

CAPITOLO 5

SANATORIA DEI VIZI: MODALITÀ E DECORRENZA

SOMMARIO: 1. I vizi della *vocatio in ius* e la costituzione del convenuto: il difetto d'indicazione del giudice – 2. Segue: l'omessa indicazione della data d'udienza – 3. Segue: l'inosservanza del termine a comparire – 4. La rimessione in termini del convenuto – 5. Il difetto dell'elemento oggettivo e la costituzione del convenuto – 6. Decorrenza e portata della sanatoria – 7. Il requisito ambivalente: l'omessa o incerta indicazione delle parti – 8. Segue: la costituzione del convenuto – 9. Segue: la costituzione del convenuto nelle ipotesi di dissociazione fra parte formale e parte sostanziale – 10. La rinnovazione della citazione – 11. Conseguenze della mancata o tardiva rinnovazione: in caso di vizi della *vocatio in ius* – 12. Segue: in caso di vizi della *editio actionis*

1. I vizi della *vocatio in ius* e la costituzione del convenuto: il difetto d'indicazione del giudice

Ribaltando per ragioni espositive l'ordine seguito dall'art. 164, tratterò subito della costituzione del convenuto, capace di sanare la difettosa menzione dell'ufficio giudiziario pur se diretta al solo scopo di far valere la nullità¹. Della cornice in cui può discorrersi di un caso di convalidazione oggettiva – com'è abitualmente rappresentata la vicenda² –, ho già detto³.

In quella sede⁴ ho anche segnalato come la disposizione sia modellata sull'ipotesi fisiologica in cui l'attore abbia iscritto a ruolo la causa e il convenuto, scoperto l'ufficio giudiziario concretamente adito, si costituisca depositando la comparsa in cancelleria. Còlto nella sua letteralità, però, l'art. 164, terzo comma, non sembra escludere la diversa ipotesi in cui l'attore ometta di costituirsi e ad iscrivere a ruolo la causa sia il convenuto; o che il convenuto si costituisca iscrivendo la causa sul ruolo di un giudice diverso da quello presso cui l'ha iscritta l'attore.

¹ Cass., 29 dicembre 1997, n. 13094.

² Così CERINO CANOVA – BALENA, *Citazione*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1991, 7; LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2011, 14; TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009, 136; ROMANO, *Nullità degli atti, ricorso introduttivo delle controversie di lavoro e art. 164 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1147.

³ *Supra*, cap. 2, § 5.

⁴ *Supra*, cap. 2, § 6.

Le due ipotesi non suonino poi tanto peregrine. S'immagini che la citazione rechi l'indicazione di un certo ufficio nell'epigrafe e di un diverso ufficio nel corpo; l'attore omette di costituirsi e ad iscrivere la causa sul ruolo di uno dei due tribunali è il convenuto.

Se lo scopo della citazione si riducesse a mettere quest'ultimo nella condizione di fare ingresso in giudizio, non si dovrebbe dubitare sia della sanatoria del vizio, sia della ritualità dell'iscrizione a ruolo, con il risultato che il processo potrà validamente svolgersi nella contumacia dell'attore. Poco male, si dirà: compete all'attore, cui comunque si ascrive l'errore, verificare i ruoli dell'uno e dell'altro ufficio onde evitare che il processo si svolga a sua insaputa. Questo è vero, ma la medesima logica, condotta ad estremo svolgimento, dovrebbe pervadere l'ipotesi in cui la citazione sia del tutto mancante dell'indicazione del giudice e il convenuto iscriva la causa sul ruolo di uno qualunque degli uffici giudiziari italiani. Con il risultato che il convenuto avrà gioco facile a condurre in porto il processo nella inconsapevole contumacia dell'attore.

La vicenda appare paradossale, ma se il metro del conseguimento dello scopo fosse la costituzione del convenuto *tout court*, non si potrebbe non concludere per la sanatoria anche in questo caso, dal momento che l'art. 164: *a)* non distingue fra mancanza e assoluta incertezza ai fini della convalidazione; *b)* non fa differenza se a iscrivere la causa a ruolo sia l'attore o il convenuto; *c)* non dà margini di valutazione al giudice circa l'idoneità della costituzione a sanare il vizio. In questo scenario – evidentemente sfuggito alla fantasia dei novellatori – non si vede come sottrarre efficacia sanante alla condotta del convenuto che si costituisca presso un qualunque ufficio giudiziario sull'implicita dichiarazione – insindacabile, se già non fosse irrilevante – di aver intuito essere quello il giudice che l'attore aveva in animo di adire.

L'aver letto a suo tempo la funzione della citazione in maniera più estesa della semplice *provocatio ad ius*, e l'aver concluso di riflesso che la costituzione del convenuto deve leggersi come requisito senz'altro necessario, non anche sufficiente per il conseguimento dello scopo⁵, consente di evitare il rischio di una nullità che adduca all'attore pregiudizio ben più grave della sanzione comminata dall'art. 164. In caso di mancanza o di assoluta incertezza del requisito di cui al n. 1 dell'art. 163, la sanatoria della nullità – orientata dal fascio interpretativo promanante dall'art. 156 – ha luogo a condizione che la costituzione del convenuto sia in grado di garantire fin dall'origine l'osservanza del principio del contraddittorio e, in generale, il regolare svolgimento del processo. Ciò che non può dirsi nei casi in cui alla notifica della citazione nulla per difetto nell'indicazione del giudice non sia seguita per qualunque motivo la costituzione dell'attore. Non saldandosi ad omologa attività di

⁵ Per questi profili, v. *supra*, cap. 2, § 5.

quest'ultimo, la sola che ne renda manifesta la consapevolezza dell'iscrizione a ruolo dinanzi a giudice che la citazione non fissa con chiarezza, la costituzione del convenuto non vale a integrare l'idoneità allo scopo, per cui il vizio sopravvive e va rilevato d'ufficio. Non essendo evidentemente concepibile un'attività di rinnovazione della citazione a carico del convenuto e in favore dell'attore, il processo sarà definito immediatamente con sentenza dichiarativa della nullità e recante condanna dell'attore alla rifusione delle spese⁶.

2. Segue: l'omessa indicazione della data d'udienza

Pur qui l'ipotesi fisiologica cui sembra pensare il legislatore è quella di un attore che ha iscritto la causa a ruolo e di un convenuto che si costituisce in cancelleria o all'udienza. Ancora una volta, però, non può escludersi che, in luogo dell'attore, sia il convenuto a iscrivere la causa a ruolo. Occorre chiedersi perciò anche per questa ipotesi se la vicenda realizza la figura di sanatoria descritta dalla disposizione.

Mancando la citazione della data d'udienza, questa dovrà essere indicata – di fatto immaginata – dal convenuto nella nota d'iscrizione a ruolo (art. 71, disp. att. c.p.c.). Si tratta perciò di stabilire se l'operazione innesca il fenomeno della sanatoria per convalidazione oggettiva nei termini generali che si sono descritti⁷ e che hanno invece condotto a escluderla per l'ipotesi di difetto d'indicazione del giudice⁸.

⁶ Solo in apparenza, a mio avviso, può riuscire distonico che di fatto il giudice dichiari la nullità a tutela della parte che vi ha dato causa. Invero non può escludersi che l'attore, avvedutosi della nullità dell'atto introduttivo, abbia preferito abbandonare il processo innesco da quella citazione, semmai per avviarne uno nuovo esente da vizi. La scelta mi pare legittima e prevalente sull'altra, accordata al convenuto in caso di citazione valida, di coltivare egli a quel punto il giudizio nella contumacia dell'attore. È anche a salvaguardia di questa scelta, del resto, che ritengo preferibile la soluzione della sentenza in rito a quella – solo in apparenza più semplice, e coerente con la filosofia dell'art. 164 – della fissazione di una nuova prima udienza da comunicarsi all'attore. Questa seconda opzione solleverebbe non lievi problemi in punto di competenza, e precisamente: *a*) in caso di fori concorrenti, il giudizio si svolgerebbe dinanzi al giudice scelto dal convenuto; *b*) non diversamente, ove la causa sia messa a ruolo sia dal convenuto che dall'attore dinanzi a uffici giudiziari diversi, attesa l'unicità della citazione, occorrerebbe anzitutto stabilire con quale criterio individuare il giudice cui spetta dichiarare la litispendenza e cancellare la causa dal ruolo (quello dinanzi al quale la causa è stata iscritta per seconda?), e poi mettere nel conto che la causa potrebbe continuare dinanzi al giudice scelto dal convenuto; *c*) nel caso in cui la causa sia stata iscritta a ruolo dinanzi a giudice incompetente per ragioni di territorio derogabile, occorrerebbe inventare la preclusione per l'attore dei venti giorni prima della nuova prima udienza per la relativa eccezione. Non essendovi traccia nel codice di una regola per cui la nullità della citazione debba anche tradursi nella perdita per l'attore del diritto alla scelta del giudice da adire, e non parendomi lecito escogitare decadenze cui il sistema non ha neanche lontanamente pensato, la tecnica dell'immediata declaratoria di nullità con sentenza mi pare necessitata.

⁷ *Supra*, cap. 2, § 5.

⁸ *Supra*, in questo capitolo, § 1.

Il quesito è se crei un vizio per il processo o un pregiudizio per l'attore che la data dell'udienza sia frutto della scelta del convenuto.

Dall'angolo visuale del rito non scorgo ragioni per sostenerne l'illegittimità. L'intero impianto dell'art. 164 chiaramente s'ispira all'idea di una sorta di collaborazione del convenuto nell'integrazione degli elementi omessi o lasciati incompleti dall'attore, per cui ritengo che l'apporto del resistente possa concernere anche questo elemento.

Dal versante della tutela neppure rinvengo motivi ostativi. L'attore, per quanto consapevole della nullità della citazione, e sebbene forse proprio in ragione del vizio possa aver deciso di non costituirsi, non è esonerato dal verificare se la causa venga iscritta a ruolo dal convenuto, sopperendo per questa via al difetto della citazione. Diversamente dal pericolo paventato per il difetto d'indicazione del giudice, la verifica del ruolo dell'ufficio nei dieci giorni successivi alla notifica, doverosa per un verso e agevole per l'altro, gli permetterà di conoscere l'eventuale iniziativa del convenuto e la data dell'udienza da questi prescelta, nella quale costituirsi senza pregiudizio per le sue iniziative.

Dunque, se l'attore si costituisce, non v'è problema. Ma anche in caso di sua contumacia deve senz'altro giudicarsi superfluo il rilievo di una nullità ormai priva di ogni effetto pregiudizievole per l'una e per l'altra parte, con il che può certamente ricondursi all'iscrizione a ruolo ad opera del convenuto l'effetto di convalidazione dell'atto nullo, prima e a prescindere dalla condotta dell'attore. Con il risultato di rendere procedibile una citazione integra per ogni altro verso e ormai definitivamente integrata nell'elemento mancante.

3. Segue: l'inosservanza del termine a comparire

Per il caso d'inosservanza del termine a comparire, l'art. 164 esplicitamente favorisce la costituzione del convenuto, disponendo che, se egli deduce il vizio, ha diritto alla fissazione di una nuova prima udienza, e dunque ad una radicale rimessione in termini⁹.

La sanatoria si produce in ogni caso, sia che il convenuto si costituisca nel processo messo a ruolo dall'attore, sia che l'iscrizione a ruolo sia chiesta direttamente e soltanto dal convenuto.

Ancora una volta siamo di fronte a una sanatoria del vizio per convalidazione oggettiva generata dalla condotta del convenuto. Con riguardo a questo vizio potrebbe però sostenersi che la violazione dell'art. 163-*bis* non ha impedito al convenuto di avere immediata conoscenza del processo, sicché per beneficiare della rimessione egli debba costituirsi almeno venti giorni prima

⁹ Senza necessità di allegare il pregiudizio arrecatogli dall'infrazione dell'art. 163-*bis*: Cass., 13 maggio 2004, n. 9150.

dell'udienza. La costituzione tardiva non gli consentirebbe, invece, di conseguire il rinnovo dell'udienza previsto dall'art. 164, terzo comma.

Ora è vero che siamo di fronte a un caso in cui la *vocatio in ius*, perfetta per ogni altro elemento, fornisce piena informazione sul dove costituirsi, ma credo che pur qui non possa gravarsi il convenuto dell'onere di una costituzione tempestiva, e non solo perché l'art. 164 tace radicalmente sul punto.

In tal senso depone anzitutto il rilievo che, se è vero che la violazione del termine a comparire deriva il più delle volte da ritardo nella notificazione (per cui si traduce nella pratica in un'infrazione di pochi giorni rispetto alla durata minima), ben potrebbe accadere che la citazione pervenga quando mancano già meno di venti giorni all'udienza, caso nel quale è cronologicamente impossibile esigere dal convenuto una costituzione tempestiva.

Di là da questa ipotesi-limite, non può escludersi che la violazione del termine minimo sia ben più consistente di quanto abitualmente si registri, e che pertanto l'atto introduttivo venga recapitato a breve distanza dallo scadere del termine di costituzione. Esigere pur qui la costituzione tempestiva significa gravare il convenuto dell'onere di reperire un difensore che in breve tempo si costituisca, sia pure al solo fine di eccepire la nullità e invocare la nuova udienza: attività per la quale il convenuto potrebbe avere margini ridottissimi, ove la notifica sia avvenuta non a mani proprie e la citazione materialmente gli pervenga solo successivamente.

Si replicherà: in casi estremi come questo il convenuto ben può invocare la rimessione in termini dell'art. 294, che gli sarà senz'altro accordata, attesa la flagranza della vicenda per lui pregiudizievole. L'obiezione, però, non farebbe che confermare la tesi, dal momento che fra una rimessione pressoché automatica e la facoltà di costituzione anche tardiva con diritto alla nuova udienza non c'è sostanziale differenza.

Il punto neppure è questo. A fronte dei descritti inconvenienti non si scorre il beneficio che il processo ricaverebbe dall'onere di costituzione tempestiva. Che il convenuto eccepisca la nullità ventuno o diciannove giorni prima dell'udienza, l'andamento del processo non ne risulta minimamente alterato. Nell'un caso e nell'altro dovrà attendersi la comparizione delle parti perché il giudice realizzi la rimessione fissando la nuova udienza. Ed allora non v'è motivo d'imporre un onere che la norma non prevede, che può generare non lievi difficoltà e che, soprattutto, non arreca sotto nessun profilo beneficio alcuno. Vero è invece che il convenuto ha diritto di godere a pieno del termine a comparire non unicamente per apprestare compiute difese, ma anche soltanto per dedicarsi alla ricerca di un difensore di sua fiducia, pur se questi gli suggerisca poi di restare contumace, eccepire un vizio in rito o costituirsi tardivamente. Con il risultato che la violazione dell'art. 163-*bis*, lungi dal doversi far valere nel termine dell'art. 166, può essere dedotta anche all'udienza.

4. La rimessione in termini del convenuto

L'art. 164, terzo comma, prosegue sancendo che "...se il convenuto deduce l'inosservanza dei termini a comparire o la mancanza dell'avvertimento previsto dal n. 7 dell'art. 163, il giudice fissa una nuova udienza nel rispetto dei termini". La previsione in sé suona più che ragionevole: se per l'uno o l'altro motivo il convenuto non ha goduto per intero del termine a difesa, o è incorso in decadenze che non gli erano state prospettate, è doveroso ch'egli non subisca pregiudizio dal vizio della citazione, e che pertanto alla sanatoria si accompagni un'attività volta a reintegrarlo nell'esercizio delle facoltà compromesse¹⁰. A tanto giova la fissazione di una nuova prima udienza: permettere al processo di proseguire senza danno per l'attore e, nel contempo, consentire al convenuto di godere dell'intero termine *ex art. 163-bis e/o* di svolgere quelle attività per le quali sia scattata un'incolpevole preclusione.

Ciò che sfugge è il motivo per cui il meccanismo figura testualmente accordato per due soli vizi della *vocatio in ius*, e non per tutti¹¹. È vero che la compromissione dei poteri del convenuto si percepisce in maniera più sensibile nelle ipotesi contemplate, ma non può escludersi che identica lesione si verifichi anche nelle altre.

Si dia il caso della citazione nulla per difetto d'indicazione del giudice. È vero che il convenuto che si costituisce egualmente mostra una cura dei suoi affari tanto particolare da indovinare l'ufficio giudiziario concretamente adito. L'attività di ricerca, però, avrà probabilmente consumato almeno in parte il termine a comparire, o potrebbe essere giunta a compimento quando ormai erano maturate le prime decadenze. Non scorgo ragione, perciò, perché anche per questo vizio il convenuto non debba godere della fissazione di una nuova prima udienza con integrale rimessione in termini¹².

Chi reputa inequivocabile l'applicazione dell'art. 164, terzo comma, ai due soli casi testualmente richiamati (violazione del termine a comparire e mancanza dell'avvertimento), ha sostenuto, sulla scia dell'art. 294, che intanto il convenuto ha diritto alla nuova udienza in quanto si costituisca nel termine

¹⁰ Esclude che a rigore possa discorrersi di rimessione in termini DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1997, 119, secondo cui "tuttavia, se ben si riflette, qui il giudice si limita a fissare una nuova udienza nel rispetto dei termini non certamente perché il convenuto sia decaduto dal potere di compiere uno o più atti determinati, per non averli posti in essere nei termini di legge, ma semplicemente perché, a causa della nullità, non era integro, sin dall'instaurazione del giudizio, lo spettro delle possibilità difensive che l'ordinamento gli riconosce e tale integrità va ricostituita proprio a mezzo della fissazione di una nuova udienza".

¹¹ Pari perplessità è espressa da TARZIA, *op. cit.*, 136, nota 2, e da COMOGLIO (-FERRI - TARUFFO), *Lezioni sul processo civile, I. Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, 2011, 295.

¹² Per FERRONI, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di VACCARELLA e VERDE, Torino, 1997, *sub artt.* 163-165, 47, "...più che di un dubbio interpretativo, si tratta bensì di una (possibile) questione di legittimità costituzionale".

dell'art. 166¹³ e provi di essere riuscito a individuare il giudice competente in data tale da aver subito un'effettiva riduzione del termine a comparire o da essere inevitabilmente incorso nelle decadenze¹⁴.

L'interpretazione consente di rispettare la lettera dell'art. 164, ma a me pare eccessivamente severa per il convenuto, del tutto sbilanciata in favore dell'attore e non necessariamente imposta dalla disposizione in parola.

La lettura è anzitutto rigida in danno del convenuto, sia quanto alla necessità di costituzione nei termini dell'art. 166, sia in ragione dell'evidente difficoltà della prova.

Per il primo aspetto, si supponga che il convenuto abbia scoperto appena ventuno giorni prima quale sia il giudice adito dall'attore. Sembra impensabile imporgli di costituirsi nel breve volgere di una giornata, a meno di non ritenere che il convenuto, ricevuta una citazione pur nulla, debba egualmente investire un avvocato, o che questi, avvedutosi del vizio, debba comunque preparare per tempo la comparsa di risposta, nell'eventualità che il giudice adito salti fuori all'ultimo istante. Incombenza che a me pare davvero esorbitante¹⁵.

Quanto al profilo probatorio, credo sia diabolico dimostrare che solo in un certo giorno, semmai passando per la cancelleria di un certo giudice, il convenuto ha avuto modo di verificare l'iscrizione a ruolo della causa proprio in quell'ufficio giudiziario. Sobbarcare il convenuto della prova imposta dall'art. 294 pena le decadenze dell'art. 167, significa non solo estrarre un onere di costituzione (tempestiva o tardiva, poco importa) che l'art. 164 non sembra implicare, ma anche un grado di diligenza francamente eccessivo: al convenuto incomberebbe non solo di costituirsi, ove possibile – ciò che potrebbe pure ricavarci dal dovere di lealtà e probità –, ma di procurarsi finanche i mezzi per dimostrare che solo incolpevolmente non è riuscito a farlo per tempo.

¹³ Così VERDE, *Profili del processo civile. 2. Processo di cognizione*, Bologna, 2012, 13 s.

¹⁴ CERINO CANOVA – BALENA, *op. cit.*, 7 s.; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2012, 58. La tesi si colloca nel solco di quanto espresso in BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, 64 ss. Del medesimo avviso sono CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 401 ss.; DE SANTIS, *op. cit.*, 120 s. e 125 s.; JACCHERI, *La nullità della citazione (riflessioni alla luce della riforma del processo civile)*, in *Giust. civ.*, 1993, II, 552 ss.; FABBRINI TOMBARI, *La chiamata in giudizio del convenuto alla luce della legge 26 novembre 1990 n. 353*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, III, Milano, 1993, 140 ss.; LASAGNO, *Nullità della citazione*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di CHIARLONI, Bologna, 1992, 98 s.; OBERTO, *L'introduzione della causa in primo grado dopo la riforma del processo civile (citazione, comparsa di risposta, intervento e chiamata in causa)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 444; OLIVIERI, *Gli atti di parte nella fase introduttiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 134 s. Per LAMORGESE, *Osservazioni su alcuni aspetti della nullità della vocatio in ius*, in *Giur. mer.*, 1997, 455 ss., occorre distinguere: in caso di costituzione tempestiva, il convenuto potrà invocare l'art. 184-bis; in caso di costituzione tardiva, l'art. 294.

¹⁵ Che il convenuto possa costituirsi anche all'udienza dicono pure BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 58; TARZIA, *op. cit.*, 136; DE SANTIS, *op. cit.*, 119 s.; LASAGNO, *op. cit.*, 97 s.