

CAPITOLO I

LA CONTUMACIA NELLA DINAMICA PROCESSUALE: PROFILI RICOSTRUTTIVI

PARTE I

LA CONTUMACIA VOLONTARIA

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi: costituzione e contumacia nel processo di primo grado. – 2. Contumacia ed assenza: la prospettiva formale del subprocedimento di costituzione. – 2.1. *Segue.* La prospettiva sostanziale della “presentazione ufficiale al giudice”: il processo davanti al giudice di pace e quello arbitrale. – 3. Una *ratio* comune: la autonomizzazione della posizione di chi richiede la tutela dalle scelte di strategia difensiva della controparte. – 4. Contumacia e “contraddittorio formale”. – 4.1. *Segue.* La parte contumace tra interesse all’esito favorevole della lite, “interesse in prosecuzione” (art. 306, 1° comma) ed interesse alla decisione (artt. 181, 2° comma e 290). – 5. Collaborazione della parte e “contraddittorio formale”. – 6. *Segue.* La parte tra onere (della difesa) ed obbligo (della collaborazione). – 7. La contumacia nei giudizi impugnatori. – 7.1. *Segue.* La (mancata) costituzione dell’attore nel giudizio di appello ed in Cassazione. – 7.2 *Segue.* La (mancata) costituzione dell’opponente nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. – 7.3. *Segue.* La (mancata) costituzione del convenuto nel giudizio d’appello ed in Cassazione. – 7.4. *Segue.* La (mancata) costituzione dell’opposto nell’opposizione a decreto ingiuntivo.

1. *Rilievi introduttivi: costituzione e contumacia nel processo di primo grado*

L’attuale fisionomia della contumacia¹ nel processo civile viene delineandosi

¹ È d’uopo il riferimento alle risalenti trattazioni generali di BRANDI, voce *Contumacia*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 458 ss.; CARBONARI, voce *Contumacia (procedimento in)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 8 ss.; CIACCIA CAVALLARI, voce *Contumacia*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1989, 322; COSTA, voce *Contumacia*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 792 ss.; GIANNOZZI, *La contumacia nel processo civile*, Milano, 1963, 138 ss. V. altresì i pregnanti rilievi sul tema di BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, 64 ss., e di CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995. Il tema è poi oggetto della recente monografia di D’ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano, 2012, nonché, nell’ambito di una più ampia riflessione comparatistica sul dovere di collaborazione delle parti nel processo, del volume di GRADI, *Comportamento dei litiganti e accertamento dei fatti nel processo civile*, Messina, 2016, spec. 218 ss. Tra i più recenti commenti generali alla normativa v. altresì BRUNELLI, *Sub art. 290*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di CARPI e TARUFFO, Padova, 2012, 1074 ss.; FERRARI, *Sub art. 290-294*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, a cura di CO-

in contrappunto a quella della costituzione in giudizio, (sub)procedimento² attraverso il quale la parte³ costruisce la propria strategia processuale, così spendendo in concreto quelle facoltà che in astratto l'ordinamento proprio alla parte riconosce.

La mancata (o invalida)⁴ costituzione del convenuto, del terzo chiamato come dello stesso attore, in cui la contumacia si risolve, comporta perciò l'impossibilità di spendere quelle facoltà finché tale *status*⁵ permane e l'applicazione del regime imposto, per il giudizio di primo grado, dagli art. 290-294⁶.

Questa definizione va subito arricchita e precisata in varie direzioni.

Anzitutto occorre considerare la tecnica processuale con la quale, nei diversi riti che assistono i giudizi dichiarativi di primo grado davanti al giudice ordinario⁷, si

MOGLIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, III, 2, Torino, 2012, 395 ss.; BUONCRISTIANI, voce *Contumacia nel processo civile*, in *Enc. Il diritto, Il Sole 24 Ore*, IV, Milano, 2007, 424 ss.; in prospettiva storica v. invece BONIFACIO, voce *Contumacia (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1957, 770 ss.; CORTESE, voce *Contumacia (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 447 ss.; ID., voce *Contumacia (diritto intermedio – diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 452 ss. Interessante anche la lettura di COMEZ, *L'Ordo iudiciarius in Ivo di Chartres*, in AA.VV., *L'educazione giuridica*, VI, *Modelli storici della procedura continentale*, 2, *Dall'Ordo iudiciarius al codice di procedura*, Napoli, 1994, spec. 76 ss.

²Regolato dagli artt. 165, 166 e 167 per le parti originarie, e dagli artt. 267-272 per i terzi intervenienti o chiamati. V., in generale, i rilievi di GIUDICEANDREA, voce *Costituzione in giudizio*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 234 ss.; CIACCIA CAVALLARI, voce *Costituzione in giudizio*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1989, 465 ss.; SALETTI, voce *Costituzione in giudizio*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 1 ss.

³Chi è dotato cioè di capacità di agire e, ex art. 75, può dunque compiere gli atti del processo (parte in senso formale). Osserva LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2017, 219, che, pur essendo la dichiarazione di contumacia indirizzata alla parte in senso processuale (al destinatario cioè degli effetti degli atti), essa dipende tuttavia da scelte imputabili alla parte in senso formale, cioè a colui che compie gli atti del processo. Sicché, ad esempio, in caso di parte minore e quindi soggetta a legale rappresentanza, la scelta del rappresentante di non costituirsi comporta la dichiarazione di contumacia in capo al rappresentato. V. altresì in generale, sulle dinamiche della fase introduttiva della causa e sulle variabili indotte dalla mancata costituzione di una parte, l'efficace quadro di CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, 177 ss.

⁴Equiparazione spesso rinvenibile nella giurisprudenza di legittimità: v., ad esempio, in riferimento all'ipotesi di difensore munito di procura invalida, Cass., 26 marzo 1991, n. 3258 (ipotesi oggi suscettibile di opposta soluzione in virtù del vigente art. 182); in riferimento al procuratore privo di *ius postulandi* Cass., 24 aprile 2003, n. 4804; Cass., 13 agosto 1991, n. 8821; Cass., 6 febbraio 1986, n. 735.

⁵Per sua natura reversibile: v. in particolare l'art. 293.

⁶Quanto alla disciplina della contumacia nei giudizi impugnatori v. *amplius infra*, § 7 ss.

⁷Considerato che nei processi davanti ai giudici speciali le dinamiche sono molto diverse. Si pensi, ad esempio, ai giudizi di responsabilità attratti alla giurisdizione della Corte dei conti, nei quali l'introduzione del giudizio da parte del pubblico ministero operante presso la Corte avviene con citazione depositata nella segreteria della sezione territorialmente competente (art. 86 d.lgs. n. 174/2016). Sarà poi il presidente della sezione a fissare l'udienza con decreto e ad assegnare un termine al p.m. per la notifica al convenuto di citazione e decreto di fissazione dell'udienza (art. 88 d.lgs. n. 174/2016). Al contrario, nei giudizi davanti alle Commissioni tributarie il processo ha ini-

realizza la litispendenza e si incardina il processo presso l'ufficio giudiziario adito.

Nei processi inaugurati da atto di citazione, come nel c.d. rito ordinario di cognizione (art. 163 e ss.), la pendenza della lite, e con essa l'acquisto della qualità di parte in capo sia all'attore che al convenuto, si attesta alla notifica dell'atto introduttivo. La costituzione delle parti è formalità diversa e successiva attraverso la quale entrambe si legittimano presso il giudice adito⁸ concretizzando un apparato difensivo volto a contribuire ad una decisione favorevole (artt. 165, 166, 183, 293).

Ne consegue che, nei limiti dell'art. 290⁹, la mancata costituzione dell'attore non elide il dovere del giudice di decidere, *ex art.* 112, sulla domanda già proposta. La impossibilità di influire sulla decisione attraverso specifiche attività defensionali, in cui la sua mancata costituzione/contumacia si risolve, riguarda perciò le sole repliche¹⁰ alle domande ed eccezioni del convenuto (e di eventuali terzi chiamati), le produzioni documentali e la più parte delle istanze istruttorie¹¹ perché si colloca nel segmento processuale che va dalla prima udienza di trattazione in poi.

Per il convenuto ed il terzo chiamato, viceversa, la spendita concreta di facoltà defensionali coincide con il contenuto della comparsa di costituzione o di intervento che sono acquisite al processo proprio, e solo, attraverso la costituzione. Ne consegue che la loro mancata costituzione/contumacia si risolve, a differenza di quella dell'attore, in una assenza di attività difensiva pressoché totale perché coinvolge tutte le difese attratte dalla legge alla comparsa di costituzione o di intervento (contestazione, eccezioni, domande riconvenzionali, chiamate di terzi, produzioni documentali e la maggior parte delle istanze istruttorie)¹².

Così, se il convenuto non si costituisce tempestivamente, gli saranno precluse

zio con ricorso che è proposto mediante previa notifica all'amministrazione o ente impositore destinatario (art. 20 d.lgs. n. 546/1992); lo stesso è a dirsi per il ricorso introduttivo del giudizio davanti al giudice amministrativo, *ex art.* 41 d.lgs. n. 104/2010 (codice del processo amministrativo): in entrambi la costituzione del ricorrente segue dunque la proposizione della domanda e, se non avvenuta nei termini perentori, comporta la improcedibilità del processo.

Nello stesso processo davanti al giudice ordinario, del resto, è nota l'esperienza del ricorso prima notificato alla controparte e poi depositato in cancelleria: è il caso del giudizio davanti alla Corte di cassazione.

⁸GIUDICEANDREA, voce *Costituzione in giudizio*, cit., 234; LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., 220.

⁹Se il convenuto costituito non chiede che il processo prosegua comunque: v. subito *infra*, nel testo.

¹⁰Utilizzo consapevolmente il termine repliche come riassuntivo delle tipologie di difese consentite all'attore, e che saranno oggetto di analitico esame *infra*.

¹¹Diverse dal deferimento del giuramento decisorio, riservato alla parte in quanto tale e dunque anche al contumace. L'attore può inoltre richiedere già nell'atto di citazione l'interrogatorio formale della controparte nonché compiere una dichiarazione confessoria. Su entrambi i profili si tornerà diffusamente a tempo debito.

¹²Con la già menzionata eccezione del deferimento del giuramento decisorio e della confessione, riservata alla parte in quanto tale e quindi anche se non costituita.

le attività e le difese indicate dagli artt. 38, 167, 416 e 702 *bis*, ma resteranno spendibili tutte quelle ancora previste dall'art. 293. Se invece egli non si costituisce affatto, gli resteranno precluse anche queste ultime difese.

Nei processi inaugurati da ricorso, ove la domanda è proposta con il deposito dell'atto introduttivo presso l'ufficio giudiziario adito, l'acquisto della qualità di parte e la costituzione in giudizio per il ricorrente invece coincidono e quindi non è mai configurabile la sua contumacia.

La successiva notifica del ricorso e del decreto di fissazione della prima udienza ha lo scopo di instaurare il contraddittorio con il resistente che, così acquisita la qualità di parte, può scegliere se costituirsi o meno. La mancata costituzione ne comporta la (dichiarazione di) contumacia e, secondo la dinamica già illustrata, la totale assenza di allegazioni difensive¹³ finché la contumacia permane.

Infine, anche per chi interviene volontariamente la costituzione e l'assunzione della qualità di parte coincidono¹⁴ poiché la modalità di ingresso nel processo pendente tra altre parti è proprio quella della costituzione.

Benché contumaci, parti e i terzi chiamati possono però comunque influire sul segno della decisione attraverso il compimento di quegli atti che la legge ad essi riserva a prescindere sia dalla costituzione sia dallo schermo dello *ius postulandi*.

Sul punto si tornerà diffusamente in prosieguo¹⁵. Qui occorre solo rilevare come alla parte personalmente siano riservate la partecipazione all'interrogatorio formale *ex artt.* 228-232 e all'interrogatorio libero oggi esprimibile d'ufficio ai sensi degli artt. 117 e 420, la partecipazione al (sub)procedimento di giuramento decisorio *ex artt.* 233-239, e come essa possa essere destinataria, sempre personalmente, di ordini di ispezione ed esibizione, rispettivamente ai sensi degli artt. 118 e 210.

La contumacia, come disegnata dalle diverse tecniche di proposizione della domanda, va poi calata in un ordito normativo più ampio di quello che scolpisce l'alternativa costituzione/mancata costituzione appena richiamato.

Occorre infatti tener conto delle ragioni, sempre di tecnica processuale¹⁶, che ne impongono la unilateralità¹⁷, quale *status*, cioè, proprio di una sola delle parti originarie e/o del terzo chiamato.

¹³ Con le già rilevate eccezioni del deferimento del giuramento decisorio e della dichiarazione confessoria, possibili in capo la convenuto anche senza previa costituzione.

¹⁴ Lo stesso può dirsi se il litisconsorte necessario pretermesso *ex art.* 102, o il successore *ex art.* 110 o anche *ex art.* 111 intervengano nel processo senza attendere la chiamata delle controparti già costituite (chiamata che nell'ipotesi di successione a titolo particolare *ex art.* 111 non è, peraltro, richiesta e può perciò legittimamente mancare).

¹⁵ *Infra*, § 5 ss.

¹⁶ Ma anche di sistema, in quanto legate alla necessità che il processo prosegua solo su impulso di parte: così FERRARI, *Sub art.* 290, in *Commentario*, a cura di COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, cit., III, 2, 421.

¹⁷ E di «diserzione unilaterale» parlano infatti MONTESANO e ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, Padova, 2001, 1495.

Nei procedimenti introdotti con citazione ed ove perciò la notifica dell'atto alla controparte precede il suo deposito presso l'ufficio¹⁸ infatti, se nessuna delle parti si costituisce nel termine ad essa assegnato¹⁹, il processo, ancorché pendente, non viene incardinato presso l'ufficio. Ne consegue uno stato di quiescenza che apre l'alternativa tra riassunzione in un termine perentorio su impulso di una delle parti ed estinzione (così l'art. 171, 1° comma, che richiama l'art. 307, 1° e 2° comma).

La contumacia non viene dunque in alcun modo in rilievo.

Nei processi introdotti con ricorso la unilateralità della contumacia è confermata dal fatto che la anteriorità del deposito dell'atto presso l'ufficio giudiziario rispetto alla notifica alla controparte esclude, come già rilevato, la contumacia del ricorrente, potendo eventualmente verificarsi solo quella del resistente.

2. *Contumacia ed assenza: la prospettiva formale del subprocedimento di costituzione*

Altra precisazione necessaria attiene alla distinzione tra contumacia e assenza²⁰.

L'assenza assume portata più limitata della contumacia perché consiste nella sola diserzione della prima e/o di successive udienze.

L'assenza presuppone dunque la costituzione e, proprio per questo, può essere bilaterale (con le conseguenze previste dall'art. 181, 1° comma)²¹ e comporta che la parte sia considerata comunque presente.

L'art. 176, 2° comma, prevede infatti che le ordinanze pronunciate in udienza si ritengono conosciute dalle parti presenti e da quelle che dovevano comparirvi.

La previsione esprime, secondo comune esegesi²², il principio che dopo la co-

¹⁸ Occorre ancora ricordare la diversa dinamica della citazione effettuata dal p.m. davanti alla sezione territoriale della Corte dei conti nel giudizio di responsabilità, ove la citazione è depositata in segreteria e l'udienza è fissata, solo a deposito avvenuto, dal presidente della sezione, che assegna altresì un termine al p.m. per la notifica della citazione e del decreto di fissazione dell'udienza al convenuto: così gli artt. 86 e 88, d.lgs. n. 174/2016, cit., recante il codice di giustizia contabile.

¹⁹ La costituzione di una delle parti nel termine assegnato, per contro, rimette in termini l'altra, che può costituirsi fino alla prima udienza salve, per il convenuto, le decadenze in cui è incorso per effetto delle preclusioni imposte dagli artt. 38 e 167: così l'art. 171, 2° comma.

²⁰ V., per tutti, COSTA, voce *Comparizione delle parti in giudizio*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, 79 ss.

²¹ Se, a seguito della fissazione di una nuova udienza da parte del giudice, la situazione di assenza bilaterale persiste, la disposizione impone l'estinzione immediata del processo. Stessa situazione si verifica per la diserzione bilaterale di udienze successive alla prima, in virtù del richiamo operato dall'art. 309, che regola la fattispecie, proprio all'art. 181, 1° comma: FERRARI, *Sub art. 290*, cit., 400 ss.

²² V. in tal senso già GIANNOZZI, *La contumacia*, cit., 138 ss.; CIACCIA CAVALLARI, voce *Contumacia*, cit., 322; LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., 221.

stituzione la diserzione delle udienze non modifica le regole ordinarie del procedimento escludendo perciò l'applicazione dello statuto legale della contumacia.

Per contro, senza una formale costituzione la sola presenza della parte alle udienze, pure prevista dall'art. 84 disp. att., non consente al contumace, finché resta tale, di interloquire o altrimenti interagire attivamente con la controparte ed il giudice, tranne che nelle ipotesi di attività riservate alla parte in quanto tale e non in quanto costituita²³.

In realtà neppure la comparizione del difensore munito di procura all'udienza senza deposito di un fascicolo di parte recante almeno la comparsa di costituzione o la citazione notificata varrebbe ad escludere la contumacia della parte rappresentata.

La giurisprudenza è infatti da tempo compatta nel ritenere che quelle di costituzione in giudizio, e di contumacia, siano nozioni tecnico-processuali delimitate dagli artt. 165, 166, 167, 293, e 416 (ma lo stesso può dirsi, ad esempio, per il rito sommario di cognizione, quanto all'art. 702 *bis*, 4° comma).

L'art. 170 prevede infatti che «dopo la costituzione in giudizio tutte le notificazioni e le comunicazioni si fanno al procuratore costituito» mentre l'art. 285, 1° comma e l'art. 330, 1° comma, impongono la notificazione della sentenza ai fini dell'impugnazione, e l'impugnazione stessa, presso il procuratore costituito. Nessuna di tali disposizioni collega gli effetti ivi previsti al solo rilascio della procura al difensore, sicché dal microsistema costruito dagli artt. 166, 167, 170, 285, 293, 330 e 416 si ricava che la costituzione del convenuto, nel rito ordinario ed in quello del lavoro, che sia tempestiva o tardiva, avviene esclusivamente mediante il deposito, in cancelleria o all'udienza, di un fascicolo contenente la procura e le difese scritte. In mancanza di tale adempimento, perciò, la comparizione del difensore all'udienza, munito di sola procura, non è idonea a impedire la (dichiarazione di) contumacia²⁴.

²³ *Infra*, nel testo.

²⁴ Così Cass., 20 febbraio 2006, n. 3586, la quale ricostruisce bene il quadro di riferimento: «[...] 2. Questa, Corte, con giurisprudenza risalente ma costante, rispetto alla quale non si rinven- gono precedenti di segno contrario, ha ritenuto che sia nel rito del lavoro, sia in quello civile, la co- stituzione del convenuto richiede il deposito in cancelleria di uno scritto difensivo; in mancanza di tale adempimento, la comparizione del difensore all'udienza, munito di sola procura, non è idonea a impedire la contumacia (Cass., 13 maggio 1989, n. 2213, Cass., 30 ottobre 1984, n. 5555, Cass., 22 dicembre 1983, n. 7570). 3. La dottrina intende per contumacia l'assenza legale dal giudizio di una parte, determinata dalla sua omessa, o irrituale, costituzione e correlativamente per contumace si intende la parte che non pone in essere quelle formalità necessarie e sufficienti per determinare la propria presenza legale nel processo che è la costituzione. La stessa dottrina cita una isolata pronuncia di merito (Trib. Vercelli, 30 gennaio 1955) che ha interpretato l'inciso dell'art. 293, 2° comma, cod. proc. civ., "o mediante comparizione all'udienza" come possibilità di costituzione mediante sola comparizione, la quale però non ha avuto alcun seguito in dottrina e in giurisprudenza. La sentenza impugnata contrappone una nozione fiduciaria di costituzione in giudizio, con la moti- vazione che l'art. 416 cod. proc. civ., non sanziona di nullità la costituzione in giudizio effettuata in

2.1. Segue. *La prospettiva sostanziale della “presentazione ufficiale al giudice”: il processo davanti al giudice di pace e quello arbitrale*

Il *distinguo* tra contumacia e semplice assenza è netto, e produce le conseguenze appena evidenziate, nei processi in cui, attraverso lo schermo dello *ius postulandi* o anche senza (artt. 82, 417, 417 *bis*), la difesa delle parti è scandita da regole procedurali per le quali il ricorso o la citazione, o ancora la memoria difensiva o la comparsa di risposta o d'intervento devono essere racchiusi nel fascicolo di parte e depositati in cancelleria o in udienza, secondo la dinamica appena illustrata.

Il discorso è invece diverso per quei processi in cui l'ordinamento non prescrive (o non prescrive sempre) l'obbligo del patrocinio legale²⁵ e neppure dise-

modo diverso da quello prescritto, e che la giurisprudenza di legittimità sul punto è “risalente” nel tempo. Il Procuratore Generale, nel chiedere il rigetto del ricorso incidentale, ha addotto un argomento letterale, l'art. 83 cod. proc. civ., ed uno sistematico, costituito dall'esigenza di semplificazione degli adempimenti processuali. La Corte osserva: *a*) nessuna sanzione di nullità è necessaria per una norma avente carattere definitorio; *b*) l'art. 83 cod. proc. civ. (“Quando la parte sta in giudizio con il ministero di un difensore, questi deve essere munito di procura”) si limita a stabilire la necessità della procura al difensore (vedi l'art. 417 cod. proc. civ., sulla possibilità di stare in giudizio personalmente), e non attiene alle modalità di costituzione in giudizio, separatamente disciplinate agli artt. 166, 167, 416 cod. proc. civ.; *c*) il Collegio condivide la esigenza di semplificazione degli adempimenti processuali, ma questa esigenza si ottiene soprattutto con la certezza delle regole processuali. La costituzione in giudizio e, correlativamente, la contumacia, sono nozioni tecnico-processuali di diritto positivo. L'esigenza di una rigorosa nozione tecnico giuridica di costituzione in giudizio, nei termini precisati dalle norme citate, deriva dalle conseguenze di estremo rilievo, descritte dalle norme processuali correlate: *a*) dall'art. 170 cod. proc. civ., per cui, fra l'altro, dopo la costituzione in giudizio tutte le notificazioni e le comunicazioni si fanno al procuratore costituito; *b*) dall'art. 285 cod. proc. civ., 1° comma, e art. 330 cod. proc. civ., 1° comma, per cui la notificazione della sentenza ai fini dell'impugnazione e l'impugnazione si effettuano presso il procuratore costituito; *c*) dall'art. 479 cod. proc. civ., 2° comma, per cui la notificazione della sentenza ai fini dell'esecuzione si effettua presso il procuratore costituito, se è effettuata entro l'anno dalla pubblicazione. Nessuna norma collega tali effetti al solo rilascio o esibizione della procura. Si deve considerare infine che, a fronte di una espressa dichiarazione di contumacia, la parte deve poter fidare su tale statuizione ed adottare gli atti processuali consequenziali (per riferimenti Cass., 19 novembre 1998, n. 11657 e Cass., 20 ottobre 2000, n. 13918, sull'ultrattività del rito). Né si può ritenere, con ulteriore complicazione, che la parte vittoriosa avrebbe dovuto notificare la sentenza alla parte nel domicilio eletto presso il difensore, come ritenuto dalla sentenza impugnata, perché l'elezione di domicilio attiene alle modalità di rituale costituzione in giudizio, nella specie non avvenuta. La sola procura in definitiva serve a legittimare il difensore alla discussione orale. Con argomento a contrario, ove si ritenesse la costituzione avvenuta con il deposito della sola procura dieci giorni prima dell'udienza di discussione, questa sarebbe processualmente inutile, perché nessuna delle attività difensive utili previste dall'art. 416 cod. proc. civ., potrebbe più essere espletata, in mancanza della tempestiva memoria che le contenga [...]». V. altresì Cass., 22 marzo 1995, n. 3269.

²⁵ È opportuno segnalare che anche per le controversie di lavoro di cui all'art. 409 è possibile stare in giudizio senza ministero di difensore se il valore della causa non eccede i 129,11 euro (così l'art. 417, 1° comma). Qui però, a differenza che nel procedimento davanti al giudice di pace, e persino se la domanda è proposta verbalmente davanti al giudice, che ne fa redigere proces-

gna la costituzione come procedimento formalizzato sicché né lo schermo della difesa tecnica né la tipizzazione delle modalità di acquisizione al processo degli scritti difensivi sono di ausilio per dedurne l'avvenuta costituzione delle parti²⁶.

Nel processo davanti al giudice di pace, ad esempio, tale costituzione, oltre che in cancelleria, può avvenire anche direttamente all'udienza di prima comparizione presentando la citazione con la relazione di notificazione direttamente al giudice²⁷.

L'art. 319, che tanto dispone, consente dunque che entrambe le parti compaiano direttamente davanti al giudice senza mai essersi costituite prima²⁸, con la conseguenza che costituzione e presenza alla prima udienza tendono a coincidere.

Entrambe inverano infatti la "presentazione ufficiale" davanti al giudice, la volontà cioè di concretizzare, spendendo specifiche allegazioni, il proprio contributo all'esito favorevole della lite²⁹.

so verbale, il ricorso o il processo verbale con il decreto di fissazione dell'udienza vanno comunque notificati al resistente nel termine dell'art. 415 e quest'ultimo è tenuto alla costituzione nelle forme e nei termini dell'art. 416, vale a dire perfezionando il deposito del proprio fascicolo in udienza o in cancelleria. Ne consegue che la formalizzazione del procedimento di costituzione impone comunque di distinguere quest'ultima dall'assenza, secondo lo stesso modulo che vale in caso di *ius postulandi*.

²⁶ Come accade nell'ordinamento tedesco, ove non vi è una scissione tra ingresso ufficiale nel processo attraverso la costituzione e successiva partecipazione alle udienze, ma la contumacia è riconducibile direttamente alla mancata comparizione in udienza della parte per mezzo di difensore, o alla mancata partecipazione alla discussione della causa, con il corredo di sanzioni di cui ai §§ 330-331 ZPO: *amplius*, sul punto, D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia*, cit., 307 ss. V. altresì CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980.

²⁷ In ossequio alla deformalizzazione e semplificazione che ispirano questo rito, la domanda può addirittura essere proposta verbalmente e poi formalizzata nel verbale di udienza che, a cura dell'attore, è notificato alla controparte con citazione a comparire a udienza fissa: così l'art. 316, 2° comma.

²⁸ Vistosa deroga al regime ordinario della costituzione che, come si è visto, deve avvenire ad opera di almeno una delle parti perché il processo sia incardinato presso l'ufficio giudiziario adito innescando il congegno della designazione dell'istruttore e del transito alla prima udienza *ex art.* 183: v. *amplius* i precedenti paragrafi. Davanti al giudice di pace invece anche questo congegno è rovesciato: le parti si presentano direttamente alla prima udienza ed è davanti ad uno dei giudici dell'ufficio che in quella data tengono una prima udienza che chiedono (entrambe o una di esse) che la causa pendente in virtù della notifica venga anche iscritta a ruolo. La disciplina ha l'evidente scopo di facilitare le parti non imponendone la previa costituzione: il punto è però che, di fatto, essa complica il lavoro della cancelleria dell'ufficio adito.

²⁹ Secondo la classica definizione dell'istituto nel processo ordinario, in termini di atto di impulso processuale, attraverso il quale la parte si legittima nel processo, avanti al giudice adito, così che, rendendosi formalmente e giuridicamente presente avanti all'ufficio giudiziario, si rende altresì formalmente presente anche nel giudizio stesso, con la rilevante conseguenza che eviterà la declaratoria di contumacia: v. *amplius* SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1962, 38; GIUDICEANDREA, voce *Costituzione in giudizio*, cit., 234. In questi termini si è orientata la giurisprudenza di legittimità nell'analoga ipotesi della costituzione personale del convenuto davanti al conciliatore. V. Cass., 1° agosto 1997, n. 7156, per la quale, appunto, «La costituzione del convenuto

Le parti possono, inoltre, stare in giudizio senza ministero di difensore (art. 82, comma 1°) e il convenuto può proporre per la prima volta le sue difese in forma orale direttamente alla prima udienza, nella quale il giudice, tra l'altro, "invita le parti a precisare definitivamente i fatti che ciascuna pone a fondamento delle domande, difese ed eccezioni", oltre che a produrre documenti e a richiedere prove costituenti (così l'art. 320, 3° comma). È dunque proprio e solo la presenza attiva alla prima udienza ad integrare gli estremi della costituzione.

Nel processo davanti al giudice di pace c'è poi un altro fattore di forte deformalizzazione perché il giudice può autorizzare le parti alla difesa personale anche al di fuori dei limiti di valore previsti dall'art. 82. Anche da questo punto di vista il quesito se vi sia costituzione (in assenza dello schermo dello *ius postulandi*) è risolto dalla giurisprudenza adottando la prospettiva rovesciata, e sostanziale, che dal concreto svolgimento del processo con una parte che vi ha preso un ruolo attivo spendendo le sue difese, senza che il giudice o la controparte abbiano eccepito la carenza di *ius postulandi*, deduce la sua costituzione con autorizzazione alla difesa personale³⁰.

to davanti al conciliatore, quando, come nella specie, l'attore si sia già costituito e la causa sia iscritta a ruolo, può consistere (a norma dell'art. 314 cod. proc. civ. ante novella) nella comparizione del convenuto stesso in udienza e nella presentazione al giudice della copia notificata della citazione (non necessariamente della procura, potendo egli stare in giudizio di persona). [...] è estremamente verosimile che [...], per comparire innanzi al giudice e svolgere l'ampio discorso difensivo che dal verbale risulta aver svolto, si sia "legittimato" proprio con il possesso e l'esibizione della copia dell'atto di citazione. Ne consegue che, quando si tratta di procedimento davanti al conciliatore, semplice comparizione e costituzione sono, almeno per il convenuto, divise da un filo molto sottile, difficilissimo da cogliersi in termini formali (essendo ben arduo stabilire se un soggetto, comparendo davanti al conciliatore con la copia della citazione in mano, la "presenti" o no). Sembra allora che debbano privilegiarsi, per cogliere lo spartiacque fra le due situazioni, più sostanziali fattori di discriminazione, che potrebbero consistere nel tenore complessivo delle dichiarazioni e, per esempio, nella richiesta di una prova. Proprio questo è accaduto nell'ipotesi in esame, avendo [...], in buona sostanza, dedotto una prova per testimoni. Tale comportamento pare del tutto incompatibile con la volontà di comparire solo fuggevolmente nell'udienza, restando tuttavia fuori del processo come contumace, e indicativo, invece, della volontà di entrare nel processo come parte costituita e di esercitarvi i poteri probatori che ad essa competono».

³⁰ V., in tal senso, Cass., 28 agosto 2007, n. 18159, per la quale «Nei giudizi davanti al giudice di pace, l'art. 82 cod. proc. civ. consente alla parte di stare in giudizio personalmente qualora il valore della causa non superi euro 516,46, oppure dietro autorizzazione del giudice negli altri casi, in considerazione della natura ed entità del giudizio stesso; tale autorizzazione non deve essere preventiva, né formale, potendo essere implicita e deducibile *per facta concludentia*». In applicazione di questo principio la Corte ha confermato la sentenza del giudice di pace sostenendo che l'autorizzazione a stare in giudizio di persona si sarebbe dovuta dedurre per implicito dal fatto che tale giudice non aveva rilevato la contumacia della parte attrice costituitasi personalmente ed aveva ammesso la medesima al compimento di varie attività processuali, adottando altresì provvedimenti su istanza di quella stessa parte. Sulla stessa linea già Cass., 18 luglio 2001, n. 9767, per la quale «Nel procedimento dinanzi al giudice di pace, la violazione dell'art. 82 cod. proc. civ., che si realizza allorché la parte stia in giudizio personalmente senza che ne ricorrano i presupposti, genera una nullità che non è rilevabile d'ufficio né eccepibile per la prima volta in sede di legittimità (Cass., 8 gennaio

La differenza tra contumacia ed assenza è poi completamente estranea al giudizio arbitrale.

Il carattere privato della convenzione di arbitrato e dell'investitura del giudice impone infatti di confrontarsi, anzitutto, con una struttura processuale la cui fisionomia il legislatore lascia alla determinazione delle parti e, in difetto, degli arbitri stessi. Ciò proprio allo scopo di affrancarla dalla struttura della giurisdizione statale per consentirne l'adeguamento a natura e complessità della lite e alle esigenze dei litiganti³¹.

Si spiega così la comune qualificazione dell'arbitrato quale processo convenzionale³² ispirato a flessibilità di forme³³, sia pure nella cornice di alcune prescrizioni fondamentali.

La prima di esse attiene, naturalmente, al contraddittorio³⁴, secondo la previ-

1999, n. 112), e, poi, il provvedimento con il quale il giudice di pace autorizza la parte a stare in giudizio personalmente a norma dell'art. 82, 2° comma, cod. proc. civ. non esige il rigore formale della scrittura, potendo esso risultare implicitamente dai verbali di causa e desumersi, in particolare, come nel caso in esame, dalla circostanza che il giudice abbia provveduto sulla richiesta di autorizzazione a chiamare in causa un terzo, formulata da detta parte, senza rilevarne la non rituale provenienza, e senza eccezione alcuna dell'altra parte al riguardo (v. Cass., 30 giugno 1998, n. 6410 e 20 gennaio 1994, n. 512)».

³¹ DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di VERDE, Torino, 2005, 207 ss.

³² V., ad esempio, TRISORIO LIUZZI, *La riforma della fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *www.judicium.it*.

³³ Per tutti, e con particolare attenzione al profilo della prova, E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza*, in *Riv. arb.*, 2008, 311 ss.

³⁴ Gli accordi tra le parti, relativi alle norme da applicare al processo arbitrale, devono risultare da atto scritto precedente all'inizio del processo arbitrale (compromesso, clausola compromissoria o atto scritto separato) e, se assunti successivamente, danno agli arbitri il diritto di rinunciare al mandato. Vi è altresì la possibilità di regolamentare l'arbitrato attraverso un rinvio a regolamenti di istituzioni arbitrali ex art. 832. *Amplius*, su questi profili, LUISO, *Intorno agli effetti dei lodi non definitivi o parzialmente definitivi*, in *Riv. arb.*, 1998, 346; TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2003, 696; E.F. RICCI, *Sub art. 18*, in TARZIA, LUZZATTO, E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, 1995, 143. Il silenzio delle parti in ordine alle regole del processo arbitrale conferisce invece agli arbitri la facoltà di regolarne lo svolgimento nel modo che ritengono più opportuno e per tutto il corso del procedimento. Vi sarà così possibilità di fissare decadenze e preclusioni, anche diverse da quelle stabilite dalla legge, a condizione che sia osservato il principio del contraddittorio (PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 483; v. altresì la II ed., Padova, 2012; contr., LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004, 75). V. *amplius*, in generale, l'indagine di AULETTA, *Autonomia delle parti, poteri degli arbitri e procedimento arbitrale*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 385 ss. Nell'arbitrato rituale, pertanto, ove le parti non abbiano vincolato gli arbitri all'osservanza delle norme del codice del rito, è consentito alle medesime, ad esempio, modificare e ampliare le iniziali domande, senza che trovino applicazione le preclusioni dell'art. 183, salvo sempre il rispetto del principio del contraddittorio (Cass., 7 febbraio 2007, n. 2717). Su questi ultimi profili v. altresì SASSANI, *Di modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in *www.judicium.it*.

sione dell'art. 816-*bis*³⁵ che oggi codifica un principio già ampiamente consolidato nella realtà applicativa³⁶.

Le parti anzitutto e, in assenza di loro determinazione gli arbitri, potranno così stabilire autonomamente da ogni altro modello processuale, in modo originale o richiamandosi a regolamenti arbitrali precostituiti, le regole del procedimento, prescrivendo il rispetto di requisiti formali a pena di nullità³⁷ o termini di decadenza per determinate attività.

Ai fini del nostro discorso ciò significa che non trovano automatica e generale applicazione le disposizioni sui vari riti di cognizione dettate dal codice di rito (per il primo grado di giudizio). Il riferimento è, in particolare, proprio a quelle disposizioni che strutturano e differenziano lo *status* di parte costituita, eventualmente anche assente, da quello di parte contumace, a ciascuno rispettivamente collegando la pienezza e la totale o parziale assenza di trama difensiva, e dettando una *lex specialis* per il contumace³⁸. Ne consegue che nel processo arbitrale non sarà a queste disposizioni, se non sono richiamate dalle parti o dagli arbitri³⁹, che potrà farsi capo per stabilire se una parte si è attivamente difesa e, in difetto,

³⁵ Gli arbitri «debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa» recita oggi la disposizione.

³⁶ Da lungo tempo la giurisprudenza imponeva il rispetto del contraddittorio, secondo criteri elastici di idoneità, tipici del procedimento arbitrale: non era ritenuta indispensabile, ad esempio, l'assegnazione di termini per la produzione di documenti e memorie, purché le parti fossero messe in grado di svolgere le proprie osservazioni e presentare le proprie istanze, quantomeno a chiusura della fase istruttoria e prima del passaggio in decisione della controversia (v., in generale, Cass., 27 ottobre 2004, n. 20828). L'enfasi posta oggi anche dalla legge sul principio del contraddittorio è confermata dalla predisposizione di uno specifico motivo di nullità: v. l'art. 829, 1° comma, n. 9.

³⁷ L'inosservanza di forme prescritte per i giudizi sotto pena di nullità può tuttavia determinare la nullità del lodo *ex art.* 829, 1° comma, n. 7 soltanto se le parti, prima del giudizio arbitrale, abbiano stabilito le regole procedurali cui attenersi, eventualmente anche mediante richiamo a quelle del giudizio ordinario (Cass., 31 gennaio 2007, n. 2201). Successivamente la Cassazione (Cass. 21 gennaio 2016, n. 1099, in *Corr. Giur.*, 2016, 1272 ss., con nota di SALVANESCHI, *Procedimento arbitrale: via libera agli arbitri sui termini perentori*), intervenendo sul tema per la prima volta, ha poi precisato che tra i poteri arbitrali di fissazione delle regole del procedimento deve annoverarsi anche quello di fissare termini di decadenza, purché se ne dia in tempo congruo comunicazione alle parti.

³⁸ Evidenzia con pregnanza la “specialità” del giudizio arbitrale cui si fa cenno nel testo CONSOLO, *Autonomia diretta delle parti vs discrezionalità dei difensori-e residualmente degli arbitri come mandatari-negli snodi dell'arbitrato quale giudizio isonomico*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, 2016, I, 643 ss.

³⁹ Peraltro sempre in modo *sui generis*, considerato che non potrebbero trovare applicazione ad esempio, per ovvie ragioni strutturali, le disposizioni che prevedono la costituzione in cancelleria. Nulla esclude tuttavia che le parti, o in difetto gli arbitri (comunicandolo alle parti) richiamino ad esempio, l'art. 292 sulla necessità di notificare alla parte inerte gli atti ivi previsti, o l'art. 215, 1° comma, sull'automatico riconoscimento della scrittura privata in ipotesi di inerzia di una parte, e così via.

quali conseguenze trarne sotto il profilo della disciplina procedimentale, ma alle specifiche prescrizioni di forma e alle regole che le parti stesse e/o gli arbitri avranno fissato, nella cornice della disciplina dettata dal codice di rito. Così, se chi intende promuovere il giudizio utilizza le forme convenzionalmente stabilite o, in difetto di diverse determinazioni, notifica alla controparte un atto con il quale «dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri»⁴⁰, il procedimento⁴¹ è compiutamente instaurato. Ne consegue che o la controparte provvede a nominare il suo arbitro o scatteranno i congegni surrogatori previsti dall'art. 810, 2° comma, che consentiranno comunque la formazione del collegio o la nomina dell'arbitro unico⁴².

Accettato l'incarico, la circostanza che gli arbitri assumano l'obbligo di decidere la controversia nei confronti di tutte le parti esclude, pena l'inadempimento contrattuale, che si possa verificare una situazione corrispondente a quella descritta nell'art. 171, 1° comma, in cui la mancata costituzione tempestiva delle parti conduce il processo in uno stato di quiescenza da cui può uscire attraverso la riassunzione in un termine perentorio a pena di estinzione. Entrambe le parti potranno perciò scegliere di mantenere una totale inerzia nella fase successiva

⁴⁰ Così il 5° comma dell'art. 669-*octies*, in senso conforme agli artt. 2652, 2653, 2690, 2691, 2943 c.c. Va peraltro chiarito che tale modalità è necessaria ai fini della trascrivibilità della domanda di arbitrato (che, *ex art.* 2657 c.c. deve essere un atto pubblico o una scrittura privata autenticata o verificata, sicché se ne rende necessaria la previa notificazione), ed ai fini degli effetti interruttivi e sospensivi della prescrizione (per i quali l'art. 2943 ripete la formula già indicata nel testo): così Cass., 20 febbraio 2012, n. 2400, in *Giust. civ.*, 2013, I, 2217. Al di là di questi aspetti la pendenza del giudizio può dunque verificarsi anche a seguito dell'osservanza delle diverse forme previste dalle parti stesse, ad es. della spedizione di una raccomandata: così Cass., 5 maggio 2011, n. 9839, in *Giur. it.*, 2011, 1238; LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2017, 170 ss.; v. anche BOVE, *La giustizia privata*, Milano-Padova, 2015, spec. 106 ss.

⁴¹ Determinandone l'oggetto e contribuendo per parte sua alla formazione del collegio arbitrale.

⁴² O ancora, in ipotesi di inerzia anche dell'attore nei confronti del meccanismo dell'art. 810, 2° comma, il collegio arbitrale non potrà mai formarsi ed il procedimento stesso mai partire (la situazione evoca quello stato di quiescenza derivante dalla mancata costituzione di entrambe le parti nel rito ordinario di cognizione, in cui il processo non è incardinato presso l'ufficio giudiziario, ancorché in tal caso preconstituito). Di giuridicamente rilevante resterà perciò solo l'affermazione di una determinata pretesa nei confronti di altro soggetto che, al massimo, potrà valere quale atto stragiudiziale di messa in mora ai fini dell'interruzione della prescrizione del diritto. Lo stesso è a dirsi ove chi proponga la domanda, in arbitrato *ad hoc*, ometta la nomina del proprio arbitro. Diverso scenario si apre se invece la nomina dell'arbitro non compete a chi propone la domanda di arbitrato perché, ad esempio, si è scelto un arbitrato amministrato o il richiamo ad un regolamento arbitrale preconstituito (oltre che nel caso di arbitrato societario), caso nel quale il deposito della domanda presso l'istituzione prescelta e la successiva notifica alla controparte serviranno ad instaurare il procedimento con gli stessi effetti evocati nel testo, la scelta degli arbitri restando rimessa alla istituzione. *Amplius*, sulla pendenza del giudizio arbitrale nel più ampio contesto di una indagine a tutto tondo sulla litispendenza e i suoi vari connotati, MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008.

all'insediamento del collegio o all'accettazione della nomina da parte dell'arbitro unico, senza che per questi ultimi venga meno l'obbligo di decidere il merito. Neppure vi è spazio per una situazione corrispondente a quella che nei riti codicistici sarebbe considerata contumacia quale mancata «presentazione della parte al giudice» né in capo a chi ha proposto la domanda né alla controparte⁴³. Le parti resteranno altresì libere di depositare, nei limiti temporali eventualmente da esse stesse o dagli arbitri stabiliti, atti e documenti anche in assenza di mandato ad un difensore essendo qui consentita la difesa personale⁴⁴. Esse potranno altresì in ogni momento scegliere una via diversa da quella dell'eventuale inerzia iniziale, attraverso memorie o documenti o facendo richieste istruttorie, purché, naturalmente, siano rispettati i termini eventualmente previsti (anche a pena di decadenza) nello specifico giudizio.

La conclusione discende dalla dinamica stessa del giudizio arbitrale, dove non vi è, come già detto, uno scarto ufficiale tra difesa "attiva"/costituzione ed inerzia/contumacia. Entrambe sono infatti, con una prospettiva rovesciata rispetto a quella dei riti codicistici in cui la costituzione è un subprocedimento altamente formalizzato, dipendenti dalla concreta attività posta in essere di volta in volta dalle parti nel corso del giudizio.

⁴³ Ricostruisce in generale i termini del problema nel contesto del processo arbitrale VILLA, *Arbitrato e contumacia*, in *Riv. arb.*, 2003, 375 ss.

⁴⁴ È questo il caso deciso da Cass., 29 gennaio 1999, n. 787, in cui una delle parti lamentava, tra l'altro, che il collegio arbitrale aveva utilizzato per la decisione alcuni documenti irrualmente introdotti in giudizio dal legale del Comune, non munito di procura scritta del sindaco. La Corte ha così modo di affermare che nel procedimento arbitrale non è configurabile contumacia in senso tecnico, non essendo prevista una citazione ed una costituzione in giudizio ma esclusivamente, dopo l'instaurazione del procedimento, l'assegnazione alle parti di un termine per svolgere le proprie difese (Cass., 8469/1992; Cass., 1765/1986; Cass., 465/84; Cass., 1727/1982; Cass., 563/1982). La conclusione è perciò nel senso che nulla vietava agli arbitri (non avendo le parti diversamente ed espressamente stabilito, ai sensi dell'art. 816, 2° comma) di prendere in considerazione i documenti prodotti dal Comune (e da quest'ultimo mai disconosciuti), anche se non rappresentato da avvocato munito di procura scritta. Quanto rilevato nel teso non vuol dire però che nel giudizio arbitrale non siano suscettibili di porsi quei problemi che nei giudizi statuali sono alla base della c.d. «contumacia involontaria» che impedisce al destinatario della domanda di «presentarsi davanti al giudice»: v. *amplius* SATTA, *Commentario*, II, cit., 38; GIUDICEANDREA, voce *Costituzione in giudizio*, cit., 234. Così se il collegio arbitrale ha motivo di credere che l'inerzia difensiva del convenuto sia ascrivibile ad una sua mancata conoscenza del giudizio arbitrale, ove la nomina del suo arbitro sia avvenuta con il meccanismo surrogatorio dell'art. 810, 2° comma, dovrà ordinare alla parte attiva la rinnovazione della notifica della domanda (così, condivisibilmente, VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015, 96 ss. e *passim*). In particolare il provvedimento di nomina del Presidente del tribunale, espressione di volontaria giurisdizione, non può escludere il potere-dovere degli arbitri di verificare la regolare instaurazione del contraddittorio).

3. *Una ratio comune: la autonomizzazione della posizione di chi richiede la tutela dalle scelte di strategia difensiva della controparte*

Anche nei riti in cui è netta la distinzione quanto a presupposti, è importante rimarcare, dal punto di vista del regime, come contumacia e assenza mostrino una logica almeno in parte sovrapponibile, entrambe essendo manifestazioni di inattività.

L'art. 181, 2° comma, distingue tra l'assenza dell'attore alla prima udienza, che considera idonea, se il convenuto costituito non chiede che si proceda comunque, ad estinguere il giudizio, ed assenza del convenuto, irrilevante invece ai fini della sua prosecuzione.

L'art. 290, per parte sua, prescrive che in caso di mancata costituzione dell'attore il processo prosegua solo se il convenuto ne fa richiesta. La mancata costituzione di quest'ultimo, viceversa, ne comporta solo la (dichiarazione di) contumacia con prosieguo del processo secondo lo statuto speciale degli artt. 291-294.

Il raffronto tra le due disposizioni ne mostra⁴⁵ l'identica tensione verso il temperamento di due opposti interessi.

Il primo è quello di chi propone la domanda, che viene messo in condizione di perseguire la tutela a prescindere dalle scelte di strategia difensiva della controparte. In questo caso l'irrelevanza, ai fini della continuazione del giudizio, della mancata costituzione o dell'assenza di quest'ultima non è che la manifestazione del binomio potere-soggezione che lega le parti nella fase di instaurazione della litispendenza. La autonomizzazione della posizione dell'attore si rivela cioè (imprescindibile) mezzo al fine dell'effettività della tutela giurisdizionale, altrimenti rimessa alla buona volontà dell'avversario⁴⁶. Quest'ultimo potrà allora scegliere

⁴⁵ Al netto, naturalmente, della circostanza che per l'art. 290 la *mors litis* consegue alla mancata richiesta del convenuto di procedere in contumacia dell'attore, mentre nell'art. 180 si ha la fissazione di una nuova udienza e solo se l'attore non vi compare segue l'epilogo estintivo. Sui molteplici interventi normativi che hanno interessato l'art. 180, dalla riforma del 1950 che ha ripristinato per il codice vigente la tecnica della citazione a udienza fissa in luogo di quella del ricorso prevista nel testo originario, a quella del 1990 e poi del 1995, ed infine a quella varata con l'art. 50, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con modifiche dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, cui si deve l'attuale assetto della disposizione v., per tutti, MURONI, *Sub art. 180*, in *Commentario*, a cura di COMOGGIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, cit., III, 1, 254 ss.

⁴⁶ In tal senso già BRANDI, voce *Contumacia*, cit., 462, che paventa altrimenti maliziosi abusi dell'istituto. Non mi pare perciò fuori luogo qui richiamare la nota vicenda che ha interessato, attraverso significativi interventi della Corte costituzionale, il fenomeno della c.d. «scissione degli effetti della notifica» tra il notificante ed il destinatario dell'atto. Tale vicenda mostra infatti, in modo eclatante, il progressivo perfezionarsi dell'ordinamento nel bilanciamento tra diritto di azione e diritto di difesa, resi entrambi effettivi proprio attraverso la tecnica dell'autonomizzazione delle due posizioni, evocata nel testo. Mi riferisco, in particolare, a Corte cost., 3 marzo 1994, n. 69, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1164, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale degli artt. 142, 3° comma, 143, 3° comma e 680, 1° comma, c.p.c., nella parte in cui, disponendo per il sequestro disposto *ante causam* ed *inaudita altera parte*, la notifica del decreto nel termine perentorio di quindici giorni dal compi-

mento del primo atto di esecuzione, prevedeva, per la notifica all'estero, il perfezionamento al momento in cui l'atto fosse pervenuto nella sfera di conoscibilità del destinatario, piuttosto che con il compimento delle sole formalità imposte al notificante dalle convenzioni internazionali e dagli artt. 30 e 75, d.p.r. n. 200/1967. Perno della decisione fu l'affermazione dell'esistenza nell'ordinamento di un principio generale in forza del quale al notificante non possono essere imputate conseguenze derivanti da comportamenti che egli non può controllare. È poi seguita Corte cost., 26 novembre 2002, n. 477, in *Corr. giur.*, 2003, 23 ss., con nota di CONTE; in *Giur. it.*, 2003, 1549, con nota di DALMOTTO; in *Foro it.*, 2003, 14 ss., con nota di CAPONI, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 149 c.p.c. e 4, 3° comma, legge n. 890/1992 nella parte in cui prevede(va) che la notifica si perfezioni, per il notificante, alla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario anziché a quella, antecedente, di consegna all'Ufficiale giudiziario. È stata poi la volta di Corte cost., 23 gennaio 2004, n. 28 in *Giur. it.*, 2004, 5 ss., con nota di DELLE DONNE, che, rigettando la relativa q.l.c, ha (ri)affermato che, per effetto delle proprie sentenze nn. 69/1994 e 477/2002, è già presente nell'ordinamento processuale civile un principio generale in materia di notificazione di atti, in forza del quale deve necessariamente scindersi il momento in cui la notifica deve considerarsi perfezionata per colui che la richiede, da quello in cui tale effetto si verifica per il destinatario dell'atto. L'ultimo atto è scritto da Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 3, in *Corr. giur.*, 2010, 4, 467, con nota di CONTE; in *Foro it.*, 2010, I, 734, con nota di CAPONI; in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1452, con nota di FRASSINETTI e RAVIDÀ, che ha censurato l'art. 140 nella parte in cui, nell'interpretazione offertane dal diritto vivente, prevede(va) che la notificazione si perfezioni, nei confronti del destinatario, al momento della spedizione, da parte dell'ufficiale giudiziario notificante, della raccomandata informativa, piuttosto che al momento, successivo, in cui la raccomandata stessa è stata effettivamente ricevuta o è trascorso il termine di dieci giorni dalla spedizione stessa. La pronuncia è di estremo interesse anche ai fini del discorso che qui si va svolgendo in quanto rimedita i numerosi precedenti con cui la stessa Consulta aveva in passato sistematicamente stigmatizzato l'infondatezza delle questioni di illegittimità prospettate in riferimento a questa disposizione. In particolare, la Corte ricorda come le declaratorie di infondatezza poste a presidio dell'intangibilità dell'art. 140 nella lettura offertane dal diritto vivente facessero leva sulla necessità di operare un bilanciamento tra due interessi ugualmente degni di tutela eppure in contrasto tra loro: quello del notificante e quello del destinatario della notifica. Quanto al primo, occorre infatti considerare che, se su di lui la legge fa gravare oneri di notifica entro termini di decadenza, non può essere posta a suo carico l'alea del decorso del tempo per l'effettiva consegna della raccomandata al destinatario. Quanto invece a quest'ultimo, le condizioni per la legale conoscibilità dell'atto notificando dovevano ragionevolmente intendersi assolte dal deposito presso la casa comunale e dall'affissione dell'avviso nei luoghi di sua pertinenza, oltre che dalla spedizione della raccomandata informativa. Ciò in quanto, se egli si fosse allontanato temporaneamente, avrebbe anche dovuto assumersi l'onere di rendersi diligente per conoscere eventuali comunicazioni a lui destinate. Era dunque proprio la necessità di operare un bilanciamento di interessi ugualmente degni di tutela a suggerire la soluzione di compromesso di attestare il termine di perfezionamento della notifica... a metà strada tra le esigenze del notificante e quelle del destinatario, nella fattispecie alla data di spedizione della raccomandata informativa, appunto. Il quadro ordinamentale che giustificava tali conclusioni è stato tuttavia sovvertito, prosegue la Corte, dalle proprie sentenze n. 477/2002 e n. 28/2004, nonché dagli interventi successivi che ne hanno ribadito ed applicato i principi. Tali pronunce hanno infatti codificato la necessità di rendere effettivo il diritto di difesa del notificante evitando di porre a suo carico l'alea di eventi, quali quelli successivi alla consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario e segnatamente relativi all'effettivo espletamento dell'*iter* notificatorio, che sfuggono al suo controllo e dei quali non è dunque ragionevole che debba rispondere. Ogni volta che la legge collega dunque termini perentori per l'espletamento di attività di impulso processuale alla formalità della notifica, l'onere deve considerarsi assolto, da parte del notificante, con il solo espletamento delle formalità che rientrano nella sua diretta disponibilità, vale a dire con la consegna dell'atto all'ufficiale giudi-

se e come modulare i mezzi di difesa, ma non sottrarsi alla qualità di parte e dunque agli effetti del provvedimento finale.

Il secondo interesse protetto è invece proprio quello del convenuto.

L'inerzia successiva di chi ha chiesto la tutela, manifestatasi attraverso la mancata costituzione (art. 290) o la mancata presenza alla prima udienza (art. 181, 2° comma), gli consente di sottrarsi alla soggezione al processo a meno che egli stesso, chiedendone la continuazione, mostri un concreto interesse alla decisione⁴⁷.

La posizione di diseguaglianza in cui si trovano le parti in questa fase è dunque la chiave di volta della disciplina richiamata. Essa rivela i differenti effetti che il mancato assolvimento delle formalità necessarie alla costituzione o alla partecipazione alla prima udienza assume a seconda che provenga da chi è in posizione di potere (attore) o da chi è invece in posizione di soggezione (convenuto). Una volta però che quest'ultimo abbia manifestato interesse alla decisione il potere di impulso processuale passa nelle sue mani e la logica della prosecuzione del processo a prescindere dalla volontà della controparte, che presidia l'effettività della tutela in capo a chi la richiede, riprende vigore: l'attore non costituito è dunque soggetto allo statuto della contumacia (artt. 290-294), mentre quello assente si considera comunque presente e il processo è (ri)messo in grado di procedere verso la sua meta finale.

Le disposizioni richiamate, nella parte in cui consacrano la autonomizzazione della posizione di chi chiede la tutela dalle scelte di strategia processuale della controparte secondo la *ratio* appena descritta trovano applicazione anche al processo davanti al giudice di pace, in virtù del rinvio operato alle norme relative al

ziario perché provveda alla notifica (fermo restando che gli effetti preliminari impeditivi delle decadenze processuali si consolidano, anche per il notificante, solo con il perfezionamento dell'*iter* notificatorio). Così enucleata ed autonomizzata la posizione del notificante rispetto a quella del destinatario dell'atto ai fini della verifica del rispetto dei termini perentori, anche la posizione di quest'ultimo diviene valutabile autonomamente, al di fuori cioè del prisma deformato e limitante del temperamento con le (opposte e confliggenti) esigenze del notificante. Quando la legge aggancia dunque l'esplicazione di facoltà difensive a termini perentori decorrenti dalla notifica di un atto, al destinatario va riconosciuta la pienezza del diritto di difesa, *sub specie* del riconoscimento della decorrenza di tali termini dalla conoscenza dell'atto, esclusa ogni diversa soluzione basata su *fictiones* di conoscenza, che abbasserebbero in maniera costituzionalmente non compatibile lo *standard* di tutela del destinatario. A fare la differenza rispetto al passato è dunque la forza espansiva del principio della scissione degli effetti della notifica *inter partes*. È tale considerazione autonoma della posizione del notificante il vero *quid novi* che consente di affrancare anche la posizione del destinatario dalla *fictio* di conoscenza dell'atto *olim* imposta dall'esigenza di temperamento con il diritto di difesa del primo. Altrimenti detto, al criterio della ricerca di un momento perfezionativo unico nell'ambito dell'unico *iter* notificatorio, si è sostituito il criterio del doppio momento perfezionativo, al fine del calcolo della decorrenza di termini perentori per il compimento di atti di impulso processuale. Al bilanciamento di opposti interessi attraverso soluzioni di compromesso deve dunque sostituirsi l'apprestamento per ciascuna parte di soluzioni diversificate, in funzione delle esigenze di effettività della difesa di ciascuna, ed in condizione di parità.

⁴⁷ V. *amplius infra*, § 4.1.

procedimento davanti al tribunale (in composizione monocratica), dall'art. 311, salvo il limite di applicabilità. Così, in un contesto processuale in cui entrambe le parti possono costituirsi anche direttamente alla prima udienza, se è il solo convenuto a costituirsi in cancelleria o direttamente all'udienza mentre invece l'attore osserva una totale inerzia non essendosi costituito in cancelleria né "presentato" direttamente in udienza, la prosecuzione del processo sarà solo al primo rimessa, previa dichiarazione di contumacia dell'attore. Viceversa, se l'attore si è costituito in cancelleria o all'udienza di prima comparizione, la mancata costituzione del convenuto in cancelleria o la sua mancata "presentazione" all'udienza di comparizione ne comporteranno la dichiarazione di contumacia (art. 59 disp. att.). In assenza di costituzione o "presentazione" alla prima udienza di entrambe le parti, troverà invece applicazione l'art. 307, a mente del quale il processo può essere riassunto, pena l'estinzione, nel termine perentorio di tre mesi dalla scadenza del termine di costituzione del convenuto, cioè dalla data, appunto, della prima udienza di comparizione⁴⁸.

Quanto al processo arbitrale, la matrice consensuale esaurisce la sua rilevanza nella scelta della giurisdizione privata in luogo di quella statale. Una volta perfezionatasi nei modi di legge tale opzione, l'instaurazione concreta della litispendenza si ispira alla stessa logica di potere-soggezione che lega chi richiede la tutela alla controparte nei processi giurisdizionali, perché necessaria ad assicurarne lo stesso grado di effettività. È per questo che, come già rilevato, l'ordinamento interviene in tutti gli snodi in cui l'inerzia della controparte di chi richiede la tutela potrebbe pregiudicare l'incardinarsi del procedimento e la sua progressione verso la decisione finale, sterilizzando gli effetti di tale inerzia. Così è, ad esempio, per la fase successiva alla proposizione della domanda, in cui sono previsti congegni surrogatori della nomina dell'arbitro da parte del convenuto o dell'arbitro unico. Ma così è anche per l'ulteriore prosieguo del procedimento, che non è in alcun modo impedito o condizionato da eventuali scelte di *indefensio* inverate dalla mancata "presentazione" della parte evocata in giudizio (come del resto della stessa parte che ha proposto la domanda) davanti al collegio arbitrale o all'arbitro unico, che mantengono comunque l'obbligo di rendere la decisione⁴⁹.

⁴⁸ Ciò, tuttavia, solo se nel giorno fissato dall'attore in citazione quale prima udienza almeno uno dei giudici dell'ufficio tenga una udienza di prima comparizione. Se invece nessuno di tali giudici tiene una prima udienza, si ritiene che l'attore possa ancora costituirsi ad una successiva udienza di prima comparizione, così rimettendo anche il convenuto in termini: Così BATTAGLIA, Sub *art. 319*, in *Commentario*, a cura di COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, cit., III, 2, 924 ss.

⁴⁹ Al netto, si intende, dei casi regolati: a) dall'art. 816 *sexies*, in cui la morte o perdita di capacità legale della parte possono determinare la sospensione del procedimento e, in caso di inottemperanza delle parti alle disposizioni date dagli arbitri per la prosecuzione del giudizio, la rinuncia all'incarico da parte degli arbitri stessi; b) dall'art. 819 *bis*, in cui si impone la sospensione del procedimento arbitrale.

4. *Contumacia e “contraddittorio formale”*

I profili strutturali finora illustrati danno ragione della comune configurazione della costituzione in giudizio, nella duplice prospettiva richiamata, come onere processuale⁵⁰: solo la parte che ne integra gli estremi può influire sulla decisione attraverso le allegazioni acquisite al processo nei modi e tempi previsti dalla legge.

Il nocciolo duro della contumacia quale mancata costituzione emerge dunque nella sua essenza di scelta della parte di non contribuire ad una decisione favorevole attraverso tali allegazioni. Una scelta le cui ragioni sono irrilevanti per l'ordinamento purché, naturalmente, al convenuto o al terzo chiamato sia assicurata la conoscenza della litispendenza (art. 164, 183, 291, 294)⁵¹.

Si parla in proposito di «contraddittorio formale»⁵²: assicurato il requisito mi-

⁵⁰ E della mancata costituzione/contumacia quale mancato assolvimento dello stesso: GIANNOZZI, *La contumacia*, cit., 150 ss.; BRANDI, voce *Contumacia*, cit., 461; LENT, *Obblighi e oneri nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 150 ss.; CIACCIA CAVALLARI, voce *Contumacia*, cit., 320, che ritiene peraltro il ricorso alla figura dell'onere, ancorché corretto, non idoneo a mettere nella dovuta luce il distacco della contumacia dall'inadempimento di obblighi, e quindi dalla doverosità della condotta (costituzione in giudizio) propria di passate ricostruzioni, così alimentando le incertezze sulla ricostruzione sistematica della figura. Critiche sono dall'A. riservate anche all'uso della figura «potere», che non tiene in adeguato conto la circostanza che ad esso non corrisponde una posizione di soggezione ma anzi una simmetrica contrapposta posizione dell'altra parte. In generale, sulla figura dell'onere, v. SCOZZAFAVA, voce *Onere [in generale: a) nozione]*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 99 ss.; DURANTE, voce *Onere*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1; GELATO, voce *Onere*, in *Dig. disc. priv.*, XIII, Torino, 1995, 62 ss.; nell'ambito della sua più generale indagine sulla non contestazione v. poi CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, cit., 293 ss. V. altresì, in teoria generale, la monografia di GAVAZZI, *L'onere. Tra libertà e obbligo*, Torino, 1970 (rist. 1985), su cui si sofferma, collocando la riflessione in ambito processuale, TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 425 ss.

⁵¹ V., a titolo esemplificativo di una conclusione pacifica, CARRATTA, *op. ult. cit.*, 165 ss.; CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, II, 1, Torino, 1973, 367 ss.; COMOGLIO, voce *Contraddittorio*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1989, 1 ss., 1; GIUDICEANDREA, voce *Costituzione in giudizio*, 236 ss.; LIEBMAN, *Il principio del contraddittorio e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 128 ss.; MARTINETTO, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 459 ss.; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, I, 2, cit., 1085 ss.; SALETTI, voce *Costituzione in giudizio*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 1 ss. Per il recepimento della conclusione nella più recente trattatistica e manualistica v., ad esempio, rispettivamente, FERRARI, *Sub art. 290*, cit., 402 ss. e CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., 177 ss. Ampio spazio anche in D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia*, cit., 28 ss.

Quanto alla contumacia involontaria, v. *infra*, la Parte II di questo capitolo.

⁵² V., per tutti, COMOGLIO, voce *Contraddittorio*, in *Dig. disc. priv.*, IV, cit., 1 ss. Illuminante, in proposito, anche la sintesi di COLESANTI, voce *Eccezione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1964, 181 ss., per il quale: «Ecco dunque [...] rivelarsi di particolare interesse un singolo aspetto della evoluzione del principio del contraddittorio, che si può cercare brevemente di esprimere così: la legge si sforza e mira ad assicurare la possibilità del contraddittorio o un contraddittorio cosiddetto formale (appunto per garantire l'eguaglianza delle parti nel processo), senza pe-

nimo della conoscenza del processo in capo a chi vi è chiamato, la scelta sul se e come difendersi è dall'ordinamento a quest'ultimo rimessa in via esclusiva e può dunque anche consistere nella contumacia, definita perciò «volontaria».

Il delicato equilibrio tra diritto di azione e scelta di non difendersi attraverso le allegazioni è reso possibile dal fatto che la concreta difesa della controparte non è condizione di procedibilità del processo né limite al riconoscimento pieno delle ragioni di chi persegue la tutela. La contumacia è cioè perfettamente lecita⁵³

rò subordinare lo svolgimento del processo verso il giudizio al fatto che il contraddittorio, e tanto meno il contraddittorio nel merito della lite abbia in concreto ricevuto attuazione. È noto che ben diversa era la disciplina accolta in passato, quando cioè era necessaria la cooperazione di entrambe le parti affinché il processo potesse proseguire verso l'atto conclusivo del giudizio, verso la sentenza: tanto che, in difetto di una formale contestazione della lite nel merito, il giudizio non poteva aver luogo, ma si poteva dare senz'altro corso ad atti esecutivi nei confronti del convenuto, per lo più attraverso la finzione di una "contestazione negativa della lite", tale da comportare la preclusione di ogni altra attività di parte. E la necessità di un *iudicium suscipere*, di una formale contestazione della lite nel merito, era tale che giustamente si è parlato di un obbligo della parte di impegnarsi nel processo, o addirittura di una "coazione al contraddittorio": quale che fosse poi la natura di un tale obbligo, quale che fosse il soggetto stesso verso cui un tale obbligo si lasciava configurare.

Oggi invece – si tratta del resto di cose risapute – l'effettiva attuazione del contraddittorio, così come in particolare del contraddittorio nel merito della lite, non è più indispensabile per arrivare alla sentenza, tanto è vero che la legge processuale prevede e disciplina il procedimento in contumacia, e alla contumacia ricollega conseguenze sfavorevoli unicamente in via di fatto e comunque solo eventuali, in relazione al corso del procedimento; ma non assume la contumacia alla base di alcuna finzione, né di revoca dalla domanda né, per contro, di confessione o di riconoscimento della domanda, e meno ancora autorizza il compimento di atti esecutivi contro il convenuto contumace. Né si trova più prevista la necessità di alcun atto formale di contestazione della lite nel merito, o comunque di un atto, da parte del convenuto, di accettazione del giudizio. E si capisce: gli ordinamenti processuali moderni prescindono dalla necessità di un simile comportamento del convenuto (come pure ne prescindono riguardo all'attore), per il fatto stesso che non vi è più bisogno di un atto di parte per realizzare quello che in altri tempi rappresentava l'effetto e lo scopo della *litis contestatio*, per determinare cioè la soggezione delle parti al giudizio. Per questo, si diceva che il principio del contraddittorio ha subito una evoluzione che ha posto in primo piano l'onere anziché l'obbligo del contraddittorio, o d'altro canto la mera possibilità del contraddittorio anziché la necessità di esso; per questo dunque non vi è più luogo, oggi per parlare nemmeno di un "obbligo di impegnarsi nel processo", e di contestare la lite nel merito, un obbligo che non sussiste più ormai né di fronte all'organo giudiziale né di fronte alla controparte. Così le vivaci dispute sorte sul finir del secolo scorso fra i più insigni processualisti germanici intorno al cosiddetto *Einlassungszwang* o all'obbligo di difesa, già elevato da Degenkolb a cardine di tutto il processo civile (*Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877, 16 ss.: *n.d.r.*), e dai seguaci di Bülow a manifestazione concreta del rapporto giuridico processuale, han tutta l'aria di appartenere ormai solo al passato. La verità è che una coazione al contraddittorio non è più configurabile né come obbligo di agire né come obbligo di subire, né come obbligo di contestare la pretesa dell'attore, né come obbligo di pronunciarsi sulle affermazioni dell'attore, né infine come obbligo la cui osservanza possa venire garantita neppure mediante una finzione. Al contrario, una volta tramontata l'idea dell'obbligo della parte di assumere il giudizio, è lecito ed opportuno discorrere di un "onere" di partecipare al processo, e più precisamente – per quanto riguarda la posizione del convenuto – di un onere del convenuto di contestare anche nel merito la lite instaurata dall'attore».

⁵³ Nel senso che si allontana da quella coloritura di doverosità della difesa attiva in giudizio, con

conseguente sanzione in caso di inosservanza, che l'ha caratterizzata in passato e che ancora ne rappresenta l'essenza, in ossequio a storia ed etimo, nell'ordinamento inglese ed in quello statunitense.

Nel corso dei secoli svariate sono state le teorie sull'essenza della contumacia. Ripercorrerle qui per cenni può essere utile a comprendere senso e limiti degli attuali approdi dell'istituto sia pure nelle diverse configurazioni assunte in Italia e nei paesi in cui ha lo stesso valore, in altri paesi europei ispirati al modello della *ficta confessio* ed infine in quelli di *common law*. Sicuramente lo zoccolo duro della contumacia lo si ritrova in tutte quelle ricostruzioni, ricorrenti nel corso della storia, che variamente si richiamano, facendo perno sulla funzione originaria dell'istituto, alla violazione di obblighi. La c.d. concezione penale della contumacia ancora attestata nel diritto intermedio viene ripresa e rielaborata agli inizi del XIX secolo da MARTIN che, nel suo *De indole contumaciae in causis civilibus*, prendendo le mosse dalla novella giustiniana CXII e dalle fonti canoniche, ravvisa nella mancata comparizione nel processo una violazione dell'obbligo imposto dalla legge alle parti di proseguire il giudizio e, quindi, un comportamento illecito meritevole di sanzioni. Sul finire del secolo questa visione è rinverditata in Italia da SIMONCELLI (*Lezioni di diritto giudiziario*, Tipo-Lit. del Genio civile, Roma, 1905, 385) ed in Germania da WACH [*Präklusion und Kontumaz (Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart)*, VII, A. Hölder, 1880, 147]. Per il primo l'obbligo di comparire in giudizio è il prezzo del divieto dell'autotutela, che a sua volta si risolve nell'imposizione di quella giudiziaria statutale quale unica forma di tutela giuridica accettabile. Sicché, a meno di non voler rendere il convenuto arbitro delle istanze di tutela dell'attore lasciandogli la scelta di partecipare o meno al processo, gli si deve imporre un vero e proprio obbligo di comparire in giudizio. La contumacia, quale violazione di questo obbligo, comporterà perciò non solo che il processo si svolgerà come se egli vi partecipasse, ma anche che a suo carico saranno prese misure sanzionatorie (pene private). Per il secondo, la natura bilaterale dell'azione, e la conseguente necessità che la domanda sia discussa davanti al giudice, costituiscono il presupposto del dovere del convenuto di partecipare attivamente al giudizio (dovere di difesa), anche solo per riconoscere l'avversa pretesa (dovere di dichiarazione). In mancanza, la sanzione dell'ordinamento si risolve nell'imporre coercitivamente il ruolo di convenuto al contumace, che si troverà nella posizione formale di chi contesta ma in quella sostanziale di chi riconosce la fondatezza delle ragioni altrui (*ficta confessio*).

Queste teorie vengono però progressivamente superate da una diversa visione della *indefensio*, che abbandona i lidi dell'inadempimento di un dovere per riposare su quelli della rinuncia alla difesa in giudizio, legittima in quanto precipitato della rinuncia al proprio diritto sostanziale (GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozess*, Erlangen, 1805, *passim*); con successivo accento sulla rinuncia alla difesa processuale PRASSE, *De indole contumaciae in causis civilibus*, Lipsia, 1829, *passim*; nella dottrina italiana sulla stessa linea MORTARA, *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1929, 517, e PESCATORE, *Esposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, I, Torino, 1864, 77 s. (per i quali la parte contumace rinuncia alla produzione di prove, rimettendosi a quello che deciderà il giudice). E giunge, progressivamente, anche il tempo in cui l'accento è posto, più che sulla volontà del contumace, sul versante oggettivo dell'organizzazione del processo, che il legislatore struttura, per esigenze di efficienza e celerità, attraverso scansioni temporali per il compimento degli atti. Con la conseguenza che, se non compiuti nei termini prescritti, quegli atti restano preclusi non a titolo di sanzione per chi li omette, ma per ragioni di funzionalità del congegno processuale. È questa la premessa per una considerazione della contumacia nella sua obiettività, quale semplice inattività di una delle parti del processo (RISPOLI, *La contumacia nel processo civile*, Milano, 1911, 244). CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 754, afferma dunque la irrilevanza (in costanza del codice ottocentesco che non distingueva quella che oggi chiamiamo contumacia volontaria da quella involontaria) per il diritto positivo della posizione psicologica del contumace, solo rilevando l'elemento oggettivo della sua non comparizione. Con la ulteriore, fondamentale conseguenza, che nessuna valutazione sfavorevole deve ritenersi ammissibile a carico della parte non comparsa e nessun carattere sanzionatorio deve ravvisarsi nelle norme speciali disciplinanti il processo contumaciale, in quanto solo intese ad una migliore disciplina del processo ere-