



PROCURA GENERALE
della Corte di cassazione

Sezioni Unite civili

Udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2021

Ricorso R.G. n. 3521/19; n. 2 del Ruolo

Relatore, Cons. Antonio Scarpa

Ricorrente: D.P.

Controricorrente:

C. srl

S. srl

Conclusioni del P.M.

IL PROCURATORE GENERALE

Letti gli atti;

premesso che per la compiuta esposizione del fatto e della vicenda processuale l'Ufficio rinvia alla pronuncia e al contenuto dei documenti di parte in atti, limitandosi qui al rilievo dei soli elementi del fatto e del processo e agli argomenti di diritto che la Procura generale ritiene necessari per formulare le proprie conclusioni;

con sentenza resa in data 26/7/2018, la Corte d'appello di Roma, in parziale accoglimento dell'appello proposto da P.D., e in riforma per quanto di ragione della decisione di primo grado, ha dichiarato nulla, nei confronti del P., la sentenza emessa dal Tribunale di Roma nella controversia insorta tra la S. s.r.l. e la C. s.r.l. e, confermata detta decisione in relazione a queste ultime due parti, ha condannato P.D. al pagamento, in favore della C. s.r.l., di quanto dallo stesso dovuto in esecuzione della fideiussione prestata con riferimento agli obblighi assunti dalla S. s.r.l. nei confronti della C. s.r.l. con il contratto di affitto di cava concluso tra queste ultime;

a fondamento della decisione assunta, la corte territoriale premessa l'insussistenza di alcun obbligo di rimessione al primo giudice, [ex art. 354 c.p.c.](#), a seguito della nullità della citazione per chiamata del P. nel giudizio di primo grado - ha escluso il ricorso di alcuna nullità del contratto di affitto di cava concluso tra la S. s.l. e la C. s.r.l. e, rilevata la risoluzione di detto contratto per inadempimento dell'affittuaria S. s.r.l., ha

condannato il P., quale fideiussore di quest'ultima, al pagamento di quanto dalla stessa dovuto in favore della C. s.r.l. in conformità ai termini del ridetto contratto di affitto;

avverso la sentenza della corte d'appello, P.D. propone ricorso per cassazione sulla base di sei motivi d'impugnazione; la C. s.r.l. resiste con controricorso;

la S. s.r.l. non ha svolto difese in questa sede.

Con il primo motivo, il ricorrente censura la sentenza impugnata per violazione degli [artt. 99,100,101,102,353](#) e [354 c.p.c.](#), nonché degli [artt. 1453 ss. c.c.](#) (in relazione all'[art. 360 c.p.c.](#), n. 3), per avere la Corte d'appello erroneamente omissa di procedere alla rimessione della causa al primo giudice, [ex art. 354 c.p.c.](#), atteso che, sulla base dell'esame concreto della domanda, avrebbe dovuto ritenersi non ritualmente integrato il contraddittorio nei confronti del P. (in ragione del mancato rispetto del termine a comparire previsto nel relativo atto di chiamata in causa), trattandosi di litisconsorzio necessario derivante dal carattere plurisoggettivo del contratto di affitto concluso tra le parti principali, siccome contenente l'ulteriore impegno fideiussorio dell'odierno ricorrente, con la conseguente impossibilità di alcuna pronuncia su detto rapporto in assenza di tutte le relative parti;

con il secondo motivo, il ricorrente censura la sentenza impugnata per violazione dell'[art. 183 c.p.c.](#), comma 6, [artt. 342](#) e [359 c.p.c.](#), alla luce degli [artt. 24](#) e [111 Cost.](#) (in relazione all'[art. 360 c.p.c.](#), n. 3), per avere la corte territoriale erroneamente omissa di provvedere alla rimessione in termini del P., siccome non raggiunto da un valido atto di chiamata nella causa di primo grado, con la conseguente autorizzazione al deposito delle memorie [ex art. 183 c.p.c.](#), comma 6;

con il terzo motivo, il ricorrente censura la sentenza impugnata per violazione degli [artt. 1453,1458,1459](#) e [1591 c.c.](#) (in relazione all'[art. 360 c.p.c.](#), n. 3), per avere la corte territoriale erroneamente condannato il P. al pagamento delle somme dovute dalla S. s.r.l. in relazione all'[art. 1591 c.c.](#), avendo il giudice di appello erroneamente omissa di rilevare l'avvenuta risoluzione, accanto al contratto di affitto, della stessa fideiussione prestata dall'odierno ricorrente;

con il quarto motivo, il ricorrente censura la sentenza impugnata per violazione degli [artt. 1291](#) e [1591 c.c.](#) (in relazione all'[art. 360 c.p.c.](#), n. 3), per avere la corte territoriale erroneamente affermato la sussistenza dell'obbligo della S. s.r.l. e, conseguentemente, del P., di pagare i corrispettivi ai sensi dell'[art. 1591 c.c.](#), non avendo detto giudice individuato l'indispensabile presupposto dell'affermato diritto, costituito dallo stato di mora della S. s.r.l. in relazione alla restituzione del terreno concesso in affitto, potendo ipotizzarsi, a tutto voler concedere, il solo pagamento di tali somme a partire dalla data di risoluzione del contratto di affitto;

con il quinto motivo, il ricorrente censura la sentenza impugnata per violazione dell'[art. 132 c.p.c.](#), n. 4 e [art. 156 c.p.c.](#), comma 2, nonché dell'[art. 118 disp. att. c.p.c.](#) e degli [artt. 24](#) e [111 Cost.](#), per avere la corte territoriale dettato una motivazione meramente apparente in relazione al rigetto dell'eccezione sollevata dal P. circa la nullità parziale della clausola con la quale le parti del contratto di affitto avevano

previsto il pagamento di un corrispettivo minimo garantito, nella specie convenuto senza alcun riguardo alle quantità effettive e concrete del materiale estratto ed estraibile: dato quantitativo, quest'ultimo, al quale le parti si erano costantemente riferite nel commisurare i termini delle proprie pattuizioni;

con il sesto motivo, il ricorrente censura la sentenza impugnata per violazione dell'[art. 167 c.p.c.](#), comma 1, (in relazione all'[art. 360 c.p.c.](#), n. 3), per avere la corte territoriale erroneamente ritenuto insussistenti, tra gli atti del giudizio, gli elementi dimostrativi della nullità del contratto di affitto per illiceità dell'oggetto (derivante dalla deduzione in convenzione di un terreno gravato da un vincolo paesistico), trattandosi di circostanza in ogni caso incontestata tra le parti, non avendo la C. s.r.l. provveduto alla puntuale contestazione della deduzione in giudizio della sussistenza di detto vincolo paesistico da parte della S. s.r.l.

Con ordinanza interlocutoria 18297/2021 la Corte preliminarmente rilevava, con particolare riguardo all'esame del primo motivo d'impugnazione, come, secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità, la vicenda in esame debba ritenersi integralmente sottratta alla sfera di applicazione dell'[art. 354 c.p.c.](#), con la conseguente esclusione di alcuna possibilità di rimessione della causa al primo giudice (cfr. Sez. 3, Ordinanza n. 22787 del 26/09/2018, Rv. 650446 - 01; Sez. I, Sentenza n. 24017 del 12/10/2017, Rv. 646136 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 9306 del 08/06/2012, Rv. 623015 - 01; Sez. U, Sentenza n. 9217 del 19/04/2010, Rv. 612564 - 01).

La Corte quindi, rilevato che sulla questione sollevata con il secondo motivo del ricorso si fosse manifestato un obiettivo sostanziale contrasto (o parziale difformità) in taluni diversi orientamenti fatti propri dalle Sezioni semplici, rispetto alla linearità dell'originario orientamento assunto dalle Sezioni Unite di questa Corte; vista l'effettiva pluralità delle soluzioni astrattamente formulabili con riguardo alla questione in esame; la contemporanea incidenza, in relazione a ciascuna delle soluzioni assumibili, di principi e valori di elevato spessore e dignità costituzionale (quale quelli relativi, tra gli altri: al diritto di difesa di tutte le parti del processo; alla ragionevole durata di quest'ultimo; al dovere di lealtà e probità delle parti e del conseguente divieto di abuso del processo) ha rimesso gli atti al Primo Presidente affinché valutasse l'opportunità di investire della questione indicata la cognizione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, ritenendo trattarsi di questione di massima di particolare importanza.

Preliminarmente, in conformità con l'indirizzo espresso da questo Ufficio, si auspica che, decisa la questione rimessa alle S.U., per la decisione dei restanti motivi, la causa sia rimessa, ai sensi dell'art. 142, primo comma, disp. att. c.p.c., alla III Sezione civile, che l'ha sollevata.

Non si ignora che detta disposizione, stabilendo che le S.U., «se non ritengono opportuno decidere l'intero ricorso [...], rimettono, con ordinanza, alla sezione semplice la causa per la decisione» attribuisce alle stesse una discrezionalità così ampia da rendere difficile (in realtà, impossibile) la sicura identificazione dei criteri orientativi della scelta, neanche desumibili dai precedenti.

Peraltro, è significativo che, anche di recente, le S.U.: in un caso, investite di una questione di massima di particolare importanza, dopo averla decisa, hanno rimesso la causa (sia permesso di sottolineare, opportunamente) alla Sezione che l'aveva sollevata, per la decisione degli altri motivi (S.U. 12 febbraio 2019, n. 4135), senza esplicitare le ragioni della scelta (ciò che non è necessario, ma comunque rende arduo identificare i parametri della formulazione della richiesta in tal senso); in un altro caso, investite di un ricorso che, con un motivo poneva una questione di giurisdizione, deciso detto motivo, hanno convincentemente affermato: «i restanti tre motivi di ricorso attengono a questioni di diritto sostanziale, che non formano oggetto di contrasto interpretativo (o di massima di particolare importanza: art. 374, 2° co., cod. proc. civ.) e vanno rimesse - per ripartizione tabellare- all'esame della Terza sezione civile» (S.U. 26 febbraio 2019, n. 5640; analogamente, S.U. 26 febbraio 2019, n. 5643, con riguardo alla decisione del solo motivo che poneva una questione di giurisdizione), così dimostrando di privilegiare una esegesi incline a riservare alle S.U. la decisione delle sole questioni a queste specificamente attribuite.

Infine, si ritiene non inopportuno richiamare l'attenzione sulla pregnante efficacia assunta dalle pronunce delle Sezioni Unite, a seguito della novellazione del codice di rito civile realizzata nel 2006, che concorre a far ritenere che sia preferibile evitare un intervento delle stesse in ordine a questioni che non involgono contrasti, non appaiono di 'massima importanza', né riguardano il tema della giurisdizione. Il principio costituzionale della ragionevole durata del giudizio non fonda una differente conclusione, poiché il ragionevole bilanciamento dei valori in gioco esclude che possa darsi a detto principio esclusiva prevalenza, ancora più considerando che la rimessione ad altra Sezione del ricorso ne permette comunque la definizione nell'arco di pochi mesi.

Venendo al merito della questione, una volta rilevata preliminarmente, alla luce del costante orientamento della Corte, l'infondatezza del primo motivo, va detto che con il secondo motivo, il ricorrente ha censurato la sentenza impugnata per violazione dell'[art. 183 c.p.c.](#), comma 6, [art. 342](#) e [359 c.p.c.](#), alla luce degli [artt. 24](#) e [111 Cost.](#) (in relazione all'[art. 360 c.p.c.](#), n. 3), per avere la arte d'appello erroneamente omesso di provvedere alla rimessione in termini del P. (con la conseguente autorizzazione al deposito delle memorie [ex art. 183 c.p.c.](#), comma 6), essendo quest'ultimo rimasto estraneo al giudizio di primo grado, non essendosi costituito dopo aver ricevuto la notificazione di un atto di chiamata in causa invalido, siccome contenente un termine a comparire in giudizio inferiore a quello stabilito dalla legge.

Secondo la prospettazione del ricorrente nel caso di specie, non essendosi avveduto di tale vizio della *vocatio in ius* ai sensi dell'[art. 164 c.p.c.](#), comma 1, il giudice di primo grado aveva omesso di provvedere ai sensi del comma 2 di tale articolo (e dunque di disporre la rinnovazione dell'atto entro un termine perentorio), dichiarando erroneamente la contumacia del convenuto e giungendo alla definizione del giudizio con la sentenza impugnata.

A fronte della pretesa spiegata in appello dal P. (rimessione in termini e autorizzazione al deposito delle memorie [ex art. 183 c.p.c.](#), comma 6), la corte territoriale ha esaurito l'argomentazione della motivazione di rigetto rilevando come "[l'art. 183](#)

[c.p.c.](#) richiamato non trov(i) applicazione nel giudizio di appello e, comunque, l'appellante aveva l'onere di articolare tutte le proprie difese (anche istruttorie) con l'atto d'appello" (pag. 6 della sentenza impugnata).

L'ordinanza interlocutoria ricorda come nell'affrontare e dirimere la questione processuale in esame, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno nel tempo affermato (dapprima con specifico riguardo al rito del lavoro) come il giudice d'appello che rilevi la nullità dell'introduzione del giudizio, determinata dall'inosservanza del termine dilatorio di comparizione stabilito dall'[art. 415 c.p.c.](#), comma 5, non può dichiarare la nullità e rimettere la causa al giudice di primo grado (non ricorrendo in detta ipotesi nè la nullità della notificazione dell'atto introduttivo, nè alcuna delle altre ipotesi tassativamente previste dall'[art. 353 c.p.c.](#) e [art. 354 c.p.c.](#), comma 1), ma deve trattenere la causa e, previa ammissione dell'appellante ad esercitare in appello tutte le attività che avrebbe potuto svolgere in primo grado se il processo si fosse ritualmente instaurato, decidere nel merito (Sez. U, Sentenza n. 122 del 21/03/2001, Rv. 544958 - 01);

il principio così sancito dalle Sezioni Unite della Corte Suprema (e ribadito da Sez. 3, Sentenza n. 12014 del 25/09/2001, Rv. 549414 01; Sez. L, Sentenza n. 9150 del 13/05/2004, Rv. 572858 - 01; Sez. L, Sentenza n. 12101 del 18/05/2010, Rv. 613509 - 01; Sez. L, Sentenza n. 18168 del 26/07/2013, Rv. 627294 - 01), è stato ripreso, al di fuori del contesto processuale proprio del lavoro, da Sez. 2, Sentenza n. 27411 del 13/12/2005 (Rv. 586913 - 01), secondo cui, nel caso in cui sia accertata, in secondo grado, una nullità non sanata della citazione introduttiva del giudizio, non rientrante tra quelle indicate dall'[art. 354 c.p.c.](#), il giudice di appello non può rimettere la causa al primo giudice, nè limitarsi a dichiarare la nullità dell'atto invalido e di tutti quelli conseguenti, sentenza inclusa, definendo in tal modo il giudizio, ma deve, dopo aver dichiarato la nullità del giudizio di primo grado, consentire alle parti le attività che le sono state precluse dalla nullità e, quindi, decidere la causa nel merito, a meno che nessuna delle parti gli abbia richiesto una tale pronuncia. Nè ciò configura una violazione dei principi stabiliti dagli [artt. 24](#) e [3 Cost.](#), tenuto conto che il diritto di difesa è garantito dalla previsione del potere-dovere del giudice d'appello di decidere la causa nel merito previa rinnovazione degli atti nulli, che la regola del doppio grado di giurisdizione non ha garanzia costituzionale e che il principio di uguaglianza non preclude al legislatore di dettare norme differenti per regolare situazioni ritenute diverse;

approssimandosi, in termini ancor più dettagliati, alla specifica questione oggetto dell'odierna riflessione, Sez. L, Sentenza n. 16680 del 24/08/2004 (Rv. 576551 - 01) ha precisato come, nelle controversie soggette al rito del lavoro, il giudice d'appello che rilevi la nullità dell'introduzione del giudizio, determinata dall'inosservanza del termine dilatorio di comparizione stabilito dall'[art. 415 c.p.c.](#), comma 5, non possa dichiarare la nullità e rimettere la causa al giudice di primo grado (non ricorrendo in detta ipotesi nè la nullità della notificazione dell'atto introduttivo, nè alcuna delle altre ipotesi tassativamente previste dall'[art. 353 c.p.c.](#) e [art. 354 c.p.c.](#), comma 1), ma debba trattenere la causa e, previa ammissione dell'appellante ad esercitare in appello tutte le attività che avrebbe potuto svolgere in primo grado se il processo si fosse ritualmente instaurato, decidere nel merito. Ne consegue che "la parte (non) costituita in primo

grado ha l'onere di indicare, con il ricorso in appello, quali attività defensionali non svolte in primo grado a causa della inosservanza del termine a comparire, chiede di essere ammessa a svolgere in grado di appello"; e dedurre, in sede di ricorso per cassazione, "quali attività difensive la riduzione del termine le ha precluso e quali attività difensive ulteriori avrebbe potuto o voluto svolgere in appello (corsivo di questo estensore);

il principio risulta ancora confermato da Sez. L, Sentenza n. 12101 del 18/05/2010 (Rv. 613509 - 01) che, con qualche diversa sfumatura, rileva come, nelle controversie soggette al rito del lavoro, qualora l'appello abbia contenuto esclusivamente rescindente, in quanto il riscontro del motivo di invalidità esaurisce l'oggetto della cognizione riservata al giudice di secondo grado, la parte soccombente ha interesse a dedurre un mero vizio di nullità del giudizio di primo grado, dovendo la causa essere rimessa al primo giudice perchè il giudizio sia rinnovato con contraddittorio regolarmente costituito. Ove, invece, l'appello cumuli in sè iudicium rescindens e iudicium rescissorium, in quanto diretto non alla mera eliminazione di un atto illegittimo, ma alla rinnovazione del giudizio di merito, è necessario che la parte soccombente non si limiti a censurare i vizi di attività del primo giudice - che hanno carattere meramente strumentale - ma deduca ritualmente e tempestivamente le questioni di merito, dovendosi, diversamente, ritenere l'inammissibilità dell'appello per difetto d'interesse in quanto l'eventuale fondatezza della censura non comporta il potere del giudice di pronunciare sul merito della controversia. Ne consegue che ove sia stata rilevata la nullità dell'introduzione del giudizio, determinata dall'inosservanza del termine dilatorio di comparizione stabilito dall'[art. 415 c.p.c.](#), comma 5, il giudice d'appello non può limitarsi a dichiarare la nullità e a rimettere la causa al giudice di primo grado (non ricorrendo in detta ipotesi nè la nullità della notificazione dell'atto introduttivo, nè alcuna delle altre ipotesi tassativamente previste dall'[art. 353 c.p.c.](#) e [art. 354 c.p.c.](#), comma 1), ma deve trattenerne la causa e, previa ammissione dell'appellante, rimasto contumace in primo grado, ad esercitare in appello tutte le attività che avrebbe potuto svolgere se il processo si fosse ritualmente instaurato, decidere nel merito;

su questo (sostanzialmente) lineare orientamento interpretativo, consolidatosi sulla scia della fondamentale decisione emessa dalle Sezioni Unite (sent. n. 122 del 2001), si inserisce, con accenti di novità, il principio statuito da Sez. 6 - 3, Sentenza n. 10580 del 07/05/2013 (Rv. 626032 - 01) (di seguito fatto proprio da Sez. 1, Sentenza n. 15414 del 26/07/2016, Rv. 640945 - 01 e da Sez. 3, Sentenza n. 544 del 15/01/2020, Rv. 656812 - 02), secondo cui, dedotta la nullità della citazione come motivo d'appello, gli effetti della sua rilevazione da parte del giudice sono regolati in conformità all'[art. 294 c.p.c.](#), equivalendo la proposizione dell'appello a costituzione tardiva nel processo, sicchè il convenuto contumace, pur avendo diritto alla rinnovazione dell'attività di primo grado da parte del giudice di appello, può essere ammesso a compiere le attività colpite dalle preclusioni verificatesi nel giudizio di primo grado solo se dimostri che la nullità della citazione gli abbia impedito di conoscere il processo e, quindi, di difendersi, se non con la proposizione del gravame; tale situazione, peraltro, può verificarsi solo nel caso di nullità per omessa o assolutamente incerta indicazione del giudice adito in primo grado, mentre, in ogni altra ipotesi, occorre la dimostrazione (del tutto residuale) che le circostanze del caso concreto

abbiano determinato anche la mancata conoscenza della pendenza del processo (Sez. 3, Sentenza n. 544 del 15/01/2020, Rv. 656812 - 02; Sez. 1, Sentenza n. 15414 del 26/07/2016, Rv. 640945 - 01);

La Corte nell'ordinanza interlocutoria 18297/2021 osserva come - pur a fronte dell'approfondita e raffinata argomentazione processuale posta a sostegno della soluzione offerta dall'ordinanza 10580/2013 l'idea di affidare 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 invocando il compimento di attività che gli sarebbero precluse, anche) la regolamentazione delle conseguenze in appello dell'erronea dichiarazione di contumacia avvenuta in primo grado nonostante la nullità dell'atto di citazione per mancato rispetto dei termini a comparire, non sembri, sul piano sistematico, del tutto convincente, muovendo, detta prospettazione, dall'imprescindibile presupposto (non necessariamente desumibile dal sistema) della sussistenza di un onere processuale del convenuto di costituirsi in ogni caso in giudizio là dove abbia ricevuto un atto nullo che non gli abbia impedito di avere nozione del processo (eventualmente al solo fine di denunciare la rilevata nullità); e ciò, pur in presenza, appunto, di un atto di citazione nullo (nella specie, per difetto della *vocatio in jus*), nonchè in presenza dell'avvenuta violazione, da parte del giudice, della norma che gli impone il dovere di disporre (proprio in ragione dell'inosservanza del termine a comparire) la rinnovazione dell'atto di citazione (nel rispetto di tali termini) entro un termine perentorio ([art. 164 c.p.c.](#), comma 2): una rinnovazione sul cui compimento il convenuto malamente citato pur avrebbe diritto di riporre il proprio (ragionevole) affidamento, consapevole, in difetto, del dovere del giudice di disporre la cancellazione della causa dal ruolo e la conseguente estinzione del giudizio a norma dell'[art. 307 c.p.c.](#), comma 3, ([art. 164 c.p.c.](#), comma 2);

si tratterebbe, in sostanza, di una soluzione su cui peserebbe (proprio in ragione delle "precisazioni ridimensionatrici" prospettate da Sez. 6 - 3, Sentenza n. 10580 del 07/05/2013) il monito, espressamente fatto proprio dalle Sezioni Unite di questa Corte (nella sentenza n. 122 de 2001), secondo cui, sottraendo all'appellante la possibilità di svolgere tutte le attività assertive e probatorie precluse dalla nullità della citazione originaria, si verificherebbe un ingiustificato pregiudizio della parte come conseguenza della nullità verificatasi in suo danno; e ciò, sulla base di una lettura delle norme processuali (la sostanziale "deroga all'automatico operare dell'[art. 162 c.p.c.](#), comma 1" da parte dell'[art. 294 c.p.c.](#), oltre i limiti testuali previsti da detta ultima norma) potenzialmente lesiva del relativo diritto di difesa costituzionalmente garantito; una conseguenza, viceversa, nella specie scongiurabile attraverso la ragionevole alterazione della funzione del giudizio di appello, adeguatamente giustificata dalla prevalenza del richiamato principio costituzionale (v. supra Sez. U, Sentenza n. 122 del 21/03/2001, cit.);

varrà peraltro segnalare come alla stessa dottrina non sia sfuggito il rilievo secondo cui la previsione contenuta nell'[art. 164 c.p.c.](#), comma 3, induce a ritenere che la costituzione tardiva del convenuto che eccepisca la nullità della citazione determini sempre la "riapertura" piena e incondizionata del processo, ossia la fissazione di una nuova prima udienza [ex art. 183 c.p.c.](#), senza che il convenuto incorra in decadenze o preclusioni, poichè l'errore incolpevole dell'attore, inerente alla redazione di una

citazione affetta da nullità, e l'errore del giudice, inerente all'omesso tempestivo rilievo di tale nullità, non devono rendere deteriore la posizione processuale del convenuto, che non ha alcun obbligo di attivarsi, per addivenire alla sanatoria di un vizio della citazione, anche quando egli abbia certamente avuto conoscenza del processo, ma la sua difesa, ancorchè possibile, sia solo più difficoltosa.

La Corte infine ricorda come l'obiettiva complessità della questione processuale ha, quindi, indotto altra autorevole dottrina a prospettare l'articolazione di tre soluzioni possibili (a loro volta espressione di una differente ponderazione degli interessi in gioco):

1) una prima soluzione fondata sulla circostanza che il potere di rilievo d'ufficio dei vizi indicati nell'art. 164, comma 1, non è formalmente limitato alla prima udienza, con la conseguente rilevabilità d'ufficio della nullità in ogni fase del giudizio in primo grado, e la rinnovazione ex art. 162 degli atti ai quali si estende la nullità, facendo, nella sostanza, regredire il processo alla fase descritta dal comma 2 dell'art. 164;

2) una seconda soluzione, incline a distinguere la rinnovazione degli atti nulli dalla rimessione in termini, con la conseguente affermazione che la rinnovazione degli atti nulli comporta solo la rinnovazione degli atti nel contraddittorio della parte che ha subito la nullità, ma non anche la rimessione nell'esercizio di poteri processuali che dovevano essere esercitati in una fase del processo oramai superata (ritenendosi, in tal caso, che il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità in ogni fase del giudizio di primo grado, disporre la rinnovazione ex art. 162 degli atti dipendenti dall'atto nullo senza però che questo significhi far ritornare automaticamente il processo alla situazione della prima udienza, poichè la rimessione in termini sarebbe pur sempre subordinata alla prova da parte del convenuto tardivamente costituitosi che la nullità della citazione gli ha impedito di avere conoscenza del processo);

3) una terza soluzione fondata sull'art. 294, secondo cui il contumace tardivamente costituitosi, in tanto può essere rimesso in termini, in quanto la nullità della citazione gli abbia impedito la conoscenza del processo, e sull'impossibilità di distinguere tra rinnovazione e rimessione in termini; nonchè (fondata) sul rilievo centrale che, ai fini delle sanatorie delle nullità per vizi formali, ha non solo la convalidazione oggettiva per raggiungimento dello scopo, ma anche la convalidazione soggettiva ex art. 157, comma 2, secondo cui la nullità si sana se la parte, nel cui interesse era stabilito il requisito, non eccepisce la nullità "nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso", cioè nel primo atto del processo successivo alla conoscenza dell'atto viziato (e/o del processo).

La complessa questione attiene alle modalità idonee ad accogliere le sanatorie dell'atto di citazione ai sensi dell'art. 164 cpc, con particolare riferimento agli effetti ed alla sanabilità del vizio dell'atto introduttivo del processo per mancata osservanza dei termini di comparizione del convenuto.

Premesso che è la prima udienza la sede deputata al rilievo - anche ufficioso - della nullità dell'atto di citazione ([art. 183, comma 1, c.p.c.](#)), si discute se il medesimo sia consentito (qualora il giudice, più o meno consapevolmente lo ometta in questa

sede) pure nelle successive fasi del giudizio. L'apertura della denuncia di nullità (la cui sanatoria non è vincolata, stando [all'art. 164 c.p.c.](#), ad alcuna prova di ignoranza incolpevole) anche nel prosieguo del giudizio ed in appello impone infatti un coordinamento con l'art. 294 cpc che ammette il convenuto contumace alla rimessione in termini solo dimostrando che la nullità della citazione (o della sua notificazione) gli hanno impedito la conoscenza del processo.

A prescindere dalla questione, non direttamente incidente sul caso di specie, va detto che i poteri ufficiosi appaiono formalmente confinati, dall'art. 164, comma 2, cpc, all'interno dell'udienza di prima comparizione: a giustificare questa interpretazione c'è la lettera stessa della norma in discorso, il cui secondo comma, nel regolare gli effetti della rilevazione officiosa della nullità della citazione, non ricollega affatto l'ordine di rinnovazione della medesima alla revoca di una previa declaratoria di contumacia; ed il cui successivo terzo comma, nel trattare degli effetti della costituzione spontanea del convenuto, non parla affatto di convenuto contumace; un cosiffatto dato testuale non può, dunque, che avere riferimento alla prima udienza, ovvero ad uno stadio di evoluzione del procedimento in cui una dichiarazione di contumacia non possa ancora essere intervenuta: il che, palesemente, esclude ogni possibile interferenza della norma rispetto alle fasi processuali soggette alla disciplina dell'art. 294 cpc, che quella dichiarazione dà già, viceversa, come pronunciata; ed anche, ammesso che il vizio di cui si parla possa essere denunciato dal giudice anche nel corso ulteriore del procedimento, nulla autorizza a raccordarvi, in questo caso, l'automatica rimessione in termini del convenuto dichiarato contumace.

Anzi, a smentire questa ricostruzione è il fatto che un'identica disciplina, in punto di poteri esercitabili dall'organo giudiziario in prima udienza, fosse, e tuttora sia, dall'art. 291 cpc consacrata per l'ipotesi di omessa costituzione del convenuto a fronte di invalida notifica della citazione, e purtuttavia nessuno ha mai dubitato che, in caso di tardivo rilievo del vizio e, dunque, di rinnovazione della notifica disposta in momento successivo alla revoca della declaratoria di contumacia, la rimessione in termini della parte colpita da quella ingiusta dichiarazione potesse prescindere dalla prova della non imputabilità delle decadenze subite, ovvero dalle condizioni poste dall'art. 294 cpc.

Se comunque, come nel caso di specie, la decisione viene pronunciata nonostante la nullità della citazione, il giudice in sede di impugnazione, essendovi stata già una decisione, non sembra possa più esercitare il potere di rilevazione della nullità della citazione.

E' semmai il soggetto nei cui confronti era nulla la citazione che può dolersi della nullità deducendola come motivo di impugnazione il cui eventuale accoglimento non potrà però mai produrre gli effetti di far regredire il processo alla fase descritta dal comma 2 dell'art. 164.

Anche perchè questa lettura, si osserva, finisce, di fatto, per riconoscere l'avvenuta abrogazione implicita dell'art. 294 cpc.

La seconda opzione, che muove dall'esigenza di coordinare gli artt. 164 e 294 cpc, assegna all'una ed all'altra disposizione due funzioni diverse, pure aderendo alla

convinzione secondo cui la sanatoria dell'atto introduttivo sarebbe consentita in qualunque fase del giudizio.

L'art. 164 cpc avrebbe la funzione di consentire la rilevazione della nullità dell'atto di citazione, consentendone in qualunque tempo la rinnovazione ai sensi dell'art. 162 cpc. Si tratterebbe però di una rinnovazione di per sé inidonea ad ammettere la rimessione in termini del convenuto, possibile solo qualora quest'ultimo dimostri la causa non imputabile *ex art. 294 cpc*.

Con riferimento a quest'ultima soluzione non si ritiene persuasiva la distinzione fra rinnovazione degli atti nulli e rimessione in termini, differenziazione che, come è stato notato in dottrina, non trova una ragionevole base normativa e muove da una asserita distinzione tra rinnovazione degli atti nulli e rimessione in termini in deciso contrasto con la teoria generale degli atti processuali dato che non sarebbe corretto ravvisare un distinguo tra atti e poteri processuali, i primi non essendo altro che esercizio dei secondi, laddove i requisiti di forma-contenuto sono esclusivamente strumentali allo scopo al quale sono preordinati, ossia consentire alla parte l'esercizio di determinati poteri. In caso di vizio formale dell'atto, la rinnovazione si giustifica in quanto la nullità abbia impedito alla parte l'esercizio del potere di compiere quell'atto e null'altro significa che rimettere in condizione di esercitare quel potere.

A tal proposito attenta dottrina sottolinea che “rinnovare gli atti nulli non significa altro che rimettere gli altri soggetti del processo nella possibilità di esercitare quei poteri processuali che non avevano potuto esercitare a causa del difetto del requisito di forma-contenuto funzionale all'esercizio dei poteri stessi ... Alla stregua di questi rilievi l'art. 294 ben lungi dall'essere disposizione distinta dagli artt. 156, 159, 162, 164, ne costituisce invece la necessaria e coerente integrazione”.

In definitiva appare preferibile la terza soluzione fondata sull'art. 294 cpc, secondo cui il contumace tardivamente costituitosi, in tanto può essere rimesso in termini, in quanto la nullità della citazione gli abbia impedito la conoscenza del processo e sull'impossibilità di distinguere tra rinnovazione e rimessione in termini; nonchè (fondata) sul rilievo centrale che, ai fini delle sanatorie delle nullità per vizi formali, ha non solo la convalidazione oggettiva per raggiungimento dello scopo, ma anche la convalidazione soggettiva *ex art. 157, comma 2*, secondo cui la nullità si sana se la parte, nel cui interesse era stabilito il requisito, non eccepisce la nullità "nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso", cioè nel primo atto del processo successivo alla conoscenza dell'atto viziato (e/o del processo).

Stando a questa opzione, il convenuto potrebbe essere rimesso in termini *ex art. 294 cpc* solo nelle ipotesi in cui la nullità della citazione gli ha impedito la conoscenza del giudizio, non potendo sotto questo profilo distinguersi tra rinnovazione e rimessione in termini valendo piuttosto applicare le figure generali di sanatoria delle nullità formali, ed in particolare l'art. 157, comma 2, cpc, secondo cui, ove la parte interessata non faccia valere la nullità dell'atto nel primo momento utile, da ciò si può desumere che essa non intenda esercitare il potere di rilievo della relativa nullità, con la conseguenza di rendere il vizio irrilevante (disposizione questa applicabile alla condizione che sia effettiva e concreta la possibilità per la parte di porre in essere la

condotta processuale richiesta, non operando la sanatoria ove la conoscenza legale del processo si verifichi a ridosso dell'udienza rendendo impossibile o inesigibile la tempestiva attivazione della parte in ordine alla deduzione della nullità).

Diviene allora necessario distinguere, tra i vizi della citazione, quelli che impediscono la conoscenza del processo e quelli che su ciò non incidono. Tra i primi, chi avalla la tesi ivi indicata colloca i vizi consistenti nella mancata indicazione del giudice o dell'attore (art. 163, nn. 1 e 2 c.p.c.), i quali perciò, se eccepiti dal convenuto all'atto di costituzione (tempestiva o tardiva), comportano sempre la rimessione in termini *ex art.* 294 cpc. Tra i secondi vi sono invece quelli relativi alla mancata indicazione della data di udienza, o dell'avvertimento, nonché l'assegnazione di termini a comparire inferiori a quelli stabiliti dall'art. 163 *bis* c.p.c. (salvo che quest'ultimo non abbia di fatto reso impossibile la costituzione tempestiva). Distinzione recentemente avallata anche dalla giurisprudenza di legittimità: “In tal senso va peraltro puntualizzato che, diversamente dai vizi relativi ai nn. 1-2, i vizi relativi al n. 7 e al 163 *bis* comunque non impediscono al convenuto la conoscenza del processo e quindi la possibilità di costituirsi entro la prima udienza per eccepirne la nullità per mancanza o altro vizio, e chiedere il differimento dell'udienza.” (Cass. 4710/2020). Quest'ultima categoria di vizi, quindi, non impedisce l'operare [dell'art. 157, comma 2 c.p.c.](#), perché non impedisce al convenuto di costituirsi almeno entro la prima udienza; sicché, finisce per divenire eccezionale la rilevabilità officiosa [dell'art. 164, comma 2, c.p.c.](#), nonché la rimessione in termini [dell'art. 164, comma 3, c.p.c.](#) Di conseguenza, se tali vizi, nella mancata costituzione del convenuto, non sono rilevati dal giudice entro la prima udienza si sanano (non in forza del mancato rilievo, bensì) in forza del principio generale espresso dall'art. 157, comma 2; non sono più rilevabili d'ufficio in un momento successivo perché la nullità si è sanata *ex art.* 157, comma 2; in caso di costituzione tardiva non danno luogo a rinnovazione-rimessione in termini *ex art.* 294, perché non hanno impedito la conoscenza del processo.

Con la conseguenza che di rimessione in termini non dovrebbe mai, in linea di principio, porsi il problema allorché la doglianza fatta valere in appello dalla parte rimasta contumace in primo grado attenga alla nullità dell'atto introduttivo del giudizio per intercorsa violazione dei termini a comparire.

Si è ben consci che questa lettura porta alle estreme, pur se logiche, conseguenze l'interpretazione “ridimensionatrice” della decisione delle sezioni unite inaugurata da Cass. 10580/2013, ma non determina, in assoluto, l'esclusione dell'appellante ad esercitare in appello tutte le attività che avrebbe potuto svolgere in primo grado.

Ben può accadere, tanto nel rito ordinario come in quello speciale, che la notifica dell'atto introduttivo del processo sia eseguita talmente a ridosso della data di prima udienza da non consentire alla parte convenuta lo svolgimento delle minime attività necessarie (tipo: assunzione di un difensore) per presenziarvi; ma nel rito speciale questo può risolversi, ove il giudice non si sia accorto del vizio, nell'esclusione *tout court* di quella parte medesima dal giudizio di primo grado, attesa la naturale vocazione della prima udienza, in tal sede, a concludersi con la pronuncia della sentenza definitiva (cfr. [l'art. 420 c.p.c.](#), spec. comma 4).

Si tratterà, evidentemente, di ipotesi estreme, delle quali, però, è doveroso dar conto, osservando come l'aver conoscenza del processo troppo tardi per poter prendervi parte non è molto dissimile, almeno sul piano pratico, dal non avere conoscenza affatto. Nell'uno come nell'altro frangente, si pone l'esigenza di salvaguardare il convenuto, esigenza che può essere assicurata dalla rimessione in termini *ex art. 294 cpc*.

Qualora la violazione dei termini a difesa non sia tale da precludere la costituzione del convenuto alla prima udienza o, comunque, entro la conclusione del procedimento di primo grado, una sua omologazione di fatto, con riferimento agli effetti, alle fattispecie di nullità della notificazione non appare, almeno ai fini in esame, più proponibile.

Né può ritenersi che in questo modo si verrebbero a far pagare al convenuto le conseguenze di un duplice errore, dell'avversario, che non gli avrebbe permesso di godere dei termini minimi per l'organizzazione delle proprie difese, e del giudice, che non avrebbe prontamente rilevato questa disfunzione del contraddittorio.

La legge, infatti, accorda al convenuto la possibilità di porre rimedio all'errore riscontrabile *a parte actoris*; ove egli non sfrutti questa possibilità non appare illogico che ne sconti le conseguenze, indipendentemente dal concorrente errore commesso dal giudice.

Addossare tale rischio al convenuto assolve altresì allo scopo, di dissuaderlo da strategie attendistiche, volte ad ostacolare un regolare e sollecito cammino del processo verso la sua conclusione

È di conseguenza sempre necessario distinguere (cfr. gli artt. 291 ss., ed anche [l'art. 327, comma 2, c.p.c.](#)), tra un convenuto "ignaro", che sia rimasto incolpevolmente estraneo al processo, ed un convenuto "informato", che abbia deliberatamente elevato la propria assenza a strategia processuale.

L'applicazione di tali principi al caso di specie evidenzia la correttezza dell'interpretazione sistematica proposta posto che la notificazione dell'atto di chiamata in causa del terzo nel giudizio di primo grado si è perfezionata *ex art. 140 cpc* in data 28/6/2009, mentre l'udienza di comparizione era prevista per il 3/11/2009 (pag. 4 della sentenza) ed inoltre, come risulta da alcuni atti del giudizio di secondo grado non prontamente contestati dal ricorrente, quest'ultimo sarebbe stato fisicamente presente alle udienze del giudizio svoltosi dinanzi al tribunale, scegliendo quindi di costituirsi in giudizio soltanto all'esito della sentenza a lui sfavorevole.

p.q.m.

Il P.M. chiede

rigettarsi il primo ed il secondo motivo del ricorso con rimessione della causa alla III Sezione civile per la decisione dei restanti motivi.

Roma, 20 dicembre 2021.

**PER IL PROCURATORE GENERALE
IL SOSTITUTO
Giovanni Battista Nardecchia**