

porre l'accento, sia pure in estrema sintesi, su almeno due altre questioni di notevole importanza:

– la prima comporta un tentativo di risposta al quesito già formulato *sub IV retro*, nel § 3¹⁰³, circa la compatibilità del nuovo schema di udienza preliminare (*ex art. 180*) con i *sub*-procedimenti o *sub*-modelli procedurali, introdotti da un atto in forma di ricorso, nei quali già sia disciplinata una differenziata fase preliminare, incentrata su di una speciale udienza di prima comparizione delle parti dinanzi al giudice;

– la seconda coinvolge l'analisi delle eventuali conseguenze, che possano ricondursi al mancato esercizio dei controlli sui presupposti processuali, previsti dall'art. 180 nell'udienza di prima comparizione.

Quanto alla prima, il dibattito più vivace riguarda soprattutto i processi di separazione e divorzio, in ordine ai quali la prassi dei giudici di merito sembra muoversi in una triplice direzione:

– c'è chi ritiene che i requisiti e le preclusioni, desumibili dagli artt. 163-164, 167 e 269, opererebbero già in rapporto all'udienza di comparizione personale dinanzi al presidente (art. 707 c.p.c., art. 4⁷ della L. 1° dicembre 1970, n. 898, con le modifiche introdotte dall'art. 8 della L. 6 marzo 1987, n. 74), facendo sì che quest'ultima funga da udienza di prima comparizione, ai sensi del novellato art. 180¹⁰⁴;

¹⁰³ Cfr. il testo e la nota 39.

¹⁰⁴ È il rito adottato, ad es., dal Trib. di Milano, in proposito, si vedano: MANDRIOLI, *Il "rito ambrosiano" nei giudizi di separazioni e divorzio*, in *Famiglia e diritto*, 1994, 215 e ss.; F. TOMMASEO, *Nuovo rito civile e procedimenti di separazione e divorzio*, *ivi*, 1994, 325 e ss.; L. SALVANESCHI, *La novella del codice di rito e la fase introduttiva dei procedimenti di separazione e divorzio*, in *Corriere giur.*, 1995, p. 746 e ss.; LD., *I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, pp. 31-53, spec. 37 e ss.; E. VULLO, *Costituzione del convenuto e preclusioni nel procedimento di divorzio*, nota a Trib. Milano 27 settembre 1993, in *Famiglia e diritto*, 1995, p. 139 e ss.

Secondo MANDRIOLI, *Corso*, cit., III¹⁰, Torino, 1995, pp. 232-235, 238-240, il procedimento si articolerebbe così: a) nell'udienza presidenziale di comparizione personale dei coniugi, si dovrebbero effettuare gli adempimenti ed i controlli previsti dall'art. 180¹; b) il ricorrente s'intenderebbe costituito con il deposito del ricorso introduttivo; c) il convenuto dovrebbe, invece, costituirsi almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione dinanzi al giudice istruttore (da intendersi quale udienza di prima trattazione, ai sensi dell'art. 183), soggiacendo alle preclusioni sancite dall'art. 167 (soprattutto, in relazione alla proponibilità di una eventuale domanda riconvenzionale di "addebito"); d) in ogni caso, il provvedimento presidenziale di fissazione di tale ulteriore

– c'è, invece, chi opina che la transizione dalla fase presidenziale a quella di trattazione davanti al giudice istruttore designato implichi un'ordinanza di mutamento del rito, con l'assegnazione alle parti di idonei termini per l'integrazione degli atti, fermo restando il fatto che l'udienza di prima comparizione (ex art. 180);

– c'è, infine, chi affida al giudice istruttore il compito di provvedere nella prima udienza dinanzi a sé, su eventuale istanza delle parti comparse, all'assegnazione di termini per l'integrazione degli atti, per la proposizione di domande riconvenzionali e di eccezioni processuali o di merito, nonché per la deduzione di mezzi istruttori¹⁰⁵.

A tacer d'altro, è fuori dubbio che il principio desumibile dall'art. 15 disp. prelim. c.c.¹⁰⁶ non consenta di sacrificare – neppure in ossequio alle esigenze di scissione tecnica della fase preparatoria, volute dalle innovazioni del 1995 per il modello ordinario – la specialità e le caratteristiche strutturali di quei procedimenti, introdotti da ricorso, nei quali sia disciplinata una specifica fase precontenziosa, di per sé incompatibile con l'esistenza di preclusioni di rito o di merito¹⁰⁷. In particolare, i procedimenti di separazione e di divorzio sono contraddistinti da una peculiare fase introduttiva, culminante nell'udienza presidenziale, in cui il convenuto deve soltanto comparire e non già costituirsi. Anzi, se fossero applicabili le scansioni temporali e gli schemi validi nel procedimento di cognizione ordinaria (ex artt. 163-167), il supposto onere di costituzione

udienza non dovrebbe essere più notificato al coniuge non comparso, né comunicato al p.m., grazie all'intervenuta implicita dinanzi al designato giudice istruttore, il convenuto avrebbe comunque diritto all'assegnazione del termine ulteriore per la proposizione delle eccezioni di rito o di merito, cui si riferisce l'art. 180² (non applicabile nell'udienza presidenziale).

¹⁰⁵ Secondo i riferimenti offerti da COSTANTINO, *Procedimenti introdotti con ricorso e novella del processo civile*, cit., pp. 245-246, ed *Appendice*, in *Scritti sulla riforma*, cit., pp. 468-469, le due prassi ricordate nel testo si sarebbero formate dinanzi ai Trib. di Torino e di Verona, nonché, rispettivamente, dinanzi al Trib. di Bari.

¹⁰⁶ È il principio, non assoluto, ma derogabile per esplicita volontà del legislatore, che viene espresso dalla massima: *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Sul che, cfr., ad es., Corte cost. 15 febbraio 1976, n. 29, in *Foro it.*, 1976, I, pp. 508, 509-510, sull'abrogazione implicita degli artt. 603-609 c. nav., dopo la novella sul rito del lavoro, in base alla L. n. 533 del 1973.

¹⁰⁷ Sul punto, con chiarezza, TARZIA, *Commento agli artt. 180 e 183*, cit., § 9; nonché COSTANTINO, *Procedimenti introdotti con ricorso*, cit., pp. 245-252.

prima di tale udienza, mediante deposito di una comparsa di risposta, verrebbe addirittura ad annullare qualsiasi possibilità di conciliazione, cui è istituzionalmente finalizzata la comparizione personale dei coniugi davanti al presidente. È, dunque, logico ritenere che l'applicazione dei principi ridisegnati dai nuovi artt. 180 e 183 debba essere riferita alla fase della successiva trattazione della causa dinanzi al giudice istruttore, lasciando inalterata la fisionomia del tutto peculiare della fase introduttiva speciale e favorendo, semmai, l'adozione di provvedimenti che, in vista delle maturande preclusioni, consentano alle parti l'integrazione degli atti difensivi, alla luce delle norme ordinarie¹⁰⁸.

Quando, poi, alla seconda questione, il discorso è estremamente complesso, coinvolgendo soprattutto il compimento delle attività di rinnovazione e di integrazione, previste per le nullità della citazione e della domanda riconvenzionale degli artt. 164, 167 e 180.

Mi limito, in questa sede, a taluni cenni descrittivi, non senza sottolineare le premesse che seguono:

1. il mancato rilievo¹⁰⁹ dei vizi attinenti alla ritualità del contraddittorio ed alla validità degli atti di promovimento del giudizio, derivando dal mancato esercizio di un potere-dovere fondamentalmente discrezionale, è privo di sanzione a carico del giudice e, quindi, non preclude la possibilità di compimento delle medesime attività, previste dall'art. 180¹, nel corso ulteriore del procedimento¹¹⁰;

2. la rinnovabilità, collegata alle forme di sanatoria della nullità di atti

¹⁰⁸ Ancora, sul tema, COSTANTINO, *op. ult. cit.*, pp. 250-258. Le medesime conclusioni, ovviamente, valgono, *ceteris paribus*, per ogni altro modello di procedimento speciale, menzionato *retro* nella nota 39.

¹⁰⁹ Va sottolineato che, nell'attuale disciplina, le nullità riguardanti gli atti introduttivi non sono più relative, ma debbono essere intese come assolute (seppur non insanabili) e, in quanto tali, sono rilevabili d'ufficio nel corso dell'intero giudizio di primo grado, sino al momento della decisione finale, convertendosi poi in motivi di gravame (art. ex artt. 157-158, 161, 164-167).

Per maggiori approfondimenti dei temi cui si fa cenno nel testo, nonché per taluni rilievi specificamente perspicui, rinvio a DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., cap. III, §§ 1-13, spec. §§ 4-7 (sull'art. 294 e sui principi correlativi). Per taluni precisi e illuminati accenni, cfr., pure MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, cit., II, *Appendice di aggiornamento*, Torino, 1996, § 3, pp. 3-5.

¹¹⁰ In tal senso, ad es., con opportuni riferimenti dottrinali, COSTANTINO, *op. ult. cit.*, p. 250, nota 13.

determinati ¹¹¹, è oggi espressamente estesa anche alla citazione (nonché alla domanda riconvenzionale), mentre, prima della riforma del 1990, era circoscritta alla sola notificazione dell'atto introduttivo (art. ex art. 291);

3. la rinnovazione differisce ontologicamente dalla rimessione in termini, che il contumace può chiedere ed ottenere, nel riferimento globale ad attività altrimenti precluse, solo quando i vizi degli atti introduttivi gli abbiano "impedito di avere conoscenza del processo" o quando una "causa a lui non imputabile" gli abbia impedito la costituzione tempestiva in giudizio (ex art. 294);

4. poiché la costituzione del convenuto *sana*, con effetto *ex tunc*, i soli vizi c.d. "processuali" della citazione, attinenti alla *vocatio in jus* (art. 163³, nn. 1-2 e 7, art. 164¹⁻³), mentre non opera per i vizi c.d. "sostanziali", attinenti all'*editio actionis* (artt. 163³, n. 4, e 164⁴⁻⁵), essa può tutt'al più intervenire, seppur con effetti diversi, tardivamente nel corso dell'intero giudizio di primo grado ed, ove non intervenga, consente allo stesso giudice di adottare gli opportuni provvedimenti di rilievo e di rinnovazione entro i medesimi limiti del primo giudizio;

5. ove quest'ultimo sia definito con sentenza, in vizi non sanati si convertono in motivi di gravame da dedursi esclusivamente con l'impugnazione ammissibile (art. 161); quindi, la loro differenziata tipologia si riflette, semmai, sui poteri decisorii (di semplice dichiarazione della nullità del giudizio, di rinvio al primo giudice ovvero di pronuncia sul merito, previa rinnovazione degli atti nulli) che il secondo giudice sia legittimato ad esercitare, tenendo conto del principio (a rigore, tassativo) disciplinato dall'art. 354 c.p.c. ¹¹².

Ciò premesso, è possibile distinguere alcune ipotesi principali.

A) Quando, da un lato, si tratta di vizi c.d. "processuali", inerenti alla *vocatio in jus*:

– se il convenuto si costituisce e li eccepisce quantomeno nell'udienza di prima comparizione (ex art. 180), egli ha diritto di chiedere la fissazione di una nuova udienza, nei casi di inosservanza del termine a

¹¹¹ Lo si argomenta, ad es., dagli artt. 162 e 164 c.p.c.

¹¹² Cfr., anche, *infra*, nota 111. Sul tema, con opportuni richiami: CARPI-TARUFFO, *Commentario breve*, cit., *sub* art. 164, pp. 364-368; ed ancora DE SANTIS, *op. ult. cit.*, cap. III, § 4.

comparire o per carenza dell'avvertimento previsto nell'art. 163³, n. 7, ma la sua costituzione sana ogni altro vizio, salva pur sempre restando la possibilità di una rimessione sancite dall'art. 167²;

– se egli, invece, si costituisce dopo l'udienza ex art. 180, eccettuando quei vizi, il giudice dispone la rinnovazione della *vocatio in jus* e degli atti susseguenti, ai quali la nullità sia estesa (art. 162¹), senza dover fissare una nuova udienza nel rispetto dei termini; ma, con tale rinnovazione, non si realizza alcuna effettiva sanatoria, poiché il raggiungimento dello scopo dell'atto (= regolare e tempestiva costituzione in giudizio: art. 156³) rimane comunque frustrato dalla costituzione tardiva;

– se poi, perdurando la contumacia del convenuto, il giudice rilevi le nullità disciplinate nell'art. 164¹⁻³ nel corso dell'udienza di prima comparizione, la disposta rinnovazione dell'atto introduttivo e degli atti derivati non implica, per le stesse ragioni poc' anzi esposte, alcuna necessità di fissare una nuova udienza quando i vizi riguardino il termine minimo a comparire o l'avvertimento previsto nell'art. 163³, n. 7, poiché tale incumbente è subordinato al fatto che il convenuto si costituisca e “deduca” quei vizi (art. 164³); ma rimane comunque salva, per il convenuto che si costituisca tardivamente, la possibilità di chiedere (ed, ove possibile, di ottenere) la rimessione in termini, ai sensi dell'art. 294;

– se, invece, permanendo pur sempre la contumacia del convenuto, il giudice rilevi le medesime nullità dopo tale udienza di prima comparizione, il rilievo d'ufficio e la rinnovazione delle nullità, afferenti non soltanto all'atto introduttivo, ma anche agli atti derivati, non comportano analogamente alcuna fissazione automatica di una nuova udienza, né provocano l'automatico regresso dell'intero procedimento alla sua fase iniziale¹¹³, anche quando la costituzione tardiva possa aver sanato *ex post* tutti i vizi della *vocatio in jus*; tocca poi al convenuto, naturalmente, chiedere (ed ottenere) la rimessione in termini, per un pieno ripristino delle sue chances difensive.

B) Quando, dall'altro lato, si configurano vizi c.d. “sostanziali”, afferenti all'*editio actionis*:

¹¹³ Se così non fosse, si attribuirebbero al convenuto – *contra rtionem legis* – benefici ingiustificati, tali da incentivare addirittura, senza apprezzabili rischi processuali, la scelta volontaria di una contumacia ad oltranza. Con una chiara prospettazione di questi interessanti rilievi, si veda ancora DE SANTIS, *op. ult. cit.*, cap. III, § 5.

– se il giudice rileva tali nullità (che non sono sanabili dalla costituzione del convenuto) nel corso dell'udienza di prima comparizione, il giudice fissa all'attore un termine perentorio per rinnovare la citazione o, nel caso in cui il convenuto si costituisca, per integrare la domanda, con gli effetti *ex nunc* previsti dall'art. 164⁴;

– se, invece, il giudice rileva le medesime nullità al di là dell'udienza di prima comparizione ¹¹⁴, le attività di rinnovazione e di integrazione si riflettono anche sugli atti consecutivi, cui le nullità si estendono in via derivata (art. 159¹); ma resta, comunque, salva per il convenuto la possibilità di attivare la rimessione in termini, ai sensi dell'art. 294;

– se, nel corso dell'intero giudizio di primo grado, il convenuto non si costituisce e quindi non eccepisce le nullità, né il giudice provvede a rilevarle d'ufficio, i vizi non sanati si convertono in motivi di impugnazione della sentenza che definisce il giudizio, in base alla regola generale dell'art. 161 ¹¹⁵.

¹¹⁴ Come è noto, il solo limite estremo (di portata preclusiva) al potere di rilevare d'ufficio le nullità assolute è dato dalla pronunzia della decisione con cui viene definito il primo giudizio (arg. ex artt. 158 e 161 c.p.c.).

¹¹⁵ Si ricordino le posizioni tradizionali, a proposito dei poteri decisorii che dovrebbero spettare al giudice d'appello, laddove il convenuto soccombente, rimasto contumace in primo grado, abbia poi impugnato la sentenza, facendo valere i vizi non sanati e non rilevati dal primo giudice.

A) Se si tratta di vizi c.d. "processuali", attinenti alla *vocatio in jus* (art. 164¹⁻³):

– ferma restando l'inammissibilità di un rinvio al primo giudice (stante il carattere tassativo delle ipotesi contemplate nell'art. 354), si ritiene che il secondo giudice possa ritenere la causa e deciderla nel merito, previa dichiarazione della nullità e rinnovazione degli atti nulli del giudizio di primo grado, ai sensi dell'art. 354⁴, nonché previa riammissione dell'appellante al compimento di tutte le attività difensive già preclusegli per effetto della nullità (sul punto, cfr., ad es.: Cass. 11 agosto 1977, n. 3720, in *Foro it.*, 1978, I, pp. 2149, 2146-2147, assieme a Cass. 15 giugno 1978, n. 2977, e a Cass. 5 settembre 1977, n. 3878, con nota di Proto Pisani; Cass. 8 febbraio 1982, n. 724, in *Riv. dir. proc.*, 1983, pp. 561-569, con nota di L. NELA, *Nullità della citazione di primo grado e poteri del giudice d'appello*; Cass. 22 aprile 1989, n. 1934, in *Foro it.*, 1989, I, pp. 2165-2168; Cass. 2 agosto 1990, n. 7764, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Appello civ.*, n. 60; Cass. 30 ottobre 1992, n. 11834, e Cass. 29 novembre 1993, n. 11811, *ivi*, 1993, voce cit., nn. 62 e 74; Cass. 23 novembre 1995, n. 12102, *ivi*, 1995, voce cit., n. 106).

– oppure si ritiene che il giudice debba limitarsi a dichiarare la nullità del giudizio e della sentenza di primo grado, in via puramente rescindente (in tal senso, cfr., ad es., Cass. 27 maggio 1991, n. 5981, e Cass. 19 aprile 1991, n. 4277, in *Foro it.*, 1992, I, pp. 115-125, con nota di G.L. BALDACCI, *Conseguenze in appello del rilievo di nullità verifi* -

Data la complessità dei problemi insorti, è comunque auspicabile – se non altro – un chiarimento progressivo dell'intera materia, anche in base alle indicazioni che la prassi giurisprudenziale non mancherà di prospettare copiosamente.

catesi nel giudizio di primo grado: orientamenti giurisprudenziali, pp. 115-122; Cass. 6 maggio 1991, n. 4997, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce ult. cit., n. 47).

B) Se si tratta, invece, di vizi c.d. "sostanziali", riguardanti l'*editio actionis*, non si vede altra alternativa, all'infuori della mera dichiarazione delle nullità non sanate, con una pronuncia di *absolutio ab instantia*, poiché – rimanendo comunque fuori gioco la possibilità di un rinvio al primo giudice, attesa la tassatività dei casi disciplinati dall'art. 354 – l'ipotesi (ammissibile per i vizi *sub A*) di una rinnovazione in appello degli atti nulli e di una conseguente pronuncia nel merito, implicando l'inevitabile integrazione "sostanziale" della domanda e delle conseguenti attività di allegazione, si porrebbe in frontale contrasto con il divieto di domande nuove in appello, sancito dall'art. 345.

Si è, peraltro, autorevolmente notato come, dopo la Novella del 1990, la sopravvenuta disciplina speciale dell'art. 164, che sancisce la rinnovabilità della citazione nulla, imponga anche in appello la soluzione processuale del rinvio al primo giudice – malgrado la tendenziale tassatività dei casi previsti nell'art. 354 – in quanto non vi sarebbe più alcuna ragione plausibile per una differente sorte, in relazione alle nullità della notificazione della citazione (atto da sempre rinnovabile: art. 291). Sul punto, cfr. MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, cit., II, Torino, 1994, pp. 244-245.

Per ulteriori sviluppi ed argomentazioni, cfr.: BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, cit., pp. 98-136, part. pp. 117-122, 134-136; ID., *Commento all'art. 164 c.p.c., sub art. 9 della L. 26 novembre 1990, n. 353*, in *Procedimenti urgenti per il processo civile*, Commento a cura di TARZIA e CIPRIANI, cit., pp. 50-66, spec. pp. 59-61, 65-66; CONSOLO-LUISSO-SASSANI, *Commentario*, cit., pp. 79-96 (LUISSO, *sub art. 164*); DE SANTIS, *La rimessione in termini*, ult. cit., cap. III, § 7, testo e note; MANDRIOLI, *Corso*, cit., II^o, pp. 28 e ss., 34-35, 402-403; PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., pp. 252-267, spec. pp. 259-263.