



TRIBUNALE ORDINARIO DI MONDOVI'

Il Giudice Istruttore

Sciogliendo la riserva assunta nella causa iscritta al n. 1505/09 RG,

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

IL CASO.it

PREMESSA. Il codice di procedura civile è stato recentemente modificato ad opera della legge 19 giugno 2009, n. 69; tra i vari articoli modificati, è stato riscritto l'art. 38, con l'equiparazione tra loro di tutti i criteri di competenza (ai fini dell'eccezione di parte); il nuovo primo comma dell'articolo 38 del codice di procedura civile stabilisce, infatti, che l'incompetenza per materia, quella per valore e quella per territorio vanno tutte eccepite, a pena di decadenza, con la comparsa di risposta tempestivamente depositata entro il termine previsto per la costituzione del convenuto dall'articolo 166 del codice di procedura civile.

La modifica si inserisce nel solco della semplificazione ed anticipazione, *in limine litis*, di tutte le questioni di competenza; dunque, se il convenuto vuole contestare la competenza dell'organo giudiziario adito dall'attore, deve per forza costituirsi nei termini di cui all'art. 166 c.p.c.; successivamente potrà solo sperare in un rilievo d'ufficio (ma non per i casi di competenza per territorio derogabile), esercitabile tuttavia solo fino all'udienza di prima comparizione.

Per ricordare al convenuto le decadenze previste dall'art. 38 è stato modificato anche l'art. 163; ora, tra i contenuti obbligatori dell'atto di citazione vi è anche l'avvertimento che la costituzione in giudizio oltre i termini di cui all'art. 166 comporta le decadenze di cui all'art. 38 c.p.c. (cfr. art. 163, comma III, n.7).

I FATTI DI CAUSA. L'attore opponente (trattasi di opposizione a decreto ingiuntivo), notificando l'atto di citazione ha ommesso di avvisare il convenuto circa

le decadenze in cui sarebbe incorso in caso di costituzione non tempestiva, cioè nei termini di cui all'art. 166 (venti giorni prima dell'udienza di comparizione)¹; più in dettaglio, ha ommesso di inserire il nuovo avviso relativo alle decadenze Di cui all'articolo 38.

La convenuta ha eccepito la nullità dell'atto di citazione, ai sensi dell'articolo 167, il quale dispone che *"la citazione è nulla se (...) manca l'avvertimento previsto dal numero 7 dell'articolo 163"*.

All'udienza di prima comparizione, la convenuta ha insistito nell'eccezione di nullità (senza però indicare il provvedimento consequenziale) ed ha chiesto, in subordine, la concessione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo; l'attore ha chiesto il rigetto dell'eccezione avversaria e della richiesta subordinata.

LE NORME APPLICATE: se è vero che la legge prevede la nullità dell'atto di citazione, in caso di mancato avviso ex art. 163, Co. III, n.7, è anche vero che trattasi di nullità sanabile, attraverso il meccanismo previsto dai commi II e III dell'articolo 164.

IL CASO.it

- Il primo disciplina la fattispecie della **mancata costituzione** in giudizio del convenuto e, pertanto, a sua piena garanzia, impone la rinnovazione della citazione entro un termine perentorio. Se l'attore rinotifica nel termine assegnato (ovviamente emendando il testo dell'atto di citazione, con l'inserimento dell'avviso prima ommesso), la rinnovazione sana i vizi dell'atto e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione. Se, invece, la rinnovazione non viene eseguita, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo e il processo si estingue a norma dell'articolo 307, comma terzo.
- Se il convenuto **si costituisce**, la sua costituzione sana i vizi della citazione e restano salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda; solo nel caso in

¹ La notifica dell'atto di citazione è successiva al 4 luglio 2009, per cui si applica la nuova disciplina.

cui il convenuto deduca l'inosservanza dei termini a comparire o la mancanza dell'avvertimento previsto dal numero 7 dell'articolo 163, il giudice deve fissare una nuova udienza nel rispetto dei termini.

LA QUESTIONE CONTROVERSA. Nella fattispecie in esame ci troviamo nella seconda ipotesi contemplata dall'art. 164, ossia nel caso di costituzione del convenuto.

Il primo motivo di dubbio è dato dal fatto che non sono chiare le conseguenze della nullità; la costituzione del convenuto ha normalmente un'efficacia sanante, ma se quest'ultimo deduce espressamente la mancanza dell'avvertimento di cui al n. 7 dell'art. 163 (o l'inosservanza dei termini a comparire), il giudice deve rinviare l'udienza. Nel caso in esame, il convenuto ha eccepito la nullità dell'atto introduttivo, deducendo il mancato avvertimento delle decadenze di cui all'art. 38 c.p.c.

IL CASO.it

Ma, a questo punto, come si deve procedere? Se il convenuto deduce l'inosservanza dei termini a comparire o la mancanza dell'avvertimento previsto dal numero 7 dell'articolo 163 – dice la norma - il giudice fissa una nuova udienza nel **rispetto dei termini**. Viene da chiedersi quali siano i termini da rispettare, nel caso di mancato avviso ex art. 163: qui bisogna prospettare due ipotesi differenti e tenere a mente le possibili conseguenze, sul diritto di difesa, delle violazioni della norma di legge:

a) *il convenuto si costituisce tardivamente ed eccepisce la mancanza dell'avviso.*

In questo caso si presume che la costituzione sia avvenuta tardivamente perché il convenuto non sapeva delle decadenze in cui sarebbe incorso (a causa dell'omesso avvertimento). Verrebbe da rispondere che il difensore del convenuto non può non conoscere le norme processuali, e quindi le decadenze di cui all'art. 38, ma la norma persegue lo scopo evidente di allertare la parte che personalmente riceve l'atto di citazione, onde spingerla a contattare tempestivamente un avvocato. Qui, però, nasce il primo dubbio. Nei casi di

opposizione a decreto ingiuntivo la notifica dell'atto di citazione viene eseguita di norma presso il difensore, ai sensi dell'art. 645 c.p.c.²; in questi casi, quale significato ha la nullità di cui all'art. 164? Serve solamente a "coprire" eventuali negligenze dell'avvocato? Quale diritto della difesa presidia l'art. 163 n.7, se la notifica viene ricevuta da un tecnico che non può ignorare l'esistenza della decadenza? Peraltro, anche ammettendo che si debba dichiarare la nullità, quale sarebbe la conseguenza? La norma dice che "il giudice fissa una nuova udienza nel **rispetto dei termini**", ma di quali termini parla? Non può riferirsi ai termini di comparizione, se questi sono stati rispettati. Forse la norma vuole dire che il giudice deve fissare una nuova udienza per permettere al convenuto una costituzione tempestiva, che gli consenta di eccepire l'incompetenza (per semplicità limitiamo l'esame alla fattispecie di causa). Allora - siccome anche l'attore ha interesse a che l'eccezione sia manifestata almeno **IL CASO.it** 20 giorni prima dell'udienza, in modo da poter preparare idonea difesa in vista dell'udienza di comparizione - il giudice dovrebbe forse fissare una nuova udienza, dando termine al convenuto non per costituirsi (dato che risulta già formalmente costituito), ma solo per il deposito di una memoria integrativa contenente le eventuali domande riconvenzionali e le eventuali eccezioni processuali e di merito non tempestivamente dedotte. Tale termine deve essere anteriore all'udienza di rinvio almeno di venti giorni e deve essere successivo alla prima udienza di un congruo termine per consentire al convenuto di predisporre le difese in ordine agli aspetti di decadenza di cui agli artt. 167 e 38 c.p.c.. La soluzione pare conforme a legge, se si pensa che mentre nel caso di mancata costituzione il comma II dell'art. 164 impone la rinnovazione della citazione, per il caso di tardiva costituzione, nulla si dice. Sembra ultroneo ed ingiustificato, pertanto, imporre all'attore la rinnovazione della citazione e

² A norma dell'art. 645, comma 1, c.p.c., l'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo deve essere notificato dall'opponente al ricorrente "nei luoghi di cui all'art. 638" e, quindi, innanzitutto, presso il procuratore indicato nel ricorso, la cui indicazione appunto equivale ad elezione di domicilio presso di lui ... (Cassazione civile, sez. I, 18 settembre 2003, n. 13739).

fissare nuova udienza nel rispetto dei termini di comparizione, perché si ritarda il processo di almeno 3-4 mesi senza motivo, in violazione degli artt. 111 Cost. e 6 CEDU sulla ragionevole durata del processo³.

b) Il convenuto si costituisce tempestivamente ed eccepisce la mancanza dell'avviso. Qui i dubbi sono ancora maggiori. Se il convenuto si costituisce tempestivamente, è ancora in tempo per svolgere le domande riconvenzionali e le eccezioni non rilevabili d'ufficio, perciò non si comprende il significato della nullità e ancor meno si comprende cosa debba ordinare il giudice; la norma dice che "il giudice fissa una nuova udienza nel **rispetto dei termini**", ma in questo caso non vi è stata alcuna violazione di termini, perché la costituzione è stata tempestiva⁴. In aggiunta a quanto già osservato in precedenza, si deve fare un'ulteriore precisazione, proprio con riferimento al caso di specie. Il creditore/opposto eccepisce la nullità dell'atto di citazione in opposizione deducendo il mancato avvertimento che la costituzione oltre i venti giorni lo avrebbe fatto decadere dalle eccezioni di incompetenza; il convenuto opposto, però, non solo si è costituito tempestivamente, per cui poteva eccepire quello che voleva (e non lo ha fatto), ma chiede una tutela nei confronti di una violazione che neanche astrattamente gli poteva arrecare pregiudizio. Nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, infatti, il convenuto non può eccepire l'incompetenza, perché è stato lui stesso a radicare il giudizio, con il ricorso monitorio, e la competenza per l'opposizione a decreto ingiuntivo è funzionalmente collegata al giudice (inteso come ufficio

³ L'unica pecca dell'atto di citazione è il mancato avviso delle scadenze, ma è inutile far rinotificare un nuovo atto di citazione con quest'avviso, dato che il convenuto, con l'eccezione di nullità, ha già manifestato la sua conoscenza della norma di cui all'art. 163 n. 7.

⁴ Posto che nell'opposizione a decreto ingiuntivo si verifica un'inversione formale delle parti, nel senso che il creditore è formalmente convenuto, è evidente che è quest'ultimo ad avere interesse ad un rapido svolgimento del giudizio, in modo da procurarsi il titolo per poter agire *in executivis*; l'eccezione di nullità e la richiesta di rinvio dell'udienza, in mancanza di una reale violazione del diritto di difesa e senza conseguenze negative per il convenuto (il quale alla peggio rinotificherà l'atto o attenderà la nuova costituzione del convenuto), è contraria agli interessi della parte che la chiede, perché gli fa perdere del tempo senza alcun vantaggio.

giudiziario) che lo ha emesso⁵. Quindi il convenuto, che lamenta il mancato avviso relativo alle decadenze di cui all'art. 38, non solo non è incorso in alcuna decadenza, perché conosceva la norma⁶ e si è costituito nei termini, ma non avrebbe comunque potuto eccepire l'incompetenza, avendo scelto lui stesso il giudice e vertendosi in un caso di competenza funzionale. Ragion per cui ogni rinvio della causa e financo la dichiarazione di nullità dell'atto di citazione, che rimarrebbe fine a se stessa, sono assolutamente ingiustificati.

INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA: l'interpretazione dell'art. 164 nel senso prospettato dal convenuto condurrebbe a sicura violazione dei precetti costituzionali sul giusto processo (art. 111, ragionevole durata del processo), ragion per cui il giudice, seguendo il costante insegnamento della Consulta, intende operare un'interpretazione della norma che sia rispettosa della Carta costituzionale, e che non imponga la dichiarazione di nullità e il rinvio dell'udienza quando ciò non sia funzionale alla tutela di alcun interesse rilevante della parte. **IL CASO.it**

Siffatta interpretazione non confligge con il canone ermeneutico fondamentale, di cui alle preleggi, giacché è la stessa lettera della legge ad indicare la via giusta; si ponga mente ai seguenti passaggi:

1. La citazione è nulla se manca l'avvertimento previsto dal numero 7 dell'articolo 163 (art. 164, Co. I, c.p.c.);
2. Tale nullità è sempre sanabile;
3. In caso di mancata costituzione del convenuto, la nullità è sanata dalla rinnovazione della citazione (integrata con l'avviso prima omesso) nel termine assegnato dal giudice (art. 164, Co. II, c.p.c.);
4. In caso di costituzione (la norma non distingue tra costituzione tardiva e costituzione tempestiva) la nullità è **sanata per effetto della costituzione**

⁵ Cfr. Cassazione civile, sez. II, 22 aprile 2008, n. 10384; conf. Cassazione civile, sez. III, 16 novembre 2007, n. 23813

⁶ Lo dimostra inequivocabilmente la proposizione dell'eccezione di nullità ex art. 164 c.p.c.

del convenuto (art. 164, Co. III, c.p.c.); ciò significa che se il convenuto si costituisce in causa, il giudice non può più dichiarare la nullità. Questo risolve un primo punto, nel senso del rigetto dell'eccezione di nullità dell'atto di citazione. L'art. 164, Co. III, c.p.c. prescrive un'obbligo aggiuntivo per il giudice, che però non ha alcun riflesso sulla validità dell'atto introduttivo. Tale adempimento, infatti, non è nella disponibilità dell'attore (a differenza della rinnovazione della citazione, di cui al comma II); il fatto che il giudice fissi o non fissi una nuova udienza nel rispetto dei termini può, dunque, incidere sulla regolarità del procedimento e sul diritto di difesa del convenuto, ma non può più incidere sulla validità dell'atto di citazione, la cui originaria nullità per mancato avvertimento ex art. 163 n. 7 è ormai definitivamente sanata.

IL CASO.it

Resta da decidere se in ogni caso in cui il convenuto, costituendosi, deduca la mancanza dell'avviso, il giudice debba fissare *“una nuova udienza nel rispetto dei termini”*. Già il fatto che non si capisce quali siano questi termini, nel caso in cui la costituzione sia tempestiva, sembra orientare la soluzione per la negativa; ma più che difficoltà interpretative, è la già richiamata esigenza di non violare i precetti costituzionali a dover orientare l'interprete. Il rinvio dell'udienza, ove vi sia costituzione tempestiva (e, soprattutto, ove non si alleghi una impossibilità di svolgere le difese di cui all'art. 167, Co. II, c.p.c., con una sostanziale richiesta di rimessione in termini⁷) non risponde a nessuna esigenza della difesa e non tutela alcun diritto, perché la violazione della norma è già stata sanata e, comunque, non ha comportato alcun danno per la parte *“protetta”*. In questo caso, dunque, la nullità rimane sanata dalla costituzione e il giudice non deve disporre alcun rinvio, né fissare alcun termine (men che meno deve disporre la rinnovazione della citazione). Supportano la presente interpretazione non

⁷ Oggi possibile in via generale, ai sensi del nuovo comma II dell'art. 153 c.p.c.

“solo” le norme costituzionali sul giusto processo, ma anche le disposizioni di carattere generale del codice di rito in materia di nullità: l’art. 156, Co. III, secondo cui *“La nullità non può mai essere pronunciata, se l’atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato”*⁸ e l’art. 157, Co. II, norma dalla quale si ricava il principio che la nullità deve sanzionare la violazione di una regola che corrisponda ad un concreto interesse della parte.

Nel caso in cui la costituzione del convenuto sia stata tardiva, allora, pur essendo sanata la nullità dell’atto di citazione, il giudice dovrà concedere al convenuto un termine per svolgere domande riconvenzionali e per svolgere le eccezioni di cui agli artt. 167 e 38 c.p.c.

IL CASO.it

CONCLUSIONE. Conseguo a quanto detto, con riferimento alla causa in esame, che deve essere respinta l’eccezione di nullità dell’atto di citazione, sollevata dal convenuto, per essere l’atto sanato a seguito di costituzione del convenuto stesso.

Non si fa luogo ad alcun rinvio, in quanto la parte si è costituita tempestivamente (e quindi non è incorsa in alcuna decadenza), né avrebbe potuto eccepire l’incompetenza, avendo lui stesso radicato la competenza con il deposito del ricorso monitorio e, comunque, trattandosi di competenza funzionalmente collegata al giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo.

Su richiesta della difesa di parte attrice, si dispone la comparizione delle parti per esperire il tentativo di conciliazione.

p.q.m

rigetta l’eccezione di nullità dell’atto di citazione;

Fissa udienza di comparizione personale delle parti per esperire il tentativo di conciliazione al h., avvisando che le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale il quale deve essere a

⁸ V. Cassazione civile, sez. I, 28 maggio 2008, n. 14066

conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. Se la procura è conferita con scrittura privata, questa può essere autenticata anche dal difensore della parte. La mancata comparizione o la mancata conoscenza, senza giustificato motivo, dei fatti della causa da parte del procuratore sarà valutata ai sensi del secondo comma dell'articolo 116 c.p.c.

IL CASO.it

Si comunichi.

Mondovì, lì 11/03/2010