

Tribunale di Varese, 7 aprile 2010 – Est. Buffone.

**Processo civile – Processo cumulato – Litisconsorzio facoltativo improprio – Citazione del convenuto notificata in data anteriore al 4 luglio 2009 (entrata in vigore della Legge 69/2009) – Citazione del terzo, da parte del convenuto, notificata al terzo in data successiva al 4 luglio 2009 – Applicabilità alla citazione del terzo del nuovo art. 163 c.p.c. (che prevede che l'avvertimento contenga anche il richiamo dell'art. 38 c.p.c.) – Applicabilità del diritto sopravvenuto.**

*In caso di pluralità di parti nello stesso processo può aversi che a detta pluralità corrisponda una pluralità di rapporti processuali (connessi per l'oggetto o per il titolo o per le ragioni di mera affinità, e non di necessità) o invece che ad essa faccia riscontro un unico inscindibile rapporto processuale. Nella seconda ipotesi (di litisconsorzio necessario), il rapporto processuale, essendo sostanzialmente unico, non è suscettibile di trovare regolamentazione differenziata in ragione della unicità del procedimento. Nella prima ipotesi, invece (di litisconsorzio facoltativo), essendo i singoli rapporti processuali sostanzialmente autonomi anche nelle loro vicende e, come tali, scindibili, nulla impedisce che, nonostante la formale unicità del processo, possa aversi che le distinte domande giudiziali siano governate da regimi giuridici diversi, atteso che l'occasione della trattazione unitaria non ne cancella l'autonomia prima ontologica che strutturale. Alla citazione del terzo (litisconsorte facoltativo) notificata dopo il 4 luglio 2009, si applicano le nuove norme della Legge 69 del 2009. (gb) (riproduzione riservata)*

## IL CASO.it

omissis

rileva

Con atto di citazione ritualmente notificato alla controparte e depositato in cancelleria il 16 marzo 2009, la società attrice (H.I.) ha evocato in giudizio i coniugi P e R, giusta l'azione ex art. 2932 c.c. (in via principale). I convenuti, costituendosi, hanno richiesto di potere chiamare in causa i sigg.ri B e la M "per sentirli condannare al risarcimento dei danni materiali e morali tutti causati con il loro illecito comportamento ex artt. 2043 e ss. c.c. da determinarsi in corso di causa anche in via equitativa".

Il giudice istruttore (cui subentrato l'odierno giudicante) autorizzava la chiamata dei terzi. L'atto di citazione per chiamata di terzo veniva loro notificato in data 13 ottobre 2009. All'udienza del 19 gennaio 2010, questi non comparivano né si costituivano altrimenti. Il giudice istruttore rilevava, però, che nell'avvertimento delle decadenze in caso di intempestiva costituzione (rivolto ai terzi) era stato omesso il riferimento all'art. 38 c.p.c. Dichiarava, pertanto, la nullità della chiamata del terzo e ne ordinava la rinnovazione. In data 10 febbraio 2010, i convenuti chiedevano la revoca dell'ordinanza suaccennata, letta in udienza, del 19 gennaio 2010.

osserva

L'atto di citazione per la chiamata del terzo è stato notificato in data 13 ottobre 2009 e, cioè, sotto la vigenza delle modifiche apportate al processo civile dalla legge 18 giugno 2009 n. 69. Il novum della riforma confluisce anche nell'art. 163, comma III, n. 7 c.p.c. poiché l'atto di citazione, per effetto della manipolazione normativa, deve contenere, tra l'altro, "l'avvertimento che la costituzione oltre i termini di legge implica le decadenze di cui agli artt. 38 e 167". E' stato, cioè, aggiunto il richiamo all'art. 38 c.p.c. atteso il nuovo e diverso regime in punto di rilevanza d'ufficio ed eccezione della questione di competenza del giudice adito. La modifica incide sulla stessa validità dell'atto di citazione: ai sensi dell'art. 164, comma I, c.p.c., infatti, "la citazione è nulla (...) se manca l'avvertimento previsto dal n. 7) dell'art. 163 c.p.c.". Orbene, il dato letterale non è una mera clausola di stile: ed, infatti, gli artt. 38 e 167 c.p.c. individuano precise ipotesi di decadenza che devono essere rese note, con la citazione, al convenuto. Al riguardo, invero, taluni in dottrina reputano che per

la validità della citazione non basti indicare le norme di legge che contengono le decadenze ma sia necessario trascriverne il loro contenuto (non essendo, quindi, sufficiente la ripetizione della formula legislativa). La giurisprudenza è, però, ferma nel ritenere sufficiente la menzione del referente normativo. Certo è che l'assenza o l'incompletezza del medesimo, si traduce in una omissione che genera la «nullità della citazione a mente dell'art. 164», come insegna la Dottrina. La nullità è sanata: o per la rinnovazione disposta officiosamente dal rilievo del Giudice; o tacitamente ove il convenuto si costituisca e nulla contesti. La sanatoria può anche intervenire con la fissazione della nuova udienza ove il convenuto si costituisca ma eccepisca la nullità (v. Cass. civ., 1 luglio 2008 n. 17951). Nel caso di specie, attesa la contumacia dei terzi, il giudice ha dichiarato la nullità. **IL CASO.it**

Va rilevato, in effetti, che quanto alla chiamata del terzo, successiva alla legge 69/2009, ma facente capo ad un processo ad essa anteriore, vi è stata divergenza di opinioni. Secondo taluni, in questo caso, il principio del tempus regit processum determinerebbe l'applicazione delle regole previgenti, pure alla vocatio in ius del terzo, notificata dopo il 4 luglio 2009. Secondo altri, il principio del tempus regit actum determinerebbe l'applicabilità alla nuova citazione delle nuove regole che ne sanciscono la validità.

I difensori della istante svolgono ricche argomentazioni per sostenere la prima delle tesi facendo leva, in particolare, sulla aporia che si verrebbe a creare al cospetto di "avere nell'ambito della stessa causa due regimi processuali diversi".

Re melius perpensa, questo giudice reputa di dovere riesaminare la questione, per offrire una risposta meglio argomentata, tenuto conto della lettura interpretativa patrocinata dagli istanti e sposata dal primo degli indirizzi evocati.

Per risolvere la questione giuridica in esame è opportuno ricordare che, in tema di diritto sopravvenuto, dove la citazione sia notificata in tempi diversi, secondo la Suprema Corte il momento per determinare la giurisdizione e la competenza è quello della prima notificazione (Cass. civ. 18 maggio 1976 n. 1760).

Secondo i Supremi giudici, occorre tenere conto del fatto che "il processo è unico, e viene instaurato al momento della notificazione del primo atto introduttivo della lite, mentre gli eventuali atti successivi di integrazione del contraddittorio nei confronti di altri soggetti litisconsorti necessari hanno unicamente la funzione di fare partecipare al giudizio i soggetti ai quali la causa sia comune, e che per errore o dimenticanza non vennero evocati sin dall'inizio in giudizio. Non si ha quindi la proposizione di una domanda nuova nei confronti di costoro, che vengono solamente messi al corrente della esistenza del giudizio al quale sono interessati, poiché la decisione avrà necessariamente effetto anche nei loro confronti, affinché possano esporre - ove lo vogliano - le proprie difese" (v. Cass. civ., sez. II, sentenza n. 8913 del 1998).

Tale indirizzo, però, come emerge chiaramente dalla lettura delle sentenze citate, riguarda lo specifico caso della competenza ma, soprattutto, l'ipotesi del litisconsorzio necessario in cui, fin dall'inizio, le parti sopravvenute avrebbero dovuto essere evocate in giudizio. Non vengono, cioè, in rilievo né domande nuove, né cause differenti cumulate dinnanzi allo stesso giudice.

All'inverso, nelle ipotesi del litisconsorzio facoltativo, è stato ritenuto che il giudice, investito di più domande, deve verificare la propria giurisdizione con riferimento a ciascuna di esse (S.U. n.3426-1976; cfr. anche S.U. n.1999-1967; S.U. n.771-1957) ed a maggior ragione, tale principio deve essere applicato, quando non già di cumulo di domande tra le stesse parti si tratti, ma di litisconsorzio facoltativo ex art.103, comma I c.p.c. (cfr. Cass. civ., sez. Un., sentenza n. 1315 del 22 febbraio 1990).

In effetti, il dato rilevante da cui occorre muovere è il seguente: come i migliori studi di Dottrina insegnano, nel processo cd. cumulato (litisconsorzio facoltativo per connessione tra le cause) le singole cause restano autonome dal punto di vista processuale e ciò che varia è la possibilità di utilizzare una comune piattaforma probatoria, in virtù del principio di acquisizione e verso il fine di evitare un contrasto fra accertamenti di fatto. Ve ne è conferma in quella giurisprudenza di Cassazione che, proprio per il processo cumulato, non reputa applicabile l'art. 10, comma II, c.p.c. (Cass. civ., sez. III, sentenza n. 10081 del 12 ottobre 1998; Cass. civ., sez. II, sentenza n. 3149 del 20 novembre 1962). **IL CASO.it**

Ve ne è ancora traccia nel principio tot capita, tot sententiae, in virtù del quale la sentenza del giudice nel processo cumulato è formalmente unica ma sostanzialmente plurima (Cass. civ. 22 gennaio 2004 n. 1103; Corte di Appello di Milano, sentenza 12 dicembre 2003 in

Gmil, 2004, 381). Ed, infatti, le spese vanno liquidate in relazione a ciascuna di esse (Cass. civ. 12 giugno 2001).

**IL CASO.it**

Ennesima conferma si ha nei poteri discrezionali del giudice: potere discrezionale di autorizzare la chiamata del terzo (Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 23 febbraio 2010 n. 4309 in [www.tribunale.varese.it/Massimario](http://www.tribunale.varese.it/Massimario), 2010, III) e potere discrezionale di disporre la separazione dei processi (art. 102, comma II, c.p.c.).

Ecco perché la Cassazione giunge a tenere distinte anche le vicende processuali che sfiorano le distinte cause cumulate (Cass. civ., sez. III, sentenza n. 3740 del 5 maggio 1990) affermando che il litisconsorzio facoltativo dà luogo ad una "pluralità di rapporti autonomi, anche con riguardo alle relative vicende processuali, nell'ambito dello stesso giudizio, sicché la nullità della citazione per la chiamata in causa del terzo, non rilevata in primo grado e da questi fatta valere in appello, determina la necessità di rimettere al primo giudice la sola causa di rivalsa e non l'intero giudizio, con la conseguente separazione delle distinte cause, ancorché unitariamente trattate e decise in primo grado".

In conclusione, dunque, in caso di pluralità di parti nello stesso processo può aversi che a detta pluralità corrisponda una pluralità di rapporti processuali (connessi per l'oggetto o per il titolo o per le ragioni di mera affinità, e non di necessità) o invece che ad essa faccia riscontro un unico inscindibile rapporto processuale. Nella seconda ipotesi (di litisconsorzio necessario), essendo il rapporto processuale sostanzialmente unico, non è suscettibile di trovare regolamentazione differenziata in ragione della unicità del procedimento. Nella prima ipotesi, invece (di litisconsorzio facoltativo), essendo i singoli rapporti processuali sostanzialmente autonomi anche nelle loro vicende e, come tali, scindibili, nulla impedisce che, nonostante la formale unicità del processo, possa aversi che le distinte domande giudiziali siano governate da regimi giuridici diversi, atteso che l'occasione della trattazione unitaria non ne cancella l'autonomia prima ontologica che strutturale.

Tanto è più evidente nel caso di specie: la domanda introduttiva è di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto, proposta dall'attore contro il convenuto; la domanda cumulata è di risarcimento del danno, proposta dal convenuto verso il terzo.

Azioni del tutto autonome e, come tali, rette da regimi giuridici diversi atteso che se unico è il processo, diverse sono le cause.

Conclusioni differenti sarebbero suscettibili di porsi anche in contrasto con la Charta Chartarum: il terzo citato in giudizio direttamente, beneficerebbe del nuovo regime giuridico nelle more entrato in vigore; il terzo chiamato in causa come tale nel processo altrui, sarebbe trattato alla stregua delle vecchie norme, sulla base di una differenziazione non giustificata dall'esigenza di cui all'art. 102 c.p.c. ed affidata alla scelta discrezionale della parte.

Vi è, inoltre (ed infine) che per il terzo - litisconsorte facoltativo il processo "inizia" dalla chiamata in causa a lui ritualmente notificata, senza che possano farsi retroagire, nei suoi riguardi, gli effetti sostanziali e processuali della domanda alla data storica di prima citazione.

Per i motivi sin qui illustrati, l'istanza va respinta.

Va rilevato d'ufficio che, i tempi di decisione dell'istanza, hanno determinato il consumarsi del termine assegnato per chiamare in causa il terzo (udienza del 6 luglio 2010, termine: 30 marzo 2010).

L'istanza ex art. 177 c.p.c. non ha certo effetto sospensivo del provvedimento del giudice, ma la complessità della questione, nuova e che non consta di precedenti specifici e, dunque, la possibilità astratta di uno jus poenitendi del giudicante, legittima, ex art. 175 c.p.c., il rinvio dell'udienza fissata con assegnazione di un nuovo termine entro cui citare il terzo.

P.Q.M.

Visti gli artt. 175, 177, comma II, c.p.c.

**IL CASO.it**

- 1) Rigetta l'istanza
- 2) Assegna all'istante termine entro il 30 giugno 2010 per la rinnovazione della citazione, emendata del vizio di nullità;
- 3) Fissa nuova udienza in data 7 dicembre 2010, ore 10.00

Manda alla cancelleria per la comunicazione del provvedimento alle parti costituite  
Varese lì 7 aprile 2010