

# Contumacia, ficta litis contestatio e istanze di riforma

**Autore:** Redazione

**In:** Diritto civile e commerciale

**di Mattia Polizzi\***

\* Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi dell'Insubria

Sommario

Contumacia: nozione e distinzioni preliminari

Le principali teorie sulla contumacia

Il processo contumaciale: generalità

Contumacia e principio di non contestazione: il (chiaro) dato letterale e le critiche

Il dato comparato: spunti di riflessione (e di riforma) da parte della dottrina

L'istituto della contumacia, ascritto dalla dottrina maggioritaria tra le vicende anomale del processo, rappresenta un tema per così dire tradizionale nello studio del diritto processuale civile<sup>[1]</sup>. Ciò non esclude la presenza di vibranti profili di criticità e di dubbio, sia alla luce del valore costituzionale della ragionevole durata dei giudizi di cui all'art. 111, comma 2, Cost. sia per ciò che riguarda la pratica quotidiana della aule di giustizia.

Pur in assenza di una norma *ad hoc* la contumacia viene definita, in maniera pressoché unanime in letteratura, come la mancata costituzione in giudizio di una parte. Milita in tal senso, peraltro, il disposto di cui all'art. 171 c.p.c. a norma del quale "*la parte che non si costituisce neppure in tale udienza [id est: la prima udienza di cui all'art. 183 c.p.c.] è dichiarata contumace*". Si tratta, come autorevolmente affermato, di una situazione di "*assenza legale dal giudizio di una parte determinata dalla sua omessa (od*

irrituale) costituzione"<sup>[2]</sup> che determina una "condizione di assoluta estraneità di una parte dal processo"<sup>[3]</sup>.

La contumacia viene pertanto definita in negativo, come mancata costituzione nelle forme e nei tempi di cui agli artt. 165 e 166 c.p.c. rispettivamente per l'attore e per il convenuto; è appena il caso di osservare che, come noto, il nostro sistema processuale - caratterizzato dalla previa notificazione dell'atto di citazione e dalla successiva costituzione in giudizio dell'attore - ammette la configurabilità della contumacia di quest'ultimo e non solo, dunque, del convenuto<sup>[4]</sup>.

Come detto, la contumacia caratterizza comunque una parte del giudizio, in quanto l'assunzione di tale ultimo *status* è già avvenuto in un momento precedente: come efficacemente osservato dalla migliore dottrina, difatti, "se c'è una domanda, c'è un processo e quindi la parte"<sup>[5]</sup>.

Così definito il fenomeno *de quo* è opportuno ricordare che la contumacia è concetto ben distinto - tanto sul piano ontologico tanto su quello effettuale - da quello di assenza, che è invece la mancata comparizione in giudizio di una parte. Si tratta, in questo caso, di una assenza (non giuridica o legale, ma) effettiva e fattuale dal processo. Non troveranno, dunque, applicazione le norme sul processo eremodiale, bensì una serie di disposizioni differenti, quali l'art. 176, comma 2, c.p.c. a norma del quale le ordinanze pronunciate in udienza si ritengono conosciute dalle parti presenti e da quelle che dovevano comparirvi; o l'art. 309 c.p.c., in forza del quale qualora nessuna delle parti compaia in udienza il giudice deve provvedere a norma dell'art. 181 c.p.c. Tale ultima disposizione si applica nel caso di assenza alla prima udienza. Il primo comma prende in esame il caso in cui entrambe le parti siano assenti: il giudice dovrà fissare una nuova udienza (con ordinanza non impugnabile da comunicarsi alle parti); nel caso in cui anche in tale nuova udienza nessuno compaia, il giudice ordinerà la cancellazione della causa dal ruolo e dichiarerà l'estinzione de processo. Qualora sia assente l'attore, l'art. 181, comma 2, c.p.c. dispone che spetti al convenuto decidere se proseguire o meno la controversia. Nel primo caso, il processo seguirà il proprio *iter* senza modifiche alla disciplina ordinaria. Nel secondo caso, ossia qualora il convenuto taccia in merito alla prosecuzione, il giudice dovrà fissare una nuova udienza della quale l'attore sarà reso edotto: la mancata comparizione dell'attore anche nella successiva udienza ripropone l'alternativa poc'anzi ricordata: tuttavia, qualora il convenuto taccia, il giudice ordinerà la cancellazione della causa dal ruolo e ne dichiarerà l'estinzione. Il caso dell'assenza del convenuto non è preso in considerazione dall'art. 181 c.p.c. sicché il processo proseguirà secondo le regole ordinarie.

<sup>[1]</sup> Al fine di fornire una, pur iniziale, bibliografia sul tema si v. Brandi P., voce *Contumacia (dir. proc. civ.)*,

in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, 458 ss.; Brunelli B., *Artt. 290 - 294*, in Carpi F., Taruffo M. (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, CEDAM, Padova, 2009, 993 ss.; Carbonari O.G., voce *Contumacia (procedimento in): I) diritto processuale civile*, in *Eng. giur.*, IX, Treccani, Roma, 1988, 1 ss.; Ciaccia Cavallari B., voce *Contumacia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, UTET, Torino, 320 ss.; Costa E., voce *Contumacia (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, UTET, Torino, 1968, 772 ss.; D'Adamo D., *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2012, 1 ss.; Ferrari F., *Artt. 290 - 294*, in Comoglio L.P., Consolo C., Sassani B., Vaccarella R. (dir. da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, II, UTET, Torino, 2012, 395 ss.; Giannozzi G., *La contumacia nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1963, 1 ss.; Lo Cigno O., *La contumacia nel processo civile*, in *Giur. it.*, II, IV, 1986, 1986, 93 ss.; Luiso F.P., *Diritto processuale civile*, II, Giuffrè, Milano, 2013, 217 ss.; Mandrioli C., Carratta A., *Diritto processuale civile*, II, Giappichelli, Torino, 2016, 348 ss.; Montesano L., Arieta G., *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 1999, 185 ss., 277 ss.; Tarzia G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Giuffrè, Milano, 2009, 147 ss.

<sup>[2]</sup> Brandi P., *op. cit.*, 458.

<sup>[3]</sup> Ciaccia Cavallari B., *op. cit.*, 320.

<sup>[4]</sup> Mentre non è, come affermato *infra*, possibile la c.d. contumacia bilaterale.

<sup>[5]</sup> Mandrioli C., Carratta A., *Diritto processuale civile*, I, Giappichelli, Torino, 2016, 371.

Ciò detto in merito alle generalità introduttive sull'istituto della contumacia è necessario passare in rassegna - pure in via necessariamente sintetica - le principali impostazioni teoriche sviluppatesi nel corso del tempo *in subiecta materia*: ciò al fine di comprendere meglio l'impianto codicistico e le prospettive avanzate ad opera della dottrina in un'ottica *de iure condendo*<sup>[6]</sup>.

Un primo momento dal quale far partire tale disamina è rappresentato da quelle visioni della contumacia, sorte all'inizio del XIX secolo, che vengono ricondotte al *genus* delle cc.dd. teorie penali della contumacia: essendo il processo considerato quale sede principe per ripristinare l'ordine e la pace tra le parti in contrasto, la presenza del convenuto diviene elemento essenziale non solo per provvedere alla propria difesa, ma anche per poter giungere ad una pronuncia definitiva e, quindi, alla conclusione stessa

del processo. Il comportamento del contumace, allora, non potrà che essere stigmatizzato come una condotta illecita, di espresa ribellione contro l'autorità. Le principali critiche mosse a tale impostazione hanno portato alla nascita delle cc.dd. teorie della rinuncia. Secondo gli Autori esponenti di tale filone ermeneutico il contumace non compie alcun atto illecito, ma rinuncia ad un *quid* da costui liberamente disponibile: secondo alcuni si tratterebbe dell'abbandono dei propri diritti sostanziali (c.d. teoria della rinuncia al diritto sostanziale); secondo altri il contumace rinuncerebbe alla possibilità di difendersi (c.d. teorie della rinuncia alla difesa processuale). Tale impostazione, pur superando la valutazione negativa della condotta contumaciale, vede ancora nella mancata costituzione un atto volontario. Una prima reazione a questo pensiero viene dalla c.d. teoria dell'autodeterminazione. Tale teorica prende le mosse dall'osservazione che nel processo civile, informato al principio dispositivo, l'azione delle parti è teso al soddisfacimento di uno scopo individuale ed egoistico: ne consegue, dunque, che il legislatore non debba porre alcun obbligo di agire in capo alle parti, lasciandole invece libere di autodeterminarsi tanto sotto il profilo dell'*an* della richiesta di tutela tanto sotto quello del *quomodo*. La contumacia, allora, si configura come un mero atto negativo di parte, espressione della volontà di non agire. Il superamento di ogni riferimento all'*animus* del contumace, tuttavia, avverrà solo ad opera di quel filone dottrinale costituito dalla c.d. teoria dell'inattività. Secondo questa visione sarebbe logicamente impossibile ricondurre la mancata costituzione in giudizio ad una volontà certa ascrivibile alla parte: l'ordinamento, anzi, sarebbe caratterizzato da una vera e propria assenza di interesse per l'elemento soggettivo della volontarietà (o meno) di un comportamento siffatto, mentre l'unico dato rilevante sarebbe costituito dalla circostanza materiale della mancata costituzione in giudizio. È opinione comune che la tesi dell'inattività sia quella che più si avvicina all'impianto del codice di rito<sup>[7]</sup>. Tuttavia parte della dottrina ha osservato che il codice presenta una disciplina del processo contumaciale sicuramente indifferente rispetto all'*animus* della parte non costituitasi, ma affianca a tale disinteresse il concetto di imputabilità - intesa come ascrivibilità o riferibilità alla parte - della mancata costituzione in giudizio<sup>[8]</sup>: indice di ciò sarebbe il disposto dell'art. 294 c.p.c. che al primo comma consente al contumace di richiedere la rimessione in termini solo qualora egli dimostri "*che la nullità della citazione o della sua notificazione gli ha impedito di avere conoscenza del processo o che la costituzione è stata impedita da causa a lui non imputabile*". In ogni caso, per la medesima dottrina, la norma in parola non accorda spazio e non permette di ridare peso ad una contumacia. Merita inoltre di essere menzionata una interessante e recente Voce che ravvisa nella contumacia un "*comportamento processuale della parte, quale forma di esercizio del diritto di difesa, alternativo alla costituzione in giudizio*"<sup>[9]</sup>.

<sup>[6]</sup> Su queste teorie si v., *ex pluris*, Brandi P., *op. cit.*, 458 ss.; Costa E., *op. cit.*, 773 ss.; D'Adamo D., *op. cit.*, 6 ss.; Ferrari F., *op. cit.*, 398 ss.; Giannozzi G., *op. cit.*, 166 ss.

<sup>[7]</sup> Così ad esempio Costa E., *op. cit.*, 774; Ferrari F., *op. cit.*, 398, 402-403; Giannozzi G., *op. cit.*, 137 ss.

<sup>[8]</sup> Brandi P., *op. cit.*, 462 ss.; Ciaccia Cavallari B., *op. cit.*, 321.

<sup>[9]</sup> D'Adamo D., *op. cit.*, 234.

Poste tali premesse è possibile ricordare brevemente le principali norme aventi ad oggetto il profilo dinamico della contumacia, contenute - per ciò che attiene al processo ordinario di cognizione - nel Capo VI del Titolo I del Libro II del codice di rito, per poi soffermarsi su quello che intende essere il punto centrale di questo scritto, ossia il rapporto tra contumacia e non contestazione.

Ferma restando la non configurabilità della c.d. contumacia bilaterale, l'art. 290 c.p.c. prende in considerazione il caso della contumacia dell'attore, possibile in quanto - come ricordato *supra* - la costituzione in giudizio segue, nell'*iter* procedimentale, la notifica dell'atto di citazione. La norma de qua rende il convenuto *dominus* della prosecuzione del processo: qualora questi lo richieda, la causa proseguirà in contumacia dell'attore; in caso contrario, il giudice ordinerà la cancellazione della causa dal ruolo ed il processo andrà incontro ad estinzione.

La fattispecie che appare più frequente nella prassi è, tuttavia, quella della contumacia del convenuto, disciplinata dall'art. 291 c.p.c. La norma consente di osservare che affinché possa sussistere tale evenienza non basta l'omessa o irrituale costituzione in giudizio del convenuto, accompagnata dalla regolare costituzione dell'attore. È, difatti, necessario un presupposto ulteriore, ossia il regolare perfezionamento della notifica dell'atto di citazione. Il primo comma dell'art. 291 c.p.c. dispone che il giudice debba verificare detta regolarità. Solo nel caso in cui non vi siano vizi si potrà procedere alla dichiarazione di contumacia del convenuto. Nel caso opposto l'attore dovrà procedere alla rinnovazione della notificazione. Il meccanismo di cui all'art. 291 c.p.c. ha consentito alla dottrina di operare una distinzione, identificando due diverse *species* di contumacia del convenuto: quella involontaria, in presenza di un vizio della notificazione della citazione; quella volontaria, in caso di regolarità della notifica<sup>[10]</sup>.

Come si diceva, qualora il giudice rilevi un vizio tale da comportare la nullità della notificazione fisserà un termine perentorio affinché l'attore possa procedere alla rinnovazione, così impedendo ogni decadenza; la mancata rinnovazione comporterà l'estinzione del processo. Nel caso, invece, in cui si versi in una ipotesi di contumacia c.d. volontaria il giudice dichiarerà la contumacia del convenuto e troveranno applicazione gli artt. 292 ss. c.p.c.

Prima di esaminare tali disposizioni, è opportuno ricordare che la dichiarazione di contumacia effettuata ad opera del giudice si sostanzia in un controllo meramente formale, che non involge in alcun modo indagini relative all'*animus* della parte non costituitasi. Quanto agli effetti di tale declaratoria, si ritiene comunemente che questa non comporti *ex se* l'assunzione della qualità di parte contumace, ma implichi piuttosto la trasformazione di una situazione di fatto (la mancata costituzione) in una situazione di diritto<sup>[11]</sup>: l'applicazione delle norme sul processo eremodiale, infatti, non è preclusa da un'erronea dichiarazione di contumacia, dato che l'instaurarsi di tale *iter* processuale deriva direttamente ed esclusivamente dalla effettiva mancata costituzione in giudizio. Si tratta, dunque, di un atto avente funzione meramente dichiarativa, di una formalità non essenziale, sicché la dichiarazione erroneamente eseguita, la sua omissione o la sua revoca (che ha effetto *ex tunc*) non determinano una nullità del procedimento né un vizio della sentenza a meno che non vi sia stato un effettivo pregiudizio all'attività defensionale della parte o, comunque, un nocimento al contraddittorio<sup>[12]</sup>.

Quanto al contenuto delle norme precipuamente dettate con riferimento allo svolgersi del processo contumaciale il *core* delle stesse è da ravvisarsi nel disposto dell'art. 292 c.p.c., rubricato "*notificazione e comunicazione di atti al contumace*". Il primo allinea della disposizione dispone che debbano essere notificate personalmente al contumace - entro il termine fissato dal giudice con ordinanza - le ordinanze che ammettono l'interrogatorio<sup>[13]</sup> ed il giuramento del contumace medesimo; devono inoltre essere notificate personalmente alla parte non costituita le comparse contenenti domande nuove o riconvenzionali, al fine di rendere edotto il contumace dell'ampliamento del *thema decidendum* rispetto a quello fissato con l'atto introduttivo del processo<sup>[14]</sup>. L'ultimo comma della norma in parola prevede che siano oggetto di notifica da effettuarsi personalmente alla parte le sentenze. Il secondo comma dell'art. 292 c.p.c. dispone che le altre comparse si considerano comunicate con il deposito in cancelleria delle stesse e con l'apposizione del visto del cancelliere sull'originale: la norma introduce una semplificazione, tesa ad evitare un eccessivo appesantimento del processo contumaciale e rappresenta altresì un "*raccordo di esigenze che trovano una tutela di rango costituzionale*"<sup>[15]</sup> tra le quali il diritto di azione e difesa e la

necessità di un celere svolgimento del giudizio. Il terzo comma dell'art. 292 c.p.c. dispone che tutti gli altri atti non sono soggetti a notificazione o comunicazione. Da tale articolo è possibile desumere, come peraltro ritenuto pressoché unanimemente da dottrina e giurisprudenza, la tassatività dell'elencazione degli atti da comunicare personalmente al contumace di cui al primo comma dell'art. 292 c.p.c., considerata la sua natura speciale e derogatoria<sup>[16]</sup>. Il dato letterale dell'art. 292 c.p.c. è stato, peraltro, integrato da diverse dichiarazioni di incostituzionalità. Con la sentenza n. 250/1986<sup>[17]</sup> la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevede la notificazione al contumace del verbale in cui si dà atto della produzione della scrittura privata nei procedimenti di cognizione ordinaria dinanzi al pretore e al conciliatore; con la sentenza n. 317/1989<sup>[18]</sup> la medesima declaratoria di incostituzionalità è stata estesa ai giudizi svolti dinanzi al tribunale ordinario, avendo il Giudice delle leggi dichiarato l'illegittimità *"dell'art. 292, primo comma, del codice di procedura civile, in relazione all'art. 215, n.1, dello stesso codice, nella parte in cui non prevede la notificazione al contumace del verbale in cui si dà atto della produzione della scrittura privata non indicata in atti notificati in precedenza"*. Per quanto attiene la omessa (o irregolare) notificazione degli atti indicati dall'art. 292 c.p.c. la dottrina reputa che sussista in vizio della nullità dell'atto medesimo nonché di quelli successivi e da esso dipendenti (in virtù del disposto di cui all'art. 159, comma 1, c.p.c.)<sup>[19]</sup>.

L'art. 293 c.p.c. disciplina invece l'ipotesi di costituzione tardiva del contumace: scopo della norma in questione è quello di approntare una disciplina per la c.d. purgazione della contumacia, in conformità al principio dell'accettazione del processo nello stato in cui si trova<sup>[20]</sup>. Unico effetto della costituzione tardiva è la cessazione, *ex tunc*, degli effetti della contumacia. Il contumace può, a norma dell'art. 293, comma 1, c.p.c. costituirsi *"i n ogni momento del procedimento fino all'udienza di precisazione delle conclusioni"*. La costituzione tardiva può avvenire mediante il deposito di una comparsa<sup>[21]</sup>, della procura e dei documenti in cancelleria ovvero mediante comparizione all'udienza. Il terzo comma dell'art. 293 c.p.c. consente, infine, al contumace costituitosi tardivamente, la possibilità di disconoscere le scritture contro di lui prodotte, nella prima udienza ovvero entro il termine assegnatogli dal giudice.

Se la costituzione tardiva implica l'accettazione del processo nello stato in cui si trova, l'art. 294 c.p.c. consente al contumace di chiedere al giudice di essere ammesso a compiere quelle attività che gli sarebbero precluse, qualora dimostri che la nullità della citazione ovvero della sua notificazione gli abbiano impedito di avere conoscenza del processo oppure che la sua costituzione sia stata impedita da causa a lui non imputabile: nel caso in cui i fatti allegati siano ritenuti - sulla base di un giudizio di

verosimiglianza - attendibili, il giudice ammette la prova dell'impedimento e provvede alla rimessione in termini delle parti, pronunciandosi con ordinanza. Significativamente, l'ultimo comma dell'art. 294 c.p.c. afferma che "*le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche se il contumace che si costituisce intende svolgere, senza il consenso delle altre parti, attività difensive che producono ritardo nella rimessione al collegio della causa che sia già matura per la decisione rispetto alle parti già costituite*".

<sup>[10]</sup> Si v. in particolare D'Adamo D., *op. cit.*, 62 ss.; Giannozzi G., *op. cit.*, 224; Luiso F.P., *op. cit.*, 219.

<sup>[11]</sup> Brunelli B., *op. cit.*, 993; D'Adamo D., *op. cit.*, 53-54; Ferrari F., *op. cit.*, 418-419; Giannozzi G., *op. cit.*, 280-281; Luiso F.P., *op. cit.*, 222. In giurisprudenza si v. *ex pluris*, Cass. Civ., Sez. Un., 27 febbraio 2002, n. 2881, in *DeJure*, secondo cui "*l'erronea dichiarazione della contumacia di una parte non determina un vizio della sentenza deducibile in cassazione se non ha determinato in concreto qualche pregiudizio allo svolgimento dell'attività difensiva, né ha inciso sulla decisione*"; Cass. Civ., Sez. III, 19 agosto 1991, n. 8873, *ibidem*.

<sup>[12]</sup> Brandi P., *op. cit.*, 465; Brunelli B., *op. cit.*, 993-994; Ciaccia Cavallari B., *op. cit.*, 324; D'Adamo D., *op. cit.*, 56. In giurisprudenza si v., *ex pluris*, Cass. Civ., Sez. III, 9 marzo 2012, n. 3704, in *DeJure*; Cass. Civ., Sez. II, 27 aprile 2006, n. 9649, *ibidem*; Cass. Civ., Sez. III, 14 novembre 2002, n. 16034, *ibidem*.

<sup>[13]</sup> Da intendersi nel senso di interrogatorio formale: così Cass. Civ., Sez. I, 9 novembre 2001, n. 13876, in *DeJure*.

<sup>[14]</sup> Ferrari F., *op. cit.*, 454; Lo Cigno O., *op. cit.*, 100.

<sup>[15]</sup> Ferrari F., *op. cit.*, 456.

<sup>[16]</sup> Così Brandi P., *op. cit.*, 467; Brunelli B., *op. cit.*, 1004; Carbonari O.G., *op. cit.*, 8; Ciaccia Cavallari B., *op. cit.*, 326; Ferrari F., *op. cit.*, 458; Lo Cigno O., *op. cit.*, 99. Per analoghe considerazioni in giurisprudenza si v. Cass. Civ., Sez. II, 28 maggio 1984, n. 3262, in *DeJure*

<sup>[17]</sup> Corte cost., 28 novembre 1986, n. 250, in *DeJure*.

<sup>[18]</sup> Corte cost., 6 giugno 1989, n. 317, in *DeJure*.

<sup>[19]</sup> Brandi P., *op. cit.*, 467; Ciaccia Cavallari B., *op. cit.*, 327; D'Adamo D., *op. cit.*, 98; Ferrari F., *op. cit.*, 461.

<sup>[20]</sup> Ferrari F., *op. cit.*, 463; D'Adamo D., *op. cit.*, 101.

<sup>[21]</sup> Da notificarsi, secondo parte della dottrina, ad opera del convenuto all'attore, così da consentire a quest'ultimo di prendere conoscenza della costituzione tardiva del convenuto contumace: così Ferrari F., *op. cit.*, 466. Per altri, invece, l'obbligo di comunicazione sarebbe in capo al cancelliere: Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, Jovene, Napoli, 1964, 298.

Questo essendo il quadro generale del processo contumaciale è ora possibile soffermarsi su quello che appare essere il vero punto dolente di tale disciplina, ossia la non applicabilità in danno del contumace del principio di non contestazione.

Il principio *de quo*, anche chiamato onere di contestazione specifica, è affermato nell'art. 115 c.p.c. che dispone, al primo comma, che il giudice debba porre a fondamento della propria decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificamente contestati dalla "*parte costituita*"<sup>[22]</sup>. Si tratta di una regola processuale, applicabile - secondo l'opinione maggioritaria - ai soli fatti principali<sup>[23]</sup>, che trova le proprie origini in un arresto pretorio, ossia nella sentenza 761/2002<sup>[24]</sup> resa dalle Sezioni Unite della Cassazione con riferimento al processo del lavoro e che è poi stato trasfuso nell'art. 115 c.p.c. ad opera della l. 18 giugno 2009, n. 69. Come emerge chiaramente dal tenore letterale dell'art. 115 c.p.c. l'onere di contestazione specifica (e le conseguenze in caso di mancato adempimento) riguardano la sola parte costituitasi in giudizio e non anche il contumace. Il nostro ordinamento ha, pertanto, optato per il sistema della c.d. *ficta litiscontestatio* da parte del contumace e non per quello opposto della c.d. *ficta confessio*: l'art. 115, comma 1, c.p.c. pone una finzione giuridica in forza della quale, in caso di contumacia, i fatti affermati ad opera della controparte si intendono come contestati (e non come ammessi dal contumace, come succedrebbe in caso di *ficta confessio*). L'operatività del principio di non contestazione nei riguardi della sola parte costituita era concetto già affermato nella sentenza delle Sezioni Unite n. 761/2002. Non solo. La Corte costituzionale, nel dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (recante la disciplina del c.d. rito societario) proprio nella parte in cui prevedeva un meccanismo di *ficta confessio* in danno del contumace,

afferma che quello della *ficta litiscontestatio* del contumace è addirittura un principio della "*tradizione del diritto processuale italiano*"<sup>[25]</sup>. Tale principio è poi divenuto, anche in ragione del chiaro tenore letterale dell'art. 115, comma 1, c.p.c. un'affermazione pacifica nella giurisprudenza<sup>[26]</sup>.

Una parte della dottrina considera con favore questa impostazione, per una serie di ragioni<sup>[27]</sup>. In primo luogo l'art. 167 c.p.c. nel disporre che l'onere di prendere posizione in relazione ai fatti allegati dalla controparte debba avvenire nella comparsa di costituzione e risposta darebbe per presupposta l'avvenuta costituzione in giudizio. In secondo luogo si afferma che il principio di autoresponsabilità trovi applicazione solo con riferimento ad un comportamento processuale, mentre la contumacia viene intesa come "*la scelta di astenersi da qualsiasi comportamento processuale*"<sup>[28]</sup>. Ancora, dalla mancata costituzione in giudizio della parte non sarebbe possibile inferire alcun ragionevole affidamento in merito alla effettiva non contestazione dei fatti allegati. Infine, la dottrina in parola respinge l'idea che dalla mancata estensione al processo contumaciale dell'istituto di cui all'art. 115, comma 1, c.p.c. derivi una disparità di trattamento rispetto alla parte costituita ed un conseguente incentivo non costituirsi in giudizio: la riforma dell'art. 115 c.p.c., anzi, sarebbe in linea con il sistema, che già in altre sedi ha operato questa distinzione come, ad esempio, in tema di ordinanze per il pagamento delle somme non contestate ex art. 186 bis c.p.c.

La dottrina maggioritaria, per converso, si muove nel senso di una profonda critica alla limitazione dell'operatività dell'onere di contestazione specifica alle sole parti costituite, in una prospettiva che - necessariamente *de iure condendo* - auspica una riforma dell'art. 115, comma 1, c.p.c. nel senso della sua applicabilità anche in danno della parte contumace e, più in generale, dell'intero processo eremodiale<sup>[29]</sup>.

In primo luogo il meccanismo così come configurato attualmente viene considerato come foriero di una illogica disparità di trattamento: la parte che, costituendosi in giudizio si è dimostrata più "diligente", difatti, viene ad essere gravata dell'onere di contestazione specifica, mentre quella contumace "*può starsene alla finestra ad attendere la piega delle cose*"<sup>[30]</sup>.

Si afferma, inoltre, che il sistema così strutturato appare essere in contrasto anche con il principio di autoresponsabilità.

La denunciata illogicità del tema in parola sarebbe poi ravvisabile in un'ottica sistematica, considerato che in altri procedimenti la mancata costituzione in giudizio comporta effetti paragonabili a quelli negati nel

processo ordinario: ci si riferisce, ad esempio, all'art. 663 c.p.c. in tema di procedimento per convalida di sfratto, nonché all'art. 647, comma 1, c.p.c. a norma del quale il decreto ingiuntivo diviene esecutivo in caso di mancata costituzione in giudizio dell'opponente.

Non solo. La non applicabilità dell'onere di contestazione specifica alla parte contumace sarebbe in contrasto con lo stesso impianto di fondo del codice di rito, come visto ispirato alla c.d. teoria dell'inattività: il legislatore, in altri termini, non si troverebbe più in una posizione di neutralità nei confronti del contumace, ma anzi, avrebbe iniziato un *trend* di riforma del processo contumaciale caratterizzata da un atteggiamento di ingiustificata iper-tutela del contumace volontario.

In conclusione, la dottrina maggioritaria reputa che il processo contumaciale, almeno per ciò che riguarda la posizione del contumace c.d. volontario, sia di dubbia compatibilità con la Costituzione sotto il profilo che qui interessa: con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., in quanto espressione di una irragionevole disparità di trattamento rispetto alla parte costituitasi; ma anche con riferimento al valore della ragionevole durata del giudizio di cui all'art. 111, comma 2, Cost. (ed all'art. 6 Cedu), in quanto una impostazione conforme a tale parametro costituzionale richiederebbe una semplificazione del giudizio, con una conseguente riduzione della durata del processo contumaciale.

<sup>[22]</sup> Sul tema si v., pur senza pretesa di esaustività alcuna Comoglio L.P., *Le prove civili*, UTET, Torino, 2010, 122 ss.; De Vita F., voce *Non contestazione (principio di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. V*, UTET, Torino, 2010, 834 ss.; Maero G., *Il principio di non contestazione prima e dopo la riforma*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, II, 455 ss.; Mocchi M., *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, II, 316 ss.; Pacilli M., *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, 299 ss.; Rota F., *I fatti non contestati e il nuovo art. 115*, in Taruffo M., *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, 181 ss.; Tedoldi A., *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, I, 76 ss.

<sup>[23]</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 13 settembre 2016, n. 17966, in *DeJure* e in [www.elegal.it](http://www.elegal.it), 8 novembre 2016 con, *si parva licet*, nota di Polizzi M., *Principio di non contestazione: un'ulteriore conferma della non applicabilità ai fatti secondari?*; Cass. Civ., Sez. Lav., 28 febbraio 2014, n. 4854, in *DeJure*; Cass. Civ., Sez. Lav., 7 ottobre 2013, n. 22787, *ibidem*.

<sup>[24]</sup> Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, VII-VIII, I, 2017 ss., con nota di Cea C.M., *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*; in *Foro it.*, 2003, II, I, 604 ss., con nota

di Proto Pisani A., *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile.*

<sup>[25]</sup> Corte cost., 12 ottobre 2007, n. 340, in *Foro it.*, 2008, III, I, 721 ss., con nota di Ventura N., *Sulla illegittimità costituzionale dell'istituto della cd. ficta confessio nel rito societario di cognizione*; in *Foro it.*, 2008, III, I, 723 ss., con nota di Briguglio A., *La Corte costituzionale e la "ficta confessio" nel processo societario.*

<sup>[26]</sup> Cfr., tra le molte in tal senso, Cass. Civ., Sez. VI-2, ord. 4 novembre 2015, n. 22461, in *DeJure* e in [www.elegal.it](http://www.elegal.it), 29 dicembre 2015, con, *si parva licet*, nota di Polizzi M., *Contumacia: no (ancora una volta) alla ficta confessio*; Cass. civ., Sez. Lav., 21 novembre 2014, n. 24885, in *DeJure*; Cass. civ., Sez. II, 29 novembre 2013, n. 26859, *ibidem*; Cass. civ., Sez. III, 23 giugno 2009, n. 14623, *ibidem*; Cass. civ., Sez. Lav., 2 maggio 2007, n. 10098, *ibidem*. Nella giurisprudenza di merito si segnala Trib. Varese, ord. 30 ottobre 2009, che, pur affermando la non applicabilità del principio di non contestazione al contumace esprime il dubbio di una incostituzionalità del primo comma dell'art. 115 c.p.c. proprio nella parte in cui esclude il prodursi dei relativi effetti in capo al convenuto contumace volontario; la pronuncia è consultabile in *Giur. it.*, 2010, VI, 1384 ss., con nota di Frus G., *Osservazioni su due casi di inutile invocazione del principio di non contestazione da parte dell'attore nei confronti del convenuto contumace, per sopperire alle proprie carenze probatorie*. Per una - invero isolata, anche prima della riforma del 2009 - pronuncia in senso difforme si v. Trib. Vercelli, 31 marzo 2006, in *NGCC*, III, I, 349 ss., con nota di Demontis E., *Sull'applicabilità del principio di non contestazione al convenuto contumace.*

<sup>[27]</sup> Carbonari O.G., *op. cit.*, 2; Del Core S., *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.*, 2009, VI, 277-279.

<sup>[28]</sup> Del Core S., *op. cit.*, 278

<sup>[29]</sup> Si v., *ex pluris*, Balena G., *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, III, 776; D'Adamo D., *op. cit.*, 50-51; Demarchi Albengo P.G., *L'onere di contestazione specifica tra rigore formale, contumacia e conoscibilità dei fatti*, in *Giur. mer.*, 2010, IV, 1044-1045; Ferrari F., *op. cit.*, 412-415; Proto Pisani A., *Appunti sull'ultima riforma*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, I, 112; Rota F., *op. cit.*, 216; Sassani B., *op. cit.*, 426-428; Taruffo M., *Art. 115*, in Taruffo M., Carratta A. (a cura di), *Poteri del giudice*, I, Zanichelli, Bologna, 2011, 484-485.

<sup>[30]</sup> Sassani B., *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, II, 427.

In questa prospettiva, una parte della letteratura auspica una riforma della materia che avvicini il sistema italiano a quello del *judgment by default* (o *default judgment*). Si tratta di un istituto previsto nell'ordinamento processual-civilistico inglese ed in quello federale statunitense, basato sull'istituto della *ficta confessio*<sup>[31]</sup>. Per ciò che attiene al primo, la contumacia (*default of defence* o *default of acknowledgment*) del convenuto è regolata dalla *rule 12* delle *Civil Procedure Rules* (C.P.R.) e comporta per l'attore la facoltà di ottenere un provvedimento di condanna. Si tratta di un istituto, visto come un "*important means of accelerating the legal process*"<sup>[32]</sup>, che non prende in considerazione il merito della controversia, ma chiude il processo in rito, come affermato, *ex pluris*, nel caso *Football Datact Ltd. v. Smoot Enterprises Ltd*<sup>[33]</sup>. Il *judgment by default*, inoltre, va incontro a determinati limiti applicativi: ad esempio, non potrà che avere ad oggetto che uno "*specified amount of money*" ovvero un "*amount of money to be decided by the court*" (*rule 12.4(1)* C.P.R.) e, in quest'ultimo caso, la decisione avrà effetto solo in relazione all'*an* della pretesa, mentre per l'accertamento del *quantum* il processo dovrà comunque proseguire nelle vie ordinarie (*rule 12.7* C.P.R.); inoltre, alcune controversie - come quelle aventi ad oggetto la disciplina del consumatore - sono escluse dall'ambito applicativo del *judgment by default*. Con riferimento al sistema federale statunitense il *default judgment* è regolato dalla *rule 55* delle *Federal Rules of Civil Procedure* (F.R.C.P.): nel caso in cui il convenuto, al quale siano state validamente notificate le pretese attoree, non prenda posizione nel termine *ad hoc* previsto dalla legge, l'attore può chiedere che la controparte venga giudicata in contumacia secondo il meccanismo della *ficta confessio*. Peraltro, a differenza di quanto previsto dall'ordinamento inglese, il *default judgment* statunitense non presenta una minor forza cogente rispetto al giudizio reso in seguito ad un processo in pieno dibattimento tra le parti.

Un sistema, quello delineato, decisamente agli antipodi rispetto a quello italiano. Ed al quale è necessario riferirsi con le dovute cautele, consci dell'autorevole e fondato monito per cui modelli processuali diversi da quelli nostrani "*fino a quando non avrà luogo un radicale cambiamento nel comune modo di sentire (e, per riflesso, nei nostri comportamenti collettivi), non potranno essere introdotti tra di noi e, se lo fossero, genererebbero con molta probabilità dei piccoli mostri*"<sup>[34]</sup>. Tuttavia, e fermo restando - come altrettanto fondatamente osservato - che ogni modifica alla disciplina processuale risulta vana se non accompagnata da un adeguato impiego di risorse (umane, materiali economiche)<sup>[35]</sup>, ciò che appare di non poco momento

è l'esigenza di riforma di un sistema che non solo risulta per molti versi quasi illogico, ma che è altresì di dubbia compatibilità con gli essenziali parametri costituzionali *supra* evidenziati.

<sup>[31]</sup> Sul *judgment by default* inglese si v., senza pretesa di esaustività, Andrews N., *The three paths of justice: court proceedings, arbitration, and mediation in England*, Cambridge University Press, 2011, 67 ss.; Passante L., *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, IV, 1353; Id., voce *Processo civile inglese*, in *Enc. dir.*, Ann. III, Giuffrè, Milano, 2010, 983-984. Sul *default judgment* statunitense cfr., a titolo di esempio, Ides A., May C.N., *Civil procedure: cases and problems*, Aspen, 2009, 976 ss.; James F. Jr., Hazard G.C. Jr., Leubsdorf J., *Civil procedure*, New York, New York Foundation Press, 2001, 205, 243-244, 329, 781-791.

<sup>[32]</sup> Andrews N., *op. cit.*, 68.

<sup>[33]</sup> *Football Datact Ltd. v. Smoot Enterprises Ltd.* [2011] EWCH 973 (Ch).

<sup>[34]</sup> Così Verde G., *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, III, 506.

<sup>[35]</sup> L'affermazione è largamente condivisa in dottrina: a titolo di esempio cfr. Biavati P., *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, II, 477-479; Caponi R., *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, II, 394; Capponi B., *Il processo civile e la crescita economica (una commedia degli equivoci)*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 22 giugno 2015, 6-9; Cavallini D., *Problematiche attuali di ordinamento giudiziario: revisione della geografia giudiziaria, specializzazione del giudice e questione manageriale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 761; Cecchetti M., voce *Giusto processo a) Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Giuffrè, Milano, 2001, 611; Chiarloni S., voce *Giusto processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Ann. II-1, Giuffrè, Milano, 2008, 417; Id., *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, IV, 1032-1033; Giacobbe G., *I nodi irrisolti della giustizia civile*, in *Iustitia*, 2006, II, 184; Olivieri G., *La "ragionevole durata" del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, X, V, 253; Proto Pisani A., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, X, V, 248-249; Romei Pasetti M., *L'art. 111 Cost. e il principio di efficienza dell'organizzazione giudiziaria*, in *Giust. civ.*, 2001, X, 508-510; Sottani S., *I profili di "accountability" e di responsabilità sociale del sistema giudiziario*, in *Questione giustizia*, 2014, IV, 111-114; Tarzia, *op. cit.*, 22; Trocker G., *L'art. 111 Cost. e le garanzie*

*europée del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, I, 405-407; Verde, *op. cit.*, 505.

<https://www.diritto.it/contumacia-ficta-litis-contestatio-e-istanze-di-riforma/>