CAPITOLO II

IL PROCESSO ORDINARIO DI COGNIZIONE. LA FASE INTRODUTTIVA

SOMMARIO: 2. La fase introduttiva in generale. – 3. L'atto di citazione e i suoi requisiti. – 4. I termini minimi per comparire a favore del convenuto. – 5. La notificazione dell'atto di citazione e i c.d. effetti della domanda. – 6. La nullità della citazione. – 7. La costituzione dell'attore. – 8. La costituzione del convenuto e la comparsa di risposta. – 9. Iscrizione della causa a ruolo, formazione del fascicolo d'ufficio, notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento. – 10. Designazione e immutabilità del giudice al quale è affidata la trattazione della causa. Differimento d'ufficio della prima udienza. – 11. Ritardata o mancata costituzione di entrambe le parti o di una di esse. – 12. Le verifiche preliminari del giudice. – 13. Le memorie integrative delle parti e le preclusioni allegative e probatorie.

2. *La fase introduttiva in generale.*

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

Il processo di cognizione viene ripartito in tre fasi:
1. *introduzione*;
2. *istruzione in senso ampio*;
3. *decisione*.

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

Nella fase introduttiva predomina l'iniziativa di parte.

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

complesso, dalla funzione di introdurre la causa, ossia di instaurare il processo. E poiché il processo non è che una serie di situazioni e di atti giuridici in evoluzione facenti capo ai cosiddetti soggetti del processo (v. vol. I, cap. 2°), la fase introduttiva ha, in sostanza, la funzione di realizzare il primo contatto giuridico tra i soggetti del processo attraverso la proposizione della domanda.

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

L'esperimento della procedura di mediazione come condizione di procedibilità.

Va, peraltro, tenuto presente che – come meglio vedremo nel cap. 17° del vol. III – la procedibilità di quest'atto introduttivo del processo, quando ha ad oggetto una delle materie elencate dall'art. 5, comma 1°, del D.Lgs. 28/2010, *è condizionata dal previo esperimento della procedura di mediazione* (v. il § 119 del vol. III).

Occorre anche ricordare che, stando all'art. 4, 3° comma, dello stesso D.Lgs. 28/2010, «*all'atto del conferimento dell'incarico l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal* [suddetto] *decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli artt. 17 e 20*». Ciò a pena di *annullabilità del contratto d'opera tra l'avvocato e l'assistito* (v. il § 119 del vol. III). Sempre stando all'art. 4, 3° comma, «*il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio*», quale prova dell'adempiuto dovere informativo da parte del difensore; mentre, laddove il giudice verifichi la mancata allegazione del documento, «*informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione*».

Le ipotesi di negoziazione assistita come condizione di procedibilità.

A queste disposizioni occorre aggiungere anche l'art. 3 del D.L. 132/2014 (conv. dalla L. 162/2014), che, nel disciplinare l'istituto della negoziazione assistita, ha previsto specifiche ipotesi nelle quali l'esperimento di tale negoziazione è *condizione di procedibilità della domanda giudiziale* (v. il § 122 del vol. III).

3. *L'atto di citazione e i suoi requisiti.*

L'atto di citazione è un atto scritto recettizio nei confronti del convenuto e del giudice …

In linea generale, e salve le eccezioni (proposizione con ricorso nel processo semplificato di cognizione e in alcuni processi speciali, come, ad es., il processo del lavoro e quello in materia di stato delle persone, minorenni e famiglie), la domanda si propone con le forme proprie dell'*atto di citazione*, che è un *atto scritto* (redatto e sotto-

scritto dal difensore: v. vol. I, §§ 48 e 49), *doppiamente recettizio, in quanto si rivolge a due destinatari*: a) *il soggetto nei cui confronti* l'attore vuol proporre la domanda e che, appunto in quanto «regolarmente citato», diviene il «*convenuto*» (v. vol. I, § 23); b) *il soggetto al quale* l'attore vuol rivolgere la domanda, ossia il giudice.

Due essendo i destinatari dell'atto (supporremo, per semplicità, che il convenuto, come anche l'attore, sia uno solo), *duplice è il contenuto e la funzione dell'atto stesso*: da un lato, quella, appunto, del citare, o chiamare, o convenire in giudizio colui nei cui confronti si propone la domanda (c.d. *vocatio in jus*) e, dall'altro lato, quella di rivolgere la domanda di tutela giurisdizionale al giudice, previa affermazione del diritto di cui si chiede la tutela e della conseguente determinazione dell'oggetto del processo (c.d. *editio actionis*).

… con la duplice funzione della *vocatio in jus* (instaurazione del contraddittorio) …

… e dell'*editio actionis* (proposizione della domanda di tutela).

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

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

Per assolvere a queste due funzioni l'art. 163, 3° comma, c.p.c. indica i requisiti dell'atto di citazione, …

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

… ossia l'indicazione del tribunale …

2. *il nome, il cognome, la residenza e il codice fiscale dell'attore e del convenuto* e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono. Questo requisito assolve alla funzione di individuare sia l'attore che il convenuto.

… e delle parti, …

Se attore o convenuto è una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, la citazione deve contenere la denominazione o la ditta e l'indicazione dell'organo o ufficio, al quale fa capo il potere di stare in giudizio (v. vol. I, § 46). Non occorre, invece, l'indicazione della persona fisica che impersona l'organo;

3. *la determinazione della cosa oggetto della domanda*. «Cosa» qui ha il senso generico di «bene della vita»; in altri termini sta ad indicare il c.d. *petitum* mediato (v. vol. I § 29), che, peraltro, non può essere considerato in modo del tutto avulso sia dal *petitum* immediato e sia dalla *causa petendi*;

… l'indicazione del *petitum*, …

… dell'assolvimento degli oneri previsti a condizione di procedibilità della domanda …

3 bis. *l'indicazione, nei casi in cui la domanda è soggetta a condizione di procedibilità, dell'assolvimento degli oneri previsti per il suo superamento* (ad es., l'avvenuto esperimento della procedura di mediazione o di quella di negoziazione, ove previsto come condizione di procedibilità); ciò, evidentemente, al fine di agevolare il compito del giudice chiamato, ai sensi dell'art. 171 bis, come vedremo (oltre, § 12), ad effettuare le verifiche preliminari;

… e della *causa petendi*, …

4. *l'esposizione in modo chiaro e specifico dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni*. L'esposizione dei fatti, da effettuare in modo chiaro e specifico, in ottemperanza al principio di chiarezza e sinteticità stabilito in termini generali dall'art. 121 (v. § 64 del vol. I), è l'allegazione dei fatti costitutivi e lesivi: precisamente, quei fatti che, in quanto riconducibili in astratto ad una o più norme, costituiscono la *causa petendi*, che, nel linguaggio del codice, è indicata talora come «ragione della domanda» e talora (v., ad es., l'art. 36) come «titolo». L'indicazione degli «elementi di diritto» non ha altra funzione che quella di prospettare la suddetta riconducibilità dei fatti ad una o più norme e perciò può essere estremamente generica, o addirittura implicita, oltre ad essere non vincolante per il giudice e soggetta a modificazione secondo la regola *jura novit Curia* (v. vol. I, § 18). Infine, le «conclusioni» costituiscono la formulazione sintetica e globale della domanda al giudice nei suoi termini essenziali: *petitum* immediato e mediato ed eventualmente anche *causa petendi*.

È opportuno mettere in rilievo fin da ora che quanto disposto in questo n. 4 implica, a carico dell'attore, *una prima barriera preclusiva*, nel senso che nei successivi svolgimenti del giudizio (salvo quanto previsto dall'art. 171 ter: v. oltre, § 13) egli non può più introdurre nuovi *petita*, né nuove *causae petendi*;

… nonché l'indicazione dei mezzi di prova offerti, …

5. *l'indicazione specifica dei mezzi di prova, dei quali l'attore intende valersi, e dei documenti che offre in comunicazione*. Questo requisito – che sta palesemente in relazione col principio della disponibilità delle prove (v. vol. I, § 20) e con l'onere della parte che allega i fatti di offrire al giudice la prova dei fatti affermati (v. oltre, § 36) – non implica una vera e propria preclusione, che è sostanzialmente differita al momento della presentazione delle memorie integrative di cui all'art. 171 ter, n. 2 (v. oltre, § 13);

… l'indicazione del procuratore e della procura; …

6. *il nome e il cognome del procuratore e l'indicazione della procura, qualora questa sia stata già rilasciata* (e sempre che la parte non possa difendersi personalmente: v. vol. I, § 49). La precisazione espressa con le parole «qualora questa sia stata già rilasciata» va posta in relazione con la facoltà, prevista dall'art. 125, 2° comma (v. vol. I, § 49), di ritardare il rilascio della procura alla lite fino al momento della co-

stituzione in giudizio (v. oltre, § 7), ma anche con la possibile sanatoria successiva del vizio in questione ammessa dall'art. 182, 2° comma (v. retro, il § 49 del vol. I);

7. *l'indicazione del giorno dell'udienza di comparizione; l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di settanta giorni prima dell'udienza indicata, ai sensi e nelle forme stabilite dall'articolo 166 e a comparire, nell'udienza indicata, dinanzi al giudice designato ai sensi dell'articolo 168 bis, con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui agli artt. 38 e 167, che la difesa tecnica mediante avvocato è obbligatoria in tutti i giudizi davanti al tribunale, fatta eccezione per i casi previsti dall'art. 86 o da leggi speciali, e che la parte, sussistendone i presupposti di legge, può presentare istanza per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato*. È questa la citazione in senso stretto o *vocatio in jus*.

… l'indicazione del giorno dell'udienza, con l'«avvertimento» che la costituzione oltre i termini implica le decadenze di cui agli artt. 38 e 167 c.p.c. …

Con l'ottemperare a questa disposizione, l'attore cita il convenuto, *invitandolo* a due adempimenti: quello di costituirsi e quello di comparire all'udienza indicata. E non è inutile ricordare qui che proprio con quest'invito l'attore assolve, a sua volta, all'onere in cui si sostanzia la regola del contraddittorio, ponendo il convenuto nella condizione di potersi difendere, in quanto lo voglia (v. vol. I, § 22). Rimandando a tra poco l'esame di ciascuno dei due adempimenti ai quali il convenuto viene invitato (§§ 8 e 18), occorre ora esaminare più da vicino le modalità tecniche dell'invito a comparire all'udienza indicata.

Che l'indicazione del giorno dell'udienza (o meglio: giorno, mese ed anno; non anche l'ora, che è fissata dal calendario giudiziario) debba essere effettuata *dall'attore* (o, più precisamente, dal suo difensore) risulta dalle prime parole di questo punto 7 dell'art. 163. In correlazione con esse, dobbiamo ora compiere un passo indietro, soffermandoci sul 1° comma di quest'articolo ove si enuncia che «*la domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissa*». Premesso che l'udienza di cui qui si tratta è la *prima udienza*, ossia la prima di quella serie di udienze nelle quali si articola il processo, va tenuto presente che, mentre le udienze successive alla prima vengono di volta in volta fissate, come vedremo, dal giudice, la prima è, invece, *già fissata* dall'attore nel momento in cui sorge il processo. L'udienza così fissata si svolgerà, come si è detto, davanti al giudice che, alla data della citazione non è stato, ovviamente, ancora designato e che verrà poi individuato con le modalità di cui all'art. 168 bis e che esamineremo al § 10.

Ma oltre all'indicazione del giorno dell'udienza e all'invito al convenuto a costituirsi in termini (settanta giorni prima dell'udienza), la disposizione in esame prevede, sempre tra i requisiti della citazione, *un primo avvertimento*, e cioè l'avvertimento che la costituzione oltre

i termini stabiliti implica le decadenze di cui agli artt. 38 e 167. Queste decadenze – che prenderemo in particolare esame nel § 8 – sono quelle che costituiscono *la prima barriera preclusiva a carico del convenuto*, che viene così ad affiancarsi alla prima barriera preclusiva, che, a carico dell'attore, è costituita dall'atto di citazione, come abbiamo rilevato poc'anzi con riguardo al disposto del n. 4 dell'art. 163. Ed è appena il caso di sottolineare come la necessità dell'avvertimento stia in relazione con la gravità delle decadenze, nelle quali il convenuto incorre, qualora non rispetti il termine di costituzione.

… e con l'ulteriore avvertimento relativo all'obbligo di difesa tecnica davanti al tribunale e al possibile patrocinio a spese dello Stato, se sussistono i presupposti economici.

In relazione all'importanza della difesa tecnica in giudizio mediante avvocato sta poi *un secondo avvertimento* che deve essere inserito nell'atto di citazione sempre a norma del punto 7 dell'art. 163, e cioè l'avvertimento che la difesa tecnica è obbligatoria davanti al tribunale (salve le eccezioni previste dall'art. 86) e che la parte può chiedere di essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato, ove sussistano i presupposti economici stabiliti dalla legge (v. vol. I, § 49).

Va, infine, ricordato che, per effetto di quanto previsto dall'art. 14, 2° comma, D.P.R. 115/2002, dalle conclusioni della citazione deve anche emergere la «dichiarazione di valore» della causa (determinato sulla base dell'applicazione degli artt. 10 e ss. c.p.c.), in funzione del versamento del c.d. *contributo unificato*.

4. *I termini minimi per comparire a favore del convenuto.*

Precisato, dunque, che il giorno della prima udienza davanti al giudice viene scelto dall'attore e indicato nell'atto di citazione, rimane da vedere quali siano i limiti entro i quali l'attore può esercitare la suddetta sua facoltà di scelta.

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

caso dell'attore che chiede il mero accertamento negativo, magari proprio allo scopo di prevenire l'altra parte, imbrigliandone l'iniziativa).

Nell'indicazione del giorno dell'udienza l'attore deve rispettare i *termini a comparire* (art. 163 bis) …

Con riguardo alla prima di queste due esigenze, il codice stabilisce (nell'art. 163 bis) i c.d. *termini per comparire*, ossia un numero minimo di *giorni liberi* (v. vol. I, § 66 in fine), che l'attore, nel fissare la prima udienza, deve lasciare intercorrere *tra il giorno della notificazione (effettiva e valida) della citazione* e *il giorno della prima udienza*. Si tratta di un termine con funzione tipicamente *dilatoria* (v. vol. I, § 66). Tale termine è di *centoventi* giorni liberi, se la notificazione della citazione debba avvenire in Italia, e di *centocinquanta* giorni, se essa debba avvenire all'estero.

… che costituiscono il limite minimo.

Secondo la giurisprudenza ormai ferma, nel calcolo di questi termini si deve tener conto anche della sospensione feriale dei termini, di cui alla L. 742/1969, fra il 1° ed il 31 agosto di ogni anno (v. vol. I, § 66).

Se il termine è troppo lungo, il convenuto può chiedere al presidente l'anticipazione della prima udienza.

Per ovviare alla seconda delle due esigenze sopra accennate, il legislatore, anziché servirsi dello strumento del termine per comparire con funzione acceleratoria (ad es., stabilendo, oltre al numero minimo, anche un numero massimo di giorni da lasciar intercorrere tra la notificazione della citazione e la prima udienza), ha preferito lasciare all'attore la facoltà di scegliere un giorno lontano a suo piacimento, ma attribuendo al convenuto il potere di chiedere, con ricorso al presidente del tribunale, l'anticipazione della prima udienza (art. 163 bis, 3° comma).

Ciò il convenuto può ovviamente fare solo se il termine per comparire stabilito dall'attore ecceda il minimo visto sopra, ed a condizione che esso convenuto si costituisca (v. oltre, § 8) prima della scadenza del suddetto termine minimo.

Il presidente provvede con decreto (in calce al ricorso), che deve essere comunicato dal cancelliere all'attore almeno cinque giorni liberi prima della nuova udienza fissata dal presidente (art. 163 bis, 3° comma; art. 70, 2° comma, disp. att.). In questo caso i termini previsti dall'art. 171 ter per lo scambio delle memorie integrative fra le parti (v. oltre, § 13) decorrono (a ritroso) dall'udienza così fissata.

I termini per comparire debbono essere osservati con riguardo all'udienza originariamente fissata dall'attore, indipendentemente da eventuali successivi rinvii dell'udienza stessa a norma dell'art. 168 bis, 4° comma (art. 70 bis disp. att.).

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

L'atto di citazione, una volta steso (in almeno due copie per le esigenze proprie della notificazione, che stiamo per esaminare, oltre ad almeno un'altra copia da inserirsi, poi, nel fascicolo d'ufficio: art. 168,

L'atto di citazione non produce effetti se non è sottoscritto dal difensore …

2° comma) *deve essere naturalmente sottoscritto dal difensore*, salvo il caso della parte che stia in giudizio personalmente (art. 125; v. vol. I, §§ 48 e 49). La sottoscrizione deve essere presente sia nell'originale che nella copia notificata.

A questo punto l'atto di citazione è perfetto nel suo duplice contenuto di domanda al giudice e di *vocatio in jus* del convenuto. Ma si tratta di una perfezione che ancora non dà luogo ad alcuna efficacia giuridica, poiché, per tale efficacia, la natura recettizia dell'atto esige che esso sia portato a conoscenza dei suoi due destinatari, nei modi stabiliti dalla legge. Più esattamente, del primo di essi, che, come stiamo per vedere, è il convenuto. Occorre, dunque, esaminare come avviene questo primo aggancio ufficiale della citazione nei confronti del convenuto.

… e notificato dall'ufficiale giudiziario a richiesta della parte o del suo difensore (sempre che non debba provvedervi quest'ultimo).

«*L'atto di citazione* – recita l'ultimo comma dell'art. 163 – *sottoscritto a norma dell'art. 125, è consegnato dalla parte o dal procuratore all'ufficiale giudiziario, il quale lo notifica a norma degli articoli 137 e seguenti*». Ciò, ovviamente, sempre che la notificazione non debba essere effettuata direttamente dall'avvocato a norma dell'art. 3 ter, 1° comma, della L. 53/1994 (v. vol. I, § 70).

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

La notificazione della citazione realizza la proposizione della domanda con i suoi specifici effetti, sia processuali …

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

Questo fenomeno del venire in essere del processo va esaminato più da vicino e in tutti i suoi aspetti che riguardano anche, sia pure marginalmente, il diritto sostanziale. Si parla, infatti, a questo

riguardo, di *effetti processuali* e *sostanziali della domanda*.

I primi si riconducono interamente al fenomeno della *litispendenza*, ossia un fenomeno già esaminato a suo tempo (v. vol. I, §§ 27 e 40), anche nelle sue conseguenze concernenti, da un lato, la giurisdizione e la competenza e specialmente la c.d. *perpetuatio jurisdictionis* (art. 5: v. vol. I, § 31 in fine) e, dall'altro lato, l'attribuzione della qualifica di «controverso» al diritto sostanziale dedotto in giudizio agli effetti dell'art. 111 (v. vol. I, § 59), la determinazione delle parti del processo e della loro legittimazione, nonché la determinazione degli elementi oggettivi della domanda. Tutti effetti che avevamo genericamente ricondotto alla proposizione della domanda. Ora possiamo precisare che, per tutti i suddetti effetti, la proposizione della domanda consiste – a seconda dei casi – nella notificazione dell'atto di citazione o, laddove l'atto introduttivo abbia la forma del ricorso, nel suo deposito presso il giudice (art. 39, 3° comma).

… e sia sostanziali.

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

Sotto il primo profilo, vanno considerate le norme che disciplinano gli effetti della domanda giudiziale sulla prescrizione del diritto sostanziale. Secondo tali norme la proposizione della domanda, da un lato, interrompe la prescrizione (art. 2943 c.c., a tenore del quale «*la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione o esecutivo*»), oltre ad impedire il verificarsi delle decadenze.

Inoltre, solo dal momento del passaggio in giudicato della sentenza incomincerà a decorrere un nuovo termine di prescrizione (c.d. *interruzione-sospensione*). Ciò significa anche che «*se l'interruzione è avvenuta mediante uno degli atti indicati nei primi due commi dell'art. 2943* – ossia con atto contenente una domanda giudiziale – *la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza*» (art. 2945, 2° comma, c.c.).

Sotto il secondo profilo vanno considerate le norme che dispon-

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

6. *La nullità della citazione.*

L'art. 164 c.p.c. disciplina la nullità della citazione specificando i vizi che producono tale effetto nel quadro della regola di cui all'art. 156 c.p.c.

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

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

La disciplina della nullità dell'atto di citazione quale emerge dall'art. 164 tiene opportunamente conto delle diversità di questi scopi e

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

La norma distingue tra vizi che investono la *vocatio in jus* e vizi che investono l'*editio actionis*.

«*La citazione è nulla* – recita, dunque, il 1° comma dell'art. 164 – *se è omesso o risulta assolutamente incerto alcuno dei requisiti stabiliti nei numeri 1) e 2) dell'articolo 163, se manca l'indicazione della data dell'udienza di comparizione, se è stato assegnato un termine a comparire inferiore a quello stabilito dalla legge, ovvero se manca l'avvertimento previsto dal numero 7) dell'articolo 163*».

I vizi della *vocatio in jus* – elencati nel 1° comma – producono le conseguenze di cui al 2° e al 3° comma, …

«*La citazione è altresì nulla* – aggiunge il 4° comma dello stesso art. 164 con riguardo alla categoria dei vizi dell'*editio actionis* – *se è omesso o risulta assolutamente incerto il requisito stabilito nel numero 3) dell'articolo 163 ovvero se manca l'esposizione dei fatti di cui al numero 4) dello stesso articolo*».

Da un punto di vista generale, è facile vedere sotto quest'espressa comminazione della nullità, le ragioni per le quali i requisiti (dell'uno o dell'altro tipo), di cui si ipotizza la mancanza o l'incertezza assoluta (ad es., a causa di indicazioni contraddittorie o insufficienti), sono considerati indispensabili per lo scopo della citazione. Come potrebbe, infatti, il convenuto, essere messo in condizioni di difendersi senza sapere con sicurezza davanti a quale giudice è citato o da chi è stato citato o, peggio, se il soggetto citato è proprio lui o senza conoscere il contenuto della domanda proposta nei suoi confronti? D'altra parte, con riguardo al termine a comparire, si è visto poc'anzi (retro, § 4) che il decorso di quel certo numero di giorni tra la notificazione della citazione e la prima udienza è considerato dal legislatore come necessario per la predisposizione della difesa del convenuto. E, ancora, come potrebbe considerarsi citato un convenuto al quale non è detto in quale udienza deve comparire?

Sennonché – e come già osservammo a proposito della regola generale di cui all'art. 156, 3° comma, che fa salvi i casi in cui l'atto abbia raggiunto lo scopo a cui è destinato (v. vol. I, § 72, in fine) – la realtà concreta può smentire le previsioni astratte del legislatore circa l'indispensabilità del requisito mancante; e poiché si tratta di requisiti posti a garanzia del diritto del convenuto a difendersi, ne consegue che la costituzione del convenuto è il miglior indice che la citazione ha ugualmente conseguito il suo scopo. Questa è la ragione per la quale i commi 2°, 3°, da un lato, e 5°, dall'altro lato, dell'art. 164, nel disciplinare la rilevabilità dei vizi e le loro conseguenze, *distinguono l'ipotesi della mancata costituzione del convenuto da quella in cui, invece, il convenuto si sia costituito*, stabilendo, per quest'ultima ipotesi, la sanatoria dei vizi.

Questa distinzione s'innesta, d'altra parte, sulla distinzione di fondo, alla quale si è fatto cenno poc'anzi e che riserva *un trattamento diverso ai vizi di cui al 1° comma* (concernenti la *vocatio in jus*), per i quali il raggiungimento dello scopo della *vocatio* rende possibile una sanatoria totale con efficacia *ex tunc*, *rispetto a quelli di cui al 4° comma* (concernenti l'*editio actionis*), per i quali l'intrinseca incertezza dell'oggetto del giudizio (*petitum* e/o *causa petendi*), che la costituzione del convenuto non basta ad ovviare, rende invece necessario far salva quest'ultima eventualità.

In questo quadro, vediamo che il 2° e il 3° comma dell'art. 164 si riferiscono ai vizi di cui al 1° comma, con riguardo l'uno al caso della mancata costituzione del convenuto e l'altro al caso in cui invece il convenuto si sia costituito.

... dedicati l'uno (3° comma) all'ipotesi della costituzione del convenuto, che sana il vizio, ...

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

Per questa drastica conseguenza – che la norma esplicita ulteriormente proseguendo: «*e restano salvi gli effetti sostanziali e processuali di cui al secondo comma*» –, il codice prevede un'eccezione solo per l'ipotesi che «*il convenuto deduca l'inosservanza del termine a comparire o la mancanza dell'avvertimento previsto dal numero 7) dell'articolo 163*»: quest'inosservanza o questa mancanza, infatti, può pregiudicare la possibilità, per il convenuto, di predisporre tempestivamente le proprie difese. Perciò, se il convenuto ritiene, in concreto, di aver subito questo pregiudizio, può costituirsi e dedurre, appunto, l'inosservanza del termine a comparire o la mancanza dell'avvertimento e «*il giudice fissa* [deve fissare] *una nuova udienza nel rispetto dei termini*», così restando, anche in questo caso, definitivamente eliminata ogni conseguenza del vizio.

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

... e l'altro (2° comma) all'ipotesi della mancata costituzione del convenuto.

«*Se il convenuto non si costituisce* – dispone, infatti, il 2° comma dell'art. 164 – il *giudice, rilevata la nullità della citazione ai sensi del primo comma, ne dispone d'ufficio la rinnovazione entro un termine perentorio*». Dopo di che, se la rinnovazione è effettuata, «*questa sana i vizi e gli effetti processuali e sostanziali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione*». «*Se* – invece – *la rinnovazio-*

ne non viene eseguita, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo e il processo si estingue a norma dell'articolo 307, comma terzo».

In sostanza: la rinnovazione della citazione – che va disposta non solo in sede di verifiche preliminari ai sensi dell'art. 171 bis, ma anche alla prima udienza e comunque in qualunque momento il giudice rilevi la nullità e non richiede una nuova procura – sana, anche in quest'ipotesi, ciascuno dei vizi di cui al 1° comma, senza conseguenze per i *diritti quesiti*; mentre, l'effetto distruttivo totale si verifica soltanto nel caso in cui l'attore, che ne è ovviamente onerato, non provveda neppure alla rinnovazione, così implicitamente prestando acquiescenza agli effetti distruttivi già potenzialmente insiti nel vizio della citazione e che, a questo punto, sfociano nell'ordine di cancellazione della causa dal ruolo e nell'estinzione del processo a norma dell'art. 307, 3° comma.

I vizi che investono l'*editio actionis* sono specificati nel 4° comma …

Diverso è il regime delle nullità di cui al 4° comma dell'art. 164, ossia delle nullità per omissione o assoluta incertezza degli elementi individuatori dell'oggetto della domanda, vale a dire dei requisiti di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 163, 3° comma, che concernono l'*editio actionis* e la cui mancanza rende la domanda intrinsecamente e obiettivamente inidonea a porre il convenuto in condizione di conoscere l'oggetto della domanda dalla quale deve difendersi.

… e producono le conseguenze di cui al 5° comma, ossia …

In questi casi – così dispone il 5° comma dell'art. 164 – il giudice (d'ufficio), *se il convenuto non si è costituito*, rilevata la nullità, «*fissa all'attore un termine perentorio per rinnovare la citazione*», fissando anche il giorno dell'udienza; mentre, *se il convenuto si è costituito*, fissa il termine perentorio «*per integrare la domanda*» (con notificazione della domanda «integrata» al difensore del convenuto costituito, in applicazione dell'art. 170). Sennonché, qui – a differenza di quanto abbiamo visto accadere nel caso della rinnovazione disposta a seguito delle nullità di cui al 1° comma – se la rinnovazione o l'integrazione avvengono, «*restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti quesiti anteriormente alla rinnovazione o all'integrazione*» (la sanatoria, cioè, opera *ex nunc*). E la ragione è evidente nella già rilevata intrinseca inidoneità dell'originario atto di citazione ad assolvere alla sua funzione, con la conseguente sua inidoneità a salvare dalle decadenze (processuali o sostanziali) e ad interrompere la prescrizione del diritto oggetto della domanda, già maturate nel momento della rinnovazione o dell'integrazione.

… a) *nel caso di mancata costituzione del convenuto*, l'ordine di *rinnovazione* della citazione; b) *nel caso di costituzione del convenuto*, l'ordine di *integrazione della citazione*.

Se, invece, la rinnovazione o l'integrazione non avvengono, il dubbio (determinato dalla mancata previsione di questa eventualità da parte del codice) se ciò dia luogo all'estinzione, analogicamente a quanto disposto nel 2° comma per i vizi di cui al 1° comma, o se debba sfociare nella nullità da dichiararsi con sentenza, sembra debba risolversi in modo differente nelle due ipotesi, ossia nel senso dell'estinzione, nel caso della mancata rinnovazione, e della dichiarazione di nullità, nel caso della mancata integrazione.

Per quanto riguarda lo svolgimento del processo successivamente alla rinnovazione o all'integrazione, mentre nel caso della rinnovazione è chiaro che le successive preclusioni si riferiscono all'atto rinnovato e alla successiva comparsa di risposta, nel caso dell'integrazione è sufficiente che il giudice fissi la prima udienza (ai sensi del 2° comma dell'art. 171 bis) e che trovi applicazione l'art. 167 (ovviamente per quel che riguarda l'attività difensiva del convenuto rispetto alle parti della citazione integrate).

Se il giudice non rileva i vizi (e conseguentemente non dispone la rinnovazione), ed ovviamente nella sola ipotesi che il convenuto non si sia costituito, sembra configurabile la possibilità di rinnovazione o di sanatoria anche in appello, in applicazione del principio della conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame (v. oltre, § 77).

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

L'attore può proporre una nuova citazione o notificare un atto di citazione integrativo.

Indipendentemente dall'ordine di rinnovazione, l'attore può sempre proporre una nuova citazione, la cui validità potrà ovviare ai vizi della precedente, previa riunione dei due procedimenti (in applicazione dell'art. 273: v. oltre, § 64) o provvedere alla notificazione di un atto di citazione integrativo del primo.

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

7. *La costituzione dell'attore.*

La portata recettizia della citazione nei confronti del giudice si concreta nella *costituzione dell'attore ...*

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

nere di dare ulteriore impulso al processo appena instaurato.

«*L'attore* – recita l'art. 165 – *entro dieci giorni dalla notificazione della citazione al convenuto deve* (nel senso dell'onere) *costituirsi in giudizio a mezzo di procuratore o personalmente nei casi consentiti dalla legge, depositando la nota di iscrizione a ruolo e il proprio fascicolo contenente l'originale della citazione, la procura ed i documenti offerti in comunicazione.* Se si costituisce personalmente, deve dichiarare la residenza o eleggere domicilio nel comune ove ha sede il tribunale». Tenendo conto della scissione degli effetti della notificazione fra richiedente e destinatario della stessa (sulla quale scissione v. il § 70 nel vol. I), è da ritenere che, sebbene l'attore possa validamente costituirsi nei 10 giorni dalla consegna della citazione all'ufficiale giudiziario, l'effettiva decorrenza del termine di costituzione dell'attore si abbia dal momento della consegna dell'atto al destinatario.

... entro 10 giorni dalla notificazione della citazione.

L'ulteriore atto d'impulso che l'attore ha l'onere di compiere per far proseguire il processo dopo la notificazione della citazione è dunque la sua *costituzione. Nella sua pratica concretezza, la costituzione non è altro che il deposito di un fascicolo con modalità telematiche* (oltre che della nota di iscrizione a ruolo, di cui fa cenno la norma riportata, ed il cui deposito rientra pure nella fattispecie della costituzione; di essa parleremo più avanti: v. § 9). Più precisamente, il deposito telematico dell'atto di citazione, nel suo originale munito della relazione di notificazione, con i documenti che l'attore offre in comunicazione e con la procura, nel caso che essa non sia contenuta nello stesso atto di citazione (v. vol. I, § 49). A questo riguardo, va anche ricordato che, per l'art. 125, 2° comma, la procura al difensore dell'attore può essere rilasciata in data posteriore alla notificazione dell'atto, *purché anteriormente alla costituzione* della parte rappresentata.

Questo materiale deposito di un fascicolo assume un ben preciso ed importantissimo significato giuridico: quello di un'autopresentazione formale dell'attore (o più in generale, della parte, poiché, come vedremo nel prossimo §, la costituzione riguarda anche il convenuto) al giudice. Col suo costituirsi, insomma, l'attore (che è diventato già *parte* per effetto della notificazione della citazione: v. vol. I, § 44) diviene ufficialmente ed attivamente presente nel processo, poiché col depositare la citazione, egli, in sostanza, rivolge la sua domanda al giudice così instaurando anche con lui un rapporto diretto.

Naturalmente, quest'autopresentazione deve avvenire per il tramite di colui per mezzo del quale l'attore (o, più in generale, la parte) sta in giudizio, ossia il difensore (salvi i casi in cui è consentito lo stare in giudizio personalmente: v. vol. I, §§ 48 e 49); e in questo senso anche il difensore assume, per effetto della costituzione, un'investitura ufficiale di presenza attiva nel processo. Questa presenza ufficiale nel processo della parte per mezzo del difensore permane

La costituzione attribuisce *la presenza formale* nel processo ...

per tutta la durata del processo (in quel determinato grado) indipendentemente dal fatto che alla presenza legale corrisponda la presenza effettiva o di fatto alle udienze, per la quale ultima presenza si usa il diverso termine di *comparizione*. In altri termini, la parte costituita può comparire o anche non comparire all'udienza (o alle udienze), ossia restare *assente* (anche se legalmente presente); mentre, la parte non costituita (che, come vedremo, deve essere dichiarata contumace) rimane rigorosamente estranea allo svolgimento del processo (ferma, naturalmente, la sua qualità di parte).

… per tutto il grado introdotto con la citazione, mentre la sua mancanza fonda la dichiarazione di contumacia.

Per il caso di citazione di più persone, il 2° comma dell'art. 165, nel disporre che, in tal caso, «*l'originale della citazione deve essere inserito nel fascicolo entro dieci giorni dall'ultima notificazione*», è assai chiaro nel procrastinare *non la costituzione*, che comunque deve avvenire entro dieci giorni dalla prima notificazione, *ma soltanto l'«inserimento» nel fascicolo dell'originale della citazione notificata*.

8. *La costituzione del convenuto e la comparsa di risposta.*

La *costituzione del convenuto* è l'atto col quale egli assume la partecipazione attiva al processo.

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

Nel quadro di quanto dicemmo a suo tempo (v. vol. I, cap. 5°, §§ da 23 a 26) con riguardo alla posizione del convenuto nel processo dal punto di vista globale, basterà qui specificare che il soggetto che ha ricevuto l'atto di citazione ed a seguito di ciò è divenuto convenuto, o più precisamente, *parte convenuta* (v. vol. I, § 44), si trova, a questo punto, nella condizione di dover scegliere tra il restare inerte (ma pur sempre *parte* nel processo, con le conseguenze proprie della presenza inattiva che già vedemmo al vol. I, § 23 e che vedremo più dettagliatamente più avanti, al § 65) o l'assumere, invece, una partecipazione attiva al processo.

Con la comparsa di risposta avviene la costituzione del convenuto …

Orbene: *l'atto che il convenuto ha l'onere di compiere, se vuole assumere questa partecipazione attiva al processo, è precisamente la sua costituzione*, ossia un atto del tutto analogo a quello della costituzione dell'attore, con le sole differenze che conseguono al fatto, già posto in risalto a suo tempo (v. vol. I, § 23), che il convenuto entra in un processo il cui oggetto è già stato determinato dall'attore. Perciò, da un lato, egli non deve assumere alcuna iniziativa in funzione di un contraddittorio che è già instaurato, mentre, dall'altro lato, le attività difensive che egli propone al giudice sono svolte con riferimento alla domanda (o alle domande) dell'attore.

Venendo incontro a queste esigenze logiche, la legge prevede appunto che, per costituirsi, il convenuto deve incominciare col redigere un atto difensivo scritto, contrapposto alla citazione e denomina-

to *comparsa di risposta*, e quindi depositare quest'atto sempre con modalità telematiche, insieme alla copia della citazione che gli è stata notificata. Naturalmente, anche per la costituzione del convenuto è previsto un termine con funzione acceleratoria; ma è altrettanto naturale che tale termine, anziché coincidere con quello previsto per la costituzione dell'attore, sia spostato assai più avanti nel tempo. È chiaro, infatti, che, per poter redigere la comparsa di risposta, il convenuto – ossia il suo difensore, che nel frattempo il convenuto dovrà aver designato (v. vol. I, § 49) – deve non solo conoscere il testo della citazione, ma anche poter eventualmente esaminare i documenti offerti in comunicazione (o, come si suol dire, *prodotti in giudizio*) dall'attore (il che è possibile solo dopo la costituzione di quest'ultimo) e quindi poter contare su un adeguato periodo di tempo per predisporre la propria linea difensiva e concretarla nella comparsa di risposta. Perciò il codice ha preferito riferire il termine di costituzione del convenuto ad un momento successivo a quello di costituzione dell'attore, ma precedente la data dell'udienza. In modo da consentire al giudice di effettuare le verifiche preliminari di cui all'art. 171 bis (v. oltre, § 12) e all'attore di esaminare, a sua volta, il fascicolo del convenuto e i documenti offerti in comunicazione prima dell'udienza.

«*Il convenuto* – così dispone l'art. 166 – *deve* (ancora, naturalmente, nel senso dell'onere) *costituirsi in giudizio a mezzo del procuratore* o personalmente nei casi consentiti dalla legge, *almeno settanta giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione depositando la comparsa di risposta di cui all'articolo 167 con la copia della citazione notificata, la procura e i documenti che offre in comunicazione*». Questo esige che il convenuto possa esaminare il fascicolo dell'attore anche prima della sua costituzione. Ed infatti, l'art. 76 disp. att. riconosce che la facoltà di esaminare ed estrarre copia degli atti e dei documenti contenuti nel fascicolo d'ufficio e in quello delle altre parti spetta alle parti e ai loro difensori «muniti di procura», sebbene non ancora costituite.

… almeno 70 giorni prima dell'udienza di prima comparizione.

Rimane ora da vedere più da vicino quali siano i requisiti propri della comparsa di risposta. Ma si tratta di compito reso ormai facile dai rilievi che precedono circa la coordinazione della posizione del convenuto rispetto a quella dell'attore, e dai quali risulta, in sostanza, che la comparsa di risposta, come atto difensivo scritto che si contrappone alla citazione e che, come quest'ultima, è doppiamente recettizio (rispetto al giudice e rispetto all'attore), deve contenere tutti gli elementi propri della citazione, eccezion fatta per la *vocatio in jus* (che è già avvenuta), a cominciare dalla sua qualificazione con le generalità del convenuto e il suo codice fiscale (art. 167, 1° comma). Così come, d'altra parte, risulta che, con riguardo all'oggetto del processo, occorre solo un riferimento all'oggetto del processo già determinato dall'attore nell'atto di citazione (con la conseguente formula-

La comparsa di risposta è l'atto difensivo del convenuto.

zione di *conclusioni* riferite a quelle dell'attore; ad es.: rigetto della domanda di quest'ultimo; v. vol. I, § 24). Salva, però, la possibilità, che ha il convenuto e che si è vista a suo tempo (vol. I, § 25), di allargare l'oggetto del processo (con la proposizione di *eccezioni*) o addirittura di oltrepassare i limiti della domanda col proporre *domande riconvenzionali* (vol. I, § 26). Tutto ciò risulta dal dettato dell'art. 167, il cui 1° comma dispone così: «*Nella comparsa di risposta, il convenuto deve* (sempre nel senso dell'onere) *proporre tutte le sue difese prendendo posizione in modo chiaro e specifico sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare le proprie generalità e il codice fiscale, i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione*, *formulare le conclusioni*».

Con la comparsa di risposta il convenuto è pure onerato a prendere posizione sui fatti posti a fondamento della domanda.

Da questa disposizione emerge, anzitutto, la previsione a carico del convenuto dell'*onere di prendere posizione, in modo chiaro e specifico,* sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, sebbene si tratti di un'attività non inclusa tra quelle previste a pena di decadenza dallo stesso art. 167 e suscettibile, dunque, di essere compiuta anche successivamente attraverso le memorie integrative di cui all'art. 171 ter (v. oltre, § 13). Si tratta, in sostanza, di un'applicazione specifica del principio di chiarezza e sinteticità, inserito – come abbiamo visto (cap. I, § 49) – nell'art. 121, e comporta un aggravamento per il convenuto dell'onere di prendere posizione sui fatti di causa, nel senso di imporgli di esercitare tale onere non in maniera generica, ma puntuale e chiara, in modo da consentire al giudice di valutare, rispetto ai singoli fatti allegati, se la posizione del convenuto sia di contestazione, di ammissione o di non conoscenza degli stessi fatti.

La disposizione va ricollegata con la previsione – contenuta nel 1° comma dell'art. 115 – del dovere per il giudice di porre a fondamento della decisione anche «*i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*» (su cui v. il § 20 del vol. I e oltre il § 39).

La *prima barriera preclusiva a carico del convenuto* con riguardo alla comparsa di risposta.

Il 2° comma dell'art. 167, poi, individua le preclusioni che maturano a carico del convenuto con la comparsa di risposta. «*A pena di decadenza*» – recita, infatti – il convenuto non soltanto «*deve proporre le eventuali domande riconvenzionali*», ma è anche onerato a proporre le *eccezioni*, sia processuali che di merito, «*che non sono rilevabili d'ufficio*». La decadenza in discorso riguarda anche le eventuali domande di accertamento incidentale (ai sensi dell'art. 34: v. retro, § 40 del vol. I) e le *eventuali domande riconvenzionali in senso improprio* che il convenuto intendesse proporre *nei confronti di altro convenuto*.

Il 2° comma di quest'art. 167 prosegue con una disposizione analoga a quella di cui al 4° e 5° comma dell'art. 164 (esaminato al § 6) con riguardo all'eventuale omissione o assoluta incertezza dell'oggetto o del titolo della domanda riconvenzionale. La disciplina è analoga a quella del difetto dei suddetti elementi nell'atto di citazione. «*Se è omesso o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della doman*

da riconvenzionale, il giudice, rilevata la nullità, fissa al convenuto un termine perentorio per integrarla». E ancora analogamente al disposto dell'art. 164, 5° comma, la norma aggiunge che «*restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla integrazione*»; ed è chiaro che l'interpretazione di questa disposizione è analoga a quella di cui al summenzionato art. 164, 5° comma (v. retro, § 6).

Infine, il 3° comma dell'art. 167 dispone che il convenuto «*se intende chiamare un terzo in causa* (v. vol. I, § 56 e qui oltre, § 26), *deve farne dichiarazione nella stessa comparsa e provvedere ai sensi dell'articolo 269*» (v. oltre, § 26) e contestualmente chiedere lo spostamento della prima udienza. Si configura così, a carico del convenuto, un'altra preclusione.

> Secondo la Cassazione lo spostamento dell'udienza in questo caso non sarebbe automatico, ma rimesso alla discrezionalità del giudice, a meno che il terzo chiamato non sia un litisconsorte necessario pretermesso (Cass. sez. un. 23 febbraio 2010 n. 4309).

La prima barriera preclusiva a carico del convenuto non concerne, invece, le istanze istruttorie che, *come per l'attore*, possono essere avanzate fino alla presentazione della memoria integrativa di cui all'art. 171 ter, n. 2 (v. oltre, § 13).

9. *Iscrizione della causa a ruolo, formazione del fascicolo d'ufficio, notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento.*

Abbiamo visto, al § 7, che il meccanismo attraverso il quale l'atto di citazione viene portato a conoscenza del giudice ha inizio, di solito, con la costituzione dell'attore, essendo appunto questo il primo atto di impulso, successivo alla notificazione della citazione, di cui l'attore è onerato. Questo primo rilievo di massima va, tuttavia, precisato ed integrato in un duplice senso. Da un lato, infatti, va tenuto presente che la costituzione non è ancora sufficiente per completare l'incardinamento della causa innanzi al giudice, in quanto essa va integrata con l'iscrizione della causa a ruolo; mentre, dall'altro lato, occorre tener presente che la funzione di impulso processuale propria della costituzione – integrata con l'*iscrizione a ruolo* – può essere assolta anche nel caso (non frequente, ma possibile) che la costituzione del convenuto avvenga prima di quella dell'attore. Ed infatti, e come vedremo meglio al § 11, il mancato rispetto del termine di costituzione da parte dell'attore, non impedisce al convenuto (in quanto, ovviamente, sia interessato alla prosecuzione del processo) di sostituirsi all'attore nell'assumere l'iniziativa di impulso processuale, costituendosi per primo.

Premesso ciò, appare chiara la portata dell'art. 168, 1° comma, il

All'atto della costituzione della parte che si costituisce per prima, *il cancelliere iscrive la causa a ruolo*.

quale dispone che «*il cancelliere iscrive la causa nel ruolo generale*» (ovvero nel *ruolo generale degli affari contenziosi civili*: art. 28 disp. att.), «*all'atto della costituzione dell'attore o, se questi non si è costituito, all'atto della costituzione del convenuto*» – all'atto, insomma, della costituzione della parte che si costituisce per prima – «*su presentazione della nota d'iscrizione a ruolo*».

Questo riferimento alla nota di iscrizione a ruolo sta in relazione con la già vista menzione (retro, § 7) che della suddetta nota compie l'art. 165, là dove precisa che l'attore, quando si costituisce in giudizio, deposita «la nota di iscrizione a ruolo e il proprio fascicolo». Possiamo ora precisare che con questa formulazione, non del tutto felice, l'art. 165 si riferisce solo ai casi in cui l'attore si costituisca per primo e lascia intendere che chiedere l'iscrizione a ruolo è atto distinto dalla costituzione, pur dovendo avvenire contemporaneamente ad essa. Occorre solo aggiungere che, se la parte che si costituisce per prima è il convenuto, è quest'ultimo – evidentemente – che ha l'onere di chiedere l'iscrizione a ruolo, presentando la nota in discorso.

Che cosa sia l'iscrizione a ruolo è facilmente intuibile. Se si tiene presente che il più importante dei registri che il cancelliere ha l'obbligo di tenere è il «*ruolo generale degli affari contenziosi civili*», appare ovvio che l'iscrizione della causa a ruolo è l'atto col quale il cancelliere provvede, appunto, ad iscrivere la causa su questo registro o ruolo; il che avviene con l'indicazione dei suoi elementi di identificazione, ossia i nomi delle parti e l'indicazione sommaria dell'oggetto, *in ordine cronologico, e seguendo una numerazione progressiva che attribuisce alla causa un numero di ruolo*, col quale la causa stessa potrà essere più facilmente individuata. E se questa è l'iscrizione, è ovvio che l'atto con cui si chiede l'iscrizione – ossia la nota o istanza – debba contenere l'indicazione succinta di tutti i suddetti elementi, compreso il giorno fissato per l'udienza di prima comparizione (art. 71 disp. att.).

Si tratta dell'iscrizione della causa nel «ruolo generale degli affari contenziosi civili».

Il fascicolo d'ufficio.

La nota d'iscrizione a ruolo – dicevamo poc'anzi – resta fuori dal fascicolo dell'attore, come anche, ovviamente, da quello del convenuto. Essa viene, invece, inclusa in un terzo fascicolo (il c.d. «fascicolo d'ufficio»), che, insieme coi fascicoli delle due parti (se si sono costituite entrambe; o della sola parte costituita; o delle più parti costituite) viene incluso in una più ampia cartella o «*superfascicolo*», se così si può dire, contraddistinta col numero di ruolo (art. 72 disp. att.). Ciò allo scopo di consentire al giudice e alle altre parti di conoscere con completezza gli atti della causa anche quando una od entrambe le parti si siano avvalse – previa autorizzazione del giudice istruttore – della facoltà di ritirare il proprio fascicolo, così come previsto dall'art. 169 (salvo l'obbligo di depositarlo di nuovo, ogni volta che il giudice lo disponga, nonché, ovviamente, al momento in cui la causa viene posta