per la quale viene citato il terzo, ai sensi dell'art. 269, secondo comma, c.p.c., per contro, la chiamata del terzo ad opera dell'attore pone delicati problemi di coordinamento tra l'art. 271 e l'art. 180 u.c. c.p.c., in quanto l'udienza per cui viene citato il terzo sembra essere direttamente quella di trattazione ex art. 183 c.p.c..

In tal caso tuttavia la lacuna normativa sembra colmabile in via interpretativa, con conseguente possibilità di superamento degli ulteriori dubbi d'incostituzionalità della norma in esame.

Sembra possibile, infatti, sostenere che, al fine di evitare di riservare un trattamento deteriore al chiamato rispetto al convenuto, il termine di cui all'art. 180 u.c. c.p.c. debba essere concesso anche al chiamato, all'esito dell'udienza per la quale è citato, in applicazione analogica dell'art. 180 c.p.c., con conseguente rinvio della trattazione ad ulteriore udienza ex art. 183 c.p.c., all'esito della quale il G.I. assegnerà i termini per lo scambio delle memorie ivi previste.

Da ultimo va osservato che l'art. 271 c.p.c., in ordine alle modalità della richiesta della chiamata in causa di un terzo da parte del chiamato, rinvia all'art. 269 terzo comma c.p.c., e cioè alla disciplina dettata per la chiamata del terzo da parte dell'attore, senza però fare riferimento alla necessità che l'interesse del terzo all'ulteriore chiamata sorga dalle difese delle parti originarie.

In dottrina è discusso se il Giudice deve limitarsi a prendere atto della richiesta (32), ovvero se abbia un potere discrezionale di valutare i presupposti della richiesta (33).

Appare preferibile l'interpretazione che mantiene in capo al G.I. un potere discrezionale, pur non essendo richiesto in tal caso di valutare se l'interesse del terzo sia sorto dalle difese delle altre parti, sia in forza dell'esplicito richiamo dell'art. 271 c.p.c. alla disciplina dettata per la chiamata a richiesta dell'attore che tale ampio potere discrezionale certamente prevede, sia tenuto conto che al G.I. resta pur sempre il potere di disporre la separazione delle cause in presenza dei presupposti dell'art. 103 secondo comma c.p.c., e quindi sembra opportuno riservargli immediatamente un tale potere valutativo.

8. L'intervento in causa di terzi.

Il legislatore della riforma, non ha introdotto modifiche agli articoli del codice relativi all'estensione necessaria o facoltativa del contraddittorio (artt. 102 e segg. c.p.c.), ed ha modificato esclusivamente gli aspetti processuali relativi all'intervento dei terzi, (artt. 268, 269 e 271 c.p.c.), al fine di coordinare le modalità dell'intervento con la nuova struttura del procedimento civile.

L'art. 268, c.p.c. prevede, nel primo comma, che l'intervento del terzo può avvenire sino al momento della precisazione delle conclusioni, – (data la necessità di coordinare l'intervento con la struttura ormai prevalentemente monocratica dell'organo giudicante) – e, nel secondo comma, dispone che il terzo non può compiere atti che al momento dell'intervento non sono consentiti alle altre parti, salva l'eccezione espressamente prevista per il caso di litisconsorte necessario pretermesso che non va incontro ad alcuna preclusione.

La riconosciuta possibilità d'intervento in capo ad un terzo, senza alcun riferimento ai tre tipi d'intervento tradizionalmente individuati in dottrina ed in giurisprudenza, (intervento principale, intervento litisconsortile ed intervento adesivo dipendente) sino alla precisazione delle conclusioni

in un processo caratterizzato da preclusioni, ha posto numerosi interrogativi in relazione ai poteri riconosciuti al terzo interveniente ed alle parti originarie.

La riforma, infatti, con l'unica eccezione del litisconsorte necessario ex art. 102 c.p.c., il quale non soffre alcuna limitazione alla sua attività difensiva, ha assoggettato l'interveniente alle preclusioni già maturate per le parti originarie, senza distinguere tra le varie situazioni soggettive fatte valere con l'intervento, che, invece, possono essere del tutto diverse.

Invero, – a parte il caso dell'interveniente (c.d. adesivo dipendente), che non fa valere domande nuove nei confronti delle parti originarie ma si limita a sostenere le ragioni di una parte nei confronti dell'altra, – poiché il terzo interveniente o propone una domanda nuova nei confronti di tutte le altre parti (c.d. intervento principale) ovvero propone una domanda nei confronti di una sola delle parti (c.d. intervento litisconsortile o adesivo autonomo) la limitazione ai poteri processuali del terzo contenuta nel secondo comma dell'art. 268 c.p.c. in rapporto alle preclusioni operanti per entrambe le parti originarie, fa sì che, in realtà, nonostante il disposto del primo comma dell'art. 268 c.p.c., l'intervento volontario potrà avere un'effettiva utilità per il terzo solo se avvenga sino a che non siano maturate le preclusioni per le altre parti.

Ed infatti, – poiché non appaiono soddisfacenti le tesi di coloro i quali (34) hanno sostenuto che il terzo interveniente potrebbe in ogni momento proporre una domanda nuova anche dopo l'udienza di trattazione che è il momento ultimo entro cui le parti possono proporre nuove domande, senza subire limiti alla propria attività difensiva (atteso che così argomentando si abroga il secondo comma dell'art. 268), e neppure di coloro i quali (35) hanno sostenuto che il terzo potrebbe proporre una domanda nuova sino al momento della precisazione delle conclusioni, negandogli però la facoltà di prova, (atteso che in tal modo si lede il diritto alla difesa del terzo), – deve concludersi che il terzo interveniente titolare di un diritto potrà sì intervenire sino al momento della precisazione delle conclusioni, ma in tal caso dovrà accettare il processo nello stato in cui si trova, senza potersi sottrarre agli effetti del maturare delle preclusioni in capo alle parti principali, e verrà a trovarsi nella stessa posizione processuale di queste ultime, alla luce delle nuove scansioni processuali disegnate dalla l. 534/95.

In pratica, quindi, mentre l'interveniente c.d. adesivo dipendente, non ponendo domande nuove potrà intervenire utilmente sino al momento della precisazione delle conclusioni, il terzo interveniente principale o litisconsortile autonomo, per non incorrere in preclusioni né di carattere assertivo né di carattere probatorio, dovrà intervenire: 1) nel termine fissato dall'art. 166 c.p.c. se il suo interesse sorge dalla domanda dell'attore, e voglia proporre riconvenzionali o chiamare un terzo in causa, o quanto meno entro l'udienza di prima comparizione ex art. 180 c.p.c., come novellato; 2) entro l'udienza di trattazione se il suo interesse sorge dalla riconvenzionale o dalle eccezioni del convenuto.

La nuova disciplina, pertanto, sia pure in seguito alla diluizione del sistema delle preclusioni introdotte dalla l. 534/95, implica inevitabilmente una compressione dell'ambito di applicazione pratica dell'istituto dell'intervento di cui all'art. 105 c.p.c..

Ciò, tuttavia, non sembra comporti alcuna violazione dei principi costituzionali, poiché non si lede il suo diritto di azione, potendo egli agire autonomamente instaurando un autonomo giudizio.

Da ultimo può osservarsi che poiché la novella nulla prevede in ordine all'attività difensiva che le parti originarie possono aver necessità di esplicitare in seguito all'intervento del terzo, lo strumento utile a colmare la lacuna legislativa, ove necessario, non può che essere quello della eventuale rimessione in termini ex art. 184 bis c.p.c.

## 9. L'intervento iussu iudicis.

Da ultimo è opportuno fare un breve cenno alla disciplina prevista dall'art. 270 c.p.c., che, com'è noto, prevede che il G.I. in ogni momento può ordinare la chiamata in causa di un terzo al quale la causa è comune, ai sensi dell'art. 107 c.p.c..

Invero la facoltà riconosciuta al G.I. dall'art. 107 c.p.c., sebbene l'art. 270 c.p.c. non abbia subito interventi modificativi da parte del legislatore della riforma, sembra destinata a subire ripercussioni in seguito all'introduzione di un sistema processuale caratterizzato da preclusioni più o meno rigide per le parti.

Ed infatti il divieto di proporre domande nuove operante per le parti al maturare delle preclusioni nel corso del procedimento, sembrerebbe impedire alle parti originarie di proporre domande nuove nei confronti del terzo chiamato iussu iudicis, e, d'altra parte, anche il terzo è esposto al rischio di subire gli effetti delle preclusioni processuali nel frattempo maturate.

In dottrina sono state prospettate due diverse interpretazioni sul punto.

Secondo alcuni, il problema in esame è suscettibile di essere risolto in radice sulla scorta del rilievo – (che fa leva sulla locuzione “in ogni momento” contenuta nell'art. 271 c.p.c.) – che l'ordine d'intervento implica l'apertura di una nuova controversia, con conseguente rimessione in termini ex art. 184 bis c.p.c. sia delle parti originarie che del chiamato (36).

Secondo altri, invece, il nuovo sistema implica un'abrogazione implicita dell'inciso “in ogni momento” nel senso che l'intervento iussu iudicis potrebbe essere disposto soltanto prima della definitiva fissazione del thema decidendum (37).

Sembra preferibile la prima interpretazione, atteso che nessuna espressa modifica in senso limitativo è stata apportata dal legislatore della riforma al disposto dell'art. 270 c.p.c., né a quello dell'art. 107 c.p.c., con la conseguenza che il potere d'ordinare l'intervento di un terzo al quale la causa è comune ad opera del Giudice, è rimasto immutato e non pare suscettibile di limitazione ad opera dell'interprete.

D'altra parte è utile rammentare che secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato del S.C., l'ordine d'intervento iussu iudicis implica la realizzazione di una fattispecie di litisconsorzio necessario processuale (38), e tale orientamento non sembra suscettibile di essere modificato in seguito all'introduzione della riforma, attese le conseguenze, rimaste immutate, della mancata ottemperanza all'ordine del Giudice ex art. 107 c.p.c., e cioè la cancellazione della causa dal ruolo, ai sensi dell'art. 270 secondo comma c.p.c.. Analogamente a quanto espressamente previsto dall'art. 268 ultimo comma, c.p.c. per il litisconsorte necessario pretermesso, quindi, anche la chiamata del terzo ad opera del giudice non può che imporre il necessario allargamento dell'originaria controversia e la conseguente rimessione in termini di tutte le parti ai sensi dell'art. 184 bis c.p.c..

Ciò nonostante, non sembra seriamente dubitabile che la nuova disciplina condurrà in pratica ad un uso moderato da parte del G.I. della facoltà di ordinare l'intervento ai sensi dell'art. 107 c.p.c., tanto più, tra l'altro, che nulla impedisce alle parti di instaurare autonomamente un nuovo processo.

(1) Si tratta dei dd.ll. nn. 521/93, 105/94, 235/94, 380/94 e 493/94.

(2) Sulla riforma in generale la letteratura è ormai vastissima: a mero titolo esemplificativo, si cfr. Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile e il progetto del Senato sul Giudice di Pace*, Padova 1991; Carpi Colesanti Taruffo, *Commentario Breve al c.p.c., Appendice di aggiornamento*, Padova 1991; Consolo Luiso e Sassani, *La riforma del processo civile*, Milano 1991; Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991; Verde e Di Nanni, *Codice di procedura civile l. 26/11/90 n. 353*, Torino 1991; AA.VV., *Provvedimenti urgenti per il processo civile, Commentario alla l. 353/90 a cura di Tarzia e Cipriani*, Cedarn 1992.

Sulle preclusioni introdotte dalla l. 353/90 cfr. Attardi, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.* 90, V, 385; Taruffo, *Le preclusioni nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 92, 296; Oberto, *Il giudizio di primo grado dopo la riforma del processo civile*, in *Giur. it.* 91, IV, 313;

Frasca, Il giudizio civile di primo grado: la prima udienza e le preclusioni, in Documenti Giustizia, 94, 5, 974.

(3) In relazione alle recenti modifiche apportate dalla decretazione d'urgenza di possono segnalare per es. i contributi di: Costantino, La lunga agonia del processo civile, (note sul d.l. 21/6/95 n. 238, in Foro it. 95, V, 321 e segg.; Capponi, L'“ultimo” decreto legge sulla riforma del rito civile, in Corriere giur. 95, 771; Luiso, Il d.l. n. 238/95 sul processo civile, in Giur. it. 95, IV, 31 e segg.; Califano, Prima lettura del d.l. 21/6/95 n. 238: i nuovi artt. 180 e 183 c.p.c., in Giust. Civ. 95, II, 363; e, più recentemente, Balena, Ancora “interventi urgenti” sulla riforma del processo civile, in Giur. it., 95, IV, 317 e segg..

(3 bis) Le prime applicazioni giurisprudenziali sono in questo senso cfr. Trib. Milano, ord. 20/7/95 in Foro it. 95, I, 2994, Trib. Trani ord. 2/10/95 in Foro it. 95, I, 3298, Pret. Monza ord. 29/9/95, ibidem cui adde Trib. Catania ord. 4/1/96 inedita.

(4) La felice espressione è di Attardi, op. cit..

(5) Si tratta delle due principali funzioni della citazione, avendo, com'è noto, la dottrina più avvertita, individuato una terza funzione della citazione come “atto preparatorio dell'udienza” cfr. A. Cerino Canova, Dell'individuazione della causa nel Commentario al codice di procedura civile, diretto da E. Allorio, Torino 80.

(6) Secondo l'orientamento preferibile espresso in dottrina nel sistema originario della l. 353/90, tale nuova udienza andava fissata nel rispetto del termine a comparire e doveva considerarsi per il convenuto come la prima udienza, Cfr. Balena in Commento all'art. 164 c.p.c., Commentario Cedam citato.

(7) È la tesi sostenuta da Proto Pisani, La nuova disciplina della nullità dell'atto di citazione, in Foro it. 91, V, 194.

(8) Sostengono tale tesi Verde in Verde Di Nanni, Codice di Proc. civ. citato e Consolo Luiso e Sassani, op. cit..

(9) cfr. Verde-Di Nanni, op. cit..

(10) cfr. Proto Pisani, op. cit..

(11) Cfr. Luiso in Consolo Luiso e Sassani, La riforma del processo civile, Milano 91.

(12) Cfr. Balena in Comm. Cedam citato, pag. 53.

(13) Cfr. sul punto ampiamente Proto Pisani, op. cit..

(14) cfr. sul punto Oberto, op. cit..

(15) cfr. A. Cerino Canova, La domanda giudiziale ed il suo contenuto, in Comm. al c.p.c. diretto da E. Allorio.

(16) Così Consolo Luiso e Sassani, op. cit..

(17) cfr. sul punto Lasagno, Commento all'art. 7 l. 353/90 in Le riforme del processo civile a cura di Chiarloni, Bologna 92.

(18) Balena, op. cit. pag 63.

(19) In questo senso cfr. Attardi e Verde, op. rispettivamente cit..

(20) Così Luiso in Consolo Luiso e Sassani, op. cit. e Montesano, in Montesano e Arieta, Il nuovo processo civile, Napoli 91.

(21) Per tutti cfr. Balena, op cit..

(22) Carpi Colesanti Taruffo, op. cit..

(23) Nel sistema previgente, infatti, il G.I. non doveva ordinare la cancellazione della causa dal ruolo solo laddove il convenuto avesse accettato anche tacitamente il contraddittorio (cfr. Cass. 69/921; Cass. 64/436).

(24) Cfr. sul punto, nel senso del testo la recentissima Trib. Trani ord. 9/10/95, in Foro it. 95, I, 3295.

(25) Sostengono tale tesi Frasca, op. cit. 1048 e segg.; cui adde Pivetti, Note "a prima lettura" sui provvedimenti urgenti per il processo civile, in Doc. Giustizia, 88, 10, 159.

(26) È questa l'opinione della maggior parte degli autori; contra, tuttavia, nel senso che residua il potere discrezionale del G.I. cfr. Attardi, op.cit. e Oberto, op cit. 453.

(27) Cfr. Tarzia, Lineamenti del nuovo processo di cognizione, Milano 1991, 102.

(28) Parla di vera e propria antinomia Califano, op. cit..

(29) Sembrano preferire tale ultima interpretazione Califano e Balena, Ancora interventi cit..

(30) Cfr. Balena, op. cit..

(31) Solleva seri dubbi d'incostituzionalità Tarzia, Lineamenti cit., 104.

(32) cfr. Luiso, in Consolo, Luiso e Sassani, op. cit., 172.

(33) Cfr. Rampazzi, in Chiarloni, Le riforme del processo civile, Bologna 92, 320.

(34) Cfr. Luiso, Consolo, Luiso e Sassani, op. cit., 153.

(35) Cfr. Zoppellari, Le nuove preclusioni e l'intervento in causa in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ. 92, 892.

(36) Cfr. Tavormina, Commento alla l. 353/90, in Corriere Giur. 91.

(37) Cfr. Perago, Commento alla l. 353/90 nel Commentario a cura di Tarzia e Cipriani op. cit., 141.

(38) È noto infatti che, secondo il S.C., l'intervento iussu iudicis determina un'ipotesi di litisconsorzio necessario di natura processuale tra le parti originarie ed il chiamato e di conseguenza comporta che in sede d'impugnazione della sentenza la causa debba essere considerata inscindibile ex art. 331 c.p.c. (Cfr. Cass. 87/1175; Cass. 85/5928; Cass. 84/5670).