



CLARICE DELLE DONNE

Appello per nullità dell'atto introduttivo del primo grado e attività soggette a preclusione: gli opposti fronti delle Sezioni Unite e della recente riforma del processo civile

Sommario. 1.- La questione interpretativa 2.- La soluzione delle Sezioni Unite 3.- La pretesa di scindere la rinnovazione degli atti nulli compiuti in primo grado dalla automatica restituzione dell'appellante nelle sue prerogative processuali...3.1. -Segue...e la sua insostenibilità nel giudizio di primo grado alla luce dell'art. 164 c.p.c. 4.- Le conseguenze in appello: l'applicabilità del solo art 164 c.p.c. 5.- Le recenti conferme del legislatore

1.- La questione interpretativa

Le Sezioni Unite sono chiamate a dirimere il contrasto insorto tra le Sezioni semplici in ordine ad un quesito interpretativo ricorrente quanto complesso: quello attinente cioè alle conseguenze, nel giudizio di appello, del rilievo di una nullità della citazione introduttiva del giudizio di primo grado, per vizi della *vocatio in ius*, effettuato per la prima volta con l'atto di appello.

Si tratta, segnatamente, di stabilire se la declaratoria di nullità legittimi, sul presupposto che il giudizio debba proseguire innanzi al giudice d'appello, non solo la rinnovazione degli atti che la nullità ha inficiato per derivazione in primo grado, ma anche la totale ed automatica rimessione in termini dell'appellante a partire dal momento in cui si è verificata la nullità. Con la conseguenza, in caso di risposta positiva, che proprio in secondo grado l'appellante sarebbe sempre ammesso, a seguito di dichiarazione di nullità e su sua istanza, a svolgere tutta la gamma di difese consentite al convenuto tempestivamente costituito in primo grado.

Fonte di incertezza è il quadro normativo di riferimento. L'art. 164 c.p.c., che regola fattispecie e conseguenze delle nullità dell'atto introduttivo in primo grado, legittima infatti il giudice a rilevare in ogni tempo i vizi in caso di mancata costituzione del convenuto e a disporre la rinnovazione della citazione, che poi l'art. 183, c. 2 c.p.c. accompagna alla totale (ed automatica) rimessione in termini di quest'ultimo (*sub specie* di fissazione di una nuova udienza di trattazione).

L'art. 294 c.p.c. però tanto consente al "contumace che si costituisce", anche in caso di nullità della citazione, solo subordinatamente alla prova, da parte sua, di non aver avuto conoscenza del processo. Sicchè, per tutti i vizi non incidenti su tale conoscenza (come l'inosservanza dei termini per comparire) la rimessione in termini, se invocata dal convenuto, andrebbe concessa solo in caso di costituzione tempestiva in primo grado, prima cioè che egli acquisti lo *status* di contumace. La rimessione automatica sarebbe perciò da escludere nel corso ulteriore di tale giudizio ed a maggior ragione in fase di gravame.

Nella vicenda che ha originato la rimessione al *Plenum* era accaduto che, autorizzata in primo grado la chiamata di un terzo, la notifica della citazione nei suoi confronti non aveva rispettato il termine per comparire dell'art. 163 *bis* c.p.c. Rimasto contumace in primo grado, l'appellante principale (terzo chiamato in primo grado), dedotto il vizio afferente alla *vocatio in ius* con l'atto di appello, chiedeva altresì di essere rimesso in termini per il deposito di memorie, l'indicazione dei mezzi di prova e le produzioni documentali consentite dall'art. 183, comma 6, c.p.c., inibitegli proprio in ragione della dedotta nullità.



La Corte d'appello, dichiarata la nullità e disposta la rinnovazione degli atti affetti da nullità derivata, respingeva tuttavia la richiesta di rimessione in termini e dunque l'appellante proponeva ricorso in cassazione lamentando, in particolare con il secondo motivo che denunciava l'illegittimità del diniego di rimessione in termini, la violazione degli artt. 183, comma 6, 342 e 359 c.p.c., alla luce degli artt. 24 e 111 Cost.

La sezione investita del ricorso rilevava dunque l'esistenza di un contrasto di giurisprudenza sul quesito che veniva chiamata a risolvere: dichiarata in appello la nullità della citazione introduttiva del primo grado per inosservanza dei termini per comparire, lamentata nell'atto di appello, il giudice deve disporre la sola rinnovazione degli atti compiuti dall'attore in primo grado o anche la totale rimessione in termini dell'appellante, ivi contumace ("involontario") proprio per effetto di quella nullità? Ed in particolare tale rimessione segue ad una specifica istanza (archetipo dell'art. 164, c. 3 c.p.c.) o è subordinata alla prova che la nullità ha inibito, all'appellante stesso, la conoscenza del processo (archetipo dell'art. 294 c.p.c.)?

Entrambi i corni dell'alternativa risultano, in effetti, attestati nella giurisprudenza di legittimità a partire da una pronuncia del 2001 resa proprio a Sezioni Unite.

Nella sentenza n. 122 del 2001 il *Plenum*, nel contesto di un giudizio soggetto a rito del lavoro e proprio in una ipotesi di mancato rispetto del termine per comparire (art. 415 c.p.c.), aveva statuito che "(...) il giudice di appello, il quale ravvisa la sussistenza della nullità della vocatio in jus in primo grado, (...) è investito del potere - dovere di dichiarare la nullità, trattenere la causa e decidere nel merito, e che "(...) l'appellante, contumace in primo grado, deve essere ammesso a svolgere (in relazione alle questioni di merito dibattute in primo grado, delle quali deve necessariamente chiedere il riesame, a pena di inammissibilità dell'appello: v. sent. n. 12541/98 di queste S.U.) tutte le attività assertive e probatorie precluse dalla nullità (...).

Questo principio, successivamente ribadito per il processo del lavoro, è stato poi progressivamente esteso da una parte della giurisprudenza di legittimità anche al giudizio ordinario.

In questo panorama si inserisce però il dissenso di altra parte della giurisprudenza di legittimità.

A venire in rilievo, per la Sezione rimettente, è in particolare Cass. n. 10580 del 2013 in un caso nel quale, non rispettato il termine a comparire nel decreto di fissazione dell'udienza ex art. 415 c.p.c., i convenuti contumaci in primo grado proponevano appello chiedendo di essere rimessi in termini per svolgere tutte le difese consentite in primo grado e spiegando domanda riconvenzionale. Pronunciata la nullità della sentenza di primo grado e rinnovato il giudizio sulla domanda attorea, il giudice d'appello dichiarava però inammissibile la riconvenzionale. La Cassazione rigettava il ricorso in base ad una ricostruzione sistematica del quadro normativo di riferimento.

Per la Corte, in particolare, l'art. 164 c.p.c., letto in combinato disposto con l'art. 101 c.p.c., c. 1, a mente del quale il giudice non può statuire su alcuna domanda in assenza di contraddittorio, opera solo nell'ambito del giudizio di primo grado. La disposizione offre, in particolare, l'alternativa tra rilievo della nullità d'ufficio per tutto il corso del processo, cui si accompagna la completa rimessione in termini del convenuto (fissazione di una nuova prima udienza ex art. 183 c.p.c.), e rilievo della nullità da parte di quest'ultimo, che invece impone sì la rinnovazione degli atti *ab initio* ma consente la rimessione in termini solo ai sensi dell'art. 294 c.p.c., posto che il convenuto ha oramai assunto la veste di contumace essendosi costituito in una fase del processo successiva alla relativa declaratoria.

Resa la sentenza di primo grado in assenza di costituzione del convenuto e di rilievo ufficioso della nullità, quest'ultima resta attratta al regime dell'art. 161 c.p.c., deve cioè essere dedotta nell'atto di appello, quale motivo di impugnazione,



dal convenuto rimasto contumace. Ne consegue, per la Corte, che “(...) nell'eventualità che il convenuto, destinatario di una citazione nulla, e rimasto ab initio contumace, decida successivamente di "entrare nel processo" durante il corso del giudizio di primo grado o attraverso l'appello, la sua condizione processuale andrebbe regolata alla stregua dell'art. 294, comma 1, c.p.c., in base al quale "il contumace che si costituisce può chiedere al giudice istruttore di essere ammesso a compiere attività che gli sarebbero precluse, se dimostra che la nullità della citazione o della sua notificazione gli ha impedito di avere conoscenza del processo o che la costituzione è stata impedita da causa a lui non imputabile" (...).”

Pronunciata dal giudice d'appello la nullità dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, si imporrebbe perciò “(...) quanto all'attività processuale già espletata, l'estensione per dipendenza ai sensi dell'art. 159, comma 1, c.p.c. e la rinnovazione a norma dell'art. 162, comma 1, c.p.c., pur indipendentemente dalla dimostrazione della mancata conoscenza del processo in capo al convenuto. Quanto invece alle attività rimesse alla iniziativa del convenuto ed ormai precluse dallo stadio del giudizio, l'art. 294, comma 1, c.p.c. imporrebbe al contumace che si costituisce di dar prova che la nullità della citazione gli abbia impedito di avere utile e tempestiva conoscenza del processo, così da giustificare la rimessione in termini. La deroga che, in tale prospettiva, l'art. 294 c.p.c. apporterebbe alla generalizzata operatività dell'art. 162 c.p.c., in ragione del comportamento inerte serbato inizialmente dal convenuto contumace che fosse a conoscenza del processo, troverebbe un suo radicamento, stando alla ricostruzione prediletta da Cass. n. 10580/2013, nei principi costituzionali sul giusto processo, specie in quello della sua ragionevole durata (...).”

Cass. n. 10580/2013 precisava inoltre, a corredo della ricostruzione, che l'unica nullità per vizi della *vocatio in ius* in grado di inficiare in astratto la conoscenza del processo in capo al convenuto è l'omessa/incerta identificazione del giudice adito (art. 163, comma 3, c.p.c.), mentre ogni altra nullità derivante da vizi della *vocatio* (ed in particolare la violazione dei termini di comparizione e la mancanza dell'avvertimento previsto dal numero 7 dell'art. 163 c.p.c.), consente comunque al convenuto di costituirsi chiedendo al giudice la fissazione di una nuova udienza (art. 164, comma 3, c.p.c.). La conclusione raggiunta da Cass. n. 10580/2013, rileva dunque oggi il *Plenum*, “(...) è, quindi, che "per tutte le ipotesi di nullità della citazione diverse da quelle della mancanza di indicazione del giudice o dell'assoluta incertezza di essa, la posizione del convenuto dichiarato erroneamente contumace, che si costituisca tardivamente ai sensi dell'art. 294 c.p.c., è quella di chi, fermo che può esigere la rinnovazione dell'attività altrui svolta prima della sua costituzione, non può compiere attività ormai precluse nel momento della costituzione, in quanto la citazione notificatagli con una di dette nullità lo aveva comunque messo in grado di costituirsi e di far valere oltre alla nullità, la pretesa allo svolgimento delle attività precluse. E ciò perché la nullità della citazione non gli ha impedito di conoscere il processo e, quindi, di costituirsi". Da ciò discenderebbe che, quando il convenuto deduca la nullità della citazione introduttiva come motivo di appello, in conformità alla regola dettata dall'art. 294 c.p.c., egli avrà diritto alla rinnovazione degli atti compiuti in primo grado (come suppone l'ultimo comma dell'art. 354 c.p.c.), nonché al compimento delle attività che gli sono ormai precluse ma solo se "le circostanze del caso concreto hanno determinato anche la mancata conoscenza della pendenza del processo".

La lezione del 2013 viene recepita in una pronuncia del 2017 che, benchè non citata nell'ordinanza di rimessione, il *Plenum* ritiene oggi significativa. Si tratta di Cass. n. 7885/2017 in riferimento ad una ipotesi di nullità della citazione in opposizione a decreto ingiuntivo nulla per omessa indicazione del giorno dell'udienza di comparizione. In applicazione dell'art. 164 c.p.c., la Corte ritenne sanata retroattivamente la nullità in forza della proposizione dell'appello chiarendo al contempo che tale sanatoria, garantita anche in sede di gravame dall'art. 164 c.p.c., non



esclude l'invalidità del giudizio di primo grado e la conseguente nullità della sentenza ed impone perciò al giudice di appello di rinnovare gli atti dichiarati nulli per derivazione, quando sia possibile e necessario (art. 162 c.p.c.)¹.

Ed è qui che entra in gioco il precedente del 2013: poiché la nullità della citazione per mancata indicazione della data dell'udienza di comparizione non aveva inibito la conoscenza del processo, il convenuto, alla luce dell'art. 294 c.p.c., non aveva (automaticamente) il diritto di compiere le attività rimaste precluse nel giudizio di primo grado, atteso che *"un comportamento processuale improntato ai principi della correttezza e della buona fede"* gli avrebbe consentito di *"attivarsi per conoscere la situazione di un giudizio della cui esistenza egli era pacificamente informato"*.

Questa lettura viene reiterata anche in una pronuncia del 2020 (Cass. Sez. 3, 15 gennaio 2020, n. 544,) con riguardo alla nullità per vizi della *vocatio in ius* di una citazione per opposizione a decreto ingiuntivo, sanata *ex tunc* in seguito ad appello dell'opposto contumace in primo grado.

E' questo secondo filone interpretativo, che si dipana dal precedente del 2013 *cit.*, che l'ordinanza di rimessione ritiene non del tutto convincente. Gli strali critici investono, in particolare, l'idea che *"(..) affida all'art. 294 c.p.c., oltre alla disciplina dell'ipotesi riguardante la richiesta di rimessione in termini da parte del contumace che si costituisce nel giudizio di primo grado, anche la regolamentazione delle conseguenze in appello dell'erronea dichiarazione di contumacia avvenuta in primo grado nonostante la nullità dell'atto di citazione"*.

La Sezione remittente contesta cioè il presupposto di partenza della tesi avversata e cioè che il convenuto abbia l'onere di costituirsi in ogni caso in giudizio, ricevuto un atto nullo che non gli abbia precluso la conoscenza del processo, anche a fronte di carenze nella *vocatio in ius* imputabili all'attore e della inosservanza del dovere di disporre la rinnovazione ex art. 164 c.p.c. imputabile al giudice. Sottraendo all'appellante la possibilità di svolgere tutte le attività assertive e probatorie precluse dalla nullità della citazione originaria, si verificherebbe insomma, a parere della Sezione remittente, un ingiustificato pregiudizio della parte come conseguenza della nullità verificatasi in suo danno.

Il contrasto interpretativo presente nella giurisprudenza di legittimità, cui si accompagna anche quello che affanna la dottrina², induce dunque all'investitura del *Plenum*.

2.- La soluzione delle Sezioni Unite

La Corte ritiene di risolvere il contrasto di giurisprudenza dando continuità all'opzione interpretativa di Cass. n. 10580/2013, nel senso, cioè, *"(..) di lasciare regolata dall'art. 294 c.p.c. la questione degli effetti della rilevazione della nullità della citazione come motivo d'appello, distinguendo fra rinnovazione degli atti nulli compiuti in primo grado, a norma degli artt. 354, comma*

¹ Precisa altresì la Corte che *"La sanatoria retroattiva ex art. 164 c.p.c. della citazione, in conseguenza della proposizione dell'appello da parte del convenuto rimasto dapprima contumace, e la necessità di rinnovare nel giudizio di gravame, "quando possibile e necessario", gli atti nulli, sono state riaffermate da Cass. Sez. 3, 8 giugno 2012, n. 9306 (in ipotesi di citazione nulla per l'assegnazione di un termine a comparire inferiore a quello previsto dalla legge) e da Cass. Sez. 6 - 2, 7 gennaio 2021, n. 32 (in ipotesi di nullità della citazione introduttiva del primo grado per mancanza dell'avvertimento ex art. 163, comma 3, n. 7, c.p.c.)"*. Altre pronunce hanno poi chiarito che *"(..) l'effetto sanante prodotto dalla proposizione dell'appello si limita alla nullità della citazione viziata nella vocatio in ius e non si comunica agli atti successivi dipendenti, dei quali perciò il giudice di appello deve ordinare la rinnovazione (Cass. Sez. 3, 15 maggio 2009, n. 11317; Cass. Sez. Lavoro, 12 ottobre 2017, n. 24017)"*.



4, e 356 c.p.c., e rimessione in termini per le attività segnate da preclusioni condizionata alla dimostrazione della mancata conoscenza del processo”.

La ricostruzione è dunque nel senso che segue.

La nullità dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, derivante da vizi della *vocatio in ius*, ove non rilevata d'ufficio dal giudice né dal convenuto, che proprio in virtù di quella nullità è rimasto contumace, si propaga a tutti gli atti dipendenti ed inficia la sentenza di primo grado (art. 159 c.p.c.). In applicazione dell'art. 161, comma 1, c.p.c. essa va perciò dedotta nell'atto di appello quale motivo di impugnazione. Il giudice d'appello, sul duplice presupposto che l'impugnazione non sana gli atti del processo di primo grado dipendenti da quello introduttivo e che il giudizio deve svolgersi davanti a lui (non applicandosi l'art. 354 c.p.c.), deve dichiarare la nullità e disporre altresì la rinnovazione di tutti gli atti compiuti dall'attore (o su sua richiesta) in primo grado nella contumacia (involontaria) del convenuto/appellante.

La rinnovazione attiene tuttavia alle sole “(...) attività difensive correlate e strettamente consequenziali all'atto rinnovato, ma non equivale alla rimessione in termini integrale ed automatica del contumace nello svolgimento di tutte le attività difensive impedito dalla mancata instaurazione del contraddittorio. La rimessione in termini è, infatti, ristretta dall'art. 294 c.p.c. alle sole attività ormai precluse il cui tempestivo svolgimento sia stato impedito dall'ignoranza del processo. (...) 6.3. Dunque, il giudice d'appello dispone la rinnovazione degli atti nulli espletati in primo grado, dipendenti dalla nullità della citazione, mediante ripetizione degli stessi nel contraddittorio delle parti, così riattribuendo al convenuto, che era rimasto contumace, quei poteri difensivi inesercitati ma non soggetti a preclusione. Secondo principio generale, invero, la rinnovazione, ad esempio, di una prova già invalidamente assunta si esaurisce nella nuova assunzione della stessa conformemente all'originaria allegazione del deducente, ostando la declaratoria di nullità al verificarsi di preclusioni o decadenze in dipendenza della iniziale assunzione, ma senza che in occasione della rinnovazione possa essere introdotta dalla controparte una prova contraria. La rimessione in termini, viceversa, è rimedio che riammette la parte all'esercizio di attività soggette a preclusione (quali, indicativamente, quelle di cui agli artt. 38, 167 e 183 c.p.c.), e però impone che la nullità della citazione abbia impedito al convenuto di avere conoscenza del processo”.

Ne consegue, per le Sezioni Unite, che quando il vizio dell'atto introduttivo dipende dall'inosservanza dei termini a comparire o dalla mancanza dell'avvertimento previsto dal n. 7) dell'art. 163 c.p.c., opera l'art. 294 c.p.c.: la rimessione in termini per le attività che al convenuto contumace in primo grado sarebbero precluse resta cioè, almeno di regola, impedita per effetto della sua “conoscenza materiale” dell'esistenza del processo, a differenza di quanto accade in ipotesi di omissione o assoluta incertezza del giudice adito. Restano salve tuttavia, a dire della Corte, “(...) le ipotesi limite in cui tale conoscenza materiale del processo in capo al convenuto sia avvenuta in tempo comunque non utile a consentirgli una fruttuosa costituzione”.

Ad imporre queste conclusioni sarebbe un'interpretazione orientata all'effettività del diritto di difesa e alla ragionevole durata del processo. Permettere infatti al convenuto che in primo grado ha patito una nullità per vizi della *vocatio in ius* non impedienti la conoscenza del processo di ripetere interamente il processo in sede di appello, spiegando difese oramai precluse, significherebbe infatti incoraggiare, da parte sua, strategie difensive dilatorie. Egli avrebbe infatti ben potuto chiedere la rimessione in termini costituendosi nel giudizio di primo grado, invece di attenderne l'esito e solo poi, risultato soccombente, impugnare. Attingere ad opposte conclusioni sarebbe perciò, come rilevato anche in dottrina, un incoraggiamento alla contumacia inverando una “(...) reazione ordinamentale (...) sproporzionata rispetto alla lesione del diritto di difesa addebitabile all'attore”.



Di qui il principio di diritto: "*Allorché venga dedotta come motivo di appello la nullità della citazione di primo grado per vizi della *vocatio in ius* (nella specie, per l'inosservanza dei termini a comparire), non essendosi il convenuto costituito e neppur essendo stata la nullità rilevata d'ufficio ai sensi dell'art. 164 c.p.c., il giudice d'appello, non ricorrendo una ipotesi di rimessione della causa al primo giudice, deve ordinare, in quanto possibile, la rinnovazione degli atti compiuti in primo grado, potendo tuttavia il contumace chiedere di essere rimesso in termini per compiere attività ormai precluse a norma dell'art. 294 c.p.c., e dunque se dimostra che la nullità della citazione gli ha impedito di avere conoscenza del processo*".

3.- La pretesa di scindere la rinnovazione degli atti nulli compiuti in primo grado dalla automatica restituzione dell'appellante nelle sue prerogative processuali...

La soluzione fornita dalle Sezioni Unite³ si basa sul presupposto che si possa, ed anzi occorra scindere, per sottoporre a regimi diversi, due profili: quello della restituzione, nelle sue prerogative processuali, dell'appellante che, contumace in primo grado in ragione di una nullità dell'atto introduttivo (per carenze nella *vocatio in ius*), tale nullità lamenti per la prima volta nell'atto di appello; e quello della rinnovazione degli atti che in primo grado sono stati inficiati da quella nullità per derivazione ai sensi dell'art. 159, comma 1 c.p.c.

La conseguenza di questo modo di ragionare è dunque nel senso che la nullità (del processo e della sentenza di primo grado), dichiarata dal giudice d'appello, imponga esclusivamente la rinnovazione degli atti dipendenti da quello introduttivo viziato, compiuti dall'appellato o su sua richiesta nel giudizio di primo grado in cui era attore, per assicurare in secondo grado il contraddittorio con l'appellante, già convenuto contumace in primo grado.

La dichiarazione di nullità non sarebbe invece sufficiente anche a restituire quest'ultimo nell'intero ventaglio di difese che la legge gli avrebbe consentito se si fosse costituito tempestivamente in primo grado. Sono in particolare le difese ivi imposte a pena di decadenza a restare ancora precluse malgrado la dichiarazione di nullità. L'ostacolo alla rimessione automatica e completa starebbe, per le Sezioni Unite, nella perdurante operatività dell'art. 294 c.p.c. anche in appello. L'appellante, trattato alla stregua del "contumace che si costituisce" intempestivamente in primo grado, dovrebbe perciò soggiacere alla logica della rimessione in termini, dimostrare cioè che la mancata costituzione in prime cure è dipesa dalla mancata conoscenza della litispendenza indotta da nullità della citazione (e/o della sua notificazione).

La nullità della citazione introduttiva del primo grado dovrebbe dunque essere accompagnata da un *quid pluris*, consistente nella inidoneità a rendere edotto il destinatario, su cui grava l'onere della relativa prova, della pendenza del processo. Solo assolto tale onere aggiuntivo l'appellante potrebbe difendersi in modo completo in appello, spiegando tutta la gamma di difese consentite dagli artt. 38 e 167 c.p.c.

Ne consegue che per tutte quelle carenze della *vocatio in ius* non idonee ad impedire la conoscenza del processo la rimessione in termini, in appello, neppure sarebbe predicabile. E ciò varrebbe, sicuramente, per il mancato rispetto

³ Che dà continuità non solo ad un filone della giurisprudenza di legittimità ma anche a diffuse ed autorevoli voci dottrinali



dei termini per comparire (163 *bis* c.p.c.) e per le (cospicue e pregnanti) indicazioni di cui al n. 7 del c. 3 dell'art. 163 c.p.c.⁴

Il tema è antico⁵ e si intreccia con quello del “pregiudizio effettivo” che spesso, e con diversa intensità, attraversa la giurisprudenza sulla nullità degli atti processuali⁶. In questo contesto, in particolare, la nullità per vizi della *vocatio*

⁴ Scenario diverso potrebbe invece aprirsi, per la Corte, nel solo caso della omessa o assolutamente incerta indicazione del giudice adito, ove l'art. 294 c.p.c. tornerebbe ad avere in concreto uno spazio applicativo.

⁵ In dottrina tre tesi si contendono, nel passaggio dal vecchio al nuovo regime delle dinamiche della nullità della citazione disegnato dall'art. 146 c.p.c., come modificato dalla l. n. 353/1990, il campo. Il *Plenum*, sulla base della ricostruzione della Sezione rimettente, le ricostruisce così:“(…) 5.1. Una prima tesi induce a ritenere che la costituzione oltre la prima udienza effettuata del convenuto, il quale deduca l'inosservanza dei termini a comparire (o la mancanza dell'avvertimento ex art. 163, comma 3, n. 7, c.p.c.), comporti sempre la regressione del processo alla prima udienza, ai sensi dell'art. 164, comma 3, c.p.c., senza perciò che il contumace soffra delle eventuali preclusioni o decadenze medio tempore maturate. A questa soluzione si obietta, in maniera apparentemente inoppugnabile, che la lettura prescelta non si cura del coordinamento dell'art. 164, comma 3, c.p.c. con gli artt. 156, 159, comma 1, 162, 164 e 294 c.p.c.

5.2. Una seconda tesi relega il funzionamento dell'art. 164, comma 3, c.p.c. alla sola ipotesi in cui il convenuto si costituisca entro la prima udienza, lasciando operare per il resto l'art. 294 c.p.c.: il convenuto che, al momento della sua tardiva costituzione, eccepisca la nullità della citazione ha diritto di ottenere soltanto la rinnovazione, ex art. 162 c.p.c., degli atti istruttori progressi, colpiti per estensione dall'invalidità dell'atto introduttivo; se il convenuto intenda, invece, svolgere ulteriori attività difensive per le quali sono già maturate preclusioni, egli deve ottenere la rimessione in termini alle condizioni previste dal citato art. 294. Qualora poi il convenuto, destinatario di una citazione nulla per vizi della *vocatio in ius*, rimanga contumace per l'intero giudizio di primo grado e deduca la nullità in appello, non trattandosi, com'è pacifico, di caso che comporti la rimessione al primo giudice, il giudice d'appello, dichiarata la nullità della citazione, deve parimenti procedere alla rinnovazione degli atti dipendenti da essa ed eventualmente consentire all'appellante il superamento delle preclusioni maturate nei suoi confronti seguendo il criterio dettato dall'art. 294, comma 1, c.p.c., e cioè se vi sia prova che il vizio dell'atto introduttivo fosse tale da impedire al convenuto l'individuazione degli elementi essenziali del processo e perciò giustificare la contumacia nell'intero corso del primo grado. Nel coordinamento tra l'art. 164 e l'art. 294 del codice di rito, si avrebbe che, esaurita la fase di operatività della prima norma, la restituzione in termini non si configura più come un diritto automatico spettante al convenuto, restando, piuttosto, affidata al vaglio di meritevolezza postulato dalla seconda disposizione. A questa soluzione si obietta che non vi sarebbe ragione di disporre la rinnovazione degli atti istruttori compiuti in primo grado nel contraddittorio con l'ex contumace senza rimettere lo stesso in termini ai fini dell'esercizio dei poteri di cui quegli atti sono emanazione. In tal senso, l'art. 294 c.p.c. dovrebbe rappresentare un coerente completamento delle discipline della nullità dettate dagli artt. 156, 159, 162 e 164 c.p.c.: rinnovazione degli atti nulli e rimessione in termini per il compimento delle attività precluse in conseguenza della nullità sarebbero, quindi, rimedi concorrenti e non alternativi.

5.3. Una terza tesi ravvisa la necessità di coordinare l'art. 294, comma 1, c.p.c. con il limite soggettivo di rilevanza della nullità stabilito dall'art. 157, comma 2, c.p.c., limite correlato alla «prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso», cioè al primo atto del processo seguente al verificarsi o comunque alla conoscenza della nullità stessa. In tal senso, il convenuto che, nonostante la nullità della citazione, abbia avuto notizia di essa (quando, perciò, non si tratti della omissione o assoluta incertezza dei requisiti stabiliti nei nn. 1 e 2 dell'art. 163 c.p.c.), non potrebbe più opporre la medesima nullità oltre il segmento procedimentale di prossimità segnato dall'art. 157, comma 2, c.p.c., né chiedere la rimessione in termini ai sensi dell'art. 294, comma 1, c.p.c. Se la citazione manca della indicazione della data dell'udienza o dell'avvertimento previsto dal n. 7) dell'art. 163 c.p.c., oppure viola i termini a comparire, il convenuto ha conoscenza del processo e può costituirsi entro la prima udienza, sicché opera l'art. 157, comma 2, c.p.c. Altrimenti, ove il convenuto non si costituisca e il giudice non rileva d'ufficio la nullità, come postula l'art. 164, comma 2, c.p.c., la nullità della citazione rimane sanata in base, appunto, all'art. 157, comma 2, c.p.c., e se il convenuto si costituisce nel prosieguo del processo non deve farsi luogo né a rinnovazione né a rimessione in termini ex art. 294 c.p.c.” Per l'indicazione delle varie posizioni manifestate dalla dottrina, nel contesto sia anteriore che posteriore alla l. n. 353/1990, sui rapporti tra gli artt. 164 e 294 c.p.c. v. altresì l'ampia monografia di Donzelli, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020, spec., in riferimento al rapporto tra gli artt. 164 c.p.c. e 294 c.p.c., 87 ss.

⁶ Alla complessa e sfuggente figura pretoria (e non solo) del “pregiudizio effettivo” è dedicata la recente monografia di Donzelli, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, cit., spec., sempre in riferimento al rapporto tra gli artt. 164 c.p.c. e 294 c.p.c., 87 ss.



sembra scolorare in mera irregolarità⁷ posto che da sé sola, a prescindere cioè dalla prova del “pregiudizio effettivo” sofferto dalla parte nel cui interesse erano posti i requisiti mancanti (ignoranza della litispendenza), non è in grado di giustificare la piena riapertura del contraddittorio.

La ricostruzione oggi prescelta dalle Sezioni Unite⁸ desta serie perplessità proprio nel nucleo fondante che assegna regimi diversi agli atti compiuti in primo grado dall'attore nella perdurante nullità dell'atto introduttivo, non rilevata d'ufficio né dal convenuto rimasto contumace, e alle difese che quest'ultimo avrebbe potuto/dovuto ivi svolgere a pena di decadenza.

La disciplina delle nullità dell'atto introduttivo (anche) per vizi inficianti la *vocatio in ius* è infatti posta a garanzia del contraddittorio. E il contraddittorio ha natura bi-direzionale ponendo domanda e difesa in una dimensione di corrispondenza/interdipendenza strutturale perché funzionale a preservare la parità delle armi in prospettiva della decisione finale.

I requisiti di forma degli atti in generale, e di quello introduttivo in particolare, sono posti a presidio di entrambe le parti⁹: l'attore che, in posizione di potere, propone la domanda ed ha diritto di perseguire la tutela a prescindere dalle scelte di strategia difensiva del convenuto (se/quando costituirsi e come difendersi); quest'ultimo che, in iniziale posizione di soggezione rispetto alla chiamata in giudizio, ha diritto di esercitare nella loro pienezza le sue prerogative processuali resistendo alla domanda in una recuperata posizione di parità con l'attore.

La autonomizzazione di chi chiede la tutela dalle scelte di strategia difensiva della controparte, presidio della effettività della tutela giurisdizionale sancita dalla Costituzione, funziona solo se accompagnata alla certezza legale in ordine alla instaurazione del contraddittorio. La valida instaurazione della litispendenza (cd. contraddittorio formale) si pone dunque quale presupposto affinché la controparte eserciti, nella sua pienezza, il diritto di difesa, ancora in ossequio alla Costituzione¹⁰.

In questa tensione tra opposti sono i requisiti formali prescritti a pena di nullità per l'atto introduttivo (per limitarsi ai profili di interesse in questa sede) a fungere da unico parametro valutativo per il giudice. La loro presenza ingenera quella presunzione di valida instaurazione della litispendenza che consente al processo di progredire verso la sua meta finale (la pronuncia di merito) a prescindere dalla costituzione del convenuto¹¹. Al contrario, l'assenza di uno o più di tali requisiti fa venire meno quella presunzione imponendo al giudice che le conseguenti nullità dichiarate di ordinare

⁷ V., per una compiuta analisi di questi profili, per tutti, Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 520 ss; Panzarola, *Alla ricerca dei substantialia processus*, *ivi*, 2015, spec. 693 ss.

⁸ Che riprende alcune posizioni già espresse in dottrina: v. nota 5.

⁹ Significativa ed efficace la sintesi Poli, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, spec. 414 ss, per il quale: “Lo scopo tipico della norma che disciplina la forma dell'atto consiste anzitutto nel garantire a chi compie l'atto stesso di perseguire quella frazione dello scopo del processo unitariamente considerato e dunque nel consentire di individuare il potere esercitato; conseguentemente, nel garantire agli altri soggetti del processo di esercitare i poteri, doveri e facoltà processuali correlati e/o conseguenti al valido esercizio del potere esercitato; in caso di inosservanza delle disposizioni sul modello legale dell'atto, lo scopo della norma violata è raggiunto quando al processo sia acquisito il risultato pratico processuale concreto equipollente a quello prefissato dalla stessa norma – generale ed astratto – che regola l'atto considerato nel caso specifico, ovvero quando, essendo individuabile il potere esercitato, e questo in effetti sussista in capo al suo autore, gli altri soggetti del processo siano in grado di esercitare i poteri, doveri e facoltà processuali correlati e/o conseguenti al valido esercizio del potere esercitato (...);” A questa Opera si rinvia altresì anche per le indispensabili indicazioni bibliografiche, di cui in questa sede è impossibile dare, anche solo in parte, conto.

¹⁰ Mi permetto di rinviare, su questi profili, al mio *Tra neutralità e concludenza. La contumacia nel processo civile*, Torino, 2019, spec. 14 ss., anche per le necessarie indicazioni bibliografiche.

¹¹ Al quale, peraltro, resta sempre la possibilità di allegare e dimostrare che la costituzione è stata impedita da causa non imputabile: così l'art. 294 c.p.c., in *parte qua*.



la rinnovazione dell'atto introduttivo fissando una nuova prima udienza a decorrere dalla quale saranno (ri)calcolati i termini di costituzione tempestiva del convenuto. La bi-direzionalità del congegno di recupero delle condizioni per una valida decisione di merito, cioè del contraddittorio, è dunque evidente: la lesione è conseguenza del vizio originario e la regressione alle origini del processo (rinnovazione e fissazione di una nuova udienza, per il medio della dichiarazione di nullità) è il rimedio.

Ciò a meno che il convenuto si costituisca facendo una scelta diversa, consentita dall'art. 164 c.p.c. E' in questo contesto che si inserisce, e va valutata anzitutto nel giudizio di primo grado, la persistente vigenza di quell'art. 294 c.p.c. di cui oggi il *Plenum* predica l'applicazione¹² anche al giudizio di appello.

3.1. -Segue...e la sua insostenibilità nel giudizio di primo grado alla luce dell'art. 164 c.p.c.

A venire in rilievo sono anzitutto, nel giudizio di primo grado, gli artt. 183 e 164 c.p.c.

Tra le verifiche che la prima disposizione colloca istituzionalmente nell'udienza di comparizione e trattazione, ma pacificamente esercitabili per tutto il corso del processo, vi è quella relativa alla validità dell'atto di citazione.

L'art. 164 c.p.c. impone, al giudice che rilevi una delle nullità ivi previste, di ordinare la rinnovazione della citazione senza alcuna indagine intorno all'incidenza del vizio riscontrato sulla "conoscenza" del processo. L'ordine (incondizionato) di rinnovazione è infatti imposto tanto per vizi che, come la incertezza dell'ufficio o della data di udienza, sembrerebbero precludere (o rendere più difficoltosa) tale "conoscenza", quanto per vizi che invece, come quelli della *editio actionis* o derivanti dall'assegnazione di un termine a comparire inferiore a quello dell'art. 163 *bis* o dalla mancanza delle prescrizioni imposte dall'art. 163, c. 2, n. 7, tale "conoscenza" non escludono. A tale ordine si accompagna sempre (art. 183, c. 2 c.p.c.) la fissazione di una nuova udienza di trattazione, funzionalmente equivalente alla completa restituzione della controparte pregiudicata dalla nullità nella pienezza delle sue prerogative processuali. La costituzione del convenuto nella perdurante nullità della citazione (non rilevata dal giudice) apre invece scenari in parte diversi.

Se infatti egli si costituisce ma eccepisce che non è stato in grado di pienamente difendersi a causa della inosservanza del termine a comparire o delle prescrizioni dell'art. 163, c. 2, n. 7 c.p.c.¹³, il giudice fissa una nuova udienza nel rispetto del termine. Con la ulteriore conseguenza che solo la costituzione senza alcun rilievo determina una convalidazione soggettiva (art. 157, c. 3 c.p.c.: il convenuto ha rinunciato ad avvalersi di alcune tipologie di difese) o oggettiva (la nullità non ha in alcun modo pregiudicato, in concreto, la piena difesa).¹⁴

Occorre a questo punto chiedersi il perché di un regime in parte differente a seconda che il rilievo provenga dal giudice o dal convenuto.

La spiegazione risiede, a mio avviso, nel fatto che, come già detto, tra gli scopi dell'atto introduttivo (e della notificazione che lo veicola nella sfera giuridica del destinatario) vi è quello di indurre certezza legale in ordine alla instaurazione del contraddittorio. Tale certezza, per forza di cose, deve agganciarsi a dati formali ed oggettivi perché

¹² Nella parte in cui codifica una rimessione in termini in ipotesi di nullità della citazione e/o della sua notificazione: v. nota precedente.

¹³ Ma ciò dovrebbe valere, ben al di là del tenore letterale della disposizione, per tutti i vizi della *vocatio*: v. *amplius*, *Tra neutralità e concluzione. La contumacia nel processo civile, cit.*, spec. 49 ss.

¹⁴ Oggi a differenza di ieri. Il testo originario dell'art. 164 c.p.c., precedente alla legge n. 353/1990, sanciva infatti che "la costituzione del convenuto sana ogni vizio della citazione, ma restano salvi i diritti anteriormente quesiti" e l'indirizzo interpretativo maggiormente diffuso era nel senso che la sanatoria della nullità della citazione fosse automaticamente legata alla costituzione del convenuto ma avesse sempre efficacia non retroattiva: v., ad esempio, per una efficace impostazione dei termini del dibattito, Giudiceandrea, voce *Citazione*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 112 ss.



deve essere apprezzata dal giudice in modo da realizzare quell'equilibrio perfetto che la Costituzione impone laddove sancisce al contempo, e con lo stesso grado di effettività, il diritto di azione e quello di difesa (art. 24 Cost., c. 1 e 2). È l'unico modo che il giudice ha di apprezzare *ex ante*, a prescindere cioè dall'atteggiamento del convenuto, se il contraddittorio è stato validamente instaurato, è quello di verificare il rispetto dei requisiti di forma imposti a pena di nullità, secondo lo schema generale dell'art. 156, c. 1, c.p.c. riproposto dall'art. 164 c.p.c. per l'atto introduttivo del giudizio.

Può darsi però che la nullità, pur sussistendo, non abbia in concreto arrecato pregiudizi alla pienezza della difesa o che il convenuto rinunci ad eccepirla.¹⁵ E può darsi altresì che malgrado la nullità il convenuto si costituisca in cancelleria o alla prima udienza al solo scopo di chiedere la fissazione di una nuova prima udienza perché la nullità gli ha consentito la costituzione ma non la difesa. Così si spiega la previsione dell'art. 164, c. 3 c.p.c. che, proprio in questa ipotesi, esclude la automatica convalidazione e rimette al convenuto, ed esclusivamente a lui, la valutazione in ordine all'incidenza concreta del vizio sul suo diritto di difesa.

La "conoscenza materiale" del processo, cui ancora oggi il *Plenum* riconosce portata dirimente ai fini della rimessione in termini del "contumace che si costituisce" in primo grado (art. 294 c.p.c.) o dell'appellante già ivi contumace, è dunque irrilevante in caso di rilievo ufficioso. Essa funge invece da antifatto materiale solo in caso di costituzione del convenuto, che è il soggetto nel cui interesse la legge impone i requisiti mancanti. A lui soltanto è dunque rimessa la scelta di non eccepire la nullità perché ritiene accettabile, nel caso concreto, la rinuncia ad alcune tipologie di difesa o perché non ne è stato privato dalla nullità (artt. 156, u.c., 157 e 164, c. 3 c.p.c.: la "conoscenza materiale" del processo gli ha comunque consentito di difendersi).

Il giudice non ha invece alcuna base oggettiva su cui fondare la valutazione in ordine alla "conoscenza materiale", attinta cioè a prescindere dall'atto introduttivo validamente confezionato e notificato, del processo. Si tratta infatti di elementi fattuali che egli non ha strumenti per verificare¹⁶ e che perciò stabilirebbe comunque in maniera arbitraria¹⁷ e con logica del caso per caso¹⁸.

A dimostrare quanto appena detto stanno i fumosi ed insostenibili *distinguo* cui la giurisprudenza è costretta a ricorrere quando si trova a ricostruire il concetto di "conoscenza materiale"¹⁹.

A dire del *Plenum* infatti, sulla scia dell'orientamento cui conferisce continuità, l'unico caso in cui potrebbe ravvisarsi una mancata conoscenza del processo, per vizi della *vocatio*, sarebbe quello della omessa o assolutamente incerta indicazione del giudice, laddove invece neppure l'assoluta indeterminatezza della data di udienza impedirebbe al convenuto, usando una certa dose di "diligenza", di individuare tale data con vari accessi all'ufficio giudiziario adito. Ma le cose non stanno così.

¹⁵ Ad esempio, ma è solo un esempio, perché nel caso specifico non ha bisogno di spiegare difese oramai in astratto precluse.

¹⁶ Ed è per questo, del resto, che la "conoscenza materiale" non entra mai nella fattispecie legale della validità degli atti introduttivi (ma non solo) e della loro notificazione. Essa non è necessaria, perché altrimenti in assenza della relativa prova il contraddittorio non potrebbe mai dirsi instaurato rendendo la domanda di tutela un mero *flatus vocis*, ma non è neppure sufficiente, a meno che non sia il destinatario a renderla tale costituendosi senza eccepire la nullità e consentendo così al processo di validamente progredire verso la sua meta finale.

¹⁷ Solo per limitarsi ad un esempio: quanti accessi all'ufficio giudiziario adito sarebbero da ritenere sufficienti per inverare un grado accettabile di diligenza, oltre il quale scatterebbe la rimessione in termini? E in base a quale criterio?

¹⁸ Così come è privo di dati conoscitivi sulle ragioni della contumacia "volontaria" e non può fondarvi la *adverse inference* sancita dall'art. 116 c.p.c.

¹⁹ Rilevano oggi le Sezioni Unite al § 6.4. della motivazione: "(...)Quando la nullità della citazione dedotta dall'appellante, rimasto contumace in primo grado, dipende dall'inosservanza dei termini a comparire o dalla mancanza dell'avvertimento previsto dal n. 7) dell'art. 163 c.p.c., la rimessione in termini per le attività che gli sarebbero precluse, ai sensi dell'art. 294 c.p.c., resta, di regola, impedita dall'avvenuta conoscenza materiale dell'esistenza del processo, a differenza di quanto accade in ipotesi di omissione o assoluta incertezza del giudice adito. Residuano, ovviamente, le ipotesi limite in cui tale conoscenza materiale del processo in capo al convenuto sia avvenuta in tempo comunque non utile a consentirgli una fruttuosa costituzione."



Al cospetto di un atto di citazione (o equivalenti) riconoscibile come tale, ancorchè viziato perché privo di data di udienza o di avvertimenti vari o persino dell'indicazione del giudice, la contezza del fatto che qualcuno ha portato in giudizio il destinatario sussiste comunque. Lo dimostra la circostanza che persino un atto di citazione privo di domanda individuabile è (ritenuto dalla legge) idoneo ad instaurare la litispendenza. Ciò che muta è, appunto, il grado di "diligenza" imposto al destinatario per ricostruire la parte mancante dell'atto. Sicchè la differenza tra assoluta incertezza sulla data dell'udienza e sull'ufficio giudicante starebbe, semmai, nella diversa intensità dell'impegno necessario, sul piano materiale, ad individuare con esattezza dove e quando difendersi. In particolare, sarebbe richiesto un maggiore impegno per la seconda ipotesi rispetto alla prima²⁰, ma in entrambe il fatto stesso di doversi attivare per capire dove e quando difendersi presuppone la "conoscenza materiale" del processo.

Da un lato dunque la mancata "conoscenza materiale" del processo non potrebbe mai a rigore predicarsi in caso di vizi della *vocatio*, rendendo di conseguenza impossibile anche la prova in tal senso del "contumace che si costituisce" (art. 294 c.p.c.)²¹. Dall'altro la relativa costruzione pretoria inserisce nella fattispecie legale della (valida instaurazione della) litispendenza un elemento, la "conoscenza materiale" appunto, a sua volta conseguenza di una "diligenza" asseritamente imposta al destinatario per ricostruire la parte mancante dell'atto (pure prevista a pena di nullità), che la logica prima ancora del diritto esclude²².

Il che porta a riflettere, stavolta, sul profilo comune ai due diversi regimi di rilievo delle nullità appena richiamati: la fissazione di una nuova prima udienza che (sul comune presupposto della dichiarazione di nullità) si accompagna automaticamente tanto alla rinnovazione disposta d'ufficio che alla costituzione del convenuto il quale, eccepita la nullità, ne faccia richiesta.

Tale profilo appare per più ragioni illuminante.

Anzitutto delinea la reale portata della rinnovazione, che è quella di attuare il contraddittorio inizialmente compreso dalla nullità nel segmento procedimentale di riferimento. Quanto all'atto introduttivo, la cui nullità inficia il contraddittorio alla radice, la rinnovazione e la restituzione del convenuto non costituito nella pienezza delle prerogative processuali (regressione del processo alla prima udienza) non sono dunque profili separati, e separabili, ma facce di una stessa medaglia, la prima non avendo alcun senso e valore se non in funzione della seconda. La rinnovazione è insomma parte, nell'ottica del giudice che la dispone nella mancata costituzione del convenuto, della più complessa fattispecie costitutiva del diritto processuale di quest'ultimo ad un contraddittorio pieno ed effettivo sul presupposto della dichiarazione di nullità dell'atto introduttivo. Una fattispecie che si completa proprio con la fissazione ufficiosa di una nuova prima udienza.

Dal punto di vista del convenuto che si costituisce lo schema appare invece rovesciato.

La rinnovazione dell'atto introduttivo diviene *ex post* superflua perché assorbita/sostituita dal suo ingresso attivo nel processo malgrado i vizi della *vocatio*. Resta invece impregiudicato il profilo del recupero dell'intero *spatium deliberandi*,

²⁰ Il che non esclude che in concreto risulti al destinatario più facile identificare l'ufficio giudiziario "intuendone" la ubicazione in ragione dei rapporti sostanziali con la controparte, che non la data dell'udienza: si tratta, all'evidenza, di circostanze di fatto imponderabili e la cui ricorrenza non può certo essere apprezzata dal giudice né in astratto né in concreto.

²¹ La estrema difficoltà di dimostrare un danno "ulteriore" rispetto a quello presunto in ragione della nullità è aspetto da non sottovalutare. Le preoccupazioni in tal senso trovano da lungo tempo voce in dottrina: v., a mero titolo di esempio, le pregnanti considerazioni generali di Donzelli, *Op. loc. ult. cit.*; di Scarselli, *Sulla necessità di avere un codice di procedura civile e sul dovere dei giudici di rispettarlo e di farlo rispettare*, in www.judicium.it; di Capponi, *Principi di diritti pronunciati d'ufficio su spedizione in forma esecutiva e interesse all'opposizione*, *ivi*.

²² L'ignoranza del processo di pone, nella logica delle Sezioni Unite ma non solo, quale fonte di "pregiudizio effettivo" in grado di giustificare la rimessione in termini del contumace se ed in quanto egli la dimostri, malgrado l'evidenza della nullità dell'atto introduttivo. Le conseguenze devastanti di questo modo di pensare emergono, oltre che negli scritti citati alla nota precedente ed in quelli di Panzarola e Verde citati alla nota 7, anche dalle considerazioni di Vaccarella, Sassani, Capponi, *Editoriale*, in *Rass. es. for.*, 2019, 597.



che va assicurato comunque, se il convenuto stesso lo richiede, proprio con la fissazione di una nuova prima udienza. In tal caso, dunque, la riapertura totale del contraddittorio diviene il presupposto logico e cronologico della rinnovazione dell'intero processo.

Delle due perciò l'una.

Se il convenuto non si costituisce, al rilievo delle nullità è legittimato il giudice secondo le dinamiche già illustrate (art. 164, c. 2, c.p.c.).

Se invece il convenuto si costituisce, sarà solo lui a poter scegliere se muoversi lungo le linee della convalidazione (soggettiva od oggettiva) conferendo di fatto rilievo alla "conoscenza materiale" del processo, oppure chiedere, rilevando la nullità, la fissazione di una nuova prima udienza. Il giudice, per parte sua, una volta dichiarata la nullità, dovrà dare seguito all'istanza senza alcuna ulteriore valutazione (art. 164, c. 3, c.p.c.) su tale "conoscenza materiale." E a tanto sarà tenuto a prescindere dal momento (fase precoce o avanzata) in cui la costituzione è avvenuta, visto che il tempo della costituzione è ininfluenza ai fini della (in)conoscibilità giudiziale delle circostanze di fatto in cui la "conoscenza" del processo può essere stata *aliunde* acquisita (e con quale grado di "diligenza") dal convenuto.

E che non vi siano differenze, sotto questo profilo, tra il convenuto che si costituisce in fase precoce (quello cui secondo il *Plenum* si riferisce l'art. 164, c. 3, c.p.c.) o nel prosieguo del processo (il "contumace che si costituisce" cui fa riferimento invece l'art. 294 c.p.c.) è confermato da un'altra circostanza.

E cioè che il potere di rilevazione officiosa di una questione, e quella di nullità non fa eccezione, coesiste sempre con quello della parte che vi abbia interesse²³. Sicchè se si sostiene (correttamente) la rilevabilità officiosa dei vizi dell'atto introduttivo in ogni stato del processo di primo grado, si deve poi sostenere che anche il convenuto può eccepire con la stessa ampiezza temporale la violazione del suo diritto di difesa in ragione di quei vizi. L'eccezione di parte funge infatti da sollecitazione di un potere officioso esercitabile senza limiti e vincola il giudice a fare quanto aveva fino a quel momento omesso, cioè valutare la questione e, in caso di riscontro della nullità, fissare una nuova prima udienza. Questi rilievi sottraggono peso al timore, che oggi agita anche il *Plenum*, di un uso strumentale e dilatorio, da parte del convenuto tardivamente costituito, dell'eccezione di nullità della citazione che non gli abbia inibito la "conoscenza materiale" del processo. Un timore, è bene ribadirlo, che per quanto comprensibilmente radicato nella cronica crisi della giustizia, dà rilievo a dati empirici che il giudice non ha modo di accertare e che non possono quindi essere assunti a base di una interpretazione limitativa delle prerogative costituzionali della difesa. Prerogative che gli artt. 164 e 183 c.p.c. hanno invece ben presenti laddove sanciscono che il processo riparta dalla prima udienza se il giudice dichiara la nullità dell'atto introduttivo in uno stato anche avanzato del processo o addirittura in fase decisoria.

Men che mai potrebbero assumere rilievo le ragioni della "ragionevole durata del processo" che, immancabili nella giurisprudenza degli ultimi anni ed anch'esse spesso solo figlie della crisi della giustizia, non dovrebbero ritenersi prevalenti rispetto alle esigenze della effettività del contraddittorio²⁴.

Se si concorda dunque: a) che in primo grado al giudice, in assenza di costituzione del convenuto, è precluso l'apprezzamento del dato empirico della "conoscenza materiale" del processo quale elemento sanante delle nullità dell'atto introduttivo per vizi della *vocatio*; e b) che è il solo convenuto che si costituisce, in qualsiasi momento, a

²³ Conclusione sostanzialmente pacifica, per quale v., ad esempio, Fabbrini, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Farnò*, Milano, 1973, 266 e segg.; in *Enc. dir.*, voce *Potere del giudice (diritto processuale civile)*, XXXIV, Milano, 1985, 728 e segg., «[...] il potere di rilevazione della fattispecie impeditiva è in pari misura attribuito al giudice e alla parte convenuta; è sufficiente che questa eserciti il suo potere e la posizione del giudice ritorna immediatamente vincolata nella rigida, consueta alternativa: se la fattispecie impeditiva esiste, la decisione di merito non deve essere emanata; se non esiste, deve e può essere emanata»; Oriani, in *Digesto/civ.*, voce *Eccezione*, XII, App., Torino, 1995, 262 e segg.

²⁴ Valga, per tutti, il riferimento allo scritto di Verde citato alla nota 7.



rendere rilevante tale “conoscenza materiale” non eccedendo la nullità; allora ne consegue che la disposizione che regola, in primo grado, rilievo e conseguenze della (dichiarazione di) nullità per vizi della *vocatio in ius* è esclusivamente l’art. 164 c.p.c. e non invece l’art. 294 c.p.c., nella parte in cui codifica una rimessione in termini in caso di nullità della citazione (o della sua notificazione).

Quest’ultima norma, dettata nel contesto originario del codice, fungeva verosimilmente da clausola di salvaguardia di un sistema in cui l’art. 164 c.p.c. prevedeva che la sola costituzione del convenuto sanasse automaticamente ogni vizio della citazione (salvi i diritti quesiti). Nel contesto disegnato dall’art. 164 c.p.c. oggi vigente dovrebbe allora ritenersi abrogata per incompatibilità o comunque essere (re)interpretata proprio alla luce dell’art. 164 c.p.c. Nel senso, cioè, che le nullità della citazione inficiano la valida instaurazione del contraddittorio, cioè l’unica condizione necessaria e sufficiente ad integrare validamente la litispendenza.

Se dunque il vizio, verificatosi in fase genetica, porta alla declaratoria di nullità, ne consegue la regressione del processo alle origini, integrata: a) dalla rinnovazione dell’atto introduttivo e dalla fissazione di una nuova prima udienza; b) invertendo lo schema, da quest’ultima quale presupposto della rinnovazione dell’intero processo se il convenuto si costituisce e ne fa richiesta.

In entrambi i corni dell’alternativa, la regressione totale ed automatica del processo alle sue origini si radica esclusivamente nella (declaratoria di) nullità e non ha bisogno di altre ragioni giustificatrici. Perde così anche di senso la distinzione tra attività soggette o meno a preclusione.

La rimessione in termini codificata dall’art. 294 c.p.c. ha dunque ancora un peso notevole nel consentire al convenuto di dimostrare che una causa non imputabile gli ha impedito la costituzione, ma in presenza di una nullità dell’atto introduttivo l’art. 294 c.p.c. recede a favore di quella che ne è oggi l’unica *sedes materiae*: l’art. 164 c.p.c.

4.- Le conseguenze in appello: l’applicabilità del solo art 164 c.p.c.

Impostati in questi termini i rapporti tra art. 164 c.p.c. e art. 294 c.p.c. nel giudizio di primo grado, occorre stabilire cosa accade se è dedotta come motivo di appello una nullità dell’atto introduttivo di primo grado per vizi della *vocatio in ius* mai rilevata d’ufficio né dall’appellante, ivi rimasto contumace.

E’ senz’altro da condividere l’assunto che i vizi che comportano la nullità dell’atto introduttivo del primo grado, mai rilevati, inficiano tutti gli atti dipendenti e la sentenza finale per derivazione. Ne consegue, come condivisibilmente ribadito oggi dalle Sezioni Unite, che “(...) la stessa nullità si converte in motivo di impugnazione e deve perciò essere fatta valere dal contumace mediante appello (...)”.

Altrettanto condivisibile è il rilievo che la sola proposizione dell’impugnazione non vale a sanare “(...) la nullità degli atti successivi dipendenti dalla citazione viziata. Il giudice d’appello, preso atto della nullità del giudizio di primo grado e della stessa sentenza, non potendo disporre la rimessione al primo giudice, ai sensi dell’art. 354 c.p.c., è dunque tenuto a trattare la causa nel merito, rinnovando gli atti dichiarati nulli(...)”.

La proposizione dell’appello tiene dunque luogo, per le Sezioni Unite, della rinnovazione dell’atto introduttivo, assorbita dalla riattivazione del contraddittorio inverata dalla proposizione dell’appello. Si tratta dell’applicazione dello stesso schema logico dell’art. 164 c.p.c. per il quale non è necessaria la rinnovazione dell’atto viziato quando assorbita/superata dalla costituzione del convenuto malgrado i vizi nella *vocatio*.

Ma se così è non può allora accettarsi il corollario che le stesse Sezioni Unite traggono dalla premessa adottata: “La rinnovazione degli atti nulli che sia ordinata dal giudice d’appello coinvolge, peraltro, le attività difensive correlate e strettamente conseguenziali all’atto rinnovato, ma non equivale alla rimessione in termini integrale ed automatica del contumace nello svolgimento di tutte le attività difensive impedito dalla mancata instaurazione del contraddittorio. La rimessione in termini è, infatti, ristretta dall’art.



294 c.p.c. alle sole attività ormai precluse il cui tempestivo svolgimento sia stato impedito dall'ignoranza del processo".

Tra la prima e la seconda affermazione c'è infatti un salto logico perché delle due l'una.

O l'atto introduttivo era viziato tanto da inficiare processo e sentenza per lesione del contraddittorio, ed allora quel contraddittorio va ripristinato per intero in appello: esclusa la rinnovazione della chiamata per effetto della proposizione dell'impugnazione, il processo deve comunque regredire alla prima udienza se l'appellante lo richiede perché va recuperata la fase cruciale dello *spatium deliberandi* per la difesa (possibilità di costituzione tempestiva); oppure il vizio non era tale da incidere sul contraddittorio ed allora non si giustifica neppure la rinnovazione degli atti dipendenti da quello introduttivo compiuti dall'appellato già attore in primo grado nella contumacia del convenuto. Scindere le due posizioni, ritenere cioè dovuta in appello, a seguito della dichiarazione di nullità, la rinnovazione degli atti dipendenti da quello introduttivo viziato ma consentire il contraddittorio dell'appellante solo per le difese non già precluse in primo grado è invece una autentica contraddizione in termini perché trascura un dato fondamentale.

E cioè che il regime delle preclusioni presuppone una litispendenza validamente instaurata, ed è fisiologicamente inoperante in presenza di nullità che la inficino: tali nullità (ove dichiarate) sono infatti il presupposto necessario e sufficiente per la regressione del processo alla fase genetica inficiata dal vizio.

Le Sezioni Unite invece, correttamente escludendo la rinnovazione dell'atto introduttivo del primo grado in ragione della proposizione dell'appello, escludono anche la sequenza procedimentale immediatamente conseguenziale e successiva, la costituzione tempestiva del convenuto, obliterando che in questa ipotesi lo schema è rovesciato.

Se, insomma, la proposizione dell'appello tiene luogo della costituzione del convenuto in primo grado malgrado i vizi nel meccanismo della chiamata, prima opera la riespansione totale del contraddittorio e solo poi, alla luce di quella, va rinnovato il successivo sviluppo del processo. Sicché, in applicazione dell'art. 164 c.p.c., se l'appellante ne fa richiesta, va ammesso a spiegare in appello tutte le difese consentite in sede di costituzione tempestiva in primo grado (ex artt. 38 e 167 c.p.c.).

Viceversa, non avrebbe alcun senso consentire, in ossequio al contraddittorio, la rinnovazione degli atti della controparte, conseguenti all'atto introduttivo del primo grado viziato, ad esempio l'assunzione delle prove, se poi quel contraddittorio è vuoto perché continua a mancare, a monte, proprio la sequenza procedimentale successiva e conseguente a quell'atto introduttivo, la costituzione tempestiva, il cui compimento quest'ultimo avrebbe dovuto consentire se fosse stato valido.

5.- Le recenti conferme del legislatore

Le conclusioni attinte nel precedente paragrafo sembrano trovare conferma nelle più recenti scelte operate in seno alla riforma del processo civile.

Nel contesto di una significativa riduzione delle ipotesi di rimessione al giudice di primo grado da parte del giudice d'appello, l'art. 3 c. 26, lett. n) dello schema di Decreto legislativo ad oggi disponibile²⁵ ha riformulato l'art. 354 c.p.c. La nuova disposizione prevede oggi, al c. 3, che *"Se il giudice d'appello riconosce sussistente la giurisdizione negata dal primo giudice o dichiara la nullità di altri atti compiuti in primo grado, ammette le parti a compiere le attività che sarebbero precluse e ordina,*

²⁵ Si tratta, segnatamente, dello "Schema di Decreto Legislativo recante attuazione delle Legge 16 novembre 2021, n. 2016, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata".



in quanto possibile, la rinnovazione degli atti a norma dell'articolo 356.”

La disposizione è estremamente significativa.

Escludendo che il riconoscimento in appello della giurisdizione negata dal primo giudice comporti la regressione del processo in prime cure, chiarisce definitivamente che quello di secondo grado è ambiente processuale idoneo ad ospitare la trattazione e decisione, *ab initio* e per la prima volta, sulla domanda di giustizia.

Spalancata questa porta, è allora dietro l'angolo la generalizzazione della regola riferita alla giurisdizione.

In “ogni altro caso” in cui il giudice d'appello dichiara perciò la nullità di un atto compiuto in primo grado, lo sviluppo processuale diviene unico ma bi-direzionale: se vi è dichiarazione di nullità allora vi è ammissione delle altre parti a compiere (anche) “*le attività che sarebbero precluse*” e rinnovazione degli atti nulli ove possibile.

La scelta sottende l'idea²⁶ che ogni nullità (che sia davvero tale) lede una garanzia della parte colpita e ne comporta perciò, sempre automaticamente, anzitutto la restaurazione.

In questo automatismo (il giudice “*ammette*” le parti etc. etc e “*ordina*” etc. etc.) non vi è spazio per ulteriori valutazioni sulla “causalità” della nullità e neppure per il *distinguo* tra attività soggette o meno a preclusione, che presuppone un contesto processuale dove il contraddittorio non è viziato. Di attività che “*sarebbero precluse*” parla infatti oggi l'art. 354 c.p.c. recependo, mi pare, la logica dell'art. 164 c.p.c. a discapito di quella, *in parte qua*, dell'art. 294 c.p.c.

Ancora più significativo è, a mio avviso, il fatto che la disposizione anteponga la “*ammissione delle parti alle attività che sarebbero precluse*” alla rinnovazione, prescritta solo ove possibile.

La previsione sembra calibrata proprio²⁷ sulle nullità degli atti introduttivi del primo grado denunciate per la prima volta con l'appello. La declaratoria di nullità (dell'intero processo e della sentenza) impone infatti al giudice d'appello, prima di tutto, il ripristino della finestra temporale deputata alla costituzione tempestiva dell'appellante (convenuto in primo grado), che inaugura la rinnovazione dell'intero processo (che avrebbe dovuto svolgersi in primo grado) nel contraddittorio di quest'ultimo.

Se infatti dell'atto viziato (quello introduttivo del primo grado) non è necessaria la rinnovazione in virtù, appunto, della proposizione dell'appello (o, in primo grado, della costituzione del convenuto), resta invece indefettibile la ripetizione del successivo segmento processuale, quello della costituzione del convenuto, prima di procedere poi alla rinnovazione degli atti successivi e consequenziali alla luce di quel contraddittorio.

Resta perciò confermato che la rinnovazione dell'atto introduttivo può essere surrogata dalla costituzione del convenuto, ma la riespansione totale del contraddittorio è immancabile quale conseguenza della declaratoria di nullità ed opera, in questo caso, come presupposto della rinnovazione delle successive fasi del processo.

Mi pare dunque che il legislatore del 2022 ponga, fin dal tenore testuale del nuovo art. 354 c.p.c., rimedio alla più grave debolezza dell'indirizzo interpretativo oggi avallato dalle Sezioni Unite.

Così recuperando finalmente all'appello per motivi di rito, soprattutto in riferimento ai (più devastanti) vizi degli atti introduttivi del primo grado, la capacità di assicurare pienamente quel contraddittorio lì svilito dalle (dichiarate) nullità.

²⁶ Precisa in proposito la Relazione Illustrativa: “*A seguito della soppressione dell'articolo 353, il giudice di appello che riconosca la giurisdizione negata dal primo giudice non potrà più rimettere a questo gli atti ma dovrà decidere la causa nel merito, se del caso svolgendo le attività che non si siano svolte in primo grado. Si è perciò modificato l'ultimo periodo dell'articolo 354, prevedendo che tanto in questo caso, quanto nel caso in cui dichiara la nullità di altri atti (e cioè atti diversi da quelli contemplati nei commi precedenti, la cui nullità determina la rimessione al primo giudice), il giudice di appello ammetta le parti al compimento di attività che sarebbero loro precluse, quando questa esigenza discenda dalla necessità di ripristinare il contraddittorio (ad esempio, a seguito della mancata concessione di termini nel giudizio di primo grado) e proceda alla rinnovazione degli atti nulli”.*

²⁷ Anche se, ovviamente, non solo.



Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


**Pacini
Giuridica**