

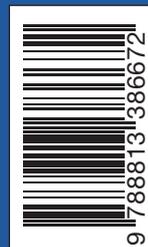
Il volume offre una riflessione, in una prospettiva storica e interdisciplinare, sulla contumacia, intesa come non-cooperazione di chi si sottrae, per le più varie ragioni, in tutto o in parte, ad un procedimento comunque instaurato.

In primo luogo, l'obbligo di comparizione e/o cooperazione del convenuto (ma in certi ordinamenti, come quello italiano, anche dell'attore) rimane uno degli aspetti più affascinanti e al tempo stesso sfuggenti del processo.

In secondo luogo, la varietà della disciplina della contumacia e dei provvedimenti cui può dar luogo, in particolare il fenomeno delle condanne automatiche e prive di motivazione, pone in evidenza come l'omogenizzazione processuale, pur sotto l'egida dei valori comuni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sia ben lungi dal potersi dire totale o profonda anche solo in Europa.

Infine, in qualunque ordinamento giuridico, compreso l'ordinamento internazionale, l'inattività o comunque non-cooperazione di una parte chiama in causa una molteplicità di interessi e di diritti talora contrapposti - di natura e grado diversi, a seconda del contesto (anche politico ed economico). È compito del diritto dettare la disciplina della contumacia che meglio contemperi tali interessi, a seconda delle diverse concezioni dello *jus dicere* e del punto di bilanciamento prescelto in un dato ordinamento ad un certo momento storico. Il bilanciamento - inevitabile - non è mai statico, ma dinamico e sempre abbisogna di essere ridefinito di pari passo con l'evoluzione dei valori e dei bisogni che intende realizzare. Il volume vuole anche ricordare che nessuna regola (di origine pattizia, legislativa o giurisprudenziale), per quanto perfetta, può mai essere alla prova di qualunque ipotesi di *party default*. Sono richieste oltre alle scelte legislative e all'attività interpretativa del giudice, anche la creatività delle parti e dei loro avvocati - dinanzi a qualunque giudice e in qualunque ambito.

Annalisa Ciampi è professore ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Verona. È avvocato e mediatore certificato presso il *Centre for Effective Dispute Resolution* (CEDR). È stata *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite sui diritti alla libertà di associazione e di riunione pacifica. È autore di numerose pubblicazioni in materia di contenzioso internazionale, diritto dell'Unione europea e delle organizzazioni internazionali, e diritti umani.



€ 36,00 I.V.A. INCLUSA

In copertina:
Berthe Morisot | Young Woman Knitting
The Metropolitan Museum of Art | Open Access

L'ISTITUTO DELLA CONTUMACIA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E *BEYOND*
PASSATO, PRESENTE E FUTURO

CEDAM

L'ISTITUTO DELLA CONTUMACIA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E *BEYOND* PASSATO, PRESENTE E FUTURO

a cura di ANNALISA CIAMPI

Presentazione di Claudio Consolo



CEDAM

A. CIAMPI, *L'istituto della contumacia nell'ordinamento italiano e beyond.*
Passato, presente e futuro

La Collana, diretta da Nicolò Trocker e Claudio Consolo, prosegue in altre forme la esperienza iniziata dalla Rivista Int'l Lis, fondata, coordinata e diretta dal secondo (e coordinata assieme a Marco De Cristofaro), nata nel 2002 come supplemento de "Il Corriere Giuridico".

Nel 2008 divenne testata autonoma a cadenza trimestrale, unica in Italia ad occuparsi specificamente di problemi di diritto processuale internazionale e di *litigation cross border*¹. Sospende le pubblicazioni dal 2016, lasciando spazio ad una serie di volumi fra cui le raccolte di cui *infra*.

Una raccolta delle prime annate è edita nel volume "Il diritto processuale civile internazionale visto da Int'l Lis dal 2002 ad oggi", a cura di Claudio Consolo e Marco De Cristofaro, Kluwer Iposa, 2006, con presentazione di Guido Alpa e due raccolte delle successive annate sono edite nei volumi "Articoli, saggetti e commenti di litigation internazionale apparsi in dieci anni di Int'l Lis. Vol. I – Annate 2012-2016", a cura di Claudio Consolo assieme a Marcello Stella e Valeria Giugliano, Cedam-Wolters Kluwer, 2017, e "Articoli, saggetti e commenti di litigation internazionale apparsi in dieci anni di Int'l Lis. Vol. II – Annate 2006-2011", a cura di Claudio Consolo assieme a Marcello Stella, Cedam-Wolters Kluwer, 2018.

¹ Dalla nascita la Rivista si avvale della preziosa collaborazione di Marco De Cristofaro (Capo-redattore, redazione patavina), Elena Merlin (redazione milanese) Marino Marinelli (redazione trentina), Antonio Carratta (redazione romana), Remo Caponi (redazione fiorentina), Elena D'Alessandro (redazione pisana), Marcello Stella (redazione veronese) e dei seguenti corrispondenti esteri: Filip De Ly (Rotterdam), Frédérique Ferrand (Lione), Burkard Hess (Heidelberg), Sébastien Besson (Losanna), Emmanuel Guinchard (Newcastle), Antonio Gidi (Houston).

Hanno presieduto il Comitato dei *referees* Riccardo Luzzatto, Bruno Nascimbene e Nicolò Trocker.

Sono componenti della redazione veneta: Marcella Negri, Laura Baccaglini, Beatrice Zuffi, Luca Penasa; e della redazione lombarda: Elena D'Alessandro, Albert Henke, Marcello Stella.

Segretari di redazione, nel tempo: Tania Kofler, Beatrice Zuffi, Luca Penasa, Marcello Stella.

**L'ISTITUTO DELLA CONTUMACIA
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E *BEYOND*
PASSATO, PRESENTE E FUTURO**

a cura di
ANNALISA CIAMPI

Progetto di Ricerca di Base 2017 *'Default Judgments and the Rights of Defence in Brussels I-bis Regulation - Decisioni contumaciali e diritto di difesa nel Regolamento Bruxelles I-bis'* (DefaultDecisionDefence), Università degli Studi di Verona

Copyright 2024 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via Bisceglie n. 66, 20152 Milano

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org

Questo titolo può essere acquistato direttamente su shop.wki.it

You can buy this book directly on shop.wki.it

L'Editore acconsente alla pubblicazione dell'Opera in Open Access negli archivi istituzionali delle Università e del Ministero dell'Università e Ricerca a fini di ricerca scientifica e di consultazione al pubblico.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato da GECA s.r.l.
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

INDICE SOMMARIO

Presentazione

La Collana monografica si arricchisce con un tema caro alla Rivista (da cui proviene): contumacia e condanne non motivate o financo senza giudizio

di Claudio Consolo

1. La nascita di Int'l Lis e il suo proposito: osservatorio del diritto processuale civile internazionale, avamposto dei valori del giusto processo..... XIII
2. La Rivista continua ora la sua opera con le monografie della omonima Collana, sui temi classici del diritto processuale internazionale e sulle nuove forme di tutela dei diritti..... XIV
3. Un istituto, la contumacia, e un caso transnazionale, Gambazzi, rivelatori dei conflitti di valori tra i sistemi moderni della giustizia civile XVII
4. (*segue*) ... radicati nella loro storia, tradizioni, convinzioni etico-religiose, oltre che nel rapporto tra economia e processo..... XX
5. Nell'arbitrato internazionale le inflessioni a certe latitudini autoritarie nei riguardi del contumace cedono al valore del contraddittorio, nel superiore interesse (anche degli stessi arbitri) alla più vasta riconoscibilità della sentenza arbitrale XXII
6. Il recupero di centralità del diritto (non obbligo) di difesa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia per ora prorompe soltanto nella litigation consumeristicobancaria..... XXIV

INTRODUZIONE

LA CONTUMACIA NELLE ESPERIENZE NAZIONALI E *PARTY DEFAULT* NEL CONTENZIOSO INTERNAZIONALE FRA STATI

di Annalisa Ciampi

1. La premessa	1
2. Le ragioni del volume.....	4
3. Breve <i>excursus</i> sulla contumacia dinanzi ai giudici internazionali	5
4. Considerazioni d'insieme.....	16
5. Ringraziamenti	21

CAPITOLO I

PRESUPPOSTI E RIMEDI NEI CONFRONTI DEL CONVENUTO 'NON COLLABORATIVO' NEL PROCESSO CIVILE ROMANO

di Marta Beghini

1. Introduzione.....	23
2. 'Modello collaborativo' dentro il processo civile romano: contorni	24
3. La cooperazione del convenuto all'introduzione del giudizio entro i confini della procedura formulare: un <i>focus</i> sulla fase <i>in iure</i>	27
4. Attività-inattività del convenuto nell'ipotesi di <i>actio in rem</i> avente per oggetto una cosa mobile: Ulp. 24 ad ed. 10.4.5.3	30
5. Attività-inattività del convenuto nell'ipotesi di <i>actio in rem</i> avente per oggetto una cosa immobile: Iul. 9 dig. D. 10.4.8	35
6. Considerazioni di sintesi.....	37

CAPITOLO II

**«*ONUS PROBANDI INCUMBIT EI QUI NEGAT*»
ETEROGENESI E PALINGENESI DELL'ONERE DELLA PROVA
E DELLA CONTUMACIA**

di Alberto M. Tedoldi

1. <i>Onus probandi</i> e contumacia tra <i>ficta contestatio</i> e <i>ficta confessio</i>	41
--	----

2.	Onere della prova e libero convincimento del giudice, ovvero: « <i>la contradizion che nol consente</i> ».....	43
3.	Breve storia dell'onere della prova.....	46
4.	Utopia positivista e semplificazione analitica della fattispecie ex art. 2697 c.c.	49
5.	<i>Accusatio germanico more</i> e 'sentenza di prova' (<i>Beweisurteil</i>).....	52
6.	Superamento del dogma dell'onere della prova nella post-modernità liquida e asimmetrica.....	57
7.	La contumacia <i>gallico et italico more è ficta contestatio</i>	63
8.	La contumacia <i>germanico more è ficta confessio</i>	68
9.	La contumacia <i>britannico more è inoboedientia regi</i>	71
10.	Eterogenesi e palingenesi dell'onere della prova e della contumacia.....	74

CAPITOLO III

LA DISCIPLINA ITALIANA DELLA CONTUMACIA NEL PROCESSO CIVILE: SPUNTI COMPARATIVISTICI PER UNA SUA EVOLUZIONE

di Beatrice Zuffi

1.	Breve premessa sulla disciplina della contumacia in prospettiva comparatistica.....	81
2.	L'equilibrato modello di <i>ficta confessio</i> proprio dell'esperienza tedesca, austriaca e svizzera.....	84
3.	La versione esasperata del meccanismo di automatico accoglimento della domanda insito nel <i>default judgment</i> inglese.....	89
4.	La soluzione liberale della <i>ficta litiscontestatio</i> adottata in Francia.....	92
5.	(<i>segue</i>) in Spagna.....	96
6.	...ed in Italia: gli artt. 290-294 c.p.c.....	101
7.	(<i>segue</i>) Il dirimpente impatto dell'onere di contestazione e la conseguente sperequazione tra parte costituita e contumace. I successivi (vani) tentativi di superare il mito della neutralità della contumacia.....	108
8.	La <i>default of appearance</i> nella regolamentazione transnazionale: la convergenza verso la contumacia quale fattore di semplificazione procedimentale.....	114
9.	Le possibilità di un'interpretazione evolutiva delle norme attualmente vigenti nel nostro ordinamento.....	117
10.	Auspici <i>de iure condendo</i> anche alla luce della giurisprudenza della CGUE volta a garantire l'effettività della tutela del consumatore.....	125

CAPITOLO IV

PROCESSO CONTUMACIALE E *DEFAULT JUDGMENTS*
NELLO SPECCHIO DEL *FAIR TRIAL* EUROPEO

di Marcello Stella

1. La contumacia nei diritti processuali dell'Europa continentale	129
2. (<i>segue</i>) Reminiscenze della <i>litis contestatio</i> nel <i>droit coutumier</i> e loro progressivo abbandono nella lezione francese sul processo contumaciale	137
3. Assenza di una figura equipollente alla contumacia nel processo di <i>common law</i> , dove è tuttora fatto obbligo di partecipazione attiva alle parti del processo	143
4. Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni contumaciali e in particolare della condanna in <i>default</i> nello spazio giudiziario europeo	147
5. La «eterointegrazione» del titolo esecutivo, solo nominalmente giudiziale, costituito dalla condanna in <i>default</i> , nella giurisprudenza pragmatica (ma insostenibilmente contraria al divieto di riesame nel merito, di fonte convenzionale ed eurounitaria) della <i>Cour de cassation</i> francese.....	150
6. Un caso clinico: espulsione forzata del convenuto dal contraddittorio, <i>fictio</i> sanzionatoria di <i>indefensio</i> e consequenziale condanna automatica, senza esame della domanda nel merito, <i>by default</i>	153
7. (<i>segue</i>) Le giuste perplessità della Corte d'appello di Milano e l'opinabile responso della Corte di Giustizia nel caso <i>Gambazzi</i> , alla insegna del sindacato di proporzionalità della compressione del diritto di difesa.....	155
8. Limitazioni, legali, giudiziali o pattizie, del diritto di difesa e riconoscimento delle decisioni negli arresti successivi della Cassazione italiana	159
9. (<i>segue</i>) ...e della Corte di Giustizia nell'immediato dopo Brexit	161
10. Conclusioni: le implicazioni della garanzia della rilevabilità d'ufficio di questioni di norme di diritto comunitario di ordine pubblico, sostanziale o processuale, quale limite alla <i>finality</i> di provvedimenti sommari non cautelari <i>sine cognitio- ne</i>	162
11. (<i>segue</i>) La disciplina della c.d. «contumacia europea» non consente di revocare in dubbio il giudizio di incompatibilità con l'ordine pubblico processuale italiano di condanne in <i>default</i> , del resto oggetto di ripensamento anche nell'ordinamento statunitense.....	164

CAPITOLO V

**LE DECISIONI CONTUMACIALI E IL DIRITTO DI DIFESA
ALLA PROVA DEL PRINCIPIO DEL MUTUO RICONOSCIMENTO
E DEL REGOLAMENTO UE 1215/2012 (BRUXELLES I-BIS)**

di Gian Marco Sacchetto

1. Considerazioni introduttive.....	175
2. La circolazione delle decisioni contumaciali nello spazio giudiziario europeo.....	179
3. La nozione di ‘decisione’ suscettibile di circolare nello spazio giuridico europeo, con particolare riferimento alle decisioni contumaciali.....	183
4. La prova della ‘possibilità di impugnare’: il ruolo fondamentale della comunicazione e/o notificazione della decisione e l’effettività dei rimedi giurisdizionali esistenti nello Stato membro di origine.....	187
5. Dalla teoria alla prassi: brevi spunti riflessivi a margine dei risultati del Questionario sull’effettivo impatto delle decisioni contumaciali, con riferimento particolare ai motivi ostativi.....	192

CAPITOLO VI

**DIRITTI DI DIFESA DEL CONTUMACE E ORDINE PUBBLICO
PROCESSUALE NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO DOPO
IL CASO GAMBAZZI**

di Ornella Feraci

1. La struttura binaria della tutela del convenuto contumace nel sistema Bruxelles I-bis.....	197
2. Un’analisi diacronica dei due binari di tutela offerti dal diritto processuale europeo tra elementi di discontinuità e continuità.....	200
3. Gli orientamenti consolidati della Corte di giustizia dell’Unione Europea nell’interpretazione della nozione di ordine pubblico processuale.....	204
4. Il test della proporzionalità e la soluzione del bilanciamento valoriale enunciati dalla sentenza <i>Gambazzi</i>	208
5. Le implicazioni di una lettura dell’ordine pubblico processuale in chiave di ordine pubblico dell’Unione Europea.....	213
6. Considerazioni finali tra passato e futuro.....	224

CAPITOLO VII

**RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE ONLINE
E COMPORTAMENTI OSTATIVI**

di Giulia Bazzoni

1.	La ‘maggior tutela’ consumeristica	227
2.	Il Pacchetto della Direttiva ADR e del Regolamento ODR Online	230
3.	Caratteristiche delle Procedure ADR e ODR	233
4.	La quarta parte del procedimento	237
5.	Implicazioni dell’inattività del professionista sulla volonta- rietà del procedimento	242
6.	Note conclusive: verso altre vie risolutive?.....	246

CAPITOLO VIII

**LA DISCIPLINA DELL’ASSENZA TRA ESIGENZE PARTECIPATIVE
DELL’IMPUTATO E DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA
DEL DIVIETO DI TORTURA**

di Stella Romano

1.	L’evoluzione dell’istituto della contumacia nel processo pe- nale in Italia	249
2.	La dichiarazione di assenza secondo le linee direttrici della riforma Cartabia	254
3.	La pronuncia della Corte costituzionale nel caso <i>Regeni</i>	258
4.	Possibili criticità alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo	266
5.	Il difficile bilanciamento tra le garanzie partecipative del- l’imputato e l’effettività di tutela della vittima del delitto di tortura	269
6.	Considerazioni conclusive.....	271

AUTORI

- **GIULIA BAZZONI**, Assegnista di ricerca in Diritto Internazionale, Università degli Studi di Verona
- **MARTA BEGHINI**, Ricercatrice di tipo A di Diritto Romano, Università degli Studi Roma Tre
- **ANNALISA CIAMPI**, Professoressa Ordinaria di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Verona
- **ORNELLA FERACI**, Professoressa Associata di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Siena
- **STELLA ROMANO**, Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna
- **GIAN MARCO SACCHETTO**, Dottorando di ricerca in Diritto Processuale civile, Università degli Studi di Verona
- **MARCELLO STELLA**, Professore Associato di Diritto Processuale civile, Università degli Studi di Napoli Federico II
- **ALBERTO MARIA TEDOLDI**, Professore Ordinario di Diritto Processuale civile, Università degli Studi di Verona
- **BEATRICE ZUFFI**, Professoressa Associata di Diritto Processuale civile, Università degli Studi di Padova

Presentazione

La Collana monografica si arricchisce con un tema caro alla Rivista (da cui proviene): contumacia e condanne non motivate o financo senza giudizio

SOMMARIO: 1. La nascita di *Int'l Lis* e il suo proposito: osservatorio del diritto processuale civile internazionale, avamposto dei valori del giusto processo. – 2. La Rivista continua ora la sua opera con le monografie della omonima Collana, sui temi classici del diritto processuale internazionale e sulle nuove forme di tutela dei diritti. – 3. Un istituto, la contumacia, e un caso transnazionale, *Gambazzi*, rivelatori dei conflitti di valori tra i sistemi moderni della giustizia civile ... – 4. (*segue*) ... radicati nella loro storia, tradizioni, convinzioni etico-religiose, oltre che nel rapporto tra economia e processo. – 5. Nell'arbitrato internazionale le inflessioni a certe latitudini autoritarie nei riguardi del contumace cedono al valore del contraddittorio, nel superiore interesse (anche degli stessi arbitri) alla più vasta riconoscibilità della sentenza arbitrale. – 6. Il recupero di centralità del diritto (non obbligo) di difesa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia per ora prorompe soltanto nella *litigation* consumeristico-bancaria.

1. La nascita di Int'l Lis e il suo proposito: osservatorio del diritto processuale civile internazionale, avamposto dei valori del giusto processo

Il volume che qui si presenta è il decimo della Collana «*Le monografie di Int'l Lis*» e, con ricchi e pluriangolati apporti, concerne (attraverso i frutti di una ricerca coordinata dalla Professoressa Annalisa Ciampi presso l'Università di Verona) un istituto, la contumacia della parte (nel processo civile, ma non solo), e il fenomeno della circolazione di condanne automatiche e prive di motivazione (condanne cui presso alcuni ordinamenti

la contumacia può tuttora dare luogo), che mostra esemplarmente come la omologazione processuale, pur sotto l'egida dei valori comuni Cedu, sia ben lungi dal potersi dire totale o profonda anche solo in Europa, dando ragione al tempo stesso di molti penetranti contributi, da tali avvincenti tematiche sollecitati, apparsi negli anni sulla Rivista *Int'l Lis* (ed ovviamente anche sulla classica *Riv. di dir. internaz. priv. e proc.*).

La Rivista nacque nel 2002, all'inizio come supplemento de «*Il Corriere Giuridico*». Nel 2008 divenne testata autonoma a cadenza trimestrale, unica in Italia ad occuparsi specificamente, con snello approccio pratico-clinico, seppur non senza qualche ambizione «culturale», di *conflicts of procedures*, e in generale dei problemi di diritto processuale internazionale e di *litigation cross-border*. In seguito, nonostante il successo della rivista (fascia A, etc.), nel 2016 l'editore ci propose di renderla elettronica ed io che ne ero il fondatore e direttore decisi, a quel punto, che la fatica di «costruirla», notevolissima, non era ripagata dal divenire la ennesima rivista online. Perché le riviste online, non di rado, si scorrono di tanto in tanto, spesso nelle ore più improbabili e nelle notti insonni, ma non partecipano appieno all'edificazione del «lascito editoriale» al quale, ancora per qualche anno, noi ci sentivamo legati ed obbligati a dare impulso.

Per cui da qualche anno *Int'l Lis*, dal sottoscritto fondata e diretta, e coordinata per dieci anni insieme a Marco De Cristofaro, con l'aiuto valente di tanti giovani, con consonanze di metodo molto spesso formatisi alla «scuola padovana», non esce più. C'è da sperare, però – visto il nutrito numero di casi importantissimi e problemi con cui gli operatori, magistrati e avvocati, non solo di grossi studi internazionali, sono quotidianamente chiamati a misurarsi – che possa rinascere una rivista in qualche modo di concezione analoga e che si ispiri per certi versi dunque alla longeva *IPRax* tedesca, e voglia essere non accademicamente conservativa ma pulsante, pratica e clinica. Una rivista che possa rinascere direttamente in inglese con un editore internazionale di larghe vedute e con collaboratori non solo, evidentemente, italiani.

La più grande e miglior parte fra i contributi ed i materiali pubblicati, nell'arco di quasi tre lustri su *Int'l Lis*, si trovano og-

gi raccolti in tre volumi. I due più recenti, col titolo «*Articoli, saggetti e commenti di litigation internazionale*» (vol. I, annate 2012-2016; vol. II, annate 2006-2011), ospitati nella omonima Collana. Le prime annate apparse invece nel volume «*Il diritto processuale civile internazionale visto da Int'l Lis dal 2002 ad oggi*», a cura di Claudio Consolo e Marco De Cristofaro, Kluwer Ipsoa, 2006, con presentazione di Guido Alpa.

2. *La Rivista continua ora la sua opera con le monografie della omonima Collana, sui temi classici del diritto processuale internazionale e sulle nuove forme di tutela dei diritti.*

Tale premessa si da giustificare il richiamo alla serie di libri, in forma di biblioteca, editi appunto nella Collana delle monografie di *Int'l Lis*, diretta assieme a Nicolò Trocker, grandissimo esperto di diritto processuale comparato. Si tratta di volumi interessanti per gli accademici, ma anche per i magistrati e gli avvocati, che affrontano, sovente con metodo interdisciplinare e capillare attenzione per lo stato dell'arte della giurisprudenza nei principali paesi, nuovi istituti affioranti nel diritto processuale moderno e nel contiguo settore delle *adr* e temi all'incrocio tra diritto processuale classico, comparato e internazionale processuale.

Il primo volume, in linea con le aspirazioni della nuova Collana, è quello scritto a quattro mani assieme a Beatrice Zuffi, su «*L'azione di classe ex art. 140 codice consumo*» (2012), con prefazione di Francesco Galgano, cui il volume è dedicato. Sono seguite due monografie di Luca Penasa, entrambe sul tema de «*Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*» (2012 e 2017) e lo studio di Marcello Stella, esso pure in due volumi (2020 e 2023), dedicato ai «*Profili processuali degli illeciti via internet*». Oltre alla raccolta in due tomi delle annate di *Int'l Lis*, già ricordata.

Nel 2016 la giovane ma già ricca Collana parve collocazione naturale per il libro-cronaca a cura di Elena Benigni, Elena D'Alessandro e Margherita Salvadori, ben indicativamente intitolato «*Il processo civile inglese fra diritti e doveri dei convenuti stranieri*» ed interamente dedicato al caso *Gambazzi*, che

solo pochi anni prima aveva avuto il suo epilogo, sul versante italiano del giudizio di opposizione al riconoscimento di una condanna inglese *by (debarment and) default*.

Il quale libro, che molto rileva per il tema del presente volume, pure esso collettaneo, ha una realistica prefazione dell'amico Sergio Chiarloni, e la caratteristica di avere un'appendice informatica con tutti gli atti del processo *Gambazzi* in Inghilterra, come pure i numerosi pareri *pro veritate* offerti da eminenti giuristi inglesi come Neil Andrews o Adrian Briggs, *non plus ultra* del diritto processuale internazionale in Inghilterra, anche perché il secondo curava il più famoso *treaty* in materia che è il Dicey, Morris, Collins, *The Conflict of Laws* (i pareri dei proff. Andrews, della Università di Cambridge, e Briggs, della Università di Oxford, sono editi anche in *Int'l Lis*, fasc. 1, 2010/2011, pp. 26-43.: ebbene, mentre il parere del prof. Andrews, con misurato *understatement*, conclude che, dopotutto, non sarebbe «shocking if a court in another Member State were to take the view that the recognition of a judgment obtained in such circumstances was contrary to its public policy», il parere del prof. Briggs non lesina critiche al procedimento inglese cui aveva messo capo la condanna *by default* nel caso *Gambazzi*, definito un esempio di «defective, draconian and disproportionate English process»).

Questi pareri erano tutti abbastanza espliciti e affidabili, sebbene richiesti dalla parte. Infatti, erano resi tutti sotto quella formula di sostanziale giuramento di adesione alla propria convinzione scientifica che li rende un documento molto impegnativo sul piano professionale, morale ma anche giuridico, perché una eventuale violazione dell'obbligo di sincerità nella resa di un parere *pro veritate* all'interno di un processo inglese è anch'essa una fonte dell'istituto interessante, ma anche così minaccioso, del *civil contempt of court*.

3. *Un istituto, la contumacia, e un caso transnazionale, Gambazzi, rivelatori dei conflitti di valori tra i sistemi moderni della giustizia civile ...*

A rendere incomprensibili ai giuristi italiani i risvolti pro-

cessuali delle vicende che si trovavano illustrate in quel libro, e che tuttora sono tema di indagine scientifica, anche nelle sue premesse storico-giuridiche, di molti dei contributi raccolti nel volume che qui si presenta, è il retroterra culturale, istituzionale, socio-economico, che caratterizza l'esperienza processuale anglosassone.

In Inghilterra – o comunque nei paesi che hanno mutuato le sue stesse regole, come Malta, Cipro o la stessa India – non c'è mai stata una cesura culturale, intellettuale ma anche civilizzatrice proprie di un illuminismo giuridico e di una Rivoluzione francese giuridica. Questo rende l'ordinamento inglese un ordinamento che ha una affascinante ma anche anacronistica continuità con il Medioevo, con taluni suoi caratteri specifici curvati da tempo a nuove profittevoli funzioni.

Istituti come il *debarment* e il *default* hanno le proprie radici nell'epoca di formazione del *common law*. Vale a dire nel quattordicesimo, quindicesimo e sedicesimo secolo. Infatti, sono tutti istituti che richiamano l'idea di una sovranità monarchica estremamente forte, perché nata pochi decenni dopo la conquista normanna. È chiaro che attualmente la sovranità non è più monarchica ma democratica, eppure il processo continua ad affidarsi ad uno strumentario che riposa sull'idea di totale soggezione delle parti al giudice, quale manifestazione terrena e mondana della sovranità e, in particolare, della sovranità del re. Un re che non ammette disobbedienza. E che predilige il duello giudiziario per decidere le liti.

L'istituto del *contempt of court* si salda con il dovere generale di obbedienza che, evidentemente, al contrario, nei paesi che hanno avuto la cultura illuministica e che poi hanno potuto ereditare il retaggio della Rivoluzione francese non ha avuto invece spazio per porsi. La cultura giuridica giacobina era sì per certi versi autoritaria, ma solo in uno strato superficiale. Pure questo sfumò nella esportazione europea (e italiana) e poi nell'età della Restaurazione.

Negli ordinamenti continentali, e in particolare nel nostro, non esiste un dovere di verità forte ai propri danni. Non esiste, in particolare, quella sorta di «dovere di confessione» eventualmente della propria responsabilità che invece, in sostanza, in-

nerva il processo civile inglese. Ed è la ragione per cui i processi dell'Europa meridionale non vengono considerati dai giuristi dell'Europa settentrionale muniti di sufficiente *integrity*. La Germania, per ragioni sia storico-politiche sia storico-religiose, ha un ruolo intermedio, ma sembrerebbe reindirizzarsi verso una qualche riaffermazione del *Wahrheitspflicht*, per effetto però ora di un diverso fattore, e così del traino che sulla cultura tedesca ha il modello anglo-americano, che questo dovere di verità ammette istituzionalmente proprio per rifrazione di quel rapporto fra *barristers* e giudici (del dittico solidare *bar and bench*) nel calare nel mondo della giustizia la coscienza del Sovrano e le ragioni di portata collettiva che essa modernamente viene ad esprimere. Negli Usa giocano però molte altre variabili, sia generali sia locali.

Un processo in contumacia, in Inghilterra, molto semplicemente non può svolgersi, come non poteva in effetti svolgersi neppure nel processo formulare romano, in cui la disciplina della *indefensio* quale rifiuto ad *accipere iudicium* (specie, ma non solo, nelle azioni *in personam*) mostra la trama di una cognizione pubblico-privata con efficacia novativa, nata come limite ad un potere di esecuzione forzata privata e possibile solo in contraddittorio. Nell'obbligo del convenuto di partecipare al processo (lo nota Kengyel, *Rechtsschutzanspruch und Rechtsschutzbedürfnis. Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, in *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata*, 1987, 6-7, ricordando passi di Degenkolb, *Einlassungszwang und Urteilsnorm. Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen*, Lipsia 1877, 31-32) scorgendosi il rovescio, dal lato passivo, del nascente e pubblicistico diritto soggettivo di azione (*Klagerecht*). Si può solo speculare che un tale obbligo fosse funzionalizzato a facilitare la esecuzione (tutt'altro che simbolicamente, se la *res litigiosa* fosse un bene mobile) o comunque a suggellare la scelta dell'attore di ottenere tutela per la via giurisdizionale, anziché ricorrendo al *Selbsthilfe*, vietato solo nella età classica avanzata. Quello della intima *ratio* dell'obbligo di comparizione del convenuto a pena di soccombenza istantanea, a quanto pare già presente all'epoca delle XII Tavole, rimane uno degli aspetti più affasci-

nanti e al tempo sfuggenti del processo romano, specie agli occhi dei giuristi moderni, abituati al sistema di tutela statale obbligatoria capace di ovviare al difetto di cooperazione (processuale ed extra-processuale) del convenuto/debitore renitente. Stranamente questo aspetto è poco approfondito in una delle prime monografie italiane sul tema (F. Filomusi Guelfi, *Il processo civile contumaciale nel diritto romano*, Napoli 1873, 23 ss.).

L'*imperium* puro non ebbe bisogno del consenso dei singoli *cives*, la *iurisdictio* (che pur sullo *imperium* anch'essa, in ultimo, riposa) e questo probabilmente per ragioni religiose profonde (sottese anche all'abbandono della figura monarchica e all'affermarsi dei ritualismi dei *pontefices*: ma meriterebbe ricercare di più su questa possibile scaturigine), non può esercitarsi se non *inter volentes* in quanto lo *judex* non è un magistrato e neppure un organo della *Civitas* ma un *privatus* che riceve un mandato pubblico e privato ad un tempo.

In terra inglese questa analogia di fondo non dipese dal diritto canonico (che il processo contumaciale in linea di principio non lo ripudia), si però dalla presenza di giuristi canonisti nella *Chancery* ben consapevoli di quel tratto caratteristico del modello romanistico nella sua stagione e declinazione più autorevole (forse intravedendone i vantaggi non tanto per il monarca quanto per i baroni terrieri).

Si ha invece un certo tipo di condanna volta a punire e debellare il difetto di collaborazione, anche lieve, considerato comportamento assai grave ed intollerabile, che pone fuori gioco (fuori del recinto del duello) colui che lo ha posto in essere. E questa è tutt'altra cosa rispetto alla condanna contumaciale, magari a cognizione incompleta o in vario senso sommaria, come quella prevista, sulla scia francese, dal vecchio codice di rito italiano. È tutt'altra, e ben diversa, cosa attinente alla sanzione e al deterrente.

4. (*Segue*) ... *radicati nella loro storia, tradizioni, convinzioni etico-religiose, oltre che nel rapporto tra economia e processo.*

Nel processo inglese è normale che venga chiesto al convenuto, ma anche all'attore talora, di produrre tutte le carte, compresi i propri taccuini e agende confidenziali, rilevanti in (latis-sima) relazione al *claim*. È considerata una richiesta normale. Se non si producono si incorre nel *debarment*, cioè si è esclusi dal processo, perché non si è mostrata fattivamente quella obbedienza alla Corte che è espressione dell'obbedienza al sovrano e neppure si è partecipati al duello con pieno candore.

Tutto questo è conosciuto dai cittadini inglesi, i quali sostanzialmente evitano di dover finire in un processo civile con ancor più cura di quanto evitino di finire in un processo penale. Sanno che un processo civile è più penoso e pericoloso del processo penale che li rovinerebbe, in effetti.

Gli stranieri non hanno invece questa percezione. Se non *post factum*. Motivo per cui capita che gli enti pubblici accettino derivati con giurisdizione pattizia inglese o, per fare un tutt'altro esempio, imprenditori serenamente esportino prodotti o anche solo abbiano una residenza secondaria in Inghilterra. E così facendo consentono il radicamento della giurisdizione in Inghilterra. Del resto, lo sport preferito – dopo che la caccia alla volpe è in declino – dei *barristers* o dei *solicitors* ma anche dei giudici della *High Court of Justice*, in particolare di quelli della *Business and Commercial Division* è quello di trovare un modo di assoggettare alla giurisdizione inglese qualsiasi straniero che tenta di sottrarvisi.

Questo lo ha detto non qualche osservatore non inglese malizioso, ma tre lustri fa, circa, il *Master of the Rolls* (Phillips o Clarke, non ricordo bene), il magistrato che sostanzialmente è il secondo o terzo nella gerarchia giudiziaria inglese, in uno dei suoi discorsi. Egli disse, in particolare, che si tratta di uno dei loro sport preferiti trovare un modo per radicare la giurisdizione nei confronti di qualche ricco o molto ricco straniero che magari cerchi di sottrarvisi, non avendo una propensione spontanea ad assoggettarsi alla sovranità inglese.

E quindi si tratta di un processo in cui è del tutto normale

credere che se un convenuto sa di essere responsabile debba dichiararlo per evitare un carico di spese notevolissime. Spese che, nel corso del processo, molto spesso duplica, triplica o comunque moltiplica di molto il montante di capitale in discussione. Ecco l'elefante nella stanza del processo inglese: la sua costosità. Adrian Zuckerman ne fece una battagliera *issue* (sui *costs* per l'appunto; non però sul *debarment*, dal punto di vista conservatore di quell'A. neppure percepito come una sanzione in senso tecnico: «the exclusion from the adjudicative process of a party who failed to comply with the rules is not a punishment but a mere consequence of failing to meet the conditions of participation»: *Id.*, *Must a fraudulent litigant be allowed to think: if the fraud is successful, I will gain much; if it is not, I will still recover my legitimate claim?*, in *CJQ*, 2011, 1 ss., 10) ma neppure dopo la *Woolf Reform* le cose davvero cambiarono.

Un grado di giudizio può costare uno, due o anche tre milioni di sterline, mentre la stessa fase di eccezione di giurisdizione che loro chiamano indicativamente *challenge of jurisdiction*, può costare da sola 400.000-500.000 sterline e viene celebrata prima della causa di merito.

Nel caso *Gambazzi*, il più celebre di condanna immotivata destinata a «circolare», notevole fu che la *challenge of jurisdiction* era ancora in corso, non decisa, quando fu assunta quella *freezing injunction* che si voleva fosse eseguita anche con riguardo ai nominativi dei clienti di questo avvocato. Non ha giovato, in quel caso, che i convenuti fossero avvocati d'affari e imprenditori importanti. Era quella un'epoca in cui l'idea della *comity* giurisdizionale internazionale era particolarmente suadente agli orecchi di molti giudici – tra cui la stessa Corte di giustizia o la nostra Corte di Cassazione. Anche la Corte d'Appello di Milano non era fortemente schierata, ma in un secondo momento si è schierata. Ci fu un unico Stato *infra* UE, per quel che ricordo, che non riconobbe quella condanna da circa cento milioni di dollari dell'epoca, a favore del fondo pensione della Chrysler basata puramente sull'affermazione del preteso creditore. Fu il Principato di Monaco. Ordinamento che, al pari di quello inglese, o forse addirittura di più, mette la percezione

dell'importanza degli scambi economici-finanziari al centro e baricentro delle sue considerazioni circa le ricadute giuridiche. In Francia nicchiarono parecchio, in Svizzera neppure riconobbero la condanna in *default*, al pari di Montecarlo.

5. *Nell'arbitrato internazionale le inflessioni a certe latitudini autoritarie nei riguardi del contumace cedono al valore del contraddittorio, nel superiore interesse (anche degli stessi arbitri) alla più vasta riconoscibilità della sentenza arbitrale.*

Rimarrebbe ancora scoperto il tema, da esaminare quasi in giustapposizione rispetto al processo davanti al giudice statale munito di *imperium*, del rapporto tra contumacia e arbitrato. Sia interno (rituale e negoziale) sia internazionale.

Problema anch'esso risalente. Già sotto il vigore del c.p.c. del 1865, per vero, si discuteva se la opposizione contro le sentenze contumaciali fosse esperibile nei riguardi di lodi stranieri da parte del convenuto rimasto assente nel procedimento arbitrale all'estero (A. Parrella, *La contumacia nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, 305 ss. e, *amplius*, Mortara).

Secondo l'opinione oggi prevalente, cui si può sostanzialmente aderire, l'istituto della contumacia, così come disciplinato dal c.p.c., non è compatibile con l'arbitrato rituale. Tanto meno può esserlo con l'arbitrato negoziale. Nel giudizio arbitrale, non vi è un onere di costituzione delle parti in senso tecnico-processuale. Ben può capitare tuttavia che, dopo la notificazione della domanda arbitrale, il convenuto o talora persino l'attore scelgano di disinteressarsi del procedimento e di non partecipare attivamente ad esso.

Secondo alcuni, dovrebbe in tale evenienza anomala poter trovare applicazione, in via analogica, l'art. 292 c.p.c. E in questo senso inclina pure la giurisprudenza della S.C. Secondo l'indirizzo giurisprudenziale invalso, tuttavia, solo la mancata notificazione degli atti espressamente contemplati dall'art. 292 c.p.c. rifluirà nel motivo di nullità del lodo previsto dall'art. 829, n. 9, c.p.c.

A noi pare, invece, che i pregnanti obblighi informativi e

doveri di protezione gravanti sugli arbitri-mandatari nei confronti delle parti loro mandanti inducano ad estendere il novero degli atti del processo arbitrale da portare a conoscenza della parte assente, anche se diversi da atti contenenti domande nuove. Alludo al verbale di costituzione del collegio arbitrale, che potrà talora fissare la sede dell'arbitrato, se non vi abbiano già provveduto le parti nella convenzione arbitrale, con tutto ciò che ne consegue; alle dichiarazioni da parte degli arbitri di circostanze sopravvenute alla accettazione della nomina ai sensi dell'art. 813 c.p.c., e che ben potrebbero innescare il procedimento di decadenza o di ricusazione; alla proroga del termine per la pronuncia del lodo, se il consenso sia stato manifestato dalle sole parti presenti alla udienza fissata dagli arbitri.

Va tenuto presente che l'art. 813-*ter* c.p.c. disciplina tassativamente le ipotesi di responsabilità degli arbitri, e la dolosa o inescusabilmente negligente omissione o compimento tardivo di «atti dovuti» – e sempre che quelli testé menzionati rientrino in tale definizione – può essere fonte di responsabilità per gli arbitri.

Rispetto a eventuali istanze di pronuncia di ordinanze anticipatorie (es. *ex art.* 186-*bis* c.p.c. o 186-*ter* c.p.c.) parrebbe invece in radice da escludersi un obbligo di informare la parte assente. E tanto in ragione della incompatibilità di tali forme di tutela interinale sommaria col processo di arbitrato rituale. In particolare, per quanto concerne le nuove ordinanze definitive di cui agli artt. 183-*ter* e 183-*quater* c.p.c., l'incompatibilità con l'arbitrato rituale discende dalla loro inidoneità al giudicato sostanziale. La chiusura del processo arbitrale mediante un provvedimento diverso da un lodo idoneo a produrre gli stessi effetti della sentenza del giudice togato ai sensi dell'art. 824-*bis* c.p.c. sarebbe eminentemente contraria alla volontà espressa dai compromittenti nella convenzione per arbitrato rituale. Quanto alla mancata notificazione della domanda arbitrale al convenuto, l'opposizione di terzo *ex art.* 831 c.p.c. andrà esclusa, tenuto conto che l'art. 829, n. 9, c.p.c. prevede come motivo di nullità del lodo la violazione del contraddittorio (in ipotesi neppure instaurato), fermo che il termine inizierà a decorrere solo a par-

tire dal momento in cui la parte abbia conoscenza del lodo che ha deciso sulla domanda non notificata.

Soprattutto si discute oggi se l'inerzia della parte destinataria di domande esorbitanti dai limiti oggettivi della convenzione arbitrale sia sufficiente a fondare la *potestas iudicandi* degli arbitri, al pari della ipotesi tipica di mancata sollevazione della eccezione di incompetenza degli arbitri da parte del convenuto, che si sia però altrimenti difeso (art. 817 c.p.c.). Anche questo pare da negare.

Evenienze, a certe latitudini del tutto consuete, quali l'accoglimento automatico della domanda nei confronti del convenuto assente raramente avranno a manifestarsi nel processo arbitrale. Nel bilanciamento tra diritto individuale di difesa e interesse pubblico alla ragionevole durata del processo, le soluzioni estremizzanti vanno evitate e probabilmente è da preferire la via mediana, alla tedesca tanto per esser chiari, che alla contumacia di una parte si limita ad associare l'effetto della non contestazione dei fatti allegati dall'avversario, ma certamente non dispensa il giudicante, pubblico o privato, dal dovere di decidere nel merito previo approfondito esame delle questioni di diritto e anche di fatto. La non contestazione semplifica grandemente il giudizio di fatto ma non certo può elidere *tout court* il compito affidato al giudicante. Un lodo non motivato e non preceduto dall'esame della domanda nel merito verosimilmente incorrerà nel diniego di riconoscimento in altri stati. A differenza delle sentenze togate per le quali, specie in contesti macroregionali politicamente coesi, come si è detto, la via del riconoscimento è pressoché spianata, alla insegna della mutua fiducia tra gli ordinamenti processuali (tutt'altro che omogenei però).

6. *Il recupero di centralità del diritto (non obbligo) di difesa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia per ora promossa soltanto nella litigation consumeristico-bancaria.*

Quell'epoca di liliata apertura ad esiti giudiziari anomali (secondo buoni e retti principii), peraltro, ho l'impressione che stia per finire.

Esistono le ere giudiziarie, e quella basata sulla larghissima

comity e fiducia è quasi completamente conclusa, da quando un certo tipo di globalizzazione finanziaria, ma anche giuridica e processuale, ha iniziato a mostrare la corda. Sostanzialmente dal 2010-2011 si sono recuperati approcci più selettivi e attenti. Ad iniziare dalla Corte di Lussemburgo.

Probabilmente il caso *Gambazzi* sarebbe oggi deciso diversamente non solo in Italia, ma anche in altri paesi che pure condividano un afflato di fondo al riconoscimento quasi inevitabile delle decisioni straniere, financo quando non davvero sentenze ma, sostanzialmente, decisioni punitive di tipo meramente stipulativo.

La discussione giuridica è davvero un derivato di considerazioni di tipo, innanzitutto, politico ed economico.

Dal punto di vista marxiano, il diritto processuale civile e, in particolare, quello internazionale non dovrebbero mai perdere di vista questi fattori o formanti di natura sovra-giuridica. Politica per un verso e globalizzazione capitalistica (ai cui fini certe figure del processo inglese si sono magnificamente integrate) per altro verso.

La crisi attuale, sostanzialmente, mostra come quei valori globalizzanti non erano poi così aurei e benefici e può portare a dei ripensamenti in casi simili a quello del *debarment* cautelar-istruttorio (v. *retro*) o in altri ancora. Laddove la Corte di Giustizia UE si convincerà che non può iper-tutelare solo i consumatori, cioè rendere i consumatori una categoria dei cittadini che godono di una tutela eccezionalmente ampia, e lasciare invece tutti gli altri cittadini diversi dai consumatori, come professionisti, imprenditori e società, o anche privati normali non in veste di consumatori, in una situazione in cui si ha un occhio così distratto, per profili fondamentali, quali quelli del giusto processo.

Oggi un decreto ingiuntivo non opposto, ottenuto e fatto divenire definitivo con varie tecniche da un creditore usurario ha molta più stabilità di quello che riscuote crediti al consumo, spesso reali e non gonfiati. La ipertutela del consumatore sul piano giuridico entro la UE, ormai ben più intensa di quella della concorrenza, sembra in sintesi rivelare una certa quale «coda di paglia».

Profili che vengono enunciati ma non introiettati ed implementati da circa 10 o 20 anni.

La lettura di questi contributi, di quelli che via via maggiormente interessano, aiuta a comprendere una esperienza che differisce talora profondamente dal mondo della giustizia civile cui fummo abituati: ma, si sa, il futuro da tempo non è più quello di una volta.

Claudio Consolo

INTRODUZIONE

LA CONTUMACIA NELLE ESPERIENZE NAZIONALI E PARTY DEFAULT NEL CONTENZIOSO INTERNAZIONALE FRA STATI

di Annalisa Ciampi

1. *La premessa*

Il volume affronta il tema della contumacia in una prospettiva storica e interdisciplinare.

Punto di partenza è la constatazione che la contumacia, intesa in senso ampio e a-tecnico come situazione o condizione di inattività di una parte chiamata a partecipare ad un procedimento, è presente in ogni ordinamento e tipo di giudizio.

Marta Beghini, nel suo contributo su *Presupposti e rimedi nei confronti del convenuto 'non collaborativo' nel processo civile romano* (Capitolo I), ricorda che: «Contumacia è un termine polisemico che, nel linguaggio comune ha in sé l'idea dell'insolenza dell'animo, della superbia, che sfocia nella disubbidienza; tale lemma, nella sua accezione processuale (l'unica, potremmo dire, ad oggi rimasta ferma), indica più propriamente l'ostinazione e il disprezzo sistematico del soggetto regolarmente citato in giudizio di presentarsi dinnanzi all'autorità giudiziaria che guida la lite».

«Nel sistema processuale civile italiano la contumacia viene definita come la situazione di inattività unilaterale conseguente al mancato esercizio del potere-onere di costituzione di una parte nel processo, nel contesto del generale principio della disponibilità della tutela giurisdizionale» (Beatrice Zuffi, *La disciplina italiana della contumacia nel processo civile: spunti comparatistici per una sua evoluzione*, Capitolo III). Nel nostro siste-

ma, al pari di quanto accade altrove, la contumacia è una situazione giuridica in cui può versare sia l'attore che il convenuto.

E ancora: «L'istituto della contumacia (dal latino *contemnerre*: disprezzare, disobbedire, ribellarsi) è inevitabilmente legato alla regola dell'onere della prova: se la contumacia implica contestazione (*litis contestatio*), l'attore ha l'onere di provare tutti i fatti costitutivi posti a fondamento della domanda; se la contumacia implica non contestazione (*ficta confessio*), l'attore è sollevato dall'onere di provare i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio, conseguendo la *relevatio ab onere probandi*». Così Alberto Tedoldi, «Onus probandi incumbit ei qui negat»: *eterogenesi e palingenesi dell'onere della prova e della contumacia*, Capitolo II.

La disciplina è diversa «tra ordinamenti processuali latini (francese, italiano e iberico) a origine romanistica, tradizione romano-canonica e derivazione francese, che trattano la contumacia come comportamento neutro, implicante la contestazione di tutti i fatti posti dall'attore a fondamento della domanda (c.d. *ficta litis contestatio*), e ordinamenti a matrice germanica e, in generale, nordica (tedesco, austriaco, inglese e statunitense), che scorgono nella contumacia una disobbedienza al potere sovrano (*inoboedientia regi*, *Ungehorsam*) e una mancata risposta all'accusa (*accusatio*, *Klage*), la quale impone al convenuto (*reus*, *Beklagte*) una pronta, netta e solenne reazione, sotto minatoria di implicita ammissione della verità dei fatti addotti dall'attore e di condanna contumaciale per omessa difesa e disobbedienza al potere costituito (*indefensio*, *Versäumnis*, *default*)» (sempre A. Tedoldi, Capitolo II).

Citando Calamandrei, Marcello Stella ricorda che «la parola *sententia* deriva da sentire e ha la stessa radice di sentimento» e aggiunge: «Sentimento ha strettamente a che fare con il giudizio di fatto, con la assunzione delle prove orali, preceduta dalle allegazioni (*olim* dalla *positio* dei fatti) delle parti, che vengono 'sentite' nel contraddittorio». Le pronunce rese in contumacia, invece, hanno «pochissimo a che fare con i sentimenti. E a ben guardare non sono neppure frutto di (precedute da) giudizio». Ciò può renderne problematici, fra l'altro, il riconoscimento e l'esecuzione in un ordinamento diverso da quello d'o-

rigine – anche quando la circolazione è destinata a svolgersi fra Stati membri dell’Unione europea, che in linea di principio condividono principi comuni in materia di giusto processo. Per tale ragione esse neppure sarebbero riconducibili alla pur latissima nozione autonoma di «decisione» accolta dai Reg. UE e faticosamente plasmata dalla Corte di giustizia dell’UE (*Processo contumaciale e default judgments nello specchio del fair trial europeo*, Capitolo IV). Da una prospettiva internazional-privatistica, Ornella Feraci ricostruisce la tutela del convenuto contumace nella giurisprudenza della Corte di giustizia in chiave di ordine pubblico dell’Unione Europea e sottolinea come, proprio in tema di condanne *by default*, la Corte UE abbia avvertito l’esigenza di affinare il *test* di proporzionalità tra la compressione del diritto di difesa del convenuto e l’interesse pubblico alla solerte amministrazione della giustizia, valorizzando in particolare il requisito che il convenuto goda di un rimedio «utile ed effettivo» nell’ordinamento di origine (sent. *Trade Agency*) (*Diritti di difesa del contumace e ordine pubblico processuale nello spazio giudiziario europeo dopo il caso Gambazzi*, Capitolo VI). Di libera circolazione delle pronunce contumaciali in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo, si occupa anche Gian Marco Sacchetto (*Le decisioni contumaciali e il diritto di difesa alla prova del principio del mutuo riconoscimento e del Regolamento UE 1215/2012 (Bruxelles I-bis)*, Capitolo V).

L’inattività di una delle parti ben può verificarsi anche nell’ambito dei procedimenti alternativi di risoluzione delle controversie (così detti ADR, acronimo di *Alternative Dispute Settlement*), che per definizione hanno carattere volontario, ivi comprese le moderne forme di risoluzione online, ove la volontà macchinica può sostituirsi al decidente, ma non alle parti stesse della controversia (su cui Giulia Bazzoni, *Risoluzione delle controversie online e comportamenti ostativi*, Capitolo VII).

La contumacia è configurabile, infine, nel processo penale, ove riceve regolamentazione diversa a seconda dei tempi e dei luoghi. Sull’evoluzione della disciplina italiana, dal codice di procedura penale del 1930 fino alla recente pronuncia additiva

della Corte costituzionale nel caso *Regeni*, riflette in questo volume Stella Romano (*La disciplina dell'assenza tra esigenze partecipative dell'imputato e di effettività della tutela del divieto di tortura*, Capitolo VIII).

2. *Le ragioni del volume*

L'onnipresenza e perennità della contumacia, intesa nel senso ampio di cui si è detto, è all'origine di questo volume: una riflessione a tutto campo da parte di studiosi delle diverse discipline interessate (diritto romano, diritto processuale civile, diritto internazionale, diritto privato, diritto costituzionale), a partire dall'ineluttabilità, per così dire, della scelta di chi si sottrae per le più varie ragioni, in tutto o in parte, ad un procedimento comunque instaurato.

Il volume nasce anche dal progetto di ricerca di cui sono stata responsabile scientifico 'Decisioni contumaciali e diritto di difesa nel Regolamento Bruxelles I-bis' (*DefaultDecisionDefence*), scritto insieme a Marcello Stella e finanziato dall'Università di Verona. Giulia Bazzoni, Marta Beghini, Gian Marco Sacchetto e Alberto Tedoldi hanno fatto parte del *team* di ricerca.

Con l'obiettivo di promuovere la corretta applicazione del Reg. UE 1215/2012, anche alla luce del rispetto dei diritti fondamentali (tra cui, ovviamente, il diritto di difesa), che grava sull'Unione Europea, oltre che sugli Stati membri, *DefaultDecisionDefence* si è occupato di analizzare gli effetti e le conseguenze legate alla mancata comparizione del convenuto sulla circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo, il modo in cui i rimedi disponibili in base alle leggi nazionali sono applicati dalle autorità giudiziarie degli Stati membri e la loro compatibilità con i requisiti dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

I risultati, anche empirici, della ricerca, anticipando in parte il contenuto di alcuni contributi confluiti in questo volume, sono stati presentati in un Seminario di Studi su 'L'Istituto della Contumacia nell'Ordinamento Italiano e *Beyond*. Passato, Presente e Futuro', tenutosi il 27 ottobre 2023 presso il Diparti-

mento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona, con il patrocinio, e alla presenza di oltre 120 avvocati, del Consiglio dell'Ordine di Verona.

Quel Seminario di Studi, insieme ai contributi qui raccolti, grazie alla partecipazione dei membri del *team* e l'arricchimento derivato dal coinvolgimento di colleghi che non avevano preso parte alla ricerca, sono stati per me l'occasione delle riflessioni che seguono – a partire da una breve rassegna sulle ipotesi di inattività o comunque non cooperazione della parte convenuta dinanzi ad un giudice internazionale sulla base del diritto internazionale pubblico.

3. *Breve excursus sulla contumacia dinanzi ai giudici internazionali*

Uno Stato in tanto può essere convenuto dinanzi ad un tribunale internazionale, in quanto esso stesso via abbia in una qualche forma – *ex ante* o *ex post* – consentito. La funzione giurisdizionale internazionale si basa infatti sul principio del consenso di ciascuno degli Stati parte della controversia – corollario, a sua volta, della sovrana uguaglianza degli Stati.

Gli Stati, che accettano di sottoporsi alla giurisdizione di un giudice internazionale, hanno un obbligo generale di cooperazione. Tale obbligo non è altro che una manifestazione del principio, ancora più generale, di buona fede, che permea l'intero campo delle relazioni internazionali. Possono verificarsi, tuttavia, e non di rado si verificano, situazioni di *party default* – questo è il termine spesso usato nella dottrina internazionalistica per riferirsi alle ipotesi di contumacia, intesa nel senso ampio di cui si è detto all'inizio.

La non cooperazione di uno Stato in un procedimento giudiziario internazionale non indica necessariamente il suo disprezzo per il diritto e la soluzione giurisdizionale delle controversie internazionali. Essa può essere espressione dell'opinione dello Stato che la Corte abbia oltrepassato i limiti della sua giurisdizione e non operi nell'ambito del consenso dato, così come essere finalizzata a evitare un esito procedurale indesiderato.

La *Corte internazionale di giustizia* ha trattato ampiamente

della mancata cooperazione dello Stato convenuto (G. Arangio-Ruiz, *Notes on Non-Appearance before the International Court of Justice*, in *International Law at the Time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago*, III, 1987, Milano, 3-48; H. von Mangoldt, A. Zimmermann, *Part Three Statute of the International Court of Justice, III, Procedure, Article 53*, in *The Statute of the International Court of Justice – A Commentary*, 3rd ed., a cura di A. Zimmermann, C.J. Tams; K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat, Oxford, 2019)

Sebbene la questione non sia stata al centro dell'attenzione della Corte nei suoi primi decenni, il caso della *Giurisdizione sulle peschiere (Regno Unito c. Islanda)*, ICJ Reports 1974, p. 3) ha segnato l'inizio di una serie di casi in cui la parte convenuta nel procedimento o non ha partecipato del tutto al procedimento o ha omesso di contribuire a specifici aspetti durante il suo svolgimento.

Come noto, i procedimenti interstatali dinanzi alla Corte internazionale di giustizia possono essere avviati mediante la notifica di un accordo speciale con il quale le parti accettano la competenza della Corte a giudicare il caso specifico in questione (*compromis*), oppure su istanza unilaterale di una delle parti, nei casi in cui la Carta delle Nazioni Unite o le convenzioni e i trattati internazionali attribuiscono la giurisdizione alla Corte o entrambi gli Stati abbiano sottoscritto la così detta 'clausola opzionale' ai sensi dell'art. 36 dello Statuto della Corte. La mancanza di cooperazione può riguardare anche i procedimenti avviati con un accordo speciale, ma si verifica più spesso nei casi da ultimo indicati (così detti di giurisdizione obbligatoria).

La Corte internazionale di giustizia ha stabilito i principi fondamentali relativi alla procedura di non cooperazione in un giudizio internazionale che coinvolge Stati sovrani.

L'ipotesi dello Stato non-cooperante è espressamente prevista all'art. 53 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, secondo cui: «1. Whenever one of the parties does not appear before the Court, or fails to defend its case, the other party may call upon the Court to decide in favour of its claim. 2. The Court must, before doing so, satisfy itself, not only that it has

jurisdiction [...], but also that the claim is well founded in fact and law».

Sebbene non lo affermi esplicitamente, la disposizione presuppone che il procedimento possa proseguire senza interruzioni nonostante la mancanza di cooperazione da parte dello Stato. E introduce le modifiche procedurali che sono considerate necessarie per contrastare la debolezza intrinseca, e quindi salvaguardare l'integrità, di una sentenza emessa nel corso di un procedimento contumaciale.

La Corte non può ricorrere a giudizi sommari, ma prima di decidere in favore della domanda del ricorrente, deve accertarsi di essere competente e che la domanda sia fondata in fatto e in diritto.

Sono, dunque, due le conseguenze della mancata comparizione/cooperazione dello Stato convenuto, le quali possono, ma non necessariamente, essere applicate contemporaneamente.

In primo luogo, lo Stato inadempiente viola il diritto internazionale e tale violazione può essere oggetto di giudizio da parte dell'organo giudicante. L'esistenza stessa nello Statuto dell'art. 53, tuttavia, indica la possibilità di una mancata cooperazione, che di conseguenza non può essere considerata una violazione degli obblighi procedurali previsti nello Statuto medesimo.

In secondo luogo, l'inadempimento può essere proceduralmente dannoso per lo Stato, ma l'art. 53 dello Statuto esclude, anche se solo implicitamente, la sanzione diretta dell'accertamento della violazione in virtù dell'inadempimento. La disciplina è, dunque, diversa da quella correlata ai procedimenti in contumacia applicati in molti sistemi procedurali nazionali, in cui gli svantaggi procedurali per la parte inadempiente vanno dall'assunzione automatica dei fatti e degli argomenti proposti dalla controparte a un esame meno rigido delle prove presentate dalla parte che compare.

Nella sentenza sulle *Attività militari e paramilitari degli Stati Uniti in Nicaragua e contro il Nicaragua* (*Nicaragua c. Stati Uniti*, ICJ Reports 1986, p. 14), la Corte ha così elaborato le alterazioni procedurali che conseguono all'assenza di una delle due parti: «The Court is careful, even where both parties

appear, to give each of them the same opportunities and chances to produce their evidence; when the situation is complicated by the non-appearance of one of them, then *a fortiori* the Court regards it as essential to guarantee as perfect equality as possible between the parties. Article 53 of the Statute therefore obliges the Court to employ whatever means and resources may enable it to satisfy itself whether the submissions of the applicant State are well-founded in fact and law, and simultaneously to safeguard the essential principles of sound administration of justice».

I *tribunali arbitrali* – in cui alla natura consensuale della giurisdizione si aggiunge il carattere *ad hoc*, cioè non precostituito, dell'organo giudicante – adottano un approccio simile a quello della Corte internazionale di giustizia.

L'art. 9 dell'Allegato VII alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, relativo all'arbitrato, ad esempio (al pari dell'art. 28 dello Statuto del Tribunale internazionale del mare istituito sulla base della medesima Convenzione) è stato redatto tenendo conto della prassi della Corte internazionale di giustizia ed è *mutatis mutandis* identico all'art. 53 del suo Statuto.

Un caso limite al riguardo è quello della non-partecipazione della Cina al procedimento arbitrale instaurato dalle Filippine dinanzi alla Corte permanente di arbitrato sulla base della Convenzione sul diritto del mare, nel caso del *Mar meridionale cinese*. La Cina ha scelto di non cooperare formalmente con il Tribunale arbitrale, quale segno di disconoscimento della sua giurisdizione, anche se di fatto per contrastare la pretesa attorea ha prodotto lungo tutto l'arco del procedimento dei documenti (*position papers*) – fino alla dichiarazione che considera '*null and void*' la sentenza resa dal Tribunale arbitrale, che si è pronunciato in maniera schiacciante a favore delle Filippine.

Posizioni analoghe si ritrovano anche nella categoria del tutto *sui generis* dei procedimenti dinanzi ai *tribunali arbitrali internazionali in materia di investimenti*, istituiti appunto per dirimere le controversie fra Stati e privati investitori stranieri. La *ratio* e la natura di tali tribunali sono tali per cui è l'investitore che ha il potere di instaurare il giudizio nei confronti dello

Stato ospitante, ma non viceversa. Di conseguenza, l'unica non-cooperazione che, di regola, viene in considerazione è quella dello Stato convenuto.

Le controversie in materia di investimenti non sono le uniche controversie internazionali così dette miste, cioè fra una parte pubblica (lo Stato) e una parte privata (individuo o ente). Le controversie miste ricomprendono, accanto alla categoria delle controversie fra privati investitori e Stati stranieri in materia di investimenti, quella delle controversie fra privati e Stati per violazione dei diritti umani. Anch'esse condividono con le controversie fra Stati il fondamento consensuale della giurisdizione e la regolazione (anche) da parte di norme di diritto internazionale pubblico. Come per le controversie in materia di investimenti, è prevista la possibilità per i privati di instaurare un procedimento nei confronti di uno Stato (ma non viceversa).

Anche dinanzi ai *tribunali (o comitati) internazionali sui diritti umani*, lo Stato convenuto ha l'obbligo procedurale di cooperare con l'istituzione, prima di tutto per stabilire i fatti alla base della pretesa violazione. Questi, tuttavia, non può bloccare il procedimento con la sua mancata cooperazione o inadempienza. I casi in cui lo Stato convenuto per violazioni dei diritti umani non collabora nel procedimento, tuttavia, sono frequenti e rappresentano, anche se non l'unica, una delle sfide più significative per l'effettività della tutela giurisdizionale internazionale in materia di diritti umani.

Il problema della mancata collaborazione è particolarmente diffuso nei casi di tortura e maltrattamenti in cui la vittima è sotto la custodia dello Stato e nei casi di sparizioni forzate. La vittima, per la natura dell'accusa, si trova in una posizione debole per fornire le prove del maltrattamento. L'organo adito non può raccogliere, ma solo richiedere allo Stato parte potenziali elementi di prova, ovvero avvalersi di elementi messi a disposizione da soggetti terzi (rapporti di organizzazioni non governative, inchieste giornalistiche o di altro tipo etc.).

La non-cooperazione dello Stato convenuto può assumere varie forme. Mentre la mancata cooperazione è evidente quando lo Stato convenuto non partecipa affatto al procedimento, è più difficile determinare quando lo Stato convenuto partecipa in

qualche misura, ma si astiene dall'adempiere a specifici doveri procedurali. Spesso, gli Stati parte non rispondono alla richiesta del giudicante di fornire prove particolari.

I procedimenti di reclamo/comunicazione dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, alla Corte interamericana dei diritti dell'uomo e al Comitato dei diritti umani prevedono un quadro normativo che consente ai rispettivi organi di decidere un caso anche quando lo Stato convenuto non partecipa. Inoltre, tutti e tre i sistemi procedurali non consentono che la decisione in caso di mancata cooperazione si basi esclusivamente sulle rivendicazioni e affermazioni del ricorrente.

Per quanto riguarda la *Corte europea di diritti dell'uomo*, l'art. 38 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo prevede in generale che: «The Court shall examine the case together with the representatives of the parties and, if need be, undertake an investigation, for the effective conduct of which the High Contracting Parties concerned shall furnish all necessary facilities». Dal 2004, l'obbligo degli Stati di cooperare è esplicitato nel Regolamento della Corte alla Regola 44^a, secondo cui: «The parties have a duty to cooperate fully in the conduct of the proceedings and, in particular, to take such action within their power as the Court considers necessary for the proper administration of justice. This duty shall also apply to a Contracting Party not party to the proceedings where such cooperation is necessary». Secondo la Corte, l'obbligo di cooperazione è un corollario dell'obbligo di non ostacolare l'effettivo esercizio del diritto di ricorso individuale ai sensi dell'art. 34 della Convenzione. Pertanto, gli obblighi procedurali che risultano dagli articoli 34 e 38 della Convenzione «must be enforced irrespective of the eventual outcome of the proceedings and in such a manner as to avoid any actual or potential chilling effect on the applicants or their representatives». Nei casi in cui lo stato richiesto adduca considerazioni di riservatezza o di sicurezza per giustificare la mancata produzione di materiali richiesti, la Corte deve accertarsi dell'esistenza di «reasonable and solid grounds for treating the documents in question as secret or confidential» (C. dir. uomo, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Janowiec et al. c. Russia*, n. 55508/07 e 29520/09, rispettivamente, par. 209 e 205).

Il Regolamento della Corte contiene disposizioni relativamente dettagliate anche sulle conseguenze della mancata collaborazione.

La Regola 44B, in ordine alla mancata esecuzione di un ordine della Corte, stabilisce che: «Where a party fails to comply with an order of the Court concerning the conduct of the proceedings, the President of the Chamber may take any steps which he or she considers appropriate». La norma è di carattere generale e non fa riferimento ad alcun obbligo specifico di partecipazione. Come corollario, viene concessa ampia discrezionalità al Presidente della Camera decidente per reagire alla situazione particolare.

Per il caso in cui la mancata cooperazione riguardi i fatti o le prove, tuttavia, il medesimo Regolamento contiene una norma specifica sulla procedura da seguire. Ai sensi della Regola 44C: «Where a party fails to adduce evidence or provide information requested by the Court or to divulge relevant information of its own motion or otherwise fails to participate effectively in the proceedings, the Court may draw such inferences as it deems appropriate. 2. Failure or refusal by a respondent Contracting Party to participate effectively in the proceedings shall not, in itself, be a reason for the Chamber to discontinue the examination of the application».

Rispetto all'art. 53 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia sopra ricordato, la Regola 44C non solo implica, ma stabilisce esplicitamente che la mancata collaborazione non deve ostacolare la prosecuzione del procedimento. La norma indica anche le potenziali conseguenze per lo Stato convenuto. In particolare, la Corte 'può trarre le inferenze che ritiene opportune' dalla mancata presentazione di prove. Ogni deduzione da trarre è a discrezione della Corte. Questo, argomentando *a contrario*, implica che una sentenza anche in caso di inadempienza o mancata collaborazione dello Stato convenuto richiede una base fattuale e probatoria. La norma concede alla Corte un margine di discrezionalità su come interpretare e valutare l'omissione dello Stato di fornire le prove richieste, ma non la esonera dall'accertare i fatti, in conformità allo *standard* probatorio ap-

plicabile (di regola, la prova oltre il ragionevole dubbio: «*proof beyond reasonable doubt*»).

La mancata collaborazione dello Stato convenuto non induce la Corte a presumere automaticamente la veridicità delle affermazioni fattuali del ricorrente. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo conferma tale requisito generale per l'applicazione delle conseguenze procedurali del procedimento contumaciale e della mancata cooperazione. La Corte ha chiarito che si possono trarre conclusioni dalla mancata collaborazione del convenuto solo nei casi in cui vi sia un 'caso *prima facie*' della presunta violazione – cioè il richiedente deve aver presentato almeno un «*prima facie case*» o una «*arguable claim*». Considerando la varietà dei potenziali scenari di mancata cooperazione, la Corte si è finora astenuta dal formulare requisiti generali relativi agli elementi di prova sufficienti a raggiungere la soglia di una causa *prima facie*, ma ha utilizzato una valutazione caso per caso di ciò che costituisce una prova sufficiente.

Mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo richiede un 'caso *prima facie*' o una 'pretesa argomentata', la *Corte interamericana dei diritti dell'uomo*, istituita sulla base della omonima Convenzione, ha affermato che i fatti possono essere presunti «fintanto che altri elementi di prova non portino a una conclusione diversa». L'inattività procedurale non dà luogo a una sanzione specifica contro le parti, né influisce sullo sviluppo del procedimento, ma può eventualmente pregiudicarle se esse decidono di non esercitare appieno il loro diritto alla difesa o di non compiere gli atti processuali appropriati che sono nel loro interesse.

Un approccio analogo è seguito dal *Comitato dei diritti umani*, istituito sulla base del Protocollo Addizionale al Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966. A differenza della Corte europea e di quella interamericana, il Comitato non ha il potere di emettere sentenze vincolanti, ma solo *views* sulla sussistenza o meno della violazione dei diritti garantiti nel Patto. Al pari delle suddette Corti, tuttavia, il Comitato non presume automaticamente la veridicità dei fatti addotti sulla base dell'inadempienza o della mancata cooperazione dello Sta-

to, né l'inattività procedurale dà luogo a una sanzione specifica. Il Comitato dei diritti umani richiede, anche se non in modo coerente, che le accuse siano 'corroborate da prove presentate dall'attore'.

Riassumendo, la soluzione adottata dalle istituzioni internazionali per i diritti umani si colloca al di sotto del requisito della prova completa e al di sopra delle semplici rivendicazioni.

Più in generale, non esiste nei procedimenti internazionali sia per le controversie fra Stati sovrani che nelle controversie miste, una vera e propria 'sentenza in *default*' (*default judgment*).

Da una parte, lo Stato convenuto non perde automaticamente il caso sulla base delle affermazioni dell'attore (Stato o individuo). Qualsiasi soluzione che affronti la mancata cooperazione dello Stato convenuto, in cui il tribunale si limitasse ad adottare come vere le affermazioni del richiedente (Stato attore o individuo) senza ulteriori verifiche, dovrebbe essere considerata una violazione della sovranità dello Stato.

D'altra parte, un tribunale internazionale non può né semplicemente archiviare il caso sulla base della mancata cooperazione, né richiedere una prova completa, poiché un tale approccio premierebbe lo Stato recalcitrante e fornirebbe un incentivo a non cooperare. Le conseguenze della mancata cooperazione sono indirette. I giudici internazionali possono trarre conclusioni dalla mancata cooperazione e queste conclusioni possono corroborare la pretesa attorea.

Sempre in ambito internazionale, un procedimento che merita di essere menzionato in questa sede, è quello dinanzi alla *Corte penale internazionale*, che, come noto, esercita la sua giurisdizione nei confronti di individui (persone fisiche) responsabili dei «most serious crimes of concern to the international community as a whole»: crimini di guerra, genocidio, crimini contro l'umanità e, a certe condizioni, l'aggressione.

L'art. 63 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, adottato il 17 luglio 1998, stabilisce che «the accused shall be present during the trial». Lo Statuto proibisce, dunque, i processi in contumacia (tranne che nelle circostanze – eccezio-

nali – in cui l'imputato, comparso davanti alla Corte, disturbi il processo).

Una scelta, quella di escludere il processo *in absentia*, frutto dei negoziati e anche della precedente esperienza dei Tribunali internazionali penali *ad hoc*, istituiti dal Consiglio di sicurezza nel 1993 e 1994 per i crimini commessi, rispettivamente, nella *ex*-Iugoslavia e in Ruanda – i cui Statuti ugualmente escludevano la possibilità del processo in contumacia. L'art. 21 dello Statuto del primo stabiliva che l'imputato ha il diritto «di essere giudicato in sua presenza e di difendersi personalmente ovvero attraverso l'assistenza di un legale di sua scelta». Analogamente, l'art. 20 del secondo prevedeva il diritto dell'imputato di «essere giudicato in sua presenza e di difendersi».

La possibilità dei processi in contumacia era stata tuttavia una questione controversa anche durante la stesura dello Statuto del Tribunale internazionale penale per la *ex* Iugoslavia, su cui si è poi basato lo Statuto del Tribunale per il Ruanda, per la difficoltà di trovare un compromesso fra i diversi modi di intendere l'esercizio della giurisdizione penale nei Paesi di *civil law* e di *common law*, e le esigenze delle giurisdizioni penali internazionali. Prevalse al riguardo, l'opinione espressa nel rapporto del Segretario Generale delle Nazioni Unite sull'istituzione del Tribunale penale internazionale per l'*ex* Jugoslavia e il suo Statuto, secondo cui: «Un processo non dovrebbe iniziare finché l'imputato non è fisicamente presente davanti al tribunale internazionale. È opinione diffusa che i processi in contumacia non dovrebbero essere previsti dallo Statuto perché ciò non sarebbe non sarebbe coerente con l'articolo 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che prevede che l'imputato sia processato in sua presenza» (UN Doc. S/25704, 3 maggio 1993).

Peraltro, di fronte alla difficoltà di assicurare la presenza degli accusati a l'Aja, il Tribunale internazionale per la *ex*-Iugoslavia aveva creato – introducendolo nella Regola 61 del proprio Regolamento di procedura e di prova – un procedimento per rendere pubblico l'atto di accusa del Procuratore, sulla base delle prove da questi presentate e gli sforzi compiuti per assicurare la presenza dell'imputato. Si tratta di una procedura, tutta-

via, che ha avuto scarso rilievo nella prassi. Nella sua giurisprudenza, il Tribunale internazionale penale per la *ex* Jugoslavia ha confermato il carattere assoluto del diritto di essere presente al processo, in mancanza di una chiara rinuncia dell'imputato (*Prosecutor v. Delalic et al*, sent. 16 novembre 1998). Ed è noto il fatto che fino a che due dei più celebri accusati, Radovan Karadzic e Ratko Mladic, non sono stati assicurati alla sua custodia, il Tribunale ha ritardato i loro processi, invece di procedere in contumacia.

Alla Conferenza di Roma per l'istituzione della Corte penale internazionale, si confrontarono tre prospettive contrastanti sui processi in contumacia. Alcune delegazioni ritenevano che le udienze in contumacia non fossero ammissibili, tranne quando l'imputato avesse disturbato il processo, e che i processi in contumacia sarebbero degenerati in processi-farsa e avrebbero finito per screditare rapidamente la Corte penale internazionale. Un secondo gruppo considerava i processi in contumacia di scarso valore pratico, perché l'imputato avrebbe comunque avuto diritto a un nuovo processo al momento della comparizione davanti al tribunale. Un terzo gruppo riteneva che, a causa della natura dei crimini previsti dallo statuto, sarebbe stato spesso impossibile assicurare la comparizione dell'imputato; pertanto, affinché la Corte potesse assolvere al suo mandato di contribuire alla pace, alla giustizia e alla riconciliazione, sarebbe stato necessario consentire la celebrazione dei processi in assenza degli imputati. Ha prevalso, come si è detto, la prima posizione, con l'art. 63 che riprendendo le analoghe disposizioni degli Statuti del Tribunale penale internazionale per l'*ex* Jugoslavia e il Ruanda (nonché del Tribunale speciale per la Sierra Leone), vieta il processo in contumacia.

Non potrà dunque esservi processo né nei confronti del Presidente russo, Vladimir Putin o la Commissaria russa per i diritti dei minori, Maria Lvova-Belova, né nei confronti del primo ministro israeliano, Benjamin Netanyahu, o i *leaders* di Hamas, nonostante i capi di accusa formulati nei mandati di arresto internazionale emessi dal Procuratore della Corte penale internazionale, se non si consegneranno o saranno consegnati alla Corte.

4. Considerazioni d'insieme

La pur breve rassegna che precede conferma la varietà, e al tempo stesso l'ubiquità anche nell'ordinamento internazionale, dell'istituto della contumacia, intesa come non-cooperazione della parte convenuta (Stato di fronte ad un giudice o tribunale arbitrale internazionale o individuo chiamato a rispondere dei più gravi crimini dinanzi ad un tribunale penale internazionale).

Ora, se il fenomeno del *party default* è un aspetto che può essere considerato, almeno in qualche misura, fisiologico nell'ordinamento internazionale, quando ad essere convenuto è uno Stato che, per definizione, ha consentito a sottoporsi all'esercizio della giurisdizione – a maggior ragione lo sarà all'interno degli ordinamenti nazionali, ove il convenuto in un procedimento civile così come l'indagato/imputato in un procedimento penale si trovano nella posizione di parte, non in virtù di un loro consenso (espreso o implicito), ma in quanto sottoposti, in forza di un criterio di collegamento, all'esercizio di una giurisdizione statale.

In qualunque ordinamento giuridico si manifesti la non-cooperazione di una parte, ciò chiama in causa contemporaneamente una molteplicità di interessi talora contrapposti – di natura e grado diversi, a seconda del contesto.

Vi è sempre, innanzitutto, l'esigenza di evitare una situazione di stallo del procedimento, eventualmente causata dalla parte non cooperante; e quindi l'interesse del ricorrente, o comunque della parte che agisce, ad ottenere una pronuncia senza che il convenuto possa impedirgli di partecipare al procedimento. Si tratta di una esigenza inevitabilmente destinata a soccombere dinanzi a tutti quei tribunali cui è precluso procedere *in absentia* (come i tribunali penali statunitensi o i tribunali penali internazionali da ultimo ricordati).

Vi è poi l'interesse del convenuto a che la sentenza poggi su basi sufficientemente solide anche in sua assenza; quando la parte convenuta è uno Stato, considerazioni legate al rispetto del principio di sovranità si sommano ai diritti di difesa e, più in generale, alle garanzie che attengono al giusto processo e

che trovano applicazione, sia pure in misura diversa, sia nei giudizi nazionali che nei procedimenti internazionali.

Vi è, infine, l'interesse del tribunale stesso e della comunità che esso rappresenta a che il suo prestigio risenta il meno possibile delle inadempienze della parte non-cooperante, e a che la corretta amministrazione della giustizia rimanga all'altezza del suo compito. E, collegato ad esso, può esservi l'esigenza di consentire la circolazione della decisione eventualmente resa in *default*, assicurandone il riconoscimento e l'esecuzione (automatici o meno) in ordinamenti diversi da quello di provenienza.

Astrattamente, un giudice nazionale o un tribunale internazionale che si trovi di fronte a una parte non-cooperante ha tre opzioni di base – ma sono possibili molte soluzioni intermedie.

Può sospendere il procedimento finché la parte non collabora oppure dichiararlo improcedibile, così frustrando l'interesse sotteso all'esercizio della giurisdizione. Può assumere come veri i fatti presentati dalla controparte – questa opzione di 'sentenza in contumacia' appare particolarmente problematica in quanto esclude l'interesse legittimo del convenuto a che la sentenza poggi su basi sufficientemente solide anche in sua assenza. Oppure può proseguire il procedimento e cercare di accertare i fatti in collaborazione con l'altra parte.

È compito del diritto dettare la disciplina che meglio contempera tali interessi, a seconda delle diverse concezioni dello *jus dicere* e del punto di bilanciamento prescelto in un dato ordinamento ad un certo momento storico.

Tanto basta a rendere rilevante la scelta qui compiuta di raccogliere in un volume una serie di contributi che rivisitano la contumacia in una prospettiva anzitutto storica, a partire dal processo romano (Marta Beghini, Capitolo I).

Storico e comparativo al tempo stesso è l'approccio di Alberto Tedoldi (Capitolo II), che prende le mosse da una ricostruzione, storico-comparatistica appunto, della regola dell'onere della prova e dell'onere di specifica contestazione dei fatti, la cui inosservanza determina *relevatio ab onere probandi* nell'ordinamento processuale civile italiano – per poi esaminare i due diversi trattamenti della contumacia, quale *ficta litis contestatio*

nei Paesi a tradizione romano-canonica, come il nostro, e *ficta confessio* o anche, *tout court*, *inoboedientia* all'autorità sovrana nei Paesi nordici. Un raffronto e una comparazione approfonditi fra ordinamenti di *common law* e di *civil law* è offerta anche da Beatrice Zuffi (Capitolo III). Entrambi concordano sul carattere insoddisfacente della disciplina italiana della contumacia nel processo civile – che finisce per premiare il convenuto contumace, rispetto a quello che si costituisce – al punto da considerarla «ormai ampiamente obsoleta» e «incompatibile con l'avvento della tecnologia digitale, con le asimmetrie socioeconomiche e informative e con la rapidità che connotano la nostra epoca postmoderna» (Tedoldi), ovvero proporre una «interpretazione evolutiva» o una modifica *de jure condendo*, in nome dei principi di effettività e proporzionalità, solidarietà sociale e di eguaglianza sostanziale (Zuffi).

Marcello Stella (Capitolo IV) e Ornella Feraci (Capitolo VI) trattano da punti di vista in parte differenti (processual-civilistico il primo, internazional-privatistico la seconda) il tema e le criticità della circolazione nello spazio giudiziario europeo dei *default judgments* resi in materia civile e commerciale, là dove è anzitutto alla giurisprudenza della Corte UE che si deve aver riguardo. La via del disconoscimento appare puntellata da vari oneri per il contumace, tenuto ad esperire le impugnazioni previste nello Stato d'origine. Difficile è individuare la soglia di esigibilità. Anche nella prospettiva sovranazionale dell'Unione europea, la disciplina che ciascuno ordinamento appronta della contumacia sul piano nazionale può divenire ostacolo al riconoscimento e alla esecuzione della sentenza (*rectius*, decisione) che in applicazione di quella disciplina sia stata resa. Sulla prospettiva europea si sofferma anche Gian Marco Sacchetto (Capitolo V), utilizzando, fra l'altro, i risultati di un questionario rivolto agli operatori giuridici di tutti gli Stati membri sulla base Reg. UE 1215/2012 (c.d. Regolamento I-bis). In questo ambito, ai numerosi interessi in giuoco fra cui operare il bilanciamento, si aggiunge quello alla libera circolazione dei giudicati, sulla base del principio del mutuo riconoscimento, che costituisce un principio cardine della stessa ragion d'essere del mercato in-

terno e quindi della stessa Unione europea che su di esso si è – storicamente e materialmente – fondata.

In ambito di ADR, con riferimento alla risoluzione delle controversie *online*, in cui i fenomeni di non cooperazione sono riferiti al professionista, Giulia Bazzoni (Capitolo VII), rileva: «la mancanza di strumenti di giustizia non attiene solamente al rapporto tra singolo consumatore e l'impresa, ma ha una portata più ampia, dacché investe il buon funzionamento del mercato nel suo complesso. Del resto, la frammentazione è uno scenario indubbiamente pregiudizievole per la competitività. Ebbene, la possibilità per i consumatori di accedere a procedure più facili, rapide e a basso costo ha un impatto non solo sul piano della giustizia in senso stretto, quanto *lato sensu* sul piano della tenuta del sistema mercato. In correlazione a ciò, l'accordare una maggior protezione – tramite strumenti nuovi – all'azionabilità delle pretese del consumatore permette di promuovere lo sviluppo uniforme del mercato unico europeo».

Infine, per quanto riguarda il processo penale, accanto ad ordinamenti come quello statunitense che, come si è sopra ricordato, non conoscono il processo *in absentia*, altri, fra cui quello italiano, lo ammettono in maniera più o meno ampia. La Corte europea dei diritti dell'uomo, con più interventi, ha delineato i limiti dell'*absentia* oltre i quali il processo non è più un processo equo e sulla cui base il legislatore italiano ha via via ridefinito le norme del codice di procedura penale. Più di recente è intervenuta la Corte costituzionale italiana ad allargarne le maglie per consentire di procedere in assenza quando vi è il rifiuto di cooperazione dello Stato estero di appartenenza dell'imputato – sostanzialmente riscrivendo l'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p. Se ne occupa Stella Romano (Capitolo VIII), secondo cui se, da un lato, «una fattispecie addizionale di assenza non impeditiva, nel caso di specie, appariva una necessità ordinamentale al fine di evitare una paralisi processuale costituzionalmente e convenzionalmente intollerabile»; dall'altro, la Corte ha effettuato una delicata opera di bilanciamento, prediligendo una strada 'morbida' che lascia «irrisolta [la] tensione tra il diritto fondamentale dell'imputato a presenziare al processo, l'obbligo dello Stato di perseguire i crimini che consistano in

atti di tortura ed il diritto, non solo della vittima e dei suoi familiari, ma dell'intera collettività, all'accertamento della verità processuale sulla perpetrazione di crimini contro l'umanità».

La nuova fattispecie di processo penale *in absentia* è costruita dalla Corte costituzionale nel caso *Giulio Regeni* – con una duplice limitazione. Essa opera, sul piano oggettivo, solo nei procedimenti penali per delitti che costituiscono tortura ai sensi della Convenzione contro la tortura del 1985; e, sul piano soggettivo, solo se coloro nei cui confronti si procede sono dipendenti o comunque agenti per conto di uno Stato straniero. È da vedere se un tale contemperamento di interessi sarà indenne, a sua volta, di passare il vaglio di eventuali controlli di conformità da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, sotto il profilo del giusto processo ma anche del principio di uguaglianza – con riferimento in particolare, alla situazione di imputati di altri crimini contro l'umanità o altri gravi crimini internazionali, quali il genocidio o l'*apartheid*.

Segno del continuo divenire della disciplina della contumacia e dell'inevitabilità del bilanciamento degli interessi in gioco, che non è mai statico, ma dinamico e che sempre abbisogna di essere ridefinito di pari passo con l'evoluzione dei valori e dei bisogni presi in considerazione.

Queste brevi considerazioni, ma ancor più le riflessioni sviluppate dagli autori nei capitoli che seguono, confermano che ovunque e in qualunque tempo si presenti, l'inattività di una parte mette in giuoco una pluralità di interessi e di diritti, per la maggior parte di rilevanza costituzionale e/o di importanza fondamentale, che la disciplina della contumacia mira almeno temporaneamente, ma inevitabilmente a comporre – anche laddove si limitasse, in ipotesi, ad escludere la procedibilità dell'azione (come negli statuti dei tribunali internazionali penali che non prevedono il processo in assenza dell'imputato).

Oltre che stimolare la riflessione giuridica su un tema antico ma sempre attuale e destinato a rimanere tale, il presente volume vuole anche essere spunto per ricordare che nessuna regola (di origine pattizia, legislativa o giurisprudenziale), per quanto perfetta, può mai essere alla prova di qualunque ipotesi di *party default* – per far fronte alla quale sono richieste oltre alle

scelte legislative e all'attività interpretativa del giudice, anche la creatività delle parti e dei loro avvocati – dinanzi a qualunque giudice e in qualunque ambito.

5. Ringraziamenti

Ringrazio la dott.ssa Giulia Bazzoni, che al tempo di questo volume è assegnista di ricerca con un progetto sulle nuove tecnologie e la risoluzione delle controversie internazionali, di cui sono lieta di essere responsabile scientifico, presso l'Università di Verona – per la sua tenacia e versatilità, preziose nel portare a compimento il Progetto *Default-Decision-Defence* e poi, questo volume. Grazie al Prof. Marcello Stella, senza il quale né l'uno né l'altro sarebbero mai stati ideati o scritti. Il Prof. Alberto Tedoldi, al quale mi legano anni di colleganza ed amicizia presso l'Università di Verona, è stato il vero conduttore della ricerca, generoso – in maniera assai rara – di conoscenze ed esperienze, e di pazienza. Sono grata alle Professoressa Ornella Feraci e Beatrice Zuffi per aver accettato di farsi coinvolgere ad impresa già avviata, per arricchirla con le loro rispettive *expertise* di diritto internazionale privato e diritto processuale civile comparato. Grazie al dott. Gian Marco Sacchetto, anche per il suo insostituibile contributo nelle fasi operative del Progetto. Grazie alla dott.ssa Marta Beghini, che a più riprese ha voluto condividere la sua comprensione del processo romano, per far crescere la dimensione storica della ricerca e di questo volume. Grazie alla dott.ssa Stella Romano per averlo completato con la contumacia nel processo penale e i più recenti e importanti sviluppi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in sintonia con le altre parti.

L'ultimo ma più importante grazie a Nicolò Trocker e Claudio Consolo, quali Direttori della Collana che ospita questo volume, e per il tempo che vi hanno dedicato, i preziosi suggerimenti, e soprattutto l'amicizia, che rimane a tutt'oggi, del tempo in cui sono stata ricercatrice presso l'Università di Firenze, uno dei doni più preziosi.

CAPITOLO I

PRESUPPOSTI E RIMEDI NEI CONFRONTI DEL CONVENUTO ‘NON COLLABORATIVO’ NEL PROCESSO CIVILE ROMANO

di Marta Beghini

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. ‘Modello collaborativo’ dentro il processo civile romano: contorni. – 3. La cooperazione del convenuto all’introduzione del giudizio entro i confini della procedura formulare: un *focus* sulla fase *in iure*. – 4. Attività-inattività del convenuto nell’ipotesi di *actio in rem* avente per oggetto una cosa mobile: Ulp. 24 *ad ed.* 10.4.5.3. – 5. Attività-inattività del convenuto nell’ipotesi di *actio in rem* avente per oggetto una cosa immobile: Iul. 9 *dig.* D. 10.4.8. – 6. Considerazioni di sintesi.

1. – Contumacia è, come noto, un termine polisemico che, nel linguaggio comune contiene in sé l’idea dell’insolenza dell’animo, della superbia, che sfocia nella disubbidienza; tale lemma, nella sua accezione processuale (l’unica, potremmo dire, ad oggi rimasta ferma), indica più propriamente l’ostinazione e il disprezzo sistematico del soggetto regolarmente citato in giudizio di presentarsi dinnanzi all’autorità giudiziaria che guida la lite¹.

¹ In argomento v., in termini generali, P. Brandi, voce *Contumacia (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 458 ss.; O.G. Carbonari, voce *Contumacia (procedimento in)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma 1988, 8 ss.; B. Ciaccia Cavallari, voce *Contumacia*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino 1989, 322 ss. V. inoltre, tra i molti contributi, G. Giannozzi, *La contumacia nel processo civile*, Milano 1963, 138 ss.; A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano 1995; D. D’Adamo, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano 2012. Più di recente v. C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 29^a ed., Torino, 2024, 105 ss. In prospettiva storica, v., in generale,

Il tema che intendo affrontare ricomprende in sé l'idea di contumacia, ma sviluppa, intorno alla più ampia prospettiva di 'attività-inattività' degli 'attori' nel processo civile, un'indagine di carattere storico-giuridico.

Più in dettaglio, l'argomento al quale il capitolo di apertura di questo volume è dedicato concerne il ruolo del convenuto nella dinamica del processo civile romano, in specie nella dimensione storica relativa all'esperienza giuridica romana, delimitata nei termini che saranno precisati nel prosieguo del lavoro.

2. – Quando si pensa al 'diritto romano dei Romani' – per recuperare le celebri parole di Riccardo Orestano² –, si avverte subito l'importanza decisiva attribuita all'attività-inattività degli 'attori' nel meccanismo del processo privato: in via di prima approssimazione, tale importanza si evidenzia sia nel modello processuale delle *legis actiones*, sia all'interno del rito del processo formulare³.

E. Cortese, voce *Contumacia (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, X, 1962 Milano, 447 ss.; F. Bonifacio, voce *Contumacia (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino 1959, 770 s. In aggiunta, tra i molti, v. L. Aru, *Il processo civile contumaciale*, Roma 1934; A. Bellodi-Ansaloni, *Ricerche sulla contumacia nelle 'cognitiones extra ordinem'*, Milano 1998; N. Donadio, *'Vadimonium' e contendere 'in iure'*, Milano 2011; L. D'Amati, *'Litem deserere'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, I, a cura di L. Garofalo, Padova 2012, 177 ss.; Ead., *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, Napoli 2016.

² R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 456 ss.

³ Sul tema la letteratura è alluvionale. Per un primo sguardo v. R. Orestano, voce *L'azione in generale (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 785 ss.; M. Talamanca, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano 1987, 1 ss., in specie 64 ss.; G. Nicosia, voce *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IX, Torino 1993, 120 ss. Imprescindibili, tra i molti, restano i contributi di E. Betti, *Su la formola del processo civile romano*, in *Filangieri*, XXXIX, 1914, 674 ss.; E. Costa, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma 1918; L. Wenger, *Istituzioni di Procedura Civile Romana*, tradotte da R. Orestano, sull'edizione tedesca interamente riveduta e ampliata dall'autore, Milano 1938; F. De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937; G.I. Luzzatto, *Procedura civile romana*, III, *La genesi del processo formulare*, Bologna 1946; V. Arangio Ruiz, *Corso di diritto romano. Il processo privato*, Roma 1951; A. Biscardi, *Lezioni sul processo privato romano antico e classico*, Torino 1968; G. Pugliese, *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, I, Milano 1963, 3 ss.; C.A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, *'Le legis actiones'*, Torino 1980, spec. 37 ss.; Id., *Profilo istituzionale*

Come oltremodo noto, in entrambe le tipologie di processo, difatti, non si può giungere alla decisione di una controversia senza un atto di concorde assoggettamento degli estremi della medesima da parte di tutti gli ‘attori’ del processo, atto che, come sappiamo, prende il nome di *litis contestatio*. Essa, a ben vedere, nell’*agere per formulas* non comporta più un’invocazione solenne di testimoni⁴.

In altre parole, nei diversi modelli procedimentali dianzi menzionati – seppur in modi e forme diverse – è sempre il principio della cd. bilateralità soggettiva a reggere e dominare l’instaurazione del contraddittorio, implicante necessariamente l’accordo iniziale e continuativo delle parti per giungere alla decisione finale della controversia. Notoriamente, il contraddittorio individua un principio che caratterizza e discrimina, in una prospettiva di discontinuità⁵, il processo privato romano dai sistemi processuali moderni⁶.

Il profilo dell’accordo delle parti o, se vogliamo, la rilevan-

del processo privato romano, II, *Il processo formulare*, Torino 1982; G. Nicosia, *Il processo privato romano*, III, *Dalla nascita della ‘iurisdictio’ all’avvento del processo ‘per formulas’*, Catania 1982; M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2^a ed., München 1996. Più di recente, G. Papa, *Studi in tema di processo formulare*, Torino 2012; A. Palma, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino 2016; M. Varvaro, *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli 2023.

⁴ In argomento v. G. Sacconi, *Studi sulla ‘litis contestatio’ nel processo formulare*, Napoli 1982. Sul punto è interessante evidenziare che M. Talamanca, voce *Processo civile*, cit., spec. 34 ss., nt. 238, 271, fa riferimento alle voci enciclopediche *Tribunale (dir. rom.)* e *Sentenza (dir. rom.)*, le quali, probabilmente, sarebbero state da lui dedicate anche all’approfondimento della natura della *litis contestatio*. Tuttavia, tali voci, pur previste nel piano editoriale, non sono mai state scritte.

⁵ La quale, sappiamo, si affianca al paradigma della continuità nello studio che attiene il rapporto tra diritto romano e diritti moderni. In argomento v., tra i molti, G. Santucci, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, 2^a ed, Bologna 2018, spec. 11 ss. e l’ampia bibliografia ivi citata; i contributi presenti nel volume Aa.Vv., *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive. Atti del convegno (Trento, 14-15 dicembre 2018)*, a cura di G. Santucci, P. Ferretti, S. Di Maria, Trieste 2019; T. dalla Massara, *Conoscenza, comparazione e problemi di comparazione diacronica: a vent’anni dai Fondamenti del diritto europeo*, in *AUPA*, 62, 2019, 331 ss.; Id., *Una riflessione sulla ricerca giuridica condotta mediante la comparazione diacronica*, in *Accademia*, 2023, 837 ss.

⁶ Su tale principio in prospettiva storica v., tra i vari, L. D’Amati, *L’inattività del convenuto nel processo formulare: ‘indefensio’, ‘absentia’ e ‘latitatio’*, cit., 12 ss. e la bibliografia richiamata. Sul medesimo principio nell’ordinamento civile italiano v., per

za tra loro di un ‘modello collaborativo’ merita sin da subito di essere valorizzato in due direttrici.

Da un lato, tale aspetto rileva non tanto e non solo in una dimensione, per così dire, statica dell’agire processuale (la quale comprende, in termini essenziali, la compresenza delle parti necessarie al giudizio, nonché un’equa ripartizione dei poteri loro attribuiti nello stesso), bensì in quella più propriamente ‘dinamica’ del rapporto processuale, a tal punto che non può esservi processo se non per il tramite dell’azione congiunta di tutti i suoi agenti, ciascuno impegnato a collaborare (da qui l’espressione ‘modello collaborativo’) per il buon esito del giudizio. Tornerò nel seguito proprio su tale aspetto.

Dall’altro lato, mettere al centro il ruolo che i ‘protagonisti’ del processo civile romano – tra cui spicca nell’esperienza storica quello del magistrato, per un verso, e dell’organo giudicante (*iudex* o *arbiter*), per altro verso – rivestono all’interno del modello processuale *per formulas*, conduce a valorizzare un elemento volontaristico dentro le strutture di tale processo⁷.

Senza potermi diffondere ulteriormente su tale scenario, sono convinta che esaminare la rilevanza del ‘modello collaborativo’ qui tratteggiato consenta di ‘misurare’ o, per meglio dire, di rivalutare lo spazio della *voluntas* dentro il processo privato romano. Questa tematica intercetta anche il problema delle origini del processo civile romano, nel quale certo non si può nascondere che molti aspetti restano tutt’oggi controversi⁸.

tutti, C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive e il rapporto giuridico processuale*, 6^a ed., Torino 2023, online.

⁷ Con specifico riferimento al ruolo ricoperto dall’organo giudicante, nonché al rapporto tra volontà del giudice e sentenza v., tra i molti, D. Dalla, *Fra ‘ius controversum’, discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali*, in *Tradizione romanistica e costituzione*, diretto da L. Labruna, a cura di M.P. Biccari e C. Cascione, II, Napoli 2006, 1023 ss.; N. Rampazzo, ‘*Sententiam dicere cogendum esse*’. *Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli 2012; P. Giunti, ‘*Iudex*’ e ‘*iurisperitus*’. *Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in *Iura*, LXI, 2013, 47 ss. Con specifico riferimento al ruolo cd. costitutivo dell’attività-inattività del *iudex/arbiter* nel contesto del *iudicium communi dividundo* sia consentito il rinvio a M. Beghini, *La divisione giudiziale della comunione non ereditaria. Studio sulla funzione dell’‘adiudicatio’*, Roma 2023, *passim*.

⁸ Sul punto v. gli sudi di M. Wlassak, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, I-II, Leipzig 1888-1891; Id., *Die Litiskontestation*

A ben guardare, il riferimento alla volontà entro il perimetro del processo civile ordinario integra una prospettiva di ricerca sulla quale anche la dottrina processual-civilistica è tornata, di recente, a riflettere⁹.

3. – Tornando in *medias res* e concentrando lo sguardo sui modelli dell'*ordo iudiciorum privatorum* e, in dettaglio sul processo *per formulas*¹⁰, occorre premettere che esso presenta la bipartizione del procedimento in una fase *in iure* (davanti al magistrato fornito di *iurisdictio*, di regola, il pretore) e in una fase *apud iudicem* (di fronte al giudice privato nominato dallo stesso magistrato e da questo investito del potere di giudicare).

Sono due fasi consecutive, ma concatenate tra loro, in quanto ognuna riveste una propria autonomia e specificità, sebbene l'una sia proiettata in funzione dell'altra in un unico percorso processuale¹¹.

In tale contesto, il 'modello collaborativo' prende forma e, al suo interno, il ruolo del convenuto si mostra fondamentale.

im Formularprozess, in Festschrift zum Doctor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windscheid, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau, Leipzig 1888, 55 ss. e di G. Broggin, 'Iudex arbiterve'. Prolegomena zum 'officium' des römischen Privatrichters, Köln-Graz 1957, 24 ss. Più di recente, T. dalla Massara, Studio sui rapporti tra 'sententia iudicis' e decisione arbitrale, Napoli 2012. Con riferimento al tema della volontà (anche) dentro il processo civile mi permetto di fare richiamo alle attività realizzate e in corso di realizzazione nella cornice del progetto Prin 'Il volere che si fa norma' (referente prof. Tommaso dalla Massara - Università degli Studi Roma Tre); per un primo inquadramento dei problemi si rinvia al dialogo tra giuristi e storici della filosofia, di cui è testimonianza in <https://www.youtube.com/@Ilvolerechesifanorma>.

⁹ In argomento v., per tutti, A. Chizzini, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 45 ss.; Id., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Milano 2018; Id., *Dell'ammissibilità di azioni costitutive a fondamento negoziale*, in *Scritti in memoria di F. Cipriani*, Napoli 2020, 47 ss.

¹⁰ Cfr. la principale manualistica tra cui M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, spec. 298 ss.; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 2006, spec. 88 s.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 2006, spec. 72 ss.; A. Lovato, S. Puliatti, L. Solidoro, *Diritto privato romano*, 2^a ed., Torino 2017, 66 ss. Inoltre, v. G.I. Luzzatto, *Procedura civile romana*, III, *La genesi del processo formulare*, Bologna 1950.

¹¹ Gai 4.11-29. Cfr., in particolare, S. Randazzo, *Bipartizione del processo e attività giudicante. Un'ipotesi di lavoro*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, a cura di L. Garofalo, Padova 2012, 41 ss.; più di recente, M. Varvaro, *Lineamenti di procedura civile romana*, cit., 77 ss.

Focalizzando dunque l'attenzione sulla figura del convenuto, occorre far presente che quando si parla di 'modello collaborativo' non si fa riferimento a una connotazione unitaria, ma a differenti situazioni riconducibili all'attività-inattività di tale soggetto, le quali, per dir così, prendono corpo e si definiscono nel singolo modello processuale di riferimento, nonché, al suo interno, nella specifica fase processuale volta per volta considerata¹².

In quello formulare, il 'momento' di rilevanza del 'modello collaborativo' coincide – come già accennato – con la *litis contestatio*, quale atto posto in essere al termine della fase *in iure*, nella quale il programma di giudizio viene deciso concordemente da tutti gli 'attori in campo', ossia dal magistrato, da un lato, e dall'attore e dal convenuto, dall'altro. Di fatto, in assenza di tale atto, il processo non può concludersi, dovendo confluire in esso la volontà dei due soggetti che accettano il processo come mezzo di risoluzione della controversia, approvando a tal fine il testo definitivo della *formula* concessa dal magistrato¹³.

La *cd. in ius vocatio* posta in essere dall'attore rappresenta, anche in età formulare, lo strumento fondamentale per la costituzione della lite: essa, di regola, ha lo scopo di manifestare for-

¹² Invero, tradizionalmente oltre al caso del convenuto, per così dire, recalcitrante, anche l'irreperibilità dello stesso convenuto si profila come un ostacolo per l'attore che voglia di agire in giudizio allo scopo di far valere le proprie ragioni. A questo proposito, rilevano due casi: il caso del convenuto *absens* ovvero dell'*absentia*, ossia quell'ipotesi nella quale il convenuto non è presente nel luogo dove si trova il magistrato competente a concedere l'azione; il caso del convenuto *latitans* ovvero della *latitatio*, cioè l'ipotesi nella quale il convenuto si nasconde fraudolentemente dall'attore per un certo periodo di tempo. Per una panoramica esaustiva in argomento v., da ultimo, L. D'Amati, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, cit., 12 ss.

¹³ M. Varvaro, *Lineamenti di procedura civile romana*, cit., 138 ss. Con specifico riguardo alla *formula* per un primo inquadramento v. L. Wenger, voce *Formula*, in *RE*, VI.2, Stuttgart 1909, coll. 2859 ss.; E. Betti, voce *Formula*, in *Enciclopedia italiana*, IV, Roma 1932, 706; C.A. Cannata, voce *Formula*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino 1961, 583; v., inoltre, M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 308; D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova 1999.

malmente l'intenzione dell'attore di iniziare un giudizio e di ottenere immediatamente la comparizione del *vocatus* nel luogo del processo¹⁴.

Ebbene, la necessaria partecipazione del convenuto assume con riguardo alla fase *in iure* una sua peculiare connotazione. Si tratta di un'affermazione che va chiarita.

Innanzitutto, tale partecipazione è indicata con il verbo *defendere* e, dunque, *indefensus* è il soggetto che, di fronte all'invito dell'attore di presentarsi in giudizio, si mostra riluttante; tale situazione si concretizza altresì quando il convenuto si rifiuta di compiere *in iure* gli atti richiesti.

Il sostantivo *indefensus* è, a ben vedere, utilizzato dalla storiografia, ma non trova nelle fonti un riscontro puntuale; piuttosto, nelle fonti giuridiche si rinvencono espressioni quali *rem defendere* (riferito alle *actiones in rem*) e *se defendere* (rilevato nelle *actiones in personam*)¹⁵.

In secondo luogo, la cooperazione del convenuto è assolutamente imprescindibile nella fase *in iure* del processo formulare.

Invero, all'interno di quest'ultima, non è richiesta la sola presenza fisica di colui che, attraverso la cd. *in ius vocatio* atorea, viene chiamato in giudizio; il convenuto deve poter partecipare attivamente in ogni momento dello svolgimento del rito processuale, che, fino alla *litis contestatio*, esige continui atti di impulso di entrambe le parti.

In buona sostanza, si tratta di un atto, quello della *litis contestatio*, che può essere compiuto soltanto con la collaborazione del convenuto¹⁶.

¹⁴ Cfr. I. Buti, *Il 'praetor' e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984, 49 ss.; C.A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo romano*, cit., spec. 136 ss.; G. Pugliese, *Il processo civile romano*, II, cit., 370 ss.

¹⁵ V., a titolo esemplificativo, Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.1; Paul. 20 *ad ed.* D. 5.3.40 pr.; Gai. 6 *ad ed. prov.* D. 9.4.29; Paul. 7 *ad Plaut.* D. 9.4.31; Ulp. 52 *ad ed.* D. 36.4.5.20, Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.17.2.45; Paul. 1 *sent.* D. 42.1.45.2. In argomento v. L. D'Amati, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, cit., 12 ss.

¹⁶ In questo senso v. Gai 4.46: (...) *Ceterae quoque formulae, quae sub titulo de in ius vocando propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum, qui in ius vo-*

Ciò – vale la pena di ribadirlo – non assume significato solamente se si guarda al processo nella sua dimensione più ‘statica’, ma è soprattutto nello svolgimento ‘dinamico’ del rapporto processuale che la presenza, *rectius*, la partecipazione del convenuto – come, va da sé, quella dell’attore – risulta imprescindibile.

Per meglio dire, per addivenire alla pronuncia della sentenza, quale provvedimento conclusivo della fase terminale del rito formulare – ossia quella *apud iudicem*¹⁷ –, l’organo giudicante necessita della volontà espressa del convenuto di procedere nel giudizio secondo gli estremi della controversia stabiliti e sintetizzati nella *formula*.

Si tratta, in definitiva, di un accordo – al centro vi è dunque un elemento di *voluntas* nella cornice del processo – tanto sugli aspetti formali, quanto su quelli sostanziali della lite dedotta nel *iudicium* radicato. E, in questo senso, come affermato da autorevole dottrina, non vi è alcuna contraddizione tra il riconoscimento della *litis contestatio* come un atto di volontà delle parti e la circostanza che essa sia, sostanzialmente, «oggetto di un obbligo»¹⁸.

4. – Abbiamo sin qui messo in chiaro, da un lato, che la *litis contestatio* nella procedura formulare produce, tra i vari effetti ad essa tradizionalmente ricollegati, anche quello di *rem in iudicium deducere*, ossia di dedurre la controversia nel processo, dall’altro, che il convenuto (o un suo rappresentante) che decide di non *accipere iudicium* viene considerato *indefensus*.

catus neque venerit neque vindicem dederit item contra eum, qui vi exemerit eum qui in ius vocatur et denique innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur; Gai 4.183: *In summa sciendum est eum qui cum aliquo consistere velit (in ius vocare) oportere et eum qui vocatus est, si non venerit, poenam ex edicto praetoris committere (...);* Ulp. 49 *ad ed. D. 5.1.63: Recte defendi hoc est iudicium accipere vel per se vel per alium, sed cum satisfactione: nec ille videtur defendi, qui quod indicatum est non solvit.*

¹⁷ Con riferimento alle conseguenze della mancata cooperazione del convenuto nella fase *apud iudicem* v., per tutti, L. D’Amati, *L’inattività del convenuto nel processo formulare: ‘indefensio’, ‘absentia’ e ‘latitatio’*, cit., 139 ss.

¹⁸ In questo senso v. G. Pugliese, *‘Actio’ e diritto subiettivo*, Milano 1939, ora in *Antiqua*, con nota di lettura di L. Vacca e postfazione di M. Brutti, Napoli 2009, spec. 357.

Si tratta ora di comprendere quali sono le conseguenze che produce il venir meno a tale ‘modello collaborativo’ nella fase *in iure* dell’*agere per formulas* da parte del convenuto.

Orbene, in questo caso le fonti testimoniano l’intervento del pretore allo scopo di – in linea di principio – attuare sanzioni aventi come scopo quello di soddisfare la pretesa attorea.

Si tratta più in dettaglio di sanzioni di carattere patrimoniale, in quanto destinate a colpire – in luogo della persona fisica del convenuto resistente – il complesso dei beni appartenenti a quest’ultimo; con l’applicazione di tali sanzioni, infatti, il patrimonio di quest’ultimo viene reso immediatamente per lui indisponibile.

Esse, in pratica, operano alla stregua di minacce nei confronti del convenuto ‘non collaborativo’ allo scopo di indurlo a collaborare¹⁹.

Tali sanzioni, dunque, operano in modo indiretto nella sfera giuridica del convenuto, in quanto l’iniziativa magistratuale interviene indipendentemente dall’accertamento del diritto vantato dall’attore.

Quanto appena affermato si inserisce perfettamente nel solco delle riflessioni che sostanziano altri contributi in questo volume²⁰, il quale mette al centro, da varie prospettive, il profilo

¹⁹ Rispetto al sistema di garanzie dell’introduzione del giudizio ricollegate alla *ductio* personale del convenuto, l’intervento del pretore con l’ausilio della giurisprudenza in età formulare si è innestato quale fattore di innovazione, benché conservativa, dando vita a un sistema di rimedi alternativi e con autonomi presupposti, senza tuttavia alterare la validità o l’efficacia di quelli preesistenti. In questa sede intendo concentrarmi sul regime della *missio in possessionem*, lasciando sullo sfondo il regime riconnesso alla *ductio* personale del convenuto, sulla quale rinvio, tra i molti, a L. Peppe, *Studi sull’esecuzione personale*, I, *Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*, Milano 1981; U. Laffi, *La ‘lex Rubria de Gallia Cisalpina’*, in *Athenaeum*, LXIV, 1986, 1 ss., ora in *Studi di storia romana e di diritto*, 2^a ed, Roma 2007, 275 ss.; più di recente, R. Fiori, *‘Ea res agatur’. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 200 ss.; C.A. Cannata, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, II, Torino 2008, 18 ss.; G. Mainino, *Studi sul ‘caput’ XXI della ‘lex Rubria de Gallia Cisalpina’*, Milano 2012.

²⁰ In particolare, A.M. Tedoldi, «*Onus probandi incumbit ei qui negat*». *Eterogenesi e palingenesi dell’onere della prova e della contumacia*, cap. II, in questo volume; B. Zuffi, *La disciplina italiana della contumacia nel processo civile: spunti comparatisti-*

rimediale ricollegato alla mancata collaborazione del convenuto all'instaurazione del giudizio.

Ebbene, il regime sanzionatorio ordinato e predisposto dal pretore come rimedio contro la mancata cooperazione del convenuto al corretto svolgimento del processo assume una specifica rilevanza all'interno del 'modello collaborativo' descritto.

Le sanzioni a cui mi sto riferendo sono rappresentate dalle *missiones in possessionem* che, già a partire dalla seconda metà del II secolo a.C., si affermano. L'operare di tale sistema sanzionatorio determina – nel solco delle riflessioni che sto conducendo – un ampliamento, ad opera dei *prudentes*, del concetto giuridico dell'*indefensio* sin qui descritto.

Come noto, l'immissione nel possesso si inquadra nell'ambito dei rimedi basati sull'*imperium* del pretore, tra i quali sono fatti rientrare gli interdetti, la *restitutio in integrum* e le stipulazioni pretorie²¹.

Sostanzialmente, la *missio in possessionem* integra il rimedio tipico utilizzato nei confronti del convenuto *indefensus* (talvolta affiancato dalla *bonorum venditio*), avente natura, per un verso, coercitiva, per altro verso, conservativa.

Essa costituisce un diritto di garanzia generale – seppur momentaneo, in quanto rivolto alla *bonorum venditio* – a favore dell'attore: si tratta, come visto, di un regime sanzionatorio che funziona come valido strumento di pressione psicologica sul convenuto, allo scopo di indurlo a preferire l'assunzione della difesa in giudizio rispetto alla *indefensio*²².

ci per una sua evoluzione, cap. III, in questo volume; M. Stella, *Processo contumaciale e 'default judgments' nello specchio del 'fair trial' europeo*, cap. IV, in questo volume.

²¹ V., in termini generali, L. Capogrossi Colognesi, voce *Interdetti*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, 904 ss. Inoltre, v., tra i vari, M. Lauria, '*Jurisdictio*', in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano 1930, in specie 524 ss.; F. De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, 224 ss.

²² Con riguardo alla *missio in possessionem* v., in termini generali, G.E. Longo, voce *Esecuzione forzata (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino 1960, 713 ss.; P. Voci, voce *Esecuzione forzata (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, 422 ss. V. inoltre M.F. Lepri, *Note sulla natura giuridica delle 'missiones in possessionem'*, Firenze 1939; G. Branca, '*Missiones in possessionem' e possesso*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1948, 500 ss. Più di recente, C. Brancati, *Il carattere momentaneo della 'missio in possessionem'*, in *Studi Urbinati*, 2021, LII, 163 ss.

Tra le molteplici applicazioni di tale strumento, meritano di essere approfondite le conseguenze dell'*indefensio* nelle *actiones in rem* per l'ipotesi di *rem nolit defendere* da parte del convenuto²³, lasciando sullo sfondo quelle disposte con riguardo alle *actiones in personam*²⁴.

In particolare, a questo proposito, si possono distinguere due ipotesi riguardanti un'azione *in rem*, la prima, avente per oggetto una cosa mobile, la seconda, invece, relativa a una cosa immobile.

Con riguardo a una controversia avente ad oggetto una cosa mobile non presente *in iure*, dapprima si rende necessario assicurarne la presenza in giudizio. Sotto questo aspetto, viene in rilievo un passo di Ulpiano che così recita: Ulp. 24 *ad ed. D.* 10.4.5.3: *Item Celsus scribit stercus, quod in aream meam con-gessisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi ut tollas, sic tamen ut totum tollas: ceterum alias non posse.*

Nel testo si specifica che colui che possiede la *res* non deve soltanto mettere a disposizione tale *res* e, dunque, non ostacolare il prelevamento della stessa da parte dell'attore. Sul convenuto grava, a ben vedere, un comportamento che – come esplicitato da Celso – può arrivare a ricomprendere anche l'ipotesi dell'attore che attraversa il fondo o la casa del convenuto allo

²³ L'occasione mi consente di tornare a riflettere su un tema a me caro, ossia quello della *possessio* e della sua circolazione, su cui sia consentito il rinvio a M. Beghini, *La circolazione negoziale del possesso: una prospettiva tra antico e contemporaneo*, in *TSDP*, XIII, 2020, 1 ss. In termini generali sul possesso v. B. Albanese, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo 1985; A. Burdese, voce *Possesso (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 452 ss.; C.A. Cannata, voce *Possesso (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino 1966, 323 ss. Più di recente in argomento v. P. Lambrini, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova 1998; Ead., *La natura del possesso nel diritto romano classico*, in *Strutture giuridiche romane e diritto privato europeo*, Napoli 2019, 25 ss.; P. Ferretti, *'Animo possidere'. Studi su 'animus' e 'possessio' nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino 2017.

²⁴ Per quanto riguarda le applicazioni in ipotesi di *actio in personam* v. L. D'Amati, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, cit., 69 ss. Sulla distinzione delle azioni v., tra i molti, F.M. Silla, *Sulla distinzione gaiana tra 'actio in rem' ed 'actio in personam'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam' in ricordo di Mario Talamanca*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli 2011, 5 ss.

scopo di prelevare la cosa oggetto di controversia e portarla via. Di fronte a ciò, quest'ultimo deve lasciare fare, cioè avere un comportamento del tutto passivo²⁵.

Il frammento ulpiano consente di mettere al centro la condotta del convenuto, nella puntuale prospettiva che valorizza le sanzioni a fronte dell'inottemperanza del convenuto al 'modello collaborativo'.

Nello specifico, si tratta di una condotta del convenuto qualificata in questo caso nei termini di *patis*; tale condotta – è solo il caso di precisare – differisce da quella ben più gravosa, 'prototipo' nelle *actiones in rem* quale è la *rei vindicatio*, ossia quella del *restituere*²⁶.

Ebbene, in questa eventualità, nei confronti del convenuto che insiste nel conservare la *res* presso di sé, rifiutandosi di collaborare, l'attore può agire mediante un'*actio ad exhibendum*, alla quale il convenuto non può sottrarsi senza subire una sanzione²⁷.

Invero, allo scopo di evitare la pronuncia di condanna – com'è noto di carattere sempre pecuniario²⁸ – il convenuto deve procedere all'esibizione della *res* in giudizio, in ottemperanza alla pretesa fatta valere dall'attore. Sebbene esperita in un con-

²⁵ Sul passo v. G. Provera, '*Indefensio*' e legittimazione passiva alla '*rei vindicatio*', in *Studi in onore di G. Grosso*, VI, Torino 1974, 207 ss.; M. Marrone, '*Actio ad exhibendum*', cit., spec. 493.

²⁶ La distinzione concettuale delle differenti attività-inattività del convenuto si può cogliere in Gai. 4 *ad ed. prov. D. 50.16.22: Plus est in restitutionem quam in exhibitione: nam 'exhibere' est praesentiam corporis praebere, 'restituere' est etiam possessorem facere fructusque reddere; pleraque praeterea restitutionis verbo continentur*, sul quale v. M. Marrone, '*Actio ad exhibendum*', cit., 493 s.

²⁷ Cfr. M. Talamanca, voce '*Actio ad exhibendum*', in *NNDI*, I/1, Torino 1968, 255; Id., '*Actio ad exhibendum*', cit., 627 ss.

²⁸ In argomento resta fondamentale il lavoro di A. Burdese, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Sem. Compl.*, I, 1989, 175 ss. V. inoltre, tra i molti, M. Marrone, *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in '*Iuris vincula*'. *Studi in onore di M. Talamanca*, V, Napoli 2001, 273 ss.; G. Nicosia, '*Ius dicere*': dalle '*legis actiones*' alle riforme augustee, in *Il processo e le sue alternative. Storia, Teoria, Prassi, Atti del Convegno (Cagliari, 25-27 settembre 2014)*, a cura di F. Botta e F. Cordopatri, Napoli 2017, 23 ss.

testo di natura reale, tale azione è *in personam*²⁹ e di carattere civile³⁰.

A quest'ultima sanzione, là ove vi siano le condizioni idonee per procedere alla vendita dei beni del convenuto, fa seguito una *bonorum venditio*.

5. – Si è fatto sopra riferimento alle differenti conseguenze dell'*indefensio* nelle *actiones in rem*. È il caso di soffermarsi ora su tali conseguenze nell'ipotesi di applicazione di un'*actio in rem* avente per oggetto un bene immobile.

A tal riguardo, tra le molteplici testimonianze, si può brevemente richiamare un testo di Giuliano che così recita: Iul. 9 dig. D. 10.4.8: *Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat neque dolo malo fecerat quo minus possideret, deinde eo defuncto heres eius possidet rem, exhibere eam cogendus erit. nam et si fundum vel hominem petiero et heres ex eadem causa possidere coeperit, restituere cogitur.*

La testimonianza – limitatamente a quanto rileva in questa sede – chiarisce che quando si agisce contro chi né possedeva, né con dolo aveva fatto in modo di non possedere e poi, morto questo, il suo erede si trovasse nel possesso della *res*, tale possessore dovrà essere costretto ad esibirla.

Ebbene – al di là di alcuni dubbi circa l'affidabilità del passo³¹ – appare chiaro che, nell'ipotesi di rivendica di una cosa immobile, se il convenuto già convocato *in iure* (ovvero un

²⁹ G. Segrè, *Sulla distinzione tra 'actiones in rem' e 'in personam' per rapporti estranei al 'ius civile' nel diritto romano classico*, in *BIDR*, XLI, 1933, 82 ss., ora in *Scritti vari di diritto romano*, Torino 1952, spec. 424.

³⁰ Pomp. 22 ad Sab. D. 19.5.16 pr.-1: *Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo ita, ut eum locum, unde exemissem, replerem: exemi nec repleo: quaesitum est, quam habeas actionem. sed certum est civilem actionem incerti competere: si autem vendidisti cretam, ex vendito ages. quod si post exemptionem cretae replevero nec patieris me cretam tollere tu, agam ad exhibendum, quia mea facta est, cum voluntate tua exempta sit. 1. Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.*

³¹ Sul punto rinvio per tutti a M. Marrone, '*Actio ad exhibendum*', cit., 508, nt. 178. V. inoltre S. Schipani, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, s.d. ma 1971, 110, nt. 18.

suo rappresentante) si rifiuti di *rem defendere*, ossia di trasferire il possesso della cosa all'attore, il pretore interviene e ordina, attraverso un *interdictum quem fundum*, la restituzione della *res* rivendicata³².

In altre parole, a fronte della condotta di *indefensio* del convenuto – che dunque non si attiva a fronte della pretesa attorea –, il pretore sanziona quest'ultimo ordinando il passaggio della *res* a favore dell'attore³³.

È opportuno sottolineare che le conseguenze appena descritte – agganciate, come visto, all'ordine emanato dal pretore nell'interdetto – si producono sia nei confronti del convenuto che si rifiuti di esibire la *res*, sia nell'ipotesi in cui tale convenuto si rifiuti di restituire la *res* (vuoi contestando il fondamento dell'interdetto pretorio, vuoi senza prendere posizione nei con-

³² Per una ricostruzione verosimile di tale interdetto v. O. Lenel, *Das 'Edictum'*, cit., 474 s., in questi termini: *Quem fundum ille a te vindicare vult, quem possides dolove malo fecisti quo minus possideres eoque nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdetur, si rem nolis defendere eum illi restituas*. Sulla natura di tale interdetto v. in specie G. Falcone, *Per la storia dell' 'indefensio' nella rivendica: 'agere in rem per sponsonem' e interdetto 'quem fundum'*, in *AUPA*, XLIII, 1995, 537 ss.

³³ Interdetti analoghi sono previsti per l'ipotesi di petizione dell'eredità (Paul. Sent. 1.11.1: *Quotiens hereditas petitur, satisdatio iure desideratur et, si satis non detur, in petitorem hereditas transfertur: si petitior satisdare noluerit, penes possessorem possessio remanebit: in pari enim causa potior est possessor*); di *vindicatio ususfructus* (Nat. Fragm. 92: *lib. IV de interdictis sub titulo 'a quo usus fructus petitur, si rem noli defendere'. Sicut corpora vindicanti ita et ius satisdari oportet, et ideo necessario ad exemplum interdicti 'quem fundum' proponi etiam ei interdictum 'quem usum fructum vindicare velit' de restituendo usu fructu*), nella quale la sanzione, a fronte dell'*indefensio* del convenuto, si concreta nella necessaria sopportazione dell'esercizio dell'usufrutto, ossia di un vero e proprio possesso, da parte dell'attore; di *vindicatio servitutis* (Afr. 9 quaest. D. 39.1.15: *Si prius, quam aedificatum esset, ageretur ius vicino non esse aedes altius tollere nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet non prius se aedificatum, quam ultro egisset ius sibi esse altius tollere. idemque e contrario, si, cum quis agere vellet ius sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet, nec opus novum se nuntiatum nec aedificanti vim facturum. eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes sustinere; Scaev. 12 quaest. D. 39.2.45: *Aedificatum habes: ago tibi ius non esse habere: non defendis. ad me possessio transferenda est, non quidem ut protinus destruat opus (iniquum enim est demolitionem protinus fieri), sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris ius tibi esse aedificatum habere*).*

fronti dello stesso), sia, infine, avverso il convenuto che si rifiuti di aderire alla *litis contestatio*. Anche in quest'ultima situazione, infatti, il convenuto subisce le medesime sanzioni previste nei confronti di qualunque soggetto che abbia rinunciato a *se defendere*³⁴.

6. – Le pagine che precedono hanno cercato di mostrare come il tema della contumacia del convenuto nell'esperienza giuridica romana, declinato nella più aderente 'veste' di attività-inattività dello stesso all'interno del perimetro del processo civile romano, debba ritenersi centrale per chi voglia indagare a fondo tanto i meccanismi operativi del processo *per formulas*, quanto il ruolo che i soggetti coinvolti in tale procedura rivestono.

Sulla base di questa sintetica rassegna di fonti – circoscritta, come precisato, all'analisi delle conseguenze della mancata collaborazione del convenuto nella fase *in iure* di un *iudicium* (formulari) radicato mediante l'esperimento di un'*actio in rem* –, il complesso dei rimedi previsti sembra delineare una concreta situazione di svantaggio per il convenuto-*indefensus*.

A fronte della sua inerzia processuale – 'ostativa' per il corretto funzionamento del 'modello collaborativo' sul quale si fonda la procedura formulari –, si può evidenziare come il convenuto, da un lato, perde, seppur provvisoriamente, il possesso della *res* controversa, dall'altro, spreca, per dir così, il beneficio che, sul terreno dell'onere della prova, tale ruolo gli consentirebbe di avere a fronte dell'eventuale e successiva azione di rivendica esperita al fine di tutelare il proprio diritto.

³⁴ L. D'Amati, *L'inattività del convenuto nel processo formulari: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, cit., spec. 108 ss., la quale, richiamando in particolare i frammenti Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.29.3.14: *Hoc interdictum et in absentem esse rogandum Labeo scribit, sed, si non defendatur, in bona eius eundum ait* e Ulp. 77 *ad ed.* D. 43.1.1.3: *Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*, precisa che dette sanzioni trovano «immediata attuazione anche nel caso di mancata collaborazione al giudizio interdittale. (...) Qui Ulpiano, riprendendo adesivamente Labeone, ammetteva espressamente la possibilità della concessione della *missio in possessionem* nei confronti del destinatario dell'interdetto in caso di mancata difesa nel procedimento nascente dallo stesso».

Invero, lo scopo del trasferimento del possesso che si ottiene mediante l'*actio ad exhibendum* (nell'ipotesi di un'azione *in rem* avente per oggetto una cosa mobile) oppure l'*interdictum quem fundum* (nell'ipotesi di un'azione *in rem* avente per oggetto una cosa immobile) non è tanto quello di soddisfare 'in punto di diritto' la pretesa dell'attore così come individuata nell'*intentio* della formula.

La *translatio possessionis* mira piuttosto a soddisfare l'interesse materiale dell'attore: il pretore, infatti, modificando, benché a titolo provvisorio, uno stato di fatto, incide sulla sfera del convenuto.

La situazione di diritto, ossia la fondatezza o infondatezza della pretesa attorea, resta non determinabile per via della condotta inattiva del convenuto.

Si tratta, in fin dei conti, di una soluzione congegnata dal pretore e consentita in questi termini proprio dalla struttura delle *actiones in rem*, le quali, come oltremodo noto, sono dirette contro la 'cosa' che si trova in possesso del convenuto³⁵.

Tale finalità è ben sottolineata anche dall'espressione *rem defendere* nella quale, come abbiamo visto, si sintetizzano le riflessioni qui svolte. Come sempre accade nell'esperienza giuridica romana, è la prospettiva processuale a 'illuminare' il dato giuridico.

È solo il caso di accennare poi che, ammessa, con la cd. *cognitio extra ordinem*, la possibilità di procedere in contumacia di una delle parti, il comportamento assunto in giudizio dal convenuto perde, in un certo qual modo, di concreto rilievo. Con l'ovvia conseguenza del venir meno – a partire già dall'instaurazione del giudizio, che dal primo momento può svolgersi anche in via unilaterale – del rigoroso regime collegato all'*indefensio*, ormai svuotato di ogni contenuto.

Il che, però, non vuol dire che nel processo cognizionale venga meno il principio del contraddittorio. Non era – e non è ancora oggi – possibile subire gli effetti di un giudicato senza

³⁵ In una prospettiva simile v. di recente il lavoro di L. D'Amati, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, cit., 108 ss.

essere stati preventivamente messi in condizione di essere parte attiva – in condizione di reale parità – all'interno di un processo, così da poterne influenzare l'esito.

Quello del contraddittorio permane anche oggi un principio fondamentale, non derogabile, che governa tutta la sistematica processuale, come emerge anche nella recente riforma del processo civile, intervenuta a rafforzarne il significato³⁶.

³⁶ Mi riferisco alla cd. Riforma Cartabia, ossia al d.lgs 10 ottobre 2022, n. 149, il quale ha così modificato l'art. 101, comma 2, c.p.c., che testualmente recita: «Il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione». Per ulteriori approfondimenti in argomento, si rinvia ai contributi presenti in *questo volume*.

CAPITOLO II

«*ONUS PROBANDI INCUMBIT EI QUI NEGAT*» ETEROGENESI E PALINGENESI DELL'ONERE DELLA PROVA E DELLA CONTUMACIA NEL PROCESSO CIVILE ROMANO

di Alberto M. Tedoldi

SOMMARIO: – 1. *Onus probandi* e contumacia tra *ficta contestatio* e *ficta confessio*. – 2. Onere della prova e libero convincimento del giudice, ovvero: «*la contraddizione che non consente*» – 3. Breve storia dell'onere della prova. – 4. Utopia positivista e semplificazione analitica della fattispecie ex art. 2697 c.c. – 5. *Accusatio germanico more* e 'sentenza di prova' (*Beweisurteil*). – 6. Superamento del dogma dell'onere della prova nella post-modernità liquida e asimmetrica. – 7. La contumacia *gallico et italico more* è *ficta contestatio*. – 8. La contumacia *germanico more* è *ficta confessio*. – 9. La contumacia *britannico more* è *inobedientia regi*. – 10. Eterogenesi e palingenesi dell'onere della prova e della contumacia.

1. – L'istituto della contumacia (dal latino *contemnere*: disprezzare, disobbedire, ribellarsi)¹ è inevitabilmente legato alla regola dell'onere della prova: se la contumacia implica contestazione (*ficta contestatio*), l'attore ha l'onere di provare tutti

¹ «Vero è che quale in contumacia more di Santa Chiesa, ancor ch'al fin si penta, star li convien da questa ripa in fore» (*Purg.*, III, 136-138).

Così Dante, facendo parlare Manfredi di Svevia, figlio dell'imperatrice Costanza d'Altavilla, che «biondo era e bello e di gentile aspetto» (*ivi*, 107) e che, scomunicato dal papa Clemente IV nel 1257, sconfitto e ferito a morte nella battaglia di Benevento da Carlo I d'Angiò nel 1266, si pentì *in articulo mortis* e, nonostante le sue colpe, venne perdonato dalla grazia divina e posto nell'Antipurgatorio, condannato a restarvi trenta volte il tempo trascorso nella sua «contumacia» verso romana chiesa, «se tal decreto / più corto per buon prieghi non diventa» (*ivi*, 140-141).

i fatti costitutivi posti a fondamento della domanda; se la contumacia implica non contestazione (*ficta confessio*), l'attore è sollevato dall'onere di provare i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio, conseguendo la *relevatio ab onere probandi*.

La contumacia ha conosciuto nei secoli una frattura – non solo giuridica, ma anzitutto culturale e finanche ‘teologica’, nel significato schmittiano del termine², viepiù accentuatasi a seguito dello scisma protestante del Cinquecento, non ricomposto dal concilio tridentino – tra ordinamenti processuali latini (francese, italiano e iberico) a origine romanistica, tradizione romano-canonica e derivazione francese, che trattano la contumacia come comportamento neutro, implicante la contestazione di tutti i fatti posti dall'attore a fondamento della domanda (c.d. *ficta litis contestatio*), e ordinamenti a matrice germanica e, in generale, nordica (tedesco, austriaco, inglese e statunitense), che scorgono nella contumacia una disobbedienza al potere sovrano (*inoboedientia regi*, *Ungehorsam*) e una mancata risposta all'accusa (*accusatio*, *Klage*), la quale impone al convenuto (*reus*, *Beklagte*) una pronta, netta e solenne reazione, sotto comminatoria di implicita ammissione della verità dei fatti adottati dall'attore e di condanna contumaciale per omessa difesa e disobbedienza al potere costituito (*indefensio*, *Versäumnis*, *default*).

Conviene dunque prendere le mosse da una pur breve e concisa ricostruzione storico-comparatistica della regola dell'onere della prova (art. 2697 c.c.) e dall'onere di specifica contestazione dei fatti (art. 115, comma 1, c.p.c.), la cui inosservanza determina *relevatio ab onere probandi*, per poi esaminare i due diversi trattamenti della contumacia, quale *ficta litis contestatio* nei Paesi a tradizione romano-canonica, come il nostro, e *ficta*

² C. Schmitt, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, trad. it. Milano 1992; Id., *Le categorie del «Politico»: saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, Bologna 1972. V. inoltre G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino 2003; C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna 1996; Id., *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Bologna 2008.

confessio o anche, *tout court*, *inoboedientia* all'autorità sovrana nei Paesi nordici.

2. – Nell'ordinamento italiano, l'art. 2697 c.c., rubricato «Onere della prova», si struttura secondo una tecnica di scomposizione analitica della fattispecie tra fatti costitutivi, la cui prova grava sull'attore (primo comma), e fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, la cui dimostrazione incombe sul convenuto (secondo comma)³.

È regola di giudizio che opera in via sussidiaria, facendo gravare il rischio della mancata prova sulla parte onerata, quando il giudice, nell'esercizio del libero convincimento (art. 116 c.p.c.), non ritenga conseguita la dimostrazione dei fatti principali, dai quali discendono, rispettivamente, gli effetti costitutivi e gli effetti impeditivi, estintivi e modificativi del diritto dedotto in giudizio. E ciò indipendentemente dal regime di rilevabilità, *ex officio* od *ope exceptionis*, di tali effetti e dall'introduzione dei mezzi di prova, su iniziativa delle parti o del giudice: il riparto del rischio della mancata prova è un *posterius* logico-giuridico rispetto al *prius* dell'onere di allegare tempestivamente i fatti e di dedurre e produrre i mezzi di prova atti a dimostrarli, ancorché la regola fissata nell'art. 2697 c.c. si proietti retrospettivamente, imponendo *ex ante* alle parti le rispettive strategie difensive⁴.

Nello schematico rigore della regola sussidiaria di giudizio

³ Di semplificazione analitica della fattispecie discorreva già R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, IV, Leipzig 1873, 199 ss.

⁴ G.A. Micheli, *L'onere della prova*, Padova 1942, 6 ss.; G. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli-Camerino 1974, 21 ss.; M. Taruffo, voce *Onere della prova*, in *Dig. Civ.*, XIII, Torino 1996, 65 ss.; S. Patti, *Le prove*, Milano 2021, 77 ss.; Id., *Prove*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna 2015, 1 ss.; A. Maniaci, *Onere della prova e strategie difensive*, Milano 2020, 52 ss.; L. Passanante, *L'onere della prova nel processo civile*, in *L'onere della prova*, a cura di Aa.Vv., Milano 2024, 3 ss.

Nella dottrina tedesca v., classicamente e per tutti, V.F. Leonhard, *Die Beweislast*, Berlin 1926, 8 ss.; L. Rosenberg, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, München-Berlin 1965, 54 ss.; H.J. Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin-New York 1975, 282 ss.; nonché, in chiave comparatistica, W. Habscheid, *Beweislast und Beweismaß. Ein kontinen-*

dell'onere della prova si coglie una sorta di proporzione inversa rispetto al libero convincimento, che l'art. 116 c.p.c. affida al prudente apprezzamento del giudice in un *circulus inextricabilis*, per certi versi paradossale. Il giudice di merito gode di una pressoché insindacabile discrezionalità⁵ nell'ammettere e nel disporre i mezzi di prova e nel valutarne l'esito una volta acquisiti ma, se non svolge istruttoria alcuna o, comunque, si persuade in cuor suo dell'insufficienza delle prove raggiunte, ritiene il fatto inesistente e pronuncia sentenza a sfavore della parte onerata della relativa prova, in ossequio al riparto del rischio di mancata dimostrazione dei fatti giuridicamente rilevanti, che formano il novero dei fatti principali (costitutivi o impeditivi, modificativi ed estintivi che siano).

L'art. 2697 c.c. è, a ben guardare, canone inverso di (non) prova legale in un ordinamento che, contraddittoriamente, professa la

taleuropäisch-angelsächsischer Rechtsvergleich, in *Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag*, ed. by H. Prütting, Köln-Berlin-Bonn-München 1990, 105 ss. V., da ultimo, i rilievi critici di B. Sassani, *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 424 ss., nonché G. Verde, *Postilla*, *ivi*, 444 ss.; J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán, L.J. Giannini, *Contra la carga de la prueba*, Madrid 2019; J. Nieva Fenoll, *L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita*, trad. it. in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1195 ss. (su cui la recensione critica di M. Garavaglia, *Astrolabi, bussole e onere della prova: a proposito di un saggio recente*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1349 ss.); J. Ferrer Beltrán, *La c.d. «carga dinámica» della prova: tra equivoci e superfluità*, trad. it. *ivi*, 2019, 897 ss.

⁵ Viepiù dopo l'abrogazione del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. sul vizio di motivazione denunciabile con ricorso per cassazione e la sua sostituzione con il solo caso di omesso esame di un fatto controverso e decisivo, neppure spendibile in caso di doppia conforme sulla *quaestio facti* in esito al doppio grado di merito, a mente dell'art. 360, comma 4, c.p.c. Sul nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. v. Cass., Sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054, in *Foro it.*, 2015, I, 209, con nota di G. Quero e Cass., Sez. un., 5 marzo 2024, n. 5792. In dottrina v. le pagine, ormai classiche, di G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, 2^a ed., Padova 1964, 187 ss.; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975, 509 ss.; M. Bove, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano 1993, 193 ss.; nonché, sul nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c., L. Lombardo, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Torino 2015, spec. 131 ss.; nonché, sull'ultima riscrittura del n. 5 dell'art. 360 c.p.c., le condivisibili critiche di B. Sassani, *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 639 ss.; Id., *Legittimità, 'nomofilachia' e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in Cassazione del ragionamento del giudice*, in *judicium.it*, 2013; Id., *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 43 ss.

regola del libero convincimento del giudice (art. 116 c.p.c.), affidando all'esclusivo *arbitrium iudicis* l'applicazione del criterio sussidiario di giudizio, onde perde la causa chi non l'abbia persuaso circa l'esistenza del fatto da provare. Vien fatto, pur tuttavia, di notare che è il giudice stesso a governare liberamente la propria *intime conviction*, sin dall'inizio del processo, formandosi pre-comprensioni e (spesso inemendabili) pregiudizi, che orientano la *cognitio causae* sin dal principio, condizionando a monte la stessa acquisizione del materiale probatorio, secondo canoni selettivi discrezionali, che l'efficientismo telematico post-moderno rende viepiù severi, astringendo a far presto in luogo di far bene. Si giunge così al termine dell'istruttoria – se e quando vi sia stata – con acquisizioni probatorie del tutto insufficienti o, ancor peggio, demandate *toto coelo* a un ausiliario, il consulente tecnico d'ufficio, che sostituisce il giudizio proprio a quello del giudice, ricostruendo, riportando e valutando i fatti con metodologie soggettive, arbitrarie e deformanti e facendosi, in tal modo, *peritus iudex* mercé onniscienza e onnipotenza scienziata, cui le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno dato incondizionato avallo, sempre in nome del far presto⁶.

Si dirà che la *finis litium*, ch'è precipuo interesse della *res publica* e della *iurisdictio* in quanto *pars summi imperii*, non può farsi carico di un'eterna incertezza nei rapporti giuridici *inter cives*, pena la confusione e il disordine permanenti, come constatiamo quotidianamente e tragicamente nei rapporti tra Stati, ormai sottratti a ogni governo della diplomazia e del diritto internazionale pubblico, dove continuano a dominare incontrastati la forza e il clangore delle armi, tanto da aver cancellato qualsivoglia *nomos* della terra e ogni freno (*katèchon*) al *mysterium iniquitatis* di chi si fa giustizia da sé, seminando odio, morte e distruzione implacabili e reprimendo ogni dissenso⁷.

⁶ V. Cass., Sez. un., 1° febbraio 2022, n. 3086 e Cass., Sez. un., 28 febbraio 2022, n. 6500, sulle quali v. ampiamente e criticamente B. Cavallone, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 981 ss.; nonché, *si vis*, A.M. Tedoldi, *'Iudex servus peritorum'*. *La consulenza tecnica psicologica*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1164 ss.

⁷ Sulla nozione di *katèchon* nel pensiero di Carl Schmitt, che lo trae da San Paolo, *Se-*

3. – Nei rapporti *iure privatorum* s'indulge spesso al mito di un tempo prestatuale, in cui la giustizia veniva resa secondo metri arbitrari di *phrónesis* dialogica, cioè di sapienza concreta, che conduceva a soluzioni conformi a buona fede, buon senso e alle consuetudini normalmente seguite secondo *prudencia iuris*. Il *non liquet (sibi non liquere)*, cioè l'impossibilità di offrire una soluzione della controversia per mancanza di prova, ha origine e natura intimamente arbitrari, incompatibili con il sopravvivere della statualità della giurisdizione, amministrata da funzionari chiamati a decidere la lite *iure imperii*, secondo canoni procedurali pubblicistici, anziché con l'equità e la prudenza insita nell'*arbitrium boni viri*⁸.

In stretto nesso consequenziale con l'appropriazione della *iurisdictio* da parte dello Stato – quale che ne sia la forma storicamente invertebra – e dalla contrapposizione romana tra *actio* ed *exceptio* – nell'elaborazione che della *cognitio extra ordinem* post-classica fecero glossatori e commentatori nel basso medioevo, ispirandosi ai principi razionali della filosofia aristotelico-tomista nel quadro del processo romano-canonico⁹ – nascono i tratteggi brocardi, originati da massime retoriche e prassi giurisprudenziali, intesi a limitare la discrezionalità del giudice-funzionario e l'ordine asimmetrico insito nella sua *publica auctoritas*, che veniva via via sostituendosi alla *professio iurisprudentiae* dell'ordine isonomico a matrice equitativa e arbitrale¹⁰,

conda lettera ai Tessalonicesi, II, 6-7 (C. Schmitt, *Il 'nomos' della terra*, trad. it. Milano, 1991, 42 ss.), v. A. Scalone, *'Katechon' e scienza del diritto in Carl Schmitt*, in *Filosofia politica*, 1998, 283 ss.; R. Cavallo, *Il 'Katechon' nella teologia politica di Carl Schmitt: forza che frena o forza che trasforma?*, in *Democrazia e diritto*, 2008, 203 ss.; nonché, con riflessioni di 'teologia politica' di ampio respiro, M. Cacciari, *Il potere che frena*, Milano 2013, *passim*, che si sofferma sull'enigmatica figura di una potenza, il *katéchon*, che trattiene e contiene, arrestando o frenando l'avanzata dell'Anticristo, ma che dovrà togliersi o esser tolto di mezzo affinché l'Anticristo si diveli, dando forma a idee e simboli escatologico-apocalittici che si sono venuti secolarizzando nella storia politica dell'Occidente, fino al contemporaneo oblio della loro origine.

⁸ L. Martone, *Arbiter-Arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli 1984.

⁹ G.A. Micheli, *op. cit.*, 27 ss.; Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, II, Milano 1925, 409 ss.

¹⁰ A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano 1995, XI ss. e 37 ss.;

nel quale non sussisteva una vera e propria *necessitas probandi*, avendo le regole sull'onere della prova la portata di un indice di 'normalità' casistica, secondo canoni topici sedimentatisi per la corretta soluzione di liti analoghe.

Il giudice-arbitro, con metro equitativo, fissava non soltanto il *quid probari oporteat e cui incumbat onus probandi*, ma anche il *quantum probandum sit* dell'*intentio* dell'attore e dell'*exceptio* del convenuto, onde pervenire al *iudicium* in esito alla fase *apud iudicem*, con la possibilità di ricorrere, pur tuttavia, al *non liquet (sibi non liquere)*, quando non ritenesse raggiunta la prova richiesta alle parti¹¹.

In epoca imperiale, nel passaggio dal processo formulare classico alla *cognitio extra ordinem*, volendo determinare e imporre *a priori* al giudice-funziionario *quid probari oporteat e cui incumbat onus probandi*, restringendo gli spazi discrezionali del *quantum probandum sit*, la struttura stessa dell'*actio* suggeriva che fosse l'attore ad aver l'onere di provare il fondamento dell'*intentio* contenuta nella formula data dal *praetor* nella fase *in iure* («*Si paret condemnato... si non paret absoluito*»)¹² e che,

v. anche N. Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 283 ss.; A. Giuliani, *Giustizia ed ordine economico*, Milano 1997, *passim*; Id., *L'ordo iudiciarius' medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 598 ss.; Id., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: «nuova retorica» e teoria del processo*, in *Sociologia dir.*, 1986, 2, 81 ss.; B. Cavallone, *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 107 ss.

¹¹ Narra Gellio (*Noctes acticae*, XIV, 2) di un caso – ricordato da Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. Torino 1896, VI, 338 – in cui il *iudex privatus* preferì pronunciare un *non liquet*, incerto tra l'applicazione della massima '*actore non probante reus absolvitur*' e la valutazione morale del convenuto, che non godeva di buona fama e non meritava il beneficio dell'assoluzione per mancanza di prova dell'*intentio actoris*. V., inoltre, G.A. Micheli, *op. cit.*, 16; G. Verde, *L'onere della prova*, cit., 163, secondo cui, durante l'epoca del processo formulare, il giudice godeva di ampia discrezionalità nello stabilire quale parte fosse onerata della prova, nel disporre trasferimenti degli oneri probatori nel corso del processo, che potevano passare dall'attore al convenuto e viceversa in base alle dinamiche della fase *apud iudicem*, governata secondo criteri equitativi e *lato sensu* arbitrari.

¹² La *formula*, emessa in esito alla fase *in iure*, era il programma del *iudicium* demandato al *iudex privatus* o all'*arbiter* nella fase *in iudicio*. Con la *formula* il *praetor* fissava i compiti e i poteri del *iudex*, chiariva il rapporto dedotto in giudizio e oggetto di accertamento – estintosi per effetto della *litis contestatio* – e stabiliva il provvedimento che il *iudex* era autorizzato a pronunciare alla fine della fase *in iudicio* (C.A. Cannata,

soddisfatto tale onere (primario), divenisse attuale l'onere (secondario) del convenuto di fornire la prova *in excipiendo*. Talché si fissò nel Digesto giustiniano una serie di principi, poi ripresi e raffinati da glossatori e commentatori – «*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*» (D. 22.3.2, *Paulus 69 ad ed.*), «*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*», «*affirmanti non neganti incumbit probatio*», «*actore non probante reus absolvitur*», «*reus in excipiendo fit actor*» – *pari passu* con l'introduzione del divieto di *non liquet*, poiché «*interest rei publicae ut sit finis litium*», trasformando in tal modo il potere e l'onere (soggettivo) delle parti *apud iudicem sive arbitrum* in (oggettiva) regola di giudizio, rivolta al giudice-funziionario, per consentirgli e imporgli di statuire comunque sul fatto non provato o rimasto incerto, in pregiudizio della parte che aveva l'onere di dimostrarlo *in iudicio*, chiudendo in tal modo la lite con pronuncia di merito idonea a trascorrere *in rem iudicatam*¹³.

Nella funzione e nella struttura pubblicistiche della *cognitio extra ordinem* d'epoca imperiale, da un lato, iniziarono a formarsi regole di prova legale, che vincolavano il giudice, funzionario dell'imperatore, fissando l'esistenza o l'inesistenza del fatto; dall'altro lato, si consolidò il principio dell'onere della prova quale regola di giudizio, logicamente e concettualmente ben distinta dalle regole di prova legale e la cui applicazione presuppone esaurita negativamente la valutazione (legale o libera) delle prove acquisite. L'onere della prova, come regola sus-

voce *Formula*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino 1961, 580 ss.; V. Giuffrè, 'Necessitas probandi'. *Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli 1984, 169 ss.).

¹³ Cfr. G. Pugliese, *L'onere della prova nel processo romano 'per formulas'*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1956, 3, 349 ss.; Id., *Per l'individuazione dell'onere della prova nel processo romano 'per formulas'*, in *Studi De Francesco*, I, Milano 1957, 535 ss., dove anche una rilettura critica del su citato passo di Gellio; Id., *Regole e direttive sull'onere della prova nel processo romano 'per formulas'*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova 1958, 579 ss.; E. Levy, *Beweislast im classischen Recht*, in *Jura*, 1952, 3, 155 ss.; Kaser, *Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozess*, in *Zeitschrift für Savigny Stiftung*, 1954, 71 e 221 ss.; G. Longo, «*Onus probandi*», in *Arch. giur.*, 1955, 61 ss.; Id., *Nuovi contributi in tema di «onus probandi»*, in *Jura*, 1957, 8, 43 ss.; Id., *L'onere della prova nel processo civile romano*, ivi 1960, 149 ss.; V. Giuffrè, 'Necessitas probandi', cit., 170 ss.; F. Di Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, 323 ss.

sidiaria di giudizio, che consente una decisione di merito purchessia, venne a formarsi per cristallizzazione di criteri pratici, tramandati dalla prassi e dalla giurisprudenza, che entrarono nel Digesto per poi passare, attraverso il diritto comune, ai diritti moderni¹⁴.

Fu allora che il criterio dell'*onus probandi* ebbe a configurarsi quale principio giuridico atto a operare su un piano oggettivo, in modo da rendere sempre possibile una decisione nel merito; ma è pur vero che tale regola tendeva e tende comunque a porre in rilievo, retrospettivamente e soggettivamente, la tempestività delle deduzioni probatorie delle parti, sulle quali incombe la *necessitas* di dare al giudice gli elementi di fatto, onde ricostruire la premessa minore del sillogismo giudiziario, risolvendo la *quaestio facti* cui applicare la *regula iuris* fissata dal *conditor legum*, in ossequio ai principi di completezza e certezza dell'ordinamento¹⁵.

La formulazione della regola sussidiaria di giudizio sull'onere della prova giunse così, per li rami dei secoli e attraverso le dottrine di Domat e di Pothier, al *code civil de Français* del 1804, meglio noto come *code Napoléon*, che all'art. 1315, ripreso quasi alla lettera dal c.c. italiano del 1865 (art. 1312), recitava: «Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation»¹⁶, dove echeggia il *principium libertatis*, caro alla *Révolution* e alla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 e dal quale principia il triadico motto «Liberté, Égalité, Fraternité»¹⁷.

4. – L'art. 2697 c.c., nell'aprire le «Disposizioni generali»

¹⁴ G.A. Micheli, *op. cit.*, 18 ss.

¹⁵ V., per tutti, L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino 2004, 177 ss., dove ulteriori richiami bibliografici.

¹⁶ Art. 1312 c.c. 1865: «Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione deve provarla, e chi pretende esserne stato liberato deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione».

¹⁷ V. Marcadé, *Spiegazione del codice Napoleone*, VII, Napoli 1876, 4 s.; F. Laurent, *Principes de droit civil*, XIX, Paris-Bruxelles 1878, 94.

sulle prove poste nel libro VI del c.c. 1942, enuncia le regole generali sull'*onus probandi*, superando l'impostazione dell'art. 1315 del *code Napoléon*, ripresa *verbatim* dall'art. 1312 c.c. 1865, ch'era circoscritta alle obbligazioni, alla loro 'esecuzione' *ex parte creditoris* e ai soli fatti estintivi *ex parte debitoris*.

L'articolo del vigente c.c., rubricato «Onere della prova», stabilendo nel primo comma che «chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento» e, nel secondo comma, che «chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda», trae origine dalla generalizzazione sistematica, operata dalla scuola storica e dalla pandettistica tedesche, della contrapposizione strutturale dialettica tra *actio* ed *exceptio*, mediante la semplificazione analitica della fattispecie predicata da Jhering e ripresa dall'italico *conditor*¹⁸, incentrata sulla distinzione tipologica tra fatti e sul principio di simultaneità, che s'impenna sulla corrispondenza biunivoca tra perfezionarsi della fattispecie e produzione degli effetti giuridici, nonché sulla teoria dei fatti impeditivi, quali elementi della fattispecie 'con il segno invertito', da distinguere non già e non soltanto in base alle norme sostanziali applicabili al caso concreto, bensì secondo regole teorico-pratiche, che facciano riferimento alla normalità e alla specificità dei fatti costitutivi per la produzione degli effetti e all'anormalità (od occasionalità o accidentalità) dei fatti impeditivi, senza confondersi né con i fatti presunti – che rimangono fatti costitutivi, soggetti a prova contraria, laddove i fatti impeditivi formano oggetto di onere probatorio gravante sul convenuto – né con le *fictiones iuris*, non essendovi nella mancata prova alcuna *fictio*, ma accertamento di inesistenza del fatto non provato o rimasto incerto, in ossequio al riparto del rischio fissato nell'art. 2697 c.c.¹⁹.

¹⁸ R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, IV, *loc. cit.* e, su tale linea di pensiero, la *Relazione al c.c.*, n. 1104, che basa il riparto degli oneri probatori sulla distinzione tipologica di fatti (costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi), modellata in aderenza ai paradigmi concettuali dell'azione e dell'eccezione.

¹⁹ V., *amplius* e per tutti, L.P. Comoglio, *Le prove civili*, cit., 185 ss., dove ulteriori riferimenti.

Si tratta, come ognuno vede, di uno schema dogmatico astratto e soverchiamente complesso, che poco e male si attaglia alla variegata molteplicità del reale, nella dinamica processuale e dialettica delle allegazioni e delle reciproche contestazioni. Vi è, nella contrapposizione disegnata dall'art. 2697 c.c., un'eccessiva rigidità, che presuppone, con tutta evidenza, un approccio strettamente positivista alla fattispecie per come delineata nella norma di diritto sostanziale, entrando la regola sull'onere della prova nella protasi e nell'apodosi, nel frastico e nel neustico dell'enunciato normativo, che passa da «Se X, allora Y» a «Se è provato X, si produce l'effetto Y», in ossequio ai dettami della *Normentheorie*²⁰.

«There are more things in heaven and earth, Horatio, / Than are dreamt of in your philosophy» (*Hamlet*, I, 5). La prassi, nella sua concretezza, ripudia un così rigido schematismo precostituito, ricercando altrove la soluzione pratica delle questioni, mediante ricorso ai principi di vicinanza alle fonti probatorie²¹

²⁰ Sulla quale v., classicamente, L. Rosenberg, *Die Beweislast*, cit., 62 ss. e 125 ss.

²¹ Nella *Ley de Enjuiciamiento Civil*, l'art. 217.6 consente al giudice spagnolo di tener conto de «la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio». Sul principio di vicinanza v., in dottrina, C. Besso, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383 ss.; A. Maniaci, *op. cit.*, 101 ss., dove ulteriori riferimenti; in giurisprudenza v., per tutte, Cass., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Foro it.*, 2019, I, 2726, con nota di M. Magliulo, *Garanzia per vizi, inesatto adempimento ed onere della prova: l'intervento delle sezioni unite e la rilettura del principio di vicinanza alla fonte di prova*, e in *Riv. dir. proc.*, 2020, 1315 ss., con nota di A. Giusani, *Sulla «vicinanza» della prova del vizio della cosa venduta*, la cui massima così recita: «In tema di garanzia per i vizi della cosa venduta, grava sul compratore che esercita le azioni di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo ex art. 1492 c.c. l'onere di provare l'esistenza dei vizi del bene compravenduto, non trovando applicazione la regola di riparto degli oneri probatori stabilita, per il caso di inesatto adempimento, dalla sentenza n. 13533 del 2001 delle Sezioni unite». B. Sassani, *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo*, cit., 439 s., giustamente nota che il criterio della vicinanza al mezzo di prova, pur scivolando facilmente nell'inversione dell'onere probatorio e favorendo, in tal modo, esercizi di poco controllata discrezionalità del giudice, in sé considerato non è strumento ermeneutico diverso da altri, sia pure da maneggiare con cautela perché facile a esondare ma che, ricondotto nei suoi argini, coopera (non diversamente da altri) alla costruzione della fattispecie operativa, estraendola dalla fattispecie piena (c.d. *integra causa*), come insegna G. Verde, *L'onere della prova*, cit., nella logica della non coincidenza della fattispecie/efficacia con la

e alle presunzioni giurisprudenziali²², che fan ridiscendere dal cielo sidereo alla realtà terrena i concetti dogmatici ereditati dal positivismo giuridico ottocentesco²³.

5. – Vi fu un tempo, ancor più remoto di quello poc'anzi sunteggiato, in cui l'accusato aveva l'onere di scolarsi e difendersi dall'*accusatio* (*Klage* nell'idioma teutonico), invertendo il tradizionale brocardo in quello per cui «*onus probandi incumbit ei qui negat, non ei qui dicit*», in flagrante contraddizione con il principio per cui «*negativa non sunt probanda*».

fattispecie/rilevanza (fattispecie semplificata), partecipando, quale canone euristico, alla distribuzione degli oneri nelle tante situazioni di obiettiva incertezza.

²² La giurisprudenza, oggi non meno che in passato, tende a fissare regole di giudizio con metodo topico-casistico, in deroga alla normale ripartizione degli oneri probatori ex art. 2697 c.c., modificandone o invertendone l'incidenza sulle parti in lite in una sorta di *Beweisrisiko* e di *Beweisführungslast*, cioè di conduzione guidata dell'onere della prova, in base alle circostanze del caso concreto e a massime di esperienza fondate sull'*id quod plerumque accidit*. V., sul tema, G. Verde, *Le presunzioni giurisprudenziali. Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova*, in *Foro it.*, 1971, V, 177 ss.; nonché, criticamente, M. Taruffo, *Onere della prova*, cit., 76 ss.; v., inoltre, L.P. Comoglio, *Le prove civili*, cit., 229; H.J. Musielak, *op. cit.*, 311 ss.; E. Benigni, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino 2014.

²³ Secondo L. Passanante, *op. cit.*, 21, il concetto di onere della prova continua, nondimeno, a conservare la sua utilità, consentendo di rendere più agevole per una parte la tutela dei diritti, senza dover necessariamente incidere sulla struttura della fattispecie. «In un processo dominato dal principio del libero convincimento, la regola (che usiamo denominare) dell'onere della prova svolge un ruolo differente rispetto a quello che svolgeva nel processo medievale, caratterizzato dal sistema della prova legale, giungendo perfino ad essere – là e qua – una cosa diversa: in quel contesto l'onere della prova veniva utilizzato dal giudice prima dell'assunzione dei mezzi di prova e, unitamente agli esiti dell'istruttoria, che erano determinati dall'applicazione delle rigide regole di prova legale, dava luogo, in via pressoché automatica, alla decisione della causa: la parte che avesse assolto l'onere della prova sarebbe risultata vittoriosa, mentre la parte che non avesse assolto l'onere della prova a proprio carico sarebbe risultata soccombente. Nel contesto attuale, la regola dell'onere della prova serve, al contrario, dopo l'assunzione e la valutazione dei mezzi di prova, come regola di giudizio residuale per l'ipotesi in cui determinati fatti (siano essi costitutivi, modificativi, impeditivi o estintivi) rilevanti per la fattispecie non risultino provati (o, che è lo stesso, non risultino provati a sufficienza), affinché il giudice non debba pronunciare una sentenza di *non liquet*. L'abbandono del sistema della prova legale non impone di abbandonare anche la regola dell'onere della prova; diversamente, il nuovo contesto, dominato dalla regola del libero convincimento, attribuisce a quella regola un significato differente, che corrisponde a un diverso modo di operare nel processo».

È l'*accusatio more germanico*, esempi della quale vengono offerti da Richard Wagner nel *Lohengrin* (atto I), quando Friedrich von Telramund accusa Elsa von Brabant di fratricidio, e nella *Götterdämmerung* (atto II, scena 4), là dove Siegfried viene accusato da Brünnhilde di tradimento ed è immediatamente chiamato dal consesso a discolarsi, letteralmente a 'purgarsi', formulando il solenne 'giuramento di purgazione' (*Reinigungseid*) per dimostrare la falsità dell'accusa²⁴.

Già nell'antico processo romano s'imponeva alle parti di prestare solenni giuramenti (*sacramenta*) per confermare le contrapposte allegazioni, demandando al *pontifex* di stabilire quale fosse il *sacramentum iustum*, in base agli elementi acquisiti e alla figura morale di ciascuna parte²⁵. In epoca giustiniana e nella *cognitio extra ordinem* il *iuramentum de calumnia* divenne obbligatorio e da prestare *in exordio litis*.

Nell'alto Medioevo l'influenza germanica segnò una netta discontinuità rispetto al processo romano tardo imperiale e giustiniano. Il procedimento richiedeva una pronta risposta del convenuto (pena la condanna con *Versäumnisurteil* e il bando del contumace che si sottraeva al giudizio): la risposta, ove non limitata a un semplice *confiteri* o *recognoscere*, apriva la via del giudizio, mettendo capo alla sentenza di prova (*Beweisurteil* o *Beweisinterlocut*). Le prove raccolte prima del *Beweisurteil* avevano lo scopo di acclarare la credibilità (*Glaubhaftmachung*) delle affermazioni giurate compiute dalle parti, per poi dare corso alla seconda fase del giudizio, *id est* alla prova ordalica, sottoponendosi al giudizio di Dio (*Gottesgericht*), che costituiva un diritto prima ancora che un onere. Il giudice, nell'emettere la 'sentenza di prova', poteva decidere su quale parte gravasse l'onere della prova in base alle circostanze, po-

²⁴ V., *si vis*, A.M. Tedoldi, *Il processo in musica nel Lohengrin di Richard Wagner*, Pisa 2017, 17 ss.

²⁵ E. Allorio, *Il giuramento della parte*, Milano 1937, 52 ss.; Id., *Cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935, 58 ss.; V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1934, 112; E. Betti, *Diritto romano*, I, Padova 1935, 461; L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig, 1891, 49 e 99; T. Siciliani, *L'onus probandi nel diritto romano*, in *Giur. it.*, 1909, IV, 18 ss.; F. De Sarlo, *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, in *Arch. giur.*, CXIII (1935), 185 ss.

rendola a carico della parte che meglio poteva conoscere i fatti o che affermava un fatto più probabile o che appariva più degna fra i contendenti e godeva di miglior fama nella comunità²⁶.

Nel processo germanico il processo si apriva con una solenne ‘denuncia’ (*Klage*, che contrassegna anche la domanda giudiziale in sede civile), formulata *per positiones ad respondendum et opponendum*, intese a provocare una risposta da parte dell’accusato. L’accusatore doveva prestare il giuramento *de calumnia*, cioè di agire *sine astu*, garantendo solennemente la propria buona fede in ordine all’esistenza dei fatti esposti nelle *positiones* (giuramento *de credulitate, se sciente habere certam suspicionem*), provocando il convenuto alla ‘purificazione’ mediante giuramento di purgazione (*Reinigungseid*). L’accusa giurata con *anteiuramentum* fungeva, dunque, da *provocatio ad purgationem*. Il *iuramentum ad purgationem*, che l’accusato era chiamato a rendere *coram populo*, era invece *de veritate*, non *de credulitate*, ossia sulla conoscenza diretta dei fatti, in quanto il convenuto era più vicino alle circostanze oggetto dell’accusatio: «*praecise enim iurat sic non esse*» con la formula «*veritatem dico et non mentior*». Se prestato – talvolta con l’ausilio di *coniuratores* – il giuramento di purgazione liberava il convenuto dall’accusa, essendo obbligato a dire la verità sotto pena di incorrere nel castigo divino previsto per il delitto di spergiuro, ché all’epoca la migliore garanzia per il raggiungimento della verità era l’invocazione solenne di Dio, ben più di prove razionali, facilmente corruttibili con il mendacio.

Ciò incentivava però i falsi giuramenti, affievolendosi il timore in una punizione divina che mai giungeva. Si dovette perciò introdurre il duello giudiziario con la *Lex Burgundiorum*, che poteva essere richiesto dallo stesso convenuto o dall’attore in luogo del giuramento di purgazione. E s’ebbe così il *duorum bellum ad probationem veritatis* (*trial by battle* nella tradizione inglese), ben rappresentato nel I atto del *Lohengrin* di Richard

²⁶ G. Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile* (1902), in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma 1930 (rist. Milano 1993), 181 ss.; C. Lessona, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, I, Firenze 1904, 152 s., che richiama i *Libri Feudorum*, I, 4, § 1; II, 11, 26, §§ 1 e 2; 33, § 2; G.A. Micheli, *op. cit.*, 24 ss.

Wagner, in un'epoca di giudizi divini ed eroici, come li definiva Giambattista Vico, in cui la decisione della lite era rimessa al giuramento delle parti e all'esito della prova ordalica.

Nell'*accusatio germanico more*, se l'accusatore solennemente giura di elevare accusa (*Klage*) secondo verità e senza menzogna, come fanno Friedrich von Telramund nel I atto del *Lohengrin* e Brünnhilde nella *Götterdämmerung* (II atto, scena 4), proponendo denuncia-querela – o anche domanda giudiziale, ché l'espressione tedesca *Klage* riunisce semanticamente in sé ambedue i significati – è l'accusato, offeso *coram omnibus* nel proprio onore e nella stima di cui gode presso la comunità alla quale appartengono tutte le parti della lite, ad aver l'onere di provare (*Beweislast*) la propria innocenza, al cospetto di Dio e del popolo, formulando a propria volta il 'giuramento di purgazione' dall'accusa (*Reinigungseid*), che è una sorta di solenne *litis contestatio erga omnes*.

Soltanto a seguito di contestazione dell'accusa diviene necessario fare ricorso al giudizio divino, all'ordalia, dal tedesco *Ur-theil*, che par quasi evocare l'originaria *divisio* (*Ur-teilen*), la separazione netta del bene dal male, del giusto dall'ingiusto, della ragione dal torto, la fissazione del limite e, con questo, del *nomos* ancestrale, che segna il confine di invalicabile rispetto della sfera altrui²⁷.

È poi chi regge la comunità, a seconda dei casi il re o gli scabini, per volontà di Dio e del popolo (il che è lo stesso), ad ascoltare l'accusa e la difesa, raccogliendo le dichiarazioni asseverate da contrapposti giuramenti solenni, sostenuti dall'intervento *ad adiuvandum* dei *coniuratores* (o *sacramentales*), generalmente parenti dell'accusato, che giuravano insieme a lui, non su fatti di cui fossero a conoscenza, ma sul presupposto morale ed etico dell'innocenza del congiunto e della verità delle sue allegazioni, per poi stabilire, attraverso la sentenza di prova (*Beweisurteil* o *Beweisinterlocut*), in qual modo debba esprimersi il giudizio di Dio (*Gottesgericht*), che stende la sua mano sull'innocente, confonde i malvagi e disperde i superbi nei pen-

²⁷ C. Schmitt, *Il 'nomos' della terra*, cit., 54 ss.

sieri dei loro cuori, con una sentenza finale (*Endurteil*) che, essendo *Gottesurteil*, non lascia sopravvivere dubbi (e, talvolta, neppure l'accusato o l'accusatore...).

È per questo che nell'antico processo germanico i litiganti dovevano parlare e dir tutto nella prima fase del processo, avendo l'onere di introdurre ogni elemento assertivo che potesse anche solo eventualmente riuscire utile al fine di prevalere sull'avversario (*Eventualmaxime*): chiusa questa fase ed emesso dal re o dagli scabini il *Beweisurteil* (detto anche *Beweisinterlocut*), che fissava il *Beweislast*, cioè l'onere della prova intesa come singolar tenzone o duello giudiziario (*duellum*, *Gerichtskampf*, *trial by battle*), nulla più le parti potevano aggiungere, dandosi corso all'ordalia e al *Gottesgericht*, per sua natura veridico e incensurabile, per lo più anche a causa dell'estinzione fisica o del bando che colpivano la parte soccombente o il suo campione, sceso nel *campus (témenos)*, il cerchio del giudizio (*Gerichtskreis*), nel quale si svolgeva il *duorum bellum*, cessando la materia del contendere *quoad subiectum*. Chi, nonostante l'invito a comparire si fosse sottratto al giudizio, si sarebbe posto *ipso facto* fuori dalla comunità, subendo la condanna contumaciale (*Versäumnisurteil*) e il bando (*bannum*)²⁸.

Analogamente nell'*adversary system* anglosassone, con la tradizionale *divisio* tra giudice del fatto (giuria), che emette un *verdict (veredictum)* sprovvisto di motivazione, e giudice

²⁸ C. Siegel, *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens*, Giessen 1857, 167 ss.; Id., *Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang*, Wien 1866; R. Sohm, *Der Prozess der 'Lex Salica'*, Weimar 1867; Id., *Die altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung*, Weimar 1871; M.A. Bethmann-Hollweg, *Der germanisch-romanische Civilprocess im Mittelalter*, V, Bonn 1873 (rist. Aalen, 1959), 164 ss.; F. Patetta, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, Torino 1890; E.C. Lea, *Forza e superstizione ossia compurgazione legale, duello giudiziario, ordalia e tortura*, Piacenza 1910; G.E. Levi, *Il duello giudiziario. Enciclopedia e bibliografia*, Firenze 1932, 171 ss.; A. Erler, *Gottesurteil*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, I, Berlin 1970, 1769 ss.; H. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, 2, Leipzig 1906, 256 ss.; R. Schröder, E.F. Künsberg, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlin-Leipzig 1922, 846 ss.; C. Lessona, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, I, Firenze 1904, 150 ss.; A. Pertile, *Storia del diritto italiano*, VI, 1, Torino 1900, 313 ss.; G.A. Micheli, *op. cit.*, 24 ss.; E. Allorio, *Il giuramento della parte*, Milano 1937, 84 ss.

statale, che applica la sanzione prevista dalla legge, vi è un preliminare *burden of producing evidence* (*burden of production*) nella fase *pre-trial*, laddove la giuria, quale *trier of fact*, è destinataria del *burden of persuasion*, con il connesso *risk of non persuasion* dei giurati – *beyond any reasonable doubt* nei giudizi penali, in base alla *preponderance of the evidence* in quelli civili – in esito al *trial*, nel quale si svolge l'*experimentum crucis* sui fatti allegati e sottoposti al fuoco incrociato degli interrogatori con metodo *adversarial*²⁹.

6. – Emerge da quanto esposto che, mentre nel processo romano-canonico l'onere della prova rappresentava la regola sussidiaria di giudizio, mediante la quale si poteva decidere nel merito anche in caso di dubbio in ordine all'esistenza dei fatti posti a fondamento della domanda e delle eccezioni, nel processo germanico tale regola operava in un contesto dominato dalle prove legali, imponendo un automatismo tra attività della parte ed esito del giudizio, condizionato dalla sentenza interlocutoria di prova (*Beweisurteil* o *Beweisinterlocut*), con cui il giudice, valutando la credibilità delle difese sulla scorta degli elementi offerti dalle parti nella prima fase del processo, decideva volta per volta la ripartizione degli oneri probatori, ponendoli discrezionalmente a carico dell'una o dell'altra parte, per dare poi corso al giudizio, anticamente affidato alla prova ordalica, in seguito al *trial* dinanzi a giuria, chiamata a rendere un *verdict* (*verdictum*), sprovvisto di motivazione, in rappresentanza del popolo³⁰.

²⁹ V. F. James Jr., G.C. Hazard Jr., *Civil Procedure*, Boston-Toronto 1985, 313 ss.; M. Taruffo, *Diritto processuale civile nei Paesi anglosassoni*, in *Dig. civ.*, IV, Torino 1990, spec. 20-22; M. Garavaglia, *Onere della prova nel confronto tra 'civil law' e 'common law'*, in *L'onere della prova*, cit., 25 ss.; nonché *amplius* Id., *La ripartizione dell'onere della prova nel processo civile. Premesse per uno studio di diritto comparato*, Padova 2022, dove ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁰ Una giustizia divina resa dinanzi al popolo, della quale restano tracce nell'istituzione della giuria popolare, tipicamente composta da dodici persone (le dodici tribù di Israele; i dodici giusti eletti a comporre il tribunale dell'Areopago per giudicare Oreste nelle *Eumenidi* di Eschilo; i dodici testimoni della *Lex Salica*; i dodici uomini onesti e pari all'accusato della *Magna Charta Libertatum* del 1215, chiamati a giudicare dei

Dall'incontro di queste due divergenti tradizioni ebbe a consolidarsi nel basso medioevo, ad opera dei glossatori che si rifacevano all'*ordo rationalis* aristotelico-tomistico, l'antico principio del diritto romano postclassico, in forza del quale «*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*», tradottosi nella semplificazione analitica della fattispecie di cui al nostro art. 2697 c.c., attraverso l'apporto della pandettistica tedesca dell'Ottocento nel ricostruire sistematicamente e dogmaticamente la contrapposizione tra *actio* ed *exceptio*. Un principio la cui schematica rigidità soffre, *ex necesse*, di numerose eccezioni, sia in ragione di un diverso regime dell'onere della prova rispetto ai fatti negativi (secondo il tradizionale brocardo «*negativa non sunt probanda*»), sia in ragione di numerose e articolate presunzioni relative (*iuris tantum*), elaborate in via giurisprudenziale e casistica e talora generalizzate *ex lege*.

Lo svolgimento storico del dogma dell'onere della prova e della contumacia, intimamente legati tra loro, non può non tener conto di queste differenti concezioni e tradizioni, amalgamatesi nel corso dei secoli. Alfine placatosi «il frastuono del conflitto tra romanesimo e germanesimo»³¹ – che torna a farsi tragica-

delitti), che rappresentano l'«orda» e che giudicano in virtù dell'autorità derivante dalla rappresentanza della tribù, succedanea di Dio, secondo un procedimento di «giustizia» popolare per definizione legittima, infallibile e, letteralmente, divina, perché rappresenta il *kosmos*, è ipostasi e personificazione *in corpore vili* dell'ordine del creato, identità fra Dio e la folla. La folla, il popolo è sempre pronto a offrire il proprio aiuto alla divinità quando questa si decide a infierire contro i malvagi e a difendere gli innocenti. E se è Dio a rovesciare i potenti dai loro troni, come recita il *Magnificat* dell'evangelista Luca (Lc., 1, 52), è la folla a calpestarli e a farli a brani. Per questo la *vox populi* è *vox Dei* (R. Girard, *L'antica via degli empi*, trad. it. Milano 1994, 23 ss.). Sulle origini della giuria v. M. Macnair, *Vicinage and the Antecedents of the Jury*, in *Law and History Review*, XVII, 1999, 537 ss.; R.C. Van Caenegem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, LXXVII, London 1959, 57 ss.; J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Oxford 2007, 73 ss.; J. Nieva-Fenoll, *Ideologia e giustizia laica (con un'ipotesi sull'origine romana della giuria inglese)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 519 ss.

³¹ K.W. Nörr, *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 3 ss.; N. Picardi, *La giurisdizione*, cit., 199 ss.; v. anche K.W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen 1976, 9 ss.; N. Picardi, voce *Codice di procedura civile (presupposti storici e logici)*, in *Dig. civ.*, II, Torino 1998, 457 ss.; F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it., I, Milano 1980, 133 ss.; P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*,

mente sentire sotto post-moderna veste geopolitica, economico-finanziaria e tecnocratica, in un'Europa e in un mondo attraversati da conflitti e divisioni non meno gravi e cruente³² – superando ogni riduttiva schematizzazione tra questi due poli, ben si può dire che il processo civile moderno scaturisca da un travaglio iniziato fra V e VIII secolo, quale prodotto originale della storia, risultato spirituale e culturale dell'incontro fra romanità, germanesimo e cristianità, attraverso la compenetrazione di diverse esperienze, mediate dalla Chiesa romana e dalla capacità razionalizzante aristotelico-tomista che, sul piano processuale, diffonde nell'intera Europa il modello dell'*ordo iudiciarius*, sintesi ideale di quanto la ragione assume dalla tradizione e riesce a trasfigurare nei bisogni del presente, adattandoli via via agli sviluppi storico-economici.

La scienza giuridica europea, tra cui il diritto processuale, è a propria volta profondamente coinvolta nel percorso del razionalismo occidentale e parte integrante di questo: essa, «in quanto spirito, discende da nobili genitori. Il padre è il rinato diritto romano, la madre la Chiesa di Roma. La separazione dalla madre si compì finalmente, dopo parecchi secoli di ardui conflitti, all'epoca delle guerre civili di religione. La figlia scelse di stare con il padre, il diritto romano, e abbandonò la dimora materna. Cercò una nuova casa e la trovò nello Stato»³³.

Ora che, nella post-modernità liquida, anche la dimora statale è caduta in rovina e viene abbandonata, la scienza giuridica è divenuta apolide e, con essa, le fondamenta stesse di principi edificati in tanti secoli di dolorosa storia europea franano

Bologna 2000; E. Dezza, *Accusa e inquisizione: dal diritto comune ai codici moderni*, Milano 1989; A. Chizzini, 'Antiquam exquirite matrem'. Romanesimo e germanesimo alle fonti del giusto processo civile, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 131 ss.; Id., *Alle fonti del processo civile nel bicentenario wagneriano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 37 ss.; B. Biondi, *Intorno alla romanità del processo civile moderno*, in *Scritti giuridici*, II, Milano 1965, 369 ss.

³² Cfr. O. Spengler, *Il tramonto dell'Occidente*, trad. it. Milano 2008; E. Jünger, C. Schmitt, *Il nodo di Gordio*, trad. it. Milano 2023; R. Guénon, *Oriente e Occidente*, trad. it., Milano 2016; F. Cardini, *La deriva dell'Occidente*, Bari-Roma 2023; P. Odi-freddi, *C'è del marcio in Occidente*, Milano 2024.

³³ Così, con potenza immaginifica, C. Schmitt, *Ex captivitate salus*, trad. it., Milano 1987, 71 s.

sotto gli implacabili colpi di un potere tecnocratico sovranazionale, che tutto tende a piegare ai propri *desiderata*, improntati esclusivamente alla massimizzazione del profitto individuale e all'esaltazione dell'*homo oeconomicus*.

Al cospetto di tali e tanti mutamenti occorre, dunque, rivisitare gli istituti consegnatici dalla tradizione. Così, il modello di processo onde nasce e si radica, sia pur con le descritte ambiguità, la regola di giudizio dell'onere della prova è bifasico, strutturandosi in una fase preliminare, in cui si decideva dell'ammissibilità della domanda e al termine della quale il giudice distribuiva discrezionalmente gli oneri probatori tra le parti, in base a criteri di credibilità *prima facie* degli elementi forniti dalle parti e di vicinanza alle fonti di prova, fissando i termini entro i quali si dovevano produrre i documenti e dedurre le prove costituenti e stabilendo il riparto dell'*onus probandi* prima dell'introduzione dei mezzi di prova, non già una volta assunte le prove, quando non sia persuaso dell'esistenza di un fatto principale, come prevede in via sussidiaria l'art. 2697 c.c.³⁴.

Vero è che, nel sistema delle prove legali, il giudice, chiusa la fase preliminare e distribuiti gli *oneri probandi* con la sentenza interlocutoria (*Beweisinterlocut*), altro non faceva che verificare la regolarità formale dei documenti e ponderare *ex numeratione* i testi addotti dalle parti, al fine di decidere a chi attribuire la vittoria e a chi la soccombenza. Con l'avvento dell'*intime conviction* del giudice (art. 116 c.p.c.), dove la regola dell'onere della prova opera a valle dell'assunzione delle prove *hinc et inde* prodotte e dedotte o disposte d'ufficio e acquisite al processo senza dare rilievo alla parte onerata, in via sussidiaria e in modo 'oggettivo' anziché soggettivo³⁵, al fine di consentire

³⁴ J. Nieva Fenoll, *L'onere della prova*, cit., 1195 ss.

³⁵ La dottrina suole tradizionalmente distinguere tra dimensione soggettiva e dimensione oggettiva dell'onere della prova: la prima è risolta alle parti e si qualifica propriamente quale onere; la seconda fonda la regola sussidiaria di giudizio rivolta al giudice in caso di mancata prova del fatto rilevante. V., in proposito, G.A. Micheli, *op. cit.*, 108 ss.; G. Verde, *L'onere della prova*, cit., 15 ss.; M. Taruffo, voce *Onere della prova*, cit., 65 ss. e spec. 72 s.; L. Passanante, *op. cit.*, 16 s. Nella dottrina tedesca v. H.J. Musielak, M. Stadler, *Grundfragen des Beweisrechts*, München 1984, 116; H. Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast: eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und*

comunque una pronuncia di merito destinata a divenire cosa giudicata sostanziale *ex art. 2909 c.c.*, l'*onus probandi*, piuttosto che un onere, è regola intesa *tout court* a impedire il *non liquet*: il giudice dovrà fare applicazione delle norme sostanziali invocate soltanto se risulteranno dimostrati i fatti di cui le norme stesse presuppongono l'esistenza per produrre un determinato effetto giuridico; se detti fatti non sono provati, il giudice non potrà fare applicazione di quelle norme e la parte che le invoca non potrà conseguire gli effetti giuridici perseguiti *iudicio*. Fare oggi a meno del dogma dell'onere della prova implica *tout court* la necessità per il giudice di derivare le conseguenze della mancata prova di un determinato fatto dalla fattispecie normativa, sulla quale s'impenna la tutela invocata dalla parte³⁶.

Si consideri che tutt'ora, nel processo statunitense, la nozione di *burden of proof* si scinde nella figura mobile del *burden of production* nella fase *pre-trial* e nel *burden of persuasion* nel *trial*. Nella fase *pre-trial*, che funge da filtro rispetto al *trial*, al giudice togato è demandato il compito di esaminare le prove dedotte e prodotte dalle parti, al fine di stabilire se sia stato o meno soddisfatto il *burden of production* attraverso *evidentiary materials* (c.d. *cold evidence*), che appaiano *prima facie* idonei ad affrontare il *trial*, ripartendo tale peculiare onere secondo una dinamica variabile in base agli svolgimenti processuali (si parla al riguardo di *shift* del *burden of production*) ed eventualmente definendo, in tutto o in parte, la lite con un *summary judgment* o con un *judgment as a matter of law* per mancato assolvimento del *burden of production*. Superato tale filtro, nel *trial* spetta alla giuria – o, nei *non jury trial* (che costituiscono ormai la regola in materia civile), al giudice statale – stabilire se sia stato soddisfatto il *burden of persuasion*, in base alle istru-

ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht, München 1983, 6 ss.; H.J. Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, cit., 34; L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010, 645, dove si distingue l'*objektive Beweislast* (detto anche *materielle Beweislast* o *Feststellungslast*) dal *Beweisführungslast* (detto anche *subjektive* o *formelle Beweislast*).

³⁶ J. Nieva Fenoll, *op. loc. cit.* Un ripensamento critico del canone dell'onere della prova in senso oggettivo, cioè come regola sussidiaria di giudizio, si trova già in G. Verde, *L'onere della prova*, cit., 137 ss.; V. Andrioli, voce *Prova*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino 1967, 293.

zioni date dal giudice alla giuria e allo *standard* di formazione del convincimento che, in materia civile, verte sulla *preponderance of the evidence* acquisita in seno al *trial*³⁷.

Sotto altro profilo, nonostante la regola dell'onere della prova contenga una prescrizione diretta al giudice, al fine di consentirgli di decidere in ogni caso, vietandogli il *non liquet* quando manchi del tutto o sia insufficiente la prova dei fatti rilevanti, la figura dell'onere, ereditata dalla descritta tradizione, evoca la dimensione soggettiva dei compiti che gravano su ciascuno dei litiganti, indicando alle parti quali fatti debbano provare, se vogliono ottenere ragione ed evitare la soccombenza³⁸. A ben guardare, la critica a questo versante soggettivo dell'onere della prova evoca il principio generale di acquisizione delle prove, le quali, una volta acquisite al processo, sono integralmente rimesse alla libera valutazione del giudice, senza che possieda più alcun rilievo quale parte le abbia introdotte, né se il giudice le abbia disposte *ex officio*. Talché, alla luce delle ingravescenti asimmetrie socioeconomiche, finanziarie, tecnologiche e informative che connotano la post-modernità, appare indispensabile ricercare un nuovo equilibrio tra libero convincimento del giudice e *commodus discessus* della regola sussidiaria di giudizio dell'onere della prova, esigendo dalle parti una piena cooperazione istruttoria, prevedendo sanzioni per l'inadempimento a tale obbligo di cooperazione mediante multe e conseguenze processuali, implicanti nei casi più gravi la possibilità di ritenere ammessi i fatti controversi (cfr., ad es., l'art. 840-*quinquies*, commi 11, 12 e 13, c.p.c. sulle azioni collettive³⁹).

³⁷ Cfr. *amplius* M. Garavaglia, *op. loc. cit.*, dove ulteriori ampî riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza statunitensi.

³⁸ J. Ferrer Beltrán, *La c.d. «carga dinámica» della prova: tra equivoci e superfluità*, cit., 897 ss.; M. Taruffo, voce *Onere della prova*, cit., 72; L. Passanante, *op. cit.*, 19 ritiene che il problema più terminologico che di sostanza, non consistendo tanto nella necessità di cancellare la distinzione tra il profilo soggettivo e oggettivo dell'onere della prova, quanto di riportare questa distinzione al suo vero senso, che è quello di far sorgere un dovere in capo al giudice e un onere in capo alle parti.

³⁹ Art. 840-*quinquies* c.p.c.:

«11. Alla parte che rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione

L'abbandono di qualunque rigido schematismo dogmatico è, dunque, tanto più necessario oggidi, in un contesto accentuatamente asimmetrico, al fine di realizzare un'effettiva parità delle parti – e delle armi (*Waffengleichheit* si chiama ancor oggi nel diritto processuale tedesco, memore dell'ordalico *duorum bellum*⁴⁰) – *ab antiquo* predicata quale indispensabile *coaequatio litigatorum* e solennemente sancita all'art. 111, comma 2, Cost., in quanto canone fondamentale e irrinunciabile del c.d. 'giusto processo'.

7. – L'istituto della contumacia si colloca al confine tra le divergenti, ricomposte e frammiste tradizioni dianzi ricordate e concisamente descritte, affette per vero da obsolescenza rispetto al tempo nostro, intriso e ricolmo di sempre più gravi disparità socioeconomiche, finanziarie, tecnologiche e informative⁴¹.

L'*indefensio* nella fase *in iure* del processo formulare romano veniva sanzionata in ragione del carattere *ex necesse* bilaterale della *litis contestatio*. Se il convenuto (*reus*) non partecipava alla *litis contestatio*, l'attore veniva immesso nel possesso del bene controverso (*missio in rem*), quando aveva esercitato un'*actio in rem*; se aveva proposto un'*actio in personam*, l'*indefensio* del *reus* determinava il *nexum* e poi, abolito questo con la *lex Poetelia Papiria* nel IV secolo a.C., la *missio in bona*,

del giudice o non adempie allo stesso il giudice applica una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 100.000 che è devoluta a favore della Cassa delle ammende.

12. Salvo che il fatto costituisca reato, alla parte o al terzo che distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio il giudice applica una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 100.000 che è devoluta a favore della Cassa delle ammende.

13. Ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui ai commi undicesimo e dodicesimo, se la parte rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione del giudice o non adempie allo stesso, ovvero distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento, il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce».

⁴⁰ Kwaschik, *Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess*, Tübingen 2004.

⁴¹ Sia consentito rinviare a A.M. Tedoldi, «Come anche noi li rimettiamo ai nostri debitori». Il 'Pater noster' secondo Francesco Carnelutti e la responsabilità del debitore, Bologna 2021, 64, nonché Id., *Il giusto processo (in)civile in tempo di pandemia*, Pisa 2021, dove ulteriori riferimenti bibliografici.

acquisendo l'intero patrimonio del debitore convenuto⁴². Compiuta la *litis contestatio*, mercé le descritte misure coercitive del *reus* a prender parte alla fase *in iure* dinanzi al *praetor* che concedeva la *formula*, l'*absentia* della parte nella fase *apud iudicem* non impediva che questa giungesse alla *res iudicata* o, in mancanza di prova, al *non liquet*.

Nella *cognitio extra ordinem* post-classica il processo, ormai a impronta marcatamente pubblicistica, si svolgeva nonostante la contumacia, che equivaleva a *ficta contestatio*. Nei successivi svolgimenti ebbe, pur tuttavia, a verificarsi una frattura tra ordinamenti a matrice romano-canonica che, ispirandosi al sistema dell'*actio*, trattavano la contumacia quale *ficta contestatio* («*ne absens damnetur*»)⁴³, e quelli nordici che, rifacendosi all'*accusatio more germanico*, esigevano una pronta risposta dal *reus*, pena la sconfitta irrogata con sentenza contumaciale accompagnata dal *bannum*, che lo escludeva dal *pagus* e dalla *communitas*, dacché il contumace spregiava la giustizia e, non difendendosi, confessava di per sé ed *erga omnes* la sua colpa («*contumax pro convicto et confesso habetur*»).

In questa concezione della contumacia quale *ficta confessio*, la parte che non adempie all'obbligo di comparire in giudizio compie un atto di ribellione al potere sovrano (*inoboedientia regi, Ungehorsam*) e deve, perciò, essere punita con una mi-

⁴² Cfr., *si vis*, A.M. Tedoldi, «Come anche noi li rimettiamo ai nostri debitori». Il 'Pater noster' secondo Francesco Carnelutti e la responsabilità del debitore, cit., 64 ss.

⁴³ A. Rispoli, *La contumacia nel processo civile*, Milano 1911, 244; G. Chioyenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1923, 754; F.P. Bonifacio, voce *Contumacia (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino 1957, 770 ss.; E. 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.; E. Costa, voce *Contumacia (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino 1959; Giannozzi, *La contumacia nel processo civile*, Milano 1963; P. Brandi, voce *Contumacia*, in *Enc. Dir.*, X, Milano 1962, 458 ss.; B. Ciaccia Cavallari, voce *Contumacia*, in *Dig. civ.*, IV, Torino 1989, 321 ss.; D. D'Adamo, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano 2012; F. Ferrari, *Commento agli artt. 290 ss. c.p.c.*, in *Commentario del c.p.c.*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, III, 2, Torino 2012, 395 ss.; D. D'Adamo, *Il procedimento in contumacia*, in *Diritto processuale civile*, in A.a.V.v., a cura di L. Dittrech, II, Milano 2019, 2311 ss.

sura sanzionatoria⁴⁴, che comporta la soccombenza per rinuncia alla difesa in giudizio⁴⁵.

Tale divaricazione di trattamento della contumacia giunge sino ai nostri giorni. Nel c.p.c. francese del 1806 era previsto (art. 150) che, in caso di contumacia del convenuto, il giudice accogliesse la domanda della parte attrice, soltanto se la trovava «giusta e ben verificata». Contro la sentenza a carico del contumace era data opposizione contumaciale, che ne sospendeva l'esecuzione, salvo che non fosse stata concessa l'esecutorietà provvisoria (art. 159 c.p.c. francese 1806). Ancor oggi il vigente c.p.c. francese, agli artt. 471 ss., prevede che «le défendeur qui ne comparait pas peut, à l'initiative du demandeur ou sur décision prise d'office par le Juge, être à nouveau invité à comparaître si la citation n'a pas été délivrée à personne» (art. 471), che, «si le défendeur ne comparait pas, il est néanmoins statué sur le fond. Le Juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée» (art. 472) e che la sentenza resa in contumacia possa essere impugnata mediante opposizione contumaciale, ai sensi degli artt. 571 ss. c.p.c. francese, salvo che non sia diversamente disposto («Le jugement rendu par défaut peut être frappé d'opposition, sauf dans le cas où cette voie de recours est écartée par une disposition expresse»: così l'art. 476)⁴⁶.

Analogamente il c.p.c. italiano del 1865 non contemplava alcuna facilitazione per l'attore in caso di contumacia del convenuto, che valeva quale *ficta contestatio* di tutte le allegazioni di parte attrice (cfr. l'art. 384 c.p.c. 1865). V'era poi la possibilità dell'opposizione contumaciale, quando il convenuto non fosse stato citato in persona propria, salvo che la citazione

⁴⁴ Martin, *De indole contumaciae in causis civilibus*, Gottingae 1803; Wach, *Präklusion und Kontumaz*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, VII, 1880, 147 ss.; Simoncelli, *Lezioni di diritto giudiziario*, Roma 1905, 385 ss.

⁴⁵ Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozess*, Erlangen 1805; Prasse, *De indole contumaciae in causis civilibus*, Leipzig 1829; nella dottrina italiana cfr. E. Mortara, *Manuale della procedura civile*, I, Torino 1929, 517; S. Pescatore, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, I, Torino 1864, 77 s., per i quali la parte contumace si rimette *tout court* a quello che deciderà il giudice.

⁴⁶ V. S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, L. Mayer, *Procédure civile*, Paris 2021.

non fosse stata rinnovata (art. 474 c.p.c. 1865); le sentenze contumaciali non potevano essere eseguite durante il termine per l'opposizione, salvo che fosse stata ordinata l'esecuzione provvisoria (art. 475 c.p.c. 1865). Vi era, nondimeno, la possibilità di conseguire la *ficta confessio* dei fatti dedotti in interrogatorio formale, della parte contumace non meno che di quella costituita, quando non fosse comparsa a rispondere, salvo un impedimento legittimo (art. 218 c.p.c. 1865)⁴⁷.

Nei progetti di riforma del c.p.c. anteriori al 1940 vi fu la tendenza a considerare la contumacia del convenuto quale *ficta confessio* dei fatti posti dall'attore a fondamento della domanda⁴⁸; ma con i progetti preliminare e definitivo Solmi (1937-1939) si tornò alla tradizione romano-canonica della contumacia quale *ficta contestatio*, ribadita negli artt. 291 ss. c.p.c. 1940. Il contumace gode, anzi, di un regime di particolare protezione e quasi di *favor*, tanto da esigersi la notifica di determinati atti al contumace nel corso del processo (art. 292 c.p.c., come integrato da Corte cost. 250/1986 e 317/1989) e da consentirgli di costituirsi sino alla rimessione della causa in decisione, disconoscendo le scritture contro di lui prodotte (art. 293 c.p.c.).

Sulla parte contumace non ricade alcun onere di specifica contestazione, che l'art. 115, comma 1, c.p.c. riserva alle sole parti costituite, al pari di quel che prevedono gli artt. 167 e 416 c.p.c. sull'onere del convenuto di prendere posizione in comparsa di costituzione e risposta (o, nel rito del lavoro, nella

⁴⁷ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1923, 751 ss.; L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, s.d. (1920), 827 ss. e, sull'opposizione contumaciale, IV, 311 ss.; L. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, IV, Torino 1902, 781 ss.

⁴⁸ Art. 80 Proposta Chiovenda (1920): «I fatti affermati dall'attore si considerano ammessi a condizione che non siano contraddetti da prove già raccolte e siano idonei a giustificare la domanda».

Art. 305 Avanzoprogetto Carnelutti (1926): «In caso di mancata costituzione di una parte, i fatti affermati dall'altra parte a fondamento della propria domanda od eccezione si considerano come ammessi».

Art. 550 Progetto Redenti (1936): «In caso di contumacia i fatti dedotti dalla parte costituita si considerano come ammessi».

memoria difensiva di costituzione in giudizio) sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, nonché l'art. 186-*bis* c.p.c. per l'ordinanza di pagamento di somme non contestate, che può essere emessa soltanto a carico della parte costituita⁴⁹. Né dalla mancata risposta all'interrogatorio formale discende alcuna *ficta confessio* dei fatti dedotti, che il giudice può ritenere come ammessi soltanto «valutato ogni altro elemento di prova», ai sensi dell'art. 232 c.p.c.⁵⁰.

Anche un cauto tentativo di equiparare la contumacia *italico more* a una *ficta confessio* sul modello tedesco del *Versäumnisurteil*, compiuto dall'art. 13, comma 2, d. lgs. 5/2003 nell'abrogato rito societario⁵¹, venne stroncato *illico et immediate* dalla Consulta, «nella parte in cui dispone che i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di risposta, si intendono non contestati e il tribunale decide sulla domanda in base alla conclusione di questa», non solo per eccesso di delega, ma anche perché «la disposizione censurata – stabilendo che, se il convenuto non notifica la comparsa di risposta o lo fa tardivamente, i fatti affermati dall'attore si reputano non contestati – detta una regola del processo contumaciale in contrasto con la tradizione del diritto pro-

⁴⁹ Sull'art. 115 c.p.c. sia consentito rinviare a A.M. Tedoldi, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 85 ss.

⁵⁰ Cfr., *ex plurimis*, Cass., 1° marzo 2018, n. 4837: «La sentenza nella quale il giudice ometta di prendere in considerazione la mancata risposta all'interrogatorio formale non è affetta da vizio di motivazione, atteso che l'art. 232 c.p.c., a differenza dell'effetto automatico di *ficta confessio* ricollegato a tale vicenda dall'abrogato art. 218 del precedente codice di rito, riconnette a tale comportamento della parte soltanto una presunzione semplice che consente di desumere elementi indiziari a favore della avversa tesi processuale (prevedendo che il giudice possa ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio «valutato ogni altro elemento di prova»), onde l'esercizio di tale facoltà, rientrando nell'ambito del potere discrezionale del giudice stesso, non è suscettibile di censure in sede di legittimità» (conf. Cass., 19 settembre 2014, n. 19833; Cass., 28 settembre 2009, n. 20740).

⁵¹ «Se il convenuto non notifica la comparsa di risposta nel termine ... , l'attore, tempestivamente costituitosi, può ... depositare, previa notifica, istanza di fissazione dell'udienza; in quest'ultimo caso i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di costituzione, si intendono non contestati e il tribunale decide sulla domanda in base alla conclusione di questa; se lo ritiene opportuno, il giudice deferisce all'attore giuramento suppletorio».

cessuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito il valore di confessione implicita»⁵².

Neppure hanno mai avuto alcun seguito le proposte, avanzate dalla Commissione Vaccarella nel 2013, di modificare idoneamente gli artt. 115, 163, n. 7, e 186-*bis* c.p.c., in modo da rendere applicabile anche al contumace l'onere di specifica contestazione⁵³.

In Italia il convenuto rimasto contumace contesta implicitamente tutto quel che l'attore allega a fondamento della domanda: dovrà dunque l'attore darsi cura di provare rigorosamente ogni elemento costitutivo del diritto dedotto in giudizio e talvolta anche l'inesistenza di fatti impeditivi rilevabili anche d'ufficio (ad es., la nullità *ex art.* 1418 c.c. e, a fortiori, la non nullità delle clausole nei contratti con i consumatori), valendo la contumacia quale integrale e *ficta contestatio*. In una parola, la condanna del contumace in Italia è più difficile della condanna di una parte costituita la quale, se non altro e usualmente, non contesta almeno alcuni dei fatti costitutivi. Permane insomma, anche nel campo civile, un anacronistico *favor rei*.

8. – Ben diverso è quel che prevedono *ab immemorabili tempore* la ZPO tedesca e gli ordinamenti inglese e statunitense circa gli effetti della contumacia del convenuto.

⁵² Corte cost., 12 ottobre 2007, n. 340, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 517 ss., con nota di B. Sassani, F. Auletta, *L'illegittimità costituzionale per 'contrasto con la tradizione': in morte di una (buona) 'regola del processo'*; in *Corr. giur.*, 2007, 1741 con nota di M. De Cristofaro, *Dissolvenza sul rito societario di cognizione ordinaria?*; in *Giur. it.*, 2008, 1105, con nota di E. Frontoni.

⁵³ Proposte di modifica Commissione Vaccarella (2013):

art. 115 c.p.c.: «Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati. La parte costituita deve, a pena di decadenza, contestare le allegazioni avversarie nella prima difesa successiva all'allegazione stessa».

Art. 163, comma 3, n. 7, c.p.c.: «... con l'avvertimento che, non costituendosi, potranno essere ritenuti veri i fatti affermati dall'attore e che in tale udienza su tale base la causa potrebbe essere decisa, e con l'ulteriore avvertimento che, costituendosi dopo che sono decorsi i suddetti termini, non potrà proporre né le eccezioni, né le domande, né le istanze di cui agli articoli 38 e 167... ».

Art. 186-*bis* c.p.c.: «Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate».

Anzitutto, nel § 138 ZPO è sancito il dovere delle parti di chiarire i fatti rilevanti (*Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht*), formulando le loro allegazioni in modo completo e secondo verità e prendendo posizione sulle circostanze allegate dalla controparte. I fatti che non sono esplicitamente contestati devono essere considerati come ammessi, a meno che l'intenzione di contestarli non emerga dalle altre dichiarazioni della parte. Una dichiarazione di non conoscere un determinato fatto è possibile solo rispetto ai fatti che non riguardino atti della parte, né siano stati oggetto della sua sfera percettiva. Il § 139 ZPO sulla *Materielleprozessleitung* (direzione materiale del processo) prescrive al giudice, sin dalla prima udienza, di discutere con le parti, nella misura ritenuta necessaria, i fatti e il rapporto controversi nei loro profili di fatto e di diritto e formulare domande in proposito, facendo sì che le parti si esprimano tempestivamente e in modo completo su ogni fatto rilevante, in particolare integrando indicazioni insufficienti circa i fatti dedotti in giudizio, indicando i mezzi di prova e proponendo istanze pertinenti, con il potere-dovere altresì di basare la decisione su un aspetto che le parti hanno trascurato, sottoponendolo previamente al contraddittorio (c.d. *Hinweis- und Aufklärungspflicht*)⁵⁴.

Quel medesimo dovere di collaborazione che si coglie *ictu oculi* in tali norme e che proviene dalla lunga tradizione germanica dell'*accusatio*, sopra ricordata e ancor oggi denominata *Klage* anche in materia civile, fa sì che la contumacia dell'attore o del convenuto vengano sanzionate dai §§ 330 e 331 ZPO con il *Versäumnisurteil*, cioè, da un lato, con la sentenza contumaciale di rigetto nel merito della domanda dell'attore, quando questi non compaia all'udienza di trattazione orale, presumen-

⁵⁴ V., *amplius*, D. Olzen, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess*, in *Zeitschrift für Zivilprozess* (98), 1985, 403 ss.; W. Bernharolt, *Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozessrecht*, in *Juristische Zeitung*, 1963, 245 ss.; H. Prütting, *Die materielle Prozessleitung*, in *Festschrift Musielak*, München 2004, 401 ss.; cfr. anche W. Grunsky, *Processo civile (Germania)*, in *Dig. civ.*, XV, Torino 1997, 142 ss. § 5 lett. c); R. Caponi, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 523 ss. e, spec., 534; P.L. Murray, R.H. Stürmer, *German Civil Justice*, Durham 2004, 166 e 173.

dosi rinunciata non soltanto la domanda, ma il diritto dedotto in giudizio (§ 330 ZPO) e, dall'altro lato, con l'emanazione di una sentenza contumaciale a carico del convenuto non comparso all'udienza fissata per la trattazione orale, considerando come ammesse le allegazioni di fatto dell'attore, che risultino fondate in diritto, alla stregua di *ficta confessio* (§ 331 ZPO). Una sentenza contumaciale contro il convenuto può ottenersi soltanto quando le allegazioni dell'attore giustificano la domanda (§ 331, comma 2, ZPO), essendo «concludenti» (*schlüssig*). Quando manchino di concludenza (*Schlüssigkeit*), la domanda dell'attore è respinta nel merito con sentenza, nonostante la contumacia del convenuto con il c.d. *Unechtes Versäumnisurteil*, contro il quale non è ammessa l'opposizione contumaciale, ma che è soggetta ai mezzi di impugnazione ordinari (appello e revisione).

La parte soccombente può proporre opposizione (*Einspruch*) contro la sentenza contumaciale (§ 338 ZPO) nel termine perentorio di due settimane dalla notificazione della sentenza (§ 339 ZPO), sia nel caso di contumacia dell'attore che del convenuto. Se non viene proposta opposizione, la sentenza passa in giudicato e produce gli stessi effetti di una sentenza pronunciata in contraddittorio. Non occorre giustificare la contumacia: l'opposizione – che, ai sensi del § 340 ZPO, deve contenere i mezzi di attacco e di difesa (*Angriffs- und Verteidigungsmittel*) nella misura in cui, considerando lo stato del processo, ciò corrisponda al dovere di diligente e accurata condotta processuale (*Prozessförderungspflicht*) – produce *ipso iure* l'effetto di far regredire il processo nella situazione in cui si trovava prima che si verificasse la contumacia (§ 342 ZPO), fatta salva l'esecutorietà provvisoria della sentenza contumaciale, che tuttavia il giudice può sospendere ai sensi del combinato disposto dei §§ 719 e 707 ZPO. In seguito all'opposizione il giudice, verificatane la tempestività e l'ammissibilità, deve fissare una nuova udienza di trattazione (§§ 341 e 341a ZPO). Se all'udienza fissata per la trattazione orale la parte non compare, non residua alcuna ulteriore possibilità di opposizione contro la seconda sentenza contumaciale che respinge l'opposizione, chiudendo il processo

e acquistando efficacia di giudicato (*Zweites Versäumnisurteil*: § 345 ZPO)⁵⁵.

9. – Nel Regno Unito un numero assai rilevante di cause si chiude nel corso della fase *pre-trial* con un *default judgment*, vera e propria sanzione per l'inattività di una parte, che non compia quanto previsto dalla legge (*Part 12 Civil Procedure Rules – CPR*) o disposto da un ordine della corte, spesso assistito da comminatoria di *contempt of court* in caso di inosservanza. Così, si ha *default* quando il convenuto non comunichi la ricezione di atti notificati o l'intenzione di difendersi, quando l'attore non notifichi tempestivamente al convenuto lo *statement of claim* (si tratta del cosiddetto *default of pleadings*) o il convenuto non notifichi all'attore la sua *defence*. Analogamente, si ha *default* se una parte non ottemperi alle regole o ai provvedimenti della corte in materia di *discovery*.

Il *default* mette capo a un provvedimento di merito che accoglie o respinge la domanda e che, pur essendo talvolta revocabile o modificabile, è vincolante, esecutivo e idoneo a passare in giudicato. Il *default judgment* non esige alcuna disamina né alcuna motivazione sul merito della domanda (accolta o respinta), trattandosi di una sanzione che consegue *ipso facto* alla mancata cooperazione della parte, per inosservanza della legge e disobbedienza all'autorità sovrana, rappresentata dai giudici di nomina regia: tant'è che il *default judgment* spesso non viene neppure emanato dalla corte o dal *Master of the Rolls*, ma da un funzionario (il *Court Officer*), che accerta il verificarsi delle condizioni previste *ex lege* per il *default judgment*⁵⁶.

Il *default judgment*, non presupponendo alcun esame nel merito, non contiene neppure alcuna motivazione. Il che, nel paradigmatico caso *Gambazzi*, ha posto il problema della conformità o meno all'ordine pubblico processuale del *default*

⁵⁵ V., in luogo di molti, W. Grunsky, *Processo civile (Germania)*, cit., 142 ss., § 7.

⁵⁶ M. Taruffo, voce *Diritto processuale civile nei Paesi anglosassoni*, cit., 18; J. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, London 1987, 119 ss.; nonché, dopo la *Woolf Reform*, N. Andrews, *English Civil Procedure*, London 2003, 19; A. Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice*, London 2021, 9.

judgment quando, come in quella controversa vicenda, venga emesso a seguito di *debarment* del convenuto regolarmente costituito, avendo esercitato la corte il *power to strike out* di cui alla *Part 3.4 s. CPR per contempt of court* (oltraggio alla corte, il cui etimo evoca il latino *contemnere*, disprezzare, disobbedire, ribellarsi), in conseguenza di reiterate inosservanze a *court orders*⁵⁷.

⁵⁷ Sulla vicenda *Gambazzi v.*, ampiamente e criticamente, M. Stella, *Processo contumaciale e 'default judgments' nello specchio del 'fair trial' europeo*, cap. IV, in *questo volume*, dove ulteriori richiami; nonché E. Benigni, E. D'Alessandro, M. Salvadori, *Processo inglese fra diritti e doveri dei convenuti stranieri*, Padova 2016; E. D'Alessandro, *Provvedimento inglese di esclusione dal processo e diniego di riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico processuale. La Corte di giustizia si pronuncia sul caso 'Gambazzi'*, in *Foro it.*, 2009, IV, 384; G. Cuniberti, *Debarment from Defending, Default Judgments and Public Policy*, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010, 148 ss.; B. Sujewski, *Unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Anspruchs auf rechtliches Gehör*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, 424 ss.

Sul caso *Gambazzi v.* le pronunce di C. Giust. UE, 2 aprile 2009, causa C-394/07, in *Foro it.*, 2009, IV, 382, con la citata nota di D'Alessandro, secondo cui il giudice dello Stato richiesto del riconoscimento e dell'esecuzione della decisione può tener conto, alla luce della clausola dell'ordine pubblico, del fatto che il giudice dello Stato di origine ha statuito sulle domande del ricorrente senza sentire il convenuto, che si era regolarmente costituito, ma che è stato escluso dal procedimento con un'ordinanza per non aver ottemperato a obblighi imposti con un'ordinanza adottata precedentemente nell'ambito dello stesso procedimento, qualora, in esito a una valutazione globale del procedimento e considerate tutte le circostanze, ritenga che tale provvedimento di esclusione abbia costituito una violazione manifesta e smisurata del diritto del convenuto al contraddittorio. Cass., 9 maggio 2013, n. 11021, in *Foro it.*, 2013, I, 2136, con nota redazionale di D'Alessandro, ha ritenuto che, in tema di riconoscimento di sentenze straniere, il concetto di ordine pubblico processuale è riferibile ai principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, non anche alle modalità con cui tali diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie, e ciò in ragione delle statuizioni della Corte di Giustizia, le cui pronunce (non solo il dispositivo ma anche i motivi 'portanti' della decisione) costituiscono l'interpretazione autentica del diritto dell'Unione europea e sono vincolanti per il giudice *a quo*. Ne consegue che anche il diritto di difesa – tenuto conto degli orientamenti della Corte di Giustizia (sentenza 2 aprile 1999, causa C-394/2007) – non costituisce una prerogativa assoluta, ma può soggiacere, entro certi limiti, a restrizioni, dovendosi confermare il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione dell'*High Court* inglese che, pur se resa senza contraddittorio, era stata preceduta da un procedimento nel corso del quale il convenuto aveva avuto la possibilità di partecipare attivamente alle fasi antecedenti l'emissione del provvedimento e di vedere esaminate le proprie ragioni. App. Milano, 14 dicembre 2010, a seguito di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia deciso con la

Nell'ordinamento statunitense non si dà corso al *trial*, quando il processo non può proseguire per inattività delle parti. Così, se l'attore non compie le attività necessarie per la continuazione del processo o intende abbandonare la causa, si ha il *dismissal*. Le *Federal Rules of Civil Procedure* prevedono che l'abbandono volontario avvenga liberamente prima che il convenuto abbia presentato le sue difese o su autorizzazione della corte se avviene dopo la costituzione in giudizio del convenuto [*Rule 41 (a)*]. Il *dismissal*, a differenza del *Versäumnisurteil* a carico dell'attore non comparso all'udienza di trattazione orale (v. *supra*), non preclude la riproposizione della domanda, salvo che sia già avvenuto in un altro processo o la corte disponga diversamente. Se non è spontaneo, il *dismissal* per inattività dell'attore può essere chiesto dal convenuto mediante *motion to dismiss* [*Rule 41 (b)*], che può essere proposta anche quando le allegazioni dell'attore siano *ictu oculi* completamente inidonee a fondare la domanda [*Rule 12 (b)*]. In questi casi, il *dismissal* ha effetti equivalenti a quelli di una pronuncia sul merito e preclude la riproposizione della domanda [*Rule 37 (b) (2) (c)*].

Se l'inattività è del convenuto, la conseguenza è il *default judgment*, che ha luogo quando il convenuto ometta di difendersi e si traduce in una sentenza di condanna [*Rule 55 (a)*], emanata dal *clerk* invece che dal giudice, quando verta su una som-

su ricordata sentenza 2 aprile 2009, causa C-394/07, ha desunto che la circostanza per cui un provvedimento è stato emanato in regime di *contempt of court* non può essere considerata, per ciò solo, incompatibile con l'ordine pubblico dello Stato richiesto del riconoscimento e dell'esecuzione, dovendosi procedere a una valutazione complessiva, al fine di verificare se l'esclusione della parte dal processo abbia limitato quest'ultima nell'esercizio dei propri diritti fondamentali in maniera sproporzionata; alla luce di tale verifica la corte territoriale ha ritenuto che l'esclusione disposta dalla corte anglosassone non costituisca una violazione manifesta e smisurata del diritto del convenuto al contraddittorio e ha concluso che non contrastassero con l'ordine pubblico le sentenze emesse dal giudice inglese nei confronti di un convenuto escluso dal procedimento per aver agito in *contempt of court*, in quanto il provvedimento di esclusione, pur nella sua oggettiva gravità, era stato adottato nel rispetto dei diritti di difesa e del contraddittorio, al fine di consentire la corretta amministrazione della giustizia a seguito del comportamento reiteratamente inadempiente agli ordini dei giudici adottato dalla parte quale strategia processuale, nella piena consapevolezza delle possibili conseguenze secondo la legge inglese: sicché non era ravvisabile alcuna violazione dei diritti fondamentali, essendovi proporzione tra l'inadempimento e la sanzione applicata.

ma di denaro certa o calcolabile, attestata dall'attore mediante *affidavit* [Rule 55 (b) (1)]. Negli altri casi la sentenza è pronunciata dalla corte, che può anche disporre un'apposita udienza, qualora il convenuto sia comparso personalmente o con un rappresentante, senza costituirsi in giudizio. Quando il *default judgment* è demandato alla corte, la pronuncia non è automatica: il giudice dispone, infatti, di ampia discrezionalità nel considerare le posizioni dell'attore e del convenuto, le ragioni della contumacia, la natura e l'oggetto della causa, la credibilità delle allegazioni e le prove disponibili [Rule 55 (b) (2)]. Il *default judgment* definisce il merito della lite, è esecutiva ed è idonea a trascorrere *in rem iudicatam*. Tuttavia, esso può essere revocato o annullato (*setting aside*) sulla base di una *good cause* valutata discrezionalmente dalla corte [Rule 55 (c)].

Come nel Regno Unito, il *default judgment* non ha luogo soltanto nel caso di contumacia del convenuto, ma anche d'ufficio e a discrezione della corte, quale sanzione a carico della parte che non ottemperi a un *court order*, che ammette o dispone la *discovery* [v. Rule 37 (b) (2) (A) (vi), che consente di emettere «a default judgment against the disobedient party», «for not obeying a discovery order»]⁵⁸.

10. – Il trattamento della contumacia *italico more*, al pari della semplificazione analitica della fattispecie dettata nell'art. 2697 c.c. a guisa di dogma metodologico, è ormai ampiamente obsoleta e appare incompatibile con l'avvento della tecnologia digitale, con le asimmetrie socioeconomiche e informative e con la rapidità che connotano la nostra epoca postmoderna.

I temi che abbiamo legato tra loro e affrontato in questo scritto sfuggono a ogni sistemazione *a priori*, che vada oltre i

⁵⁸ Su *dismissal* e sul *default judgment* nelle *Federal Rules of Civil Procedure* (v., in particolare, la Rule 41 – *Dismissal of Actions* e la Rule 55 – *Default; Default Judgment*) cfr. M. Taruffo, voce *Diritto processuale civile nei Paesi anglosassoni*, cit., par. 18; R.W. Millar, *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*, s. 1, 1952, 253 ss.; J.H. Friedenthal, M.K. Kane, A.R. Miller and A.N. Steinman, *Civil Procedure*, St. Paul Minnesota 2022, 447 ss.; B. Kaplan, K.M. Clermont, *England and the United States*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, XVI, Chapt. 6, *Ordinary Proceedings in First Instance*, 3 ss., 1984 (estr.), 25 ss.

limiti della ricostruzione che abbiamo cercato di offrire in chiave storica e comparatistica, cui pare opportuno far seguire qualche breve riflessione conclusiva.

Troppo spesso la regola sussidiaria di giudizio dell'onere della prova viene adoperata *a posteriori*, quasi a sorpresa, a guisa di *commodus discessus* quando permangano nella *mens iudicis* irrisolte perplessità o, quel che è peggio, quando le istanze istruttorie siano state escluse con troppo severo metro di (ir)rilevanza o, peggio ancora, di genericità. Non è infrequente che vi siano sentenze di rigetto delle domande per mancanza prova, che giungono all'esito di istruttorie non esperite o del tutto superficiali e sommarie, in ossequio al 'far presto' che connota il nostro tempo.

Un rimedio assai semplice a un utilizzo strumentale e posticcio della regola dell'onere della prova è quello di affrontare *ab initio*, in una fase preparatoria, l'inquadramento giuridico della fattispecie concreta e il riparto degli oneri probatori, attraverso una discussione franca e aperta tra giudice e difensori, con moderazione, ma senza il fantasma del 'padre di Amleto': il vetusto divieto di anticipazione del giudizio, che il nostro ordinamento preserva con gelosa e preconcetta severità, favorendo in tal modo il proliferare di impugnazioni e l'eccessiva durata dei civili litigi. Il riparto dell'*onus probandi* e il suo utilizzo *a posteriori* quale regola sussidiaria di giudizio, anche nel quadro storico-comparatistico sin qui esaminato, mal si attaglia a un processo monofasico, tanto meno ai vari riti (ordinario, sommario e poi semplificato, laburistico, familiare) inutilmente macchinosi, via via congegnati e man mano peggiorati da incessanti riforme. Il *case management* – che da molto tempo va predicandosi, sinora senza alcun frutto – onde adattare i termini e l'andamento del processo alla complessità di ciascuna lite⁵⁹, esige un momento di preparazione del processo nella pienezza

⁵⁹ M. De Cristofaro, 'Case management' e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 283 ss.; R. Caponi, *Processo civile e nozione di controversia «complessa»: impieghi normativi*, in *Foro it.*, 2009, V, 136 ss.; L. Cadiet, *Complessità e riforme del processo civile francese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1316 ss.; Id., *Le conventions*

del contraddittorio tra difensori dinanzi al giudice per la disamina efficace e la proficua determinazione della materia del contendere, delle norme di riferimento e dei rispettivi oneri probatori: si eviterebbero, in tal modo, attività difensive del tutto inutili ed eccedenti rispetto alle necessità del caso in esame, improntate a uno sterile ossequio al principio di preclusione, l'antiquata *Eventualmaxime*, che impone ai litiganti di produrre e dedurre 'al buio' tutto ciò che possa riuscire eventualmente utile alle proprie ragioni⁶⁰, in un dialogo tra sordi che evoca l'epigramma del poeta alessandrino Nicarco, ripreso da Erasmo da Rotterdam nei suoi *Adagia*⁶¹.

Un'attenta preparazione del *trial* si ha – come veduto – nella fase *pre-trial* del processo statunitense, in cui il giudice togato svolge una disamina *prima facie* delle questioni controverse e delle prove offerte dalle parti, in ossequio a un mobile, dinamico e non precostituito *burden of production*, adattabile caso per caso, con annesse possibili semplificazioni della materia del contendere, stabilendo se e quali delle domande e delle eccezioni proposte *hinc et inde* siano meritevoli di essere sottoposte al *trial*.

Anche nel processo tedesco, pur unitario nel suo svolgimento, alle parti e al giudice sono imposti fin dall'inizio doveri di cooperazione, confronto e di pieno chiarimento delle allega-

relatives au procès en droit français, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Numero Speciale *Accordi di parte e processo*, settembre 2008, 23 ss.

⁶⁰ A. Segni, *Il principio di eventualità e la riforma del processo civile*, in *Scritti giuridici*, Torino, 1965, I, 348 ss.; A. Proto Pisani, *In tema di prova nel processo del lavoro: temperamenti al principio di eventualità*, in *Foro it.*, 1981, I, 2402; F.P. Luiso, *Principio di eventualità e principio della trattazione orale*, in *Studi in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, II, 205 ss.; G. Tarzia, *Il principio di eventualità nella riforma del processo civile*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano 1995, III, 2147 ss. v. inoltre, *si vis*, A.M. Tedoldi, *Cultura delle preclusioni, «giusto processo» e accordi procedurali (forme processuali collaborative per un rinnovato «umanesimo forense»)*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 375 ss.

⁶¹ «Un sordo litigava con un sordo, ma di entrambi – era più sordo il giudice, di molto. – L'uno esigeva cinque mensilità di affitto, l'altro – lo accusava di avere macinato tutta notte. – Perché, chiese il giudice guardandoli stupito, litigate? – È vostra madre, pagatele entrambi gli alimenti»: v. B. Cavallone, «*Comme vous aultres, messieurs*» (*François Rabelais teorico del processo e del giudizio*), in *Riv. dir. proc.*, 2008, 433 ss., ora anche in Id., *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano 2016.

zioni e delle reciproche contestazioni (v. i §§ 138 e 139 ZPO), al fine di stabilire nel contraddittorio i fatti rilevanti, quelli controversi, il riparto degli oneri probatori e le questioni da esaminare, in modo da impostare correttamente l'*iter* processuale sin dal suo *incipit*, ovviamente senza decampare dal principio di terzietà e imparzialità del giudice e senza anticipazioni del giudizio, che giungerà soltanto all'esito dell'istruttoria e delle difese conclusive.

La profonda e insuperabile crisi che investe da molto tempo, in modo ormai endemico, il processo civile e la giustizia in genere dipendono non soltanto da mancanza di risorse adeguate e di organizzazione degli uffici giudiziari, ma anzitutto da una metodologia del processo completamente inadeguata e inattuale, che produce in *grand messe* metodiche fallacie cognitive e impugnazioni reiterate nei vari gradi. S'interviene sulle conseguenze, riducendo gli spazi impugnatori, senza operare sulle cause, che si radicano nel giudizio di merito in prime cure, troppo spesso affrontato e risolto sbrigativamente e con superficialità, attraverso preclusioni rigide e risolto con pronunce fittizie, dacché basate su verità processuali e relazionali mai neppure seriamente ricercate né messe a fuoco nell'effettività del contraddittorio.

Se il processo è – *rectius*, dovrebbe essere – *ordo (rationalis) quaestionum et probationum*, intrinseco al *iudicium* quale «*actus trium personarum: actoris, rei, iudicis in iudicio contententium*», secondo la celeberrima definizione di Bulgaro⁶², e se il giudizio è sussunzione nell'appropriato paradigma normativo dei fatti via via chiariti e accertati nel corso del processo, in esito a una paziente e progressiva *cognitio causae*, mediante una 'spirale ermeneutica' di progressivi e continui rimandi dai fatti

⁶² F. Carnelutti, *Torniamo al giudizio*, in *Riv. dir. proc.* 1949, I, 165 ss.; G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità, ivi*, 1950, I, 1 ss.; N. Picardi, *Torniamo al giudizio?*, in *Id.*, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, 233 ss. Sulla definizione attribuita a Bulgaro v. L. Mingardo, *Iudicium est actus trium personarum: actoris, rei, iudicis in iudicio contententium*, in *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, a cura di P. Moro, Milano 2012, 188 ss. Sul piano giusfilosofico v. A. Lo Giudice, *Il dramma del giudizio*, Udine 2023.

rilevanti alle pertinenti norme – come in un giuoco di specchi o di ‘neuroni specchio’ che, secondo le più moderne ricerche di neurofisiologia favoriscono l’empatia, che è elemento fondamentale nei rapporti interpersonali e per una comprensione e un’intelligenza autentiche⁶³ – il riparto degli oneri probatori, che presuppone anzitutto l’inquadramento giuridico della fattispecie in base ai fatti rilevanti e da cui sono esclusi i fatti non contestati in grazia di *relevatio ab onere probandi*, non può che essere determinato in un’indispensabile udienza preparatoria del processo, da svolgere nella pienezza del contraddittorio dinanzi al giudice, non appena determinata la materia del contendere, a monte e non già a valle di rigide barriere preclusive, che altro non fanno che burocratizzare a dismisura il processo, accentuandone unicamente la dimensione scritta, telematica e meccanicistica, in luogo del confronto dialettico e di quella *phrònesis* dialogica, che è *ab immemorabili tempore* misura, metodo e scopo di qualsiasi giudizio⁶⁴.

Così, il criterio di riparto degli oneri probatori, essendo interno alla fattispecie dedotta in giudizio e giuridicamente qualificata, impone all’interprete di «scavare la fattispecie piena (cioè la fattispecie in rigoroso senso tecnico) per estrarne la fattispecie utile, la fattispecie operativa: l’enunciato normativo va interrogato con la consapevolezza dei rischi comportati da disinvolute semplificazioni ovvero dall’eccesso di concettualizzazione»⁶⁵. Ed è questa un’attività che esige un attento e paziente

⁶³ F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione – Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari 2016. Sui neuroni a specchio v. M. Iacoboni, *I neuroni a specchio. Come capiamo ciò che fanno gli altri*, Torino 2008.

⁶⁴ B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano 1996, 263, dove si rammentano i passi di Aristotele, *Etica Nicomachea*, VI, 5, 1140°, VI, 9,1142 a-b, e Id., *Metafisica*, III, 1, 995 b, il quale ‘maestro di color che sanno’ scrive che «ci si trova in miglior condizione per giudicare, quando si sia dato ascolto a tutte quante le tesi contrastanti, proprio come avviene nelle controversie giudiziarie».

⁶⁵ Così, autorevolmente e con efficace sintesi, B. Sassani, *L’onere della prova al tornante del mezzo secolo*, cit., 434 che, 431, riprendendo e commentando le riflessioni di G. Verde, *L’onere della prova*, cit., osserva: «... l’insegnamento corrente conduce ad una scelta a monte operata in nome delle esigenze di prevedibilità e affidabilità con-naturate all’idea di *rule of law*. Ma subito questa opzione si biforca tra l’impostazione,

lavoro preparatorio, svolto nel fuoco incrociato del contraddittorio, non già nel vano e sterile soliloquio autoreferenziale degli atti scritti unilateralmente da ciascuna parte. Il libero convincimento del giudice si forma progressivamente e vuole «l'aria e la luce dell'udienza: nel labirinto del processo scritto appassisce e muore»⁶⁶.

Chi, sottraendosi al giudizio e restando (volontariamente) contumace, ricusi di partecipare *ab initio* a questa metodologia di formazione dialettica e dialogica del *thema decidendum* e del *thema probandum*, con annessa individuazione dei fatti rilevanti, di quelli controversi e dei rispettivi oneri probatori, non può andare esente a responsabilità, né deve poter godere di vantaggi o benefici di alcun genere. Il passaggio del nostro ordinamento dalla contumacia quale *ficta contestatio* alla contumacia quale

essenzialmente formale, che cerca la soluzione nella struttura logico sintattica della prescrizione, e l'impostazione che di tale approccio percepisce il limite poiché assume che il titolo di purezza del risultato così ottenuto è spesso illusorio perché contenutisticamente debole e storicamente inaffidabile. Dichiaratamente a Verde non piace l'*ex facto* che finisce per consegnare al giudice il potere finale di decidere cosa debba essere provato e da parte di chi. La precostituzione legale delle fattispecie sostanziali è in ragione della prevedibilità delle risposte dell'ordinamento, onde vi contraddice il lasciare al giudice la scelta finale di riallocare il rischio della prova mancata sulla base di fattori mobili e imprevedibili (circostanze, peculiarità della situazione, qualità delle parti, loro posizione processuale). È lo spettro incombente dell'assorbimento dell'onere nel convincimento del giudice, campo «nel quale la prassi interviene con innegabile attività creativa, incidendo sulla stessa tessitura della regola sostanziale per la via indiretta di quelle che si sono chiamate le presunzioni giurisprudenziali». Ma la comprensione di fenomeni del genere impone di rifuggire da soluzioni rigide, deboli barriere alla ineliminabile forza espansiva della convinzione intima del giudice. Di più aiuta «l'analisi della fattispecie», l'indagine ravvicinata e contestualizzata in cui il fatto impeditivo, lo «strumento dommatico più raffinato che il positivismo giuridico ha saputo escogitare», viene impiegato «per esaltare fino all'estremo limite il coefficiente di elasticità dei canoni di valutazione precostituiti in seno all'ordinamento»: il testo normativo va pazientemente interrogato, e la sua opacità di partenza la si supera con la ricerca del canone operativo «formulabile», cioè in grado di rendere prevedibili i rischi della mancata prova. Solo attraverso lo sforzo identificativo ed interpretativo della fattispecie, il *quantum* di scelta soggettiva potrà ridursi al suo ineliminabile residuo nella fenomenologia del giudizio».

⁶⁶ Così, con celeberrima immagine, G. Chiovenda, *Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova. L'oralità e la prova*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, rist. Milano 1992, 197 ss., spec. 325; sul famoso saggio chiovendiano v. B. Cavallone, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 417 ss.

ficta confessio, cioè come implicita ammissione dei fatti posti dalla parte a fondamento della domanda o dell'eccezione e l'applicazione dell'onere di specifica contestazione anche alla parte non costituita costituiscono la naturale conseguenza evolutiva di una (post-)moderna concezione del processo e del giudizio, che riconosca infine la primazia dei valori di effettività e di proporzionalità predicati in lungo e in largo, tenendo conto altresì della necessità di colmare le profonde e sempre più gravi asimmetrie socio-economiche, finanziarie, tecnologiche e informative che connotano il nostro tempo⁶⁷.

Il che, per vero, altro non fa che inverare i principi di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.), ai quali da sempre dovrebbero informarsi il diritto e la giustizia in genere, secondo i celeberrimi *iuris praecepta* ulpiane, incisi a caratteri cubitali sulle facciate dei palazzi giudiziari: «*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*».

⁶⁷ Anche B. Sassani, *op. ult. cit.*, 435 rileva come il tema degli oneri probatori sia stato «anch'esso aggredito da quel cambio di paradigma generale che, indistintamente espresso nel *cluster* concettuale «giusto processo», attraverso mutamenti linguistici e riposizionamenti delle fonti spinge inevitabilmente verso la primazia del risultato sul percorso, verso quindi l'adattamento del percorso al risultato»; non dopo aver osservato (alle pagg. 424 ss.) che «il paesaggio sia andato avvallandosi e ridisegnandosi, in sintonia soprattutto con il turbolento complicarsi della materia della responsabilità civile: penso alla crescente problematicità di una sistemazione degli oneri probatori nella responsabilità sanitaria e, più in generale, nella responsabilità professionale; al c.d. «declino della responsabilità oggettiva» (vedi la parabola dell'art. 2051 c.c. relativo alla responsabilità per cose in custodia). Ma penso anche ai dubbi relativi alla prova dell'intesa anticoncorrenziale nei contratti c.d. a valle degli schemi contrattuali sanzionati da anti concorrenzialità; alla smussatura degli oneri portata dallo statuto di consumatore; alla ininterrotta discussione che si riapre ogni volta su un tema antico quale la prova dei fatti negativi (a dispetto della sua elementarità concettuale); alle presunzioni legali c.d. social-tipiche; all'attacco portato dalla Cassazione tributaria al divieto di *praesumptio ab praesumpto*. E penso soprattutto alla invasività di concetti quali la c.d. vicinanza della prova ed all'influsso su tali concetti di principi di estrazione euro-unitaria quale l'effettività della tutela...», nell'avvento di un diritto a matrice giudiziale, un «*Richterrecht* con cui ... la sfaccettata realtà è evidentemente tenuta a venire a patti».

CAPITOLO III

LA DISCIPLINA ITALIANA DELLA CONTUMACIA NEL PROCESSO CIVILE: SPUNTI COMPARATIVI PER UNA SUA EVOLUZIONE NEL PROCESSO CIVILE ROMANO

di Beatrice Zuffi

SOMMARIO: 1. Breve premessa sulla disciplina della contumacia in prospettiva comparatistica. – 2. L'equilibrato modello di *ficta confessio* proprio dell'esperienza tedesca, austriaca e svizzera. – 3. La versione esasperata del meccanismo di automatico accoglimento della domanda insito nel *default judgment* inglese. – 4. La soluzione liberale della *ficta litiscontestatio* adottata in Francia. – 5. (*segue*) in Spagna... – 6. (*segue*) ...ed in Italia: gli artt. 290-294 c.p.c. – 7. (*segue*) Il dirompente impatto dell'onere di contestazione e la conseguente sperequazione tra parte costituita e contumace. I successivi (vani) tentativi di superare il mito della neutralità della contumacia. – 8. La *default of appearance* nella regolamentazione transnazionale: la convergenza verso la contumacia quale fattore di semplificazione procedimentale. – 9. Le possibilità di un'interpretazione evolutiva delle norme attualmente vigenti nel nostro ordinamento. – 10. Auspici *de iure condendo* anche alla luce della giurisprudenza della CGUE volta a garantire l'effettività della tutela del consumatore.

1. – Nel sistema processuale civile italiano la contumacia viene definita come la situazione di inattività unilaterale conseguente al mancato esercizio del potere-onere di costituzione di una parte nel processo, nel contesto del generale principio della disponibilità della tutela giurisdizionale¹. Come vedremo meglio fra poco, in altri ordinamenti il fenomeno assume contorni più ampi, in quanto la totale astensione dal processo è assog-

¹ G. Giannozzi, *La contumacia nel processo civile*, Milano 1962, 138.

gettata alla medesima disciplina che si applica anche qualora l'interessato o il suo difensore, pur dopo aver ingaggiato la lite con un primo atto difensivo, non compaia in udienza o non assolva tempestivamente ad altro incumbente derivante da disposizioni normative o da provvedimenti giudiziali. Insomma, mentre nel processo civile italiano la contumacia si risolve ed esaurisce nella mancata costituzione della parte, rimanendo ininfluenti – ai fini dell'applicazione degli artt. 290 ss. c.p.c. – gli eventuali episodi di inattività successivi al deposito del fascicolo, altrove rilevano una pluralità di contegni astensivi oltre a quello dell'iniziale omessa presa di posizione, i quali tutti rifluiscono nel medesimo epilogo dell'applicazione delle norme del processo contumaciale, come emerge anche dalle *Eli-Unidroit European Model Rules of Civil Procedure* elaborate nel 2020².

Non è questa, del resto, la sola e principale differenza che è dato riscontrare nella regolamentazione dell'*indefensio* a livello comparatistico. Fondamentalmente sono due gli approcci che i legislatori nazionali adottano, optando per soluzioni che testimoniano una valutazione diametralmente opposta circa il contegno della parte che rimane inerte nel processo.

Da un lato, vi sono gli ordinamenti – come quelli dell'area culturale germanica o della *common law* – che guardano con disvalore alla condotta della parte che non partecipa al giudizio e, in considerazione del dovere di collaborazione che grava sui litiganti, reagiscono con maggior vigore alla contumacia, imponendo che la causa prosegua nelle forme di un procedimento monitorio. Non che siano totalmente negati al contumace o all'assente i poteri di difesa: semplicemente opera a loro svantaggio il principio della *ficta confessio*³, sicché le allegazioni della parte costituita vengono assunte per vere. Vi sono, peraltro, si-

² Lo scopo perseguito con l'approvazione di tali regole modello è quello «to devise a set of best practice rules for the future development of European civil procedure»: così il *preamble* (a 4) del documento consultabile all'indirizzo <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf>. V. in particolare le *rule* 135 e 136.

³ G. Giannozzi, *op. cit.*, 4.

gnificative differenze nelle modalità con cui il rapporto processuale giunge a compimento all'interno degli ordinamenti che aderiscono a tale modello.

Come ben messo in evidenza anche in altri capitoli del presente volume⁴, infatti, nel sistema inglese, in caso di *default of appearance*, addirittura si prescinde da un vero e proprio giudizio sulla domanda dell'avversario, che viene così ad essere automaticamente accolta in seno ad una procedura meramente amministrativa. Assai più equilibrata e rispondente ai dettami del giusto processo appare invece la soluzione adottata, ad esempio, dalla ZPO tedesca: qualora il convenuto non si costituisca, opera la c.d. *Geständnisfiktion*, per cui le allegazioni fattuali dell'attore non devono più essere provate e il giudice può considerarle, secondo il suo libero apprezzamento, come veritiere⁵, ma è comunque tenuto a compiere una delibazione sulla domanda, involgente sia il profilo dei presupposti processuali sia quello della rispondenza del *petitum* alle asserzioni attoree. In tale direzione muovono pure le citate *Eli-Unidroit model rules*, le quali esigono dal giudice che si accinge ad emettere una sentenza contumaciale uno scrutinio *on the merits*.

Dall'altro lato si posizionano i sistemi normativi che assumono, al contrario, un atteggiamento 'agnostico' in ordine all'*indefensio*, posto che si tratta di una delle possibili manifestazioni dell'autonomia riservata alla parte nell'accesso alla tutela giurisdizionale: lungi dal derivarne compressioni del contraddittorio o deroghe alla regola dell'onere della prova, in tali paesi il processo continua nelle forme ordinarie della cognizione piena. Così in Italia, consonantemente a quanto accade in Francia⁶ e in

⁴ V. A.M. Tedoldi, «*Onus probandi incumbit ei qui negat*» eterogenesi e palingenesi dell'onere della prova e della contumacia nel processo civile romano, cap. II, in questo volume; M. Stella, *Processo contumaciale e 'default judgments' nello specchio del 'fair trial' europeo*, cap. IV, in questo volume.

⁵ H. Prütting, *sub* §§ 330-331 ZPO, in *Münchener Kommentar*, ed. by W. Krüger, T. Rauscher, Band 1, 5. Auflage, München 2016, 2406 ss.; *amplius* D. D'Adamo, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano 2012, 307 s.

⁶ Ove, sulla scorta dell'art. 472, al. 2, n.c.p.c., si sostiene che «le défaut n'équivaut pas à un acquiescement»: v. H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, III, Paris 1991, 194 e *amplius* D. D'Adamo, *op. cit.*, 295 ss.

Spagna⁷, si afferma che la contumacia ha valore neutro, dando luogo ad una *ficta litis contestatio*⁸. Non si danno deviazioni dall'art. 2697 c.c. né è consentito al giudice ritenere pacifici e incontroversi i fatti non provati. Pure qui non vanno nascoste, tuttavia, le peculiarità e i disallineamenti dei singoli ordinamenti: mentre in alcune esperienze, come la nostra o quella spagnola, il giudizio *in absentia* di fatto si differenzia assai poco dal processo ordinario, nel senso che – a parte la necessità di garantire un'attuazione formale del contraddittorio – la sentenza è impugnabile con i consueti gravami, in altre realtà (ad es. in Francia) si danno situazioni a fronte delle quali il provvedimento conclusivo della causa riceve una speciale qualificazione per il fatto di essere stato emesso al cospetto di una parte rimasta inerte, con la correlata previsione di un'impugnazione *ad hoc*, che assume i connotati dell'opposizione contumaciale. Siffatta previsione è un elemento che si ritrova però di solito nei sistemi che considerano l'*indefensio* alla stregua di una *ficta confessio* e che strutturano l'articolazione del giudizio secondo lo schema del procedimento monitorio. Ne risulta allora un quadro piuttosto variegato, nell'ambito del quale non solo si riscontrano diverse concezioni e latitudini della contumacia, ma altresì si colgono contaminazioni reciproche tra i paradigmi adottati.

2. – Per comprendere al meglio il funzionamento dei due modelli di contumacia *supra* tratteggiati, si rende necessaria

⁷ Nel quale la *rebeldia* non è considerata né come rinuncia alla difesa né come riconoscimento della fondatezza della domanda attorea: cfr. A. De La Oliva Santos, in *Derecho procesal civil*, ed. by A. De La Oliva, M.A. Fernández, Madrid 1995, 534.

⁸ In dottrina v., ad es.: G. Giannozzi, *op. cit.*, 149; C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, II, Torino 2017, 342 ss.; M.T. Zanzucchi, *Il procedimento in contumacia nel giudizio di primo grado secondo il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, 300; per una disamina delle diverse concezioni dottrinali sulla contumacia v. F. Ferrari, *sub art. 290, Comm. c.p.c.*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, III, Torino 2012, 398 ss.; cfr. anche L. Salvaneschi, *Dovere di collaborazione e contumacia*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 580 ss., la quale enumera varie disposizioni del c.p.c. che invece sono espressione di un trattamento sfavorevole del contumace. In giurisprudenza sono molte le pronunce che confermano la ricostruzione del valore neutro della contumacia: v. *infra*, nt. 88.

un'analisi un po' più approfondita della disciplina vigente negli ordinamenti che li accolgono.

Per quanto riguarda i sistemi che considerano l'*indefensio* come *ficta confessio*, si opererà in questa sede una selezione, stante la notevole diffusione di questa concezione a livello mondiale⁹. Si prenderanno allora in considerazione alcuni ordinamenti europei di *civil law*, in ragione della varietà di gradazioni che, in ciascuno di essi, conosce l'operatività della finzione di ritenere ammessi i fatti allegati dalla parte comparsa in caso di assenza dell'avversario; si analizzerà infine la soluzione adottata in Inghilterra, quale capostipite dei congegni decisori di automatico accoglimento della domanda contro la parte *in default*, che si rinvencono in maniera omogenea in pressoché tutte le giurisdizioni di *common law*.

Conviene senz'altro prendere le mosse dalla normativa tedesca, ove la mancata comparizione della parte integra una violazione dell'obbligo di collaborazione che si ritiene insito nel rapporto processuale, sicché ben si spiega che da essa possano discendere conseguenze sfavorevoli per chi se ne rende responsabile¹⁰. Va preliminarmente rilevato che in Germania la contumacia è appunto integrata dall'assenza in udienza o dalla mancata partecipazione alla discussione, non assumendo la costituzione in giudizio autonomo rilievo¹¹. L'*indefensio* dev'essere inoltre eccepita dalla controparte, in quanto non è ammesso il rilievo d'ufficio del giudice: qualora difetti l'istanza di parte, ai sensi del § 251 ZPO, l'autorità giurisdizionale può comunque scegliere – a sua discrezione – tra una serie di epiloghi, che vanno dalla decisione allo stato degli atti, alla fissazione di una nuova udienza dibattimentale, alla sospensione del procedimento¹². Ove l'assenza, al contrario, venga rilevata *ex adverso* e sia

⁹ Per una constatazione di come nell'esperienza comparatistica risulti prevalente il paradigma della *ficta confessio* si può compulsare Aa.Vv., *International Civil Procedure*, ed. by S.R. Grubbs, The Hague 2003.

¹⁰ Leggi A. Baumbach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *Zivilprozessordnung*, 77. Auflage, München 2019, *Übers* § 330, 2, ove si sottolinea come la contumacia implica una *Verletzung* rispetto all'obbligo di collaborazione sottostante il § 128 ZPO.

¹¹ V. §§ 220 e 333 ZPO.

¹² H. Prütting, *sub* § 331, cit., 7.

avanzata un'apposita istanza in tal senso, si potrà avere l'emanazione di una pronuncia contumaciale (*Versäumnisurteil*), a meno che il giudice non ritenga che il termine a comparire fissato per il convenuto fosse troppo breve oppure che questi sia rimasto assente per causa a lui non imputabile¹³. Se non ricorrono tali ultime ipotesi, sarà pronunciato un vero e proprio *Versäumnisurteil*, cioè una sentenza che decide la domanda originaria, ma non contiene la narrazione dei fatti storici o la sintesi delle vicende processuali, né si correda di un impianto motivatorio¹⁴, poiché il presupposto su cui si basa è la mera assenza di una delle parti. Occorre all'uopo distinguere a seconda che a non comparire sia l'attore o il convenuto: in base ai §§ 330 e 331 ZPO la contumacia dell'attore equivale a rinuncia all'azione¹⁵, mentre l'assenza del convenuto fa scattare la *Geständnisfiktion*, per cui i fatti posti a fondamento della domanda si intendono confessati, se relativi a diritti disponibili¹⁶. La sentenza contumaciale è dotata, al pari dei provvedimenti emessi in contraddittorio, di provvisoria esecutività, e può essere impugnata da entrambe le parti, ma soltanto con il rimedio speciale dell'*Einspruch* di cui al § 338 ZPO, pena il suo passaggio in giudicato¹⁷. Prima di pronunciare un *Versäumnisurteil* il giudice

¹³ V. § 337 ZPO. Alla successiva udienza la parte inizialmente non comparsa, attraverso la discussione, può impedire le conseguenze sfavorevoli derivanti dalla sua assenza; qualora rimanga assente, all'ulteriore udienza disertata verrà emanata la sentenza contumaciale.

¹⁴ Per la redazione della sentenza contumaciale si seguono le forme semplificate di cui al § 313 ZPO.

¹⁵ A. Göbel, *sub* § 330, in *ZPO Kommentar*, ed. by H. Prütting, M. Gehrlein, 11. Auflage, Köln, 2019, 1140.

¹⁶ La *ficta confessio* opera anche nel caso in cui il convenuto abbia contestato le allegazioni dell'attore in una precedente udienza o abbia sollevato eccezioni, a meno che la parte attrice non abbia mancato di replicare o abbia addirittura ammesso i fatti impeditivi, modificativi od estintivi del diritto fatto valere (H. Prütting, *sub* § 331, cit., 12, 14 e 15; A. Stadler, *sub* § 331, in *ZPO Kommentar*, ed. by di H.J. Musielak, W. Voit, 15. Auflage, München 2018, 1363 ss., spec. 7; K. Reichold, *sub* § 331, in *Zivilprozessordnung*, 39. Auflage, ed. by H. Thomas, H. Putzo, München 2018, 5). È quindi esclusa una valutazione giudiziaria delle prove (H. Prütting, *sub* § 331, cit., 11). Tuttavia, come statuito dal *Bundesgerichtshof* nella sentenza del 24 maggio 1962, BGHZ, 137, 54, la *Geständnisfiktion* non scatta in presenza di affermazioni manifestamente false.

¹⁷ V. § 322 ZPO; A. Stadler, *Vor* § 330, cit., 13. Secondo il *Bundesgerichtshof* la nuova

deve comunque delibare l'esistenza di una domanda formalmente valida e regolarmente notificata, nonché la ricorrenza dei presupposti processuali¹⁸ e, soprattutto, deve verificare che le asserzioni dell'attore giustifichino il *petitum*¹⁹. Nell'eventualità che questi due ultimi esami preliminari diano esito negativo²⁰, il giudice emetterà una sentenza contumaciale impropria (*unechtes Versäumnisurteil*)²¹, consistente in una *absolutio ab instantia* del contumace, impugnabile soltanto con i mezzi ordinari: quindi con l'appello e con la revisione. Avverso tutte le sentenze contumaciali proprie è consentita invece, come si diceva, esclusivamente la proposizione dell'*Einspruch* nello stretto termine di due settimane (o di un mese, ove la parte risieda all'estero), decorrente dalla notifica del provvedimento²²: tale opposizione, per il solo fatto di essere esperita, pone nel nulla la sentenza gravata, senza che il contumace debba giustificare la sua originaria inattività²³.

Soluzioni molto simili a quella sin qui descritta si ritrovano pure nei sistemi austriaco e svizzero, che presentano due versioni differenziate, entrambe sensibili all'esigenza che il giudice

domanda proposta in relazione allo stesso oggetto deciso con *Versäumnisurteil* è irricevibile (NJW 2003, 1044).

¹⁸ V. OLG München, MDR 1988, 973; G. Oberto, *I procedimenti semplificati e accelerati nell'esperienza tedesca e in quella inglese*, in *Cor. giur.*, 2002, 1243; H. Prütting, *sub* § 331, cit., 32 ss.

¹⁹ La giurisprudenza tedesca sottolinea che per l'emanazione di una sentenza contumaciale basta che le allegazioni della parte siano 'concludenti' (v. D. D'Adamo, *op. cit.*, 324 e le sent. citt. alla nota 118; H. Prütting, *sub* § 331, cit., 10 ss.; A. Stadler, *sub* § 331, cit., 7; A. Göbel, *sub* § 331, cit., 9 ss.). Il giudice si deve insomma limitare a verificare che le circostanze narrate dall'attore possano essere sussunte nelle norme giuridiche invocate, senza condurre alcuna attività istruttoria circa l'effettiva ricorrenza degli accadimenti storici che la parte ha posto a fondamento della propria pretesa. Tuttavia, se dall'atto di citazione emerge l'esistenza di un fatto impeditivo, estintivo o modificativo del diritto dedotto, l'autorità giurisdizionale deve prenderlo in considerazione (v. anche *supra*, nota 16); inoltre non potrà accogliere la domanda se riscontra la palese falsità delle affermazioni attoree perché gli eventi allegati sono impossibili o risultano smentiti da fatti notori (*Bundesgerichtshof*, NJW, 1979, 2089).

²⁰ Ovviamente la constatata irregolarità della *vocatio in ius* impedirà la pronuncia di alcunché: il giudice disporrà la rinnovazione della notifica, rinviando ad altra udienza.

²¹ H. Prütting, *sub* § 330, cit., 22.

²² V. § 339 ZPO.

²³ V. § 342 ZPO.

valuti anche circostanze ulteriori rispetto alle allegazioni della parte comparsa²⁴. La regolamentazione processuale vigente in Austria è abbastanza aderente a quella teutonica pure per il profilo attinente ai gravami esperibili dal contumace; la normativa svizzera se ne discosta invece, in quanto per la rimozione della decisione emessa contro l'assente, esige, a differenza di quanto previsto per l'*Einspruch* tedesca, la dimostrazione di un vizio procedimentale o di una causa non imputabile che giustifichi in maniera oggettiva l'*absentia*²⁵.

²⁴ In Austria le conseguenze della *ficta confessio* sono mitigate rispetto a quanto previsto nella disciplina tedesca, poiché il giudice, ove richiesto di emettere una decisione in contumacia, può considerare non solo le risultanze istruttorie sino a quel momento ottenute, ma pure le allegazioni e le contestazioni svolte dalla parte prima dell'*absentia*: v. D. D'Adamo, *op. cit.*, 307, nt. 72. In base al § 401 della ZPO austriaca la mancata partecipazione di una parte all'udienza non pregiudica l'applicazione delle disposizioni che determinano ciò di cui il giudice deve tenere conto d'ufficio, né esonera la controparte dall'obbligo di fornire le prove necessarie in relazione alle circostanze da considerare d'ufficio. Cfr. T. Klicka, *Die österreichische Zivilverfahrens-Novelle 2002 als Versuch einer Verfahrensbeschleunigung – ein Vergleich zur deutschen ZPO-Reform 2002*, in *ZZPInt*, VII, 2002, 179 ss., secondo il quale il giudice potrebbe addirittura soppesare la probabilità di successo delle prove richieste dall'assente. Per quanto concerne l'ordinamento elvetico v. l'art. 234, c. 1, c.p.c., in base al quale se una parte non partecipa all'udienza dibattimentale, il tribunale prenderà in considerazione soltanto gli atti scritti presenti nel fascicolo di causa, emanando la sua decisione sulla scorta delle memorie e delle allegazioni dell'avversario comparso, oltre che, se del caso, in base alle prove assunte d'ufficio ai sensi dell'art. 153 c.p.c.: quindi anche in Svizzera le conseguenze ritraibili dalla *ficta confessio* sono temperate, dovendosi tener conto delle risultanze cui può condurre l'esercizio dei poteri istruttori giudiziali. Tuttavia, nel Cantone di Zurigo la parte assente è assoggettata ad un trattamento più severo: cfr. M. Albers, D. Brusa, P.J. Dickenmann, in *Aa.Vv.*, *International Civil Procedure*, cit., 744.

²⁵ H.W. Fasching, *Der mühsame Weg zur Prozessbeschleunigung*, Atene 2003, 305 ss. Dall'art. 148, c. 3, c.p.c. elvetico si evince che in caso di sentenza contumaciale la parte interessata può chiedere la rimessione in termini, dimostrando che l'assenza è avvenuta per causa a lei non imputabile. L'insussistenza dei presupposti per la cancellazione dal ruolo o per la decisione in contumacia può essere comunque fatta valere anche con l'appello, pur dopo la scadenza del termine d'impugnazione, ove il contendente dimostri di non aver avuto conoscenza del vizio che ha determinato la sua *indefensio*. Cfr. F. Bastons Bulletti, *Défaut d'une partie à l'audience: conséquences et remèdes*, 15 settembre 2021, in <https://www.zpo-cpc.ch/blog-cpc/tf-4a-289-2021/>, § 10, secondo il quale in Svizzera la nullità della decisione emessa *en défaut* può essere invocata in qualsiasi momento o sollevata d'ufficio da qualsiasi autorità, così come può esserne

3. – Nel novero degli ordinamenti che accolgono il modello della *facta confessio* rientra pure il sistema inglese, il quale però consuma un netto distacco dalle discipline sin qui viste, poiché prevede l'accoglimento automatico della pretesa della parte comparsa ed in certe situazioni – ossia allorquando la parte contumace si sia resa colpevole di *contempt of court* per non aver obbedito ad un pregresso ordine ‘*unless*’ o *debarring*²⁶ – finisce per obliterare completamente il contraddittorio.

La *Part 12* delle *CPR* regola il giudizio contumaciale alla stregua di una procedura semplificata che si attiva nel caso il convenuto non abbia tempestivamente presentato le sue difese²⁷. Se è esperita un'azione giudiziale per il pagamento di una somma di denaro (liquida o anche da determinarsi) o la consegna di una certa quantità di cose (purché sia data al convenuto l'opzione alternativa di adempiere versando l'equivalente pecuniario), la parte istante può ottenere senza indugio, tramite un procedimento amministrativo – che solitamente non si svolge dinanzi alla Corte²⁸ – una condanna a lei favorevole²⁹. Qualora la domanda proposta abbia un contenuto diverso, occorre adire invece il giudice, il quale emette il *judgment by default*, previa fissazione di un'udienza³⁰.

In ogni caso, dinanzi alla mancata attivazione di una parte, l'autorità adita si limita ad accogliere in maniera meccanicisti-

richiesto l'accertamento con un'azione separata o in via di eccezione nel procedimento esecutivo.

²⁶ V. N. Andrews, *Andrews on Civil Processes, Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, Cambridge 2019, 515, che descrive gli ampi poteri della corte di impedire alla parte renitente di partecipare attivamente al processo.

²⁷ In particolare, il *default judgment* può essere richiesto se il convenuto ha ommesso di depositare il c.d. *acknowledgment of service* o la sua difesa: v. *CPR* 12.1, 12.3 e 15.3.

²⁸ J.A. Jolowicz, in *Aa.Vv., Orders for Payment in the European Union*, ed. by W.H. Rechberger, G.E. Kodek, The Hague, 2001, 116; N. Andrews, *Andrews on Civil Processes*, cit., 216. La parte istante in alcune situazioni deve però chiedere l'emanazione del *default judgment* ad un giudice in conformità alla *Part 23*: v. *CPR* 12.4, 12.9, 12.10 e 12.11.

²⁹ Che, tuttavia, se la somma è illiquida riguarda la sola questione della *liability*, mentre il *quantum debeatur* dovrà essere definito in un successivo processo, in cui il debitore non potrà più mettere in discussione il profilo attinente all'*an*: v. N. Andrews, *English civil procedure*, Oxford 2003, 494 ss.

³⁰ La *rule* 14.2 rinvia in effetti alla *Part 23*: v. G. Oberto, *op. cit.*, 1521.

ca la richiesta dell'istante comparso, senza compiere alcuna valutazione sulla sua fondatezza, nemmeno nei limiti di uno scrutinio di mera concluzione *in iure*. Il provvedimento in *default* è appunto reso *without trial*, ma è suscettibile di annullamento su istanza della parte che non si è costituita o difesa tempestivamente sulla base di ragioni valutabili con ampia discrezionalità³¹. Quali motivi per ottenerne l'eliminazione vi è, innanzitutto, la possibilità – in forza della CPR 13.2 – di dedurre vizi procedurali che abbiano determinato l'ingiustizia della condanna in contumacia³². Ai sensi della CPR 13.3, il *default judgment* può poi essere *set aside* o modificato se risulta che l'istante aveva a «real prospect of successfully defending the claim or part of it» oppure se sussiste un'altra «good reason»³³.

Come precisano la giurisprudenza e la dottrina, la ragione della latitudine delle ipotesi che possono condurre all'invalidazione o alla modifica sta nel fatto che i provvedimenti emessi *in absentia* non contengono alcuna *adjudication of the claim's merits* né si fondano su di un inequivocabile atteggiamento di ac-

³¹ J.A. Jolowicz, in Aa.Vv., *Orders for Payment*, cit., 116.

³² Si può, ad es., far valere la circostanza che il provvedimento è stato adottato prima della scadenza del termine per il deposito dell'*acknowledgement of service* oppure che ancora pende l'*application* di *summary judgment* avanzata dal convenuto al fine di ottenere lo *striking out* della domanda attorea ai sensi della Part 23. V. anche il precedente *Northern Rock (Asset Management) plv. v. Chancellors Associates Ltd* [2011] EWHC 3229, nel quale il giudice Akenhead ha accolto la richiesta di annullamento di una sentenza contumaciale emessa sulla scorta di un'ammissione informale che il convenuto dimostrò di aver reso per errore. Cfr. la sentenza *Henriksen v. Pires* [2011] EWCA Civ 1720, in cui si è sottolineato che l'irregolarità procedurale deve assumere una certa rilevanza (ossia causare un *meaningful prejudice*) per poter legittimare l'annullamento: nel caso di specie la *Court of appeal* ha respinto l'istanza di annullamento volta a denunciare che l'attore non aveva utilizzato la corretta tipologia di *form* prevista per la richiesta di *default judgment*, in quanto comunque nel documento in concreto notificato erano contenute tutte le informazioni utili a rendere edotta la controparte della domanda proposta nei suoi riguardi.

³³ Rilievo preminente avrà, del resto, la tempestività della reazione, nel senso che la corte valuterà se la parte contro cui è stato emesso il provvedimento ha presentato la *request to set aside* in un lasso ragionevole di tempo dal momento in cui è venuta a conoscenza della condanna in base a quanto previsto nella CPR 13.3 (2). Leggi sul punto le sentenze *S. v. Beach* [2014] EWHC 4189 (QB) e *Gentry v. Miller* [2016] EWCA Civ 141.

quiescenza della parte rimasta inerte³⁴. In correlazione alla circostanza che la pronuncia contumaciale non reca un accertamento, né può essere parificata ad un *judgment by consent*, si è inoltre sottolineato che l'efficacia negativa e conformativa della *res judicata* si produce con riferimento alle sole questioni che «necessarily and with complete precision» hanno costituito l'oggetto del *default judgment*³⁵ e si tende anzi ad escludere che nell'ambito del giudizio che pone capo a tale decisione – in assenza di un *trial*, ove assumere le prove e ascoltare le argomentazioni delle parti – sia possibile chiedere una *declaration*³⁶.

In proposito merita tuttavia ricordare il precedente *Gentry v. Miller*³⁷, il quale ha riconosciuto che l'emanazione di un *default judgment* comporta l'irrogazione di una sanzione contro la parte contumace, con la conseguenza che il tentativo di ottenerne l'annullamento deve essere valutato secondo le regole definite nei casi *Mitchell* e *Denton*, con cui sono stati specificati in via pretoria i contorni del diritto ad ottenere *relief from sanctions* ai sensi della CPR 3.9³⁸. In base a tale prontuario dev'essere accordata la possibilità di rimuovere la sanzione quando l'inosservanza che ne ha cagionato l'irrogazione sia insignificante o non seria ovvero quando la violazione, pur grave, sia scusabile, tenendo però in preminente considerazione «the need to promote efficiency, proportionate cost and compliance with procedural obligations» nell'amministrazione della giustizia. Nella successiva pronuncia *British Gas*³⁹, riguardante la richiesta di annullamento di un *default judgment* emesso a seguito dell'inottemperanza ad un *unless order*, la *Court of appeal* ha

³⁴ Leggi N. Andrews, *English Civil Procedure*, cit., 497 ss.; Id., *Andrews on Civil Processes*, cit., 217.

³⁵ G. Spencer Bower, A.K. Turner, K.R. Handley, *Res judicata*, London 1996, 27.

³⁶ *Wallersteiner v. Moir* (1974) 1 WLR 991; cfr. la sentenza *New Brunswick Railway v. B.R. & F.R. Trust Corporation* (1939) AC 1; assai meno categorico si è però dimostrato il giudice Millet nel precedente *Patten v. Burke Publishing Ltd.* (1991) 1 WLR 541.

³⁷ V. *supra* nt. 33: nella fattispecie la *Court of appeal* aveva rigettato l'istanza di *set aside* perché non prontamente avanzata dalla parte in *default*.

³⁸ *Mitchell v. News Group Newspapers* [2013] EWCA Civ 1537; *Denton v. TH White Ltd* [2014] EWCA Civ 96.

³⁹ *British Gas Trading Ltd v. Oak Cash and Carry Ltd* [2016] EWCA Civ 153.

così sottolineato che nella delibazione circa la serietà della *failure*, va considerato come questo tipo di ordini segua già ad una violazione grave, sicché assai di rado la parte renitente potrà essere giustificata e la sanzione del *debarment* rimossa⁴⁰.

Se ne ricava insomma in maniera abbastanza netta l'impressione che nell'ordinamento inglese (e di rimando in tutti i sistemi di *common law* che da esso derivano) la contumacia comporta severe e difficilmente rimediabili conseguenze negative a carico dell'assente. La violazione dell'obbligo di ottemperare ai comandi (normativi e giudiziali) inerenti all'esercizio dell'attività giurisdizionale non ammette in linea di principio scusanti: la riprovazione del contegno della parte inerte o non collaborativa (*contempt of Court*) può spingersi fino all'annichilimento dei suoi poteri processuali e all'automatico accoglimento della domanda dell'avversario.

4. – Passiamo adesso al versante dei sistemi che considerano la contumacia come *ficta litis contestatio*, non ritraendo dalla stessa inversioni o 'sospensioni' dell'onere della prova né altre ripercussioni detrimenti per la parte non comparsa. Il numero degli ordinamenti che recepisce codesto modello è piuttosto contenuto: a quanto consta, si tratta di una soluzione che troviamo accolta in Francia, in Spagna e in Italia.

Cominciando dalla *procédure par défaut* regolata negli artt. da 467 a 479 del n.c.p.c. francese, si può constatare come assumano rilievo due comportamenti differenti ossia quello della parte che non compare e quello della parte che, pur costituitasi, omette di compiere un qualche atto nel corso del processo: si tratta di un retaggio della distinzione che il codice napoleonico operava tra le ipotesi della *defaute de comparaitre* e della *defaute de conclure*.

Innanzitutto, l'art. 467 n.c.p.c. esordisce con l'affermazione

⁴⁰ «It is not possible to look at an 'unless order' in isolation. A party who fails to comply with an 'unless' order is normally in breach of an original order or rule»: in questi termini il giudice Jackson. Leggi *amplius* N. Andrews, *Andrews on Civil Processes*, cit., 189 ss., ove vengono riportate anche altre pronunce conformi ai precedenti *Miller e Denton*.

generale che le parti compaiono personalmente o tramite un loro rappresentante secondo le regole proprie della giurisdizione dinanzi alla quale la domanda è proposta. Per quanto concerne il *défaut de comparution*, l'art. 468 n.c.p.c. stabilisce poi che se l'attore, senza addurre un giustificato motivo, non compare, il difensore⁴¹ del convenuto può chiedere la pronuncia di una decisione di merito, ritenuta in contraddittorio⁴², salva la facoltà del giudice di rinviare la causa ad un'udienza successiva. In alternativa a tale opzione l'autorità giurisdizionale può dichiarare estinto il processo d'ufficio⁴³. Siffatto esito si potrà avere, del resto, anche su istanza del convenuto, il quale, anziché manifestare interesse per una sentenza *au fond*, preferisca appunto la *mors litis*. Ove il giudice dichiari estinta la causa, l'attore può, nel termine di 15 giorni, comunicare alla cancelleria la ragione che gli ha impedito di comparire⁴⁴, con la conseguenza che le parti verranno convocate per un'ulteriore udienza⁴⁵.

Naturalmente è assai più frequente la mancata comparizione del convenuto, che si dà quando nel termine all'uopo previsto l'avvocato non si è costituito oppure non si è presentato per-

⁴¹ Lui solo: v. 2° Civ., 17 ottobre 2002, *Procédures*, febbraio 2003, n. 36, con nota di Perrot; 4 luglio 2007, *Procédures*, novembre 2007, con osservazioni di Perrot; 21 marzo 2013, n. 11-28.757, *Procédures*, maggio 2013, comm. 140, con chiosa di Perrot.

⁴² La norma definisce la sentenza «*contradictoire*», ma la dottrina sottolinea che è più corretto parlare di un «*jugement dit contradictoire*», in quanto il dialogo tra le parti non ha concretamente luogo: leggi C. Chanais, F. Ferrand, S. Guinchard, *Procédure civile*, Paris 2016, 563; G. Couchez, X. Lagarde, *Procédure civile*, Paris 2011, 353.

⁴³ Tale declaratoria si avrà se il convenuto non si esprime per nessuna delle opzioni previste dalla norma, ma resta comunque salvo il potere discrezionale del giudice di rinviare la causa ad un'udienza successiva, ove lo reputi opportuno: Civ., 23 marzo 1983, JCP, 1983, IV, 183.

⁴⁴ V. in proposito la sentenza della *Cour de Cassation*, 28 giugno 2012, n. 11-21051, *Gaz. Pal.*, 30 agosto 2012, n. 243, 25, *Procédures*, ottobre 2012, comm. 271, osservazioni di Perrot, con cui si è specificato che la mancata comunicazione preliminare di documenti non costituisce un *motif légitime* che possa giustificare la mancata comparizione della parte che doveva riceverli. La dottrina e la giurisprudenza francese sottolineano come il giudice non possa d'ufficio rilevare l'impedimento: *Chambre sociale de la Cour de Cassation*, 8 ottobre 1981, *Bull. Civ.*, V, n. 50; 2° Civ.; C. Chanais, F. Ferrand, S. Guinchard, *op. cit.*, 564.

⁴⁵ Così facendo, l'attore perde il diritto di appellare la decisione sull'estinzione, ma conserva quello di impugnare la decisione che sarà adottata in merito al *motif légitime* addotto.

sonalmente, in base al rito applicabile⁴⁶. A tal riguardo l'art. 472 n.c.p.c. prevede che si avrà comunque la decisione sul merito della causa, ma i fatti allegati dall'attore non verranno per ciò solo considerati ammessi o confessati⁴⁷: semplicemente «en l'absence de défendeur, l'office du juge supplée à la contradiction»⁴⁸. L'autorità giurisdizionale potrà infatti accogliere la domanda soltanto se «régulière, recevable et bien fondée»⁴⁹: l'esame che dovrà essere compiuto investe insomma i tre profili della sussistenza dei presupposti processuali, delle condizioni dell'azione e della fondatezza delle deduzioni e delle argomentazioni svolte. Le possibilità di impugnazione di siffatta decisione potranno però variare a seconda delle situazioni⁵⁰. Così, se la citazione è stata validamente notificata nelle mani del convenuto o del convivente, il primo va ritenuto responsabile della sua eventuale mancata comparizione e il corso della giustizia non può essere paralizzato per tale ragione. In siffatta evenienza la sentenza emessa in applicazione dei principi sopra sintetizzati deve considerarsi dunque rispettosa del principio del contraddittorio, con la conseguenza che avverso la stessa potranno essere esperiti soltanto l'appello o il ricorso in cassazione. Diversamente, ove il convenuto non sia stato citato personalmente⁵¹, la sentenza non può ritenersi *contradictoire*: si avrà allora un *jugement par défaut*. L'ordinamento francese riserva all'interessato uno speciale mezzo di gravame per poter attaccare quest'ultimo provvedimento: l'*opposition*, che ai sensi degli artt. 571 ss. n.c.p.c. è proponibile avanti allo stesso giudice da cui esso pro-

⁴⁶ Nelle c.d. procedure orali il deposito di conclusioni scritte non può sostituire la comparizione personale, per cui nel caso quest'ultima difetti, si applicherà appunto l'art. 472 n.c.p.c.

⁴⁷ 2^e Civ., 16 ottobre 2003, D.2003.2670, *Rev. Huiss.* 2004.90, con annotazioni di Bourdillat.

⁴⁸ C. Chanais, F. Ferrand, S. Guinchard, *op. cit.*, 565.

⁴⁹ Sulla risalenza di questo principio alla *ordonnance* di Villers-Cotterêts del 1539 e sulle sue successive evoluzioni normative leggi D. D'Adamo, *op. cit.*, 298, nt. 47.

⁵⁰ Così C. Chanais, F. Ferrand, S. Guinchard, *op. cit.*, 565.

⁵¹ Il codice di procedura civile francese cerca però di prevenire la pronuncia di un *jugement par défaut*, in quanto è possibile procedere ad una rinnovazione della notificazione della citazione, sia su istanza dell'attore sia su iniziativa ufficiosa del giudice, di modo che avvenga in mani proprie à *la personne* del convenuto.

mana⁵². Ad esser più precisi, la normativa vigente differenzia il regime impugnatorio in base al grado di giudizio nel quale l'*absentia* si è verificata⁵³: se la decisione *par défaut* è stata resa *en dernier ressort*, appunto l'unico mezzo utilizzabile dall'assente sarà l'*opposition*, essendogli preclusa la via dell'appello anche contro la nuova sentenza che sarà adottata in quella sede. Negli altri casi, il codice di rito ritiene che l'appello, quale gravame devolutivo a critica illimitata, costituisca una garanzia sufficiente per assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, sicché l'opposizione risulterà preclusa⁵⁴. Si noti, comunque, che sia la sentenza ritenuta *contradictoire* (per essere stata adot-

⁵² Come si evince dagli artt. 571 e 572 n.c.p.c. l'opposizione è deputata proprio ed esclusivamente a far revocare una sentenza resa *par défaut*: con essa lo stesso giudice che la emise è chiamato a rendere una nuova decisione in fatto e in diritto, con la precisazione che «le jugement frappé d'opposition n'est anéanti que par le jugement qui le rétracte» (v. C. Chanais, F. Ferrand, S. Guinchard, *op. cit.*, 839, che sottolineano il carattere devolutivo di tale gravame). L'unico soggetto legittimato a proporla è il *défaillant*. Ai sensi dell'art. 574 n.c.p.c. l'opposizione deve recare i motivi di doglianza dell'assente: il giudizio che apre soggiace alle stesse regole del processo che aveva condotto all'adozione del provvedimento gravato, per cui la causa 'ricomincia' e la valutazione delle pretese dell'attore e dell'opponente avviene secondo le regole ordinarie (v. art. 576 e 577 n.c.p.c.): sono ammesse prove nuove e conclusioni diverse da quelle rassegnate nel processo originario. Il termine per fare *opposition* decorre dalla notificazione della decisione a cura della cancelleria o dalla *signification* effettuata dal *commissaire de justice* ed è diverso a seconda che si tratti di una sentenza o di una ordinanza *de référé ex artt. 484 ss. c.p.c.*: nel primo caso, ove le parti risiedano nella Francia metropolitana, il rimedio va proposto entro 1 mese; nel secondo caso, la scadenza da rispettare è di 15 giorni. I termini sono più lunghi nel caso di domicilio o residenza della parte assente o dell'avversario *en outre-mer* o all'estero. In pendenza del termine e del giudizio di opposizione è sospesa l'esecutività del provvedimento contumaciale in base alla regola generale dell'art. 539 n.c.p.c. Nel caso in cui l'opposizione sia dichiarata irricevibile o respinta perché infondata, il giudicato si compone per così dire dell'unione delle due sentenze emanate (quella *par défaut* e quella emessa in sede di *opposition*), in quanto «le second jugement redonne au premier son efficacité, provisoirement tenue en suspens par l'opposition»: così C. Chanais, F. Ferrand, S. Guinchard, *op. cit.*, 841.

⁵³ V. artt. 476-477 n.c.p.c.

⁵⁴ Cfr. C. Chanais, F. Ferrand, S. Guinchard, *op. cit.*, 566, i quali criticano il superamento del vecchio regime, che invece lasciava all'assente la possibilità di scegliere tra l'opposizione e l'appello, sia perché esso finisce per imporre una via (quella dell'*appel*) che è più costosa e lunga, sia perché priva la parte di un grado di giudizio (in quanto appunto il *jugement par défaut* ha pretermesso una vera e propria decisione contraddittoria *in prime cure*).

tata in ultima istanza nei riguardi del contumace non libellato personalmente) sia il *jugement par défaut* sono assoggettati alla medesima regola speciale dell'art. 478 n.c.p.c., in forza della quale l'una e l'altro si considerano perenti («*non avenu*») qualora non siano stati notificati nei 6 mesi successivi alla loro emanazione, con il corollario che, nell'ipotesi di inutile decorso di tale termine, la causa potrà essere riassunta mediante la rinnovazione della «*citation primitive*».

Infine, l'altra fattispecie di *défaut* presa in considerazione Oltralpe consiste nel mancato o intempestivo compimento di atti processuali della parte comparsa in giudizio: l'art. 469 n.c.p.c. discorre anche in questo caso di una sentenza *contradictoire*, ma la dottrina puntualizza che si tratta in realtà di una decisione solo assimilabile a quella emessa nel dialogo delle parti: ad ogni modo, tale sua qualificazione implica che contro di essa saranno proponibili esclusivamente i mezzi ordinari di impugnazione e non l'opposizione contumaciale.

5. – Per quanto concerne la Spagna, secondo una tradizione – che a partire dal *Reglamento provisional* del 1835 sull'amministrazione della giustizia e grazie soprattutto alle successive implementazioni della *Ley de Enjuiciamiento Civil* – poggia su valori saldamente liberali⁵⁵, si parla di contumacia soltanto con riguardo alla posizione del convenuto (*rebeldía del demandado*): tale espressione si riferisce, infatti, alla situazione che si origina in primo grado allorché, dopo la citazione a comparire, la parte evocata in giudizio non si presenta regolarmente nella data indicata o entro il termine stabilito (v. art. 496.1 LEC)⁵⁶.

⁵⁵ Sull'evoluzione che l'istituto ha conosciuto in Spagna, transitando dalla originaria disciplina di matrice canonica, che sanzionava la contumacia con pene, alla concezione neutrale prevalsa nel XIX secolo, leggi J. Vergé Grau, *La rebeldía en el proceso civil*, Barcelona 1989, 9 e 58 ss.

⁵⁶ J. Garberi Llobregat, *Derecho procesal civil*, Barcelona 2011, 336 ss. La contumacia va solitamente dichiarata dal Segretario giudiziario (*Letrado de la Administración Judicial*), salvi i casi in cui la legge riserva tale compito al Tribunale (v., ad es., l'art. 418.3 LEC): si tratta di un adempimento necessario – come sottolinea A.A. Pérez Ureña, *La rebeldía en el proceso civil (prueba pericial)*, in www.elderecho.com, 30 gen-

È opportuno ricordare che nel sistema spagnolo il processo si può svolgere anche in forma orale, ma normalmente l'atto introduttivo avviene mediante la presentazione da parte dell'attore del *escrito de demanda*, in seno al quale vanno narrati in maniera ordinata e chiara i fatti rilevanti allo scopo di facilitare la presa di posizione del convenuto⁵⁷. Questi è tenuto, corrispondentemente, a stendere un atto scritto di *contestación*, con cui ammette in via esplicita o nega i fatti allegati dall'avversario, nella consapevolezza che il silenzio o le contestazioni generiche potranno essere considerate dal Tribunale come ammissioni tacite⁵⁸. La dottrina sottolinea, infatti, che il convenuto non può essere dichiarato *rebeldes*, se si presenta, ma poi omette di compiere qualche altro atto processuale⁵⁹; tuttavia se egli non accompagna le contestazioni svolte nei riguardi della pretesa attorea con il deposito dei documenti rilevanti secondo le modalità di cui all'art. 273 LEC, nemmeno nell'ulteriore termine di 5 giorni che può essergli concesso in caso di omissione, la sua comparsa di risposta verrà considerata, a tutti gli effetti, come non presentata⁶⁰, con la conseguenza che sarà dichiarato contu-

naio 2017, § II – la cui omissione determina una nullità, che, ove non sanata, può comportare la regressione del processo alla fase iniziale. Cfr. *SAP Barcelona*, sez. 4^a, n. 497/15, del 10 novembre, EDJ 2015/279973, con cui, tenuto conto del valore non bagatellare della causa intentata, si è affermata la validità della dichiarazione di contumacia del convenuto presentatosi in udienza senza avvocato, dati gli obblighi di comparizione mediante procuratore e di difesa legale di cui agli artt. 23, 31 e 442.2 LEC.

⁵⁷ Art. 399.3 LEC. Leggi *amplius* J. Garberi Llobregat, *op. cit.*, 309 ss. Con la legge n. 42/2015 del 5 ottobre, EDL 2015/169101, è stata introdotta anche per il procedimento orale la possibilità di risposta al reclamo in forma scritta entro il termine di dieci giorni: di conseguenza, anche in tale rito, il convenuto sarà dichiarato contumace *ex art.* 496 se, ricevuta la citazione, non provvede alla contestazione in maniera tempestiva e formale (art. 438.1 LEC).

⁵⁸ Così l'art. 405.2 LEC.

⁵⁹ Come osserva I. Díez-Picazo Giménez, in I. Díez-Picazo Giménez, A. de la Oliva Santos, *Derecho Procesal Civil*, Madrid 2004, 291, l'*indefensio* deve essere iniziale e totale, vale a dire che c'è contumacia a partire dal momento in cui il convenuto non compare in giudizio e per tutta la durata del procedimento. Ci sono delle ipotesi in cui eccezionalmente, dopo la regolare costituzione, può sopravvivere la dichiarazione di contumacia: così, ad es., se il *demandado* muore e non subentrano gli eredi (art. 16.3 LEC) oppure se all'udienza preliminare viene rilevato un difetto di capacità, che non viene sanato (art. 418.3 LEC), ovvero nell'ipotesi descritta nel testo (art. 275.2 LEC).

⁶⁰ V. c. 5 della norma citata.

mace⁶¹. Ai fini della dichiarazione di *rebeldía* nell'ordinamento iberico rileva dunque non solo la mancata costituzione in giudizio, ma pure questa peculiare inerzia postuma consistente nella difettosa o intempestiva produzione della comparsa scritta e della documentazione relativa alla contestazione della domanda.

In merito alle conseguenze che derivano dalla contumacia, va osservato che mentre la previgente normativa prevedeva *expressis verbis* che, dichiarato *rebeldes* il convenuto, la domanda attorea dovesse considerarsi contestata⁶², non si rinvergono disposizioni di analogo tenore nell'attuale regolamentazione. Ciononostante, gli studiosi iberici continuano ad affermare che la «rebeldía no se equipara a una presunción de admisión por el sujeto pasivo de los hechos afirmados en la demanda»⁶³, sebbene poi alcuni di loro riconoscano che dinanzi alla mancata comparizione e contestazione del convenuto l'onere probatorio a carico dell'attore risulti alleggerito. Come affermato dalla giurisprudenza, va infatti evitato che la contumacia volontaria diven-

⁶¹ J. Garberi Llobregat, *op. cit.*, 337; come si ricava dall'art. 275.2 LEC al mancato deposito dei documenti inerenti ad incumbenti successivi a quelli degli atti introduttivi il Segretario giudiziale può infatti porre rimedio, fornendo le copie dovute a spese della parte inadempiente, mentre questa possibilità non si dà quando la mancanza riguarda la domanda o la comparsa di risposta, che si considereranno come mai depositate.

⁶² Cfr. artt. 527, 528 e 685 ALEC. V. F. Ramos Méndez, *Enjuiciamiento civil*, I, Barcellona 1997, 250 ss.

⁶³ Così F.O. Torres, A. Perez Ragone, *La conducta cooperativa de las partes en el proceso civil y la rebeldía: hacia su adecuada regulación en la nueva justicia civil chilena*, in *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 48, 2008, 133; leggi anche la voce *Rebeldía*, in *Diccionario del Español Jurídico*, dir. da Muñoz Machado, *Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial*, Barcellona 2016, 1399; J. Martí, *La carga de la prueba en los procesos en rebeldía*, in *Iuris*, settembre 2011, 31 ss., disponibile all'indirizzo <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/163Probatica.J.-Marti.pdf> e A.A. Pérez Ureña, *op. cit.*, §§ I e IV. In giurisprudenza v. le sentenze del *Tribunal Supremo* del 4 marzo 1989 e del 10 novembre 1990; SAP Coruña, sez. 5^a, n. 376/16, del 20 ottobre 2016, EDJ 2016/207638, secondo cui: «la situación de rebeldía no libera al actor de probar los hechos constitutivos del derecho que reclama»; conf. SAP Barcelona, sec 13^a, n. 365/16, del 14 luglio 2016, EDJ 2016/166072; SAP Valencia, sez. 6^a, n. 413/12, del 3 luglio 2012, EDJ 2012/241749, che ha specificato come la dichiarazione di contumacia non dispensi l'attore dal provare la legittimazione passiva del convenuto, né il giudice dall'esercitare i suoi poteri officiosi in materia di ordine pubblico.

ti una comoda alternativa alla partecipazione attiva al processo⁶⁴. Presso le corti spagnole è, del resto, diffusa la convinzione che il ditterio *onus probandi incumbit ei qui dicit* non rappresenti un principio inflessibile, bensì una regola da calare nel singolo caso concreto, tenendo conto della natura dei fatti affermati o negati e della vicinanza delle prove rispetto a ciascuna parte⁶⁵. Tale consolidato insegnamento viene in particolare valorizzato in caso di *rebeldía*, dato che il convenuto contumace non deve trovarsi, per il solo fatto di essere dichiarato tale, in una posizione più favorevole rispetto a colui che contesta la domanda⁶⁶. Va poi ricordato che l'attore ha persino modo di provocare la confessione del *demandado rebeldes*: ai sensi dell'art. 304 LEC, infatti, se una parte viene convocata per l'interrogatorio e non si presenta, il tribunale può ritenere come ammessi i fatti oggetto di prova e dalla stessa conosciuti personalmente, il cui accertamento risulti pregiudizievole per lei⁶⁷.

La dichiarazione di contumacia – che è pronunciata d'ufficio al decorrere dei pertinenti termini per la presentazione e il deposito della memoria difensiva, e viene notificata all'indirizzo del convenuto, ove noto, o mediante *edictos*, se sconosciuto⁶⁸ – consente dunque lo svolgimento del processo in assenza del *rebeldes* secondo le regole ordinarie. Tale situazione giuridica autorizzerà comunque pure l'attore a desistere unilateralmente dall'azione ove l'*indefensio* della controparte persista, al pari di quanto normalmente può fare prima che la citazione

⁶⁴ Sent. *Juzgado de Primera Instancia de Murcia*, 7 febbraio 2006, *Juicio verbal* n. 1189/2005.

⁶⁵ SSTS del 23 settembre 1986; 15 luglio 1988; 19 maggio 1993 e 6 giugno 1994; SAP Málaga, sec 4^a, n. 203/14, del 5 maggio 2014, EDJ 2014/175386.

⁶⁶ F.O. Torres, A. Perez Ragone, *op. cit.*, 135. In giurisprudenza, v. ad es., SAP Barcelona, sec 13^a, n. 552/06, del 3 ottobre, EDJ 2006/426961.

⁶⁷ Il *Tribunal Supremo*, nelle pronunce del 29 aprile 2004, del 22 settembre 2005 e del 19 dicembre 2007, ha, per vero, enfatizzato la natura discrezionale del potere *ex art.* 304 LEC, sicché l'autorità giurisdizionale non è immancabilmente tenuta a trarre la conseguenza di ritenere ammessi i fatti oggetto di interrogatorio ove la parte non compaia per rispondere. Anche qualora raggiunga simile conclusione, secondo J. Martí, *op. cit.*, 31 e A.A. Pérez Ureña, *op. cit.*, § IV, l'attore non è comunque esonerato dal fornire la piena prova dei fatti posti a fondamento della sua pretesa.

⁶⁸ V. art. 497.1 LEC.

venga ricevuta dal convenuto⁶⁹. Una volta notiziata la dichiarazione di *rebeldía*, non si dovrà procedere ad alcun'altra notificazione, fatta eccezione per quelle relative alla sentenza conclusiva del giudizio di primo grado o alle pronunce emesse in sede di appello, di ricorso straordinario per vizio procedurale o in Cassazione⁷⁰. Naturalmente, qualora il convenuto, dopo essere stato dichiarato contumace, si costituisca, la causa continuerà in sua presenza, senza subire alcuna regressione⁷¹. Tuttavia, se il processo si trova in uno stadio avanzato, tale per cui la possibilità di presentare istanze istruttorie si è già preclusa, la parte inizialmente *rebeldes* può essere rimessa in termini, previa dimostrazione che la sua mancata comparizione era dovuta a causa a lei non imputabile: in caso venga ritenuta fondata la richiesta, sarà ammessa a richiedere nuove prove nel secondo grado di giudizio⁷².

Per quanto concerne le spese processuali troverà applicazione il principio della soccombenza: dato che la mancata costituzione del convenuto non esonera l'attore dal provare i fatti costitutivi della propria domanda e che quindi ci sarà normalmente la necessità di svolgere un'istruttoria, l'allocatione dei relativi costi seguirà la disciplina generale di cui all'art. 394 LEC⁷³.

Contro la sentenza emessa nei suoi confronti il contumace può esperire i normali mezzi di impugnazione⁷⁴, con la precisa-

⁶⁹ V. art. 20.2 LEC; A.A. Pérez Ureña, *op. cit.*, § IV.

⁷⁰ V. art. 497.2 LEC. Nei casi in cui la residenza del contumace non sia conosciuta si procederà alla notificazione tramite pubblicazione di un estratto nel pertinente bollettino ufficiale.

⁷¹ V. art. 499 LEC. SAP A Coruña, sec 5ª, n. 376/16, cit.

⁷² V. art. 460.3 LEC.

⁷³ In questi termini si è pronunciato il *Tribunal Supremo* nella sentenza del 4 marzo 1989, EDJ 1989/2431.

⁷⁴ La possibilità per la parte *rebeldé* di utilizzare i normali mezzi di gravame non consente naturalmente di superare il divieto di *nova* che opera nei gradi successivi al primo, salvo venga rilevata un vizio procedurale non sanato, che impone un annullamento restitutorio: SAP Barcelona, sec 13ª, 26 febbraio 2016, EDJ 2016/57392. Nel vigore della precedente disciplina si ammetteva, peraltro, accanto all'esperibilità dell'appello e del ricorso in cassazione, che il contumace in certi casi potesse anche chiedere all'autorità giudiziaria un'udienza (*audencia del rebeldé*) per ottenere la revisione della sentenza emessa nei suoi confronti (v. art. 773 ss. ALEC). Si trattava di un'azione auto-

zione che se la notificazione della decisione gli è stata fatta personalmente il termine per impugnare decorrerà secondo le regole ordinarie, ossia a partire dal giorno successivo a quello in cui la notificazione è stata eseguita⁷⁵; qualora invece si sia proceduto mediante *edictos*, il *dies a quo* andrà individuato nella pubblicazione della decisione nel bollettino ufficiale o in via telematica⁷⁶.

6. – Veniamo adesso alla regolamentazione italiana, che si trova concentrata nel capo VI, intitolato «Del procedimento in contumacia» e collocato in seno al libro II del c.p.c. sul processo di cognizione. I cinque articoli che ne costituiscono la scarna disciplina sono rimasti pressoché intatti rispetto all'originario impianto del 1940, nonostante da più parti e a più riprese si siano levate voci per una loro riforma.

Già s'è detto di come il nostro ordinamento circoscriva la contumacia alla sola ipotesi della mancata costituzione in giudizio di una delle parti⁷⁷ e di come sia invece ritenuta sostanzialmente irrilevante a tali fini, a differenza di tutti gli ordinamenti stranieri passati in rassegna, la successiva inerzia del contendente, compresa la mancata partecipazione alla prima udienza di trattazione⁷⁸. Sebbene la declaratoria di contumacia sia da

noma di impugnativa esperibile dalla parte rimasta costantemente, ma involontariamente, assente dal processo: v. F. Ramos Méndez, *op. cit.*, 257 ss.; J. Vergé Grau, *op. cit.*, 116 ss.

⁷⁵ V. artt. 448.2 e 500.1 LEC.

⁷⁶ V. art. 500.2 LEC.

⁷⁷ La dichiarazione di contumacia consegue altresì alla costituzione irregolare: ciò sia nell'ipotesi di costituzione mediante un difensore privo di *ius postulandi* (perché il mandato è invalido: Cass., 1° ottobre 2004, n. 19652; Cass., 14 luglio 2001, n. 9596; o non venne conferito: Cass., 26 marzo 1991, n. 3258; si è peraltro rilevato che la sanatoria prevista dall'art. 182, co. 2, c.p.c., può operare anche con riguardo all'invalidità del mandato conferito al difensore: F. Ferrari, *sub art. 290*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, III, Torino 2012, 429, che cita in senso conforme Cass., 9 dicembre 2011), sia nel caso in cui le parti, nonostante la loro posizione di contrasto, siano difese dal medesimo procuratore, in conflitto di interessi (Cass., 2 agosto 1968, n. 2779).

⁷⁸ Con questo non si vuol dire che la successiva inerzia della parte sia assolutamente irrilevante dal punto di vista processuale: come noto, l'art. 307 c.p.c. fa derivare da determinate inattività la quiescenza o l'estinzione immediata del processo (v. anche gli artt. 181 e 309 c.p.c., ove si prevede la *mors litis* in caso di assenza di entrambe

emettere d'ufficio⁷⁹, la dottrina sottolinea che essa non fa sorgere, né attribuisce *ex se* alla parte lo *status* di contumace⁸⁰; consonantemente, la giurisprudenza ripete che la sua omissione non comporta la nullità del procedimento o della sentenza, quando risulti che il contraddittorio è stato ritualmente costituito nei confronti della parte che avrebbe dovuto essere dichiarata contumace⁸¹.

Nel nostro sistema, al pari di quanto accade altrove, la contumacia è una situazione giuridica in cui può versare sia l'attore che il convenuto.

Per quanto concerne la prima ipotesi, contemplata all'art. 290 c.p.c., dal combinato disposto degli artt. 166 e 171 c.p.c. si deduce che le condizioni per la dichiarazione della contumacia di chi agisce in giudizio sono: a) la tempestiva e regolare costituzione del convenuto entro il termine di legge⁸² e b) la

le parti a due udienze consecutive o l'art. 348, c. 2, c.p.c., che contempla l'improcedibilità dell'appello nell'ipotesi di duplice mancata comparizione dell'appellante costituito). In tali ipotesi però sono semplicemente fuori gioco le norme sul processo contumaciale, che appunto ha modo di operare solo allorché e fino a che una delle parti non si costituisca in giudizio: cfr. B. Ciaccia Cavallari, voce *Contumacia*, in *Dig. it.*, IV civ., Torino 1989, 322; S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano 1959/60, 372.

⁷⁹ E. Costa, voce *Contumacia (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino 1968, 774.

⁸⁰ P. Brandi, voce *Contumacia*, in *Enc. Dir.*, X, Milano 1962, 465; E. Costa, *op. cit.*, 775.

⁸¹ Cass., 3 agosto 2005, n. 16229; Cass., 9 febbraio 2005, n. 2657; Cass., 7 dicembre 2004, n. 22984; Cass., 28 maggio 2003, n. 8545, in *Giust. civ.*, 2004, I, 401; Cass., 25 febbraio 1997, n. 1697; in senso analogo anche Cass., 27 aprile 2006, n. 9649; Cass., 7 febbraio 2006, n. 2593; Cass., Sez. un., 27 febbraio 2002, n. 2881; Cass., 8 novembre 2001, n. 13838, Cass., 9 marzo 2012, n. 3704, secondo le quali l'erronea dichiarazione della contumacia di una parte non determina un vizio della sentenza se non provoca in concreto alcun pregiudizio allo svolgimento dell'attività difensiva, né incide sulla decisione.

⁸² Dopo la c.d. riforma Cartabia, attuata con il d.lgs. n. 149 del 10 ottobre 2022, il termine in parola scade 70 giorni prima dell'udienza di comparizione e trattazione, che va indicata dall'attore in citazione nel rispetto del termine minimo a comparire di 120 giorni, decorrente dalla notificazione dell'atto (v. artt. 163-*bis* e 166 c.p.c.). La declaratoria di contumacia dovrebbe avvenire in sede di verifiche preliminari: ai sensi dell'art. 171-*bis*, c. 1, c.p.c., infatti, il giudice, scaduto il termine per la costituzione del convenuto, nei successivi 15 giorni, prima quindi che abbia luogo l'udienza, dovrebbe verificare d'ufficio la regolarità del contraddittorio ed emettere i provvedimenti che si rendono necessari ove sia riscontrato un qualche difetto. Sul punto leggi E. Merlin, in

mancata costituzione dell'attore⁸³. Ricorrendo tali presupposti, delle due l'una: o, dichiarato contumace l'attore, il giudizio prosegue, poiché il convenuto costituito manifesta interesse in tal senso; o, mancando l'istanza di prosecuzione, il processo si estingue previa cancellazione della causa dal ruolo⁸⁴. Secondo l'insegnamento tradizionale, la contumacia dell'attore non implica affatto il riconoscimento delle pretese del convenuto e non comporta alcuna inversione del principio dell'onere della prova: ne deriva che nulla osta all'accoglimento della domanda attorea se il convenuto non riesce a dare la prova dei fatti impeditivi od estintivi del diritto dedotto in giudizio⁸⁵.

S. Menchini, E. Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 595, la quale rileva come il legislatore abbia mancato di coordinare la nuova disciplina con la regola dettata per la contumacia dell'attore dall'art. 290 c.p.c. (che è in effetti rimasto immutato): di conseguenza «non è chiaro se l'istanza del convenuto per la prosecuzione del giudizio possa e debba essere fatta nella prima memoria integrativa ex art. 171-ter, con la conseguenza che, se egli ne omette il deposito, si apra la via per pronunciare, in udienza, la cancellazione dal ruolo e l'estinzione del processo». Ritiene assodata questa ipotesi: L. Salvaneschi, *Luci e ombre nello schema di decreto legislativo correttivo e integrativo delle disposizioni processuali introdotte con la riforma Cartabia*, in *Judicum*, 4 aprile 2024, 2.

⁸³ Ai sensi dell'art. 165 c.p.c. l'attore deve costituirsi, depositando in via telematica il proprio fascicolo di parte, entro 10 giorni dalla notificazione della citazione. Va però tenuto conto che se una delle parti si è costituita tempestivamente, l'art. 171 cost. consente all'avversario di costituirsi successivamente: in passato si prevedeva che la costituzione 'postuma' della controparte dovesse avvenire entro la prima udienza, ma con le modifiche apportate dal cit. d.lgs. n. 149/2022, questo limite è stato espunto dalla norma, in quanto alcune delle attività che prima avevano luogo alla prima udienza sono state anticipate nella fase preparatoria delle c.d. verifiche preliminari di cui all'art. 171-bis, c. 1, c.p.c. La novella dovrebbe implicare che se l'attore, notificato l'atto introduttivo, non si costituisce nella scadenza prevista dall'art. 165 c.p.c., può farlo anche dopo, ove il convenuto si sia costituito tempestivamente e abbia iscritto a ruolo la causa: l'attore dovrebbe però, stare attento a depositare il fascicolo di parte a ridosso della scadenza del termine per la costituzione del convenuto (70 giorni prima dell'udienza), poiché altrimenti rischia che il giudice lo dichiari contumace in base appunto a quanto stabilito nel menzionato art. 171-bis, c. 1, c.p.c. Sulla doverosità delle verifiche preliminari nei 15 giorni successivi alla scadenza del termine per la costituzione del convenuto e sulla declaratoria di contumacia con il decreto di cui all'art. 171-bis c.p.c. insiste lo schema di d.lgs. integrativo e correttivo delle novelle della riforma Cartabia.

⁸⁴ Si discute se l'estinzione del processo sia immediata (così E. Costa, *op. cit.*, 775) o segua il regime dell'art. 307, c. 1, c.p.c. (di tale secondo avviso è R. Vaccarella, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli 1975, 173).

⁸⁵ V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli 1964, 293; O.G.

Specularmente, la contumacia del convenuto potrà essere pronunciata, in forza dell'art. 291 c.p.c., quando è dato riscontrare: a) la valida notificazione dell'atto di citazione⁸⁶; b) la tempestiva costituzione dell'attore; c) la mancata od irregolare costituzione del convenuto nel termine di 70 giorni prima dell'udienza. La norma, quindi, impone al giudice di astenersi dal dichiarare contumace il convenuto e di disporre la rinnovazione della notificazione della citazione qualora essa risulti nulla⁸⁷. La convinzione diffusa in dottrina e in giurisprudenza è comunque che, una volta dichiarata, la contumacia del convenuto non equivalga ad ammissione dell'esistenza dei fatti dedotti

Carbonari, voce *Contumacia (procedimento in): I) diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1988, 2; D. D'Adamo, *op. cit.*, 59.

⁸⁶ Secondo D. D'Adamo, *op. cit.*, 64, nelle ipotesi in cui ad essere nulla non è la notificazione, ma la stessa citazione (per una delle ipotesi di cui all'art. 164 c.p.c.), la declaratoria di contumacia può aver luogo. Va tuttavia osservato che se il convenuto non si è costituito, la nullità della citazione non può considerarsi sanata e il giudice dovrà appunto disporre la rinnovazione, con la conseguenza che un nuovo atto introduttivo andrà notificato dall'attore alla parte evocata in giudizio. Mi pare quindi fisiologico che il giudice, prima di dichiarare la contumacia del convenuto, attenda l'esito di questa seconda notificazione.

⁸⁷ Nella regolamentazione del rito ordinario applicabile per le cause dinanzi il Tribunale dal 30 giugno 2023, il rilievo dell'eventuale nullità della notificazione va fatto in sede di verifiche preliminari d'ufficio dal giudice, che ordinerà la rinnovazione, fissando al contempo, *ex art. 171-bis*, c. 2, c.p.c., una nuova prima udienza a decorrere dalla quale saranno ricalcolati non solo i termini di costituzione tempestiva del convenuto, ma anche quelli per lo scambio delle successive memorie di trattazione e istruzione di cui all'art. 171-ter c.p.c. V. C. Delle Donne, *La fase introduttiva e la trattazione, nel processo di primo grado a rito ordinario davanti al tribunale, nella Riforma Cartabia (l. n. 206/2021 - d.lgs. n. 149/2022) (Parte Prima)*, in *Il processo*, 2023, 77 ss., § 3.1, la quale giustamente osserva che con la rinnovazione della notificazione *ex art. 291 c.p.c.*, decorsi i nuovi termini di costituzione del convenuto (ricalcolati dalla nuova prima udienza) si apre la finestra temporale di quindici giorni in cui il giudice deve verificare il rispetto dell'ordine ai fini dei provvedimenti consequenziali (dichiarazione di contumacia del convenuto, *ex art. 171 c.p.c.*, u.c. o chiusura in rito del processo). Nello schema di d.lgs. recante disposizioni integrative e correttive al d.lgs. n. 149/2022, si prevede in effetti l'innesto nell'art. 171 c.p.c. della precisazione che in caso di emanazione di uno dei provvedimenti per la regolarizzazione del contraddittorio, con conseguente rinvio della prima udienza, si dovrà di nuovo procedere alle verifiche preliminari nel termine di 55 giorni (che corrisponde allo scarto temporale che intercorre tra il momento ultimo per la costituzione tempestiva del convenuto – 70 giorni prima dell'udienza – e il termine entro il quale il giudice deve compiere le verifiche preliminari): leggi L. Salvaneschi, *Luci ed ombre*, cit., § 3 e E. Merlin, *op. cit.*, 595 ss.

dall'attore a fondamento della propria domanda e non escluda il potere-dovere del giudice di accertare se da parte dell'attore sia stata data dimostrazione probatoria dei fatti costitutivi e giustificativi della pretesa⁸⁸. Di qui l'affermazione ricorrente, secondo cui il c.p.c. italiano accoglie una concezione neutrale o garantistica della contumacia, in seno alla quale il comportamento del convenuto che non si costituisce è destinato ad operare come *ficta litis contestatio*.

Assai rilevante nel processo contumaciale è l'art. 292 c.p.c., che volge a realizzare il c.d. contraddittorio formale, prescrivendo la notificazione personale al contumace di alcuni atti e provvedimenti⁸⁹. Si tratta di un'elencazione ritenuta tassativa⁹⁰, che abbraccia, da un lato, le ordinanze che ammettono l'interrogatorio o il giuramento, cui la Corte costituzionale ha aggiunto il verbale nel quale si dà atto della produzione della scrittura privata⁹¹, dall'altro, le comparse che contengono domande nuove o riconvenzionali, nonché le sentenze. Il comune denominatore rispetto a questi atti sta nell'essere tutti in potenza capaci di incidere significativamente sulle sorti o sul perime-

⁸⁸ M.T. Zanzucchi, *Il procedimento in contumacia nel giudizio di primo grado secondo il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, 300; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni*, Torino 2023, 218. In giurisprudenza v., ad es. Cass., 24 maggio 2023, n. 14372; Trib. Velletri, 22 dicembre 2021, n. 1831; Trib. Pavia, 16 giugno 2021, n. 855; Trib. Bari, 17 marzo 2020, n. 1063; Trib. Roma, 30 maggio 2019, n. 5231; Trib. Bari, 10 novembre 2011; Cass., 20 febbraio 2006, n. 3601; Cass., 19 agosto 2003, n. 12184; Cass., 11 luglio 2003, n. 10947; Cass., 28 febbraio 2002, n. 2959; Cass., 20 ottobre 2000, n. 13904; Cass., 13 ottobre 1999, n. 11513; Cass., 23 maggio 1995, n. 5643; Cass., 1° agosto 1994, n. 7156, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2579; Cass., 6 febbraio 1998, n. 1293 e Cass., 9 marzo 1990 n. 1898.

⁸⁹ B. Ciaccia Cavallari, *op. cit.*, 325; V. Andrioli, *op. cit.*, 296; D. D'Adamo, *op. cit.*, 85; cfr. E. Redenti, *Diritto processuale civile*, Milano 1997, 314, ad avviso del quale la ragione della regola va piuttosto ravvisata nella necessità di non appesantire, complicare o ritardare il corso del processo solo perché una parte non si è costituita, mentre pur si deve supporre che ne conosca l'esistenza; v. anche P. Brandi, *op. cit.*, 467, secondo cui la *ratio* che ispira il legislatore è quella dell'eguale tutela e salvaguardia di entrambe le parti.

⁹⁰ P. Brandi, *op. cit.*, 467; L. Salvaneschi, *Dovere di collaborazione e contumacia*, cit., 584 ss.; Cass., 28 novembre 1990, n. 11442; Cass., 28 maggio 1984, n. 3262.

⁹¹ V. Corte cost., 28 novembre 1986, n. 250 e 6 giugno 1989, n. 317.

tro della causa, sicché di essi il legislatore si preoccupa di dare notificazione personale al contumace, al fine di renderlo specificamente edotto e così indurlo a riconsiderare la scelta di non costituirsi in giudizio. In particolare, i provvedimenti ammissivi di interrogatorio formale e giuramento, così come i verbali da cui risulta che una scrittura privata è stata versata in atti vengono ricompresi nell'art. 292 c.p.c. per le conseguenze che ne possono derivare dal punto di vista probatorio, ove 'disertati' o non contestati dalla parte verso cui sono diretti⁹². Le comparse e memorie che allargano l'oggetto del processo, cumulando una domanda ulteriore rispetto a quella originariamente proposta vengono in considerazione, in quanto rispetto ad esse la parte volontariamente contumace potrebbe ritenere opportuno cambiare strategia e assumere una posizione di difesa attiva. La sentenza va infine notificata personalmente al contumace perché, se non impugnata tempestivamente con i mezzi ordinari, passa in giudicato: si osservi che siffatta notificazione, ove eseguita regolarmente, fa scattare la decorrenza del termine breve di cui all'art. 325 c.p.c.⁹³.

Come esplicita l'art. 293 c.p.c., la parte che è stata dichiarata contumace può costituirsi in ogni momento del procedimento fino all'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero fino al momento immediatamente anteriore alla fase deciso-

⁹² Se la parte non si presenta o rifiuta di rispondere senza giustificato motivo all'interrogatorio formale, l'autorità giurisdizionale, valutato ogni altro elemento probatorio, può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio (art. 232, c. 1, c.p.c.). La parte alla quale il giuramento decisorio è stato deferito, ove non si presenti senza giustificato motivo all'udienza fissata per l'incombente o, comparendo, rifiuti di prestarlo o non lo riferisca all'avversario, soccombe rispetto alla domanda o al punto di fatto relativamente al quale il giuramento è stato ammesso (art. 239, c. 1, c.p.c.; si noti che, date le conseguenze appena descritte, anche se costituita in giudizio la parte riceve una notificazione dell'ordinanza ammissiva: cfr. art. 237, c. 2, c.p.c.). La scrittura privata prodotta in giudizio si ha per riconosciuta se la parte alla quale la scrittura è attribuita o contro la quale è prodotta è contumace (art. 215, c. 1, n. 1, c.p.c.), ma è fatta salva la disposizione dell'art. 293, c. 3, c.p.c., in forza della quale il contumace che si costituisce in giudizio può disconoscere, nella prima udienza o nel termine assegnatogli dal giudice, le scritture private prodotte contro di lui.

⁹³ Cass., 5 settembre 2023, n. 25889; Cass., 24 agosto 2000, n. 11078; Cass., 7 settembre 1998, n. 8847.

ria⁹⁴. Ove ciò accada, la contumacia si riterrà purgata e la parte sarà ammessa a compiere tutti gli atti processuali che non siano già preclusi⁹⁵.

Si deve tuttavia considerare la possibilità che il contumace venga rimesso in termini. All'uopo rilevano due diverse disposizioni: una generale, riguardante tutte le decadenze endoprocedimentali, l'altra più specifica, siccome riferita al potere di impugnazione.

Così, ai sensi dell'art. 294, c. 1, c.p.c. il contumace che si costituisce in giudizio può chiedere di essere ammesso a compiere attività che gli sarebbero precluse, se dimostra che la nullità della citazione o della sua notificazione gli ha impedito di avere conoscenza del processo⁹⁶ o che la costituzione è stata impedita da causa a lui non imputabile⁹⁷.

Per quanto riguarda le impugnazioni, il contumace deve avvalersi dei rimedi ordinari, che vanno esperiti, a pena di decadenza, nel rispetto del termine breve di 30 giorni (se la sentenza è stata notificata) o del termine lungo di 6 mesi dalla pubblicazione della decisione (in caso contrario). In base all'art. 327, c.

⁹⁴ Al giudice non è conferito il potere di riaprire il contraddittorio consentendo al contumace di costituirsi dopo l'udienza di precisazione delle conclusioni (Cass., 20 gennaio 1994, n. 481), salvo che la causa ritorni per qualsiasi ragione alla fase istruttoria (V. Andrioli, *op. cit.*, 297; P. Brandi, *op. cit.*, 469; *contra* S. Satta, *op. cit.*, 379), essendo in tal caso ammissibile la costituzione del contumace, sia pure con i poteri e le limitazioni relativi alla fase processuale in cui egli abbia deciso di attivarsi nel processo.

⁹⁵ V., ad es., Cass., 3 gennaio 2024, n. 108.

⁹⁶ In relazione al primo presupposto della nullità dell'atto introduttivo o della sua notificazione che ha impedito la conoscenza del processo, F. Ferrari, *op. cit.*, 485, rileva che «affinché il contumace possa usufruire della riapertura dei termini per impugnare, occorre che l'ignoranza della pendenza del processo causata da nullità della citazione ovvero della sua notificazione persista anche in ragione della nullità (o difetto) della notificazione degli atti contemplati nell'art. 292. V. Cass., 7 luglio 2023, n. 19265.

⁹⁷ In merito al requisito della mancata costituzione tempestiva del contumace, non possono essere adottati tutti quei fatti imputabili al procuratore o a quei soggetti della cui attività processuale la parte debba civilmente rispondere: l'elemento dell'imputabilità induce ad esaminare la riferibilità dell'atto al soggetto, riferibilità cui si perviene in base alla considerazione della materiale paternità dell'atto oppure – ove il soggetto della responsabilità non sia l'autore dell'atto – in base alla considerazione dell'ascrivibilità dell'atto al soggetto, in forza di un rapporto da cui egli sia legato all'autore materiale dell'atto stesso: P. Brandi, *op. cit.*, 463. Cfr. Cass., 8 marzo 2023, n. 6939 e Cass., 18 ottobre 2022, n. 30514.

2, c.p.c., tuttavia, ove dimostri di non aver avuto conoscenza del processo per nullità della citazione o della notificazione di essa e per nullità della notificazione degli atti di cui all'art. 292 c.p.c., può impugnare anche oltre il termine semestrale⁹⁸.

7. – Per comprendere appieno la portata delle norme sul procedimento contumaciale italiano, calandole nel contesto attuale, occorre tener conto di alcune delle evoluzioni giurisprudenziali e normative che hanno interessato il sistema processuale civile a partire dagli inizi del nuovo millennio: si allude, per un verso, al recepimento del principio di contestazione; per altro verso, all'episodica esperienza del rito societario, introdotto da una riforma nel 2003, ma poi celermente abbandonato nel 2009. Entrambi questi accadimenti hanno, se non proprio minato, messo in discussione la tenuta del valore neutrale della contumacia, che è sotteso agli artt. 290-294 c.p.c. Il primo fenomeno ha però inciso maggiormente e in maniera duratura sulla dinamica del processo civile, sicché conviene iniziare da quello.

All'affermazione dell'onere di contestazione si può dire abbia contribuito in maniera significativa la dottrina, specie grazie alle riflessioni innescate dalle novelle apportate al rito laburistico dalla l. n. 533 del 1973, in parte poi recepite anche nella disciplina generale delle cause civili con la riforma del 1990-1995. Si è così osservato che, mentre l'originario assetto codicistico consentiva di condividere l'opinione che la contumacia, non influenzando sul convincimento giudiziale e sulla ripartizione degli oneri probatori, rappresentasse semplicemente una specifica manifestazione del *genus* inattività processuale, la nuova impostazione della fase preliminare del giudizio – basata sulla necessità per le parti di 'prendere posizione' sui fatti affermati dall'avversario entro la prima udienza di trattazione – induce a sostenere che «laddove quest'onere non sia stato osservato, le conseguenze siano identiche per la parte costituita come per il

⁹⁸ Cass., 12 dicembre 2022, n. 36181; v. anche Cass., 24 novembre 2021, n. 36387, la quale precisa che il termine per impugnare una sentenza decorre, per la parte incolpevolmente contumace, dal momento in cui abbia avuto conoscenza della decisione sfavorevole.

contumace»⁹⁹. In altre parole, dal novellato art. 167 c.p.c. e dal non dissimile art. 416, c. 3, c.p.c. è parso ad un certo punto possibile ricavare l'esistenza di un generale onere, gravante sulla parte, di dichiarare la propria posizione sui fatti di causa con precisione e completezza, al fine di ottenere la fissazione del *thema decidendum* e del *thema probandum* sin dalle fasi iniziali del giudizio. Posto che un'analogia *ratio* pare ispirare una serie cospicua di diverse disposizioni (ad es. gli artt. 14, c. 3, 35, 215, 263, 663, 669-novies, 785 c.p.c.), oltre a quelle su citate, si è allora prospettata la possibilità di considerare anche la contumacia alla stregua di un'inottemperanza all'onere di contestazione, con la conseguente necessità di rinnegare la regola della *ficta litis contestatio*.

La giurisprudenza dell'epoca era nondimeno fossilizzata sul tralatizio orientamento che imponeva di ritenere pacifici i fatti allegati solo se esplicitamente ammessi dalla controparte ovvero al cospetto di una difesa avversaria 'parziale' o basata su argomenti incompatibili con il loro disconoscimento, escludendo l'esistenza di un generale principio di non contestazione. La linea di sbarramento, così strenuamente difesa, ha iniziato a cedere dinanzi l'*obiter dictum* contenuto in una pronuncia delle Sezioni Unite del 2002¹⁰⁰, con la quale si è affermato che gli artt. 167, c. 1 e 416, c. 3, c.p.c., imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento del diritto dedotto, «fanno della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla

⁹⁹ A. Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano 1995, 164 ss. e 294 ss.

¹⁰⁰ Cass., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, 2017, C.M. Cea; in *Corr. giur.*, 2003, 1335, E. Fabiani; in *Foro it.*, 2003, I, 604, A. Proto Pisani; su cui v. anche le osservazioni di S. Del Core, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 125.

stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti». Da tale statuizione la dottrina ha tratto la conclusione che anche il silenzio e la contestazione generica possono valere a rendere non bisognosi di prova i fatti *ex adverso* allegati ed in giurisprudenza sono pertanto cominciate a fioccare le pronunce in tal senso¹⁰¹.

Il ciclo si è poi chiuso con la l. n. 69 del 2009, che recependo la predetta corrente interpretativa, ha modificato l'art. 115, c. 1, c.p.c., sicché da allora il giudice pone a fondamento della propria decisione, oltre alle prove richieste dalle parti o dal p.m., anche i fatti non specificatamente contestati dai litiganti costituiti.

Nel nostro sistema si trova dunque esplicitamente sancito, solo a carico della parte che ha depositato il proprio fascicolo dinanzi l'autorità giurisdizionale adita, l'onere di contestare in maniera specifica i fatti narrati dall'avversario, con la conseguenza che quest'ultimo sarà sollevato dal rischio della mancata prova delle circostanze addotte a base della propria pretesa in caso esse siano oggetto di una contestazione solamente generica o non provochino reazioni di sorta¹⁰². Si appalesa allora una stridente sperequazione tra il contumace e la parte costituita: quest'ultima è chiamata a sopportare il pericolo che la sua mancata o non puntuale contestazione possa avvantaggiare la controparte; al contrario, il contumace, che volontariamente proprio non partecipa al giudizio e assume quindi un atteggiamento ancor più rinunciatario, non vede sgravato l'avversario dall'onere probatorio e può continuare a confidare che l'altrui pretesa

¹⁰¹ Cass., 11 febbraio 2002, n. 1902; Cass., 17 aprile 2002, n. 5526, in *Foro it.*, 2002, I, 2017, nt. C.M. Cea (la quale estende l'operatività del principio di non contestazione anche ai c.d. fatti secondari); Cass., 8 gennaio 2003, n. 85; Cass., 5 marzo 2003, n. 3245; Cass., 14 gennaio 2004, n. 405; Cass., 6 febbraio 2004, n. 2299; Cass., 5 aprile 2004, n. 6663; Cass., 25 maggio 2004, n. 10031; Cass., Sez. un., 17 giugno 2004, n. 11353, in *Foro it.*, 2005, I, 1135, E. Fabiani; Cass., 24 settembre 2004, n. 19260; Cass., 24 gennaio 2007, n. 1540; Cass., 25 maggio 2007, n. 12231; Cass., 15 novembre 2007, n. 23638; Cass., 27 febbraio 2008, n. 5191.

¹⁰² Cfr., *si vis*, B. Zuffi, *sub art.* 115 in *C.p.c. comm.*, diretto da C. Consolo, Milano 2018, I, 1348 ss. e Id., in *La riforma del 2009*, a cura di C. Consolo, M. De Cristofaro, B. Zuffi, Milano 2009, 71.

venga respinta in base alla regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c.

Per vero, già prima della l. n. 69/2009 si erano da più parti sollevati dubbi sul trattamento di favore riservato al contumace rispetto alla parte che si costituisce in giudizio¹⁰³ ed anzi si era pronosticata la caduta del tradizionale valore di *ficta litis contestatio* attribuito alla contumacia¹⁰⁴.

In questa direzione aveva del resto sospinto la meteorica esistenza del rito societario. Nella disciplina introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2003 per le sole cause societarie era stata assegnata, infatti, alla non contestazione un rilievo sino ad allora inusitato. Da un lato, l'art. 13, c. 2, d.lgs. citato, contemplava, a scapito del convenuto, la natura pacifica dei fatti *ex adverso* allegati e non contestati nella comparsa di risposta tempestivamente notificata, con la conseguente possibilità per il giudice di pronunciarsi sulla domanda in base alla concludenza della stessa. Dall'altro lato, il c. 2-*bis* dell'art. 10 citato d.lgs.¹⁰⁵, comminava, per tutte le parti costituite, la decadenza dal potere di contestare i fatti sino ad allora rimasti incontrovertibili dopo la notifica dell'istanza di fissazione dell'udienza avanti al tribunale. Cavalcando la ventata di novità apportata da questo rito – struttu-

¹⁰³ Si pensi all'art. 346 c.p.c. e all'interpretazione che prevaleva in passato, secondo cui, mentre si intendevano rinunciate le domande e le eccezioni non accolte in primo grado e non riproposte dall'appellato costituito, queste sarebbero automaticamente devolute al giudice di seconde cure in caso di sua contumacia (Cass., 30 ottobre 2001, n. 13482; Cass., 23 maggio 2001, n. 7019; Cass., 23 maggio 1998, n. 11437; Cass., 26 giugno 1992 n. 7999; Cass., 20 giugno 1983, n. 4231). La tesi era però avversata e la giurisprudenza si è poi consolidata nel senso dell'applicabilità dell'onere di riproposizione e della conseguente preclusione anche alla parte contumace in appello (Cass., 6 settembre 1990, n. 9197, in *Foro it.*, 1991, I, 102, C. Brilli; Cass., 13 maggio 2003, n. 7316, in *Foro it.*, 2003, I, 3330, N. Rascio; Cass., 12 novembre 2007, n. 23489; Cass., 19 dicembre 2013, n. 28454; Cass. 6 febbraio 2014, n. 2730; Cass., 25 ottobre 2016, n. 21540; Cass., 17 gennaio 2017, n. 925; L. Bianchi, *I limiti oggettivi dell'appello civile*, Padova, 2000, 210 ss.; A.M. Tedoldi, *L'appello civile*, Torino 2016, 210 ss.). Per una rassegna delle norme dalle quali emerge un trattamento di 'favore' del contumace si rinvia a D. D'Adamo, *op. cit.*, 222 ss.

¹⁰⁴ A. Raganati, *Il processo contumaciale tra eccessivo garantismo e principio di auto-responsabilità*, in *Judicium*, 2005, 1 ss.; E. Demontis, *Sull'applicabilità del principio di non contestazione al convenuto contumace*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 352.

¹⁰⁵ Aggiunto dal d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310.

rato in modo da responsabilizzare al massimo grado la condotta difensiva delle parti – in dottrina si era dunque con maggior sicurezza professata l'esistenza di un generale principio di non contestazione¹⁰⁶: anzi, certa giurisprudenza, forte dell'*obiter dictum* delle Sez. un. n. 761/2002, era giunta ad affermare pure per il processo ordinario che «la non contestazione dei fatti costitutivi della domanda, quale comportamento del convenuto idoneo a farli considerare accertati, è configurabile anche in caso di contumacia del convenuto»¹⁰⁷.

Sta di fatto che, dapprima, la Corte Costituzionale¹⁰⁸ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, c. 2, d.lgs. n. 5/2003, ritenendo tale disposizione in «contrasto [...] con la tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito il valore di confessione implicita»: veniva così riscontrato nell'atto normativo adottato dal Governo un eccesso di delega, stante la mancata delimitazione da parte del Parlamento di criteri direttivi volti a superare questa inveterata concezione¹⁰⁹. A soli due anni di distanza, la l. n. 69/2009, ha poi decretato l'abrogazione degli artt. da 1 a 33, 41, c. 1, e 42 d.lgs. n. 5/2003. Il rito societario è stato insomma abolito e con esso è scomparso il primo chiaro addentellato normativo in grado di scardinare l'idea della *ficta litis contestatio* insita negli artt. 290 ss. c.p.c.

Tornato il dato positivo al punto di partenza, la dottrina non si è però rassegnata, tentando in più occasioni di superare il mito della neutralità della contumacia.

¹⁰⁶ C.M. Cea, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 209; M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. giur.*, 2003, 1351; P. Comoglio, *Contumacia e mancata contestazione, nel processo societario, dopo la parziale incostituzionalità dell'art. 13, c. 2, d.lgs. 17.1.2003 n. 5: tanto rumore per nulla?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 393.

¹⁰⁷ Trib. Vercelli, 31 marzo 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 349.

¹⁰⁸ Sent. del 12 ottobre 2007, n. 340, in *Giur. it.*, 2007, 2381 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 387.

¹⁰⁹ Per alcune critiche a tale decisione v. F. Auletta, B. Sassani, *L'illegittimità costituzionale per «contrasto con la tradizione»: in morte di una buona «regola del processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 519 ss. e A.M. Tedoldi, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 84.

Nella proposta per un nuovo c.p.c. avanzata in via ‘teorica’ nel 2009, il Prof. Proto Pisani auspicava, tra le altre cose, l’introduzione di una disciplina volta ad imporre al convenuto di costituirsi anteriormente alla prima udienza, pena il maturare di preclusioni in relazione anche alle eccezioni di merito rilevabili di ufficio, con l’espressa previsione dell’onere, sanzionato, di contestazione specifica e di chiusura semplificata del processo in prima udienza in caso di contumacia, secondo una regolamentazione modellata in coerenza con quella dei procedimenti monitori, dovendosi considerare non contestati o implicitamente riconosciuti i fatti costitutivi del diritto dedotto da parte del convenuto non costituito¹¹⁰. All’iniziativa accademica il legislatore non dava tuttavia alcun seguito.

Dopo oltre dieci anni, i tempi sembravano ormai maturi: nella proposta di delega con cui il potere esecutivo si accingeva ad elaborare una serie di interventi in materia di processo civile e di strumenti allo stesso alternativi, si ricomprendeva esplicitamente la possibilità di estendere l’applicazione del principio della non contestazione, di cui all’art. 115, c. 1, c.p.c., all’ipotesi in cui vi fosse la contumacia della parte. Il 24 maggio 2021, nella Relazione illustrativa, con cui il Prof. Luiso rassegnava le conclusioni raggiunte dalla Commissione da lui presieduta, costituita dal Ministero della Giustizia per meglio definire i contenuti del disegno di legge-delega, data l’ottica di semplificazione della disciplina processuale e dell’attività istruttoria del giudice in esso contenuta, si suggeriva di prevedere che, in materia di diritti disponibili, venissero considerati non bisognosi di prova i fatti allegati da una parte e non specificatamente contestati dalla controparte, anche laddove la non specifica contestazione fosse l’effetto della contumacia¹¹¹. Inspiegabilmente però la versione poi presentata al Parlamento per l’approvazione eliminava tutte le modifiche collegate a questa specifica proposta,

¹¹⁰ A. Proto Pisani, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 1 ss.

¹¹¹ V. F.P. Luiso, *Proposte e note illustrative*, in https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUIISO_relazione_finale_24mag21.pdf.

con la conseguenza che il d.lgs. n. 149/2022 ha lasciato di nuovo intatti sia l'art. 115 c.p.c. che gli artt. 290-294 c.p.c.

8. – Dopo esserci addentrati nella disamina delle singole realtà normative statali prese in considerazione val la pena innalzare lo sguardo alla dimensione sovranazionale per osservare quale rilevanza assuma il fenomeno dell'*indefensio* nei trattati internazionali e nella regolamentazione uniforme dello spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Ciò allo scopo di rilevare l'eventuale emersione di uno (o più) modelli di riferimento.

Si può innanzitutto osservare come già nella Convenzione dell'Aja del 1965, inerente alla notifica all'estero di atti giudiziari ed extragiudiziari, si trova contemplata un'ipotesi di rimessione in termini a favore del contumace che, senza sua colpa, non abbia avuto conoscenza dell'atto in tempo utile per difendersi: in base all'art. 16 della Convenzione citata egli può essere ammesso ad impugnare la sentenza anche se è già scaduto il termine per la proposizione del gravame¹¹². Analoga disposizione si rinviene nell'art. 19, par. 4, reg. n. 1348/2000, sulla notificazione e comunicazione negli Stati membri dell'Unione degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale, che si sostituisce alla predetta convenzione per i rapporti tra i paesi europei (esclusa la Danimarca)¹¹³. Va altresì ricordato che la Convenzione di Bruxelles del 1968 all'art. 27, punto 2, aveva identificato un possibile motivo di diniego del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nel fatto che la domanda giudiziale od un atto equivalente non fosse stato notificato o comunicato al convenuto contumace regolarmente ed in tempo utile perché questi potesse presentare le proprie difese. Con l'adozione del reg. Bruxelles I l'assetto è stato però modificato, in quanto nell'art. 34, punto 2,

¹¹² B. Ciaccia Cavallari, in *Notificazioni all'estero in materia civile e commerciale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1982, 352 ss.

¹¹³ Ai sensi di tale disposizione la 'rimozione della preclusione', conseguente allo spirare dei termini per l'impugnazione del contumace soccombente, è subordinata alla simultanea ricorrenza di due presupposti: a) alla prova, incumbente sul notificato, di non aver avuto cognizione, senza colpa, dell'atto in tempo utile per difendersi e della decisione per impugnarla; b) alla positiva delibazione del giudicante della non manifesta infondatezza dei motivi di impugnazione.

reg. CE n. 44/2001 – ora reiterato nell’art. 45, lett. b) reg. UE n. 1215/2012 – risulta, per un verso, abbandonato il riferimento alla regolarità della notificazione, per l’altro, specificato che affinché l’opposizione possa essere accolta occorre appurare se il convenuto contumace abbia avuto la possibilità di impugnare la decisione: se tale facoltà era prevista nell’ordinamento *ad quem* ed egli non ne ha approfittato, non può far valere la mancata notificazione in tempo utile della domanda giudiziale come motivo ostativo alla circolazione della sentenza che ne ha esitato l’accoglimento¹¹⁴.

Se si considerano, poi, anche varie altre previsioni del diritto processuale civile unionale, quali quelle contenute nell’art. 19 del reg. n. 805/2004, istitutivo del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, nell’art. 20 del reg. n. 1896/2006, concernente il procedimento europeo d’ingiunzione di pagamento, nell’art. 18 del reg. n. 861/2007 n. 861 sul procedimento europeo per le controversie transfrontaliere di modesta entità, si può rilevare che in generale si reputa essenziale accordare al contumace involontario, il quale dimostri la concreta violazione

¹¹⁴ La Corte di Giustizia europea, con la sentenza del 14 dicembre 2006, emessa nella causa C-283/05, *ASML Netherlands BV c. Semiconductor Industry Services GmbH*, in *Foro it.*, 2007, IV, 454, ha affermato che l’art. 34, punto 2, reg. n. 44/2001 va interpretato nel senso che il convenuto ha la ‘possibilità’ di impugnare una decisione contumaciale emessa nei suoi confronti solo se ha avuto effettivamente conoscenza del contenuto della decisione, mediante notificazione o comunicazione effettuata in tempo utile per consentirgli di presentare le sue difese dinanzi al giudice dello Stato d’origine. La questione interpretativa sottoposta ai giudici del Lussemburgo mirava a sondare se, sulla base dell’avvenuta espunzione dal testo normativo del riferimento alla regolarità formale del procedimento notificatorio, potesse sostenersi che il convenuto ha la possibilità di impugnare la decisione contumaciale in ogni ipotesi in cui in qualche modo fosse stato reso edotto dell’emissione della pronuncia. I giudici del Lussemburgo hanno non di meno precisato che la mancata notifica della decisione contumaciale impedisce per ciò solo al convenuto di impugnarla, rimanendo a tali fini irrilevante l’eventuale conoscenza che di essa sia stata conseguita *aliunde*. Cfr. D. D’adamo, *La ‘possibilità’ di impugnare la sentenza da parte del convenuto contumace ai sensi dell’art. 34, punto 2, reg. CE n. 44/2001*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1354, la quale sottolinea che la regola dell’effettiva conoscenza del provvedimento che si può desumere dall’*arrêt ASML Netherlands* non pare del tutto idonea a tutelare la parte, in quanto si appalesa generica e passibile di interpretazione ampiamente discrezionale, in una materia ove il rispetto delle forme dell’atto coincide con la salvaguardia della sostanza dell’atto medesimo; l’annotatrice auspica pertanto che venga attribuita nuovamente rilevanza al requisito della regolarità formale della notifica della decisione.

dei propri diritti di difesa, un rimedio, definito come «riesame in casi eccezionali», che opera da contraltare alla semplificazione dei congegni sottesi alla circolazione infra UE dei titoli esecutivi e all'affermazione dell'incondizionato dovere di mutua fiducia e collaborazione gravante sulle giurisdizioni degli Stati membri.

Ne discendono due piane, ma utili considerazioni:

- 1) il fenomeno dell'*absentia* può originare da scelte consapevoli della parte, ma può anche essere determinato da circostanze del tutto estranee alla volontà dell'interessato, ragion per cui il diritto dell'UE frappone agli automatismi con cui regola il riconoscimento e l'esecuzione dei titoli giudiziari provenienti dai giudici dei Paesi membri un presidio volto a garantire effettiva osservanza al fondamentale principio del contraddittorio¹¹⁵;
- 2) dato che ormai l'intero comparto della giustizia civile e commerciale europea, abbandonata l'antiquata tecnica dell'*exequatur*, poggia sul meccanismo di immediata esecutività dei provvedimenti giurisdizionali e che la possibilità di inibire tale efficacia è rimessa all'iniziativa dell'esecutato opponente, è naturale che pure il rimedio con cui il soggetto condannato fa valere il suo status di contumace involontario assuma le fogge di un'opposizione¹¹⁶.

Merita in conclusione sottolineare – a riprova di una tendenziale convergenza transnazionale verso l'idea dell'*indefensio* quale fattore di semplificazione del processo – che nel documento approvato dall'*Eli Council and Membership*, nonché dall'*Unidroit Governing Council* per la progettazione delle possibili future regole europee sui giudizi civili, in tema di *default judgment* si è prediletta l'adozione di un modello che, in coerenza a quella premessa, prospetta la possibilità di ottenere l'an-

¹¹⁵ P. Porreca, *Le garanzie del contumace nella circolazione comunitaria delle sentenze civili*, in *Foro it.*, 2007, IV, 457.

¹¹⁶ Leggi, *si vis*, in merito al riesame esperibile contro la sentenza conclusiva del procedimento uniforme per le *small claim*, il mio commento all'art. 18 del Reg. n. 861/2007, in *Codice del consumo e norme collegate*, a cura di V. Cuffaro, A. Barba, A. Barengi, 4° ed., Milano, 2023, 2548 ss.

nullamento del provvedimento contumaciale dallo stesso giudice che l'emise¹¹⁷. Anche da questo punto di vista l'ordinamento italiano pare dunque eccentrico, in quanto si ostina a non consentire che la contumacia importi una decurtazione dell'attività istruttoria del processo ordinario e (coerentemente) non contempla alcun mezzo di gravame speciale per la parte non costituita nel precedente grado di giudizio.

9. – Sia consentito a questo punto svolgere alcune considerazioni sull'opportunità di prospettare delle soluzioni interpretative che inducano l'ordinamento italiano a trattare in maniera paritaria la parte costituita e quella contumace, senza peraltro indulgere verso forme di automatico accoglimento della pretesa avversaria, che paiono poco aderenti ai valori tipici della nostra tradizione culturale giuridica. La necessità di garantire il libero esercizio del diritto di difesa, con esclusione di sanzioni o conseguenze tali da decurtare le possibilità di instaurare un contraddittorio effettivo tra le parti, può senz'altro convivere con l'esigenza di innestare sul rapporto processuale regole ispirate ai principi di economia e di autoresponsabilità delle parti, in linea con la gran parte dei sistemi giuridici stranieri e con il trend nettamente prevalente nella politica transnazionale di uniformazione delle regole processuali.

Qualche anno fa in un lavoro monografico dedicato al tema che ci occupa si è sostenuto che dalla contumacia non può essere tratta nessuna inferenza (neppure quella assai blanda della mera deduzione di argomenti di prova *ex art. 116, c. 2, c.p.c.*), perché essa non configura un contegno processuale¹¹⁸. Secondo questa ricostruzione solo ove la parte (costituita o meno in giudizio) sia destinataria di un provvedimento dell'autorità giudiziale¹¹⁹ e non ottemperi o non risponda all'ordine impartito, verrebbe ad enuclearsi un comportamento dal quale poter desu-

¹¹⁷ V. le *rule* 138-139.

¹¹⁸ C. Delle Donne, *Tra neutralità e concludenza. La contumacia nel processo civile*, Torino 2019, 31 ss.

¹¹⁹ Come accade ad es. quando nei suoi confronti è adottata un'ordinanza di ispezione *ex art. 118 c.p.c.* o di esibizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c.

mere elementi sussidiari di prova. La conclusione discende dalla premessa che la costituzione in giudizio è la ‘presentazione’ al giudice, con cui la parte (liberamente) sceglie di partecipare attivamente al processo: la c.d. neutralità della contumacia in realtà non avrebbe quindi niente a che fare con una finzione di contestazione delle pretese altrui¹²⁰. Solo quando la parte adotta la strategia difensiva di costituirsi in giudizio, cercando di influire su di esso per ottenere una decisione a lei favorevole, assume l’onere di contestazione specifica, che consiste in una tecnica di semplificazione istruttoria. Dall’art. 115 c.p.c. non deriverebbe allora alcuna sperequazione nel trattamento tra contumace e parte costituita, perché l’art. 2697 c.c. deve operare ‘a pieno regime’ ove la parte scelga di non ingaggiare la propria difesa: si opina, infatti, che in base al dato ricavabile dall’art. 2698 c.c. l’onere della prova può essere rovesciato solo sulla scorta di un fondamento volontaristico (o di una previsione normativa), che non è dato ravvisare nella mancata costituzione in giudizio.

Rispetto alla tesi qui sommariamente sintetizzata si possono muovere alcune riflessioni critiche.

Innanzitutto, conviene appuntare che la costituzione in giudizio non è un’attività del tutto imprescindibile per poter influire sull’andamento del processo: il contumace, pur rimanendo tale, può, ad es., contestare la sottoscrizione della scrittura privata¹²¹, può rispondere all’interrogatorio libero¹²² e formale¹²³,

¹²⁰ Il richiamo alla *ficta contestatio* è, secondo questa A., solo un tributo alla vecchia concezione dell’istituto: leggi C. Delle Donne, *op. cit.*, 149.

¹²¹ L’art. 214 c.p.c. attribuisce l’onere di contestare la scrittura privata a colui contro il quale essa è prodotta; ai sensi dell’art. 215, n. 2), c.p.c. il disconoscimento può essere fatto dalla parte «comparsa» alla prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione: la *littera legis* non sembra pertanto esigere la costituzione in giudizio, anche perché l’ipotesi del contumace, che si costituisce per contestare la firma o la scrittura, è regolata al n. 1) dell’art. 215 e nell’art. 293, u.c., c.p.c.

¹²² L’orientamento prevalente è che, in attuazione della regola del contraddittorio, per lo svolgimento dell’interrogatorio libero il giudice debba sempre convocare tutte le parti, compreso il contumace, che pure va sentito: G. Reali, *L’interrogatorio delle parti*, Bari 2009, 259 ss.; M. Taruffo, *sub art. 117 c.p.c.*, in A. Carratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice, Comm. del c.p.c.*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2011, 577.

¹²³ Gli artt. 228 ss. c.p.c. non fanno mai riferimento alla parte costituita, bensì della

può prestare giuramento¹²⁴. Sono atti, questi, che assumono inequivoca rilevanza processuale, incidendo sull'efficacia di prove precostituite o costituende o sulla delimitazione del *thema probandum ac decidendum*. La parte si vede poi riconosciuto, a prescindere dal fatto che sia o meno costituita in giudizio, il potere di controllare l'andamento del processo, sia accedendo al fascicolo d'ufficio¹²⁵ sia partecipando alle udienze¹²⁶. Del resto, la costituzione in giudizio non assume nell'ordinamento italiano sempre i medesimi connotati: nel processo ordinario consiste nel deposito del fascicolo di parte, nonché nella contestuale elezione di domicilio nel comune in cui ha sede il Tribunale adito¹²⁷ e deve avvenire mediante procuratore, tranne nei casi eccezionali in cui alla parte è consentito costituirsi personalmente. Nel procedimento avanti al Giudice di Pace – e talora (appunto nelle ipotesi di cui all'art. 82 c.p.c.) anche avanti al Tribunale – non viene invece richiesta l'osservanza di particolari formalità né si rende necessario il conferimento del mandato *ad litem*: la costituzione può avvenire anche mediante il diretto esercizio dei poteri di difesa attiva¹²⁸, per cui si potrebbe addirittura mettere in dubbio che essa abbia un significato univoco. In sintesi si può dire che tale attività implica normalmen-

parte interrogata, la quale è tenuta a rispondere personalmente: la confessione, del resto, può anche essere stragiudiziale. Cfr. G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Padova, 2009, 452.

¹²⁴ La comparizione all'udienza del contumace per rendere il giuramento non postula la sua previa costituzione: così Cass., 9 aprile 1965, n. 624.

¹²⁵ V. art. 76 disp. att. c.p.c.

¹²⁶ Art. 84 disp. att. c.p.c.

¹²⁷ Cfr. artt. 165 e 166 c.p.c. Come si desume dall'art. 168 c.p.c., l'iscrizione della causa a ruolo è atto distinto dalla costituzione in giudizio, ma è ad essa prodromico.

¹²⁸ Dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 149/2022, che ha esteso l'applicazione delle norme sul procedimento semplificato di cognizione alle cause pendenti davanti al G.d.P., questa differenza si è, a dire il vero, assottigliata, in quanto persiste la possibilità di una mera proposizione orale della pretesa, ma non per tutte le parti. Per quanto riguarda l'attore, in base agli artt. 316 e 319 c.p.c., la costituzione può avvenire sia mediante il deposito telematico del fascicolo contenente il ricorso *ex art. 281-undecies*, c. 1, c.p.c., sia tramite semplice formulazione orale della domanda: in questo secondo caso di essa verrà redatto processo verbale, da notificare alla controparte. Il convenuto non pare avere invece scelta: si deve costituire ai sensi dell'art. 281-undecies, c. 3 e 4, c.p.c., mediante deposito della comparsa di risposta e, quando occorre, della procura.

te, ma non sempre, l'autorizzazione all'esercizio dello *ius postulandi* e comporta la presentazione di una pretesa al giudice: in particolare, dagli artt. 82 e 86 c.p.c. si ricava che codesti incombenti gravano sulle parti nelle cause in cui l'ordinamento impone – per garantire l'effettiva tutela del diritto di difesa – l'onere di patrocinio, mentre in procedimenti più deformalizzati il concetto sfuma e si appiattisce su quello di prima difesa attiva della parte. Dalla costituzione in giudizio discendono, comunque, indubitabili effetti comuni, nel senso che quando la parte è costituita, le comunicazioni e le notificazioni avvengono efficacemente al procuratore costituito o presso l'indirizzo dichiarato¹²⁹. Solo le parti costituite si espongono alla responsabilità aggravata¹³⁰; esclusivamente nei loro confronti – stando al tenore degli artt. 115, c. 1, e 186-*bis*, c. 1, c.p.c. – può essere emessa l'ordinanza di pagamento delle somme non contestate e opera l'onere di contestazione specifica. Tuttavia, mentre alcune di queste previsioni sono necessitate¹³¹; per le altre norme la limitazione alle sole parti costituite appare frutto di scelte normative non così ovvie ed anzi spesso censurate¹³². La questione diventa allora comprendere se la latitudine dei poteri processuali che vengono riconosciuti al contumace sia proporzionata e se sia in particolare conforme al principio di eguaglianza far sì che egli benefici dell'applicazione rotonda dell'art. 2697 c.c., mentre la regola di giudizio ad esso sottesa può subire at-

¹²⁹ Art. 170, c. 1, c.p.c.

¹³⁰ Art. 96, c. 1, c.p.c. Tutte le altre norme sulla condanna alle spese trovano invece applicazione anche nei riguardi del contumace: ovviamente però se la parte non si è costituita e vince, non potrà pretendere la rifusione dell'onorario del proprio difensore o dei costi relativi alle prove espletate (che saranno state sostenute dalla parte costituita soccombente). Come statuito da Cass., 21 febbraio 2013, n. 4474, solo la parte costituita ha diritto all'indennizzo per la sua irragionevole durata.

¹³¹ Così la responsabilità *ex art. 96 c.p.c.* presuppone un'attiva partecipazione al processo, concretatasi appunto nell'aver agito o resistito in giudizio con mala fede; la c.d. sostituzione procuratoria dell'art. 170 c.p.c. implica appunto la costituzione tramite avvocato.

¹³² V., ad es., in relazione all'art. 186-*bis* c.p.c., B. Sassani, R. Tiscini, voce *Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, V, 2001, 875 ss. Sulla discutibile scelta operata con la novella all'art. 115 c.p.c. leggi *amplius* B. Sassani, *L'onere della contestazione*, in *Giust. proc. civ.*, 2010, 401 ss., nonché in *Judicium*, 2010, 1 ss.

tenuazioni ove la parte eserciti attivamente il suo diritto di difesa.

E qui si inserisce la seconda osservazione. Se l'onere di contestazione specifica concreta una tecnica di semplificazione decisoria, a chi scrive pare non vi siano ragioni per escluderne la vigenza in caso di contumacia, atteso che il meccanismo risponde a logiche di economia processuale: esso è infatti destinato ad operare in base al mero rilievo fattuale dell'assenza di una contestazione puntuale¹³³. Per giustificare la discriminazione che a tal riguardo viene praticata tra il contumace e la parte costituita non sembra d'altronde corretto invocare l'assenza dell'elemento volontaristico alla base dell'art. 2698 c.c., in quanto in realtà l'onere di contestazione specifica non comporta, in caso di suo mancato assolvimento, un rovesciamento della regola di giudizio fondata sull'onere della prova, bensì determina solo una (temporanea) *relevatio ab onere probandi* quale strumento di semplificazione nella trattazione e nella decisione della causa civile¹³⁴: tale effetto rappresenta insomma un temperamento, provvisorio e ribaltabile, che la regola dell'art. 2697 c.c. subisce in ragione dell'operare di un meccanismo presuntivo¹³⁵, basato in particolare sull'applicazione della massima d'esperienza per cui la parte che rimane silente o si limita a formu-

¹³³ In tal senso A.M. Tedoldi, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 83 e 86.

¹³⁴ C. Mandrioli, A. Carratta, *op. cit.*, 41 ss.; Fabiani, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. giur.*, 2009, 1171; *amplius* B. Sassani, *L'onere della contestazione*, cit., 9, il quale sottolinea giustamente che si tratta di una *relevatio ab onere probandi* da intendersi come esenzione dalla regola di giudizio (= non necessità di conclusione negativa) in caso di mancata prova, non invece come necessità di conclusione positiva. Secondo quest'ultimo A. la non contestazione «resta quindi ben distinta dalla confessione ma nulla impedisce di ricondurla all'ammissione, intesa questa nel generico senso che si riconosce al termine e la sua aderenza all'effetto, effetto compatibile con più comportamenti e quindi con più fonti dell'effetto stesso».

¹³⁵ Le *relevationes ab onere probandi* o importano spostamenti del tema di prova (presunzioni) oppure giovano alla fissazione dei fatti in base a particolari regole dell'esperienza (G.A. Micheli, *L'onere della prova*, Padova 1942, 197). Cfr. A. Coniglio, *Le presunzioni nel processo civile*, Palermo 1920, 46 ss., secondo il quale la presunzione comporta una dispensa dall'onere della prova ed è essa stessa un mezzo di prova, servendo a determinare l'esistenza di un fatto giuridicamente rilevante che diversamente dovrebbe essere provato dalla parte che ha interesse al suo accertamento. V. A.M. Te-

lare contestazioni vaghe, così si atteggia perché non sa come negare o porre specificatamente nel dubbio le circostanze fattuali narrate dall'avversario. Se questo è vero, una volta che nel sistema è sancito l'onere per le parti di allegare e prendere posizione «in maniera chiara e precisa» sui fatti rilevanti¹³⁶ e si conviene al contempo che la contestazione meramente generica comporta la *relevatio ab onere probandi* della controparte, non si comprende perché dall'inerzia totale della parte, che non presenta al giudice alcuna difesa, debba scaturire una contestazione generica eccezionalmente in grado di rendere controverso e bisognoso di prova il fatto *ex adverso* narrato¹³⁷. In simile contesto appare insomma irragionevole che il contumace vada *ex lege* esente da una tecnica di semplificazione decisoria fondata su una massima d'esperienza, avente per definizione carattere universale, in quanto derivata dall'*id quod plerumque accidit*¹³⁸.

Terza e ultima notazione. Le norme che legittimano il giudice a trarre un'inferenza negativa per la parte che non risponde agli ordini di ispezione e di esibizione o agli interrogatori o che non contesta la scrittura privata contro di lei prodotta, non sono sorrette dall'*intentio legis* di sanzionare l'inosservanza dei provvedimenti istruttori giudiziali, come accade nei sistemi di *common law*¹³⁹. Il c.p.c. italiano abbraccia infatti una concezione di rapporto processuale sfrondata da ogni idea di obbligo o di dovere giuridico gravante sulle parti: la proposizione dell'azione e tutti gli atti processuali che ne conseguono fino alla senten-

doldi, *La non contestazione*, cit., 92, che inquadra il fenomeno in termini di *praesumptio iuris tantum* del fatto tardivamente o genericamente contestato.

¹³⁶ Si consideri a tal proposito l'enfasi posta dalla riforma Cartabia sulla necessità che gli atti introduttivi contengano allegazioni o prese di posizioni chiare e specifiche: v. l'art. 163, c. 3, n. 4) e l'art. 167, c. 1, c.p.c., come modificati dal d.lgs. n. 149/2022.

¹³⁷ V. C. Consolo, *op. cit.*, 218, secondo il quale appunto con la contumacia si avrebbe un effetto di contestazione non specifica, ma ugualmente valida e generalizzata.

¹³⁸ Arriva alla stessa conclusione F. De Vita, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma 2012, 145 ss., sottolineando la necessità di applicare la preclusione insita nell'onere di contestazione *ex art.* 115, c. 1, c.p.c. anche al contumace.

¹³⁹ Nel sistema inglese assume infatti rilievo generale la c.d. prova *prima facie*, avendo l'attore il *right to begin*, il diritto cioè di liberarsi dall'onere della prova dopo aver indotto la verosimiglianza della pretesa avanzata: leggi G.A. Micheli, *op. cit.*, 206; cfr. F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936, 429; G.R. Pistolesi, *La prova civile per presunzioni e le c.d. massime di esperienza*, Padova 1935, 44 ss.

za rispondono al principio di rendere soltanto possibile (non di conculcare) il contraddittorio¹⁴⁰. Dall'inazione della parte – per esigenze obiettive di economia ed efficiente conduzione del processo – possono derivare svariati effetti giuridici, anche sfavorevoli per lei, ma non si può dire che l'inerzia rechi in sé la violazione di obbligo alcuno: semplicemente, avuta la possibilità di difendersi, la parte ha trascurato o ha rifiutato di farlo¹⁴¹. Gli artt. 118, 210, 215, 232 c.p.c., nel consentire all'autorità giurisdizionale di desumere argomenti di prova o di considerare come ammessi o veri i fatti in caso di renitenza agli ordini di esibizione e ispezione o all'interrogatorio o in caso di silenzio dinanzi alla scrittura prodotta non sono dunque animate dalla volontà di punire un 'oltraggio alla corte'¹⁴², bensì sono tese a legittimare un'assunzione legale di verosimiglianza dei fatti oggetto del mezzo istruttorio. La massima di esperienza su cui poggia il ragionamento inferenziale che consente la desunzione dell'elemento sussidiario di prova o la fissazione del fatto è che se non viene ottemperato l'ordine di ispezione/esibizione o l'interrogatorio rimane senza risposta o la scrittura versata in atti non è contestata, è probabile che la circostanza che si voleva verificare sia vera. E tale massima d'esperienza opera indistintamente per la parte costituita come per il contumace, sicché an-

¹⁴⁰ Sull'assenza nel nostro ordinamento di un dovere di comparire, rispondere e partecipare al giudizio leggi G. Chioyenda, *op. cit.*, 305 ss. V. anche E. Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 589 ss.

¹⁴¹ Così A. Coniglio, *op. cit.*, 163 ss.

¹⁴² Si noti l'equilibrio dell'art 232 c.p.c. che, in linea con la soluzione adottata dall'art. 339 del vecchio c.p.c. francese (anche lì in reazione alla più severa *ordonnance* del 1667, tit. X, art. 4), consente (non impone) al giudice di ritenere i fatti come esistenti. In base al previgente art. 218 c.p.c. del 1865 si avevano invece come ammessi i fatti dedotti, salva l'allegazione di un legittimo impedimento alla risposta: sulla norma del previgente codice di rito leggi A. Coniglio, *op. cit.*, 154 ss., il quale combatte l'idea – avanzata da A. Castellari, *Volontà ed attività nel rapporto processuale civile*, Padova 1927, 128 – che essa inveri una sanzione per l'inosservanza dello *jus interrogandi* e propende per la ricostruzione di un'ammissione legale del fatto per via di *factio confessio*: di sanzione aveva senso parlare per le *positiones* del diritto canonico rispetto alle quali il silenzio appunto si riteneva dovesse essere 'punito' con la *facta confessio*: in tale sistema la mancata comparizione rappresentava un fatto illecito poiché si persisteva nell'esigere la *litis contestatio* ossia la partecipazione bilaterale delle parti al processo.

che da tale punto di vista sfugge la ragione per cui invece l'art. 115, c. 1, c.p.c. circoscrive la *relevatio ab onere probandi* conseguente alla mancata contestazione specifica alla sola parte che ha assunto un ruolo attivo nel giudizio.

Peraltro, si osservi che anche quando l'*adverse inference* prevista dalla legge è 'intensa', nel senso che comporta un effetto in grado di incidere in maniera significativa sulla sorte della lite (si allude, ad es., alle conseguenze previste dall'art. 232 c.p.c.), il nostro ordinamento non prevede affatto l'automatico e 'punitivo' accoglimento della pretesa della controparte, ma rimette al prudente apprezzamento del giudice la concluzione della domanda, imponendogli di valutare ogni altro elemento di prova rilevante. Tale sensibilità è stata coltivata nel tempo, per cui la si ritrova pure nella regolamentazione della mancata risposta all'ordine di esibizione nel contenzioso del *private antitrust enforcement* e nelle azioni di classe¹⁴³.

A chi scrive sembra insomma che per le ragioni sopra esposte si possa arrivare a ritenere illegittima, per violazione del canone di eguaglianza, la previsione che limita l'operatività dell'onere di contestazione specifica alle sole parti costituite. Ciò potrebbe portare anche il nostro sistema ad abbracciare una concezione della contumacia quale *ficta confessio*, in cui il giudice sarebbe comunque tenuto a soppesare la concluzione della domanda, valutando ogni altro elemento istruttorio disponibile. Verrebbe così generalizzato l'equilibrato principio che emerge dall'art. 232 c.p.c. e da varie altre norme, già richiamate, sulle conseguenze dell'inottemperanza ai provvedimenti giudiziali. Ovviamente rimarrebbe poi ferma la possibilità per il contumace di costituirsi in giudizio e contestare i fatti *ex adverso* allegati, facendo cessare la temporanea *relevatio ab onere probandi* conseguente dall'art. 115, c. 1, c.p.c., ma ciò dovrebbe avvenire nel rispetto delle preclusioni maturate sino a quel momento, a meno che non si tratti di dedurre fatti sopravvenuti ed eccezzuata l'ipotesi della rimessione in termini *ex art. 294 c.p.c.*¹⁴⁴.

¹⁴³ V. art. 6, c. 6, d.lgs. n. 3 del 19 gennaio 2017 e art. 840-*quinquies*, c. 13, c.p.c.

¹⁴⁴ Così, se il contumace si costituisce dopo il decorso del termine per il deposito della

10. – Non ci si nasconde che la soluzione prospettata esigerebbe l'intervento del legislatore, come del resto è stato più volte auspicato, non solo per rendere l'intreccio delle norme coinvolte davvero coerente e lineare, ma anche per far sì che il sistema tenga conto di altre esigenze di adeguamento ineludibili.

Tra queste si segnala in particolare la necessità di prevedere il solerte esercizio del potere di rilievo officioso delle clausole vessatorie, ove il contumace sia consumatore. Come si sa, l'insieme delle pronunce che la Corte di Giustizia ha nel tempo stratificato sulla dir. 93/13/CE forma ormai un aggregato imponente e solido, che punta a garantire l'effettività della tutela dei consumatori, pur nel rispetto – che viene sempre ribadito, ma pare invece man mano assottigliarsi – dell'autonomia procedurale dei sistemi nazionali¹⁴⁵. In seno a questo orientamento i

prima o della seconda memoria *ex art. 171-ter c.p.c.*, subisce le preclusioni maturate sino al momento della sua costituzione: ma contestando specificatamente i fatti allegati dalla controparte, li rende bisognosi di prova. Se si costituisce in tempo utile per la terza memoria o direttamente alla prima udienza potrà contare solo sul potere di sollecitare il rilievo officioso delle eccezioni in senso lato (con eventuale applicazione dell'art. 101, c. 2, ult. parte, c.p.c.).

¹⁴⁵ Senza voler fare qui un elenco esaustivo, sia consentito ricordare le pronunce emesse nell'ultimo ventennio dai giudici del Kirchberg, da cui emerge con maggior vigore l'insegnamento in parola. Innanzitutto, va menzionata la sent. *Oceano Grupo Editorial* (del 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98), con cui si è affermato che il sistema di tutela di cui alla dir. 93/13 «si basa sull'idea che la disuguaglianza tra il consumatore e il professionista, per quanto riguarda sia il potere nelle trattative, sia il grado di informazione, possa essere riequilibrata solo grazie ad un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale». Nel caso *Eva Martin Martin* (del 17 dicembre 2009, causa C-227/08), i giudici del Plateau Kirchberg hanno poi precisato che quando si tratta di procedimenti a cognizione piena l'obbligo del giudice riguarda la mera rilevazione, cui farà seguito la dichiarazione di nullità quante volte il consumatore, avuta contezza delle clausole abusive, abbia dichiarato di volersi avvalere della protezione offerta dalla Dir. 93/13. Ancora: con la pronuncia *Banco Primus* (del 26 gennaio 2017, causa C-421/14), si è osservato che in presenza di una o più clausole contrattuali la cui abusività non sia stata ancora esaminata, il giudice nazionale in sede di opposizione incidentale all'esecuzione è tenuto a valutare la vessatorietà. Meritevoli di segnalazione sono infine anche le sentenze *Lintner* (dell'11 marzo 2020, causa C-511/17), ove si è stabilito che il giudice è tenuto a verificare d'ufficio la presenza di eventuali clausole abusive anche quando entrambi i contendenti siano assistiti in giudizio dal proprio rappresentante tecnico e *Iberçaiia Banco* (del 17 maggio 2022, causa C-600/19), secondo cui «il giudice, che agisce d'ufficio o su domanda del consumatore, non può più procedere a un esame del carattere abusivo di clausole contrattuali che condurrebbe all'annullamento degli atti di trasferimento della proprietà e a rimettere in

giudici del Kirchberg sono di recente giunti ad affermare, con la sent. *Banco di Desio*, che la preclusione *pro iudicato* che il d.i. non opposto guadagna *ex art. 645 c.p.c.*, non può impedire al consumatore di fare opposizione tardiva ogni qualvolta la motivazione del provvedimento sommario taccia sul punto relativo alla possibile inefficacia per vessatorietà della pattuizione da cui discende il debito¹⁴⁶. La portata di tale pronuncia travalica però il procedimento monitorio.

Quel che appare davvero cruciale in questa sentenza e nella nutrita serie di arresti che l'hanno preceduta è, infatti, la necessità di inculcare nel consumatore, quale soggetto debole della contrattazione, la consapevolezza dei propri diritti e delle garanzie offerte dal diritto dell'UE. Nello specifico il principale assillo dei giudici del Lussemburgo è rendere edotto il consumatore, ove divenga parte di un processo, della possibilità di avvalersi delle nullità di protezione previste a suo favore. A tali fini non rileva e non può rilevare in sé la differenza tra procedimenti a cognizione sommaria e a cognizione piena¹⁴⁷, poiché si deve andare a vedere in concreto – riscontrandolo nella parte motiva del provvedimento di condanna – se la segnalazione o il rilievo officioso è stato fatto dal giudice e verificare così se effettivamente il destinatario delle nullità di protezione sia stato posto in grado di manifestare la volontà di avvalersene. Ora, il nucleo di questo ragionamento, se svolto sino alle sue estreme conseguenze, potrebbe portare ad un cambiamento di alcune delle sequenze di base che caratterizzano anche i giudizi ordinari.

In particolare, nei processi contumaciali si potrebbe giungere alla conclusione che il giudice, di fronte alla mancata costituzione del consumatore, debba indicare alla parte interessata

discussione la certezza giuridica di trasferimento della proprietà già effettuato nei confronti di un terzo», tuttavia ciò non impedisce allo stesso debitore/consumatore «di far valere in un successivo procedimento distinto il carattere abusivo delle clausole del contratto (...) per ottenere il risarcimento del danno economico causato dall'applicazione delle clausole di cui trattasi».

¹⁴⁶ V. C. dir. uomo, Grand sez., 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/19.

¹⁴⁷ A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023*, in *Riv. esec. forz.*, 2023, 360.

(con un'ordinanza soggetta a comunicazione personale, previa rilettura estensiva dell'art. 292 c.p.c.) la probabile presenza delle clausole vessatorie¹⁴⁸.

Ma anche questa interpretazione evolutiva potrebbe non bastare. Ritengo infatti che, a fronte della perdurante *indefensio* del consumatore, il giudice dovrebbe dire comunque se riscontra o meno l'inefficacia di una o più delle clausole rilevanti al fine di decidere l'esistenza o l'entità del credito, altrimenti la sentenza finale rischia di rimanere attaccabile, pur dopo il suo passaggio in giudicato, ove rimanga muta in merito all'abusività della contrattazione. Va infatti ricordato che nella pronuncia del 4 giugno 2009, relativa al caso *Pannon*, causa c-243/08¹⁴⁹, la CGUE ha specificato che l'obbligo di esaminare d'ufficio l'abusività scatta non appena il giudice abbia gli elementi utili a compiere codesto scrutinio: ove consideri vessatoria la clausola, non deve applicarla, tranne il caso in cui il consumatore vi si opponga¹⁵⁰. In base al tenore di tale statuizione, per impedire la valutazione sulla vessatorietà sembrerebbe quindi necessaria una manifestazione di volontà contraria del consumatore. Ergo: in caso di sua contumacia, stante l'impossibilità di raccogliere una sua qualche espressione di pensiero al riguardo, si potrebbe arrivare a sostenere che l'autorità giurisdizionale sia comunque tenuta a pronunciarsi sulla presenza o meno di clausole abusive. Non v'è dubbio allora, che, anche alla luce di questi nuovi oriz-

¹⁴⁸ In questi termini C. Rasia, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 82, il quale giustamente ricorda come dal Plateau Kirchberg si è, ad es., affermato che «la direttiva n. 93 del 2013 dev'essere interpretata nel senso che un giudice nazionale che si pronuncia in contumacia ed è competente, secondo le norme di procedura nazionali, ad esaminare d'ufficio se la clausola su cui si basa la domanda sia contraria alle norme nazionali di ordine pubblico è tenuto ad esaminare d'ufficio se il contratto contenente tale clausola rientri nell'ambito di applicazione della direttiva medesima e, se del caso, la natura eventualmente abusiva di detta clausola»: C. Giust. UE, 17 maggio 2018, causa C-147/16, *Karel de Grote*, 37. Cfr. L. Salvaneschi, *Dovere di collaborazione e contumacia*, cit., 583, la quale reputa l'art. 292 c.p.c. una norma dal carattere anelastico.

¹⁴⁹ Sent. del 4 giugno 2009, causa C-243/08.

¹⁵⁰ V. pure sentt. *Asbeek Brusse*, del 30 maggio 2013, causa C-488/11, 49; *Banco Español de Crédito*, del 14 giugno 2012, cit., 63; *Banif Plus Bank*, del 21 febbraio 2013, causa C-472/11, 27.

zonti, un ripensamento delle norme del c.p.c. italiano sulla contumacia sia ormai impellente.

CAPITOLO IV

PROCESSO CONTUMACIALE E *DEFAULT JUDGMENTS* NELLO SPECCHIO DEL *FAIR TRIAL* EUROPEO

di Marcello Stella

SOMMARIO: 1. La contumacia nei diritti processuali dell'Europa continentale. – 2. (*segue*) Reminiscenze della *litis contestatio* nel *droit coutumier* e loro progressivo abbandono nella lezione francese sul processo contumaciale. – 3. Assenza di una figura equipollente alla contumacia nel processo di *common law*, dove è tuttora fatto obbligo di partecipazione attiva alle parti del processo. – 4. Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni contumaciali e in particolare della condanna in *default* nello spazio giudiziario europeo. – 5. La «eterointegrazione» del titolo esecutivo, solo nominalmente giudiziale, costituito dalla condanna in *default*, nella giurisprudenza pragmatica (ma insostenibilmente contraria al divieto di riesame nel merito, di fonte convenzionale ed eurounitaria) della *Cour de cassation* francese. – 6. Un caso clinico: espulsione forzata del convenuto dal contraddittorio, *fictio* sanzionatoria di *indefensio* e consequenziale condanna automatica, senza esame della domanda nel merito, *by default*. – 7. (*segue*) Le giuste perplessità della Corte d'appello di Milano e l'opinabile responso della Corte di Giustizia nel caso *Gambazzi*, alla insegna del sindacato di proporzionalità della compressione del diritto di difesa. – 8. Limitazioni, legali, giudiziali o pattizie, del diritto di difesa e riconoscimento delle decisioni negli arresti successivi della Cassazione italiana ... – 9. (*segue*) ... e della Corte di Giustizia nell'immediato dopo Brexit. – 10. Conclusioni: le implicazioni della garanzia della rilevabilità d'ufficio di questioni di norme di diritto comunitario di ordine pubblico, sostanziale o processuale, quale limite alla *finality* di provvedimenti sommarî non cautelari *sine cognitione*. – 11. (*segue*) La disciplina della c.d. «contumacia europea» non consente di revocare in dubbio il giudizio di incompatibilità con l'ordine pubblico processuale italiano di condanne in *default*, del resto oggetto di ripensamento anche nell'ordinamento statunitense.

1. – Scrive Calamandrei che la parola *sententia* deriva da *sentire* e ha la stessa radice di sentimento¹.

Sentimento ha strettamente a che fare con il giudizio di fatto, con la assunzione delle prove orali, preceduta dalle allegazioni (*olim* dalla *positio* dei fatti) delle parti², che vengono «sentite» nel contraddittorio.

Le decisioni qui prese in considerazione hanno invece pochissimo a che fare con i sentimenti. E a ben guardare non sono neppure frutto di (precedute da) giudizio.

All'impegnativo termine «sentenza», che già sottenderebbe una precisa scelta di campo, preferisce la parola «decisione» anche il sistema dei Regolamenti di Bruxelles in materia processuale, nel quale la «decisione» assurge a nozione autonoma di diritto europeo. Più inclusiva, se vuolsi, ma di alquanto minor pregnanza ed univocità assiologica, come si vedrà.

Il tema della (circolazione della) decisione contumaciale in Europa è destinato per forza di cose a rimanere un pochino in ombra nella manualistica domestica, con alcune eccezioni, ed è purtroppo solo lambito nella fondamentale opera di diritto processuale civile comparato, che rimane l'*Introduzione al diritto processuale comparato* di Walter Habscheid, dove si accenna al fatto che «(...) si discute se e in che misura [il *right to be heard*] possa ammettere eccezioni (per esempio in una procedura provvisoria o esecutiva)»³, volutamente senza spezzare la limpida esposizione con rintracciamenti storici e consi-

¹ Questo contributo rappresenta la versione elaborata e ampliata dell'intervento svolto il 27 ottobre 2023 in occasione del Seminario di Studi «L'istituto della Contumacia nell'Ordinamento italiano e *Beyond*. Passato, Presente e Futuro», presso l'Università degli Studi di Verona.

P. Calamandrei, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, I, a cura di M. Cappelletti, Napoli 1976, 642, ora anche in edizione *open access*, Roma 2019, a cura di A. Carratta, G. Costantino, G. Ruffini.

² Sulla compenetrazione tra allegazione e prova dei fatti, e l'influenza della pratica medievale di stralciare le *positiones* oscure, non pertinenti o confusorie sulla teoria della rilevanza della prova, si conviene il rimando alle opere di M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970, 91 ss. e A. Giuliani, *Il concetto di prova*, Milano 1961, 159 ss.

³ Nella traduzione italiana di A. Briguglio, Rimini 1985 (originale in francese e tedesco del 1982), 153.

derazioni di più largo respiro valoriale, per postulare ad esempio il divieto di estromissione forzata di una giusta parte dal contraddittorio⁴, in guisa di sanzione da inottemperanza rispetto a doveri di collaborazione della parte.

Non sarebbe tuttavia constatazione troppo accurata, almeno dal punto di vista della metodologia della comparazione giuridica, dire che in Europa ci siano concezioni della contumacia giudiziale molto diverse: senz'altro sussistono alcune differenze procedurali, che rifluiscono in altrettante gradazioni qualitative

⁴ Eventualità insuscettibile di verificarsi nel nostro ordinamento, in cui la espulsione di una parte da un processo litisconsortile è fenomeno di natura volontaria, che presuppone l'impulso della parte che voglia sottrarsi ai costi e agli oneri del processo. La estromissione è infatti subordinata alla esplicita richiesta del garantito (art. 108 c.p.c.), del conduttore (art. 1586 c.c.), dell'antecessore (art. 111 c.p.c.), o, ancora, alla specifica dichiarazione dell'obbligato (art. 109 c.p.c.) o del depositario (art. 1777 c.c.) d'essere pronto ad eseguire la prestazione a favore di chi spetti. In tema, C. Consolo, *L'estromissione del chiamato in causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, 132 ss.; G. Fabbrini, *L'estromissione di una parte dal giudizio*, in *Scritti giuridici*, I, Milano 1989, 95 ss. Proprio attorno a contenuto ed effetti della estromissione dell'obbligato aleggiano tuttavia i maggiori dubbi degli interpreti. Parte della dottrina (Luiso, Consolo, Negri) reputa che il provvedimento di estromissione contenga già l'accertamento della esistenza della fattispecie del diritto e del correlativo obbligo dal lato passivo vincolante per l'obbligato estromesso. F. Tommaseo, *L'estromissione della parte dal giudizio*, Milano 1975, 233 ss., sul punto non in completa sintonia con Redenti, Lezzerini, Henckel, opina che l'estromissione del debitore non sarebbe riducibile ad un «logico corollario della cessazione della materia del contendere, che si verifica in seguito al deposito della cosa o della somma dovuta», giacché il provvedimento di estromissione, di per sé, non accerterebbe ancora la cessazione della lite tra pretendenti, ma soltanto determinerebbe il sopravvenuto difetto della legittimazione passiva dell'estromettendo, stante la *derelictio* della legittimazione a contraddire insita nella sua dichiarazione. È interessante notare, ai fini del nostro discorso, che una parte degli Autori non mostra alcuna ritrosia ad associare alla condotta dell'obbligato estromesso effetti marcatamente 'dispositivi', vicini a lambire la figura del riconoscimento della domanda. Così E. Merlin, *L'estromissione del fornitore del prodotto difettoso nel d.p.r. 224/1988*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1212 ss., spec. 1215, secondo la quale la sentenza che deciderà la lite tra i pretendenti rimasti in causa in tanto potrà spiegare effetto nei confronti dell'obbligato estromesso in quanto la dichiarazione di costui ha «portata di una *preventiva volontaria accettazione della sentenza* che sarà resa nella lite fra i due pretendenti» (ns. enfasi). Cfr. F. Tommaseo, *op. cit.*, 237, nt. 48, per il quale «l'esito del giudizio fra i pretendenti deve necessariamente condurre all'attribuzione del bene depositato», parendo a questo A. inconcepibile la eventualità del rigetto, per mancata prova, delle domande di ciascun pretendente. Come se la richiesta di estromissione implicasse, di per sé, una sorta di riconoscimento alternativo.

del trattamento del contumace nel processo, come un particolareggiato esame recente delle varie discipline nazionali non ha mancato di lumeggiare⁵. Non indugeremo oltre lo stretto necessario su effetti ordinatori, istruttori e decisorio della contumacia negli ordinamenti più vicini al nostro, secondo la tripartizione tassonomica proposta da Franchi ormai quasi mezzo secolo fa⁶.

Crediamo sia invece ineludibile la profonda frattura tra gli ordinamenti degli stati europei continentali, che conoscono questo istituto, che indica il fatto della non costituzione di una parte in giudizio (non di entrambe, ché allora si ricadrebbe in una fattispecie ancora diversa, cioè nella mancata investitura del giudice, che neppure fa sorgere il dovere decisorio). E l'Inghilterra, che per ragioni ben riconducibili, non conosce affatto questo istituto.

Solo una volta che possa dirsi assodato tutto questo, è lecito chiedersi, in una prospettiva postmoderna⁷, se sia concepibile l'abbandono dei portati dell'illuminismo processuale o abbia tuttora senso difendere quei valori, che sono poi il principio del contraddittorio e il diritto incoercibile (non già l'obbligo) di difesa in giudizio.

Salvatore Satta osserva che l'attuale modo di essere della disciplina della contumacia, così come recepito nel codice di procedura civile del 1940, è frutto di una «lunghissima evoluzione storica, che è in definitiva parallela alla evoluzione stessa del processo»⁸.

Dalla idea primitiva per cui il processo non può svolgersi se non con l'effettiva partecipazione delle parti, da presidiare dun-

⁵ Si tratta dello studio di R. Caponi, *Contumacia e riconoscimento della domanda*, in Id., *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, Milano 2022, II, 795 ss.

⁶ G. Franchi, *Sulla contumacia arbitrale e il riesame nel merito della sentenza arbitrale straniera*, in *Giur. it.*, 1978, I, 1007.

⁷ Nella accezione di P. Grossi, *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia*, con la parola posmoderno si intende «un periodo che, percorso così com'è da una vivacissima dinamica, si distanzia sempre più dai valori che illuminismo e rivoluzione avevano nella seconda metà del Settecento ritenuto di scrivere sulla pietra alla stregua di indiscutibili tavole sinaitiche». Lo ricorda N. Irti, *Un Maestro controrivoluzionario*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 1 ss.

⁸ S. Satta, *Commentario al c.p.c.*, II, 1, Milano 1966, 371.

que con idonei mezzi coercitivi (la radice latina della parola contumacia esprime appunto l'idea della disobbedienza della parte recalcitrante a stipulare la convenzione alla base del rapporto processuale), si è passati alla concezione moderna, per cui l'incedere del processo non ha bisogno della cooperazione delle parti, tanto meno di un contratto⁹ o comunque di un momento stipulativo, tra attore e convenuto, che esprima la comune volontà di assoggettarsi al giudizio ed ai suoi effetti.

E dunque noi possiamo oggi tranquillamente affermare che la partecipazione attiva al processo è nulla più che una scelta ostativa, che non arreca offesa alla autorità giudiziaria (o peggio ancora una *Verletzung des Königs*). Certo non un *obbligo*, in quanto una parte può liberamente scegliere di non costituirsi nel processo che la riguarda, senza che tale atteggiamento sia d'intralcio alla pronuncia sulla domanda. La parte che rimane contumace decadrà bensì dall'esercizio delle sue prerogative difensive e non potrà pretendere di ridiscutere l'esito del processo sulla base di eccezioni e prove deducibili ma non dedotte allorché ne avrebbe avuto la opportunità. Ma tutto ciò è piana conseguenza del principio di autoresponsabilità¹⁰, cui corrisponde

⁹ Non già un contratto fonte di obbligazioni privatistiche (pure la *obligatio iudicati*, destinata a nascere all'esito del processo favorevole all'attore, dovendosi distinguere dalle normali obbligazioni contrattuali) ma un «negozio giuridico processuale» senza prestazione, fonte invece di (reciproche) soggezioni, ciascuno stipulante essendo destinato a «subire passivamente le conseguenze giuridiche della pronuncia a cui sarebbe giunto il giudice», secondo la celebre costruzione di G. Pugliese, *La 'litis contestatio' nel processo formulare*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 37 ss., spec. 54 ss., dove l'A. puntualizza che nella fase della *litis contestatio* «non si mira più a fare conoscere al convenuto la formula con cui si agirà (e quindi il diritto che si farà valere); si mira invece a porre formalmente il convenuto dinanzi all'alternativa di accettare la formula o di rimanere *'indefensus'*».

¹⁰ Così S. Pugliatti, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 457: «perché si possa parlare convenientemente di autoresponsabilità è per lo meno necessario che si possa riscontrare una deviazione dalla norma, sia pure con riferimento ad un determinato onere, e correlativamente si possa prospettare un determinato tipo di conseguenza, che costituisce esso medesimo una deviazione dalla norma». Cfr. E. Zitelmann, *Das Recht des BGB, Allgemeine Teil*, Lipsia 1900, 152 ss., che definisce l'onere come 'obbligo verso sé stesso'. Per ulteriori riff., A. Carratta, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in *Il principio di preclusione nel processo penale*, a cura di L. Marafioti, R. Del Coco, Torino 2012, 9 ss.

propriamente soltanto un *onere*: quello che ciascuna parte ha di esercitare i poteri defensionali che le sono attribuiti dall'ordinamento nel suo proprio interesse.

Sappiamo d'altronde quanti scrupoli il nostro ordinamento si faccia nei riguardi del contumace. Lo *status* di contumace innesca ben precise *guarentigie* a tutela (del recupero «in corsa», per così dire, al sopravvenire di qualificati *nova* che allargano il *thema decidendum* o influiscono sul *thema probandum*) della effettività del diritto di difesa della parte che pure deliberatamente scelga di non interessarsi al processo. Il contumace andrà reso notificatario, personalmente, sotto pena di nullità del procedimento, di tutti gli atti ricompresi nell'elenco di cui all'art. 292 c.p.c. Elenco ritenuto tassativo¹¹, eppure manipolativamente esteso dalla giurisprudenza costituzionale, una prima volta da C. Cost. 250 del 1986¹² e una seconda volta da C. Cost. 317 del

¹¹ Si discute, per vero, se sia necessaria la notificazione al contumace della comparsa di intervento del successore a titolo particolare nel diritto controverso ai sensi dell'art. 111 c.p.c. I fautori della teoria della irrilevanza dell'evento successorio dovrebbero senz'altro negarlo *a priori*. Chi invece ammette che la successione a titolo particolare, purché l'evento successorio sia allegato nel processo, produca senz'altro una modificazione quanto meno sul piano soggettivo della domanda originaria, se non addirittura sul piano oggettivo (cfr. G. Ruffini, *Diritto processuale civile*, Bologna 2023, 349, per il quale se il successore a titolo particolare interviene volontariamente o è chiamato in causa e fa valere il diritto nel quale afferma di essere succeduto «oggetto del processo sarà anche il diritto di detto successore») potrebbe inclinare più facilmente ad ammettere che l'intervento del successore debba essere notificato al contumace, che a fronte della *Parteiänderung* potrebbe avere interesse a contestare il titolo di acquisto del terzo oppure a sollevare eccezioni personali non spendibili nei confronti dell'antecessore. La giurisprudenza è orientata però nel senso più rigoroso, ed afferma che la comparsa di intervento ai sensi dell'art. 111 c.p.c. non deve essere notificata al contumace, ai sensi dell'art. 292 c.p.c., «atteso che, subentrando il successore nella stessa posizione processuale del proprio dante causa, nessuna lesione del diritto e della garanzia del contraddittorio deriva al contumace medesimo dalla omessa notifica di detto intervento»: Cass., 23 agosto 2023, n. 25091; si v. pure Cass., 23 gennaio 2023, n. 1935: «il mutamento soggettivo non incide sul rapporto dedotto in giudizio che resta il medesimo, al punto che l'alienante, nei cui confronti continua il processo salvo il caso dell'estromissione, assume la veste di sostituto processuale del successore a titolo particolare».

¹² In *Foro it.*, 1987, I, 1 ss., nota A. Proto Pisani, che ha dichiarato la illegittimità dell'art. 292 c.p.c. «nella parte in cui non prevede la notificazione al contumace del verbale nel quale si dà atto della produzione della scrittura privata nei processi di cognizione ordinaria davanti al pretore e al conciliatore». Nel vecchio codice di procedura del 1865, l'art. 283 prevedeva che «quando la parte contro cui la scrittura è prodotta

1989¹³. Il contumace è poi titolare di uno *ius poenitendi*: può comparire nel processo, se anche nessun atto «innovativo» nel senso sopra precisato si sia verificato, in ogni momento. È la riprova che la contumacia non determina la *mors litis*, e che il processo può proseguire e secernere la sentenza di merito senza la cooperazione attiva della parte destinataria della domanda giudiziale o che la abbia proposta.

L'inclinazione (da alcuni percepita) paternalistica del codice del 1940 ed il rifiuto dell'ordinamento processuale di deflettere dal normale *iter* decisorio nell'evenienza di un processo un tempo chiamato «eremodiciale», vengono peraltro crescentemente stigmatizzati dalla giurisprudenza, fattasi via via più intransigente nei riguardi del contumace¹⁴, con l'avallo di buona

non comparisca, questa si ha per riconosciuta in sua contumacia». Ma l'art. 386, comma 3°, prevedeva d'altro canto che «in qualunque tempo comparisca il contumace, anche in via di opposizione o di appello della sentenza definitiva, si ha per non avvenuta la ricognizione di cui all'art. 283, sempre che nel primo atto neghi specificatamente la scrittura, o dichiararsi di non riconoscere quella attribuita a un terzo».

¹³ In *Foro it.*, 1989, I, 2388 ss., nota A. Proto Pisani, che ha dichiarato la illegittimità dell'art. 292 c.p.c. «nella parte in cui non prevede la notificazione al contumace del verbale nel quale si fa constare la produzione della scrittura privata non indicata in atti notificati in precedenza».

¹⁴ Che l'atteggiamento della Cassazione verso il contumace volontario stia cambiando, è dimostrato dall'arresto di Cass., Sez. un., 26 gennaio 2022, n. 2258, in *Judicium*, 2022, con nota critica di C. Delle Donne, *Appello per nullità dell'atto introduttivo del primo grado e attività soggette a preclusione: gli opposti fronti delle Sezioni Unite e della recente riforma del processo civile*, su nullità della *vocatio in ius* per assegnazione di termine a difesa inferiore a quello minimo di legge. Secondo la S.C. il contumace soccombente in I grado avrà sì diritto all'annullamento della sentenza e alla conseguente rinnovazione del giudizio in appello: non riacquisterà però nella loro pienezza tutti i poteri difensivi che gli sarebbero spettati, ma solo quelli non soggetti alle preclusioni maturate in I grado, salvo che la nullità della citazione gli abbia in concreto impedito di avere conoscenza del processo. Conoscenza che, nel caso di nullità della citazione per violazione del termine di comparizione, non sarà di per sé mai impedita. Il contumace non avrà diritto al «premio» (parola usata dalla S.C.) della piena rimesione nei termini, quando «avrebbe potuto comunque costituirsi sin dalla prima udienza». La Cassazione ha finito così per uniformarsi al precedente di Cass., 7 maggio 2013, n. 10580 (rel. Frasca) che, dichiaratamente allo scopo di fornire «precisazioni ridimensionatrici», aveva di fatto sovvertito l'opposto e più liberale indirizzo di Cass., Sez. un., n. 122 del 2001 per abbracciare una risalente impostazione dottrinale (quella di A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 83-84, cui tutt'oggi professa adesione Balena), da cui il suo stesso autore aveva però preso le distanze «a seguito della rimediazione del nuovo testo dell'art. 164», e rilevandosi ap-

parte della dottrina¹⁵. Per tacere della insofferenza mostrata da molti nei riguardi della «stretta e puntigliosa limitazione» dell'operare del principio di non contestazione, che nel 2009 il *conditor* scelse prudentemente di riferire esclusivamente al silenzio della parte *costituita* nel processo su diritti disponibili¹⁶,

punto, da quello stesso Autore, «la difficoltà quasi intuitiva di ammettere la possibilità di una rinnovazione di atti nulli (...) senza allo stesso tempo riattribuire alle parti i *poteri processuali che la legge ricollega direttamente o indirettamente allo svolgimento di tali atti*».

Alla soluzione accolta dalle Sez. un. si potrebbe muovere la obiezione che l'art. 164 c.p.c., a seguito della riscrittura del 1990, prevede un potere-dovere di rilievo officioso della nullità della citazione, che va esercitato sempre nel caso di mancata costituzione del convenuto. Di conseguenza, se il giudice di primo grado ometta di attivare il meccanismo di sanatoria, tale *error in procedendo* si ripercuoterà, a cascata, su tutti i successivi atti del processo. Nel vigore del c.p.c. del 1865, l'art. 190, comma 2°, prevedeva che «il contumace può nel giudizio di opposizione o di appello impugnare per nullità la citazione che precedette la sentenza contumaciale, ma deve farlo prima di ogni altra difesa, salvo la declinatoria del foro». Mentre l'art. 386, comma 2°, prevedeva che «se il contumace comparisca scaduto il termine per controdedurre la prova testimoniale o far seguire la prova contraria, non può valersi di questi mezzi di prova». Si discuteva se la *ratio* di una normativa tanto penalizzante per il contumace tardivamente costituitosi in primo grado, quanto tutelante per il contumace rimasto assente e poi resosi appellante, fosse quella di «incoraggiare il contumace a valersi dell'opposizione [contro la sentenza contumaciale] anziché comparire *tardivamente, contro il principio dell'economia dei giudizi*» (così G. Chiovenda, *Principii di Diritto processuale civile*, ristampa anastatica con prefazione del Prof. Virgilio Andrioli, Napoli 1980, 760). La opzione attendista (quale sempre si offrirà al convenuto attinto da citazione nulla e non rinnovata a causa dell'omesso rilievo officioso della nullità), che oggi sembra bollata di tatticismo contrario alla ragionevole durata, nel vigore del vecchio c.p.c. era addirittura ... incoraggiata *in nome della ragionevole durata*. All'insegna del principio 'meglio tardi che subito'. Ossia: meglio che il contumace resti alla finestra, ché se infine vincerà non avrà interesse a far rinnovare alcunché, piuttosto che compaia nel corso del giudizio di I grado e costringa senz'altro al rifacimento del processo. Si tendeva in tal modo a responsabilizzare l'attore, ponendolo nella alternativa tra attingere un giudicato instabile o sobbarcarsi gli oneri della rinnovazione della citazione viziata.

¹⁵ Nel senso che 'la disciplina legislativa (aggravata dalla Corte costituzionale) non è ragionevole' in quanto non vi è alcun motivo che giustifichi la notificazione di provvedimenti istruttori al contumace volontario, ossia alla parte che ha mostrato di non avere interesse a difendersi in relazione al diritto fatto valere, F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, XI, Milano 2020, 229.

¹⁶ B. Sassani, *L'onere di contestazione*, in *Judicium*, 2010, 14. Una simile scelta era stata compiuta col rito societario, ma fu dichiarata incostituzionale – per eccesso di delega – da C. cost., 12 ottobre 2007, n. 340, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 519, con nota di B. Sassani e F. Auletta, *L'illegittimità costituzionale per «contrasto con la tradizio-*

basti considerare il mutamento di approccio della giurisprudenza nei riguardi dell'appellato contumace.

Il tradizionale «eccessivo *favor* per il contumace» si rifletteva addirittura in un orientamento diffuso della giurisprudenza, che consentiva la devoluzione automatica di tutte le questioni in primo grado risolte a suo sfavore ovvero assorbite, dispensandolo dall'onere di riproposizione previsto dall'art. 346 c.p.c. Orbene, tale «concezione psicologica e letterale»¹⁷ della norma è stata solo più di recente abbandonata, alla insegna del principio di parità delle armi, e riconoscendosi così che l'onere di riproposizione trova applicazione anche nei riguardi dell'appellato che abbia scelto di rimanere contumace in fase di gravame, «in coerenza con il carattere devolutivo dell'appello, così ponendosi appellato e appellante su un piano di parità – senza attribuirsi alla parte, rimasta inattiva ed estranea alla fase di appello, una posizione sostanzialmente di maggior favore – sì da far gravare su entrambi, e non solo sull'appellante, l'onere di prospettare al giudice del gravame le questioni (domande ed eccezioni in senso stretto) risolte in senso ad essi sfavorevole»¹⁸.

2. – Facciamo però un passo indietro, per tentare di indagare la ragione tecnica dell'antico obbligo di partecipazione al processo e del suo graduale abbandono. Questa ragione, nel *Trattato* di Mattiolo, viene descritta come strettamente legata all'istituto della *litis contestatio*. Nel corso della storia, la contumacia (*olim* non comparizione in giudizio), registra appunto Mattiolo, venne diversamente trattata dai legislatori: «(...) nell'infanzia della civiltà, si fanno valere i mezzi più energici per

ne»: in morte di una (buona) «regola del processo». E v. pure A. Raganati, *Il processo contumaciale tra eccessivo garantismo e principio di autoresponsabilità*, in *Judicium*, 2005.

¹⁷ Così, C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino 2023, 504. Sulla irrilevanza della *indefensio* nel rapporto con il carattere non automaticamente devolutivo del giudizio di appello, C. Delle Donne, *Tra neutralità e concludenza. La contumacia nel processo civile*, Torino 2019, 219 ss.

¹⁸ Da ult. Cass., 31 marzo 2023, n. 9113, ma v. già Cass., Sez. un., 6 settembre 1990, n. 9197.

costringere il convenuto a comparire in giudizio: si autorizza l'attore a trascinare il convenuto riluttante (*obtorto collo*) davanti al magistrato. Più tardi, quando il diritto riveste forme meno rozze, si adoperano i provvedimenti più severi e stimati più efficaci contro il convenuto che se ne sta contumace, e così si ordina il sequestro dei suoi beni (*l'immissio in bonorum possessionem*) a favore dell'attore: ma, se malgrado tali misure, il citato persiste a stare celato od assente, non si permette che abbia luogo contro di lui un vero e proprio giudizio (...) perché la *litis contestatio* è impossibile senza l'intervento dell'uno e dell'altro litigante»¹⁹.

A che cosa l'obbligo di comparizione e di difesa sia stato però realmente e intimamente funzionale, al di là del dato esteriore relativo alla necessità di nomina congiunta dello *iudex privatus* nell'epoca del processo formulare, rimane il profilo più sfuggente dell'istituto²⁰, se è vero che alla assenza del convenuto

¹⁹ L. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 5^a ed., Torino 1903, III, 782 ss.

²⁰ E che stenta per vero ad emergere anche dalla compendiosa trattazione di F. Filomusi Guelfi, *Il processo civile contumaciale nel diritto romano*, Napoli, 1873, 23 ss., dove campeggia la affermazione, apodittica, che nel processo formulare è «necessaria la presenza dell'*actor* e del *reus* perché la formula venga concessa e si compia il periodo d'istruzione della causa. E' quindi una necessità giuridica, che il convenuto cooperi in questa istruzione, rispondendo alle pretese dell'*actor*, accettando la *sponsio*, ove venga ordinata, e difendendosi nel Processo»; cfr. E. Cortese, voce *Contumacia* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 448: «solo la presenza di entrambi i contraddittori consente l'instaurazione del procedimento». L'analisi di F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1933 (rist.), 169, contribuisce più e meglio di altre a diradare la nebbia attorno alla *ratio legis* dell'obbligo di comparizione in giudizio del convenuto. Afferma l'illustre Autore che quando l'azione venga considerata «come una attività diretta contro la parte e perciò come uno svolgimento del diritto che si fa valere in giudizio; correlativamente la attività in giudizio della parte contro cui la domanda è rivolta, poté essere concepita come uno svolgimento dell'obbligo, fatto valere contro di lei, e perciò il difetto di questa attività, cioè la sua inerzia, come una specie di inadempimento, contro il quale le convenisse reagire (...) il processo romano offre ingegnosissimo esempio nelle varie forme di reazione contro questa situazione anormale, allo scopo di ottenere il contraddittorio, dalla violenza contro la persona allo scopo di trarla in giudizio alla creazione di un rappresentante, e più precisamente di un successore universale coattivo della parte renitente (*bonorum emptor*) al fine di utilizzarlo in giudizio come contraddittore»; A. Segni, *L'intervento adesivo*, Roma 1919, 2: «il convenuto potrà sempre rifiutare la sua cooperazione andando incontro alle sanzio-

to era possibile sopperire con la *addictio* pretorile, provvedimento cui il Kaser assegna efficacia costitutiva in senso stretto, di attribuzione all'attore del bene oggetto della sua pretesa²¹. Sta di fatto che l'obbligo di «assumere la causa», ossia l'obbligo di partecipare attivamente al processo, al fine di consentirne la nascita e la progressione, scrive J. Goldschmidt, perse infatti rilievo proprio allorquando la soggezione alla potestà giurisdizionale dello stato diventò un dato acquisito²².

I processi germanico, romano-canonico, statutario italiano, tuttavia, rimasero ancora a lungo influenzati dalla vieta concezione della contumacia come di una condotta di inadempimento di un obbligo, da reprimere a pena di impossibilità di pervenire a una sentenza sulla controversia²³.

ni verso chi non si difende *uti oportet*, ma impedendo la costituzione del giudizio: il rapporto sostanziale è dedotto in giudizio solo dall'accordo insostituibile delle parti».

²¹ M. Kaser, *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahren*, in *Festschrift für Leopold Wenger*, I, München 1944, 106 ss., 119-120: «Mit seiner *addictio* tritt der Prätor der Behauptung der erschienenen Partei bei und macht sie dem Gegner gegenüber rechtswirksam, auch wenn sie materiell unrichtig ist und die erschienene Partei daher, wenn der Gegner miterschieden wäre, unterliegen müsste».

²² J. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925, nella traduzione italiana a cura di M. Marinelli, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale*, I, Torino 2019, 127. Secondo alcuni Autori, già all'epoca del processo formulare la contumacia del convenuto non sarebbe stata più fonte di soccombenza automatica: così E. Balogh, *Beiträge zur Zivilprozessordnung Justinians. I. Zur Entwicklung des amtlichen Kognitionsverfahren bis zu Justinian*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano. Bologna e Roma XVII – XXVII aprile 1933*, II, Pavia 1933, 270 ss., 341-342: «dieses Versäumnisverfahren mit der Zeit einen mildereren und mehr prozessualischen Charakter angenommen, indem im späteren Formularprozess für den Fall des Ausbleibens des Beklagten nicht ohne weitere Verurteilung eintrat, sondern zuvorderst der Kläger Beweises sein Recht beizubringen hatte»; cfr. A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 2001, 249, il quale colloca nella età imperiale il periodo in cui la celebrazione del processo non esige la cooperazione delle parti e diviene possibile la pronuncia della *sententia* «nell'ingiustificata assenza del convenuto».

²³ Nel processo formulare, si è detto, lo *Einlassungszwang* era in funzione della accettazione della *formula* che lo *iudex privatus* avrebbe dovuto applicare. Già col processo *extra ordinem*, e l'affermarsi di un apparato magistratuale professionale, tale necessità era venuta meno. Sulla evoluzione del concetto di *contestatio*, dal processo formulare al diritto post-classico, e la scomparsa della ingombrante figura del contratto privatistico o del negozio processuale tra le parti, sostituita dalla nozione di onere (unilaterale) di esercizio del potere di azione in capo all'attore, comportante la necessità di sobbarcarsi i costi e i rischi della attività di notificazione della domanda giudiziale

Onde la gran varietà di pene con crescente intensità deterrente: dalla scomunica al bando dalla comunità, alla più ancora afflittiva *missio in bonnum*, cioè la confisca del patrimonio del contumace, sviluppatasi in età carolingia come alternativa al bando personale.

Ma, puntualizza ancora Goldschmidt, anche quando, a partire dal XIII secolo, emerse la spinta ad ammettere la pronuncia di una sentenza nei confronti del contumace, la condanna non era basata sulla decisione della lite, ossia preceduta (e razionalmente giustificata) da un esame meritale di fondatezza della domanda, bensì costituiva la sanzione (basata sul mero accertamento) della violazione dell'obbligo di comparire davanti al giudice²⁴.

Fu con la Rivoluzione francese, nell'età delle moderne codificazioni processuali, che ci si affrancò finalmente e completamente dal pesante retaggio culturale condensato nella tralattia massima «*les absents ont toujours tort*». Che anticamente, per meglio dire, significava: al contumace *si deve* dare torto affinché la parte presente possa aver ragione.

L'impronta del modello arcaico, per vero, ancora trapela nei trattati di *procédure civile* ottocenteschi. Non si spiega altrimenti che un giurista e pratico come Guillaume Louis Julien Carré possa individuare nell'atto di citazione la sicura fonte di una *obbligazione* per il convenuto, se non di un invito a contrarre: «(...) en imposant au défendeur l'*obligation de comparaître* pour faire valoir ses exceptions et moyens de défense,

al convenuto, e di onere di costituzione (e difesa) in giudizio del convenuto, pure R. Sohm jr., *Die 'litis contestatio' in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Geschichte des Zivilprozesses*, München 1914 (rist. Darmstadt 1970), 112-113: «Ebenso kommen bei Cassiodor (ca. 480-575), soweit ich sehe, die Worte *litis contestatio* und *litem contestari* nicht vor. Er bedient sich, dem Sprachgebrauch des Edits entsprechend, des Wortes *conventio* für Ladung. [...] In den langobardischen Quellen kommen die Worte *litis contestatio* und *litem contestari* nicht vor. *Contestatio* wird im Sinne von 'Mahnung' gebraucht». Per una diversa razionalizzazione della *litis contestatio*, che difende il carattere privatistico della convenzione benché stipulata alla presenza del giudice, e i doveri distinguo tra la attività di *edere* e l'effetto di *accipere iudicium*, S. Schlossmann, '*Litis contestatio*'. *Studien zum römischen Zivilprozess*, Leipzig 1905 (rist. Darmstadt 1972).

²⁴ J. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, cit., 130.

le demandeur, par son exploit introductif, *contracte celle de se présenter lui-meme*, pour établir le fondement de son action».

L'obbligo di partecipare attivamente al processo, soggiunge Carré, è bilaterale e grava allo stesso modo sull'attore: «(...) Il serait injuste que la désobéissance du premier put arreter les poursuites du second; il le serait également que la négligence de celui-ci put laisser le defendeur sous le coup d'une action par laquelle ses droits sont contestés». Egli conclude dunque che: «la *peine* de ce défaut de comparaitre est, pour l'un et pour l'autre, *d'être jugés sans avoir été entendus*. On nomme *jugement par défaut* ce qui est ainsi rendu sur la comparution et l'audition d'une partie seulement, l'autre étant en défaut de se présenter ou de plaider ses moyens»²⁵.

L'ombra dell'antiquata matrice stipulativo-romanistica del processo, tuttavia, influisce sulla esposizione solo a livello terminologico, per via della vischiosità di massime tralatizie di cui la giurisprudenza dei *parléments* faceva fatica a sgravarsi. Sul piano giuridico, formale ed *effettuale*, l'emancipazione dalla logica della *poena contumacis* è completa. La sola «pena» cui il contumace può andare incontro consiste in ciò, che il giudice deciderà la causa senza sentire (le sue) ragioni.

La contumacia non è più inadempimento di una obbligazione, passibile di attirare sanzioni pubblicistiche con finalità repressivo-deterrenti²⁶, né tanto meno può più sortire una automatica soccombenza, finalizzata a tener luogo della impossibilità di celebrare il processo e di formulare un giudizio sulla domanda. La pronuncia – si dica pure – *inaudita altera parte* è

²⁵ G.L.J. Carré, *Le lois de la procédure civile*, 5^a ed., Bruxelles 1833, I, 203 ss.

²⁶ È interessante notare, e lo nota appunto G.L.J. Carré, *ibid.*, come la mitigazione del trattamento processuale del contumace e l'abbandono di ogni finalità repressivo-sanzionatoria nell'istituto della contumacia potesse convivere, nelle legislazioni processuali illuministiche, con istituti quali l'*emprisonnement* per debiti. La dottrina dell'epoca si interrogava, con crescente scetticismo, sulla idoneità rispetto al raggiungimento dello scopo di assicurare il soddisfacimento del credito, di una sanzione che di fatto avrebbe impedito al debitore ogni iniziativa idonea a consentirgli di ripagare il debito. La misura privativa della libertà personale era peraltro fortemente difesa dalla giurisprudenza, che ne enfatizzava la finalità anche cautelare-deterrente, di impedire '*spéculationes hasardées*' da parte del debitore insolvente.

possibile: la contumacia non ostacola ma neppure esonera il giudice dal dovere di decidere la causa nel merito, nessun presupposto processuale venendo a mancare a cagione della assenza di una parte, e la decisione della domanda, se di accoglimento, è, fisiologicamente, un postulato della verifica della *esistenza* e della *concludenza in iure* dei fatti costitutivi allegati dall'attore che chiede tutela giurisdizionale per il diritto soggettivo di cui si afferma titolare.

L'art. 150 del *Code de procédure civile* napoleonico è chiarissimo nel prevedere che: «le défaut sera prononcé à l'audience, sur l'appel de la cause; et les conclusions de la partie qui le requiert seront adjugées, si elles se trouvent justes et bien vérifiées: purront néanmoins les juges faire mettre les pièces sur le bureau, pour prononcer le jugement à l'audience suivante».

Rimarchevolmente, la formula «*justes et bien vérifiées*», che esprime la indefettibilità dell'esame giudiziale di fondatezza, all'occorrenza preceduto dall'esercizio di poteri istruttori officiosi (cfr. art. 641 c.p.c.), riecheggia l'art. 4 del Titolo XIV della *Ordonnance* del 1667, forgiato in pieno assolutismo²⁷. E non sorprende che quella stessa fortunata formula, radicata nella tradizione processuale illuminista, sia recepita, oggi, nelle *ELI/Unidroit Model European Rules of Civil Procedure* (2020). In base alla Rule 136, se il convenuto non si costituisce, il giudice può bensì pronunciare immediatamente una sentenza *by default*, ma solo a condizione che «(...) the facts submitted by the claimant justify it on the merits».

Neppure il Reg. 1896/2006 istitutivo del procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, d'altro canto, che pure delinea un rito monitorio «puro», a ben vedere, ha rinunciato ad esigere dall'attore quanto meno la «descrizione delle circostan-

²⁷ Altrettale trattamento fu riservato alla contumacia dell'attore. Il *droit coutumier* aveva coniato la definizione di *congé défaut*, capace di esprimere l'abbandono della causa alla sua sorte subito dopo la sua promozione, senza però che la mancata costituzione dell'attore implicasse una autentica *derelictio* e così rinuncia alla domanda o alla azione. Tant'è che al convenuto si offriva l'alternativa tra sollecitare il rigetto in rito, con condanna dell'attore contumace alle spese, oppure chiedere la «prosecuzione del giudizio» per ottenere una decisione nel merito. Non diversamente da quanto dispone l'attuale nostro art. 290 c.p.c.

ze invocate come base del credito» e ha fatto salvo il potere-dovere del giudice di respingere la domanda in fase monitoria se «il credito sia manifestamente infondato» (art. 8).

3. – Epocali cambiamenti, con Cappelletti, di «ideologia» del processo, come quelli testé descritti, non si sono invece mai verificati in Inghilterra, dove l'amministrazione della giustizia si è plasmata sotto l'influsso accentratore della giurisdizione regia e dove i funzionari dell'apparato giudiziario, stabilmente operanti nella fucina della *Curia Regis*, vale a dire i chierici-copisti, ebbero come uniche fonti ispiratrici i *brevia recognitionis* normanni, cioè le raccolte delle antiche *formulae* confluite negli editti pretori, reimpiegate per dar vita ai *writs*. Il resto è storia nota: costituzioni di Oxford del 1258, patto tra monarchia ed *establishment* nobiliare, divieto per la *Curia Regis* di sfornare nuovi *writs*, diversi dai *brevia de curso*.

Il processo civile inglese, dicevamo, nella sua rigida scansione tra fase preparatoria e *trial*, nella essenzialità di *claim forms* scarnificati eppure sufficienti a radicare la pendenza della lite senza una compiuta *editio actionis*, e per molti versi ancora, ricalca ancor'oggi il processo formulare romano²⁸. Tutt'ora,

²⁸ E, per molti altri versi, non ha mai abbandonato l'antico retaggio per cui la giurisdizione è anch'essa emanazione del potere regio. Con tutti i postulati che ne discendono, non tutti ovviamente omologabili sotto la egida dell'art. 6 CEDU. Di qui gran parte delle riforme dell'ordinamento giudiziario inglese. Quanto poi quei cambiamenti nominali abbiano trovato riscontro sul piano concreto è discutibile. Ne dubita infatti, con varietà di argomenti, C. Consolo, *Il processo civile alla High Court di Londra, un intarsio fra Medioevo e globalizzazione economica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, IV *Speciale*, 61 ss. Ma si v., soprattutto, le penetranti riflessioni proprio sul caso Gambazzi e, più in generale, sull'istituto del *default* che nel testo si viene considerando, di C. Consolo, *Il diritto processuale civile e la sua universalità nobilmente servente*, in *Id.*, *Passeggiate e passacaglie sul confine tra diritto civile e processuale*, Torino 2015, 529 ss., spec. 549 ss. e 566-567, nota 44, dove l'A. rileva che «quello stesso spirito, duro e puro», che caratterizzò la esperienza magistratuale romana, allorché «il magistrato autorizzava l'impossessamento *manu militari* dei beni del 'contumace' riotto, lui stesso trattato da oggetto, che rimaneva obbligato ma non poteva essere fatto destinatario di *condemnatio* poiché era rifuggito davanti alla *actio* (il che fungeva da deterrente, ed evitava spesso la mancata partecipazione alla *litis contestatio*, oggi diremmo la mancata costituzione)», ebbene, quello stesso *ethos* del processo formulare romano «non è andato del tutto dimenticato (...), come dimostra l'esperienza inglese

quel processo inizia sempre, noi diremmo, con ricorso. Nel senso che l'attore deve chiedere per prima cosa al Giudice che il *claim form*, che un tempo era denominato *writ of summons*, sia vidimato e cioè «emesso» (*issued*). E sempre l'attore, allo stesso modo, quando il convenuto si trova all'estero, deve ottenere la autorizzazione a notificare l'atto introduttivo *outside the jurisdiction*, cioè all'infuori del territorio in cui può esercitarsi la sovranità.

E veniamo al punto che maggiormente qui interessa: le *Civil Procedure Rules* prescrivono che il convenuto, volta che sia stato «attinto» dalla notificazione dell'atto introduttivo, ha l'obbligo di notificare a sua volta un atto processuale denominato *acknowledgment of service*. Trattasi di un formulario in cui il convenuto deve dichiarare (spuntando una apposita casella) se intende: a) riconoscere la pretesa; b) contestare la pretesa; c) contestare parzialmente la pretesa; d) contestare la giurisdizione²⁹.

(...) della condanna per *default* del convenuto che non operi l'*acknowledgment of service*, e acconsenta a seguire poi zelantemente ed ubbidientemente tutta la successiva serie di *steps*. Questa condanna per *default* altro non è se non, in sostanza, un provvedimento di polizia al servizio del processo, ma extra e preprocessuale. L'attore, in questo caso, non ottiene né qualitativamente né quantitativamente un adempimento, seppur forzoso o per equivalente, della prestazione dovutagli; si tratta di una diversa – e magari infinitamente maggiore – *utilitas*, percepita a ben altro titolo, ossia quale alternativa spuria al mancato sviluppo del suo diritto di azione verso il *iudicium* e il giudicato essenziale; progredire che la *indefensio* ha tarpato insuperabilmente, e che neppure l'*imperium* poteva surrogare, proprio per non falsare la logica del processo classico».

²⁹ Si noti che, anche sotto quest'ultimo profilo, le *Civil Procedure Rules* inglesi si pongono in contrasto col diritto processuale europeo uniforme. Difatti, l'art. 28, Reg. 1215/2012 prevede che se il convenuto non compare l'autorità giurisdizionale dello Stato membro adita dall'attore «dichiara d'ufficio la propria incompetenza, a meno che non sia competente in base alle disposizioni del presente regolamento». Tuttavia, il Regolamento non prevede, quale titolo idoneo a fondare la giurisdizione, la omessa notificazione del modulo denominato *acknowledgment of service* da parte del convenuto. La quale condotta processuale inerte, invece, in base al diritto processuale inglese, non solo impedisce al giudice inglese qualsivoglia esame officioso circa la sua giurisdizione nei confronti del convenuto straniero non comparso, ma addirittura, in base appunto alla Rule 12, consente l'accoglimento della domanda nel merito, in via automatica e senza obbligo di motivazione. Anche da questo punto di vista, mi pare emerga più di qualche argomento per dissentire dalla opinione di M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino 2018, 672, per il quale «la pronuncia di *default judgment* resa contro

Se il convenuto omette di compiere tale atto, cioè non dichiara di aver ricevuto l'atto introduttivo (e se intenda o meno contestare la giurisdizione) entro il breve termine di 14 giorni, ebbene, in tal caso, quella sua condotta è trattata come inadempimento di un obbligo³⁰, che porta con sé ben precise conseguenze. E la *consequence of not filing an acknowledgment of service*, come recita testualmente la Rule 10.2, è segnata che «the claimant may obtain default judgment». Senza che la istanza di promozione dello speciale sub-procedimento di *default* debba essere notificata al convenuto³¹ e senza, soprattutto, che l'attore sia previamente onerato di notificare al convenuto i *particulars of claim*, se la domanda rientra nella competenza della sezione specializzata in materia di impresa (*Commercial Court of the King's Bench Division*)³².

Cosa vuol dire, però, «default judgment»?

Gambazzi può dirsi sicuramente rispettosa del diritto di difesa, perché non ha impedito a quest'ultimo di difendersi con riguardo al contenuto e al rispetto dell'ordine istruttorio davanti al giudice adito, né tantomeno di contestarlo davanti al giudice dell'impugnazione, nel pieno esercizio delle proprie facoltà difensive».

³⁰ Ed in ciò si manifestano le ascendenze del sistema della giustizia civile anglosassone, plasmatosi in una società feudale, nella quale, come rimarca S. Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano 1980, 67-68 (sia pure in riferimento al *Contumacialsystem* germanico), stretta è la connessione tra comparizione davanti al giudice e mancata esecuzione della sentenza da parte del soccombente: «ambidue i comportamenti danno luogo ad una ipotesi di contumacia, sono concepiti come una grave offesa all'autorità del giudice, e trattati dovunque assai severamente con misure che differiscono da luogo a luogo e a seconda della perversità del colpevole nel persistervi», ricavandone l'A. la personale convinzione che «l'atteggiamento particolarmente severo contro il contumace (nel senso largo più sopra veduto), lungi dall'essere interpretabile come un grande progresso rispetto all'epoca precedente, costituisca, molto semplicemente, un epifenomeno del significato strutturale dell'attività giudiziaria nei primi secoli dell'età feudale».

³¹ Difatti, in base alla Rule 12(5), «an application for a default judgment may be made without notice».

³² CPR 58(8)(1): «If, in a Part 7 claim in the commercial list, a defendant fails to file an acknowledgment of service, the claimant need not serve particulars of claim before he may obtain or apply for default judgment in accordance with Part 12». Tale disciplina dischiude all'attore la concreta possibilità di munirsi, sulla base di un generico *claim form*, di un titolo esecutivo con efficacia preclusiva pressoché analoga a quella del giudicato (ad eccezione dell'effetto di *collateral estoppel*, che una condanna *by default* è inidonea a produrre), pur se la *causa petendi* della domanda non sia stata minimamente determinata tramite i *particulars of claim*.

Imprudente e in ultima analisi fuorviante sarebbe affidarsi alle assonanze con l'istituto francese della sentenza *par défaut*, cui si è fatto cenno. Niente di simile neppure in Germania. Il *Versäumnisurteil* tedesco è cosa assai diversa, poiché l'unico effetto della contumacia del convenuto è che i fatti allegati dall'attore si considerano ammessi (§ 331 ZPO). È la c.d. *Geständnisfiktion*, o *ficta confessio*, l'art. 115 c.p.c. applicato alla contumacia.

Nel processo inglese, invece, il *default judgment* corrisponde a uno dei tipi di «judgment without trial». Cioè a decisioni rese senza (e prima della) fase dibattimentale. E poiché è solo nella fase del *trial*, un tempo celebrato sempre *by jury*, che vengono assunte le prove e che si forma il giudizio, *judgment without trial* è, quasi per antonomasia, una decisione senza giudizio. Non tutti i tipi di *judgment without trial* postulano la assenza di un vaglio di fondatezza della domanda. Nel *summary judgment* un vaglio meritale è compiuto anche se solo di tipo prognostico. Qualcosa di analogo ha introdotto da noi la riforma del c.p.c. del 2022, cui si deve l'inserimento nell'ordito del Libro II c.p.c. delle due nuove ordinanze sommarie di cui agli artt. 183-ter e 183-quater c.p.c., che tuttavia non hanno efficacia di giudicato³³. E per ora, infatti, rivelaesi di scarsissimo *appeal*

³³ Su cui mi permetto di rinviare allo scritto *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, in *DPCIEC*, 2023, 241 ss. Qualcosa di analogo ha tentato di fare il legislatore processuale tributario in occasione della riforma di cui al d.lgs. 30 dicembre 2023, n. 220. In particolare, in base al novello art. 47-ter, comma 3°, d.lgs. 546/1992 «Definizione del giudizio in esito alla domanda di sospensione»), la Corte di giustizia tributaria di I grado, nella fase cautelare sulla inibitoria dell'atto impugnato, «decide con sentenza in forma semplificata quando ravvisa la manifesta fondatezza, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso». Il fatto che la decisione sommaria, basata sul colpo d'occhio prognostico del giudice tributario, sia qui idonea al giudicato sostanziale e non sia in alcun modo subordinata alla istanza di parte, sono ingredienti sufficienti per indurre autorevole dottrina a indubbiare la legittimità costituzionale della riforma, su cui «lampeggia sinistramente la scure di una violenta lesione del principio di difesa difficilmente giustificabile a fronte di una scelta discrezionale del giudice, in aperta violazione dell'art. 24 Cost. non solo sotto il profilo del diritto alla difesa, ma financo, ancor prima, sotto il profilo del diritto alla tutela giurisdizionale *tout court*»: è questo l'impietoso giudizio, ma emblematico dei valori tradizionali del processo di cui il suo autore si fa latore, espresso da C. Glendi,

tra i pratici. Non consta tali norme abbiano ricevuto applicazione.

Nel caso del *judgment by default*, però, nessun vaglio di fondatezza e concludenza è richiesto. Il rifiuto del convenuto di partecipare al processo importa già di per sé stesso la sua automatica soccombenza e l'immediato ottenimento all'attore di un titolo esecutivo, se il *claim* è di tipo condannatorio. Poiché – è bene non tacerlo – codesta forma di tutela condannatoria sommaria-iper semplificata si accorda soltanto ai crediti pecuniari, peraltro anche nascenti da fatto illecito, o alla consegna di cose. Si avrà così un titolo esecutivo giudiziale³⁴, assai difficilmente caducabile *a posteriori*, pur se un rimedio oppositario (*setting aside*) è dalle *Rules* formalmente previsto. Si tocca con mano il rovesciamento del dogma continentale. Si può affermare (di nuovo con Calamandrei) *iusdictio in sola executione consistit!*

4. – Non è certo solo a partire dal noto caso *Gambazzi* deciso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (UE) nel 2009³⁵ che pure ha portato a emersione in modo eclatante la

in *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, a cura di C. Consolo, C. Glendi, 5^a ed., *Appendice di aggiornamento*, Milano 2024, 34. Nella dimensione posmoderna che anche il processo tributario va attraversando, tuttavia, è dato anche assistere alla compensazione delle spese che subirà la parte che, sebbene vittoriosa, lo sia stata sulla base di documenti decisivi «che la stessa ha prodotto solo nel corso del giudizio». E se anche della legittimità costituzionale di questa disposizione la dottrina tributaria fa mostra di dubitare, atteso che il contribuente non avrebbe alcuna garanzia che la A.F. valuti il documento decisivo allo stesso modo di come lo potrà valutare un giudice terzo e imparziale (E. Cazzorla, in *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, cit., 9), si deve pure prender atto che se il contribuente è in possesso di un documento decisivo e, ciononostante, preferisca tacerlo, magari per evitare di subire ulteriori e nuove tassazioni, per poi esercitare il potere di azione e far caducare l'atto adottato dalla A.F. nella ignoranza del documento, il principio di causalità si oppone ad una rifusione integrale delle spese di lite a carico del soccombente. L'art. 10, comma 1, l. 212/2000 d'altra parte prevede che i rapporti tra contribuente e A.F. sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede.

³⁴ Anche se la stessa dottrina inglese riconosce che «in these situations, the claimant can normally apply for judgment by administrative process without troubling a judge»: così N. Andrews, *The Modern Civil Process. Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, Tübingen 2008, 92.

³⁵ C. Giust. UE, 2 aprile 2009, *Gambazzi*, causa C-394/07, EU:C:2009:219.

tensione irrisolta tra valori abbracciati dagli ordinamenti processuali al di qua e al di là della Manica, che la dottrina si interroga sulla compatibilità con i principi processuali fondamentali della sentenza contumaciale, nelle sue varie epifanie.

Già nel pensiero di Chiovenda il contrasto tra diritto individuale di azione e di difesa ed interesse pubblicistico alla *rapida definizione dei processi* e al risparmio della risorsa giurisdizionale scarsa si delinea con sorprendente attualità. Con parole evocative di quelli che saranno gli stilemi preferiti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, il Maestro piemontese già notava che «lo Stato tende alla definizione della lite per la via più rapida e col minimo possibile impiego di attività processuale»³⁶. Ma subito egli puntualizza: «Ciò non può impedirgli di garantire alle parti la massima libertà di difesa».

Alla contumacia è lecito associare vari effetti, indirettamente deflattivi. L'ordinamento può prevedere che i fatti allegati dall'attore si considerino ammessi, come fa la ZPO tedesca e come era negli auspici del progetto Chiovenda per il nuovo codice di procedura, «(...) ma ciò *non fa per punire* il contumace, *né per costringerlo a comparire* o a rispondere: ma col solo scopo di liberare nel modo più sollecito sé stesso e la società dalla lite pendente»³⁷. Per intensi che siano gli effetti associati alla contumacia, essi dovranno pur sempre apparire serventi rispetto alla *economia del giudizio* individuale, che potrà riuscire grandemente semplificato dalla contumacia di una parte, senza però che la necessità *del giudizio* sia mai obliterata del tutto. Onde Chiovenda non fece mancare il suo plauso per il precedente con cui una corte d'appello del Regno aveva negato riconoscimento ad una sentenza del Cantone ginevrino, di accoglimento

³⁶ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile italiano*, 3^a ed., Napoli 1923 (rist. 1965), 743.

³⁷ *Ibid.* A questa enunciazione di principio, segue una declinazione delle varie gradazioni di intensità degli effetti della contumacia. Da quella più neutrale, per cui la contumacia non allevia, anzi, semmai, accentua l'onere probatorio dell'attore (processo civile italiano); alla *facta confessio* nei diritti processuali dei paesi di lingua tedesca; ai fenomeni «ancora più ampi», come nella legge del Cantone ginevrino, in cui la contumacia del convenuto «importa accoglimento delle domande dell'attore, in quanto non siano escluse dai fatti stessi articolati e dai documenti prodotti».

«semi-automatico» della domanda nei confronti del convenuto italiano rimasto contumace.

Nella ricognizione chiovendiana non compare, stranamente, la figura del *default judgment*. Rimangono però utili ed ancora attuali i rilievi di Chiovenda, a proposito delle norme processuali che potrebbero dare l'impressione di reprimere la contumacia ma che in realtà non sottendono alcuna finalità punitiva. Così, dove l'ordinamento fa sì che i fatti oggetto di interrogatorio formale siano considerati come ammessi, non si ha una sanzione per il contumace che non si presenta o si rifiuta di rispondere, ma *valorizzazione sul piano probatorio* del suo silenzio. L'attuale art. 232 c.p.c. neppure obbliga senz'altro il giudice a ritenere veri i fatti, come era nella logica repressiva della *poena confessi*. Piuttosto, attribuisce al giudice il potere di tener conto del silenzio o del rifiuto di rispondere solo come *equipollente* della ammissione dei fatti. E per alcuni, poi, tale condotta avrebbe al più valore di mero argomento di prova.

Ancora: dove l'ordinamento associa al silenzio del *debitor debitoris* valore di ricognizione del debito, non vi è da scorgere, per Chiovenda, una norma repressiva della contumacia, che nel processo esecutivo neppure avrebbe senso configurare, bensì una sanzione associata a un diverso obbligo, quello che il terzo ha verso lo Stato, nella qualità di ausiliario dell'apparato esecutivo, di dichiarare le somme o le cose di cui egli è debitore (art. 614 c.p.c. 1865).

In proposito verrebbe solo da aggiungere che la Corte Costituzionale italiana, con la sent. n. 172 del 2019³⁸, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 548 e 549 c.p.c., ha rimarcato che l'accertamento sommario condotto dal giudice dell'esecuzione, nel caso in cui la dichiarazione del terzo sia contestata dal creditore precedente o dal debitore esecutato, è per espressa previsione di legge inidoneo a fare stato tra le parti³⁹. Non preclude la *condictio indebiti*.

³⁸ In *Giur. it.*, 2020, 1368 ss., con nota di C. Spaccapelo, *Pignoramento presso terzi: la Consulta salva il nuovo art. 549 c.p.c.*

³⁹ Né si potrebbe valorizzare in chiave di superamento del valore del contraddittorio, quale condizione insopprimibile per aversi una decisione sulla domanda giudiziale,

5. – La compatibilità dei *default judgments* con l'ordine pubblico processuale, ben prima del celeberrimo caso *Gambazzi*, si era già posta alla attenzione della Cassazione francese, che aveva concepito una soluzione «di compromesso», di tenuta peraltro assai dubbia, sia sul piano pratico sia e prioritariamente sul piano sistematico: la contrarietà all'ordine pubblico, dai francesi imperniata perlopiù sul dato esteriore della radicale carenza di motivazione sul *fond du litige*, si era ragionato dal giudice di vertice, non impedirebbe il riconoscimento di tali decisioni, purché le ragioni della domanda siano provate dalla parte che chiede il riconoscimento o l'esecuzione del *default judgment*, mediante deposito degli atti e dei documenti acquisiti nel processo *a quo*⁴⁰.

A tutta prima potrebbe apparire un lodevole tentativo di non privare totalmente il *judgment creditor* del frutto della vittoria, al tempo stesso ripristinando *a posteriori* le *chances* difensive

l'art. 2929-bis c.c. inserito dalla riforma del 2015, che si limita a ribaltare sul debitore esecutato o sul terzo proprietario l'onere di iniziare la azione di cognizione di opposizione alla esecuzione. Secondo una dottrina la riforma avrebbe delineato «una sorta di azione revocatoria posticipata, a parti invertite: è il terzo a dover dimostrare, almeno secondo la lettera della legge, la mancanza dei presupposti, che invece, nell'art. 2901 c.c., sono fatti costitutivi di cui l'onere della prova grava sul creditore attore»: così D. Amadei, *Nuovi orizzonti dell'opposizione all'esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1277 ss., 1306. Ci pare tuttavia che non si possa parlare in alcun modo di «azione revocatoria a parti invertite». Non pare ammissibile una azione di accertamento negativo del potere costitutivo ad attuazione giudiziale. E, in secondo luogo, non è comunque questo l'oggetto del giudizio di opposizione all'esecuzione forzata ai sensi degli artt. 615 e 619 c.c. Se il terzo proprietario o il debitore esecutato proporranno opposizione all'esecuzione, sarà pur sempre il creditore opposto, in seno all'ordinario giudizio di cognizione che si aprirà, a dover dimostrare la sussistenza dei fatti posti a fondamento della azione esecutiva promossa in forza della presunzione di revocabilità dell'atto dispositivo a titolo gratuito compiuto dal debitore: in tal senso C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, 13^a ed., Torino 2023, 325.

⁴⁰ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 28 novembre 2006, 04-14.646 (nel giudizio di opposizione al riconoscimento in Francia di un *default judgment* emanato dalla Superior Court of California): «Attendu qu'est contraire à la conception française de l'ordre public international, la reconnaissance d'une décision étrangère lorsque ne sont pas produits des documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défailante; qu'il incombe au demandeur de produire ces documents; que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suppléer la carence de Mme X ... , a retenu à bon droit que le jugement étranger non motivé était contraire à l'ordre public international».

del convenuto. Se solo però si ponga mente al fatto che il *default judgment* è un titolo esecutivo solo nominalmente giudiziale, perché contenutisticamente privo di qualsivoglia contenuto accertativo, neppure l'indirizzo delle Sezioni Unite della Cassazione italiana in tema di «eterointegrazione» del titolo esecutivo «reticente», potrebbe far da sponda a tanto pragmatico slancio oltre l'ostacolo⁴¹. L'indirizzo permissivo della nostra giurisprudenza di legittimità, infatti, postula che un accertamento giudiziale sulla esistenza del diritto vi sia stato pur sempre, seppure motivato con disimpegno sul versante della esatta consistenza quantitativa del credito accertato.

Un autore francese, vicino al punto di vista del mondo anglosassone, quale Gilles Cuniberti, provò a sostenere apertamente la compatibilità dei *default judgments* con l'ordine pubblico processuale: tali provvedimenti, fa notare l'A., sarebbero al postutto anch'essi corredati da una motivazione, seppure di mero rito, che si limita a dare atto dell'inadempimento del convenuto rispetto ad un suo preciso obbligo: vuoi di dichiarare di avere ricevuto la notificazione dell'atto introduttivo, vuoi di tempestivo deposito della sua *defence*⁴².

Inconferente e formalistico suona però l'invito a considerare che anche gli ordinamenti processuali continentali conoscerebbero le sentenze di rito. Nel *default* si ha invero pur sempre a che fare con decisioni di *accoglimento* della domanda, per quanto *automatico* e senza alcun vaglio giudiziale (e, di riflesso, senza motivazione alcuna) circa la esistenza del diritto de-

⁴¹ Cass., Sez. un., 2 luglio 2012, n. 11067, in *Foro it.*, 2012, I, 1283, con nota di M. Fabiani, *C'era una volta il titolo esecutivo*; in *Judicium*, 2012, con nota di B. Sassani, *Da 'normativa autosufficiente' a 'titolo aperto'. Il titolo esecutivo tra corsi, ricorsi e nomofilachia*; in *Riv. esec. forzata*, 2012, 355 ss., con note di B. Sassani, E. Zucconi Galli Fonseca, M. Fabiani, C. Delle Donne, M. Pilloni, R. Bellé. Con tonalità critiche decrescenti, se non ci inganniamo.

⁴² G. Cuniberti, *The Recognition of Foreign Judgments Lacking Reasons in Europe: Access to Justice, Foreign Court Avoidance, and Efficiency*, in *ICQL*, 2008, 25 ss., spec. 37: «Yet, if English default judgments do say that a procedural requirement has not been fulfilled, can it really be said that they do not give any reasons? They do give one reason on which they base their decision: the defendant either did not acknowledge service or did not file a defence».

dotto in giudizio. È proprio in questo automatismo, nella concezione del rifiuto di difesa come evento che dispensa dalla necessità del giudizio, che sta alla base di questo istituto, che si annida l'intollerabile *vulnus* ai principi dell'equo processo giurisdizionale.

La «motivazione» in puro rito è solo un *posterius* estrinseco formale. Peraltro, nel *default judgment* è più esatto dire che difetta una motivazione purchessia, in quanto il giudice, che nella logica di questo istituto non necessita sia disturbato, neppure è chiamato ad accertare la sussistenza dei presupposti per la applicazione della *poena contumacis*. La istanza di *default judgment* verrà accolta *de plano* da un *Master* della High Court.

È da dire che le forti resistenze della giurisprudenza francese, prima della soluzione di compromesso largita dalla *Cour de cassation*, che di fatto investe il giudice del riconoscimento di un incongruo potere-dovere di *riesame nel merito*, e così un *second* (o *rectius, first*) *look* al *fond* della lite, avevano in un primo tempo sortito negli avvocati inglesi dei creditori e negli stessi giudici inglesi un certo *self-restraint*⁴³.

Anche i tedeschi si sono subito adeguati onde debellare il rischio di diniego di riconoscimento all'estero delle loro condanne contumaciali. Anche se in Germania la contumacia del convenuto non produce l'automatico accoglimento della domanda, poiché il giudice deve comunque compiere un vaglio di *Schlüssigkeit*, le sentenze contumaciali, o su riconoscimento della domanda (*Anerkenntnisurteil*) o su rinuncia alla azione (*Verzichtsurteil*), non devono essere motivate⁴⁴.

La dottrina francese rimproverava al legislatore processuale

⁴³ Nel caso *Berliner Bank AG v Karageorgis* (1996), Colman J. aveva così statuito: «It has been brought to my attention and is indeed well known that default judgments such as one would obtain under 0.13 are in many cases effectively unenforceable outside of the jurisdiction of the English Courts. This is because the defendant has taken not part in the proceedings and, no doubt, because the Court in giving judgment in this automatic way has not reviewed the merits of the claim, has not investigated the substance of the claim and has directed no judicial mind to whether in fact the plaintiff is entitled to recover».

⁴⁴ Così il § 313 ZPO: «Wird durch Versäumnisurteil, Anerkenntnisurteil oder Verzichtsurteil erkannt, so bedarf es nicht des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe».

tedesco di privilegiare la economia processuale ad un «prix parfois trop élevé» ed osservava che la limitazione del «charge de travail des magistrat» non può far premio sul «droit pour le perdant de connaitre la motivation soutenant le jugement rendu»⁴⁵. Ebbene, con il comma terzo inserito nel § 313 ZPO, il legislatore tedesco ha infine previsto che la sentenza dev'essere sempre motivata, quando è *prevedibile che debba essere eseguita all'estero*.

6. – Inutile dire che nessun *self-restraint* da parte dei giudici inglesi vi fu invece nel caso *Gambazzi*. Fu anzi, quel caso, esemplare manifestazione della preminenza della giustizia inglese e della sua capacità di impedire a convenuti sofisticati di farsi schermo dietro a, veri o presunti, doveri di segretezza in base a leggi straniere (nel caso, la legge svizzera).

Era in gioco la (effettività di) esecuzione di un ordine cautelare di sequestro conservativo. Come è noto, nel processo inglese, il sequestro è misura operante *in personam*. Il vincolo del sequestro non si produce su singoli beni del debitore, bensì è il debitore stesso che è tenuto a fare piena *disclosure* su ubicazione ed entità di tutti i suoi *asset*, ovunque situati nel mondo, se si dia il caso che l'ordine cautelare abbia proiezione geografica globale (c.d. *world-wide freezing injunction*). Per inciso, questa (e non la tutela delle banche inglesi) è la ragione per cui, prima della Brexit, allorché la UE aveva varato il Regolamento 655/2014 sul sequestro dei conti correnti bancari, il Regno Unito si era ben guardato dal recepire tale strumento, a dir poco ineffettivo in rapporto agli standard inglesi, ed aveva esercitato quindi il suo diritto di *opt-out* dalla legislazione uniforme processuale europea.

La complessa vicenda⁴⁶ era costellata da plurimi quanto inani tentativi da parte di vari convenuti, tra cui il medesimo

⁴⁵ Così, S. Guinchard, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 9° ed., Parigi 2021, 1157.

⁴⁶ Di cui è offerta fedele cronaca in E. Benigni, M. Salvadori, E. D'Alessandro, *Il processo inglese fra diritti e doveri dei convenuti stranieri*, Milano 2016, nella Collana *Le monografie di Int'l Lis*, con Prefazione di S. Chiarloni e Postfazione di C. Consolo.

Avv. Gambazzi di contestare la giurisdizione inglese sulla domanda risarcitoria⁴⁷. Questa era stata radicata sul *domicile* londinese, più presunto che effettivo, di uno dei litisconsorti passivi, ex amministratori del fondo pensione accusati di frode: un cittadino tedesco, Herr Stolzenberg, risultato essere proprietario, fino a poco tempo prima dell'inizio della causa, di un appartamento a Londra (tosto abbandonato e poi venduto). Domicilio tanto più effimero perché a fondarlo fu ritenuta sufficiente la dichiarazione «confessoria» resa dallo Stolzenberg in occasione della richiesta del permesso di circolazione nella zona a traffico limitato (nel modulo il richiedente dichiarava di pernottare in città la maggior parte della settimana lavorativa). Si trattava di vedere, venendo al *punctum crucis*, se fosse riconoscibile ed eseguibile in Italia, a Milano, il *default judgment* pronunciato nei confronti dell'avvocato luganese Marco Gambazzi.

Questi era stato espulso dal contraddittorio a seguito della sua inottemperanza a due *orders* del giudice inglese: il primo era quello di *disclosure* in ordine ai titolari effettivi (clienti) dei conti correnti, di cui l'avvocato svizzero aveva dichiarato di essere intestatario fiduciario; ed il secondo era lo *unless order*, cioè l'ultimo ammonimento a rendere trasparente *disclosure*, a pena di incorrere nella sanzione del *debarment per contempt of court* in base alla Rule 3.4. Non avendo ottemperato neppure a tale *ultimatum*, per tema di violare il segreto professionale, al convenuto veniva comminata la sanzione dello *striking out of the statement of case*, che è quanto previsto dal diritto inglese per il caso di disobbedienza di una parte ad un qualunque ordine giudiziale. E poiché lo *striking out* equivale a un *default of appearance*, ecco che all'attore si era offerta la possibilità di ottenere un *default judgment*. Subito colta in effetti.

⁴⁷ Così M. De Cristofaro, *Stolzenberg, Gambazzi ed una 'successful avoidance' di un non troppo equo processo inglese*, in *Int'l Lis*, 2006-2007, 46 ss.; Id., *BGH: la giurisprudenza Gambazzi dinanzi alla Corte Suprema tedesca*, *ivi*, 2009-2010, 5 ss.; nonché Id., *Ordine pubblico «processuale» ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale «europeo»*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, II, a cura di V. Colesanti, C. Consolo, G. Gaja, F. Tommaseo, Padova 2009, 892 ss.

7. – Con ordinanza del 7 luglio 2007 la Corte d'appello di Milano, quale giudice della opposizione al riconoscimento del *default judgment*, investiva la Corte UE del quesito pregiudiziale inerente alla compatibilità di un siffatto provvedimento con l'ordine pubblico processuale.

Nel rilevare che l'ordinamento processuale italiano può talora far derivare dalla *indefensio* della parte o dalla inottemperanza della parte a ordini giudiziali esibitori conseguenze che si riflettono sempre e solo sul piano probatorio, la Corte d'appello domandava se ad una decisione di condanna automatica, senza esame meritale, preceduta dalla espulsione del convenuto dal contraddittorio a cagione dell'inadempimento ad un ordine cautelare, potesse essere negato il riconoscimento ai sensi dell'art. 27, punto 1, Conv. Bruxelles del 1968.

In luogo di una ampia disamina della evoluzione storica dell'istituto della contumacia in Europa, l'Avv. Gen. Julianne Kokott si produsse in una strenua difesa dell'istituto del *default judgment*.

In primo luogo, l'Avv. Gen. chiarì che il *default judgment* ben poteva ritenersi rientrante nella nozione autonoma di «decisione» di cui al diritto convenzionale. L'Avv. Gen. invocò il precedente *Denilauler*, su ordinanze anticipatorie di *kort geding* olandesi rese *inaudita altera parte*, e si appagò di constatare che il *default judgment* era stato sì emesso a seguito della «contumacia forzata» del convenuto, ma quale *extrema ratio*, all'esito di un procedimento che fino alla pronuncia dell'*unless order* inadempito dal convenuto aveva avuto natura «essenzialmente contraddittoria». E tanto sarebbe bastato a far rientrare l'abnorme accoglimento della domanda che ne seguì entro il *genus* della decisione resa in contraddittorio tra le parti.

Si finì così per confondere grossolanamente il contraddittorio differito con il contraddittorio negato *tout court*. Il processo senza contraddittorio, ammoniva già Fazzalari, si stinge. Perde la sua più nobile e qualificante caratteristica e degrada a *procedimento mero*⁴⁸.

⁴⁸ E. Fazzalari, *Introduction*, in *Italian Yearbook of Civil Procedure*, I, Milano 1991,

Di poi, l'Avv. Gen. rilevò che «gli ordinamenti di tutti gli Stati membri prevedono sanzioni per la mancata esecuzione degli ordini giudiziari emessi nell'ambito di un procedimento civile». Argomento anche questo vago, e suffragato da esempi inconferenti: «l'esclusione delle allegazioni tardive», infatti, non può in senso tecnico definirsi sanzione da inadempimento di un obbligo, ma semplice operare della *preclusione* conseguente al mancato tempestivo esercizio del potere assertorio che la parte ha l'*onere* di esercitare, secondo autoresponsabilità, entro i termini perentori fissati dalla legge o dal giudice, se la legge gli conferisce tale potere.

E ancora: «la mancata reazione ad un'azione giudiziaria o la mancata comparizione a un'udienza» è ben vero che possono comportare una decisione in contumacia: ma anche in tali casi, come è a dirsi in relazione al giudizio di convalida di licenza o di sfratto, nessuna vera deroga al principio della decisione giudiziale in contraddittorio, preceduta da prudente apprezzamento delle prove si verifica. Poiché l'onere della prova del fatto estintivo satisfattivo dell'adempimento come pure dell'eventuale fatto modificativo della proroga del termine della locazione gravano pur sempre sul conduttore convenuto. Va da sé, allora, che la mancata comparizione di costui può legittimare l'accoglimento nel merito delle domande, anche di risoluzione, proposte dal locatore, se questi abbia dato la prova dei fatti costitutivi del suo diritto⁴⁹.

Infine, l'Avv. Gen. stesso parve ammettere che «la completa esclusione dal procedimento è la sanzione più grave per non aver ottemperato a un ordine giudiziale». Ma anziché concludere, a rime obbligate, che tale circostanza *di per sé* avrebbe vulnerato inaccettabilmente ogni minima esigenza di *fairness* pro-

XXI: «Special 'summary' cognitive proceedings: (...) the preparatory action needed is very much streamlined (to the extent that there is no *contraddittorio*) to the point where they become what is in Italian terms, mere 'proceedings'. This is the case, for example, with proceedings on an Order for the payment of money or to deliver up a particular asset – '*procedimento d'ingiunzione*'».

⁴⁹ La tesi secondo cui il legislatore avrebbe equiparato la mancata comparizione del convenuto a una sorta di tacito riconoscimento della domanda appare infondata, poiché si basa sull'erroneo assunto che l'onere della prova dell'inadempimento graverebbe ordinariamente sul creditore. Assunto sconfessato proprio dalle Sez. un., 13533/2001.

cessuale, l'Avv. Gen. riconobbe invece in linea di principio la piena legittimità del *debarment*, salvo un blando richiamo al giudice *ad quem* a verificare se l'applicazione di tale sanzione risponda «a requisiti assai rigorosi» (punto 67).

Le Conclusioni dell'Avv. Gen. sono state seguite dalla Corte UE⁵⁰. Il *default judgment* è iscritto nella nozione autonoma di «decisione» ai sensi della Convenzione, conferendosi così a tali provvedimenti la patente di circolazione nello spazio giudiziario europeo. Riconosciuta, in linea di principio, è anche la legittimità della esclusione di una parte dal contraddittorio, a condizione che tale misura risponda «a requisiti assai rigorosi» (punto 33) e sia dato «un mezzo di impugnazione» del provvedimento risultante dalla estromissione forzosa nell'ordinamento di origine (punto 45).

Conosciamo bene l'epilogo del caso. L'opposizione al riconoscimento fu respinta dalla Corte d'appello di Milano. Nelle more del giudizio di cassazione contro la sentenza di rigetto, tuttavia, la Corte di Giustizia era stata nuovamente investita da un quesito pregiudiziale interpretativo, stavolta sulla compatibilità con l'ordine pubblico processuale di un *default judgment* inglese non preceduto dal *debarment* del convenuto.

Con sentenza del 6 settembre 2012, *Trade Agency*⁵¹, la Corte UE precisava che una decisione *by default* pur se «non contiene un disamina né dell'oggetto né del fondamento del ricorso», ancorché «priva di qualsiasi argomento sulla fondatezza di quest'ultimo» va riconosciuta, a meno che il giudice *ad quem* non accerti «in esito ad una valutazione globale del procedimento e considerate tutte le circostanze pertinenti, che tale decisione comporti una lesione manifesta e smisurata del diritto del convenuto a un equo processo, sancito dall'articolo 47, se-

⁵⁰ C. Giust. UE, 2 aprile 2009, *Marco Gambazzi contro Daimler Chrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company*, causa C-394/07, ECLI:EU:C:2009:219, in *Foro it.*, 2009, IV, 382, con nota di E. D'Alessandro, *Provvedimento inglese di esclusione dal processo e diniego di riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico processuale. La Corte di giustizia si pronuncia sul caso «Gambazzi»*.

⁵¹ C. Giust. UE, 6 settembre 2012, *Trade Agency Ltd contro Seramico Investments Ltd.*, causa C-619/10, ECLI: ECLI:EU:C:2012:531.

condo comma, della Carta, *a causa dell'impossibilità di proporre ricorso contro tale decisione in maniera utile ed effettiva*».

L'affinamento del rudimentale *test* consegnato dalla giurisprudenza *Gambazzi*, ora caratterizzato da più decisa enfasi sulla effettività dei rimedi impugnatori a disposizione della parte condannata *by default*, veniva certo valorizzato dalla difesa dell'Avv. *Gambazzi*, nel giudizio di legittimità. Si trattava d'altronde di un *dictum* interpretativo, dunque retroattivo, del diritto europeo, proveniente dalla Corte UE.

La Cassazione reputò tuttavia non potesse pertinentemente invocarsi il più recente arresto della Corte UE, suppostamente attinente «(...) al diverso, e nuovo, profilo della compatibilità con l'ordine pubblico processuale e con l'equo processo *della pronuncia in contumacia inglese in sé*, mentre nel presente giudizio è stato fatto valere il profilo della contrarietà all'ordine pubblico processuale della pronuncia, in quanto resa dopo l'esclusione del convenuto dal processo»⁵².

Se nel più sta il meno, il diritto fondamentale a una decisione sulla fondatezza della domanda ben avrebbe potuto dirsi negato al convenuto, in entrambi i casi: che la condanna automatica *by default* si formi a seguito di inadempimento dell'obbligo di difendersi (o, a monte, di dichiarare di avere ricevuto la notificazione dell'atto introduttivo) o che sia cagionata dal sanzionatorio *debarment* conseguente a sua volta alla non piena ottemperanza ad un ordine di *disclosure* funzionale ad assicurare gli effetti di un sequestro cautelare, il risultato non cambia. Se si voglia poi indulgere⁵³ sul rimedio esperibile contro il *default judgment*, è agevole avvedersi che sulla parte che ne chieda la revoca (c.d. *setting aside*) grava l'onere di dimostrare l'ingiustizia della decisione, i.e. la inesistenza del credito. Si verifica, cioè, un sistematico ribaltamento dell'onere della prova, pur

⁵² Cass., 9 maggio 2013, n. 11021 (rel. Di Virgilio).

⁵³ Come si è tentato di fare in M. Stella, *'Default judgments' inglesi tra aneliti deflativi esasperati e superiori istanze di un'equa tutela del contumace*, in *Int'l Lis*, 2012, 171 ss., con considerazioni a proposito della ineffettività del rimedio del *setting aside* che sembrano condivise da S. Marino, *Obbligo di motiazione delle sentenze e ordine pubblico processuale nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 982 ss.

se tale onere non può affatto dirsi essere stato assolto dall'attore, in prima battuta. Tale nervo scoperto del *setting aside*, a ben vedere, era stato perfettamente colto già in una occasione dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nel meno risonante caso *Jones c. Cipro*, ric. n. 47733/99, del 3 aprile 2001,⁵⁴ su una condanna *by default* cipriota, nondimeno resa in applicazione di regole processuali identiche a quelle inglesi sin qui considerate.

Ebbene, secondo la giurisprudenza cipriota, oggetto di attento scrutinio da parte dei giudici di Strasburgo, il contumace – quantunque involontario – non solo è onerato di provare la incolpevole mancata conoscenza del processo ma deve altresì fornire «(...) *grounds for a prima facie case*», ossia addurre almeno una difesa che «*discloses merits*»⁵⁵. Il ricorso alla Corte di Strasburgo, tuttavia, fu dichiarato inammissibile perché il ricorrente nel processo *a quo* aveva errato nella scelta del rimedio esperibile avverso la condanna *by default*, impugnata per revocazione straordinaria (a motivo di dolo dell'attore), anziché istanza di *setting aside*. Ma la compatibilità del *default* con l'art. 6 Cedu è tornata nuovamente alla attenzione della Corte di Strasburgo nel caso *Avotiņš c. Lettonia*⁵⁶, con soluzione che ha sapore di compromesso, e che non a caso ha dato origine a una *dissenting opinion* assai categorica e netta da parte del presidente della Corte.

8. – La sentenza *Gambazzi* della Corte UE ha sortito un ulteriore effetto indesiderato. Anziché come baluardo del diritto a un equo processo, essa è argomentativamente impiegata dalla Cassazione italiana, non proprio come *passé-partout*, magari, ma certo come autorevole *tertium comparationis* in occasione

⁵⁴ C. dir. uomo, 3 aprile 2001, *Jones c. Cipro*, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-5800>.

⁵⁵ *Ioannis Kotsapas v. Titan Construction* [1961] CLR 317; *Phylactou v. Michael* [1982] 1 CLR 204.

⁵⁶ C. dir. uomo, Grande Camera, 23 maggio 2016, *Avotiņš c. Lettonia*, n. 17502/07, in *Osservatorio sulle fonti* 2/2017, con commento di A. Ciampi, M. Stella, *Principio della protezione equivalente fra UE e CEDU e mutuo riconoscimento delle decisioni tra Stati membri: la sentenza della Corte EDU nel caso Avotiņš c. Lettonia*.

del riconoscimento di sentenze provenienti da Stati terzi, in cui pure allignano concezioni del diritto di difesa devianti rispetto allo standard costituzionale. Il riferimento è a Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 (rel. D'Ascola) sui danni punitivi.⁵⁷ La Cassazione dice compatibile con l'ordine pubblico sostanziale italiano, in specie con l'art. 23 Cost., una sentenza statunitense di condanna al risarcimento del danno, la cui quantificazione è tale da inglobare una sanzione nei confronti dell'autore dell'illecito. Profilo meno appariscente, eppure non meno rimarchevole agli occhi del processualista, è però quello che attiene al meccanismo della garanzia negli Stati Uniti, quando il rivenditore a valle stipula una transazione col soggetto danneggiato da prodotto. In tal caso, il produttore, chiamato in garanzia dal rivenditore, è condannato a tenere indenne il venditore per l'importo pari al corrispettivo transattivo *a meno che non assuma la lite* per dimostrare la infondatezza della pretesa risarcitoria.

Come si vede, dunque, l'inerzia del garante equivale a soccombenza. E la condanna è spiccata senza alcun esame meritale, salvo un minimo vaglio di *fumus*, c.d. *potential liability test*, e così senza che un giudice abbia mai accertato *funditus* se davvero sussista la responsabilità del danneggiante. Ebbene, la Cassazione ha ritenuto che un simile sistema, agli antipodi rispetto agli artt. 24 Cost. e 101 c.p.c., non offenderebbe l'ordine pubblico internazionale italiano, perché esso sarebbe accettabilmente basato «sull'onere del soggetto che è all'origine della catena causale del danno di 'farsi avanti' se ha ragione per contrastare la pretesa risarcitoria». L'attore vince se anche non dimostra l'esistenza del suo diritto, perché è il convenuto che deve farlo. Ma l'art. 99 c.p.c. ci dice esattamente il contrario. E neppure era in gioco la mutua fiducia tra Stati membri, in quel caso.

⁵⁷ Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Corr. giur.*, 2017, 1050 ss., con commento di C. Consolo, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, 'due process of law')*.

9. – Non si ha notizia di dinieghi di riconoscimento di *default judgments* inglesi dopo la sentenza *Gambazzi*. Preme però sottolineare la sentenza del 7 settembre 2023, in causa C-590/21, *Charles Taylor Adjusting c. Starlight Shipping*.⁵⁸

In questo caso la Corte di Giustizia ha stabilito che viola l'ordine pubblico processuale europeo una sentenza (inglese) di condanna della parte di una transazione al risarcimento del danno, pari alle spese di lite sostenute dall'altra parte della transazione, per difendersi in un processo promosso in un foro diverso (Grecia) da quello (Regno Unito) previsto dalla clausola di proroga della giurisdizione contenuta nella transazione.

La Corte UE ha ritenuto che simili condanne, non contumaciali, siano qualificabili alla stregua di «quasi anti suit injunctions» e si pongano così in contrasto con il principio di *Kompetenz-Kompetenz* che innerva il Regolamento Bruxelles, pur se esse «non sono direttamente rivolte ai giudici greci e non vietano neppure formalmente il procedimento su cui il giudice del rinvio è chiamato a decidere».

Ebbene, quello che preme notare di questa sentenza, sono le due concorrenti *rationes decidendi*. Da un lato, la Corte ha richiamato la sua nota giurisprudenza sul divieto per il giudice di uno Stato membro di adottare misure inibitorie o di altro genere che abbiano per effetto di incidere, direttamente o indirettamente, sul potere del giudice di un altro Stato membro di decidere autonomamente la questione di giurisdizione.

Dall'altro lato, al punto 40, la Corte UE ha statuito che le «quasi anti-suit injunctions» sono idonee a «pregiudicare l'accesso al giudice della persona cui esse sono opposte. Infatti, come la Commissione ha fatto osservare, concedendo, sotto forma di indennizzo pecuniario provvisorio, la vittoria delle spese che il convenuto sostiene a causa dell'avvio di un procedimento pendente dinanzi al giudice dello Stato membro richiesto, tale indennizzo rende più difficile, se non, addirittura, impedisce, la prosecuzione di detto procedimento da parte del richiedente».

⁵⁸ C. Giust. UE, 7 settembre 2023, *Charles Taylor Adjusting c. Starlight Shipping*, causa C-590/21, ECLI:EU:C:2023:246.

Se dunque la tutela del diritto di azione impone di negare gli effetti di una condanna al risarcimento del danno da inadempimento di una clausola di proroga della giurisdizione, non si può dubitare della incompatibilità con l'ordine pubblico processuale di una condanna *by default* frutto di accoglimento automatico della domanda, a causa della (libera scelta del convenuto di) mancata partecipazione al processo.

10. – Un ultimo sguardo va dedicato alla giurisprudenza della Corte di Giustizia su due temi apparentemente eterogenei, per certi versi invece consustanziali nel nostro discorso, quali il procedimento ingiunzionale monitorio e quella sorta di *ircocervo* coniato dalla giurisprudenza inglese che è l'*exequatur* di lodi arbitrali di puro accertamento (negativo).

Secondo la Corte UE, il diritto europeo dei consumatori osta alla formazione di provvedimenti di condanna *ex una parte* idonei al giudicato sostanziale o dotati di efficacia preclusiva analoga al giudicato, se questi non siano preceduti da una cognizione almeno sufficiente rilevare la invalidità del contratto che forma il titolo della domanda di condanna, per violazione delle norme imperative a tutela del consumatore.

La Corte UE, nel caso *Dobank e Banco Desio* (C-693/19 e C- 831/19)⁵⁹, ha dunque affermato che una disciplina processuale nazionale, quale quella degli artt. 633 ss. c.p.c., non è compatibile con l'ordinamento europeo, nella misura in cui non consente la rilevazione officiosa di eccezioni impeditive dell'accoglimento della domanda, quale appunto la nullità del contratto per contrarietà delle sue clausole alla disciplina di protezione dei consumatori⁶⁰.

⁵⁹ C. Giust. UE, 17 maggio 2022, *SPV Project 1503 Srl e Dobank SpA contro YB e Banco di Desio e della Brianza SpA e a. contro YX e ZW*, C-693/19 e C-831/19, ECLI:EU:C:2022:395.

⁶⁰ Cass., Sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Giur. it.*, 2023, 1053 ss., con nota di C. Consolo, *Istruttoria monitoria «ricarburata» e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica «rimaneggiata» (specie) su invito del g.e.*, ha poi «trasposto» il *dictum* comunitario in una soluzione che ha il sapore di compromesso: il giudice dell'esecuzione, che rilevi il mancato compimento delle verifiche necessarie da parte del giudice autore del decreto ingiuntivo, in ordine alla sussistenza di eventuali nullità di protezio-

Che cosa se ne può desumere? Che l'ordinamento europeo, almeno quando è in gioco la effettività di posizioni giuridiche che hanno fonte nelle norme di ordine pubblico comunitario, e tale è appunto il *corpus iuris* consumeristico, non tollera la formazione di provvedimenti giudiziari iper-sommari (cioè senza cognizione a 360° della *res in iudicium deducta*); è incompatibile con esso una legge processuale nazionale che imponga al giudice di decidere in un certo modo al riscontro di certe precondizioni stipulative (es. la «prova scritta»), che offrano al giudicante una visuale del tutto parziale e insufficiente del rapporto giuridico litigioso. Nessuno esiterebbe ad escludere un caso *Gambazzi-bis*, se il contumace nel processo inglese fosse un consumatore e la controversia derivasse da un contratto di finanziamento al consumo.

Ma i principii affiorati dalla giurisprudenza della Corte UE non sono e non debbono ritenersi correlati esclusivamente alla esigenza di garantire la effettività della applicazione delle norme di diritto materiale, come bene dimostra la sentenza resa nel

ne da cui sia affetto il contratto azionato dal professionista, dovrà sospendere il processo esecutivo in corso ed assegnare al debitore esecutato il termine di 40 giorni per proporre una opposizione tardiva contro il decreto monitorio.

La prevedibile nomopoesi delle Sezioni Unite (nessuno lo ha scritto, ma credo in molti lo abbiano pensato) ha tutto il sapore di un compromesso, che però ben si spiega, se si assume la logica dell'*overruling* in materia processuale.

E difatti, a petto di una giurisprudenza comunitaria sopravvenuta, che dice affetti da nullità insanabile i decreti ingiuntivi pronunciati dai giudici italiani che non si siano dati la pena di acquisire ed esaminare la validità consumeristica del contratto su cui si basa il credito azionato dal ricorrente monitorio, la soluzione alternativa (prospettata in M. Stella, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. it.*, 2023, 2126 ss.) sarebbe stata di imporre al giudice dell'esecuzione di rilevare la nullità del titolo esecutivo giudiziale e di dichiarare la estinzione del processo esecutivo pendente. Senonché ciò avrebbe posto il ceto creditorio una pregiudizievole *impasse*, ben al di là della vanificazione degli sforzi legati agli atti esecutivi compiuti. E difatti, la sterilizzazione comunitaria della efficacia esecutiva del titolo costituito dal decreto monitorio avrebbe imposto ai creditori di iniziare da capo un processo ordinario di cognizione, onde fare accertare, con *plena cognitio*, la sussistenza del diritto di credito (e la assenza di nullità di protezione capaci di condizionare negativamente la nascita del credito). E tuttavia, è da credere, il consumatore debitore avrebbe avuto facile gioco ad eccepire il difetto di interesse ad agire del creditore già munitosi di un decreto ingiuntivo non opposto.

caso *London Steam-Ship Owners (C-700/20)* del 20 giugno 2022⁶¹.

Qui la Corte UE ha affermato a chiare lettere che una sentenza con cui il giudice togato recepisca il contenuto decisorio di un lodo arbitrale di accertamento negativo, dando al lodo veste e contenuto di sentenza, non può ambire ad avere la stessa efficacia di cui godono le decisioni in materia civile e commerciale pronunciate dai giudici degli Stati membri, e dunque neppure può essere spesa come motivo di opposizione al riconoscimento di un giudicato straniero contrastante, ai sensi del Reg. Bruxelles I, se nell'ambito del procedimento *ex parte*, promosso dalla parte vincitrice in arbitrato, il giudice togato non abbia minimamente verificato se al recepimento giudiziario del lodo osti la regola della litispendenza oppure la inopponibilità della clausola compromissoria al convenuto in arbitrato.

Si rinnova il rifiuto dell'ordinamento comunitario a riconoscere effetti a decisioni non precedute dal contraddittorio, rese in seno a procedimenti che non garantiscono la effettiva applicazione del diritto unionale. Il *judgment by default*, per definizione, preclude al giudicante ogni esame non solo di merito ma anche in ordine alla propria giurisdizione.

11. – Le conclusioni in precedenza attinte circa la incompatibilità con il canone dell'equo processo della condanna *by default*, non pare siano revocabili in dubbio neppure alla luce della disciplina della c.d. «contumacia europea», quale affiorante dai Regolamenti unionali in materia di notificazione e comunicazione di atti giudiziari (Reg. UE 2020/1784, che ha abrogato il Reg. CE 1393/2007, a sua volta sostitutivo del Reg. 1348/2000), basilarmente riproductivi della soluzione coniata dall'art. 16 Conv. Aja del 1965.

L'art. 22 Reg. 2020/1784 prevede che il convenuto «non comparso» ha diritto ad essere rimesso nel termine per impu-

⁶¹ C. Giust. UE, 20 giugno 2022, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited contro Kingdom of Spain*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 234 ss., con nota di M. Stella, 'Judgment on the award' e conflitto tra decisioni nel Reg. CE Bruxelles I.

gnare la sentenza resa nella sua involontaria assenza dal processo, e passata in giudicato formale, al ricorrere delle seguenti condizioni cumulative: a) mancata conoscenza della sentenza in tempo utile per impugnarla; e b) non manifesta infondatezza dei motivi di impugnazione.

Ora è proprio in relazione a questo secondo presupposto per la rimessione nel termine per impugnare, che l'interprete è chiamato a compiere un ragguardevole sforzo di riconduzione sistematica⁶². Giacché, ognuno lo vede, se si reputasse che il contu-

⁶² E tuttavia, questo pur cruciale profilo passa pressoché sotto silenzio nei contributi di G. Campeis, A. De Pauli, *Le regole europee ed internazionali del processo civile italiano*, Padova 2009, 315; A. Stein, *The European Service Regulation: Introduction*, in Aa.Vv., *The European Service Regulation*, a cura di A. Anthimos, M. Requejo Isidro, Cheltenham 2023, 20; M. Vellani, *Modalità di trasmissione degli atti giudiziari ed extragiudiziali secondo il regolamento Ce*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 409 ss.; M. De Cristofaro, *sub artt. 796-805*, in *Comm. c.p.c.*, a cura di C. Consolo, F.P. Luiso, 2°ed., II, Milano 2000, 3315; P. Franzina, *La notificazione degli atti giudiziari e stragiudiziali in ambito comunitario*, in Aa.Vv., *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, a cura di A. Bonomi, Torino 2009, 216 ss., 258, il quale rileva che «il giudice ha la facoltà (non l'obbligo) di rimuovere la preclusione derivante per il convenuto dall'inutile decorso del termine per impugnare, là dove sussistano (ancora una volta cumulativamente) alcune condizioni (...) e sempre che i motivi di impugnazione da lui proposti non appaiano del tutto privi di fondamento»; B. Barel, *Le notificazioni nello spazio giudiziario europeo dopo il regolamento (UE) 2020/1784*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2022, 531 ss., 558: «In secondo luogo, le censure sollevate dal convenuto non devono 'sembrare' del tutto infondate: si allude così ad una valutazione sommaria del giudice della non infondatezza *ictu oculi* dei motivi dedotti dal convenuto». Un minimo spunto, nel senso della sufficienza di una impugnazione deducibile la mera invalidità della sentenza a motivo della mancata instaurazione del contraddittorio, si potrebbe forse cogliere, con qualche fantasia ricostruttiva del pensiero dell'autore, nell'uso del sostantivo al singolare da parte di M. Frigo, *La disciplina della notificazione degli atti in materia civile e commerciale: il Regolamento (CE) n. 1348/2000*, in Aa.Vv., *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, a cura di S. M. Carbone, M. Frigo, L. Fumagalli, Milano 2004, 117 ss., 147, il quale osserva che il giudice «dovrà accogliere la richiesta [di rimessione nei termini, n.d.r.] a condizione che il convenuto medesimo dimostri di non avere avuto, in assenza di colpa a lui imputabile, effettiva conoscenza dell'atto in tempo utile per difendersi o della decisione ai fini dell'impugnazione e che il motivo di impugnazione sembri non del tutto infondato». Analoga irrisolutezza sulla questione in F. Tommaseo, *Sulle notificazioni internazionali nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 407 ss., 427, nota 70, dove l'a. si limita a rilevare che in base alla disciplina convenzionale «occorre quindi che il giudice della rimessione in termini abbia la possibilità di conoscere i motivi d'impugnazione per stabilire se essi 'non sembrino del tutto privi di fondamento'».

mace involontario sia onerato della prova di alcunché di ulteriore rispetto alla mancata conoscenza del processo e della sentenza pronunciata nei suoi confronti, se, in altre parole, la rimessione nel termine decadenziale per impugnare fosse subordinata altresì alla dimostrazione della *ingiustizia* della sentenza resa a contraddittorio non instaurato, ebbene, in tal caso, non potrebbe negarsi la soverchia penalizzazione del contumace, sebbene involontario. Quel medesimo trattamento rigoristico che si vide caratterizzare, se non la disciplina positiva in sé, il modo d'intendere il rimedio del *setting aside* delle condanne *by default* spiccate nei confronti della parte che – per qualsivoglia ragione – ometta di tempestivamente accusare la ricezione della notificazione dell'atto introduttivo (*acknowledgment of service*) negli ordinamenti processuali di *common law*.

La Corte di Giustizia non consta aver sinora preso posizione *ex professo* sul significato della disposizione in esame, di là dall'aver ribadito che è onere del contumace involontario esperire la impugnazione tardiva prefigurata dall'art. 22 Reg. 2020/1784 (*olim* art. 19 Reg. 1393/2007) avanti al giudice dello Stato di origine, onde potersi in seguito eventualmente fare scudo del motivo di opposizione dovuto alla violazione del diritto di difesa in altri Stati membri, nei quali l'attore vittorioso chieda il riconoscimento o la esecuzione della sentenza contumaciale⁶³.

E tuttavia, non ci pare sia questa una lettura in alcun modo assecondabile del Regolamento, pur se, non va sottaciuto, profonde sono le differenze lessicali delle varie versioni linguisti-

ossia non sembrano manifestamente infondati. Nulla esclude, ritengo, che l'istanza di rimessione in termini possa essere proposta anche *in unum* con la citazione in appello o con il ricorso per cassazione e conosciuta incidentalmente dal giudice adito». Il punto, tuttavia, non è tanto o solo se alla istanza di rimessione nel termine per impugnare possa o debba accompagnarsi l'atto di esercizio del potere da cui la parte è decaduta (la legge di ratifica della conv. Aja 1965 prevedeva, in caso di accoglimento della istanza di rimessione in termini, la fissazione *ope iudicis* del termine per la proposizione della impugnazione nelle forme ordinarie), ma se l'impugnazione debba assumere un contenuto particolare: se essa debba cioè appuntarsi anche su eventuali *errores in iudicando* della sentenza contumaciale o se la violazione del contraddittorio sia vizio, per così dire, «autosufficiente» a determinare la riapertura del processo.

⁶³ C. Giust. UE, 7 luglio 2016, C-70/15, *Lebek c. Domino*. Si è perdura l'occasione di fornire indicazioni operative utili sull'art. 22, comma 4°, Reg. 2020/1784 anche nella più recente C. Giust. UE, 16 maggio 2024, C-222/23, *Toplofikatsia Sofia» EAD*.

che, che alimentano perplessità e notevoli incertezze. Nella versione italiana, così come pure in quella francese e tedesca, il giudice dello Stato in cui la sentenza contumaciale è pronunciata dovrà rimettere il contumace in termini se «i motivi di impugnazione del convenuto non siano manifestamente infondati». Nella versione linguistica inglese, di contro, la stessa condizione sembrerebbe riatteggiata in chiave di delibazione delle difese *di merito* spendibili dal convenuto per provocare il rigetto della domanda, qualora il processo definito dal provvedimento pronunciato *in absentia* e passato in giudicato dovesse essere riaperto (richiedendosi appunto al giudice di verificare se «the defendant has raised a *prima facie* defence to the action on the merits»).

Tutt'altro genere di sforzo dimostrativo, dunque, al paragone con quanto richiesto dall'art. 22, comma 4, lett. b, Reg. 2020/1784 nelle (tra loro omologhe) traduzioni «continentali» franco-tedesche, le quali, del tutto accettabilmente, e idealmente in linea con la previsione dell'art. 327, comma 2°, c.p.c., subordinano la riapertura del processo (e la conseguente sollevazione della efficacia preclusiva del giudicato) alla necessaria eppur bastevole deduzione del profilo di *invalidità* della sentenza, dovuta alla mancata instaurazione del contraddittorio e/o alla mancata conoscenza del processo da parte del contumace involontario.

Molta acqua è passata sotto i ponti da quando Cortesia Di Serego, in scia alla coeva e consentanea giurisprudenza, poteva censire, tra le ipotesi di sentenza «inesistente», quella della sentenza non preceduta dalla notificazione dell'atto introduttivo al convenuto⁶⁴. E tuttavia, anche agli occhi dei moderni contraddittori riuscirebbe intollerabile che l'omessa instaurazione del contraddittorio tra le giuste parti possa in qualche modo rimanere sanata dalla mancata dimostrazione della ingiustizia della

⁶⁴ C. Di Serego, *La sentenza inesistente*, Verona 1938, 68. La critica della dottrina moderna alla tesi di C. Di Serego, che in definitiva molto concede alla inesistenza della sentenza, riconoscendo in essa una autentica categoria, si condensa nella opera di F. Auletta, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova 1999, spec. 259-260 e 298-299.

sentenza da parte del convenuto che, nell'incolpevole *ignorantia processus ac iudicati*, non abbia potuto attivamente partecipare né dare tempestivo impulso al processo nei gradi impugnatori⁶⁵.

⁶⁵ Questo è in definitiva l'approdo cui giunge, da ultimo, con dovizia di argomenti, V. Capasso, *Nullità degli atti processuali e offensività necessaria. Contributo alla difesa della legalità del processo civile*, Roma 2022, 292 ss. D'accordo con la a., sul fatto che nel sistema del processo civile odierno il concetto di «inoffensività sopravvenuta» risulta un corpo estraneo, di talché, ad es., il convenuto potrà a nostro avviso certo e sempre dolersi della nullità della citazione per mancato rispetto del termine minimo a difesa, e ottenere la rinnovazione dell'atto nullo, quantunque egli si difenda anche nel merito (*si vis*, per opportuni svolgimenti casistici, M. Stella, *Nullità processuali e tutela del contraddittorio. 'Combien est effective le préjudice effective?'*, in *Dir. proc. civ. it. comp.*, 2022, 385 ss., 393-394: «La nullità formale derivante dalla violazione dei termini processuali, in specie del termine dilatorio che deve intercorrere tra la notificazione della citazione e la udienza di comparizione, è dubbio sia suscettibile di sanatoria per raggiungimento dello scopo. Appare difficile negare che lo scopo della previsione di un termine dilatorio sia altro rispetto a quello di interporre una *distantia temporis* tra l'atto processuale a quo e quello successivo (...) la violazione di quella distanza temporale minima, di per sé, volta che si sia verificata, non è sul piano naturalistico suscettibile di sanatoria alcuna, salvo aversi una restituzione del termine mediante la posticipazione della udienza *ope iudicis*. Il convenuto costituito, beninteso, potrà senz'altro rinunciare a far valere la nullità prevista nel suo interesse, ma questa è fattispecie ben diversa dalla sanatoria del vizio originario». Non riesco a farmi persuaso della conclusione della a., secondo la quale le disposizioni sulle nullità degli atti processuali di cui agli artt. 156 ss. c.p.c. non consentirebbero di riservare un trattamento differenziato alla ipotesi della sentenza c.d. della terza via, nella quale il giudice, venendo meno al suo dovere di sollecitare il contraddittorio preventivo delle parti, decide una questione di puro diritto rilevata d'ufficio. Secondo la a., «la mancata attivazione del contraddittorio sulla questione costituisce, evidentemente, *omissione d'atto*; sicché, per quanto già detto, la nullità conseguente dovrebbe ritenersi di per sé sottratta alla convalidazione oggettiva». Questo ragionare, tuttavia, se applicato alla decisione di questioni di puro diritto rilevate d'ufficio, mi pare finisca per scambiare il concetto di scopo dell'atto, con l'atto stesso. L'atto, che l'art. 101 cpv. c.p.c. intende «procedimentalizzare» imponendo al giudice la acquisizione del punto di vista delle parti, è quello in cui si sostanzia l'esercizio del potere decisorio, non già (Gradi, Capasso, Gamba, e, sia pure in riferimento al potere impugnatorio, Costantino) l'atto di parte, che avrebbe dovuto ospitare l'apporto dialettico della parte rispetto alla questione risolta d'ufficio. Questo tipo di ragionamento può al massimo valere se la questione risolta d'ufficio sia una questione mista di fatto-diritto: solo in tal caso la nullità della sentenza della terza via (ingiusta) potrà risultare, per così dire, plurioffensiva, incidendo *anche* su poteri delle parti finalisticamente miranti ad uno scopo assai più diretto ed immediato (la prova di fatti resi rilevanti dal rilievo officioso della questione) rispetto allo scopo ultimo di ogni processo in contraddittorio, che è la giustizia della decisione. Il generalizzato rifiuto dell'operare del principio del raggiungimento dello scopo, con riguar-

È innegabile che il processo moderno debba tener conto delle esigenze della ragionevole durata e del risparmio della risorsa giudiziale scarsa, il che però non implica scendere a patti con il principio del contraddittorio⁶⁶, in nome di una aprioristica conservazione degli effetti del prodotto della attività giurisdizionale (o pseudo-giurisdizionale).

Se dunque le marcate divergenze testuali nelle varie versioni linguistiche della Conv. Aja 1965 (iterate dai Regolamenti comunitari ed europeo) sulle notifiche internazionali non contribuiscono alla chiarezza dei concetti, può giovare anzitutto ribadire che il testo convenzionale, nella ufficiale lingua francese, esige soltanto che «les moyens du défendeur n'apparaissent pas dénués de tout fondement». Dove la fondatezza è riferita ai motivi di impugnazione tardiva, quantunque di mero rito. Almeno una parte della dottrina statunitense, del resto, si mostra critica rispetto alla apparente necessità per il contumace involontario di offrire una *prima facie* «defence to the action on the merits»⁶⁷. La giurisprudenza d'oltreoceano appare invece incline a privilegiare una interpretazione pedissequamente letterale del testo convenzionale che nella versione inglese suona

do a tutte le variegare ipotesi di decisione della terza via, se portato alle estreme conseguenze di tale capillare quanto massimalistica impostazione, condurrebbe d'altra parte all'assurdo di doversi ravvisare la nullità della sentenza, ogni qual volta il giudice, nel decidere, valorizzi un precedente giurisprudenziale senza aver palesato tale intenzione alle parti. Considerato, poi, che la Cassazione è abilitata a risolvere questioni di puro diritto per decidere rescissoriamente il merito della causa, si ha la percezione – lo avverte in effetti già A. Chizzini, *Pensiero e azione della storia del processo civile. Studi*, 2^oed., Torino 2014, 288 – che tutto rischi di ridursi a una mera questione classificatoria, o per meglio dire, di rubrica del motivo, tra n. 3 e n. 4 dell'art. 360 c.p.c., con cui censurare la soluzione della terza via di una pura *quaestio iuris*.

⁶⁶ Significativo, a questo proposito, è il rifiuto della giurisprudenza ellenica richiamata da A. Anthimos, *Recognition and enforcement of foreign judgments in the field of Bilateral Conventions of Greece with Balkan States*, in *Balkan Yearbook of European and International Law*, 2020, 1 ss., 7, di dare riconoscimento a sentenze provenienti da stati terzi, nei casi in cui non appaia chiaro dall'esame del provvedimento riconoscendo se questo sia stato pronunciato nel contraddittorio o *inaudita altera parte*.

⁶⁷ G.A. Magnarini, *Service of process abroad under the Hague Convention*, in *Marquette Law Rev.*, 1988, 649 ss., 685: «If article 16 is interpreted as granting the courts power to vacate a judgment, by its subsequent terms, relief cannot be granted until the defendant discloses 'a prima facie defense'. Such a prerequisite would clearly be unconstitutional, however, when adjudgment is void due to defective service of process».

certo più familiare e vicino alla tradizione di *common law*, per cui «the default judgment should stand, unless [the defence on the merits raises a] genuine issue for trial»⁶⁸.

Limitarsi a registrare la distonia di quella esperienza processuale, rispetto alla centralità acquisita dal contraddittorio nel canone processuale europeo-continentale, la cui violazione consente (se non l'esperienza di una autentica *actio nullitatis sententiae*) il superamento del vincolo della *res iam et firmiter iudicata* mediante una impugnazione tardiva essa pure assoggettata a un termine, vorrebbe dire prendere congedo prematuro dal tema. Per dare ragione di quell'atteggiamento ed impostare il discorso su meno labili basi, occorre considerare che l'accoglimento della istanza di rimessione in termini non necessariamente, nei sistemi processuali di *common law*, imporrebbe la *rinnovazione* del giudizio. Questo potrà accadere solamente allorché il convenuto avanzi uno *statement of defence*, ché la *indefensio* sarebbe condotta processuale idonea a dare luogo all'accoglimento automatico della domanda giudiziale esattamente al pari della contumacia del convenuto, o *rectius* della mancata accusa di ricezione della notificazione del *claim form*, in quegli ordinamenti. Ecco perché quella giurisprudenza, a petto di istanze di rimessione nei termini pur suffragate dalla dimostrazione della incolpevole inerzia del convenuto, senza alcuna esitazione può rifiutarsi di revocare la condanna *by default*, dove il convenuto ometta di affiancare alla dimostrazione della causa di decadenza non imputabile almeno plausibili difese di merito o finanche di puro rito, ma allora *diverse ed ulteriori* rispetto al (di per sé mai autosufficiente) vizio di contraddittorio, quale può ad esempio rivelarsi la nullità «propria» del *default*

⁶⁸ Così, nella giurisprudenza canadese, *Hunt v Brantford (City)*, [1994] OJ No 1867, 34 CPC (3d) 379 (Ont Gen Div). Si v. anche *Ontario Ltd v Leeds Contracting Restoration*, [2018] ONSC 7423, 27 CPC (8th) 34 (SCJ): «the defendants have not tendered evidence of facts that establish that they have an arguable defence, one that has an 'air of reality', on the merits of the plaintiff's claim»; *Morgan v Toronto (City) Police Services Board*, [2003] OJ No 1106, 34 CPC (5th) 46 (Ont Ca): «the defendant must present a triable defence on the merits».

emanato al di fuori dei tassativi casi in cui all'attore è consentito richiederlo.

Si torna, così, per vie traverse, ma solo in apparenza non intersecanti, alla constatazione che si fece da principio: negli ordinamenti in cui la contumacia del convenuto esenta il giudice da qualsiasi dovere decisorio, al pari della *indefensio*, è del tutto logico il non doversi fare luogo alla rimozione delle conseguenze della contumacia, là dove, anche rimossa la preclusione del giudicato, *nessuna rinnovazione di attività decisoria sarebbe comunque possibile* stante il difetto di una *material defence* della parte richiedente la rimessione nel termine, che assurge a requisito indispensabile per attivare il potere-dovere decisorio. Né, credesi, il gonfiato dibattito sulla offensività necessaria o anche solo la più «classica» e circoscritta riflessione dottrinale sulla ammissibilità di un gravame devolutivo limitato a far valere *errores in procedendo*⁶⁹ potrebbero aspirare ad avvicinare, tanto meno a colmare le fratture profonde tra i due *iceberg* alla deriva (più che tra due rami nati da un ceppo comune) che si sono voluti qui porre a confronto, dal neppure troppo circoscritto angolo visuale del trattamento ricevuto da una vicenda ano-

⁶⁹ Per una critica all'orientamento giurisprudenziale che reputa inammissibile l'appello limitato a far valere l'invalidità derivata della sentenza, ove questa non sia riconducibile alle ipotesi di cui agli artt. 353 e 354 c.p.c., senza criticare al tempo stesso l'ingiustizia della decisione, N. Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli 1996, 336, nel senso che «le statuizioni sulle singole fattispecie sostanziali relative al diritto riportato in appello, vengono meno anche se non investite da specifici motivi dell'impugnazione principale o incidentale, con la conseguenza che la cognizione del giudice superiore non incontra i limiti connessi alla latitudine della devoluzione del gravame»; e G. Balena, *In tema di appello fondato esclusivamente sulla nullità della citazione*, in *Foro it.*, 2006, I, 3223 («Che senso avrebbe, ad es., pretendere una critica puntuale del convincimento che il primo giudice ha tratto da una certa deposizione testimoniale, se l'appellante chiede per l'appunto che il teste sia sentito nuovamente, in ragione del vizio del contraddittorio che gli aveva impedito di partecipare alla sua escussione?»); Id., *Nullità del procedimento di primo grado per vizi del contraddittorio e poteri del giudice d'appello*, in *Foro it.* 1996, I, 1296; e adesivamente rispetto a tale impostazione dottrinale M. Stella, *La nullità della sentenza prematura, non preceduta dai termini ex art. 190 c.p.c.* è in re ipsa, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 571 ss., 575; nonché A. Briguglio, *Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni (mito e realtà del carattere autonomamente invalidante della violazione)*, *ivi*, 2023, 127 ss.

mala del processo, altamente rivelatore di valori e diritture della giustizia civile⁷⁰.

In definitiva, e per concludere: a noi appare quasi paradossale che larga parte della moderna dottrina processualistica guardi, con malcelata concupiscenza, a talune esperienze straniere che riserbano al contumace più bruschi e detrimentalmente trattamenti, in un'epoca storica in cui, sotto il peso del *credit crunch* e dei noti *default* finanziari, la dottrina processualistica statunitense⁷¹ – fors'anche all'oscuro del travaglio giurisprudenziale provocato nel Vecchio Continente dalla circolazione delle condanne *by default* inglesi – venga rimeditando, con profondità di analisi e gravità di argomentazione non solo di indole dommatica processuale, ma sociologica soprattutto, e di politica

⁷⁰ Di contro, e quasi paradossalmente, proprio nello stragiudiziale contesto delle *adr* consumeristiche, che costituirebbe un terreno di coltura ideale, o perlomeno assai più congeniale, ad assetti costituzionali invariati, per sperimentare l'innesto di più decise forme di repressione delle condotte non cooperative del professionista ove non ostante alla buona riuscita del procedimento conciliativo promosso dal consumatore, si assiste invece alla stasi del diritto europeo. O almeno è questo il mesto bilancio stilato da G. Bazzoni, *Risoluzione delle controversie online e comportamenti ostantivi*, cap. VII, in *questo volume*, alla luce della proposta di modifica della Direttiva 2013/11/UE.

⁷¹ Alludo all'interessante saggio, riccamente documentato da opportuna appendice statistica e di analisi economica, di P. K. Bookman, *Default Procedures*, di prossima pubblicazione in *University of Pennsylvania Law Review* (2025), consultabile su papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4785811, di cui merita trascrivere, per le significative assonanze con alcune delle riflessioni esposte nel testo, l'eloquente e chiaroscurale *incipit*: «In vast numbers of debt collection cases, defendants never appear. Courts then routinely issue default judgments, often rubber-stamping complaints with little or no examination of the underlying facts, on the implied justification that absent defendants have waived their right to a hearing or effectively conceded to the plaintiff's case. Many other reasons likely cause these absences, however, and potential defenses are never raised. Plaintiffs, meanwhile, are predominantly repeat-player debt buyers whose service efforts and proof of claim can be inadequate. The resulting judgments can have devastating effects on people's credit, employment, and housing, reflecting and exacerbating social, economic, and racial inequality. High rates of defendant non-appearance create a challenge for the American adversarial system that can likely never be fully cured by improved service and notice. On closer examination, default procedures reveal flaws in procedure's reliance on participation in an adversarial dispute as the key to fair process. When only one party participates, courts must reconceptualize their task to achieve just, as well as accurate, outcomes that encourage and respect defendants' participation but also function in their absence».

del sistema della giustizia civile, la conformità ai canoni del *due process* delle condanne in *default*, nell'ultimo decennio fioccate come prima mai. Tanto da venir suggerendosi, *de iure condendo*, di abbandonare tale istituto, a vantaggio di un sistema processuale idoneo a garantire sempre una «*merit-based resolution in defendants' absence*».

Qui si dovrebbe aprire un lungo discorso, su successione a titolo particolare nel credito e non contestazione del fatto di cessione, ad esempio (anche alla luce della Direttiva UE 2021/2167, in fase di recepimento, al momento in cui si scrive). Ci basti per ora dire che nella serrata competizione globale tra ordinamenti processuali, il (buon) vecchio c.p.c. italiano del 1940 ottiene una *wild card*.

CAPITOLO V

LE DECISIONI CONTUMACIALI E IL DIRITTO DI DIFESA ALLA PROVA DEL PRINCIPIO DEL MUTUO RICONOSCIMENTO E DEL REGOLAMENTO UE 1215/2012 (BRUXELLES I-BIS)

di Gian Marco Sacchetto

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. La circolazione delle decisioni contumaciali nello spazio giudiziario europeo. – 3. La nozione di ‘decisione’ suscettibile di circolare nello spazio giuridico europeo, con particolare riferimento alle decisioni contumaciali. – 4. La prova della ‘possibilità di impugnare’: il ruolo fondamentale della comunicazione e/o notificazione della decisione e l’effettività dei rimedi giurisdizionali esistenti nello Stato membro di origine. – 5. Dalla teoria alla prassi: brevi spunti riflessivi a margine dei risultati del Questionario sull’effettivo impatto delle decisioni contumaciali, con riferimento particolare ai motivi ostativi.

1. – Il presente contributo si prefigge l’obiettivo di esaminare il diritto di difesa del contumace nell’ambito del Reg. UE 1215/2012 (meglio noto come Reg. Bruxelles I-*bis* o *Recast*), sotto la lente del diritto all’equo processo, al fine di accertare il rispetto dei diritti fondamentali gravante sugli Stati membri, quale limite alla libera «circolazione» delle decisioni (anche contumaciali) nello spazio giudiziario europeo. E ciò nella piena consapevolezza che il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale¹, che impone agli Stati di assumere automaticamente che i diritti umani siano

¹ Sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale, v., tra i molti contributi sul tema, M. De Cristofaro, *Ordine pubblico ‘processuale’ ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale ‘europeo’*, in *Il*

rispettati negli altri Stati membri, è crescentemente posto in discussione dai giudici nazionali, al pari della c.d. presunzione di c.d. protezione equivalente per la prima volta enunciata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) nel caso *Bosphorus*², in base alla quale si presume che il sistema giuridico europeo offra una garanzia di tutela dei diritti fondamentali (almeno) pari a quella prevista dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)³, salvo che risulti comunque una «*insuffisance manifeste*» («*manifest deficiency*») di tutela di siffatti diritti⁴. Sennonché, la circostanza che gli Stati membri siano tutti parti della CEDU, non esime certo gli stessi, anche in sede di riconoscimento di sentenze in forza di un regolamento UE, dal compiere una verifica in presenza di una lamentata manifesta violazione di un diritto nell'ordinamento di origine⁵.

Tale controllo risulta assai delicato e complesso, soprattutto in sistemi processuali come quelli degli Stati membri che appli-

diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale, Omaggio ad A. Attardi, Padova 2009, II, 893 ss.

² C. dir. uomo, Grande Camera, 30 giugno 2005, *Bosphorus* c. Irlanda, ric. n. 45036/98.

³ Cfr. *Bosphorus Hava Yollar Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi* c. Irlanda, 30 giugno 2005, para. 155, ove si legge: «In the Court's view, State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides». Sul caso *Bosphorus*, cfr. M. Pacini, *Il controllo della Cedu sugli atti nazionali in funzione comunitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 21; A. Ciampi, *L'Unione europea e le respect des droits de l'homme dans la mise en oeuvre des sanctions devant la Cour Europeenne des Droits de l'Homme*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2006, 85 ss.

⁴ Cfr. A. Ciampi, M. Stella, *Principio della protezione equivalente fra UE e CEDU e mutuo riconoscimento delle decisioni tra Stati membri: la sentenza della Corte EDU nel caso Avotiņš c. Lettonia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, 2, 1 ss.; M. Marchegiani, *Tendenze evolutive nel ricorso al principio della protezione equivalente da parte delle Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 447 ss.

⁵ Con riferimento ad un caso soggetto all'applicazione del Reg. CE n. 44/2001, cfr. C. dir. uomo, Grande Camera, 23 maggio 2016, ric. n. 17502/07, *Avotiņš* c. Lettonia, spec. par. 116. In argomento, O Feraci, *Mutuo riconoscimento e principio della protezione equivalente (Bosphorus): riflessioni a margine della sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso 'Avotiņš' c. Lettonia*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2016, 283 ss.; A. Ciampi, M. Stella, *Principio della protezione equivalente fra UE e CEDU*, cit., 1 ss.

cano la *ficta confessio*, quali, ad esempio, la Germania, ove ai sensi del § 331 ZPO, nel caso di mancata comparizione del convenuto, il giudice, su istanza dell'attore, deve ritenere come riconosciuti i fatti oggetto dell'atto introduttivo⁶.

Il problema, peraltro, si è posto in termini assai particolari con riferimento ai *default judgments* inglesi, ove tutt'oggi l'attore può ottenere un provvedimento favorevole, neppure preceduto da un vaglio sulla fondatezza della domanda. Anzi, la dichiarazione di contumacia del convenuto consente all'attore di ottenere una sentenza senza la celebrazione del giudizio, richiedendo al cancelliere, tramite l'*application for default judgment*, la ratifica *de plano* delle sue pretese⁷.

In questi casi – come in realtà in tutte le ipotesi in cui la decisione è resa in contumacia – i giudici dello Stato membro richiesto (*i.e.* quello in cui è invocato il riconoscimento o è richiesta l'esecuzione della decisione) sono sempre più chiamati a verificare se lo Stato d'origine offra al contumace rimedi «utili» ed «effettivi» a tutela del suo diritto di difesa e, più in generale, dell'equo processo⁸, contemplato dall'art. 6, par. 1, CE-

⁶ Sul meccanismo della *ficta confessio*, anche con riferimento all'ordinamento tedesco, si rinvia a A.M. Tedoldi, «*Onus probandi incumbit ei qui negat*». *Eterogenesi e palingesi dell'onere della prova e della contumacia*, cap. II, in questo volume.

⁷ Art. 12.1 della Part. 12 delle *Civil Procedure Rules*. In argomento v., in particolare, M. Taruffo, *Diritto processuale civile nei Paesi anglosassoni*, in *Dig. civ.*, IV, Torino 1990, spec. 18; L. Passanante, voce *Processo civile inglese*, in *Enc. dir.*, III, Milano 2010, 960 ss.; G. Oberto, *I procedimenti semplificati ed accelerati nell'esperienza tedesca ed in quella inglese (II)*, in *Corr. giur.*, XI, 2002, 1519 ss. e M. Stella, '*Default judgments*' inglesi alla prova dell'ordine pubblico processuale europeo, tra aneliti deflattivi esasperati e superiori istanze di un'equa tutela del contumace, in *Int'l Lis*, 2012, 171 ss.

⁸ Sull'equo processo, i contributi sono moltissimi. Tra questi, cfr. A. Leandro, *L'equo processo nel diritto processuale civile internazionale europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, 22 ss.; N. Boschiero, *L'ordine pubblico processuale comunitario ed 'europeo'*, in *La tutela transnazionale del credito*, a cura di P. de Cesari, M. Frigessi di Rattalma, Torino 2007, 163 ss., spec. 167 ss.; C. Tuo, *La nozione di ordine pubblico processuale tra Bruxelles I e CEDU*, in *Dir. un. eur.*, 2010, 923 ss.; O. Lopes Pegna, *L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2011, 33 ss.; F. Salerno, *L'ordine pubblico internazionale processuale e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, a cura di P. Pirrone, To-

DU, nell'ambito del principio generale riconducibile all'ordine pubblico (come si vedrà *infra*).

La verifica in esame (non già e soltanto sull'effettività, ma sull'esistenza stessa di rimedi giurisdizionali) risulta peraltro ancor più complessa data la carenza di informazioni accessibili sulla tipologia di rimedi esperibili e su come vengano applicati in concreto nei diversi Stati membri, tanto più che il Reg. Bruxelles I-*bis* prevede lo scambio di informazioni tra i giudici di Stati membri diversi solo ai fini della litispendenza⁹. Per non parlare del caso in cui lo Stato d'origine sia uno Stato terzo, con tutte le ovvie difficoltà sul reperimento di informazioni in ordine ai rimedi disponibili¹⁰.

Ad aggravare il tutto, i dubbi – sempre meno a margine – in ordine alle regole di ripartizione dell'*onus probandi* e alla rilevabilità d'ufficio dell'esistenza e dell'effettività dei mezzi di impugnazione (ordinari o straordinari) previsti dall'ordinamento *a quo*. Proprio questo è il *punctum dolens* su cui molto ha insistito la *Grande Chambre* nel caso *Avotiņš* c. Lettonia del 23 maggio 2016¹¹, che ha riesaminato il caso già deciso dalla

rino 2011; O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2012, spec. 138 ss. e 376 ss.

⁹ Si veda l'art. 32, par. 2, ove prevede che i giudici dei procedimenti concorrenti dialoghino tra loro per comunicarsi vicendevolmente le date di pendenza dei rispettivi giudizi. Sulla disciplina della litispendenza nel Reg. Bruxelles I-*bis*, cfr. M.A. Lupoi, *La nuova disciplina della litispendenza e della connessione tra cause nel regolamento Ue n. 1215 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1425 ss.

¹⁰ Anche in questi casi, infatti, l'art. 6 CEDU trova un'applicazione, sia pur indiretta, vietando il prodursi di effetti decisori o esecutivi di decisioni scaturenti da giudizi incompatibili con i canoni del giusto processo. In proposito, senz'altro interessante risulta il recente caso *Dolenc* c. Slovenia, avente ad oggetto il riconoscimento in Slovenia di una sentenza civile israeliana: cfr. C. dir. uomo, 20 ottobre 2022, *Dolenc* c. Slovenia, ric. n. 20256/20, con nota di M. Grassi, *La portata dell'obbligo di verifica del rispetto del diritto all'equo processo ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione delle sentenze straniere: considerazioni a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Dolenc c. Slovenia*, in *Riv. dir. int.*, 2023, 463 ss. Sulla questione relativa al controllo del rispetto dell'art. 6 CEDU anche nelle decisioni extra-europee, cfr. A. Cafagna, *L'art. 6 della CEDU e la circolazione delle decisioni: il giudizio civile contumaciale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, a cura di G. Carella, Torino 2009, 17-52 ss.; O. Lopes Pegna, *L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2011, spec. 38 ss.

¹¹ C. dir. uomo, Grande Camera, 23 maggio 2016, *Avotiņš* c. Lettonia (ric. n. 17502/

Quarta Sezione¹², nel quale veniva lamentata l'omessa notifica di una sentenza di merito cipriota, dichiarata esecutiva in Lettonia, in apparente contrasto con l'art. 34, n. 2) del Reg. Bruxelles I, pur senza constatare una violazione dell'equo processo nel caso concreto, in quanto il ricorrente avrebbe, in effetti, potuto impugnare la decisione nello Stato di origine¹³. La vicenda è di particolare interesse, poiché sia lo Stato di origine della decisione (Cipro) sia lo Stato richiesto (Lettonia) sono anche Stati membri dell'Unione Europea e, dunque, partecipano a un sistema di cooperazione giudiziaria fondato sul principio di fiducia reciproca, che vede come eccezionali le ipotesi di rifiuto del riconoscimento di una sentenza resa in un diverso Stato membro¹⁴.

2. – Prima di addentrarci nella delicata questione relativa all'ampiezza dei rimedi esperibili nello Stato d'origine da parte del contumace (involontario), appare utile sintetizzare lo stato dell'arte della circolazione delle decisioni (contumaciali e non) nello spazio giudiziario europeo.

Come noto, le decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale rese in uno Stato dell'Unione Europea sono ammesse a

07). La pronuncia è pubblicata in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 219 ss., con nota di M. Pacini, *Oltre Bosphorus: Avotiņš e il controllo Cedu sugli atti nazionali in funzione europea*.

¹² C. dir. uomo, 25 febbraio 2014, *Avotiņš* c. Lettonia, ric. n. 17502/07.

¹³ Cfr. A. Ciampi, M. Stella, *Principio della protezione equivalente fra UE e CEDU*, cit., 5 ss. Critica rispetto alla soluzione offerta dalla *Grande Chambre*, S. Marino, *Il limite dell'ordine pubblico processuale alla circolazione delle decisioni giurisdizionali*, in *Dir. un. eur.*, 2017, spec. 120, la quale rileva la contraddittorietà della decisione: «nella specie, la notificazione non era avvenuta né regolarmente, né in modo efficace, privando il convenuto addirittura della conoscenza della causa fino alla fase esecutiva. In questo quadro, era difficile immaginare che il convenuto potesse procedere in alcun modo alla tutela dei suoi diritti. Invece, proprio la scorretta instaurazione del procedimento di merito e la mancata notificazione della relativa decisione avrebbero potuto essere considerati indici della violazione dell'equo processo. Inoltre, tale lesione era difficilmente contestabile nello Stato d'origine (Cipro): se è vero che esistevano ivi rimedi giurisdizionali, questa informazione è stata assunta solamente nell'udienza presso la Corte europea, sulla base delle allegazioni di un Governo (quello cipriota), originariamente convenuto».

¹⁴ Cfr., tra le altre, Cass., 18 gennaio 2017, n. 1239, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, 1041 ss. che ribadisce la natura eccezionale del diniego di efficacia.

spiegare i propri effetti negli altri Stati membri alle condizioni stabilite dal Reg. (UE) n. 1215/2012, che ha sostituito il precedente Reg. CE n. 44/2001 (meglio noto come Reg. Bruxelles I)¹⁵ e si applica a tutte le decisioni emesse in materia civile e commerciale da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, indipendentemente dalla natura di tale autorità, a conclusione di procedimenti iniziati a decorrere dal 10 gennaio 2015.

La principale semplificazione introdotta dal Regolamento Bruxelles I-bis è quella di aver abolito la procedura intermedia per ottenere la dichiarazione di esecutività del provvedimento straniero nello Stato membro richiesto, meglio noto come *exequatur*¹⁶, trasferendo l'onere di attivazione sulla parte interessata, che potrà esperire tre tipologie di azioni: i) l'azione di accertamento della riconoscibilità della sentenza straniera, o di assenza di motivi di diniego al riconoscimento (art. 36, par. 2); (ii) l'azione di diniego del riconoscimento (art. 45, par. 4); (iii) l'a-

¹⁵ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss. Le disposizioni in esso contenute riproducono, sia pure con alcune modifiche e semplificazioni, le regole della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, cui si è sostituito, tanto da essere anche denominato appunto «Bruxelles I». Tra i numerosi contributi sul Reg. Bruxelles I, si rinvia, tra gli altri, a S.M. Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, 6^a ed., Torino 2009; P. De Cesari, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino 2011; F.P. Mansi, *Il giudice italiano e le controversie europee*, Milano 2004. Sul tema specifico della circolazione delle decisioni giudiziarie, cfr. C. Tuo, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e reciproca fiducia*, Milano 2012; O. Lopes Pegna, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, Padova 2009; E. D'Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino 2007. Sulla questione relativa all'applicazione – *ratione temporis* – del Reg. (CE) n. 44/2001, in luogo del successivo Reg. (UE) 1215/2012, ai fini della corretta esecuzione delle decisioni straniere nello spazio giuridico europeo, v. E. Terlizzi, *Esecutività delle decisioni straniere – Esecuzione delle decisioni straniere e applicazione del Regolamento (CE) n. 44/2001*, in *Giur. it.*, 2022, 1877 ss.

¹⁶ La procedura dell'*exequatur* (oggi abrogata) trova disciplina negli artt. 38 ss. del regolamento Bruxelles I. Essa si articola in due fasi: la prima, necessaria e a carattere unilaterale, in quanto si svolge *inaudita altera parte*, al soggetto contro cui è domandato il riconoscimento e/o l'esecuzione; la seconda, eventuale, dacché presuppone l'iniziativa del soggetto controinteressato, stavolta però nel pieno contraddittorio tra le parti.

zione di diniego dell'esecuzione (art. 46). Da un lato, quindi si prevede l'immediata (*i.e.* senza alcun filtro) esecuzione delle decisioni rese negli altri Stati membri; dall'altro, è riconosciuta, per la prima volta espressamente, la possibilità di opporsi al riconoscimento della decisione nello Stato *ad quem*, sulla base dei medesimi motivi (sebbene con qualche aggiustamento) già previsti dal regolamento Bruxelles I¹⁷, ma con un iter procedurale diverso e ben più snello.

Così, l'art. 46 Reg. 1215 prevede che «su istanza della parte contro cui è chiesta l'esecuzione, l'esecuzione di una decisione è negata qualora sia dichiarata la sussistenza di uno dei motivi di cui all'articolo 45». Invero, ai sensi del combinato disposto degli artt. 45 e 46 del Regolamento Bruxelles I-*bis*, è riconosciuto alla parte nei cui confronti sia stata avviata o anche solo minacciata l'esecuzione di una decisione straniera di contestare la sua riconoscibilità (art. 45, par. 4) e la sua esecutività (art. 46), dimostrando la ricorrenza di uno o più delle seguenti ragioni ostative: a) la manifesta contrarietà della pronuncia all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; b) nelle ipotesi di contumacia del convenuto, la circostanza che la domanda giudiziale o atto equivalente non siano stati notificati o comunicati al convenuto in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che, pur avendone possibilità, questi non si sia avvalso degli strumenti impugnatori previsti dal diritto interno dello Stato d'origine per censurare la decisione; c) la contrarietà della sentenza estera ad una decisione emessa tra le medesime parti nello Stato membro richiesto ovvero ad altra pronuncia emessa precedentemente tra le medesime parti in un altro Stato membro o in un paese terzo e recante il medesimo oggetto e il medesimo titolo, purché possa essere riconosciuta nello Stato membro richiesto; d) la circostanza che il giudizio

¹⁷ Per un'analisi delle non così rilevanti modifiche apportate in materia di motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione, si rinvia a F. Carpi, M. Taruffo (diretto da), *Commentario breve al codice di procedura civile. Ultimissime sul processo civile. 'Filtro' in appello, giudizio di cassazione, impugnazione dei licenziamenti, notificazioni. Appendice di aggiornamento 2013*, Padova 2013, sub art. 45 (Regolamento (UE) n. 1215/2012), 167 ss.

a quo si sia concluso con la pronuncia di una decisione, sebbene ivi sia intervenuta una violazione delle disposizioni di cui alla sez. 6 del capo II, o alle sez. 3, 4 e 5 del capo II, sempre che il contraente debole ivi abbia assunto la veste di convenuto.

Ad una primissima lettura, la previsione di cui all'art. 45, lettera b), potrebbe apparire l'unica concernente le decisioni contumaciali (prima era l'art. 34, n. 2, Reg. Bruxelles I), consentendo al giudice dello Stato richiesto di rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione della decisione straniera resa nella contumacia del convenuto, quando non gli è stato notificato l'atto introduttivo in tempo utile¹⁸ e in maniera tale da consentirgli di predisporre (utilmente, appunto) le proprie difese, purché la parte soccombente non abbia avuto modo di impugnare la pronuncia dinanzi alle competenti autorità dello Stato d'origine.

A ben vedere, invece, tale disposizione riveste carattere speciale, essendo posta a presidio specifico del diritto di difesa e, più in generale, dell'equo processo (*fair trial*) previsto e tutelato all'art. 6, par. 1, CEDU¹⁹, nell'ambito del principio generale riconducibile all'ordine pubblico sostanziale e processuale²⁰ (nozione mutevole e suscettibile di diversa applicazione negli Stati membri), alla cui tutela è invece preposto il primo motivo di cui alla lett. a). Trattasi, dunque, di un motivo ostativo che non rende sufficiente l'irregolare o intempestiva (o addirittura mancata) notifica dell'atto introduttivo, ma diventa motivo di diniego del riconoscimento soltanto nel caso in cui il contumace non abbia avuto la possibilità di far valere tale doglianza nello Stato di origine della decisione, onde rimediare-

¹⁸ Per completezza, deve ricordarsi che già l'art. 34, n. 2, Reg. Bruxelles I, aveva eliminato il controllo sulla regolarità della notificazione (secondo la legge del giudice dello Stato *a quo*), conservando soltanto la verifica che la notifica avvenisse appunto «in tempo utile».

¹⁹ Lo sviluppo della nozione di ordine pubblico processuale ai fini della circolazione delle sentenze è analizzato, in particolare, da C. Tuo, *La nozione di ordine pubblico processuale tra Bruxelles I e CEDU*, in *Riv. un. eur.*, 2010, 923 ss.

109 V. infra, nel testo.

²⁰ In dottrina, tra i molti contributi, v. G.P. Romano, in *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, a cura di A. Bonomi, Torino 2009, 163 ss.; O Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea* Milano, 2012.

vi²¹. In questo senso, la mancata notifica o comunicazione delle domande attoree «in tempo utile perché [il convenuto] possa presentare le proprie difese» costituisce un motivo autonomo di diniego al riconoscimento e all'esecuzione della sentenza straniera, mentre è nel concetto di ordine pubblico di cui alla lett. a), che dovrebbero farsi rientrare tutte le altre violazioni del diritto fondamentale di difesa²².

Detto in altri e conclusivi termini, il requisito *de quo* si attiva, impedendo la circolazione semplificata della decisione contumaciale all'interno dello spazio giudiziario europeo, unicamente quando vi sia la necessità di restituire ad una delle parti la possibilità di avvalersi di quel «giusto processo» che non ebbe luogo nello Stato di origine. Vedremo però, a tal fine, che un ruolo fondamentale avrà la notificazione o comunicazione della «decisione», la cui nozione va però correttamente intesa.

3. – Tra le modifiche introdotte dal Reg. Bruxelles I-bis

²¹ Cfr. M. De Cristofaro, *La crisi del monopolio statale dell'imperium' all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in *Int'l Lis*, 2004, 141 ss., spec. 143 e in C. Consolo, M. De Cristofaro, *Il diritto processuale civile internazionale visto da Int'l Lis*, 1109 ss., spec. 1115;

M. De Cristofaro, *L'onere di impugnazione della sentenza quale limite al rilievo dei vizi nella fase introduttiva del giudizio chiuso da sentenza contumaciale: tra diritto di difesa e 'full faith and credit'* (nota a C. Giust. CE, 14 dicembre 2006, C-283/05), in *Int'l Lis*, 2007, 7 ss.; E. Merlin, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Reg. 'Bruxelles I'*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 433 ss., spec. 439. In giurisprudenza v. C. Giust. CE, 14 dicembre 2006, C-283/05, *ASML Netherlands BV c. Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS)*, in *Int'l Lis*, 2007, 7 ss.; cfr. altresì C. Giust. UE, 28 aprile 2009, C-420/07, *Apostolides c. Orams*, dispositivo e punto 77 della motivazione, in *Obbl. contr.*, 2009, 758.

²² Il motivo ostativo rappresentato dalla contrarietà all'ordine pubblico si rinviene pressochè costantemente nelle convenzioni internazionali. Sulla questione si veda C. Fontana, *La circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale: dalla convenzione di Bruxelles al Reg. comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 291 ss., spec. nt. 71 e 72. Sul ruolo che svolge la protezione dell'ordine pubblico in materia di riconoscimento delle decisioni straniere, si rinvia a M. De Cristofaro, *Ordine pubblico «processuale» ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale «europeo»*, in *Contr. impr.*, 2008, 563 ss.; F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova 2007, 190 ss.; O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., *passim*.

quella che interessa maggiormente in questa sede è la nuova nozione di «decisione» (da alcuni definita «decisione europea»²³) – già intesa in senso piuttosto ampio in ragione dell’apporto evolutivo della Corte di giustizia²⁴ – secondo cui deve considerarsi tale qualsiasi provvedimento emanato da un organo giurisdizionale nel contraddittorio, anche solo potenziale, tra le parti interessate, indipendentemente dal carattere sommario del procedimento e dal carattere definitivo o meno della decisione stessa²⁵.

Seguendo questa traiettoria, l’art. 2 Reg. (UE) 1215/2012 conserva anzitutto e ripropone la nozione storica di decisione contenuta negli artt. 25 e 32 rispettivamente della Convenzione di Bruxelles e del Reg. (CE) 44/2001, idonea a ricomprendere «a prescindere dalla denominazione usata, qualsiasi decisione emessa da un’ autorità giurisdizionale di uno Stato membro, compresi un decreto, un’ ordinanza, una decisione o un mandato di esecuzione, nonché una decisione relativa alla determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere».

Per la verità, la lettera della disposizione contiene già limiti intrinseci, evidentemente deducibili dagli stessi presupposti applicativi del Regolamento Bruxelles I-*bis*²⁶, che già e ancor prima delimitano la nozione di decisione. Oltre ai noti presupposti

²³ L’efficace espressione è di F. Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012*, Milano 2015, 319.

²⁴ In proposito, C. Giust. UE, 15 novembre 2012, causa C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG c. Samskip GmbH*; C. Giust. UE, 6 giugno 2002, causa C-80/00, *Italian Leather Spa c. WECO*; C. Giust. CE, 13 luglio 1995, causa C-474/93, *Hengst Import BV c. Anna Maria Campese*; C. Giust. CE, 2 giugno 1994, causa C-414/92, *Solo Kleinmotoren GmbH c. Emilio Boch*. Sul tema, cfr., *ex plurimis*, A. Carratta, *La sentenza civile straniera fra «riconoscimento» ed «estensione dell’efficacia»*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1157 ss.

²⁵ Si ricordi che il sistema europeo differisce sensibilmente in questo aspetto dalla legge italiana sul diritto internazionale privato e processuale (L. 31 maggio 1995, n. 218), la quale richiede, infatti, il passaggio in giudicato della decisione di cui si richiede il riconoscimento o l’esecuzione. In proposito, v. fra tutti, A. Carlevaris, *L’accertamento giudiziale dei requisiti per il riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, 71 ss.

²⁶ Quelli che E. Merlin in *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento «Bruxelles I»*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 449, definisce «presupposti generali» e che E. D’Alessandro, *Il riconoscimento, riconoscimento delle sentenze straniere*

geografico-temporali, va infatti ricordato il limite *ratione materiae*: l'oggetto della domanda proposta e il corrispettivo contenuto della decisione devono inerire alla «materia civile e commerciale», rilevando in proposito non solo la formulazione della domanda principale, bensì pure quella delle eventuali domande accessorie spiegate, indipendentemente dalla materia cui si riferisce la domanda principale²⁷.

Gli elementi di novità ricorrono, invece, nel capoverso successivo dello stesso articolo, specialmente dedicato a delimitare i contorni della nozione di decisione con riferimento ai provvedimenti provvisori e cautelari.

Il nuovo art. 2 precisa al secondo comma della lettera a) che «Ai fini del capo III, la «decisione» comprende anche i provvedimenti provvisori e cautelari emessi da un'autorità giurisdizionale competente a conoscere nel merito ai sensi del presente regolamento». La disposizione annovera, quindi, tra le decisioni, per così dire, circolanti, esclusivamente le misure provvisorie e cautelari emesse dal giudice potenzialmente competente nel merito, secondo i criteri uniformi di cui agli artt. 4 ss.²⁸.

Ulteriore profilo di novità riguarda l'esclusione dalla nozione di decisione delle misure provvisorie e cautelari rese *inaudita altera parte*, «a meno che la decisione contenente il provvedimento sia stata notificata o comunicata al convenuto prima dell'esecuzione», nel chiaro intento di escludere dal sistema Bruxelles solo quei provvedimenti che realizzino appieno il

re, Torino, 2007, XIX, n. 4, nell'ottica di un sistema di riconoscimento automatico, chiamerebbe requisiti «positivi», in contrapposizione ai requisiti ostativi.

²⁷ In proposito, v. C. Giust. CE, 6 marzo 1980, C-120/79, *Louise de Cavel c. Jacques de Cavel*. Per una specifica trattazione dell'ambito di applicazione del Reg. Bruxelles I-bis, cfr. S.M. Carbone, C. Tuo, *Il nuovo spazio europeo in materia civile e commerciale, Il Regolamento UE n. 1215/2012*, Padova 2016, 26 ss.; F. Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione): evoluzione e continuità del 'sistema Bruxelles-I' nel quadro della cooperazione giudiziaria europea in materia civile*, 4^a ed., Milano-Padova 2015, 53 ss.

²⁸ Si noti che nel testo del Reg. UE 1215/2012 non è presente alcuna definizione di «provvedimenti provvisori o cautelari, sicché deve continuare a farsi riferimento alle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. V., in questo senso, C. Giust. UE, 26 marzo 1992, C-261/90, *Mario Reichert, Hans-Heinz Reichert and Ingeborg Kockler*, spec. 34. in Raccolta, 1992, I-02149, 34.

c.d. effetto sorpresa²⁹, in quanto completamente incompatibili coi principi di ordine pubblico, stavolta soprattutto processuale, che contraddistinguono l'ordinamento euro unitario. L'art. 42, n. 2, lettera c) dello stesso Reg. conferma pienamente questa impostazione, laddove richiede, tra la documentazione da fornire per ottenere la certificazione richiesta ai sensi dell'art. 53 qualora il provvedimento sia stato disposto senza che il convenuto sia stato invitato a comparire, «la prova della notificazione o comunicazione della decisione»³⁰.

È evidente, dunque, che l'inclusione dei provvedimenti *inaudita altera parte* conferma la possibilità, già da molti anni affermata nella giurisprudenza europea (e occasionata proprio in tema dei medesimi provvedimenti), della circolazione delle decisioni contumaciali, se si è rispettato il principio del contraddittorio e il convenuto contumace abbia avuto l'effettiva possibilità di difendersi³¹. E quel che ne deriva, insomma, è che nel novero delle decisioni circolanti v'è addirittura quella emessa in assenza di contraddittorio, purché il riconoscimento o esecuzione, nel territorio dello Stato richiesto, sia stata preceduta da notifica o comunicazione, di cui possa darsi prova nel già richiamato attestato *ex art. 53, Reg. 1215*. Si tratta, in realtà, non già di un'assenza totale di contraddittorio, ma di un contraddittorio quantomeno virtuale o differito a tutela della parte nei cui confronti i provvedimenti esplichino i propri effetti³².

²⁹ Come fa notare A. Leandro, *Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012 ('Bruxelles I-bis')*, cit., 583 ss.

³⁰ Lo stesso concetto è espresso nel Considerando n. 33, dove si esplicita chiaramente che «[omissis] i provvedimenti provvisori, compresi i provvedimenti cautelari, disposti da un'autorità giurisdizionale senza che il convenuto sia stato invitato a comparire, non dovrebbero essere riconosciuti ed eseguiti a norma del presente regolamento a meno che la decisione comprendente il provvedimento sia stata notificata o comunicata al convenuto prima dell'esecuzione. Ciò non osta a che i provvedimenti siano riconosciuti ed eseguiti a norma della legislazione nazionale».

³¹ Il principio è stato affermato per la prima volta nel caso C. Giust. CE, 21 maggio 1980, C-125/79, *Denlauler c. Snc Couchet Frères*, poi ripresa nei casi *Hengst Import* (Corte di Giustizia, 13 luglio 1995, C-474/93, *Hengst Import BV c. Anna Maria Campese*) e *Maersk Olie* (4 ottobre 2004, C-39/02, *Maersk Olie*).

³² In proposito, S.M. Carbone, C. Tuo, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, cit., 375.

4. – Come abbiamo visto, anche laddove il contumace ricerca nell'impresa di dimostrare l'inadeguatezza delle modalità introduttive del processo a consentire un corretto dispiegarsi del suo diritto di difesa, la comunicazione o notificazione della decisione risulta comunque indispensabile ai fini della dimostrazione di quella 'possibilità' per il contumace di impugnare la decisione con i rimedi previsti nell'ordinamento di origine.

Tale possibilità esclude *de facto* rilevanza ai vizi formali nell'instaurazione del contraddittorio sino al punto di poter 'disinnescare' il motivo di cui all'art. 45, lett. b). In questo modo, viene sostanzialmente messo 'in mora' il convenuto contumace almeno con riguardo all'utilizzo dei rimedi impugnatori previsti nello Stato *a quo* (analoghi, ad esempio, al nostro art. 327, comma 2, c.p.c.), e ciò in virtù sia del principio della concentrazione delle difese nel giudizio straniero sia del principio dell'esaurimento dei mezzi di impugnazione nello Stato d'origine.

In questa prospettiva, la parte onerata della comunicazione o della notificazione di un atto giudiziale avrà tutto l'interesse a utilizzare una delle modalità previste dal nuovo Regolamento (UE) 2020/1784 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativo alla «notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale»³³, sostitutivo del precedente Reg. (CE) n. 1393/2007³⁴, anche quando il carattere

³³ Regolamento (UE) 2020/1784 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale («notificazione o comunicazione degli atti») (rifusione). Tra i primi commenti, v. B. Barel, *Le notificazioni nello spazio giuridico europeo dopo il Regolamento (UE) 2020/1784*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2022, 531.

³⁴ Regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale. I contributi sul tema sono molti: cfr., tra questi, P. Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, 5° ed., Milano 2015, 156 ss.; G. Campeis, A. De Pauli, *Le regole europee ed internazionali del processo civile italiano*, Padova 2009, 275 ss.; F. Falconi, *Il regolamento n. 1393/2007 sulla notificazione di atti giudiziari ed extragiudiziali negli Stati Membri*, in *Il processo civile e la normativa comunitaria*, a cura di S. Scarafoni, Torino 2012,

transnazionale della fattispecie non appaia *ictu oculi*³⁵.

Ciò, tuttavia, non sarà sufficiente al fine di garantire alla decisione il riconoscimento nello Stato *ad quem*: la perdurante assenza di regole processuali uniformi nei diversi Stati membri, infatti, non consente di ricollegare alla mera notificazione e/o comunicazione della decisione nonché alla presenza di un rimedio impugnatorio la certezza e soprattutto l'effettività di un'adeguata tutela del diritto di difesa. Il contumace, pertanto, dovrà avere ancora la possibilità di dimostrare l'inefficienza o l'ineffettività dei rimedi contemplati nell'ordinamento d'origine, che lo abbiano sostanzialmente privato della possibilità in concreto di ottenere, tramite un gravale, la caducazione della decisione. Ma si può fare anche un passo ulteriore: dopo il caso *Avotiņš* c. Lettonia, vi sarà da chiedersi con sempre maggiore insistenza se lo stesso giudice possa rilevare d'ufficio non solo tutti o alcuni dei motivi di non riconoscibilità della decisione straniera, ma anche l'effettività degli stessi rimedi.

Per rispondere a questo interrogativo e, ancor prima, per comprendere la ripartizione dell'onere della prova soprattutto nell'azione di diniego del riconoscimento, l'assenza di una indicazione normativa a livello euro-unitario sembra comportare l'esigenza, se non vera e propria necessità, di confrontarsi con il diritto nazionale proprio di ciascun Stato membro.

Venendo al nostro ordinamento, pare subito abbastanza chiaro che il giudizio di diniego, trattandosi di accertamento 'negativo' e avendo ad oggetto i motivi ostativi, sarà caratterizzato da un'inversione solo formale dei ruoli³⁶ e, pertanto, la

465 ss.; P. Franzina, *La notificazione degli atti giudiziari e stragiudiziali in ambito comunitario*, in *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, a cura di A. Bonomi, Torino 2009, 217 ss.; C. Rasia, *Il regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativo alla notificazione degli atti giudiziari e extragiudiziali in materia civile e commerciale*, in *Manuale di diritto processuale civile europeo*, a cura di M. Taruffo, V. Varano, Torino 2011, 253 ss.; S.A. Villata, *Il Regolamento C.E. sulle notificazioni di atti giudiziari negli Stati membri*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 153 ss.

³⁵ In proposito, cfr. C. Giust. UE, 11 novembre 2015, *Tecom Micam*, causa C-223/14.

³⁶ Non diversamente da quanto accade nell'opposizione all'esecuzione (615 ss. c.p.c), che è un mezzo di tutela di mero accertamento a parti invertite in senso formale (non in senso sostanziale), senza inversione dell'*onus probandi*. In proposito, v. tra tutti, A.

prova dei fatti impeditivi o estintivi (nella specie, motivi ostativi) spetterà al convenuto contumace che si opponga al riconoscimento o all'esecuzione³⁷, com'è del resto tipico in tutti i processi oppositivi.

Problema ulteriore è se sia possibile per il giudice rilevare d'ufficio la sussistenza dei motivi ostativi non allegati dalle parti. L'opinione prevalente, soprattutto per il *favor* verso la riconoscibilità, è quella che esclude la rilevabilità d'ufficio dei motivi ostativi, i quali dovrebbero essere pertanto invocati espressamente dalla parte interessata³⁸, anche sul presupposto che l'azione di diniego è rimessa all'«istanza del creditore» (artt. 45-46 reg. n. 1215/2012) e pertanto, «sarebbe da considerare – nel sistema del nostro art. 112 c.p.c. – come una disposizione che attribuisce il rilievo dell'eccezione alla sola parte interessata»³⁹. Altre voci autorevoli hanno proposto, invece, di volgere

Tedoldi, P. Cagliari, *Opposizione all'esecuzione e riparto degli oneri di allegazione e di prova*, in *Giur. it.*, 2023, 1848.

³⁷ Cfr. E. D'Alessandro, *Il titolo esecutivo europeo nel Regolamento n. 1215/2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1052 ss.

³⁸ In ciò differenziandosi il Reg. 1215/2012 rispetto al sistema delineato dalla l. n. 218/1995.

In dottrina v. C. Consolo, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 20 ss. In giurisprudenza, la Cassazione ha avuto occasione di pronunciarsi soltanto in relazione al giudizio *ex art. 67* della l. 218/1995 (che in realtà nella nostra categorizzazione corrisponde al giudizio di riconoscimento di cui all'art. 36, par. 3) ed ha ritenuto che la verifica dei requisiti debba essere compiuta d'ufficio. In proposito, cfr. Cass. 22 luglio 2004, n. 13662, ove si afferma: «L'indagine relativa alla sussistenza di tali requisiti deve essere compiuta dal giudice anche d'ufficio (a prescindere, cioè, dai termini in cui la richiesta sia stata formulata dalla parte richiedente), tale essendo l'ambito di accertamento ad esso devoluto dall'art. 67 della legge n. 218/1995, anche se, com'è ovvio, l'indagine d'ufficio incontrerà i limiti delle risultanze processuali, restando a carico della parte che abbia chiesto il riconoscimento (il mancato riscontro delle prescritte condizioni)».

³⁹ Così E. D'Alessandro, *Il titolo esecutivo europeo nel Regolamento n. 1215/2012*, cit., 1053, nell'ottica di un *favor* verso la riconoscibilità. Per l'impossibilità del rilievo d'ufficio, cfr. S.M. Carbone, *Il nuovo spazio giudiziario*, cit., 352; E. Gualco, G. Rizzo, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie nel regolamento Bruxelles I bis*, in *Dir. comm. int.*, 2014, 658 ss. Cfr., altresì, F. Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012*, Milano, 2015, 396 ss., il quale però distingue tra azione di accertamento positivo e azioni di diniego: nel primo caso, il rilievo d'ufficio, sarebbe possibile; viceversa, nell'azione di diniego «prevala la logica tradizionale che considera gli ostacoli ai principi di 'libera circolazione' alla stregua di una eccezione invocabile soltanto dalle parti interessate; essa implica infatti

lo sguardo al «rilievo pubblicistico» o meno di alcuni dei motivi di diniego, sì da giustificare rispettivamente la possibilità di rilevare d'ufficio solo alcuni tra questi⁴⁰.

A parere di chi scrive, non sembra invece possibile negare *tout court* il rilievo ufficioso in sede di azione di diniego del riconoscimento (ma lo stesso varrebbe nel caso di azione di riconoscimento *ex art.* 36 Reg.⁴¹), a maggior ragione nel nostro ordinamento, ove proprio l'art. 112 c.p.c. sancisce il principio generale per cui le eccezioni di merito sono rilevabili anche d'ufficio in difetto di una disposizione di legge che attribuisca il potere di rilievo alla sola parte: se il giudizio di diniego del riconoscimento ha ad oggetto i motivi di diniego e nessuna norma

che sia rimesso alla parte opponente il potere di eccepire il mancato rispetto di una o più condizioni di efficacia».

⁴⁰ G.P. Romano, *Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento Bruxelles*, in A. Bonomi, *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino 2014, 160, ritiene che siano rilevabili d'ufficio solo i motivi che proteggono interessi statali. Sul punto è interessante richiamare la relazione esplicativa elaborata da F. Pocar sulla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale conclusa a Lugano il 30 ottobre 2007, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. 319 del 23.12.2009 e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, 244 ss. Nella Relazione Pocar (156) si legge infatti, sia pure con riferimento al reg. Bruxelles I: «La questione se il giudice del ricorso possa considerare d'ufficio tutti o alcuni dei motivi di non riconoscibilità della decisione straniera è stata a lungo dibattuta nel Gruppo ad hoc che ha elaborato la nuova procedura per l'esecuzione delle decisioni, con particolare riguardo alla manifesta contrarietà del riconoscimento della decisione all'ordine pubblico. (...) Questo dibattito non trova riscontro in alcuna specificazione normativa circa i poteri del giudice che si pronuncia sul ricorso (...). L'assenza di una indicazione normativa comporta pertanto che la questione se il giudice possa accertare i motivi di rifiuto d'ufficio o su istanza di parte è questione che dovrà essere risolta dal giudice stesso alla luce dell'interesse pubblico che l'ordinamento al quale appartiene può avere ad intervenire per impedire il riconoscimento della decisione. Quando questo interesse pubblico non sussista e il motivo di rifiuto appaia posto essenzialmente nell'interesse della parte contro cui viene chiesta l'esecuzione, l'onere di dedurre l'esistenza sarà lasciato alla parte interessata. Una valutazione in proposito non può pertanto che essere effettuata alla luce del diritto nazionale».

⁴¹ Qui la questione è forse più semplice: trattandosi di azione di accertamento (positivo), infatti, l'attore potrà allegare e provare la sussistenza dei requisiti positivi, che sarà in tal caso abbastanza agevole grazie al certificato *ex art.* 53 Reg. 1215/2012, quale mera prova documentale sulla sussistenza di questi ultimi, limitandosi ad allegare la non sussistenza di motivi ostativi al riconoscimento e/o all'esecuzione; spetterà, a questo punto, al convenuto allegare e provare la sussistenza di motivi ostativi, salva ovviamente l'operatività del principio di non contestazione *ex art.* 115 c.p.c.

prevede che le questioni ad essi attinenti possano essere rilevate solo dall'interessato, appare quasi scontata la rilevabilità (anche) d'ufficio dei motivi ostativi⁴².

Né si crede possa avere rilievo, in senso opposto, l'*incipit* «su istanza di parte» degli artt. 45 e 46: è evidente che il riferimento è alle modalità introduttive del giudizio, ché altrimenti, in assenza di sottoposizione della controversia all'autorità giudiziaria, opererebbe il riconoscimento e l'esecutività automatica. Né ancora si ritiene che il «rilievo pubblicistico» di alcuni soltanto dei motivi ostativi (si pensi alla violazione delle competenze protettive di cui all'art. 45, lett. e) possa operare come *discrimen* del potere di rilievo d'ufficio e men che meno come una sorta di classifica dei motivi ostativi: l'interesse pubblico generale sotteso al riconoscimento automatico o all'esecutività delle decisioni nello spazio giuridico europeo è senz'altro prioritario e regge l'intero sistema Bruxelles.

Ad ogni modo e volendo sintetizzare, ricordata la consueta distinzione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato, anche il riparto degli oneri di allegazione, di contestazione e probatori non potrà dunque che seguire le regole consuete: il contumace (opponente) potrà fondare la domanda di diniego del riconoscimento o dell'esecuzione (art. 45 par. 4 e 46), allegando e provando i motivi che privano la decisione di quella riconoscibilità e/o esecutività che le spetterebbe invece *ex lege* nello Stato di destinazione. La verifica della sussistenza di uno o più motivi ostativi dovrà però essere compiuta dal giudice anche d'ufficio, tale essendo l'ambito di accertamento ad esso devoluto dagli artt. art. 45 e 46 Reg. 1215/2012, anche se, com'è ovvio, l'indagine d'ufficio incontrerà i limiti delle risultanze processuali.

Non pare scalfire questa impostazione neppure quanto affermato dalla *Grande Chambre* nel caso *Avotiņš*, in cui la Corte ha ritenuto di porre l'onere della prova in ordine alla sussistenza e alla proponibilità di mezzi giurisdizionali di ricorso nello Sta-

⁴² In questi termini, E. D'Alessandro, *L'oggetto del giudizio di riconoscimento ed il relativo onere di allegazione e prova secondo la S.C.*, in *Int'l Lis*, 2004, 82.

to membro d'origine a carico della parte interessata. E ciò, si crede, non solo perché la Corte di Giustizia s'addentra in questioni processuali che fuoriescono dalla sua competenza, ma perché era semmai compito della Suprema Corte Lettone accertare un simile profilo alla luce della normativa nazionale di riferimento⁴³. Oltre a ciò, è la stessa *Grande Chambre* ad ammettere *apertis verbis* che il diritto dell'Unione europea non prevede una specifica disciplina sul punto e che nemmeno l'art. 6 CEDU stabilisce un onere siffatto⁴⁴.

5. – Al fine di riflettere sul passato, presente e futuro della decisione contumaciale, e promuovere una corretta applicazione del Regolamento Bruxelles I-bis, il Progetto di ricerca «Default Decision Defence: Default Judgments and the Rights of Defence in Brussels I-bis Regulation dell'Università di Verona» i cui risultati sono in parte confluiti in questo volume – si è occupato di analizzare gli effetti e le conseguenze legate alla mancata comparizione del convenuto, la compatibilità con i requisiti dell'art. 6 CEDU dei rimedi disponibili in base alle leggi nazionali e il modo in cui tali rimedi siano applicati dalle autorità giudiziarie degli Stati membri.

Uno strumento formidabile per comprendere la realtà degli Uffici giudiziari che si trovano a dover riscontrare le domande di riconoscimento o di diniego delle sentenze contumaciali si è rivelato il 'Questionario' predisposto dal *team* di studiosi dell'Università e inviato a professionisti, giudici, cancellerie, uffici legali con sede nell'UE, al fine raccogliere il maggior numero possibile di informazioni sull'effettivo impatto delle decisioni contumaciali, soprattutto con riferimento ai motivi di diniego del riconoscimento.

⁴³ Cfr. O. Feraci, *Mutuo riconoscimento e principio della protezione equivalente (Bosphorus)*, cit., 5, la quale rileva il rischio che la Corte europea «possa trasformarsi in giudice di quarta istanza, spingendosi persino ad interpretare il diritto interno di uno Stato contraente in violazione degli obblighi stabiliti dall'art. 19 della Convenzione». Sul punto, v. anche S. Marino, *Il limite dell'ordine pubblico processuale alla circolazione delle decisioni nella recente prospettiva delle Corti europee*, cit., 12.

⁴⁴ Si vedano in tal senso la *joint concurring opinion* dei giudici *Lemmens e Briede*, 3.

Attraverso il questionario sono stati raccolti due tipi di dati. I primi riguardano lo Stato di appartenenza e la professione di chi compila il questionario e l'esperienza pratica con il riconoscimento e/o l'esecuzione di sentenze straniere ai sensi del regolamento Bruxelles I (44/2001) o Bruxelles I-bis (1215/2012). Il secondo tipo di dati è relativo ai motivi di diniego del riconoscimento e/o dell'esecuzione di una decisione contumaciale e alla frequenza di dinieghi e relative impugnazioni.

La raccolta dei dati è avvenuta *online* attraverso la compilazione, completamente anonima, del questionario da parte dei soggetti intervistati. Con riguardo ai motivi di diniego, i risultati principali dell'indagine, suddivisi tra Italia (Tab. A) e altri Stati membri (Tab. B) intervistati, sono raffigurati nelle seguenti tabelle:

Tabella A

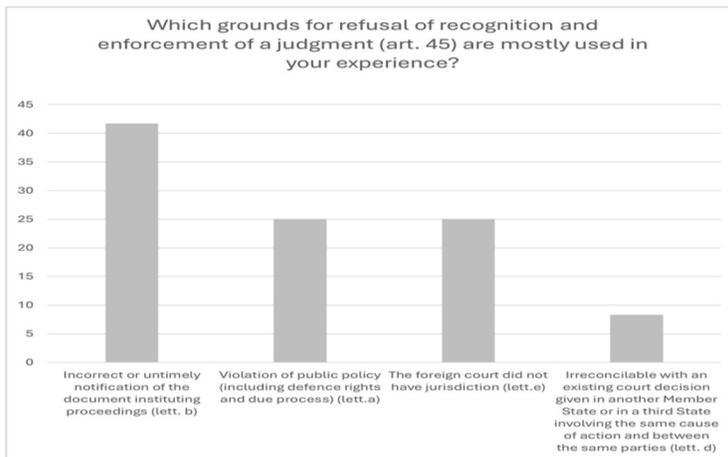


Tabella B



Come si evince dalle tabelle, i motivi di diniego più frequentemente invocati risultano quelli previsti dall'art. 45, lett. a) e lett. b), e dunque, rispettivamente, la violazione manifesta dell'ordine pubblico oppure l'errata o tardiva comunicazione o notifica al convenuto della domanda giudiziale (o di atto equivalente) della decisione contumaciale⁴⁵.

Malgrado sia emersa una generale scarsa confidenza con gli strumenti del riconoscimento e del diniego, la maggior parte dei soggetti intervistati ha dichiarato di aver visto raramente (o addirittura mai), nella propria esperienza, negare il riconoscimento delle decisioni contumaciali.

Viene da chiedersi, a questo punto, se tali conclusioni sarebbero (state) le stesse se vi fosse un'espressa disciplina in ordine alla ripartizione dell'onere della prova, al possibile rilievo

⁴⁵ Sulla circostanza che la quasi totalità dei casi vedono l'opposizione al riconoscimento facendo valere la violazione dei principi del giusto processo, v. già Cass., 3 marzo 1999, n. 1769, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 740 s., con nota di G. Campesi, A. De Pauli, *L'ordine pubblico processuale come condizione ostativa al riconoscimento in Italia delle sentenze straniere e di Paesi dell'Unione europea*. Cfr., più recentemente, Cass., 18 gennaio 2017, n. 1239, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2017, 1041 ss.

d'ufficio dell'esistenza e soprattutto, all'effettività dei rimedi giurisdizionali nello Stato membro d'origine.

Sebbene, infatti, il principio della mutua fiducia tra Stati membri UE consenta di presumere in qualche misura l'effettività, la giurisprudenza non è sempre costante sul punto ed anzi si interroga ancora sulla necessità della presenza di un rimedio giurisdizionale in astratto, oppure di un rimedio realmente 'effettivo', idoneo a tutelare gli interessi della parte⁴⁶.

Tanto è (troppo) frequente l'incertezza sui controlli e sulle verifiche da effettuare in sede di riconoscimento, tanto sorge netta la sensazione che l'efficacia di una decisione, soprattutto se contumaciale, dovrebbe richiedere una più ampia cognizione delle autorità giurisdizionali degli Stati membri in ordine al controllo, nel caso concreto, dell'effettiva osservanza dei diritti fondamentali (anche per il tramite della rilevabilità d'ufficio dei motivi ostativi), non già soltanto per assicurarne l'adeguata protezione, ma per costruire un'autentica e più solida fiducia reciproca tra gli Stati membri, che proprio il Reg. UE 1215/2012 vorrebbe preservare e garantire.

⁴⁶ Per l'Italia, v. M. Condinanzi, *I giudici italiani «avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno» e il rinvio pregiudiziale*, in *Riv. Un. Eur.*, 2010, 303 ss.

CAPITOLO VI

DIRITTI DI DIFESA DEL CONTUMACE E ORDINE PUBBLICO PROCESSUALE NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO DOPO IL CASO *GAMBAZZI*

di Ornella Feraci

SOMMARIO: 1. La struttura binaria della tutela del convenuto contumace nel sistema Bruxelles I. – 2. Un’analisi diacronica dei binari di tutela offerti dal diritto processuale europeo tra elementi di discontinuità e continuità. – 3. Gli orientamenti consolidati della Corte di giustizia dell’Unione europea nell’interpretazione della nozione di ordine pubblico processuale. – 4. Il test della proporzionalità e la soluzione del bilanciamento valoriale enunciati dalla sentenza *Gambazzi*. – 5. Le implicazioni di una lettura dell’ordine pubblico processuale in chiave di ordine pubblico dell’Unione Europea. – 6. Considerazioni finali tra passato e futuro.

1. – Fin dai tempi della Convenzione di Bruxelles del 1968¹, la tutela del convenuto contumace nei procedimenti civili offerta dal sistema Bruxelles I² (oggi da intendersi come delineato dal regolamento UE n. 1215/2012, cd. Bruxelles I-*bis*³ che ha sostituito il precedente regolamento CE n. 44/

¹ Convenzione conclusa a Bruxelles il 27 settembre 1968 (G.U. 1972, L 299, 32). D’ora in avanti «Convenzione di Bruxelles».

² Alla luce del processo di modifica e sostituzione degli strumenti rilevanti nel tempo, nel corso di questo scritto si userà per comodità l’espressione «sistema Bruxelles I» per riferirsi alle norme dettate all’inizio dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 fino a quelle più recenti e in vigore enunciate dal regolamento UE n. 1215/2012.

³ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (G.U. 2012, L 351, 1), applicabile alle azioni avviate a partire dal 10 gennaio 2015 e noto come regolamento Bruxelles I-*bis*.

2001⁴) è fondata su una struttura binaria. Il controllo richiesto al giudice dello Stato membro in sede di riconoscimento o esecuzione di una decisione resa da un giudice di un altro Stato membro implica infatti un giudizio sul rispetto dei diritti di difesa del convenuto contumace lungo due diverse prospettive: da una parte, attraverso il limite internazional-privatistico dell'ordine pubblico, nella sua dimensione di cd. ordine pubblico processuale, da operarsi ai sensi dell'art. 45, par. 1, lett. a)⁵, del regolamento Bruxelles I-*bis*; dall'altra, attraverso il controllo della corretta instaurazione del giudizio nello Stato membro di origine, da compiere secondo i canoni stabiliti dall'art. 45, par. 1, lett. b) del medesimo strumento⁶. Se nella prima direzione occorre valutare se la condizione di contumacia abbia implicato un'indebita compressione del diritto del convenuto a un equo processo per profili diversi rispetto alla corretta instaurazione del giudizio straniero, nella seconda direzione sopra evocata, il sistema Bruxelles I richiede di valutare se la domanda giudiziale o un atto equivalente siano stati notificati o comunicati al convenuto *in tempo utile e in modo tale* che quest'ultimo potesse presentare le proprie difese nel giudizio di origine. Tale

⁴ Regolamento del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (G.U. 2001, L 12, 1), noto come Bruxelles I.

⁵ Art. 45, par. 1, lett. a) del regolamento Bruxelles I-*bis*: «1. Su istanza di ogni parte interessata, il riconoscimento di una decisione è negato: a) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico (*ordre public*) nello Stato membro richiesto». Sull'ordine pubblico in questo contesto si vedano *ex multis*: A. Duran Ayago, *The Concept of International Public Policy and the Right to a Fair Process*, in *Cuad. der. trans.*, 2010, 250 ss.; Y.T. Nowak, V. Richard, *Article 45*, in *Brussels I-bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, a cura di M. Requejo Isidro, Cheltenham 2022, 638; U. Magnus, P. Mankowski, *Volume 1 Brussels I-bis Regulation – Commentary*, Köln 2016, 863 ss.

⁶ Art. 45, par. 1, lett. b) del regolamento Bruxelles I-*bis*: «1. Su istanza di ogni parte interessata, il riconoscimento di una decisione è negato: b) se la decisione è stata resa in contumacia, qualora la domanda giudiziale o un atto equivalente non siano stati notificati o comunicati al convenuto in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, questi non abbia impugnato la decisione». Su tale motivo ostativo si vedano i commenti di Y.T. Nowak, V. Richard, *Article 45*, in *Brussels I-bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, a cura di M. Requejo Isidro, Cheltenham 2022, 638.

accertamento incontra tuttavia un limite nella negligenza del convenuto rimasto contumace nello Stato membro di origine, ossia nell'ipotesi in cui la parte convenuta non abbia impugnato la decisione nell'ordinamento del foro, pur avendone avuto la possibilità, facendo valere, attraverso i rimedi predisposti a tal fine dal diritto processuale civile dello Stato d'origine, i vizi legati alla notifica, e alla conseguente conoscibilità, della domanda giudiziale. Ne consegue che, sulla base del suddetto motivo ostativo, il convenuto contumace può richiamarsi alla violazione dei diritti di difesa in sede di domanda di riconoscimento o esecuzione soltanto in caso di mancata disponibilità o inefficienza di idonei mezzi di tutela nel giudizio d'origine.

In verità, nel regime Bruxelles I, figura anche un ulteriore meccanismo di controllo anticipato, in quanto preliminare allo svolgimento del giudizio straniero sul merito della domanda, relativo al rispetto dei diritti di difesa del convenuto contumace, precedente dunque la fase di avvio, un tempo, del cd. giudizio di *exequatur*, oggi del cd. diniego dell'esecuzione (a seguito dell'abolizione dello stesso operata dal regolamento Bruxelles I-bis)⁷ nel cui contesto possono essere vagliati i due meccanismi di tutela poc'anzi descritti. Tale verifica preventiva è rimessa al giudice adito dello Stato membro di origine, il quale, in forza dell'art. 28, par. 2, del regolamento UE n. 1215/2012⁸ è

⁷ Articoli 46 ss. del regolamento Bruxelles I-bis. Sull'abolizione dell'*exequatur* e la procedura di diniego dell'esecuzione prevista da tale strumento si rinvia *ex multis* a O. Lopes Pegna, *Il regime di circolazione delle decisioni nel regolamento (UE) n. 1215/2012 ('Bruxelles I-bis')*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 1206 ss.; M. De Cristofaro, *The Abolition of Exequatur Proceedings: Speeding up the Free Movement of Judgments while Preserving the Rights of the Defense*, in *Int. journal proc. Law*, 2011, 432 ss.; P. Beaumont, L. Walker, *Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters in the Brussels I Recast and Some Lessons from It and the Recent Hague Conventions for the Hague Judgments Project*, in *Journal priv. int. law*, 2015, 31 ss.; D. Schramm, *Enforcement and the Abolition of Exequatur under the 2012 Brussels I Regulation*, in *Yb. priv. int. law*, 2013-2014, 143 ss.; P. Hovaguimian, *The enforcement of foreign judgments under Brussels I-bis: false alarms and real concerns*, in *Journal priv. int. law*, 2015, 212 ss.; E. Vallines Garcia, *Article 46-Article 51*, in *Brussels I-bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*, a cura di M. Requejo Isidro, Cheltenham 2022, 686 ss.

⁸ Tale disposizione corrisponde all'art. 26, par. 2, del reg. 44/2001.

tenuto a «(...) sospendere il processo fin quando non sarà accertato che al convenuto è stata data la possibilità di ricevere la domanda giudiziale o un atto equivalente in tempo utile per poter presentare le proprie difese, ovvero che sono state adottate tutte le misure a tal fine necessarie»⁹.

Il presente scritto, tralasciando ogni considerazione di natura processual-civilistica relativa alle criticità sollevate dalla pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Gambazzi*¹⁰ e dei procedimenti nazionali di *follow-up* della decisione¹¹, mira a offrire una riflessione sulla prima prospettiva di tutela del convenuto contumace sopra evocata, radicata sul limite dell'ordine pubblico processuale, in un'ottica strettamente internazional-privatistica. Tale indagine intende considerare il limite alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia resa in tema di osservanza del principio fondamentale dell'equo processo, con riguardo in particolare alla vicenda legata alla sentenza *Gambazzi*, allo scopo di tracciare le tendenze evolutive del fenomeno e i possibili percorsi di sviluppo.

2. – Se osserviamo complessivamente le norme di diritto processuale civile europeo rilevanti, adottando una prospettiva temporale in senso diacronico, emerge, a parere di chi scrive, una certa discontinuità di sviluppo tra le due forme di tutela del convenuto contumace in questo settore. Tale esito può apparire in parte sorprendente se consideriamo che un'analisi come quella appena proposta dovrebbe implicare, da un punto di vista logico, un'indagine dinamica sul succedersi degli eventi nel tempo in chiave anche evolutiva. Tuttavia, solo parzialmente

⁹ Sull'art. 28 del reg. Bruxelles I-bis si veda F.A. Koechel, *Article 28*, in *Brussels I-bis*, cit., 432 ss.

¹⁰ C. Giust. UE, 2 aprile 2009, *Gambazzi*, causa C-394/07, EU:C:2009:219.

¹¹ Su tali aspetti si rinvia al ricco e stimolante contributo di M. Stella, *Processo contumaciale e 'default judgments' nello specchio del 'fair trial' europeo*, cap. IV, in *questo volume*. In particolare, i profili di maggiore criticità processuale attengono alla questione se il provvedimento reso dall'autorità giudiziaria inglese a seguito del *debarment* possa effettivamente qualificarsi come decisione in materia civile ai fini del sistema Bruxelles I nonché alla tensione con il principio dell'equo processo derivante dalla mancata verifica della fondatezza nel merito della pretesa attorea.

si ha la sensazione che le linee di sviluppo delle due prospettive di tutela del convenuto contumace sopra evocate seguano una logica di progressione in cui il passaggio dal passato al presente e da questo, in via prognostica, al futuro presenti forme significative di avanzamento dal punto di vista interpretativo.

Da un lato, con riguardo al motivo ostativo specificamente dedicato alla tutela del convenuto contumace nell'esclusivo contesto della corretta instaurazione del giudizio straniero, emergono tendenze evolutive più evidenti di stampo protettivo. L'interpretazione del motivo ostativo di cui all'art. 45, par. 1, lett. b) del regolamento Bruxelles I-*bis*, infatti, ha formato oggetto negli anni di una lettura essenzialmente estensiva ad opera della Corte di giustizia, perseguendo una logica di rafforzamento della protezione del convenuto contumace, connessa all'approccio sostanziale, e non formale, seguito dalla disposizione. In tale ambito, in particolare, l'evoluzione sia normativa che interpretativa è stata nel senso di affermare il principio secondo cui, in sede di valutazione della suddetta causa ostativa al riconoscimento e all'esecuzione, non rileva la formale regolarità della notificazione dell'atto introduttivo, ma piuttosto l'effettiva possibilità per il convenuto rimasto contumace all'estero di presentare le proprie difese in giudizio¹².

Dall'altro, la sensazione che sembra emergere valutando, in chiave complessiva, le condizioni di tutela del convenuto contumace assicurate attraverso il diverso filtro dell'ordine pubblico processuale è quella *prima facie* di uno scenario, allo stato, maggiormente statico e cristallizzato, in ragione dei rigidi e consolidati indirizzi interpretativi seguiti dalla Corte di giustizia, più assimilabile, a parere di chi scrive, a un'istantanea anziché a un'immagine in movimento.

¹² Preme osservare che l'art. 34, punto 2, del reg. Bruxelles I, a differenza dell'art. 27, punto 2, della Convenzione di Bruxelles («Le decisioni non sono riconosciute: (...) 2) se la domanda giudiziale od un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace *regolarmente* ed in tempo utile perché questi possa presentare le proprie difese») (corsivo aggiunto) non richiedeva, così come non richiede l'attuale art. 45, par. 1, lett. b), del reg. Bruxelles I-*bis*, necessariamente la regolarità della notificazione o della comunicazione della domanda giudiziale.

In particolare, per quanto riguarda il motivo ostativo specificamente destinato alla tutela del convenuto contumace (art. 34, n. 2, del regolamento (CE) n. 44/2001, oggi corrispondente all'art. 45, par. 1, lett. b)), a partire dalla sentenza *ASML*¹³, è invalsa l'interpretazione secondo cui il motivo ostativo non implica che il convenuto contumace sia tenuto ad attivarsi oltre la misura della normale diligenza nella tutela dei propri diritti, per esempio, informandosi del contenuto di una decisione adottata in un altro Stato membro. Tale disposizione deve essere interpretata nel senso che un convenuto ha la «possibilità» di impugnare una decisione contumaciale emessa nei suoi confronti «(...) solo se abbia avuto effettivamente conoscenza del contenuto della decisione, mediante notificazione o comunicazione effettuata in tempo utile per consentirgli di presentare le sue difese dinanzi al giudice dello Stato di origine»¹⁴. Di conseguenza, per considerare che il convenuto contumace abbia avuto la possibilità, ai sensi della suddetta norma, di impugnare una decisione contumaciale emessa contro di lui, quest'ultimo deve aver avuto conoscenza del contenuto di tale decisione, il che presuppone che questa gli sia stata notificata o comunicata¹⁵. In caso contrario, in assenza di notifica o comunicazione della sentenza contumaciale, l'esecuzione di un tale provvedimento in un diverso Stato membro dovrà essere rifiutata.

In una successiva pronuncia, la Corte di giustizia ha indicato le modalità attraverso le quali deve essere compiuto il giudizio sulla tutela dei diritti di difesa del convenuto contumace nel procedimento dinanzi al giudice dello Stato membro richiesto,

¹³ C. Giust. UE, 14 dicembre 2006, *ASML*, causa C-283/05, EU:C:2006:787. Sul tema si vedano i commenti di M. De Cristofaro, *L'onere di impugnazione della sentenza quale limite al rilievo dei vizi nella fase introduttiva del giudizio chiuso da sentenza contumaciale: tra diritto di difesa e full faith and credit*, in *Corr. giur.*, 2006, 7 ss.; E. Pataut, *Des conditions de signification d'un jugement par défaut permettant de lui octroyer l'exequatur*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2007, 634 ss.; L. Idot, *Exécution d'un jugement rendu par défaut*, in *Europe*, 2007, 28; D. D'Adamo, *La 'possibilità' di impugnare la sentenza da parte del convenuto contumace ai sensi dell'art. 34, punto 2, reg. C.E. n. 44/2001*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1354 ss.

¹⁴ *ASML*, cit., 39.

¹⁵ *ASML*, cit., 40 e 41.

stabilendo che quest'ultimo, cui è vietato qualsiasi apprezzamento sul merito della controversia definita dal giudice dello Stato d'origine, in base all'art. 52 del regolamento Bruxelles I-bis (prima dell'art. 36 del regolamento 44/2001), è competente a verificare se l'eventuale notificazione o comunicazione della domanda giudiziale sia stata effettuata in tempo utile e in modo tale da consentirgli di presentare le proprie difese¹⁶.

Più di recente, con la sentenza *Lebek*¹⁷, anche rispetto alla nozione di impugnazione rilevante ai fini dell'operatività del suddetto motivo ostativo la Corte di giustizia ha accolto un'interpretazione estensiva, includendovi la richiesta di rimuovere un'eventuale preclusione, qualora il termine di legge per presentare un ricorso ordinario sia scaduto. Laddove sussistano le condizioni enunciate all'art. 19, par. 4, del regolamento n. 1393/2007¹⁸, se il convenuto contumace, quando avrebbe potuto farlo, non ha fatto valere il proprio diritto di chiedere la rimozione della preclusione per la presentazione di un ricorso ordinario stabilita dalla legge, il riconoscimento di una sentenza pronunciata in contumacia nei suoi confronti non può essere rifiutato in base al motivo ostativo sopra richiamato del sistema Bruxelles I¹⁹.

¹⁶ Così, C. Giust. UE, 6 settembre 2012, *Trade Agency*, causa C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531, punto 38.

¹⁷ Cfr. C. Giust. UE, 7 luglio 2016, *Lebek*, causa C-70/15, ECLI:EU:C:2016:524, 49.

¹⁸ Art. 19, par. 4, del reg. 1393/2007: «4. Quando un atto di citazione o un atto equivalente sia stato trasmesso ad un altro Stato membro per la notificazione o la comunicazione secondo le disposizioni del presente regolamento, e una decisione sia stata emessa nei confronti di un convenuto non comparso, il giudice ha la facoltà di rimuovere la preclusione derivante per il convenuto dallo scadere del termine di impugnazione, se sussistono le seguenti condizioni:

a) il convenuto, in assenza di colpa a lui imputabile, non ha avuto conoscenza dell'atto in tempo utile per difendersi o della decisione per impugnarla;

b) i motivi di impugnazione del convenuto non sembrano del tutto privi di fondamento. La richiesta di rimuovere la preclusione deve essere presentata entro un termine ragionevole a decorrere dal momento in cui il convenuto ha avuto conoscenza della decisione.

Ciascuno Stato membro ha la facoltà di comunicare, a norma dell'articolo 23, paragrafo 1, che tale domanda è inammissibile se è presentata dopo la scadenza di un termine che indicherà nella propria comunicazione, purché tale termine non sia inferiore ad un anno a decorrere dalla pronuncia della decisione».

¹⁹ *ASML*, cit., 45-47.

Una tale soluzione ha lo scopo di reintegrare il convenuto contumace nel suo diritto di promuovere un'azione in giudizio dopo la scadenza del termine previsto a tal fine dalla legge, garantendo l'effettivo esercizio dei suoi diritti di difesa e dunque il rispetto di un processo equo; essa assicura altresì il giusto equilibrio tra l'esigenza di garantire che le decisioni rese in uno Stato membro siano, in linea di principio, riconosciute e eseguite in un altro Stato membro, da un lato, e il rispetto dei diritti della difesa, dall'altro lato.

3. – Se consideriamo invece lo sviluppo temporale interpretativo della nozione di ordine pubblico processuale, come operante nel sistema Bruxelles I, emerge allo stato una sequenza temporale maggiormente granitica, improntata a un andamento apparentemente stabile, chiuso a futuri avanzamenti.

Secondo un orientamento consolidato, che affonda le sue radici nella Convenzione di Bruxelles del 1968²⁰, emerge, in primo luogo, la natura eccezionale del limite in quanto deroga a una libertà fondamentale sancita dal diritto dell'Unione nel contesto della circolazione intra-europea delle decisioni, cui corrisponde come corollario l'esigenza di ridurre al minimo il novero dei motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni straniere. L'interpretazione della nozione di ordine pubblico processuale nel contesto Bruxelles I si fonda quindi sulla considerazione generale secondo cui la causa ostativa in parola deve essere interpretata in modo restrittivo, così da garantirne un uso eccezionale ed estremamente accorto. Ciò discende dalla natura del limite come eccezione rispetto all'obiettivo generale perseguito dal sistema Bruxelles I, ossia quello di garantire la libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo, per

²⁰ P. Jenard, *Relazione sulla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in G.U.C.E.E. C 59/2, 44, dove, in relazione all'art. 27 n. 1 della Convenzione è precisato: «Il riconoscimento può essere rifiutato se è contrario all'ordine pubblico dello Stato richiesto. Secondo il parere del comitato, questa clausola deve applicarsi soltanto in casi eccezionali».

effetto del principio generale della fiducia reciproca nella giustizia in seno all'Unione Europea²¹ che trova fondamento nel diritto primario dell'Unione²². A partire dal regolamento n. 44/2001 tale esigenza restrittiva è stata espressamente codificata nel sistema Bruxelles I, precisando che la decisione straniera potrà essere rifiutata nei suoi effetti soltanto in quanto *manifestamente* contraria all'ordine pubblico dello Stato richiesto. Si tratta, peraltro, di una formula ricorrente in tutti gli strumenti di diritto internazionale privato europeo più recenti, ove è richiesto che il contrasto con l'ordine pubblico abbia un carattere manifesto. Il ricorso eccezionale all'ordine pubblico deve tenere anche in considerazione il divieto di riesame nel merito della decisione straniera che è precluso all'autorità giudiziaria dello Stato membro richiesto in sede di riconoscimento e esecuzione della sentenza straniera nel contesto intra-europeo: in altre pa-

²¹ La fiducia reciproca che gli Stati membri accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie permette peraltro di ritenere che, in caso di applicazione errata del diritto nazionale o del diritto dell'Unione, il sistema di rimedi giurisdizionali istituito in ciascuno Stato membro, integrato dal meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, fornisca una garanzia sufficiente ai soggetti giuridici interessati. Cfr. in proposito: C. Giust. UE, 16 luglio 2015, *Diageo Brands*, causa C-681/13, EU:C:2015:471, 63, nonché 25 maggio 2016, *Meroni*, causa C-559/14, EU:C:2016:349, 47. Sulla fiducia reciproca nel contesto del sistema Bruxelles I, si rinvia a X. Kramer, *Cross-Border Enforcement in the EU: Mutual Trust versus Fair Trial: Towards Principles of European Civil Procedure*, in *Int. journal proc. law*, 2011, 202 ss.; O. Lopes Pegna, *'Mutual trust', riconoscimento delle decisioni civili e tutela dei valori comuni nello spazio giudiziario europeo*, in *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno*, a cura di A. Annoni, S. Forlati, P. Franzina, Napoli 2021, 743 ss.; X. Kramer, *Cross-Border Enforcement and the Brussels I-bis Regulation: Towards A New Balance Between Mutual Trust and National Control over Fundamental Rights*, in *Netherlands int. law rev.* 2013, 343 ss.; O. Feraci, *Mutual Trust and Judicial Cooperation in Civil Matters: An Appraisal between Partial Achievements and New Challenges*, in *Studi sen.*, 2016, 656 ss.

²² Cfr. l'art. 4, par. 3, TUE, sul principio della leale cooperazione tra Unione e Stati membri. Inoltre, l'art. 67, par. 4, TFUE dispone che l'Unione facilita l'accesso alla giustizia, in particolare attraverso il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni e giudiziarie ed extragiudiziarie nella materia civile. Ai sensi dell'art. 81, par. 1, TFUE inoltre l'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nella materia civile avente una dimensione transfrontaliera, radicata sul principio del riconoscimento reciproco delle decisioni; a tal fine, in forza dell'art. 81, par. 2, lett. a) TFUE, l'Unione adotta misure volte ad assicurare il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziarie, nonché la loro esecuzione.

role, il giudice dello Stato richiesto non può negare il riconoscimento o l'esecuzione di detta decisione per il solo fatto che esista una divergenza tra la norma giuridica applicata dal giudice dello Stato d'origine e quella che avrebbe applicato il giudice dello Stato richiesto se gli fosse stata sottoposta la controversia. Allo stesso modo, il giudice del riconoscimento non può controllare l'esattezza delle valutazioni di diritto o di fatto operate dall'autorità giudiziaria d'origine. Inoltre, da un punto di vista formale, il limite dell'ordine pubblico nel sistema Bruxelles I-bis riveste un ruolo meramente residuale, nel senso che la disposizione è destinata ad essere utilizzata soltanto quando non siano invocabili le altre limitazioni enunciate nel medesimo articolo.

In secondo luogo, la giurisprudenza ha chiarito la tipologia di lesione rilevante indispensabile per invocare la clausola dell'ordine pubblico. Nella sentenza *Krombach*, di inizio millennio²³, la Corte di giustizia dell'Unione ha infatti stabilito che il ricorso a tale limite è ammesso soltanto al cospetto di una «decisione che contrasta in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto ledendone un principio fondamentale»²⁴. La lesione deve costituire una «violazione manifesta di una regola di diritto considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico»²⁵.

Nella sua abbondante giurisprudenza la Corte di giustizia ha inoltre enunciato il principio secondo cui il ricorso all'ordine pubblico deve essere considerato possibile solo nei casi eccezionali in cui le garanzie previste dall'ordinamento dello Stato membro di origine e dal sistema Bruxelles I non sono bastate a proteggere il convenuto da una violazione manifesta del suo diritto a difendersi dinanzi al giudice d'origine, come sancito dalla Convenzione europea dei diritti umani²⁶. Ciò che implica la

²³ C. Giust. UE, 18 marzo 2000, *Krombach*, causa C-7/98, EU:C:2000:164.

²⁴ *Krombach*, cit., 37.

²⁵ *Krombach*, cit., 37.

²⁶ *Krombach*, cit., 44.

possibilità di invocare l'ordine pubblico soltanto qualora la parte che ha esperito tutti i rimedi giudiziari a sua disposizione nello Stato d'origine, lo abbia fatto per contrastare la violazione, oppure non li abbia esperiti perché inefficaci o semplicemente perché non disponibili.

A tali aspetti si aggiunge un ulteriore paradigma, sempre enunciato nella sentenza *Krombach*, teso a scandire le modalità di invocazione del limite, secondo un preciso riparto di competenze tra Corte di giustizia e autorità giudiziaria dello Stato membro richiesto. A tale proposito, è stato elaborato il principio secondo cui, sebbene gli Stati membri restino, in linea di principio, liberi di determinare in sede di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere il contenuto dell'ordine pubblico, «conformemente alle loro concezioni nazionali», spetta tuttavia alla Corte di giustizia controllare *i limiti* entro i quali il giudice dello Stato membro richiesto possa fare ricorso alla nozione di ordine pubblico²⁷. Ciò che, ad esempio, può avvenire in relazione al rispetto del divieto di riesame.

Gli Stati membri sono liberi quindi di definire il contenuto dell'ordine pubblico, *conformemente alle loro concezioni nazionali*, ossia identificare un principio fondamentale del proprio ordinamento giuridico, rispetto al quale il riconoscimento o l'esecuzione della decisione straniera comporterebbero una lesione inaccettabile per il foro; tuttavia, la Corte resta competente a sindacarne i limiti di invocabilità. A tale proposito, è stato di recente affermato che, alla luce di tale riparto di funzioni, la Corte di giustizia può, nella sua missione interpretativa della nozione di ordine pubblico, e senza eccedere i limiti del proprio giudizio in via pregiudiziale, illuminare il giudice del rinvio sul punto di sapere se la tensione tra le conseguenze prodotte dal riconoscimento o dall'esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato membro e il principio invocato contro il riconoscimento o l'esecuzione costituiscono una violazione manifesta di tale principio. Tale approccio metodologico è divenuto il pilastro centrale sui cui è stata modellata l'operatività dell'ordine

²⁷ *Krombach*, cit., 22 e 23.

pubblico processuale nel quadro del sistema Bruxelles I: la sua centralità è stata ribadita anche nella sentenza *Gambazzi*. Tuttavia, come si dirà più avanti, pur nella sua rigidità, tale principio potrebbe dover essere integrato da ulteriori considerazioni idonee a delineare un possibile ripensamento in chiave nuova ed evolutiva del processo applicativo del limite internazional-privatistico in questo settore.

4. – La vicenda alla base di quest'ultima pronuncia solleva, com'è noto, un caso atipico di contumacia in un procedimento civile: si tratta infatti di una situazione di contumacia forzata in assenza di contraddittorio, conseguente alla mancata ottemperanza a specifici obblighi processuali fissati dal diritto inglese (nello specifico, ordini di *disclosure* ancillari ad una *mareva injunction*), ove la decisione contumaciale che ne è conseguita era stata emessa senza indagare il merito della domanda, e mentre peraltro era in corso, nel caso di specie, il giudizio di appello sul difetto di competenza giurisdizionale sollevato dal convenuto (Sig. *Gambazzi*) prima che quest'ultimo fosse escluso dal processo²⁸. Tale forma singolare di contumacia sanzionatoria è nota al diritto processuale civile inglese, ove il convenuto può trovarsi esposto all'allontanamento dal processo (*debarment*) per

²⁸ Sulla sentenza si vedano i commenti di E. D'Alessandro, *Provvedimento inglese di esclusione dal processo e diniego di riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico processuale. La Corte di giustizia si pronuncia sul caso 'Gambazzi'*, in *Foro it.*, 2009, 384 ss.; L. Idot, *Contempt of court et refus de reconnaissance pour atteinte à l'ordre public*, in *Europe*, 2009, 41 ss.; G. Cuniberti, *Debarment from Defending, Default Judgments and Public Policy*, in *IPRax*, 2010, 148 ss.; A. Duran Ayago, *El concepto de orden público internacional y el derecho a un proceso justo. Nota a la Stjce de 2 de Abril de 2009*, in *Cuad. der. trans.*, 2010, 250 ss. Sul follow-up in Italia della decisione della Corte di giustizia si veda E. D'Alessandro, *La Corte d'appello di Milano reputa il 'default judgment' emanato nel caso Gambazzi compatibile con l'ordine pubblico processuale italiano*, in *Int'l lis*, 2011, 146 ss. Sulle domande di esecuzione della stessa sentenza inglese in altri Stati e sul profilo di tensione con il rispetto dell'equo processo in sede di valutazione del limite dell'ordine pubblico processuale si vedano altresì M. De Cristofaro, *Stolzenberg, Gambazzi ed una 'successful avoidance' di un non troppo equo processo inglese* in *Int'l Lis*, 2006-2007, 46 ss.; M. De Cristofaro, *BGH: la giurisprudenza Gambazzi dinanzi alla Corte Suprema tedesca*, in *Int'l Lis*, 2009-2010, 5 ss.

non aver ottemperato ad un ordine del giudice, determinando così una condotta qualificabile in termini di oltraggio alla corte (*contempt of court*).

Com'è noto, nel caso di specie la Corte di giustizia, interrogata sulla possibile tensione tra l'istituto inglese del *debarment* e l'ordine pubblico processuale, in sede di richiesta di esecuzione della decisione inglese in Italia, ha rimesso al giudice dello Stato membro richiesto il potere di valutare la compatibilità della sentenza 'contumaciale' straniera²⁹ con l'ordine pubblico processuale. Quando si tratta di saggiarne la coerenza con il principio fondamentale di difesa del convenuto contumace, compreso nel giudizio d'origine, la sanzione processuale del *debarment*, per quanto draconiana ed estrema (agli occhi dei giuristi non di *common law*) non determina un'automatica incompatibilità con l'ordine pubblico dello Stato richiesto. Occorre piuttosto procedere ad una valutazione del procedimento nel suo complesso al fine di verificare se l'esclusione della parte del procedimento abbia limitato quest'ultima in modo sproporzionato nello svolgimento dei suoi diritti fondamentali, concretizzandosi in una *violazione smisurata e manifesta del diritto all'equo processo*³⁰.

In questo modo la Corte di giustizia ha individuato nel cd. «test di proporzionalità» tra l'obiettivo perseguito dalla sanzione processuale – ossia garantire un procedimento efficace – e i provvedimenti sanzionatori adottati nonché nel connesso bilanciamento valoriale degli interessi in gioco (rispettivamente,

²⁹ Si usano le virgolette vista la natura peculiare della decisione in questione. Sulla circostanza che quest'ultima non costituisca in senso tecnico una *default judgment* si rinvia nuovamente al contributo di Marcello Stella, in *questo volume*.

³⁰ *Gambazzi*, cit., 48: «il giudice dello Stato richiesto può tener conto, alla luce della clausola dell'ordine pubblico prevista da tale articolo, del fatto che il giudice dello Stato di origine ha statuito sulle domande del ricorrente senza sentire il convenuto, che si era regolarmente costituito, ma che è stato escluso dal procedimento con un'ordinanza per non aver ottemperato ad obblighi imposti con un'ordinanza adottata precedentemente nell'ambito dello stesso procedimento, qualora, in esito ad una valutazione globale del procedimento e considerate tutte le circostanze, ritenga che tale provvedimento di esclusione abbia costituito una violazione manifesta e smisurata del diritto del convenuto al contraddittorio».

quello alla libera circolazione della decisione straniera favorevole alla realizzazione del diritto di azione dell'attore e quello volto alla tutela dei diritti di difesa del convenuto contumace) il metodo di apprezzamento dei profili di contrasto della misura processuale inglese contestata con l'ordine pubblico processuale, fissando nel carattere «smisurato» della lesione del diritto all'equo processo il limite non oltrepassabile del giudizio concreto rimesso all'autorità giudiziaria nazionale: «Per quanto riguarda la sanzione adottata nella causa principale, ossia l'esclusione del sig. Gambazzi da qualsiasi partecipazione al procedimento, si tratta, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 67 delle sue conclusioni, della restrizione più grave possibile dei diritti della difesa. Pertanto, una restrizione simile deve rispondere a requisiti assai rigorosi per non essere considerata una violazione manifesta e smisurata di tali diritti»³¹. Se è vero che tale giudizio rimane soggetto alle valutazioni concrete (e quindi variabili) del giudice dell'esecuzione, la Corte di giustizia ha nondimeno offerto generiche indicazioni per guidare il giudice del rinvio nella valutazione concreta da essa richiesta enunciando alcuni criteri generali, fondati sul principio secondo cui l'apprezzamento deve essere svolto «in relazione al procedimento considerato nel suo complesso e sulla base dell'insieme delle circostanze»³². Tali criteri dovevano, nel caso di specie, prendere in considerazione non soltanto le condizioni in cui, al termine del procedimento dinanzi alla *High Court*, erano state adottate le decisioni di quest'ultima, delle quali era stata richiesta l'esecuzione, ma anche le condizioni in cui, in una fase precedente, erano stati emessi il «*disclosure order*» e l'«*unless order*»³³. Tale indagine doveva essere compiuta, tuttavia, senza violare il divieto di riesame del merito e limitandosi ad individuare gli strumenti giuridici che erano stati messi a disposizione del sig. Gambazzi, verificando che quest'ultimo, nell'ambito di detti strumenti, avesse fruito della possibilità di

³¹ *Gambazzi*, cit., 33.

³² *Gambazzi*, cit., 40.

³³ *Gambazzi*, cit., 41 e, sulle modalità specifiche di tali verifiche, da 42 a 45.

essere sentito, nel rispetto del contraddittorio e nel pieno esercizio dei diritti della difesa³⁴.

Nel rinviare agli altri contributi di questo volume le valutazioni circa le implicazioni processual-civilistiche del metodo di accertamento della violazione smisurata dell'equo processo enunciato dalla sentenza *Gambazzi* nonché, nello specifico, gli esiti dei relativi apprezzamenti giudiziali³⁵, ai fini degli obiettivi di questo scritto preme evidenziare un ulteriore profilo valorizzato dalla sentenza in esame, su cui si radica ogni ragionamento sul ruolo dei diritti della difesa come componente del principio ad un equo processo nel contesto del funzionamento dell'ordine pubblico internazionale. Tale decisione infatti ha chiarito, com'è noto, che l'esercizio dei diritti della difesa «occupa una posizione eminente nell'organizzazione e nello svolgimento di un processo equo e figura tra i diritti fondamentali che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, tra i quali particolare significato riveste la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»³⁶. Tale formula, seguendo la classica terminologia della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali³⁷, evidenzia come i diritti di difesa rilevino come principi generali del diritto dell'Unione e dunque come fonte interposta nella gerarchia delle fonti europee³⁸. Tale formulazione deve essere oggi integrata dall'acquisita dimensione costituzionale della protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuri-

³⁴ *Gambazzi*, cit., 46.

³⁵ Si rinvia in particolare agli approfondimenti di Marcello Stella in *questo volume*.

³⁶ *Gambazzi*, cit., 28. Cfr. in tal senso, anche *Krombach*, cit., 38 e 39.

³⁷ Basti ricordare che tale indirizzo consolidato risale alla sentenza 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, ECLI:EU:C:1969:57, 7.

³⁸ Cfr., art. 6, par. 3, TUE. Sull'irrinunciabilità della tutela dei valori del cd. ordine pubblico processuale in ambito europeo si rinvia a M. De Cristofaro, *Ordine pubblico 'processuale' ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale 'europeo'*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, a cura di V. Colesanti, C. Consolo, G. Gaja, F. Tommaseo, II, Padova 2009, 892 ss.

dico europeo, con riguardo, nello specifico, all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁹, a seguito del carattere giuridico vincolante nonché dello *status* di fonte di diritto primario conseguito dalla Carta, derivante dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁴⁰. Di tale sviluppo la sentenza *Gambazzi* non poteva dar conto per motivi temporali, essendo stata emessa precedentemente il 1° dicembre 2009. Se, come visto, la Corte di giustizia evoca in termini generici il principio dell'equo processo, senza indicare norme di riferimento, merita evidenziare che l'avvocato generale nelle conclusioni sul caso *Gambazzi* menzionava come parametri formali del diritto a un equo processo anche l'art. 6, par. 1, CEDU nonché l'art. 47 della Carta⁴¹ senza tuttavia trarne alcuna implicazione giuridica.

Tenendo fermo tale presupposto giuridico, la sentenza *Gambazzi* ha costituito l'occasione per chiarire nel contesto del sistema Bruxelles I che i diritti fondamentali, quali il rispetto dei diritti di difesa «non costituiscono prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni. Tuttavia, queste ultime devono rispondere effettivamente ad obiettivi d'interesse generale perseguiti dal provvedimento di cui trattasi e non costituire, rispetto allo scopo perseguito, una violazione manifesta e smisurata dei diritti così garantiti»⁴². Nel caso di specie, le ingiunzio-

³⁹ Art. 47 della Carta, intitolato «Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale»: «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

⁴⁰ Art. 6, par. 1, TUE.

⁴¹ Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott presentate il 18 dicembre 2008, causa C-394/07, *Gambazzi*, ECLI:EU:C:2008:748, punto. 41: «Il diritto a un equo processo, sancito dall'art. 6, n. 1, prima frase, CEDU e ribadito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, costituisce un diritto fondamentale che è parte integrante dei principi generali di diritto comunitario».

⁴² *Gambazzi*, cit., 29.

ni giudiziarie rivolte a Gambazzi prima del suo allontanamento dal processo («*freezing order*», «*disclosure order*» e «*unless order*») miravano a garantire l'equità e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia⁴³. Se è vero che ciò può giustificare una restrizione dei diritti della difesa, tuttavia «sanzioni siffatte non devono essere manifestamente sproporzionate rispetto allo scopo perseguito, che consiste nell'assicurare l'efficace svolgimento del procedimento al fine di una corretta amministrazione della giustizia»⁴⁴. Tale orientamento è stato confermato dalla giurisprudenza successiva della Corte di giustizia in tema di ordine pubblico processuale rilevante ai fini del sistema Bruxelles I⁴⁵. In particolare, nel caso *Trade Agency*⁴⁶, la Corte di giustizia ha statuito, rispetto a una decisione emessa in contumacia e priva di motivazione, che il giudice dello Stato richiesto poteva invocare l'ordine pubblico solo laddove avesse ritenuto, come indicato dalla sentenza *Gambazzi*, sulla base di una valutazione globale del procedimento e considerate le circostanze del caso, che la decisione, qualora fosse stata riconosciuta avrebbe comportato una lesione manifesta e smisurata del diritto del convenuto ad un equo processo, a causa dell'impossibilità di proporre appello contro tale decisione in modo utile ed effettivo⁴⁷.

Come valutare allora in chiave diacronica la prospettiva di tutela del convenuto contumace offerta dal vigente sistema Bruxelles I in relazione all'ordine pubblico processuale? Alla luce di quanto sopra delineato, si potrebbe avere la sensazione di essere di fronte più a una sincronia che a una diacronia, nella quale cioè presente e passato coincidono nella sostanza, senza spazi per future modifiche o novità. Ma è veramente così?

5. – In un parere *pro veritate*, reso durante il procedimento pendente dinanzi alla Corte di giustizia nel caso *Gambazzi*, il

⁴³ *Gambazzi*, cit., 30.

⁴⁴ *Gambazzi*, cit., 32.

⁴⁵ Cfr. C. Giust. UE, 17 novembre 2011, *Hypoteční banka*, causa C-327/10, ECLI:EU:C:2011:745 e sent. *Meroni*, cit.

⁴⁶ C. Giust. UE, 6 settembre 2012, *Trade Agency*, causa 619/10, ECLI:EU:C:2012:531.

⁴⁷ *Trade Agency*, cit., 62.

professor Neil Andrews dell'Università di Cambridge⁴⁸ sosteneva l'opportunità per la Corte di appello di Milano, cui era stato richiesto l'*exequatur* della decisione contumaciale inglese, di escluderne l'eseguibilità per motivi di ordine pubblico processuale. Oltre alle ragioni tecnico-giuridiche di questo convincimento, radicato sulle peculiarità del sistema processuale civile inglese, l'autore rilevava come il rifiuto dell'*exequatur*, dovuto al «fundamentally unfair procedural manner in which the English judgment has been obtained, (...) does not rest on a conception of procedural public policy peculiar to the Italian legal system. Instead, it rests on general principles of procedural fairness recognized by the European Court of Justice and enshrined in Article 6 of the European Convention on Human Rights»⁴⁹.

Questo passaggio costituisce, a mio avviso, una suggestione utile ad impostare in modo diverso il discorso sulla tutela del convenuto contumace nella prospettiva del sistema Bruxelles I e forse a prospettare, sul piano dell'equo processo, come veicolato dal limite internazional-privatistico, un possibile sviluppo. Come conciliare il rilievo secondo cui l'ordine pubblico processuale rilevante abbia una dimensione *lato sensu* europea, da enucleare alla luce dell'ordinamento giuridico dell'Unione e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo con il principio consolidato della giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui gli Stati membri sono liberi di stabilire il contenuto dell'ordine pubblico, secondo le proprie concezioni nazionali e con il potere riservato della Corte di giustizia di sindacare i limiti di tale ricorso? La risposta forse va cercata nella natura dell'ordine pubblico processuale che si ritiene potenzialmente leso da una pronuncia contumaciale straniera (*rectius*, di altro Stato membro) come quella rilevante nel caso *Gambazzi*. Ora, non vi è dubbio che il principio sopra richiamato della sentenza *Krombach* sia stato espresso pensando all'ordine pubblico nazionale,

⁴⁸ Cfr. A. Briggs, N. Andrews, *Il caso Gambazzi arriva ad un inatteso stop – Parere di Adrian Briggs (Oxford); Parere di Neil Andrews (Cambridge)*, in *Int'l Lis*, 2010-2011, 26 ss.

⁴⁹ A. Briggs, N. Andrews, *Il caso Gambazzi arriva ad un inatteso stop – Parere di Adrian Briggs (Oxford); Parere di Neil Andrews (Cambridge)*, cit., 42.

essendo il giudice dello Stato membro richiesto incaricato di valutare gli eventuali profili di tensione tra gli effetti del riconoscimento o esecuzione della decisione straniera e i valori fondamentali del sistema giuridico del foro. Tale aspetto processuale non esclude tuttavia di immaginare una dimensione ulteriore, sovranazionale, dell'ordine pubblico, il cui contenuto, rispetto al principio dell'equo processo, trovi fondamento nell'ordinamento giuridico dell'Unione, in particolare nella Carta dei diritti fondamentali e nella CEDU, per il ruolo fondamentale che essa svolge all'interno del sistema delle fonti europee. Non vi è dubbio, infatti, che l'art. 47 della Carta, invocabile direttamente nella fattispecie qui in esame, in quanto ricadente nel campo di applicazione materiale della stessa, come stabilito dall'art. 51, par. 1, della Carta⁵⁰, corrisponda anche a un principio generale dell'Unione che si impone a tutti gli Stati membri e che risulta definito dall'art. 6, par. 1, della Convenzione. Oltretutto l'art. 47 della Carta corrisponde, nel suo significato e nella sua portata, alla suddetta disposizione convenzionale, in forza del principio dell'interpretazione parallela stabilito dall'art. 52, par. 3, della Carta⁵¹. Preme quindi osservare che l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti umani condiziona già adesso, anche in assenza della formale adesione dell'Unione Europea alla CEDU, prospettata dall'art. 6, par. 2, TUE, l'applicazione delle regole di diritto processuale civile internazionale dell'Unione⁵², rilevando, direttamente, come visto, alla stregua di

⁵⁰ Art. 51, par. 1, della Carta: «1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente *nell'attuazione del diritto dell'Unione*. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze». La Carta nel caso di specie può essere invocata proprio perché il limite internazional-privatistico trova espressione nell'ambito di un regolamento (reg. 1215/2012) dell'Unione.

⁵¹ Art. 52, par. 3, della Carta: «3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

⁵² Cfr. in proposito O. Lopes Pegna, *L'incidenza dell'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2011,

principio generale, ossia di parametro di interpretazione, integrazione e legittimità del diritto derivato dell'Unione Europea, per effetto del richiamo unilaterale operato dall'art. 6, par. 3, TUE in favore della Convenzione nel suo complesso.

La sentenza *Gambazzi* allora, sia pure implicitamente, rappresenterebbe la prova di una tendenza più generale della Corte di giustizia in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere: quella ossia di mostrare come l'ordine pubblico, tradizionalmente inteso come strumento di tutela di valori strettamente nazionali possa altresì fungere, nel contesto europeo, da veicolo di promozione del processo di edificazione di valori comuni, in relazione, soprattutto, ai diritti fondamentali in tema di equo processo.

L'idea dell'esistenza di un ordine pubblico dell'Unione europea operante nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile e la tesi ad essa connessa di una distinzione tra ordine pubblico nazionale e ordine pubblico dell'Unione europea⁵³ non appaiono del resto così esotiche come un tempo.

La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia sembra peraltro supportare l'esistenza di una dimensione sovranazionale dell'ordine pubblico, nel senso di affermare che una lesione manifesta e smisurata del diritto del convenuto a un equo processo, come garantito dall'art. 47 della Carta giustifica il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico, in particolare dello stesso nella sua dimensione europea. Tale movimento trae la sua origine

29 ss.; G. Biagioni, *Art. 6 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: il diritto all'equo processo*, in *Dir. umani dir. int.*, 2022, 343 ss.

⁵³ Sul dibattito dottrinale relativo all'esistenza di un ordine pubblico dell'Unione Europea in ambito internazional-privatistico v. O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2012; A. Jeuneau, *Existe-t-il un «ordre public de l'Union européenne?»*, in *Revue dr. int. d'Assas*, 2018, 203 ss.; M. Fallon, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne*, in *Recueil des cours*, 1995, 253, 9 ss.; S. Poillot-Peruzzetto, *Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire*, in *Trav. com. fr. droit int. privé*, 2002-2004, 65 ss.; J. Basedow, *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence*, in *Mélanges P. Lagarde*, Paris 2005, 55 ss.; I. Thoma, *Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, Tübingen 2007; T. Struycken, *L'ordre public de la Communauté européenne*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Paris 2008, 617 ss.

nella sentenza *Eco Swiss*⁵⁴, ove la Corte di giustizia era stata chiamata a stabilire se un giudice nazionale investito di una domanda di annullamento di un lodo arbitrale dovesse accogliere tale richiesta laddove avesse ritenuto che tale lodo fosse contrario all'art. 81 Trattato CE sul divieto di intese restrittive della concorrenza (oggi art. 101 TFUE), mentre, secondo le sue regole di procedura interna, avrebbe dovuto accoglierla solo qualora tale sentenza fosse stata contraria all'ordine pubblico. In tale occasione la Corte ha inizialmente qualificato l'art. 101 TFUE come «una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati (all'Unione) e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno»⁵⁵. In secondo luogo, la Corte ha ritenuto che il giudice nazionale fosse tenuto, secondo le sue norme di procedura interna, ad accogliere una domanda di annullamento di un lodo arbitrale anche quando fondata sulla violazione di un divieto generale previsto da una norma europea di diritto primario. L'art. 81 del Trattato CE, pertanto, integrando il suddetto parametro di natura teleologico-funzionale, era da ritenersi espressivo di un principio di ordine pubblico comunitario⁵⁶.

A favore di una lettura in senso europeo del contenuto del limite internazional-privatistico possono essere richiamate altre pronunce della Corte di giustizia, ove sia pure più indirettamente, è possibile dedurre l'esistenza in filigrana di un simile sviluppo.

Nella causa *Régie Renault*⁵⁷, la Corte di giustizia ha chiarito che un eventuale errore di diritto, commesso dal giudice

⁵⁴ C. Giust. UE, 1° giugno 1999, *Eco Swiss*, causa C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269. Tra i numerosi commenti sulla sentenza cfr.: S. Poillot Peruzzetto, *L'ordre public international en droit communautaire. À propos de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés du 1 juin 1999*, in *Journ. dr. int.*, 2000, 299 ss.; E. D'Alessandro, *Processo arbitrale e diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2000, 1903 ss.; M. Ferrante, *Validità del lodo ed inderogabilità delle norme antitrust*, in *Dir. ind.*, 2000, 52 ss.; C. Oniboni, *Compatibilità del diritto comunitario con le norme processualinazionali in tema di passaggio in giudicato di una decisione arbitrale 'parziale'*, in *Corriere giur.*, 2000, 32 ss.; A.P. Komminos, *Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. V. Benetton International NV, Judgment of 1 June 1999, Full Court*, in *Common Market Law Review* 2000, 459 ss.

⁵⁵ *Eco Swiss*, cit., 36

⁵⁶ *Eco Swiss*, cit., 37.

⁵⁷ C. Giust. UE, 11 maggio 2000, *Régie Renault*, causa C-38/98, ECLI:EU:C:2000:225.

dello Stato membro d'origine, nell'applicazione del diritto dell'Unione, in particolare dei principi della libera circolazione delle merci e della libera concorrenza, «non costituisce una violazione manifesta di una norma essenziale dell'ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto»⁵⁸. Pertanto, il limite dell'ordine pubblico previsto all'epoca dall'art. 27, n. 1 della Convenzione di Bruxelles (oggi dall'art. 45, par. 1, lett. *a*) del regolamento Bruxelles I-*bis*) non poteva invocarsi per qualsiasi violazione del diritto comunitario (ovvero per erronea interpretazione dello stesso), ma esclusivamente nei casi eccezionali in cui ciò implicasse la violazione di principi fondamentali dell'allora diritto comunitario⁵⁹. Questa conclusione suggerisce che, quando è previsto il ricorso all'ordine pubblico sulla base del fatto che il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione giudiziaria si scontra con un elemento dell'ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto, sia la questione se si tratti di un principio fondamentale di tale ordinamento, sia, eventualmente, quella di sapere se il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione giudiziaria sia manifestamente in contrasto con tale principio fondamentale possono, o addirittura devono, essere chiarite dalla Corte di giustizia nella sua competenza interpretativa del diritto dell'Unione.

Questo sviluppo è corroborato dalla lettura della giurisprudenza più recente. Nella causa che ha dato luogo alla sentenza *Diageo Brands*⁶⁰, infatti, la Corte di giustizia ha statuito che il fatto che una decisione emessa in uno Stato membro sulla base di un errore nell'applicazione di certe disposizioni di diritto derivato fosse contraria al diritto dell'Unione non giustificava che tale decisione non venisse riconosciuta in un altro Stato membro per motivi di ordine pubblico. A tal fine, era necessario che l'errore di diritto invocato costituisse «una violazione manifesta di una norma giuridica considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dell'Unione, e dunque in quello dello Stato

⁵⁸ *Régie Renault*, cit., 34.

⁵⁹ *Régie Renault*, cit., 30.

⁶⁰ C. Giust. UE, 16 luglio 2015, *Diageo Brands*, causa C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471.

membro richiesto, o di un diritto riconosciuto come fondamentale in tali ordinamenti giuridici»⁶¹. Nello specifico, la norma della direttiva che si presumeva violata o meglio erroneamente applicata non assurgeva a norma fondamentale del sistema giuridico europeo.

Nella sentenza *Trade Agency*⁶², sia pure indirettamente, senza menzionare espressamente l'ordine pubblico dell'Unione europea, la Corte ha affermato che non poteva essere negata, per motivi di ordine pubblico processuale, l'efficacia di una decisione giudiziaria emessa in contumacia e che dirime la controversia nel merito, che non esamina né l'oggetto né il fondamento del ricorso ed è priva di qualsiasi argomento sulla fondatezza di quest'ultima, a meno che non ritenga, in esito ad una valutazione globale del procedimento e considerate tutte le circostanze pertinenti, che tale decisione comporti una lesione manifesta e smisurata del diritto del convenuto a un equo processo, sancito dall'art. 47, 2° comma, della Carta, a causa dell'impossibilità di proporre ricorso contro tale decisione in maniera utile ed effettiva⁶³. A tale riguardo, nel riferirsi al principio dell'equo processo la cui lesione smisurata dovrà essere accertata dal giudice del rinvio, la Corte ha fatto riferimento alle fonti europee del principio, ossia all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti umani, nonché soprattutto all'art. 47 della Carta: «tale diritto risulta dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è stato riaffermato all'articolo 47, secondo comma, della Carta, che corrisponde, come emerge dalle spiegazioni relative a tale articolo, all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU»⁶⁴.

Più esplicitamente nella recente sentenza *Charles Taylor*⁶⁵

⁶¹ *Diageo Brands*, cit., 68.

⁶² C. Giust. UE, 6 settembre 2012, *Trade Agency*, causa C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531.

⁶³ *Trade Agency*, cit., 62.

⁶⁴ *Trade Agency*, cit., 52.

⁶⁵ C. Giust. UE, 7 settembre 2023, *Charles Taylor Adjusting*, causa C-590/21, ECLI:EU:C:2023:633. Si vedano, in proposito, i commenti di G. Chiapponi, *The incompatibility of quasi anti-suit injunctions with the Brussels regime: some insights from the Charles Taylor Adjusting case*, reperibile su <https://eulawlive.com/> e L. Idot, Laurence, *Règlement «Bruxelles I» – Défait de reconnaissance pour violation de l'ordre public*, in *Europe*, 2023, 413 ss.

la Corte di giustizia è stata chiamata a valutare se talune decisioni inglesi (nella specie, una sentenza e alcune ordinanze emesse dalla High Court) potessero incontrare un ostacolo nella loro esecuzione in Grecia per contrarietà all'ordine pubblico, in particolare all'ordine pubblico dell'Unione europea (formula quest'ultima impiegata espressamente dal giudice del rinvio greco), essendo tali decisioni qualificabili in termini di «*quasi anti-suit injunctions*», cioè provvedimenti simili a inibitorie di azioni giudiziarie, che avrebbero impedito agli interessati di adire i giudici in Grecia⁶⁶. La Corte ha risposto che il giudice di uno Stato membro può negare il riconoscimento e l'esecuzione della decisione di un giudice di un altro Stato membro per contrasto con l'ordine pubblico, allorché tale decisione ostacola la prosecuzione di un procedimento pendente dinanzi ad un altro giudice di tale primo Stato membro, concedendo ad una delle parti un indennizzo pecuniario provvisorio a titolo delle spese da essa sostenute per avviare tale procedimento, per il motivo che, da un lato, l'oggetto di detto procedimento è coperto da un accordo transattivo, lecitamente concluso e omologato dal giudice dello Stato membro che ha pronunciato la decisione suddetta, e che, dall'altro, il giudice del primo Stato membro, dinanzi al quale è stato avviato il procedimento controverso, difetta di competenza per effetto di una clausola attributiva di giurisdizione esclusiva⁶⁷.

La questione circa la dimensione europea dell'ordine pubblico nel sistema Bruxelles I è stata da ultimo valorizzata dalle conclusioni presentate dall'avvocato generale Szpunar lo scorso 8 febbraio 2024 nel caso *Real Madrid Club de Fútbol*⁶⁸, ancora pendente dinanzi alla Corte di giustizia. La vicenda solleva

⁶⁶ *Charles Taylor Adjusting*, cit., 17 e 19.

⁶⁷ Sent. *Charles Taylor*, cit., 43.

⁶⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Szpunar presentate l'8 febbraio 2024 nella causa C-633/22, *Real Madrid Club de Fútbol*, ECLI:EU:C:2024:127. Per un primo commento si rinvia a M. Petersen Weiner, *El clásico 'of Recognition and Enforcement – A Manifest Breach of Freedom of Expression as a Public Policy Violation: Thoughts on AG Szpunar 8.2.2024 – Opinion C-633/22, ECLI:EU:C:2024:127 – Real Madrid Club de Fútbol*, reperibile su <https://conflictoflaws.net/2024/opinion-of-ag-szpunar-in-real-madrid-club-de-futbol/>.

la questione circa la tensione tra ordine pubblico ai sensi dell'art. 34, n. 1, del regolamento Bruxelles I (applicabile *ratione temporis* alla causa) e l'art. 11 della Carta sui diritti fondamentali dell'Unione Europea dedicato alla libertà di espressione, con riguardo, in particolare, a quella dei media e al loro pluralismo. La Corte di giustizia sarà così chiamata a valutare se, nell'ordinamento giuridico dell'Unione, la libertà di stampa garantita da tale norma primaria costituisca un principio fondamentale la cui violazione possa giustificare il ricorso alla clausola di ordine pubblico al fine di impedire l'esecuzione in uno Stato membro di una decisione resa dal giudice di un diverso Stato membro. La futura decisione della Corte di giustizia è destinata a rivestire un ruolo cruciale nell'interpretazione della nozione di ordine pubblico nel quadro del sistema Bruxelles I: è ragionevole pensare che le prossime valutazioni del giudice europeo, pur espresse rispetto alla dimensione materiale dell'ordine pubblico (principio della libertà di espressione), rappresenteranno un passaggio cruciale anche ai fini della definizione della nozione processuale di ordine pubblico qui in rilievo, segnando formalmente l'avvio di un percorso di riflessione più esplicito e articolato sulla dimensione sovranazionale del limite internazional-privatistico.

Nel caso di specie, dinanzi alle autorità giudiziarie francesi era stato domandato di concedere l'*exequatur* a una decisione spagnola che aveva condannato l'editore del quotidiano francese *Le Monde* e un giornalista francese che lavorava per quest'ultimo giornale al risarcimento dei danni derivanti da diffamazione internazionale in favore della società di calcio spagnola *Real Madrid*, conseguente a certe notizie apparse sul quotidiano e allusive a un presunto collegamento della squadra e della sua équipe medica a situazioni di doping. Le autorità francesi avevano rifiutato l'esecuzione della decisione per motivi di ordine pubblico invocando il principio fondamentale della libertà di espressione dei media. Nel rendere le sue conclusioni l'avvocato generale Spathis ha sostenuto, in primo luogo, che, alla luce dell'importanza della stampa in un sistema democratico, la libertà di stampa garantita dall'art. 11 della Carta costituisce un principio fondamentale nell'ordinamento giuridico dell'U-

nione idoneo a assurgere al rango di principio di ordine pubblico⁶⁹: in particolare l'art. 11, par. 2, della Carta che tutela la libertà e la pluralità della stampa presenta lo stesso significato e la stessa portata dell'art. 10 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo⁷⁰. Successivamente l'avvocato generale ha valutato l'adeguatezza dell'importo del danno applicando una valutazione graduale della proporzionalità, in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza di Strasburgo sul tema, da modulare diversamente a seconda delle condizioni finanziarie della società o della persona fisica destinatarie della decisione⁷¹. Laddove, secondo l'avvocato generale, il giudice del rinvio dovesse accertare un siffatto eccesso di effetto deterrente del provvedimento giurisdizionale *de quo*, l'esecuzione di quest'ultimo sarebbe in contrasto con l'ordine pubblico e lo Stato richiesto dovrebbe rifiutare l'esecuzione alla luce della manifesta violazione dell'art. 11 della Carta⁷², ossia di un principio di ordine pubblico dell'Unione Europea.

Nell'ambito delle suddette conclusioni risultano inoltre descritti i compiti della Corte di giustizia rispetto all'operatività dell'ordine pubblico in chiave europea: «(...) En conséquence, il appartient à la Cour uniquement d'interpréter le droit de l'Union, sans procéder à l'application de celui-ci. La Cour est tenue, dans sa mission d'interprétation du droit de l'Union, en premier lieu, de déterminer si le composant de ce droit constitue un principe fondamental de l'ordre juridique de l'Union. En second lieu, il appartient à la Cour de clarifier si les conditions de recours à la clause de l'ordre public, prévues par le droit de l'U-

⁶⁹ Conclusioni avvocato generale Sputznar, cit., 113.

⁷⁰ Conclusioni avvocato generale Sputznar, cit., 193. Cfr. C. dir. uomo, 7 giugno 2012, ricorso n. 38433/09, *Centro Europa e Di Stefano/Italia*, 129.

⁷¹ Conclusioni avvocato generale Sputznar, cit., 193. Rispetto alla società editrice, tale lesione si produrrebbe allorquando la sproporzione della lesione del principio sarebbe evidenziata da un effetto deterrente grave in cui l'importo dei danni potrebbe mettere a repentaglio le basi economiche della società. Con riguardo al giornalista, invece, il risarcimento dei danni sarebbe sproporzionato qualora quest'ultimo dovesse lavorare per anni in base al suo stipendio medio per pagare l'intero danno.

⁷² Conclusioni avvocato generale Sputznar, cit., 191.

nion, sont réunies au regard des éléments factuels présentés par une juridiction de renvoi»⁷³.

Se allora reimpostiamo il discorso muovendo dalla considerazione che il diritto a un equo processo non è un valore fondamentale definito a livello nazionale, ma piuttosto determinato a livello europeo per effetto dei parametri sovranazionali sopra menzionati, sorge la questione di capire se l'ordine pubblico processuale, tradotto in principio di ordine pubblico processuale dell'Unione europea, possa risultare maggiormente protettivo dell'ordine pubblico nazionale dello Stato membro richiesto, che risulta evocato nel caso *Gambazzi*.

Personalmente ritengo che l'esistenza di un ordine pubblico dell'Unione Europea in questo contesto non solo debba essere riconosciuta come *contenuto* dell'ordine pubblico derivante dall'appartenenza degli Stati membri all'ordinamento giuridico dell'Unione, di cui sono note le peculiarità nel contesto del diritto internazionale, ma anche come *contenitore* di principi fondamentali di origine sovranazionale cui debba essere attribuito un ruolo autonomo e coesistente rispetto all'ordine pubblico nazionale⁷⁴. La ricostruzione dei rapporti tra le due nozioni in termini di autonomia e coesistenza trae, a mio avviso, la propria ragion d'essere nell'architettura della «struttura costituzionale dell'Unione»⁷⁵, ossia il principio di attribuzione delle competenze, sancito dall'art. 5, par. 1, TFUE⁷⁶.

Le implicazioni giuridiche, a mio avviso, dell'esistenza di un ordine pubblico dell'Unione europea così congegnato implicano sul piano funzionale che, in forza della natura complementare della tutela dei diritti fondamentali offerta dalla Carta e dalla CEDU nei riguardi degli Stati membri dell'Unione⁷⁷, l'ordi-

⁷³ Conclusioni avvocato generale Sputznar, cit., 90.

⁷⁴ Mi sia permesso di rinviare in proposito alle tesi che ho sviluppato in O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, cit., spec. 350 ss.

⁷⁵ Tale espressione è stata enunciata in C. Giust. UE, 18 dicembre 2014, 2/13, *Accordo sull'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea sui diritti umani*, EU:C:2014:2454, 165.

⁷⁶ O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, cit., 354.

⁷⁷ Vedi in tal senso le conclusioni dell'avvocato generale Sputznar, cit., 69: «(...) la Charte et la CEDH forment, en matière civile et commerciale, un ensemble complé-

ne pubblico dell'Unione europea svolgerebbe una funzione correttiva e sussidiaria nei rapporti intra-europei, come valvola di sicurezza finale, al fine di consentire la promozione e l'osservanza di valori sovranazionali condivisi dagli Stati membri laddove i diritti fondamentali sanciti nell'ordinamento dell'Unione europea non abbiano trovato un'adeguata tutela nel contesto nazionale⁷⁸. Si dovrebbe in altre parole ricorrere all'ordine pubblico dell'Unione europea nei casi eccezionali in cui le garanzie previste dall'ordinamento dello Stato d'origine e dal sistema Bruxelles I non sono bastati a proteggere il convenuto da una violazione manifesta di un suo diritto fondamentale, garantito dalla Carta e dalla CEDU. Sembrerebbe andare in questo senso anche quanto affermato di recente dall'avvocato generale Sputznar nella vicenda *Real Madrid Club de Fútbol* sopra richiamata, ove è stato chiarito che: « (...) du point de vue de la CEDH, compte tenu des rôles différents du juge de l'État membre d'origine et du juge de l'État membre requis dans le cadre du régime de reconnaissance et d'exécution établi par le règlement Bruxelles I, fondé sur la confiance mutuelle, il suffit que le juge de l'État membre requis ait recours à la clause de l'ordre public pour remédier aux *insuffisances manifestes* de la protection des droits garantis par la CEDH»⁷⁹.

6. – Se, come visto, la consolidata rigidità interpretativa della Corte di giustizia espressa in tema di ordine pubblico processuale appare essere il tratto distintivo del percorso interpretativo sviluppato dalla Corte di giustizia attorno al limite internazionale-privatistico operante nel quadro del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni rese in materia civile e commerciale, tale tendenza potrebbe essere rinnovata dall'esplicita apertura in senso europeo del funzionamento dell'ordine pubblico. In attesa delle indicazioni che nel prossimo futuro giun-

mentaire de la protection des valeurs fondamentales pour l'Union et les États membres. C'est d'ailleurs cette complémentarité qui, au regard du fait que le droit de l'Union ne s'applique pas à chaque situation, contribue à la confiance mutuelle entre les États membres».

⁷⁸ O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, cit., 350 ss.

⁷⁹ Conclusioni avvocato generale Sputznar, cit., par. 128.

geranno dalla giurisprudenza europea, a partire dalla vicenda *Real Madrid Club de Fútbol* sopra richiamata, occorre tuttavia ricordare un elemento fondamentale anche per il processo di valorizzazione della tutela del convenuto contumace in questo contesto e che resterà fermo anche per il futuro. Com'è noto, infatti, il giudizio sulla sintesi raggiunta dal giudice dello Stato membro richiesto nel contesto del sistema Bruxelles I potrà essere rimesso all'eventuale sindacato giurisdizionale della Corte di Strasburgo, in sede di verifica dell'applicazione indiretta o *par ricochet* della Convenzione europea dei diritti umani. La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, potrà essere chiamata a verificare il rispetto della cd. presunzione di equivalenza della tutela dei diritti fondamentali assicurata dal diritto dell'Unione europea rispetto a quella garantita dalla Convenzione in settori del diritto dell'Unione condizionati dal rispetto del principio della fiducia reciproca tra Stati membri, come indicato dalla sentenza *Avotiņš c. Lettonia*⁸⁰ e per effetto del principio generale enunciato nella nota sentenza *Bosphorus*⁸¹. Nell'attuazione del sistema Bruxelles I ispirato ad un meccanismo di ri-

⁸⁰ C. dir. uomo, Grande Camera, 23 maggio 2016, *Avotiņš c. Lettonia*, ricorso n. 17502/07. Si vedano in proposito A. Ciampi, M. Stella, *Principio della protezione equivalente fra UE e CEDU e mutuo riconoscimento delle decisioni tra Stati membri: la sentenza della Corte EDU nel caso Avotins c. Lettonia*, in *Osservatorio sulle fonti* 2/2017, disponibile in www.osservatoriosullefonti.it, 2 ss.; O. Feraci, *Mutuo riconoscimento e principio della protezione equivalente (Bosphorus): riflessioni a margine della sentenza della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Avotiņš c. Lettonia*, in *Quaderni di Sidiblog*, 2016, 283 ss. Com'è noto, la Corte ha ritenuto che i giudici lettoni fossero tenuti a compiere un controllo sull'osservanza da parte dei giudici ciprioti delle regole relative all'equo processo in sede di riconoscimento della sentenza contumaciale straniera (difetto di comunicazione della domanda giudiziale come stabilito dall'art. 34, 2, del regolamento CE 44/2001), così come richiesto alla sentenza *Pellegrini c. Italia*, anche se il giudice d'origine apparteneva ad uno Stato parte della Convenzione e costituiva altresì uno Stato membro dell'Unione europea. Sia la sezione semplice che la Grande Camera della Corte di Strasburgo hanno escluso che vi fosse stata una violazione del principio dell'equo processo, art. 6, par. 1, CEDU.

⁸¹ C. dir. uomo, Grande Camera, 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, ricorso n. 45036/98; su di essa si vedano i commenti di E. Cannizzaro, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. dir. int.*, 2005, 762 ss. e A. Ciampi, *L'Union européenne et le respect des droits de l'homme dans la mise en œuvre*

conoscimento automatico delle decisioni, i giudici degli Stati membri sono infatti tenuti all'osservanza dei diritti fondamentali della persona e si presume che la protezione accordata a tale riguardo dal diritto dell'Unione sia equivalente a quella stabilita dalla Convenzione europea sui diritti umani. Nello svolgimento di tale giudizio, la Corte di Strasburgo potrebbe quindi essere in concreto chiamata a valutare se, nell'applicare le norme sul riconoscimento e l'esecuzione del sistema Bruxelles I, la tutela dei diritti fondamentali coinvolti risulti «manifestamente carente» («*manifestly deficient*»). Com'è noto, infatti, la suddetta presunzione non è assoluta e può essere superata dimostrando una *manifesta carenza* nell'ordinamento dell'Unione nella tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, situazione quest'ultima che, come chiarito dalla sentenza *Bosphorus*, rappresenta l'unica circostanza in cui l'interesse alla salvaguardia della cooperazione internazionale, posto alla base della teoria della protezione equivalente, potrebbe essere superato dal ruolo della Convenzione come «strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo»⁸².

des sanctions devant la Cour européenne des droits de l'homme, in *Revue gén. droit int. public*, 2006, 85 ss.

⁸² Sent. *Bosphorus*, cit., 156.

CAPITOLO VII

RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE ONLINE E COMPORTAMENTI OSTATIVI

di Giulia Bazzoni

SOMMARIO: 1. La ‘maggior tutela’ consumeristica. – 2. Il Pacchetto ADR e ODR Online. – 3. Caratteristiche delle Procedure ADR e ODR. – 4. La quarta parte del procedimento. – 5. Implicazioni dell’inattività del professionista sulla volontarietà del procedimento. – 6. Note conclusive: verso altre vie risolutive?

1. – L’Unione Europea (UE) ha promosso ‘nel tempo’ numerosi provvedimenti in favore dell’implementazione di modelli di risoluzione alternativa delle controversie (così detti ADR, acronimo di *Alternative Dispute Resolution*) all’interno degli Stati Membri¹. In specie, tali interventi sono stati modulati lungo le direttrici della funzione deflattiva del processo².

¹ Il presente contributo rappresenta l’elaborazione dell’intervento svolto il 27 ottobre 2023, nell’ambito della bella cornice del Seminario di Studi: «L’Istituto della Contumacia nell’Ordinamento italiano e *Beyond*. Passato, Presente e Futuro», presso l’Università di Verona.

² V. in proposito, B. Capponi, *Giustizia civile e accesso alla giustizia: nuovi modelli verso l’Europa?*, in *La tutela collettiva dei consumatori*, a cura di B. Capponi, M.G. Gasparinetti e M. Verardi, Napoli 1995, 150 ss.; V. Zeno-Zencovich, *Verso un diritto processuale dei consumatori*, in *NGCC*, 2009, 216 ss.; N. Posteraro, *L’amministrazione contenziosa: le ‘Alternative Dispute Resolution’ (con particolare riguardo alla figura del difensore civico)*, in *Il Processo*, 2021, 265 ss. Sull’origine del fenomeno delle ADR si rimanda, in particolare, a T.E. Frosini, *Un diverso paradigma di giustizia: le ‘alternative dispute resolution’*, in *Riv. AIC*, 2011, 1 ss.; G. Cassano, *Le nuove forme di ‘Alternative Dispute Resolution’ (ADR) nell’era di Internet*, in *Giur. it.*, 2005, 1002 ss. Per una prospettiva specifica nel settore bancario v. P. Sirena, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *NGCC*, 2018, 1370 ss.

Le modalità alternative di composizione del conflitto rappresentano uno dei punti cardine della strategia europea per stimolare la crescita del mercato interno e rafforzare così la fiducia collettiva dei consumatori³. Per tale motivo, il legislatore europeo tende a sponsorizzarne i benefici rispetto ai mezzi tradizionali⁴; invero, i procedimenti alternativi si caratterizzano per la loro informalità, la confidenzialità dei contenuti, l'adattabilità alle esigenze delle parti, nonché per la volontarietà della loro attivazione⁵.

In virtù della predilezione del legislatore europeo verso tutti questi procedimenti consensuali diretti ad una soluzione di conflitti per via extra-giudiziale, si tenterà di gettare luce su quegli elementi che possono osteggiare a siffatta transizione improntata alla deflazione del contenzioso ordinario. In particolare, nel presente lavoro si evidenzierà come gli stessi 'protagonisti' di questo procedimento, ossia le parti private, possano incidere, per mezzo della loro attività o inattività, sull'esito positivo dello stesso.

Tanto premesso, è evidente come sia in atto da tempo un processo di 'degiurisdizionalizzazione' da parte delle istituzioni europee⁶; un'evoluzione che si pone in diretta correlazione con l'esigenza – quasi culturale – di trovare mezzi alternativi effi-

³ Così V. Vigoriti, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *NGCC*, 2012, 313 ss.; G. Gioia, *L'esperienza della risoluzione alternativa delle controversie (Cadr) nell'Unione europea. A proposito di un volume collettaneo*, in *Giust. civ.*, 2013, 841 ss.

⁴ In effetti, i mezzi alternativi consentono, da una parte, di evitare che le parti debbano affrontare un processo dai tempi spesso lunghi e dai costi elevati; dall'altra parte, almeno nei casi di ADR fondate su un modello conciliativo, permettono alle parti di disporre delle proprie situazioni sostanziali con maggiore flessibilità. Così, *ex multis*, G. Rossolillo, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. un. eur.*, 2008, 349 ss.

⁵ F. Reggio, *Concordare la norma. Gli strumenti consensuali di soluzione della controversia in ambito civile: una prospettiva filosofica-metodologica*, Padova 2017.

⁶ O. Desiato, *Le politiche dell'Unione europea in favore della «degiurisdizionalizzazione» e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di ADR per i consumatori*, in *Resp. civ. prov.*, 2016, 172 ss.; C. Punzi, *La cd. «degiurisdizionalizzazione» della giustizia civile*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino 2015, 7 ss.

cienti rispetto al sistema giudiziario ordinario, nella logica di sostenibilità dell'apparato 'giustizia' nel suo complesso⁷.

Le procedure ADR mirano generalmente a garantire maggiore accessibilità ai mezzi di risoluzione delle controversie, attraverso una limitazione delle spese, tanto in termini di costi, quanto di tempo per le parti, soprattutto se poste in situazioni di asimmetria. Non solo, per mezzo del fondamento consensuale, si ambisce al raggiungimento di una soluzione condivisa al rapporto litigioso. Conseguentemente, tali strumenti si rivelano utili soprattutto per la risoluzione di controversie di valore non elevato, come perlopiù sono le controversie consumeristiche transfrontaliere⁸.

Di qui si comprende perché la disparità concreta di copertura nella qualità e conoscenza dell'ADR tra gli Stati membri sia avvertita come una barriera alla crescita del mercato interno⁹; specie se tale disegualianza nelle tutele accordate rappre-

⁷ M. Marinaro, *Mediazione civile: una nuova cultura del conflitto per ridare speranze di cambiamento alla giustizia*, in *Guida al diritto*, 2013, 10 ss. In proposito, tuttavia, la dottrina è concorde nell'affermare che i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie non costituiscono una risposta alla crisi della giustizia, bensì funzionano meglio nei sistemi nei quali la giustizia è efficiente. Sul punto v. *ex multis*, M.F. Ghirga, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 463 ss., spec. 467.

⁸ È bene precisare sin d'ora che tale conclusione è stata, in realtà, fortemente criticata da una parte della dottrina, secondo la quale la privatizzazione della risoluzione delle controversie di consumo, incoraggiata dalla normativa europea avrebbe complessivamente diminuito il livello di tutela dei consumatori, nonché incoraggiato la sostanziale disapplicazione di questo importante settore, in proposito G. Wagner, *Private law enforcement through ADR: wonder drug or snake oil?*, in *Private Market Law Review*, 2014, 165 ss. V. anche H. Eidenmuller, M. Engel, *Against False Settlement: Designing Efficient Consumer Rights Enforcement Systems in Europe*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2014, 261 ss. Per considerazioni analoghe, sebbene relative all'istituto della mediazione si rimanda a F. Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 200/52/Ce*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss.

⁹ In proposito il considerando 5 della Direttiva 2013/11/UE specifica che «l'ADR non è ancora sviluppata in maniera sufficiente e coerente nell'Unione. È deplorabile che, nonostante le raccomandazioni della Commissione 98/257/CE, del 30 marzo 1998, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, e 2001/310/CE, del 4 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale

senta una delle principali cause per cui molti consumatori evitano di effettuare acquisti transfrontalieri, nel timore che eventuali controversie con le imprese non possano essere risolte in modo rapido ed economico¹⁰.

È concesso affermare, allora, che l'assenza di mezzi alternativi mina, da una parte, l'affidamento del consumatore nella sicurezza del mercato e, dall'altra parte, alimenta una certa impressione di impunità per i professionisti.

Di conseguenza, la mancanza di strumenti di giustizia non attiene esclusivamente alla vicenda individuale tra singolo consumatore e l'impresa, ma ha una portata ben più ampia, dacché investe il buon funzionamento del mercato nel suo complesso. Del resto, la frammentazione è uno scenario indubbiamente pregiudizievole per la competitività.

Ebbene, la possibilità per i consumatori di accedere a procedure più facili, rapide e a basso costo ha un impatto non solo sul piano della giustizia in senso stretto, quanto *lato sensu* sul piano della tenuta del sistema mercato. In correlazione a ciò, l'accordare una maggior protezione – tramite strumenti nuovi – all'azionabilità delle pretese del consumatore permette di promuovere lo sviluppo uniforme del mercato unico europeo.

2. – Nel quadro descritto, l'adozione da parte dell'UE della Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie, nazionali e transfrontaliere, nello specifico ambito delle

delle controversie in materia di consumo, l'ADR non sia stato attuato correttamente e non funzioni in modo soddisfacente in tutte le zone geografiche o in tutti i settori economici dell'Unione. I consumatori e i professionisti non sono ancora a conoscenza dei meccanismi extraprocessuali di ricorso esistenti e soltanto un'esigua percentuale di cittadini sa come presentare un reclamo a un organismo ADR. Laddove le procedure ADR sono disponibili, i loro livelli qualitativi variano notevolmente da uno Stato membro all'altro e le controversie transfrontaliere non sono spesso trattate in modo efficace dagli organismi ADR». Ancora, prosegue al considerando successivo «le disparità nella copertura, nella qualità e nella conoscenza dell'ADR tra gli Stati membri rappresentano una barriera al mercato interno e sono da annoverare tra le ragioni per cui molti consumatori evitano di effettuare acquisti transfrontalieri e temono che eventuali controversie con i professionisti non possano essere risolte in modo facile, rapido ed economico».

¹⁰ In proposito, si rinvia alla relazione del governo italiano sulla Direttiva 2013/11/UE, reperibile online sul sito www.governo.it/sites/governo.it/files/78508-10164.pdf.

obbligazioni derivanti da contratti di vendita o di servizi, tra professionisti stabiliti nell'Unione Europea ed i consumatori ivi residenti (cd. Dir. ADR), nonché del Regolamento 2013/524/UE sulla composizione delle controversie online (anche detto Reg. ODR), ha rappresentato una tappa importante in risposta alla disparità di tutele processuali accordate ai consumatori in seno agli Stati ¹¹.

Tale disegno normativo viene definito come 'pacchetto ADR e ODR online': esso ha provato a rispondere all'esigenza di implementare il sistema di *dispute resolution* con nuovi strumenti stragiudiziali a beneficio dei consumatori. A ben vedere, tutto ciò parrebbe un tentativo di costruzione di un «diritto processuale proprio dei consumatori» nel panorama transfrontaliero *onlife* ¹².

In via specifica, il pacchetto ADR e ODR per i consumatori ha, in sintesi, reso vincolanti i principi del 'giusto processo' nelle ADR (competenza, imparzialità, trasparenza, efficacia, equità, libertà, legalità) e ha fissato i conseguenti adempimenti in

¹¹ In particolare, si fa riferimento alla Direttiva del 2013/11/UE del Parlamento europeo e del consiglio del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il Regolamento n. 2006/2004/CE e la Direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori). Tale Direttiva è stata poi recepita nell'ordinamento italiano tramite il D.lgs. 130 del 2015, che ha modificato il Codice del Consumo, introducendo i nuovi artt. da 141-*bis* a 141-*decies*. In chiave critica circa l'attuazione effettiva nel diritto nazionale delle disposizioni europee cfr. N. Scannicchio, *La falsa attuazione della finta direttiva per l'adr di consumo in Italia*, in *Contr. impr.*, 2019, 971 ss. Relativamente alla disciplina delle *Online dispute resolution*, invece, si rimanda al Regolamento 2013/524/UE del Parlamento europeo del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il Regolamento n. 2006/2004/CE e la Direttiva 2009/22/CE. (Regolamento sull'ODR per i consumatori). Tale atto normativo attiene, in specie, alle procedure destinate a risolvere extragiudizialmente le controversie tra imprese e consumatori originate dai contratti di beni e servizi stipulati online.

¹² Utilizzano questa espressione V. Zeno-Zencovich, M.C. Paglietti, *Verso un «diritto processuale» dei consumatori?*, in *NGCC*, 2009, 216 ss. Per quanto attiene al termine *onlife*, invece, esso è stato coniato dal noto studioso L. Floridi e dal suo gruppo di ricerca finanziato dalla Commissione europea al fine di sottolineare proprio la fusione ormai inscindibile tra vita reale e dimensione *online*. Per maggiori dettagli si faccia riferimento a L. Floridi, *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, Oxford 2014.

capo agli Stati membri, con riferimento sia alle ADR domestiche, sia a quelle transfrontaliere¹³.

È stato incentivato, dunque, un modello consensuale confacente alla conciliazione tra professionisti e consumatori che si ponesse ‘fuori dal processo’; un *aliud* che intende proporsi come un’alternativa efficace alla giustizia ordinaria, non tanto per sostituirla, quanto piuttosto per affiancarla¹⁴.

D'altronde, quello consumeristico è un settore vivace sul piano del contenzioso, motivo per cui è stata particolarmente avvertita l'esigenza di raggiungere un'armonizzazione mediante atti aventi natura vincolante, al fine di fissare livelli minimi di tutela, comunque innalzabili a discrezione degli Stati¹⁵.

Ad ogni modo, i suddetti atti regolativi hanno lasciato ampi spazi di operatività ai singoli Stati Membri dell'Unione: non si riscontra una regolamentazione minuziosa della materia ma, al contrario, si rinviene un procedere tramite principi che devono attuarsi all'interno degli organismi ADR deputati alla risoluzione delle controversie¹⁶.

Nelle intenzioni del legislatore europeo, dunque, la risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori dovrebbe creare un circolo virtuoso e volontario tale per cui, oltre che alla costruzione di una dimensione conciliativa, esse tenderebbero anche a voler realizzare un livello di protezione sostanziale del consumatore¹⁷.

¹³ Vedi F.P. Luiso, *Il modello italiano di mediazione. Il «giusto» procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta)*, in *Giur. it.*, 2012, 214 s.; A.M. Mancaloni, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 1064 ss. Riprende il tema del diritto europeo dei consumatori anche M. Stella, *Processo contumaciale e 'default judgments' nello specchio del 'fair trial' europeo*, cap. IV, in *questo volume*.

¹⁴ Cfr. F.P. Luiso, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Judicium*, 2015, 1 ss. In proposito, l'autore pone in risalto come la nozione di consumatore e professionista venga fornita dall'art. 4 co. 1, lett. a) e b) della stessa Direttiva e non diverga da quella consueta.

¹⁵ Si rimanda a E.M. Appiano, *ADR e ODR per le liti consumeristiche nel diritto UE*, in *Contr. impr.*, 2013, 965 ss.

¹⁶ In proposito si rimanda a E. Gabellini, *L'attuazione della direttiva relativa alle ADR di consumo negli Stati europei: una breve panoramica*, in *Riv. arb.*, 2018, 409 ss.

¹⁷ G. Gioia, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Contr. impr.*, 2016, 501 ss.

In virtù dei propositi attesi, compiuto il decimo anno del pacchetto, ci si chiede quale sia il punto di approdo attuale della normativa in termini di utilità deflattiva¹⁸. In particolare, la domanda che si pone è se sia stato raggiunto quel punto di equilibrio tra l'efficacia del sistema ADR e i diritti incompressibili all'accesso alla tutela giurisdizionale per quanto attiene ai consumatori.

Sul punto, non si può fare a meno di tratteggiare alcune linee – di tensione e al contempo di evoluzione – che sono emerse attorno all'idea di *alternative dispute settlement*, in diretta correlazione con i quesiti emersi di fronte all'irrompere della tecnologia e alla virtualizzazione dei procedimenti.

In particolare, in questo ambiente *lato sensu* processuale assumono un peso notevole, sul piano dell'attività, la 'quarta parte' del procedimento, vale a dire la tecnologia, mentre sul piano dell'inattività, la consensualità al procedimento, dacché – a fronte dell'iniziativa del consumatore – il professionista deve prestare il proprio consenso alla partecipazione per la corretta instaurazione del contenzioso. Per vero, entrambi questi aspetti incidono sull'esito di tali procedure alternative, così come sul loro sviluppo¹⁹.

3. – Volendo tenere sullo sfondo le linee principali del pacchetto, si rammenti che le istituzioni dell'Unione hanno prediletto vie alternative al processo (ADR), ancor meglio se gestite *online* (tramite ODR); in specie, meccanismi volti a generare nel consumatore un certo qual affidamento negli acquisti compiuti, in rete o fuori, in seno al mercato interno²⁰.

Tratteggiando i caratteri essenziali della Direttiva ADR del 2013, essa adotta un modello «a maglie larghe», perché include

¹⁸ Rispetto all'implementazione (non sempre semplice) della normativa ADR nei vari Stati membri si rimanda nuovamente a E. Gabellini, *L'attuazione*, cit., 409 ss.

¹⁹ Cfr. A.M. Mancaloni, *La risoluzione*, cit., 1064 ss.

²⁰ già al considerando 2 del Reg. 2013/524/UE per i consumatori si legge che: affinché quest'ultimi possano avere fiducia nella dimensione digitale del mercato interno e possa trarne vantaggio, è necessario che tali soggetti abbiano mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo di risoluzione delle controversie derivanti dalla vendita di beni o alla fornitura di servizi online.

la grande varietà di sistemi di risoluzione extragiudiziale delle liti di consumo già esistenti negli Stati Membri²¹.

La normativa si è posta l'obiettivo di garantire ai consumatori la possibilità di presentare, su base volontaria, un reclamo nei confronti della loro controparte contrattuale dinanzi a «organismi che offrono procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque per la risoluzione alternativa delle liti»²². L'ambito applicativo concerne le controversie insorte tra consumatori e professionisti inerenti obbligazioni derivanti da contratti di vendita o di servizi, sia online che offline²³.

Le procedure devono assicurare la riservatezza, l'accessibilità e la trasparenza degli organismi che sono chiamati a risolvere le controversie in modo equo, pratico e proporzionato. In accordo con tale prospettiva, entrambe le procedure sono connotate da gratuità o ridotta onerosità per i consumatori²⁴.

Particolarmente rilevanti sono poi i principi che la Direttiva pone, sia con riferimento alle procedure di ADR volte a risolvere la controversia agevolando una soluzione, sia rispetto a quelle volte a comporre la controversia mediante l'imposizione di una soluzione²⁵.

Per quanto attiene alle prime – ascrivibili alla categoria del-

²¹ Per approfondimenti sulla Direttiva 2013/11/UE, si rimanda a F.P. Luiso, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2014, 1299 ss.; C.M. Mariottini, *Due nuovi strumenti in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. dir. int. priv.*, 2013, 831 ss.; G. Gioia, *Il nuovo 'pacchetto' della Commissione europea sull'ADR*, in *Corr. giur.*, 2012, 697 ss.; L. Delogu, *Nuovi interventi dell'Unione Europea su consumatori, risoluzione alternativa delle controversie e mediazione*, in *Giur. merito*, 2012, 1625 ss.; A.M. Felicetti, *La risoluzione extragiudiziale delle dispute nei mercati digitali: alcune novità in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2023, 197 ss., spec. 201; così anche G. Gioia, *L'uniforme regolamentazione*, cit., 501 ss.

²² Cfr. Art. 1 della Dir. ADR.

²³ Così, Art. 2 della Dir. ADR.

²⁴ Tale principio viene espresso all'Art. 8 co. 1, lett. c, Dir. ADR.

²⁵ Così, il considerando 21 ammette che vi sono diverse procedure di ADR che possono «prendere la forma di procedure in cui l'organismo ADR riunisce le parti allo scopo di facilitare una soluzione amichevole, di procedure in cui tale organismo ADR propone una soluzione o di procedure in cui lo stesso organismo ADR impone una soluzione. Le procedure ADR possono anche consistere in una combinazione di due o più procedure di questo tipo». Così anche l'Art. 2 della Direttiva specifica che essa si applica

la conciliazione c.d. valutativa – si prevede che le parti abbiano la possibilità di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento e che, prima di accettare di dare seguito a una soluzione proposta dall'organismo di ADR, siano informate della libertà di scelta se accogliere o meno la soluzione proposta e degli effetti che ne conseguono, nonché della possibilità di chiedere un risarcimento attraverso un normale procedimento giudiziario²⁶.

Nelle seconde, invece, è l'organismo ADR a comporre la lite insorta tra professionista e consumatore tramite una soluzione aggiudicativa²⁷. Tale soluzione è vincolante per le parti, a condizione che quest'ultime siano state previamente informate e abbiano consentito alla vincolatività della decisione²⁸.

La Direttiva ha imposto, inoltre, diversi obblighi per gli Stati membri: in primo luogo, sono state tenute ad istituire autorità nazionali deputate ad accreditare gli organismi ADR adeguati agli *standard* richiesti dalla normativa europea; in secondo luogo, hanno dovuto assicurare che ogni controversia consumeristica avesse accesso ad una procedura ADR²⁹.

Interconnesso e complementare è il già menzionato Regolamento ODR, il quale rappresenta un'appendice strumentale della Direttiva³⁰. Si tratta, infatti, di uno sistema normativo inte-

sia alle procedure in cui l'organismo ADR propone o impone una soluzione sia a quelle in cui riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole.

²⁶ In particolare, sul punto si rimanda all'art. 9, dedicato all'equità, in spec. co. 2 lett. a).

²⁷ In particolare, si rimanda all'art. 10, intitolato libertà.

²⁸ In proposito, il considerando 43 prevede che «nelle procedure ADR volte a comporre la controversia mediante l'imposizione di una soluzione, la soluzione imposta dovrebbe essere vincolante per le parti soltanto a condizione che queste siano state preventivamente informate del suo carattere vincolante e abbiano specificatamente dato il loro assenso».

²⁹ In proposito, si rimanda alla pagina ufficiale del Ministero delle Imprese e del *Made in Italy*, dedicato gli Organismi ADR ai sensi della Dir. 2013/11/UE, «<https://www.mimit.gov.it/it/mercato-e-consumatori/tutela-del-consumatore/controversie-di-consumo/adr-risoluzione-alternativa-controversie>». Ad ogni modo, l'ordinamento comunitario tende a mantenere un atteggiamento neutrale rispetto all'opzione dell'obbligatorietà o meno del previo esperimento di soluzioni alternative delle controversie dei consumatori; scelta che è rimessa, dunque, ai singoli legislatori nazionali. T. Galletto, *ADR e Controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, in *For. pad.*, 2015, II, 79 ss.

³⁰ Per raggugli sull'*Online Dispute Resolutions* all'indomani del Regolamento 2013/524/UE v. ampiamente L. Bugiolacchi, *Commercio elettronico e ODR ('Online Dispu-*

grato, in quanto ADR e ODR costituiscono due misure indistinguibili quanto a procedimenti e finalità, atteso che le une (ODR) sono luogo di accesso alle seconde (ADR).

Si tratta di rapporto tra mezzo e fine: l'ODR è mezzo per le ADR; nondimeno, il corretto funzionamento della piattaforma è indissolubilmente connesso alla qualità dei servizi di ADR resi dagli organismi³¹. Si potrebbe dire, dunque, che le ODR rappresentano un'evoluzione naturale dei sistemi di ADR³².

Il Regolamento ODR ha permesso la costruzione di una piattaforma informatica per l'accesso rapido alla composizione stragiudiziale delle controversie *online* attraverso – appunto – gli organismi ADR³³. In specie, tramite questa piattaforma gestita dalla Commissione Europea è possibile, tanto per i consumatori, quanto per i professionisti, presentare reclami per mezzo di moduli standard elettronici e reperire al suo interno le istruzioni utili alla scelta del regime di risoluzione più appropriato³⁴. In quest'ottica, particolare attenzione è rivolta alla funzionalità tecnica e alla facilità d'uso della piattaforma, oltre che agli obblighi informativi volti a pubblicizzare e facilitare il ricorso a siffatto strumento. All'interno dell'infrastruttura possono essere trattate controversie transfrontaliere e interne ad uno Stato, inerenti alle vicende insorte tra professionisti e con-

te Resolutions’) dopo il Regolamento n. 524/2013 dell’Unione Europea. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1403 ss.

³¹ Cfr. M. Francesca, *Dalle ADR offline alle procedure di ‘online dispute resolution’*, in *Judicium*, 2016, 1 ss.

³² Così, G. Peruginelli, *Le ‘Online Dispute Resolution’: un’evoluzione delle ‘Alternative Dispute Resolution’*, in *Inf. dir.*, 2007, 477 ss.; A. Marangon, *I sistemi online di risoluzione delle controversie*, in *Dir. inform.*, 2006, 375 ss.

³³ Si consideri in proposito, E.M. Lombardi, *La mediazione e lo spazio cibernetico: uno sguardo alle proposte della commissione europea su ADR e ODR*, in *Giust. civ.*, 2012, 457 ss.; più di recente A. Merone, *‘Online Dispute Resolution’, intermediari digitali e il nuovo paradigma della composizione preventiva e ‘self-executing’*, in *Riv. arb.*, 2022, 269 ss.

³⁴ A differenza della Direttiva ADR, il Regolamento ha consentito l'accesso alla piattaforma anche per le procedure avviate da un professionista avverso un consumatore, nella misura in cui il legislatore dello Stato, dove il consumatore risiede abitualmente, autorizzi la loro risoluzione attraverso l'intervento di un organismo ADR. E.M. Appiano, *ADR e ODR*, cit., 965 ss.

sumatori aventi ad oggetto la conclusione di contratti di vendita o di servizi, purché stipulati online.

4. – Tanto era necessario premettere per entrare ora *in medias res*, su quelle che si anticipava poter essere le forme di attività e di inattività che influiscono sulla resa di questi procedimenti alternativi costruiti a favore dei consumatori nelle controversie transfrontaliere online.

Partendo dal piano dell'attività delle parti, pare utile focalizzarsi sul ruolo progressivamente assunto, in queste forme di *alternative dispute resolution*, da quella che viene definita come la 'quarta parte' del procedimento, ossia la tecnologia³⁵. Come detto, le Istituzioni europee hanno mostrato notevole interesse per l'utilizzo di infrastrutture tecnologiche quale canale di incontro privilegiato, soprattutto nel caso di contenziosi transfrontalieri³⁶. Il fenomeno della digitalizzazione ha pervaso anche il campo della risoluzione delle controversie, dacché esso consente di azzerare la distanza fisica fra professionisti e consumatori e di abbattere ulteriormente costi e tempi di giustizia. Quindi, si può dire che sia stata tradotta in rete anche la fase patologica del rapporto contrattuale³⁷.

In tale contesto, la tecnologia suole essere considerata come una sorta di 'quarta parte' – per l'appunto – in grado di svolgere una varietà di ruoli nel procedimento *online*³⁸. È dato riscontrare, infatti, che non esiste una definizione condivisa di ODR,

³⁵ Descrivono in tali termini la tecnologia, E. Katsh, J. Rifkin, *Online Dispute Resolution, Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco 2001.

³⁶ Cfr. C.E. Papadimitriu, 'Online dispute resolution': evoluzione del fenomeno digitale, in *Dir. del risparmio*, 2021, 1 ss.

³⁷ Per una riflessione sul tema, v. B. Ziemblicki, *Going Online: Is the World Ready to Replace Litigation With Online Dispute Resolution Mechanisms?*, in *5 Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, 2015, 40 ss.; A. Lodder, J. Zeleznikow, *Enhanced Dispute Resolution through the Use of Information Technology*, Cambridge 2010.

³⁸ C. Camardi, *Metodi alternativi di soluzione delle controversie nelle reti telematiche. Una riflessione su diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche*, in *Metodi online di risoluzione delle controversie. Arbitrato telematico e ODR, Atti del Convegno Venezia 10 ottobre 2003*, a cura di C. Camardi, Padova 2006, 1 ss.

motivo per cui al suo interno possono rientrare astrattamente diverse forme di applicazione tecnologica³⁹.

È bene precisare che tale ‘parte’ del procedimento non era concepita inizialmente come sostitutiva della terza giudicante; all’opposto, attraverso la valutazione dei fatti, l’immagazzinamento e l’elaborazione dei dati e la loro schedatura, essa avrebbe dovuto contribuire al raggiungimento di un equo esito⁴⁰.

Senonché, lo sviluppo tecnologico ha scardinato tale concezione. Di conseguenza, questa ‘parte’, da una funzione meramente ausiliaria, ha acquisito nel tempo un ruolo centrale nella soluzione del conflitto, soprattutto nelle ODR così dette di seconda generazione⁴¹.

In specie, la tecnologia è in grado di incidere sui tratti distintivi della negoziazione, motivo per cui da supporto al giudicato umano, essa può divenire pressoché sostitutiva di quest’ultimo, se non del tutto *disruptive*⁴². In ragione di ciò, vi è chi

³⁹ In proposito, R. Beretta, *La procedura di negoziazione nell’era digitale. La rete: una ‘quarta parte’ al tavolo del negoziato?*, in *Comunicare, negoziare e mediare in rete, Atti del Convegno Trento, 25 settembre 2020*, a cura di S. Dalla Bontà, Trento 2021, 81 ss., spec. 85 in cui indica come in siffatto contesto, le nozioni più frequentemente utilizzate sono riconducibili ai concetti, da un lato, di online ADR e, dall’altro, di ODR inteso come settore a sé stante e *sui generis*. Ad esempio, al suo interno può rientrare anche la cd. *e-mediation*, sulle cui caratteristiche si rimanda, in particolare a M. Giacalone, P. Giacalone, *The Development of e-mediation: a comparative approach and the reasons for a double speed*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, 343 ss.

⁴⁰ M. Pierani, *Gli sviluppi dell’ODR nel settore consumeristico: l’esperienza statunitense, il quadro comunitario e le prospettive nell’ordinamento italiano*, in *Metodi online di risoluzione delle controversie. Arbitrato telematico e ODR*, a cura di C. Camardi, Padova 2006, 100 ss. In proposito, la ‘quarta parte’ può essere svolta oggi anche dalle piattaforme di intermediazione digitale, sul punto si rimanda a S. Casabona, *Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall’‘alternative dispute resolution’ all’‘alien dispute resolution’*, in *Dir. inf.*, 2017, 497 ss.

⁴¹ In generale, si suole distinguere tra ODR di prima e seconda generazione. Nelle ODR di c.d. seconda generazione, il ruolo della tecnologia non si esaurisce nel mettere in contatto le parti, come invece accade nelle ODR di prima generazione, ma riveste una funzione preponderante nella composizione della lite. In tali forme di ODR l’attività umana è del tutto assente o significativamente ridotta, in quanto essa convive e si ibrida con l’intelligenza artificiale. Sul punto si si rinvia a R. Beretta, *La procedura*, cit., 88 nt. 20, così come a G. Peruginelli, *‘Le Online Dispute Resolution’*, cit. 485 ss.

⁴² Così, T. Sourdin, B. Li, D.M. McNamara, *Court innovations and access to justice in times of crisis*, in *Health, Policy and Technology*, IX, 2020, 447 ss. In specie, gli Autori

predilige utilizzare l'espressione *Technology-Mediated Dispute Resolution* (TMDR) in luogo di ODR⁴³.

Utilizzando una metafora, la quarta parte è ora in grado di 'sedersi al tavolo' con professionisti e consumatori, al fine di assisterli autonomamente nella risoluzione delle controversie⁴⁴. Pertanto, rispetto all'ingerenza dell'intelligenza artificiale nel sistema processuale, c'è molto di cui riflettere, a maggior ragione a seguito dell'affermazione dell'intelligenza generativa⁴⁵.

Partendo da tali presupposti, è possibile affermare che nelle ODR attuali l'attività umana può essere relegata ad un ruolo marginale, se non del tutto assente, in alcune fasi della procedura⁴⁶. Ammesso che nell'ADR alcune caratteristiche di tipo giuridico e processuale vengono adattate e in qualche modo compresse per lasciare spazio a quei principi di velocità, economicità ed efficacia, la trasposizione in rete dell'ADR può comportare una ulteriore compressione delle suddette garanzie all'insegna di esigenze di tipo tecnico e tecnologico⁴⁷.

descrivono la tecnologia di supporto come strumento di informazione e aiuto degli individui nell'attività del contenzioso; quella sostitutiva soppianta, invece, alcune fasi o momenti del procedimento, mentre quella dirompente è in grado di modificare l'operatività delle professioni legali ma anche le forme stesse della giustizia.

⁴³ In tal senso v. D. Larson, *Technology Mediated Dispute Resolution (TMDR): Opportunities and Dangers*, in *38 University of Toledo Law Review*, 2006, 213 ss.; U. Oriji, *Technology Mediated Dispute Resolution: Challenges and Opportunities for Dispute Resolution*, in *18 Computer and Telecommunications Law Review*, 2012, 124 ss.

⁴⁴ Vedi C. Rule, *Online Dispute Resolution and the Future of Justice*, in *Ann. Rev. Law Soc. Sci.*, 2020, XVI, 277 ss. Invero, la tecnologia è in grado di offrire una vasta gamma di servizi, che spaziano dal mero supporto procedurale all'elaborazione di soluzioni di conflitto mediante l'utilizzo di algoritmi. Le infrastrutture che consentono lo svolgimento della negoziazione online sono denominate *Web-based Negotiation Support Systems* (WSNN). Per una più ampia ricostruzione si rimanda a G. Kersten, *The Science and Engineering of E-negotiation: An Introduction*, 36th Hawaii International Conference on System Sciences, Hawaii, 2003.

⁴⁵ Sull'impatto delle nuove tecnologie sul processo, si osservi M. Federico, *L'intelligenza artificiale alla prova: i diritti dei consumatori e il programma Claudette*, in *Dir. inf.*, 2022, 63 ss.; J. Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, trad. di P. Comoglio, Torino 2019; C. Giannaccari, *Il processo civile nell'era digitale. Spunti di diritto comparato*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pisa 2020, 623 ss.

⁴⁶ G. Peruginelli, *'Le Online Dispute Resolution'*, cit., 488 ss.

⁴⁷ Così, M. Pierani, *Gli sviluppi dell'ODR nel settore consumeristico: l'esperienza statunitense, il quadro comunitario e le prospettive nell'ordinamento italiano*, in *Metodi*

Di conseguenza, tali procedure si connotano sì per celerità, ma anche sovente per la loro spersonalizzazione. Le fasi ‘umane’ del processo vengono sostituite da un algoritmo in grado di assumere decisioni istantanee, la cui precisione nel grado di accertamento è considerevole⁴⁸.

Anche il tempo della decisione in siffatto contesto muta profondamente: esso diviene sostanzialmente simultaneo o *in real time*⁴⁹. Il rito processuale viene sostituito da un programma o da questo ‘guidato’ o ‘sollecitato’: «tutto ha inizio e si conclude in rete, senza citazioni, istruttorie e sentenze»⁵⁰. Viene escluso, pertanto, che un essere umano possa inserirsi nella decisione⁵¹. Tanto è vero che nella filosofia dei rapporti *online* l’approdo in un Tribunale fisico dovrebbe costituire una eventualità remota.

Ebbene, riflessioni giuridiche e decisioni vengono così indirizzate lungo un percorso apparentemente libero ma tendenzialmente obbligato dalla ‘volontà macchinica’, la quale utilizza – per altro – schemi di pensiero propri, nonché un linguaggio omologante e codificato⁵². Invero, il canone ermeneutico viene tradotto «in una formula di tipo matematico» che mira alla prevedibilità degli esiti processuali⁵³.

online di risoluzione delle controversie. Arbitrato telematico e ODR, a cura di C. Camardi, Padova 2006, 100 ss.

⁴⁸ Cfr. E. Battelli, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2020, 281 ss.

⁴⁹ Tutto si sposta in una dimensione unica di presente, del tutto ipertrofica che riduce passato e futuro a proprie appendici. Sulle questioni accennate si osservi M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna 2002, 7 ss.

⁵⁰ Vedi C. Camardi, *Metodi alternativi*, cit., 3.

⁵¹ Le forme più diffuse di negoziazione automatizzata tendono a servirsi di meccanismi di cd. offerta cieca (o *blind bidding*). Si tratta di un software che riceve in via riservata le proposte transattive delle parti, ne confronta automaticamente gli importi ed invita le parti ad una serie di rilanci da effettuare entro un certo limite di tempo. In tal caso il sistema avverte che l’accordo è raggiunto ed è fissato alla cifra che rappresenta la media aritmetica dei due ultimi importi proposti. Le parti possono accettare o rifiutare la soluzione generata dall’algoritmo. Così, C. Camardi, *Metodi alternativi*, cit., 4 s.; R. BERETTA, *La procedura*, cit., 93.

⁵² A. Grapon, J. Lassegue, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris 2018.

⁵³ Così, E. Battelli, *Giustizia predittiva*, cit., 282.

I modelli ODR sembrerebbero rappresentare una sorta di ‘giustizia altra’: l’ambiente tecnologico non si pone lungo lo stesso ritmo temporale del tradizionale modello processuale, quindi la ritualità giurisdizionale risulta *de facto* incompatibile con la logica di simultaneità che struttura la Rete⁵⁴.

Tanto premesso, appare inevitabile che la lite non venga risolta per mezzo di una vera elaborazione del conflitto tra professionista e consumatore, quanto piuttosto attraverso un’immediata soluzione meccanizzata fornita dalla quarta parte.

Ebbene, in tale dimensione di simultaneità, parrebbe mutare anche il concetto di attività o inattività delle parti all’interno del processo: qualora venga fornito l’*input* iniziale, ossia il *click* di consenso alla procedura, tutto viene rimesso ad una ‘parte altra’ – quarta appunto – che esula dal tradizionale schema trilaterale.

Ci si chiede, pertanto, se nel contesto delle ODR si possa ancora parlare di *agere* o *non agere*, quali espressioni di una volontà processuale libera e piena, oppure se non sia più appropriato definire l’attività o inattività di consumatore e professionista come momenti imposti entro uno schema rigido, protocolizzato e validato da un’altra ‘volontà’, vale a dire quella macchinica. In altre parole, si può dire che la tecnologia – soprattutto se *disruptive* – rappresenti veramente uno strumento di composizione del conflitto che coadiuva le parti umane nel trovare la propria (autodeterminata, e così creativa) soluzione, secondo la logica di c.d. *mending justice*?⁵⁵.

Ebbene, in virtù di quanto analizzato, pare quantomeno discutibile poterlo affermare. All’opposto, in un procedimento sì condotto dalla ‘quarta parte’ tecnologica, sia l’effettiva partecipazione dei consumatori al procedimento, quanto la protezione dei loro diritti processuali e sostanziali incomprimibili sembrano compromesse.

⁵⁴ Ancora, C. Camardi, *Metodi alternativi*, cit., 3.

⁵⁵ Cfr. S. Dalla Bontà, *Una giustizia co-esistenziale online nello spazio giuridico europeo?*, in *Comunicare, negoziare e mediare in rete*, cit., 31 ss., spec. 52 s., la quale richiama, a sua volta, M. Cappelletti, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement*, in *56 Modern L. Review*, 1993, 282 ss.

5. – Tanto atteso, pare opportuno ora gettare luce sull'impatto dell'inattività di una delle parti su questi procedimenti alternativi.

Si premette che un ruolo significativo nella logica dell'inattività è giocato dal carattere volontario su cui si basano suddetti procedimenti di ADR e ODR; un elemento che, per una parte della dottrina, suscita notevoli perplessità⁵⁶. Come si vedrà, infatti, il profilo di libertà che connota tali procedure rappresenta un punto critico della normativa, poiché, *de facto*, incide negativamente sulla realizzazione di quell'auspicata diversione del contenzioso dalle corti alla soluzione stragiudiziale.

In termini generali, il ricorso ad entrambe le procedure ha carattere facoltativo⁵⁷. Si rivela necessario, pertanto, che le parti diano il loro assenso specifico alla partecipazione perché possa svolgersi regolarmente⁵⁸. In tale contesto, dunque, non si può prescindere dall'attività del professionista, dal momento che il procedimento non può correttamente instaurarsi altrimenti. Invero, la Direttiva fonda la devoluzione a tali procedure sulla cooperazione tra consumatore e professionista; nondimeno, anche l'esito della procedura è facoltativo e richiede, per essere vincolante, uno specifico accoglimento da ambo le parti⁵⁹.

Nelle ODR, invece, il consumatore che lamenti il mancato o inesatto adempimento da parte del professionista delle obbligazioni nascenti da contratto è tenuto ad accedere alla piattaforma europea e a compilare *online* l'apposito reclamo, attraverso un modulo predefinito. Tale *format* va poi spedito – sempre per il tramite della piattaforma – all'indirizzo di posta elettronica del professionista. Nel reclamo il consumatore deve indicare l'or-

⁵⁶ In particolare, si rimanda a S. Dalla Bontà, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁷ V. Vigoriti, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e ODR*, in *NGCC*, 2012, 313 ss.

⁵⁸ In specie, la Direttiva accoglie il principio di volontarietà della procedura sia dal lato del consumatore che del professionista. L'obbligatorietà di partecipazione alla procedura ADR e il vincolo al suo esito in capo al (solo) professionista possono imporsi *ex lege* soltanto se il singolo Stato membro così disponga in sede di implementazione della Direttiva.

⁵⁹ Si rinvia, in particolare, all'art. 9 par. 2 lett. a e all'art. 10 della Direttiva.

ganismo ADR ritenuto idoneo a gestire la controversia. Questo organismo deve essere necessariamente accettato anche dal professionista affinché la procedura si instauri⁶⁰. È richiesto, pertanto, che il professionista si attivi e si costituisca nella procedura, accettandone anche il risultato.

La scelta di non obbligatorietà compiuta del legislatore si spiega, probabilmente, al fine di voler fugare ogni timore che l'ADR voglia 'farsi processo'. Tuttavia, è dato riscontrare che proprio la volontarietà di adesione da parte del professionista è in grado di frustrare le aspettative del consumatore e compromettere fortemente l'effettività dello 'schema ADR-ODR'⁶¹.

Vi sono diversi ordini di ragioni, infatti, per cui il professionista, che si trova di per sé in una posizione di vantaggio – se libero di aderire – preferirà non partecipare ad entrambe le procedure, rimanendo per l'effetto 'contumace' alle stesse⁶².

In primo luogo, trattandosi di procedure per lo più gratuite o comunque accessibili senza costi significativi per il consumatore, risulta evidente che, ove non sia lo Stato a provvedere, i costi della procedura ricadranno sul professionista. Ebbene, stando così le cose, è altrettanto chiaro che al professionista conviene non aderire a siffatta procedura, sì da evitare ogni esborso⁶³.

Oltretutto, ci si chiede quale potrebbe essere mai il motivo che spinge il professionista a aderire ad una procedura strutturata a vantaggio del consumatore. In altre parole, se l'ADR è concepita per facilitare soluzioni extragiudiziali semplici, veloci e a basso costo, ai professionisti risulta di certo più conveniente rimanere del tutto inattivi e attendere di essere eventualmente convenuti in un giudizio ordinario; giudizio che ha un costo sicuramente maggiore per il consumatore e che, dunque, con alta probabilità, non verrà instaurato⁶⁴. Sicché, il profes-

⁶⁰ V. artt. 8-9 Reg. ODR.

⁶¹ Si sofferma sul problema della volontarietà di tali procedure e la conseguente refrattarietà nella partecipazione dei professionisti P. CORTES, *The New Regulatory Framework for Consumer Alternative Dispute Resolution*, in *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, edited by P. Cortes, Oxford 2016, 1 ss.

⁶² Così, S. Dalla Bontà, *Una giustizia co-esistenziale*, cit., 64 ss.

⁶³ Ancora, S. Dalla Bontà, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁴ In effetti, il processo ordinario si contraddistingue generalmente per costi e tempi

nista, per mezzo della propria facoltà di ‘non azione’, potrà esternalizzare sul consumatore i costi della sua condotta illecita.

Tale riluttanza alla partecipazione è stata sottolineata recentemente dalla stessa Commissione Europea nella propria relazione sull’applicazione del pacchetto ADR e ODR online; una refrattarietà alla partecipazione che è considerata, peraltro, una delle principali cause del sottoutilizzo delle ADR⁶⁵.

Passando oltre, si annotano numerose criticità anche in merito alla piattaforma ODR. A fronte della irrisoria adesione dei professionisti alle richieste di partecipazione a procedure ADR inoltrate loro dai consumatori per le ragioni di cui sopra, la Commissione ha introdotto recentemente una nuova opzione per tentare di promuovere maggiore ‘partecipazione’.

In specie, è stata prevista la possibilità per consumatori e professionisti di instaurare tra loro un c.d. dialogo diretto all’interno della piattaforma europea. Più precisamente, qualora il professionista non accetti la procedura ADR bensì un c.d. dialogo diretto con il consumatore, la Piattaforma ODR offre oggi lo spazio per questo tipo di negoziato⁶⁶. I contenuti dello stesso sono riservati⁶⁷.

Ebbene, pare quantomeno lecito dubitare del fatto che, durante lo svolgimento di siffatti negoziati riservati e privi di una

sproporzionati rispetto al valore modesto della causa consumeristica, mal prestandosi ad accogliere tale contenzioso. In effetti, il danno subito a livello individuale dal consumatore è tale da non giustificare tale via risolutiva. In proposito M.B.M. Loos, *Enforcing consumer rights through ADR at the detriment of consumer law*, in *European Rev. of Private Law*, 24(1), 2016, 61 ss.

⁶⁵ Cfr. Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, sull’applicazione della Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e del Regolamento 2023/524/UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione online delle controversie dei consumatori. Bruxelles 17.10.2023, COM(2023) 648 final.

⁶⁶ In proposito, la Commissione ha rilevato che al rifiuto del professionista di aderire alla procedura ADR richiesta dal consumatore via piattaforma seguiva il contatto diretto di quest’ultimo da parte del primo, la Commissione ha deciso di puntare su tale meccanismo. Cfr. S. Dalla Bontà, *Una giustizia co-esistenziale*, cit., 65 s.

⁶⁷ Tale segretezza è in linea con quanto disposto dall’art. 19, par. 3, Dir. ADR per i consumatori.

figura terza con funzione conciliativa, i diritti garantiti al consumatore dall'Unione trovino sempre pieno rispetto.

In realtà, nella maggioranza dei casi, il consumatore non è pienamente consapevole dei propri diritti, sicché questa negoziazione riservata offre al professionista la possibilità di trarre notevole vantaggio dalla asimmetria che contraddistingue suddetto rapporto. Invero, si tratta indubbiamente di una situazione di disequilibrio tra professionista e consumatore tale per cui è alta la probabilità che il dialogo si svolga in modo sì diretto ma altrettanto sbilanciato; in altre parole, senza il dovuto riferimento ai diritti del consumatore⁶⁸.

Di conseguenza, anche nel caso specifico delle ODR, l'inattività ostativa all'instaurazione del procedimento diviene sicuramente preferibile per il professionista, dal momento che così l'allocazione di costi e rischi rimane tutta in capo al consumatore.

Ciò detto, non pare del tutto azzardato ritenere che, entro il perimetro dei contenziosi tra professionista e consumatore, tale condotta ostativa si presti a essere osservata quale possibile caso di abuso: a ben vedere, si potrebbe leggere come una forma di 'abuso del procedimento' da parte del professionista⁶⁹. In ef-

⁶⁸ S. Dalla Bontà, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁹ In tema di abuso del processo, la letteratura è indubbiamente ampia, senza pretesa di esaustività sia consentito rimandare a M. Taruffo, *Elementi per una definizione di 'abuso del processo'*, in *L'abuso del diritto*, a cura di Aa. Vv., Padova 1998, 435 ss.; Id., *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2012, 117 ss.; Id., *Abuso del processo*, in *Contr. impr.*, 2015, 832 ss. Si veda, inoltre, A. Dondi, A. Giussani, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva 'de iure condendo'*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2007, 193 ss.; M. De Cristofaro, *Doveri di buona fede e abuso degli strumenti processuali*, in *Giust. proc. civ.*, 2009, 933 ss.; M. Montanari, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. giur.*, 2011, 556 ss.; C. Consolo, *Note necessariamente divaganti quanto all'abuso sanzionabile del processo' e all'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1284 ss.; M.F. Ghirga, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 445 ss.; Id., *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 390 ss.; F. Benatti, *Note in tema di abuso del processo*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 909 ss. M. Stella, *L'abuso del processo nella prospettiva del diritto eurounitario*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 57 ss.; L.P. Comoglio, *Abuso del processo e condanna alle spese: punti fermi e zone d'ombra*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, 178 ss.

fetti, la scorrettezza sarebbe da rinvenirsi, *in thesi*, nella deliberata scelta della volontà del professionista di non agire – *rectius* di rifiutarsi di intervenire – per un proprio intrinseco e utilitaristico interesse. Per mezzo dell'inattività nel contenzioso, il professionista è pertanto in grado di inficiare negativamente sul principio cardine di bilateralità soggettiva su cui insistono questi procedimenti.

Ciò assume un significato notevole nello svolgimento 'dinamico' del rapporto tra professionista e consumatore: non essendo ammessa strutturalmente l'azione in contumacia, la relazione tra queste due parti sarà di fatto 'estinta' prima ancora di essere instaurata.

A fronte della sua inerzia processuale, il professionista non subisce alcuna conseguenza pregiudizievole. All'opposto, costui può sovvertire, *de facto*, quelli che erano gli obiettivi della disciplina europea e mantenere – a proprio vantaggio – una dimensione di tutela esigua circa l'azionabilità delle pretese del consumatore, soprattutto nel contesto B2C transfrontaliero e *online*⁷⁰. Di qui, dunque, la ragione dell'abusività di tale inattività, rispetto a cui sorge spontaneo chiedersi se vi possa essere un rimedio.

6. – Sono d'obbligo alcune considerazioni conclusive.

Nel contesto del contenzioso consumeristico si è visto come, da una parte, l'attività *disruptive* nelle ODR di seconda generazione della 'quarta parte' del procedimento e, dall'altra parte, l'inattività in un certo senso 'abusiva' del professionista all'instaurazione del procedimento vadano di pari passo nel diminuire l'efficacia degli strumenti messi a disposizione dal legislatore e correlativamente la posizione del consumatore.

Di tali criticità appare, tuttavia, consapevole anche il legi-

⁷⁰ Di conseguenza, i tentativi di instaurazione dei procedimenti accordati dal pacchetto ADR e ODR online rimangono per lo più inefficaci, con una ripercussione in negativo sul mercato unico e la fiducia del consumatore. Ciò detto, risulta altrettanto evidente che nemmeno il processo tradizionale avanti al giudice statale possa essere considerato una modalità idonea alla risoluzione delle controversie che sorgono tra consumatori e professionisti.

slatore europeo, che proprio nell'autunno scorso ha approvato una nuova proposta di Direttiva sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, volta a riformare quella del 2013.

Nel preambolo della proposta si legge, infatti, che l'attuale normativa «non tiene adeguatamente conto (...) delle nuove tendenze del mercato del consumo». Sicché «i consumatori hanno bisogno di procedure efficienti per gestire le controversie che stanno diventando sempre più complesse».

L'obiettivo della proposta sarebbe, in primo luogo, di adeguare il quadro ADR ai mercati digitali, includendo esplicitamente un'ampia gamma di 'nuovi' diritti dei consumatori. In secondo luogo, si propone di potenziare il ricorso all'ADR nelle controversie transfrontaliere attraverso un'assistenza più personalizzata alle parti; da ultimo, è prevista una semplificazione delle procedure⁷¹. Per quanto attiene ai professionisti, poi, sarà previsto un obbligo di risposta all'organismo ADR circa la partecipazione alle procedure, le quali rimarranno ad ogni modo volontarie.

Senza addentrarsi nel testo della proposta, quello che pare evidente è che il pacchetto abbia complessivamente diminuito, a livello sostanziale, il quadro di tutele dei consumatori, oltre ad aver incoraggiato – per mezzo dell'inattività – la disapplicazione della disciplina consumeristica.

Ci si chiede, da ultimo, se la privatizzazione individuale del procedimento sia effettivamente la strada da percorrere per raggiungere una efficace protezione della classe consumeristica e, di conseguenza, un maggiore progresso del mercato unico. Oppure se esistano altre vie percorribili, dinnanzi al duplice scoglio della 'quarta parte' del procedimento, per un verso, e l'inattività del professionista, per altro verso.

Quale potrebbe essere, in sintesi, un rimedio valido a tali

⁷¹ Per maggiori dettagli, si rimanda al testo della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e le Direttive 2015/2302/UE, 2019/2161/UE e 2020/1828/UE. Bruxelles, 17.10.23, COM(2023) 649 final.

condotte ostative all'attività della parte 'debole' in questi procedimenti?

Ebbene un percorso che potrebbe essere preso in considerazione è quello delle cd. *class actions*, quale strumento in grado effettivamente di garantire un 'rinforzo' alla posizione sia collettiva che individuale dei consumatori nel mercato digitale.

Un percorso che, a ben vedere, sembra già in punto di realizzazione: attraverso il D.lgs. 10 marzo 2023 n. 28 sono stati introdotti nel codice del consumo i nuovi articoli dal 140-*ter* al 140-*quaterdecies*, che prevedono azioni rappresentative transfrontaliere e nazionali, finalizzate all'adozione di provvedimenti inibitori e risarcitori a tutela degli interessi collettivi dei consumatori.

In virtù di ciò, non pare azzardato scommettere sul maggior grado di *enforcement* di questi strumenti collettivi – se correttamente implementati – a tutela dei diritti dei consumatori. In effetti, si tratta di un'azione instaurabile nel processo ordinario in grado di diminuire i costi di giustizia, proprio per la sua portata collettiva.

A chiusura del ragionamento, l'azione di classe potrebbe garantire un vantaggio duplice: un maggiore accesso alla giustizia ai singoli consumatori da una parte e una funzione di regolazione del mercato e di ribilanciamento dei rapporti dall'altra. In definitiva, l'irruzione *disruptive* della tecnologia e l'inattività 'abusiva', potrebbero divenire – anche per il singolo – scogli meno insuperabili.

CAPITOLO VIII

LA DISCIPLINA DELL'ASSENZA TRA ESIGENZE PARTECIPATIVE DELL'IMPUTATO E DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DEL DIVIETO DI TORTURA

di Stella Romano

SOMMARIO: 1. L'evoluzione dell'istituto della contumacia nel processo penale in Italia. 2. La dichiarazione di assenza secondo le linee direttrici della riforma Cartabia. 3. La pronuncia della Corte costituzionale nel caso *Regeni*. 4. Possibili criticità alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. 5. Il difficile bilanciamento tra le garanzie partecipative dell'imputato e l'effettività di tutela della vittima di delitti di tortura. 6. Considerazioni conclusive.

1. – L'istituto della contumacia, definito dalla stessa Corte costituzionale in una recente ed importante pronuncia, un «*re-taggio del codice di procedura penale del 1930*»¹, ha permeato la fisionomia del processo penale italiano sino alla riforma operata dalla legge n. 67 del 2014², anno in cui è stato sostituito con quello dell'assenza, in un'ottica di implementazione delle

¹ Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192, 4.

² Per approfondimenti sulla legge 28 aprile 2014, n. 67, vedasi, *ex multis*, A. De Caro, *Processo in 'absentia' e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in *Arch. pen.*, 2014, 3, 1 ss.; G. Garuti, *'Jus superveniens' e 'nuovo' processo in assenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 1506 ss.; P. Tonini, C. Conti, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza 'consapevole'*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 509; A. Ciavola, *Alcune considerazioni sulla nuova disciplina del processo in assenza e nei confronti degli irreperibili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 1; E.A.A. Dei Cas, *L'assenza dell'imputato. Modelli partecipativi e garanzie difensive*, Torino 2021, 221 ss., S. Quattrocchio, *La sospensione del processo nei confronti dell'imputato non comparso e la revoca della relativa ordinanza*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino 2014, 235 ss.

garanzie *ex ante* a tutela dell'imputato³. La contumacia è da sempre uno dei temi più critici del diritto processuale penale, in quanto ruotante attorno a quel complesso sistema di garanzie e meccanismi atti a raccordare l'effettività della difesa (e quindi della presenza e partecipazione dell'imputato) con l'efficienza dell'apparato giurisdizionale; ciò è dimostrato dai numerosi interventi riformatori del legislatore che, nel tempo, hanno portato all'abolizione dell'istituto della contumacia, attuata con la legge del 28 aprile 2014 n. 67, che ha disciplinato il procedimento in assenza.

Tale intervento riformatore si è reso necessario in considerazione del vasto numero di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) che hanno censurato l'ordinamento italiano, nella parte in cui la relativa disciplina contumaciale stabiliva che la mera conoscenza legale, derivante dalla regolarità formale delle notifiche, fosse sufficiente a garantire la piena ed effettiva conoscenza del processo⁴. Di contro, era emerso nella variegata casistica come l'impianto codicistico su cui era costruito il sistema delle notificazioni, non implicasse – sempre e comunque – la conoscenza effettiva dell'accusa rivolta nei confronti dell'imputato, potendosi verificare situazioni – tutt'altro che infrequenti nella pratica – in cui le modalità della notifica non garantissero, in capo a quest'ultimo, la conoscenza certa e concreta del processo. In altri termini, anche in tale ambito, i giudici di Strasburgo hanno privilegiato il criterio

³ Ferma restando la possibilità di avvalersi di strumenti rimediali destinati ad operare *ex post*, preservati in un'ottica di funzione di chiusura del sistema, così, Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192, 4.3.

⁴ Vedasi, sul punto, i risultati giurisprudenziali raggiunti a mezzo delle pronunce della Corte di Strasburgo: C. dir. uomo, 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*; C. dir. uomo, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, nella quale, come sottolineato da A. Tamietti, *Processo contumaciale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*, in *Cass. pen.*, 2005, 997, sono state indicate le finalità da raggiungere per rendere la normativa compatibile con la CEDU. La sentenza è stata poi confermata, dalla medesima Corte, anche nella sua massima composizione, C. dir. uomo, Grande Camera, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*. La Corte di Strasburgo era intervenuta nei medesimi termini anche in precedenza (C. dir. uomo, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*). Quanto, invece, ai risultati legislativi, vedasi il decreto-legge 21 febbraio 2005 n. 17, convertito in legge 22 aprile 2005 n. 60.

della sostanza delle garanzie a quello della forma delle procedure che, se trasformate in vuoti contenitori, rischiavano di assottigliare la piena tutela delle posizioni giuridiche soggettive sottese ai singoli istituti di matrice processuale.

La Corte di Strasburgo aveva, infatti, a più riprese ribadito come il sistema italiano della contumacia, laddove incardinato sull'assioma della conoscenza puramente formale del processo, rischiava di confliggere con le garanzie del giusto processo, sotto il filtro applicativo dell'art. 6 CEDU, che presupponeva un'effettiva e certa conoscenza della pendenza del processo, e, nello specifico, dell'accusa formulata con l'atto di imputazione, la cui concreta e piena dimostrazione doveva essere fornita dall'autorità giudiziaria⁵.

Di conseguenza, per procedere in assenza dell'imputato, il sistema di matrice convenzionale imponeva che l'autorità giudiziaria dovesse fornire una seria ed effettiva prova della conoscenza, da parte dell'imputato, della di lui volontà di sottrarsi al processo pendente (a carico dello stesso).

In recepimento degli innesti giurisprudenziali europei, la fisionomia dell'art. 420-*bis* c.p.p., a seguito dell'intervento riformatore del 2014, annoverava le seguenti ipotesi, al ricorrere delle quali il giudice procedeva in assenza dell'imputato: (i) laddove l'imputato non fosse presente all'udienza ed avesse espressamente rinunciato ad assistervi; (ii) laddove quest'ultimo, nel corso del procedimento, avesse dichiarato ovvero eletto domicilio, oppure fosse stato arrestato, fermato o sottoposto a misura cautelare, ovvero avesse nominato un difensore di fiducia, nonché nel caso in cui l'imputato assente avesse ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza, ovvero risultasse comunque con certezza che lo stesso fosse a conoscenza del procedimento, ovvero si fosse volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di altri atti del medesimo; (iii) allorquando, l'imputato fosse rappresentato dal difensore, così come nel caso in cui egli, dopo essere comparso,

⁵ Ancora, C. dir. uomo, 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*; C. dir. uomo, Grande Camera, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*.

si allontanasse dall'aula di udienza, ovvero presente ad un'udienza, non alla prima udienza, non comparisse alle successive⁶. Di contro, allorquando non ricorreva alcuna delle condizioni di cui sopra, l'art. 420-*quater* c.p.p. stabiliva che il giudice dovesse ordinare la sospensione del processo⁷ ed il successivo art. 420-*quinquies* c.p.p. prescriveva, in regime di sospensione, nuove ricerche dell'imputato, ai fini dell'eventuale notifica allo stesso, ove frattanto reperito, dell'avviso di udienza, cui seguiva la ripresa del processo⁸.

L'ordinamento italiano aveva quindi registrato un progressivo spostamento del fuoco degli accertamenti di assenza dalla conoscenza del 'procedimento' alla conoscenza del «processo»⁹.

In una fase successiva, sulla scorta delle coordinate ermeneutiche dettate dalla Corte di Strasburgo ed al fine di potenziare le garanzie partecipative dell'imputato, la giurisprudenza di legittimità ha svolto un'opera di fine scavo definitorio tale da escludere che gli «indici sintomatici»¹⁰ contemplati nell'abrogato art. 420, comma 2, c.p.p. (elezione o dichiarazione di domicilio; nomina di un difensore di fiducia; sottoposizione a misura cautelare o pre-cautelare) fossero da considerare presunzioni di conoscenza vere e proprie¹¹.

La prima pietra miliare nell'opera di ridefinizione di tale assetto di garanzie è rappresentata da una primissima pronuncia della Corte di Cassazione, resa nella sua composizione a Sezioni Unite, che ha stabilito come, ai fini della rimessione nel ter-

⁶ Ha ricostruito in questi termini la citata disposizione, ormai non più vigente, anche il Giudice delle leggi in occasione della pronuncia in commento; nello specifico, vedasi, Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192, 4.3.

⁷ Per un commento sulla citata disposizione, vedasi P. Tonini, *La sospensione del processo nei confronti dell'irreperibile ad un anno dalla Riforma*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1039 ss.

⁸ Passaggio procedurale evidenziato anche dalla stessa Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192, 4.3.

⁹ *Ibidem*, 13.1.

¹⁰ Dei quali parla anche F. Alonzi, *L'interpretazione delle Sezioni Unite dei presupposti per procedere in assenza dell'imputato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 808 ss.

¹¹ Cass., Sez. un., 03 luglio 2019, n. 28912, Cass., Sez. un., 17 agosto 2020, n. 28912.

mine di impugnazione della sentenza contumaciale ex art. 175, comma 2, c.p.p. – nella formulazione antecedente alla modifica intervenuta con la legge n. 67 del 2014 – la conoscenza dell'accusa evincibile dall'avviso di conclusione delle indagini preliminari non fosse sufficiente a garantire all'imputato anche quella del processo, viceversa esigendosi un atto formale di *vocatio in iudicium*¹².

Ancora più incisivamente, una successiva pronuncia, relativa al valore indiziario dell'elezione di domicilio presso il difensore di ufficio ai fini della dichiarazione di assenza ex art. 420-bis c.p.p. (vecchio testo), aveva escluso la configurabilità di presunzioni di conoscenza del processo, giacché «[i]l fondamento del sistema è che la parte sia personalmente informata del contenuto dell'accusa e del giorno e luogo della udienza, ed è infatti questa – proseguiva la Corte riguardo alla modifica dell'art. 175 cod. proc. pen. – la ragione per la quale il sistema, introducendo la regola di certezza della conoscenza del processo, ha escluso il diritto 'incondizionato' al nuovo giudizio di merito in favore del soggetto giudicato in assenza»¹³.

Veniva, così, ribadito che, nel sistema normativo all'epoca vigente, contrariamente a quanto poteva, invece, apparire dal dato testuale, occorreva distinguere con nettezza e chiarezza due concetti: da un lato, quello relativo alla regolarità formale delle notifiche (disciplinate dagli artt. 148 e ss. c.p.p.), dall'altro, quello dell'effettiva conoscenza del processo (tema che at-

¹² Cass., Sez. un., 03 luglio 2019, n. 28912.

¹³ Cass., Sez. un., 17 agosto 2020, n. 23948, d'ora in poi 'Sezioni Unite Ismail'. A commento della decisione, si segnalano, tra i tanti, i seguenti scritti: F. Alonzi, *L'interpretazione delle Sezioni unite dei presupposti per procedere in assenza dell'imputato*, cit., 808; A. Mangiaracina, *Imputato 'assente' e indici di conoscenza del processo: una lettura virtuosa della Suprema Corte*, in *Processo penale e giustizia*, 2021, 355; A. Montagna, *Processo in 'absentia': le Sezioni Unite precisano (ulteriormente) i diritti dell'imputato*, in *Quot. giur.*, 31 agosto 2020. La tesi secondo cui, al fine di procedere in assenza, la conoscenza deve essere riferita ad una *vocatio in iudicium*, è stata, inoltre, riaffermata anche in tema di notificazioni e di legittimo impedimento e successivamente rimesso alla Corte costituzionale. Vedasi anche, per ulteriori approfondimenti, Cass., Sez. un., 14 aprile 2022, n. 14573, e Cass., Sez. un., 30 marzo 2022, n. 11586; Cass., 09 febbraio 2023, n. 5675 (relativa al caso Regeni).

tiene specificamente alla dichiarazione di assenza di cui all'art. 420 *bis* e ss. c.p.p.)¹⁴.

In conclusione, è bene evidenziare che gli Ermellini avevano inteso chiarire che gli indici di conoscenza enumerati dall'art. 420-*bis* c.p.p. non dovevano essere intesi come presunzioni di conoscenza, né assolute, né relative.

In tale statuizione di principio, si rinviene il nucleo essenziale (e di maggiore impatto pratico) dell'approdo giurisprudenziale appena tracciato nelle sue linee guide essenziali, che hanno condizionato *de iure condendo* gli indicatori descritti nel testo novellato dell'art. 420-*bis* c.p.p. In tale nuova prospettiva, essi costituiscono mere esemplificazioni di un accertamento in fatto demandato al giudice, che, a sua volta, deve necessariamente calibrarsi sulla misura di una conoscenza completa ed effettiva della 'notizia' del processo, non essendo sufficiente la sola prova della conoscenza di un singolo atto del procedimento¹⁵.

2. – Come sopra anticipato, siffatto vivace quadro giurisprudenziale è stato recepito nel panorama normativo attuale dalla sensibilità del legislatore italiano che, con il d.lgs. n. 150 del 2022, ha modificato il testo dell'art. 420-*bis* c.p.p. rendendo evidente, attraverso un'accurata rivisitazione dei poteri di accertamento del giudice, la traslazione del parametro della dichiarazione di assenza dalla conoscenza del «*procedimento*» alla conoscenza della pendenza del «*processo*»¹⁶.

La Riforma Cartabia è stata ispirata dall'esigenza di una complessiva rivisitazione e rimodulazione della normativa precedente allo scopo precipuo di adeguare la normativa interna alle indicazioni ed ai principi elaborati dalla giurisprudenza euro-

¹⁴ L. Fidelio, *Il processo in assenza preso sul serio*, in *Quest. giust. web*, 20 ottobre 2020.

¹⁵ Si occupa di analizzare i rischi di una mancata conoscenza del processo e le modifiche inerenti alle procedure conseguenti all'accertamento di tale mancata conoscenza F. Alonzi, *Riforma Cartabia: modifiche strutturali al processo penale – L'assenza secondo la legge Cartabia*, in *Giur. it.*, 2023, 1199 ss.

¹⁶ Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192, 13.1.

pea ed, in particolare, al riconoscimento, in termini di diritto soggettivo, della facoltà per l'imputato di essere presente nel processo, ai fini del concreto esercizio delle prerogative riconosciutegli dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In attuazione della delega contenuta all'art. 1, comma 7, lett. a, l. 27.9.2021, n. 134¹⁷, che chiamava il legislatore a «ridefinire i casi in cui l'imputato si deve ritenere presente e assente nel processo, prevedendo che il processo possa svolgersi in assenza dell'imputato solo quando esistono elementi idonei a dare certezza del fatto che egli è a conoscenza della pendenza del processo e che la sua assenza è dovuta a una sua scelta volontaria e consapevole», sono stati eliminati, come detto, i c.d. «indici sintomatici» di conoscenza, attribuendo al giudice assoluta centralità nella verifica in ordine alla effettiva conoscenza del processo da parte dell'imputato¹⁸ ed intervenendo, a monte, sul sistema delle notifiche, e, a valle, sulle disposizioni che disciplinano il processo *in absentia*.

Volendo partire proprio dal dato normativo, come rilevato dallo stesso Giudice delle leggi in una recente pronuncia della Consulta sul caso *Regeni*¹⁹, i primi tre commi del neo-riscritto art. 420-*bis* c.p.p. enucleano espressamente le ipotesi di assenza

¹⁷ Per alcune considerazioni critiche a riguardo, vedasi, *ex multis*, A. Conti, *L'imputato assente alla luce della riforma Cartabia. Note a prima lettura del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in *Arch. pen.*, 2023, 24 ss.; C. Scaccianoce, *Profili ancora controversi del nuovo giudizio in assenza*, in *Proc. pen. e giust.*, 2023, 1220 ss.

¹⁸ Per dovere di massima completezza, si segnala come l'aver restituito centralità al controllo del giudice in questa fase non ha accolto il consenso unanime della dottrina, preoccupata che ciò possa portare ad una proliferazione di prassi giurisprudenziali difformi, a scapito della legalità processuale; in tal senso, A. Conti, *L'imputato assente alla luce della riforma Cartabia. Note a prima lettura del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 20; L. Kalb, *La nuova disciplina del processo in assenza dell'imputato: la ricerca di una soluzione equilibrata per il superamento di problemi ancora irrisolti*, in *La riforma Cartabia*, in A.a.V.v., a cura di G. Spangher, Pisa 2022, 340.

¹⁹ Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192, 4.4.2. Specie con riguardo al latitante, alcuni autori ritengono che si sia davanti ad una regressione delle garanzie partecipative rispetto alla previgente disciplina (così, A. Conti, *L'imputato assente alla luce della riforma Cartabia. Note a prima lettura del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 24), che, per di più, si mostrerebbe 'distonica' rispetto alle ragioni che animavano la riforma, basata, come si è detto, sulla conoscenza effettiva. In argomento, si veda G. Colaiacovo, *Le modifiche in materia di latitanza*, in A.a.V.v., *La riforma Cartabia*, cit., 365.

non impeditiva alla celebrazione del processo, le quali hanno, dunque, carattere tassativo. Trattasi, nello specifico, delle seguenti eventualità: (i) quella nella quale l'imputato ha ricevuto la notificazione dell'avviso di udienza a mani proprie o di apposito delegato dallo stesso espressamente designato (comma 1, lett. *a*), (ii) ovvero laddove il medesimo abbia espressamente rinunciato a comparire ovvero a far valere un legittimo impedimento (comma 1, lett. *b*), (iii) quella in cui il giudice, ritiene altrimenti provato che l'imputato ha effettiva conoscenza della pendenza del processo e che la sua assenza all'udienza è dovuta ad una scelta volontaria e consapevole (comma 2); c) quella in cui l'imputato si è reso latitante o, se si è in altro modo, volontariamente sottratto alla conoscenza della pendenza del processo (comma 3). In siffatte ipotesi, il giudice procederà alla dichiarazione d'assenza nei confronti dell'imputato, che verrà, comunque, rappresentato dal difensore.

Ne deriva che, in mancanza, di un'ipotesi di assenza procedibile, ovvero di un legittimo impedimento a comparire, se l'imputato non è presente, l'art. 420-*quater* c.p.p., così come cristallizzato nella riforma Cartabia, reca con sé un'importante *rivoluzione copernicana* del sistema, contemplando l'operatività dell'istituto della improcedibilità, anziché della sospensione del processo.

Dirompente può, dunque, dirsi l'innovazione insita nel nuovo testo della citata disposizione: la sospensione del processo dovuta ad irreperibilità viene sostituita con la pronuncia di una sentenza inappellabile di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato.

Avendo riguardo al provvedimento emesso al ricorrere di tale condizione, non si può tralasciare uno dei principali tratti distintivi della riforma Cartabia: trattasi, infatti, di una pronuncia «*sui generis* in quanto destinata nella sua fisiologia ad essere revocata, tanto che nella stessa sentenza sono disposte le ricerche che dovranno condurre alla sua revoca»²⁰.

²⁰ Si veda la Relazione Illustrativa della legge delega 134 del 2021 nonché L. Kalb, *La*

La medesima Corte costituzionale, primariamente nel caso Regeni, ha definito «bifronte»²¹ la natura della sentenza resa ai sensi dell'art. 420-*quater* c.p.p., considerato che essa presenta propriamente i connotati sia di una pronuncia definitiva, sia di una *vocatio in iudicium*²², componendosi di una duplicità di statuizioni: una pronuncia di improcedibilità virtualmente conclusiva del processo ed un atto di citazione a giudizio ad udienza predefinita per il caso di rintraccio dell'imputato. Tale ambivalenza presenta carattere perpetuo, dunque, non è soggetta a scadenza alcuna, soltanto per i reati imprescrittibili, viceversa, per i reati soggetti a prescrizione, tale statuizione è destinata a divenire irrevocabile con il decorso di un tempo pari al doppio del tempo necessario per prescrivere il reato²³.

Il giudice penale, chiamato a decidere su un caso di assenza, non si «spoglia», definitivamente, della *potestas iudicandi*, atteso che la causa rimane in uno stato di latenza, fintantoché non si rintracci, eventualmente, l'imputato²⁴. Da un lato, la pronuncia in questione definisce una *regiudicanda*, «dall'altro lato (ne) costituisce l'atto propulsivo, di una nuova destinata ad aprirsi se e quando l'originario imputato sarà rintracciato»²⁵. Successivamente all'adozione della sentenza *de qua*, le ricerche dell'imputato proseguono ed il giudice, a richiesta di parte, può eventualmente disporre l'assunzione di prove non rinviabili con le forme previste per l'incidente probatorio. Tale possibilità consente di cristallizzare il materiale probatorio da utilizzare, nell'eventualità in cui si provveda alla riapertura del processo, qualora le ricerche dell'imputato abbiano dato esito positivo e sia stata revocata²⁶ la sentenza di non luogo a procede-

nuova disciplina del processo in assenza dell'imputato: la ricerca di una soluzione equilibrata per il superamento di problemi ancora irrisolti, cit., 347.

²¹ Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192.

²² A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto per l'imputato assente*, in *Sistema Penale*, 2022, 11.

²³ Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192, 4.4.3.

²⁴ F. Demartis, *Il processo 'in absentia' alla luce della riforma Cartabia*, in *Altalex web*, 11 aprile 2023.

²⁵ A. Sanna, *La sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza del processo. Torsioni sistematiche e deficit di garanzie*, in *Discrimen web*, 20 marzo 2023.

²⁶ Nel caso in cui la persona venga rintracciata, la sentenza dovrà essere revocata in

re²⁷. Laddove, entro il termine di cui all'art. 420-*quater*, comma 3, c.p.p. la persona nei cui confronti è stata emessa la sentenza non venga rintracciata, la pronuncia di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo acquisisce carattere di irrevocabilità. Ne consegue che tale provvedimento, pur avendo formalmente il nome di sentenza, è destinato ad assumerne i caratteri allo spirare del termine di cui all'art. 420-*quater* c.p.p., comma 3, con la conseguenza che fino a quel momento, in applicazione del principio generale di tassatività dei mezzi di impugnazione, essendo revocabile, non è suscettibile di ricorso per cassazione²⁸.

3. – Di particolare rilievo rispetto ai temi processuali poc'anzi prospettati è, da ultimo, la sentenza n. 192 del 2023²⁹, con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 420-*bis*, comma 3, c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice proceda in assenza per i delitti commessi mediante gli atti di tortura definiti dall'art. 1, comma 1, della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata a New York il 10 dicembre 1984, ratificata e resa esecutiva con legge 3 novembre 1988, n. 498³⁰, quando, a causa della mancata assistenza dello Stato di appartenenza dell'imputato, è impossibile avere la prova che quest'ultimo, pur consapevole del procedimento, sia stato messo a conoscenza della pendenza del processo, fatto salvo

toto, senza poter distinguere i reati per i quali la prescrizione non sia ancora maturata e i reati per i quali tale termine sia già decorso (cfr. Relazione dell'Ufficio del massimo e del ruolo della Corte di cassazione, 102).

²⁷ Vedasi, sul punto, quanto scritto da N. Rombi, *Il nuovo processo in assenza*, in *Diritto penale e processo*, 2023, 126 ss.

²⁸ Cass., 18 dicembre 2023, n. 50426.

²⁹ Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192, sulla quale vedasi E.N. La Rocca, *La Consulta sul 'caso Regeni': equilibrismi e insidie nella sentenza n. 192 del 2023*, in *Dir. comp. web*, 20 dicembre 2023 e G. Spangher, *Regeni: gli imputati egiziani possono essere processati in assenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, 1608 ss.

³⁰ La Convenzione contro la tortura o altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, approvata a New York il 10 dicembre 1984, divenuta efficace il 26 giugno 1987 (dopo l'adesione del ventesimo Stato membro) è stata ratificata dall'Italia con legge n. 498 del 3 novembre 1998.

il diritto dell'imputato stesso ad un nuovo processo in presenza per il riesame del merito della causa.

La pronuncia additiva del Giudice delle leggi giunge al culmine dell'intricata vicenda processuale per i fatti di tortura ai danni del cittadino italiano, dottorando dell'Università di Cambridge, Giulio Regeni, in cui ad essere imputati erano quattro alti funzionari egiziani, graduati del Servizio di Sicurezza egiziano.

In linea generale, i giudici italiani si sono dovuti confrontare con i limiti ed i confini definatori dei concetti di 'conoscenza/consapevolezza' del processo e della misura della sufficienza della piattaforma probatoria in merito ai requisiti legittimanti il processo in assenza. In particolare, nella vicenda giudiziaria in esame, occorreva dipanare alcuni intricati nodi problematici ed interpretativi che potrebbero essere sintetizzati in una duplicità di questioni: se ed in quale misura gli indici di conoscenza del processo possono e debbono coincidere con un coefficiente psicologico di carattere positivo che si estrinseca nella formale consapevolezza del processo penale pendente a proprio carico? Siffatto coefficiente di volontarietà come si può coniugare con un comportamento non collaborativo dello Stato estero, sostanziantesi in una mancanza di cooperazione giudiziaria, ovvero nel rifiuto di cooperazione, da parte dello Stato di appartenenza dell'imputato?

A parere di parte della dottrina, la Consulta ha «salvato»³¹ il processo dall'epilogo che sarebbe stato altrimenti imposto dall'attuale quadro normativo, ossia dallo sbarramento all'accertamento processuale da una pronuncia, da parte del giudice remittente, di una sentenza di non doversi procedere. E ciò in quanto la disposizione transitoria prevista dall'art. 89, comma 2, d.lgs. n. 150/2022 prevede che: «Quando, prima dell'entrata in vigore del presente decreto, nell'udienza preliminare o nel giudizio di primo grado, è stata disposta la sospensione del processo ai sensi dell'articolo 420-*quater*, comma 2, del codice di

³¹ A. Mangiaracina, 'Justice must go on': la Consulta apre alla celebrazione in assenza del 'processo Regeni', in *Proc. pen. e giust.*, 2024, 395.

procedura penale nel testo vigente prima dell'entrata in vigore del presente decreto e l'imputato non è stato ancora rintracciato, in luogo di disporre nuove ricerche ai sensi dell'articolo 420-*quinquies* del codice di procedura penale nel testo vigente prima dell'entrata in vigore del presente decreto, il giudice provvede ai sensi dell'articolo 420-*quater* del codice di procedura penale come modificati dal presente decreto. In questo caso si applicano gli articoli 420-*quinquies* e 420-*sexies* del codice di procedura penale, come modificati dal presente decreto».

Al fine di chiarire il quadro fattuale su cui si innesta la vicenda, è bene dare atto che il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Roma, investito della richiesta di rinvio a giudizio, aveva dichiarato l'assenza degli imputati³² sulla base della formulazione dell'art. 420-*bis* c.p.p. *ante* Riforma Cartabia. Il predetto giudice aveva, infatti, ritenuto che gli imputati, pur consapevoli della pendenza del procedimento penale a proprio carico innanzi alle autorità italiane, si fossero volontariamente sottratti alla conoscenza degli atti inerenti al processo, sulla base di una serie di indici fattuali, ossia: l'essere stati sentiti, in qualità di persone informate sui fatti, dalle autorità egiziane su richiesta rogatoriale del Pubblico Ministero; la sfera di conoscibilità del processo da parte degli imputati non poteva non essere stata attinta dall'eccezionale copertura mediatica internazionale che aveva riguardato l'avviso di conclusione delle indagini preliminari e la fissazione dell'udienza preliminare; la conoscenza, in capo agli apparati investigativi egiziani della prosecuzione del procedimento penale in Italia; infine, gli imputati erano stati ripetutamente invitati, per via sia rogatoriale sia diplomatica, ad eleggere domicilio in Italia, secondo quanto previsto dall'art. 169 c.p.p., senza che, tuttavia, tale invito venisse mai dagli stessi accolto³³.

Tuttavia, in sede di impugnazione del citato provvedimento, era seguita pronuncia della Corte di assise di Roma che aveva

³² G.u.p. Trib. Roma, 25 maggio 2021.

³³ A. Mangiaracina, *'Justice must go on': la Consulta apre alla celebrazione in assenza del 'processo Regeni'*, cit., 398.

dichiarato la nullità del decreto di rinvio a giudizio nei confronti degli imputati, non ritenendo vi fossero indizi sufficienti a garantire che sussistesse, in capo agli stessi, la effettiva conoscenza della *vocatio in iudicium* imposta dal quadro sovranazionale, nonché che la mancata conoscenza stessa fosse a loro addebitabile³⁴.

Il detto provvedimento della Corte d'assise di Roma, mediante l'annullamento della precedente dichiarazione di assenza, faceva buon governo degli insegnamenti delle 'Sezioni Unite Ismail', escludendo che, a fondamento della pretesa di effettiva conoscenza del processo, da parte degli imputati, del contenuto della *vocatio in iudicium*, potessero essere adottati gli elementi valorizzati dal Pubblico Ministero, ossia che gli indici di conoscenza effettiva del processo potessero coincidere con le qualifiche soggettive degli imputati all'interno delle forze di polizia ovvero degli apparati di sicurezza egiziani.

Restituiti gli atti al Tribunale, nell'udienza del 10 gennaio 2022, il giudice dell'udienza preliminare disponeva, previa nuove ricerche, la notifica personale agli imputati per l'udienza dell'11 aprile 2022, udienza in cui, stante l'impossibilità di rintracciarli, ordinava la sospensione del processo ai sensi dell'allora art. 420-*quater* c.p.p.³⁵.

Avverso tale ordinanza, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma presentava ricorso alla Corte di Cassazione, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p., deducendo l'abnormità dell'atto impugnato³⁶. La Corte di Cassa-

³⁴ C. Assise Roma, 14 ottobre 2021.

³⁵ M.R. Donnarumma, *La sentenza della Corte costituzionale sul caso Regeni. Processo 'in absentia' per i crimini di tortura di Stato*, in *Giur. pen. web*, 2023, 2.

³⁶ Così, A. Mangiaracina, *'Justice must go on': la Consulta apre alla celebrazione in assenza del 'processo Regeni'*, cit., 399, la quale puntualizza come, ad avviso della Procura, l'ultima ipotesi di cui all'art. 420-*bis*, c.p.p., anteriore alla Riforma Cartabia sarebbe «finalizzata ad evitare un uso distorto del diritto di avere notizia del processo qualora ci si sottragga volontariamente alla conoscenza dello stesso, al fine di evitare che il dibattimento venga celebrato; in altri termini, la clausola finale del 420-*bis*, comma 2, c.p.p. impedisce la realizzazione di un vantaggio contrario allo scopo per cui il diritto stesso è riconosciuto, impedendo quindi di sottrarsi, evitare o sfuggire alla giurisdizione».

zione, prima sezione penale, a sua volta, dichiarò l'inammissibilità del ricorso, confermando il suo precedente orientamento interpretativo fondato sull'endiadi effettività della conoscenza della *vocatio in ius* e consapevolezza della rinuncia a partecipare³⁷, la quale, ai fini dell'applicazione dell'allora in vigore disciplina dell'assenza, richiedeva l'effettuazione di comportamenti di tipo positivo e non omissivo, da parte degli imputati³⁸.

In attesa del deposito della sentenza (9 febbraio 2023) si procedeva ad ulteriori ricerche degli imputati da parte della polizia giudiziaria, da cui emergeva l'assenza di una reale volontà di collaborare delle autorità egiziane³⁹.

Infine, con ordinanza del 31 maggio 2023, il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Roma sollevava, su eccezione del Pubblico Ministero, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 420-*bis*, commi 2 e 3, c.p.p., alla luce degli artt. 2, 3, 24, 111, 112 e 117 Cost., evidenziando un *vulnus* in tale disciplina che appariva non reggere dinnanzi al *bilanciamento* con altri principi e valori costituzionali a cui il divieto internazionale di tortura era posto a protezione.

Sullo sfondo della questione di costituzionalità, vi era il fondato timore di quella che si poteva delineare quale «una sostanziale immunità penale» per gli imputati ed un «sicuro e grave pregiudizio alle persone offese e ai propri congiunti che vedono allontanarsi *sine die* la possibilità di partecipare ad un giusto processo»⁴⁰.

Prima di addentrarci nel cuore dell'argomentazione della Consulta, occorre premettere come lo stesso si sia dispiegato lungo tre linee concettuali⁴¹ che ruotano intorno alla disciplina dell'assenza quale «fattispecie segnata dall'irrisolta tensione tra il diritto fondamentale dell'imputato a presenziare al processo,

³⁷ Cass., Sez. un., 17 agosto 2020, n. 23948.

³⁸ Cass., 09 febbraio 2023, n. 5675, per commento vedasi Redazione Giurisprudenza Penale, *Caso Regeni e conoscenza del procedimento da parte degli imputati egiziani: la sentenza della Cassazione*, in *Giur. pen. web*, 10 febbraio 2023.

³⁹ Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192, 2.6.

⁴⁰ G.u.p. Trib. Roma, 31 maggio 2023.

⁴¹ A. Mangiaracina, *'Justice must go on': la Consulta apre alla celebrazione in assenza del 'processo Regeni'*, cit., 397.

l'obbligo dello Stato di perseguire crimini che consistano in atti di tortura e il diritto – non solo della vittima e dei suoi familiari, ma dell'intero consorzio umano – all'accertamento della verità processuale sulla perpetrazione di tali crimini»⁴².

In particolare, la Corte costituzionale muove, in qualche misura, da una premessa 'assiologica', ossia dalla definizione del divieto di tortura quale delitto contro la persona e crimine contro l'umanità, «proibita sia dal diritto internazionale penale, sia dalle norme internazionali sui diritti umani, con tale costanza e univocità da attribuire al divieto carattere inderogabile», e pertanto ascrivibile *allo ius cogens* di formazione consuetudinaria. Tale premessa assiologica non può che condizionare la consequenziale scelta dei parametri da parte dell'interprete costituzionale, laddove l'immunità *de facto*, che sarebbe derivata dalla stretta applicazione della disciplina dell'assenza, sarebbe stata, ad un sol tempo, lesiva dei diritti inviolabili della vittima rispetto a un crimine estremo contro la dignità della persona (art. 2 Cost.); irragionevole a fronte del diritto-dovere rivendicato e assunto dalla Repubblica di perseguire tali misfatti (art. 3 Cost.); inosservante degli standard internazionali di tutela dei diritti umani, recepiti e promossi dalla CAT (art. 117, primo comma, Cost.)⁴³.

La logica assiologica delle conseguenze apparrebbe prevalere, nell'*iter* argomentativo della Corte, quale criterio di bilanciamento dell'interprete che ritrova un solido ancoraggio nel nucleo duro dello *ius cogens*, a cui il divieto di tortura, quale delitto contro l'umanità, è ascrivibile.

A tale riguardo, la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. sarebbe propriamente derivata dall'inadempimento alla Convenzione contro la tortura, rientrando i fatti oggetto delle imputazioni nella nozione enunciata dall'art. 1 della medesima.

È bene precisare che la Convenzione in discorso, all'art. 2, impone agli Stati contraenti di assumere provvedimenti legisla-

⁴² Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192, 3.

⁴³ E.N. La Rocca, *La Consulta sul 'Caso Regeni': equilibrismi ed insidie nella sentenza n. 192 del 2023*, in *Diritti Comparati Comparare i diritti fondamentali in Europa*, 20 dicembre 2023.

tivi, amministrativi, giudiziari ed altri provvedimenti efficaci per impedire che atti di tortura siano compiuti in un territorio sotto la di loro giurisdizione. Da ultimo, dagli artt. 6 e 7 emerge un doppio dovere di cooperazione giudiziaria, consistente sia nella collaborazione con le autorità dello Stato di cittadinanza della vittima, sia nella instaurazione di un processo giudiziario interno, che deve svolgersi secondo le regole dell'equo processo e che impone agli Stati di consentire l'ordinario svolgimento dell'attività giudiziaria dello Stato di cittadinanza⁴⁴.

Anche tali disposizioni sarebbero state violate dalle autorità egiziane, ad avviso del giudice remittente, sia in ragione del fatto che alcun giusto processo sarebbe stato instaurato per poter valutare i titoli di responsabilità degli imputati, sia in quanto le autorità egiziane non avrebbero consentito lo svolgimento dell'attività giudiziaria dello Stato di cittadinanza della vittima, contrariamente al disposto dell'art. 9 della Convenzione, secondo il quale gli Stati Parte «s'accordano l'assistenza giudiziaria più vasta possibile in qualsiasi procedimento penale relativo ai reati di cui all'articolo 4, compresa la comunicazione di tutti gli elementi di prova disponibili e necessari ai fini del procedimento»⁴⁵.

In tal misura, l'art. 420-*bis* c.p.p., nella parte in cui non consentiva di poter dichiarare l'assenza di imputati accusati del delitto di tortura, a ragione della mancata cooperazione con lo Stato estero, violava altresì gli obblighi derivanti dalla Convenzione in esame, oltre che il fondamentale principio del giusto processo.

Alla luce di tali considerazioni, la Consulta – e ciò rappresenta il fulcro della decisione – ha individuato il punto di caduta dell'effettività delle garanzie partecipative dell'imputato in una sorta di tutela '*incondizionata*' dello *status difensivo* che avrebbe potuto riverberarsi, nel caso in esame, in una paralisi del processo fin dal suo esordio, poiché la mancata assistenza dello

⁴⁴ Disposizioni tutte prese in esame anche dal G.u.p. Trib. Roma, 31 maggio 2023.

⁴⁵ Art. 9 Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

Stato di appartenenza degli imputati rendeva impossibile notificare personalmente ai medesimi gli atti formali della *vocatio in iudicium*, risolvendosi, in ultima istanza, in una sorta di immunità *de facto*⁴⁶ ostativa all'accertamento dei crimini di tortura.

Quale rimedio a siffatte situazioni, il Giudice delle leggi è intervenuto con una pronuncia di carattere additivo, con l'inserimento, nell'attuale comma 3 dell'art. 420-*bis* c.p.p., prima contrastante con gli artt. 2, 3 e 117, comma 1, Cost., di una «fattispecie addizionale di assenza non impeditiva», ossia la categoria di imputati irreperibili che sono tali a causa della «sottrazione dello Stato di appartenenza ai suoi obblighi di assistenza giudiziaria»⁴⁷. Con la conseguenza che, anche in tale eventualità, il processo deve essere celebrato nell'assenza dei suoi protagonisti, i quali potranno, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, eventualmente, accedere ai meccanismi «compensativi» finalizzati ad ottenere, utilizzando il linguaggio della Corte di Strasburgo, la «fresh determination of the merits of the charge»⁴⁸.

Appare difficile ipotizzare che questa nuova situazione di assenza, costruita sul filo dell'eccezionalità e ritagliata sullo specifico caso sottoposto al vaglio della Corte (tantoché, alcuni autori, hanno parlato di una pronuncia «*ad regenim*»⁴⁹) e, inevitabilmente, sul travaglio umano, sociale e politico provocato

⁴⁶ Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192,13.2.

⁴⁷ A. Mangiaracina, '*Justice must go on*': la Consulta apre alla celebrazione in assenza del 'processo Regeni', cit., 400.

⁴⁸ Per un approfondimento circa il riassetto delle garanzie partecipative a mezzo dei meccanismi compensativi vedasi nuovamente A. Mangiaracina, '*Justice must go on*': la Consulta apre alla celebrazione in assenza del 'processo Regeni', cit., 409 ss.

⁴⁹ G.L. Gatta, *Il giurista Gian Luigi Gatta: dalla Corte una sentenza 'ad regenim'. Ed è giusto così*, in *La Repubblica*, 28 settembre 2023, A. Mangiaracina, '*Justice must go on*': la Consulta apre alla celebrazione in assenza del 'processo Regeni', cit., 397, evidenza come nella dottrina costituzionalista, sul tema del fatto come elemento attorno al quale ruota la questione di costituzionalità si vedano, tra i tanti, E. Cavasino, *La Corte mediatica e la Corte attivista: i nuovi volti della giustizia costituzionale italiana*, in *Consultaonline*, 9 febbraio 2024, 242 ss., la quale, peraltro, qualifica la sentenza in questione come «manipolativa di accoglimento di tipo additivo introducendo una ipotesi di processo *in absentia* non prevista dal legislatore calibrata sul fatto processuale» (nota 115).

dall'efferato omicidio di Giulio Regeni⁵⁰, possa entrare in gioco anche in altre 'situazioni normative'.

D'altra parte, il *vulnus* costituzionale denunciato dal remittente poteva e doveva essere sanato, a parere della Consulta, senza alcun sacrificio delle garanzie partecipative dell'imputato⁵¹ e, eventualmente, con una diversa scansione temporale del loro esercizio, che si riassume nel diritto dell'imputato ad ottenere, in ogni fase e grado, la riapertura del processo per il riesame nel merito della causa.

Tenuto conto che il diritto ad un nuovo processo in presenza risultava concretamente esperibile nel caso concreto e che, comunque, la fattispecie di assenza in questione non comportava alcun intervento sul quadro delle garanzie delineato dal d.lgs. n. 150 del 2022, la Corte costituzionale ha ritenuto che la procedibilità in assenza per i delitti di tortura statale fosse rispettosa del principio del giusto processo e del diritto di difesa dell'imputato⁵², così come garantiti dagli artt. 111 Cost. e 6 CEDU⁵³.

4. – In relazione alla peculiarità del caso Regeni, la Corte costituzionale ha, quindi, aggiunto un'ipotesi di assenza 'non impeditiva', implicante il caso in cui l'imputato si sia sottratto volontariamente alla conoscenza del processo e tale sottrazione risulti da condotte positive non normate, ovvero da accertarsi in fatto.

In particolare, tutta la questione si incentrava sulla esatta delimitazione definitoria degli indici fattuali, sufficienti a fornire la prova certa dell'effettiva conoscenza della pendenza di un processo a carico degli imputati. Indici fattuali, quali la partecipazione di alcuni degli imputati al *team* egiziano incaricato di collaborare con gli inquirenti italiani, il fatto che alcuni di essi

⁵⁰ Profilo sottolineato da G. Spangher, *Regeni: gli imputati egiziani possono essere processati in assenza*, cit., 1608.

⁵¹ Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192, 12.

⁵² A.M. Capitta, *Caso Regeni: la disciplina del processo 'in absentia' non può risolversi in una immunità de facto ostativa all'accertamento dei crimini di tortura – Corte cost., n. 192 del 2023*, in *Arch. pen. web*.

⁵³ A. Mangiaracina, *'Justice must go on': la Consulta apre alla celebrazione in assenza del 'processo Regeni'*, cit., 406-407.

fossero stati in quella sede sentiti quali persone informate sui fatti e la rilevanza mediatica, anche internazionale, del processo italiano, non ricadevano nelle classiche ipotesi di mancanza di conoscenza del processo da parte dell'imputato, bensì essi attecchivano propriamente al *fatto* della mancanza di leale collaborazione da parte dell'autorità giudiziaria egiziana e, in particolare, della Procura egiziana costituente un'articolazione del potere esecutivo secondo l'ordinamento interno. Tuttavia, la normativa del processo in assenza dettata dal legislatore italiano non contemplava l'ipotesi in cui i poteri di accertamento del giudice fossero impediti dal *factum principis* dello Stato estero. In ragione di ciò, il sistema ideato dalla Riforma Cartabia scontava una crisi d'identità, poiché non vi era norma che prevedesse un rimedio in presenza del rifiuto di cooperazione dello Stato estero.

L'eccezione fattuale richiedeva un necessario riequilibrio del sistema normativo, su cui si è innestata la forza creatrice del giudice delle Leggi che ha aggiunto quel tassello mancante che ha permesso di valorizzare anche l'effettività della tutela delle vittime di reato (profili quest'ultimi, in relazione ai pur evocati parametri degli artt. 24, 111 e 112 Cost., rimasti tuttavia assorbiti nella decisione della Consulta).

In tale senso, determinante nella motivazione della decisione del Giudice delle Leggi, al fine di evidenziare un'aporia processuale nel tessuto della disciplina dell'assenza, è stato il richiamo alla copiosa giurisprudenza sull'art. 3 CEDU⁵⁴: la Corte di Strasburgo ha più volte distinto un aspetto procedurale («procedural aspect») del divieto di tortura ed un aspetto sostanziale del medesimo («substantive aspect»), potendo tale divieto essere violato non soltanto dalla materiale inflizione di sevizie e crudeltà, bensì, anche dall'omesso svolgimento da parte

⁵⁴ C. dir. uomo, Grande Camera, 13 dicembre 2012, *El-Masri contro ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, C. dir. uomo, 31 maggio 2018, *Abu Zubaydah contro Lituania*, C. dir. uomo, 24 luglio 2014, *Al Nashiri contro Polonia*; C. dir. uomo, 16 febbraio 2023, *Ochigava contro Georgia*. Nella letteratura italiana, vedasi A. Colella, F. Cassibba, *Art. 3. Proibizione della tortura*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino 2022, 77 ss.

degli apparati statali di un'indagine effettiva e completa sulla denuncia di tortura⁵⁵.

In quest'ottica, assume rilievo quell'orientamento della Corte di Strasburgo che, relativamente alle più gravi violazioni dei diritti umani utilizza, quale fondamentale linea guida interpretativa e risolutiva, il «diritto alla verità» («the right to the truth»), che, connotandosi per una matrice pluralistica, non appartiene esclusivamente alla vittima del reato, ma anche alle altre vittime di violazioni simili ed al pubblico in generale, che hanno il «diritto di sapere cosa è accaduto»⁵⁶.

In ragione di ciò, l'art. 3 CEDU rinviene, non a caso, ampio riconoscimento ed esige una «efficient criminal-law response», senza la quale esso risulterebbe ineludibilmente violato nel «procedural limb», ancor prima che nell'aspetto sostanziale.

Con specifico riferimento al delitto di tortura, siffatto inostituibile presidio di libertà e di garanzia soffre una «lacuna ordinamentale» che preclude(va) allo Stato italiano di procedere con completezza ed esaustività al relativo accertamento processuale, con conseguente grave offesa della persona umana ed al suo diritto fondamentale a non essere vittima di tali atti («substantive aspect»)⁵⁷.

Difatti, sul punto, la Consulta rileva come sussista una duplice violazione: sia dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione alla Convenzione ONU, sia dell'art. 2 Cost., atteso che «nello statuto eccezionale del crimine in questione, il diritto all'accer-

⁵⁵ S. Quattrococo, *Coerenza del sistema vs incoerenza del caso concreto: un passo verso la celebrazione del processo Regeni?*, in *Sist. pen. web*, 26 luglio 2023, evidenzia come, verso il profilo processuale, gli artt. 2 e 3 CEDU fossero stati richiamati dal giudice *a quo* «apparentemente *ad adiuvandum*» e, comunque, non come parametri del giudizio di legittimità.

⁵⁶ C. dir. uomo, Grande Camera, 13 dicembre 2012, *El-Masri contro ex Repubblica jugoslava di Macedonia*; C. dir. uomo, 31 maggio 2018, *Abu Zubaydah contro Lituania*; C. dir. uomo, 24 luglio 2014, *Al Nashiri contro Polonia*; nonché C. dir. uomo, 16 febbraio 2023, *Ochigava contro Georgia*.

⁵⁷ A. Mangiaracina, *'Justice must go on': la Consulta apre alla celebrazione in assenza del 'processo Regeni'*, cit., 404.

tamento giudiziale è il volto processuale del dovere di salvaguardia della dignità»⁵⁸.

5. – Posto dunque l'accento sul connotato dell'effettività del diritto alla verità, la Consulta accoglie l'invito del giudice *a quo* ad una pronuncia additiva e giunge alla conclusione che l'aporia processuale denunciata dal remittente disvelasse «una lacuna ordinamentale, che non tardava a manifestare i tratti del vulnus costituzionale»⁵⁹, non appena la stessa si relazionava con il diritto all'accertamento processuale, quale primaria espressione del divieto sovranazionale di tortura, nonché volto di salvaguardia processuale del valore primario della dignità umana.

Difatti, la Corte costituzionale precisa come l'impossibilità di notificare personalmente agli imputati l'avviso di rinvio dell'udienza preliminare e la richiesta di rinvio a giudizio e, quindi, di portare a loro conoscenza l'apertura del processo, comportava, sulla base del quadro normativo interno, la necessità di emettere sentenza inappellabile di improcedibilità ai sensi dell'art. 420-*quater* c.p.p., che, a sua volta, non avrebbe mai potuto, verosimilmente, assolvere alla funzione secondaria di *vocatio in iudicium*, pure ad essa istituzionalmente spettante, e che anzi era destinata a divenire, con il trascorrere del tempo, irrevocabile per tre dei quattro imputati, giacché chiamati a rispondere di un reato prescrivibile, il sequestro di persona.

Orbene, se una fattispecie addizionale di assenza non impeditiva, nel caso di specie, appariva una necessità ordinamentale al fine di evitare una paralisi processuale costituzionalmente e convenzionalmente intollerabile; tuttavia, la soluzione individuata avrebbe dovuto essere rispettosa del principio del giusto processo e delle garanzie partecipative dell'imputato e, quindi, in ultima istanza, rispondente al canone di ragionevolezza. E tale punto di bilanciamento tra valori contrapposti viene rintracciato in un riassetto delle garanzie partecipative dell'imputato,

⁵⁸ Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192, 9.3.

⁵⁹ Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192, 9.

«riassetto non qualitativo, né quantitativo, ma esclusivamente temporale, pur sempre all'interno del binario tracciato dalla disciplina dell'assenza nel processo penale»⁶⁰.

In altri termini, il *vulnus* costituzionale prodotto dalla lacuna normativa in questione poteva essere ridotto a legittimità per linee interne al sistema delle garanzie senza alcun sacrificio, né condizionamento, delle facoltà partecipative dell'imputato, bensì, unicamente, con una diversa scansione temporale del loro esercizio. Richiamando lo statuto europeo dell'assenza processuale nonché le garanzie sottese alla formula sintetica enunciata dall'art. 9 della Direttiva 2016/343/UE, il punto di equilibrio viene individuato dal Giudice delle Leggi nel «diritto a un nuovo processo», che, svolgendosi in presenza dell'imputato ed a sua richiesta «consenta di riesaminare il merito della causa, incluso l'esame di nuove prove, e possa condurre alla riforma della decisione originaria»⁶¹.

Nel sistema interno delle garanzie già presenti, la Corte associa, dunque, all'ipotesi di un'assenza «ben dichiarata» dal giudice, un rimedio condizionato per la restituzione nelle facoltà processuali, la decadenza dalle quali l'imputato può provare essere a lui non imputabile. Pertanto, tenuto all'oscuro della vicenda processuale da un *factum principis* (la condotta non cooperativa del proprio Stato di appartenenza), l'imputato, pur a conoscenza del procedimento, deve presumersi senza colpa ignaro delle cadenze del processo, con pieno e libero accesso alla reintegrazione nelle facoltà che ritenga di esercitare⁶².

In conclusione – afferma la Corte – alle ipotesi di processo *in absentia*, contemplate dall'articolo 420-*bis* c.p.p., comma 3, deve aggiungersi la fattispecie in scrutinio, limitata, tuttavia, all'accertamento dei delitti di tortura e non estesa a qualunque titolo di reato. Diversamente, non potrebbe dirsi tutelata l'effettività della persecuzione di gravissimi crimini, quali la tortura, in riferimento ai quali non verrebbe garantito il «diritto alla ve-

⁶⁰ Corte cost., 26 ottobre 2023, n. 192, 12.

⁶¹ *Ibidem*, 11.

⁶² *Ibidem*, 15.1.

rità» che, in ragione della sua matrice plurale e plurima, vede come soggetti beneficiari e destinatari non soltanto la vittima del reato e la sua famiglia, bensì l'intero consorzio umano, il cui «diritto di sapere cosa è accaduto» deve essere tutelato nella misura massima. A tale delimitazione oggettiva deve aggiungersi la delimitazione soggettiva riguardante l'autore del reato, ossia un «agente della funzione pubblica» o «ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito».

6. – Rispetto al tema dell'assenza nel processo penale, attraverso lo spettro di una sentenza equilibrata, il Giudice delle leggi viene chiamato a pronunciarsi su una fattispecie, come già precisato, segnata dalla irrisolta tensione tra il diritto fondamentale dell'imputato a presenziare al processo, l'obbligo dello Stato di perseguire i crimini che consistano in atti di tortura ed il diritto, non solo della vittima e dei suoi familiari, ma dell'intera collettività, all'accertamento della verità processuale sulla perpetrazione di crimini contro l'umanità.

La Corte ha effettuato, anche in questa occasione, una delicata opera di bilanciamento, prediligendo una strada «morbida» che vede, quale punto di partenza, una statuizione assiologica: la tortura è un delitto contro la persona ed un crimine contro l'umanità, il cui divieto sovranazionale e l'obbligo per gli Stati di perseguirla presente nella Convenzione contro la tortura, ratificata sia dall'Italia sia dall'Egitto, e dall'art. 3 CEDU, esige una «efficient criminal-law response» e si impone, per il tramite dell'art. 117 Cost., quale parametro predisposto alla tutela dei diritti fondamentali. In assenza, l'aporia processuale non tarderebbe a divenire una lacuna ordinamentale, che manifesterebbe, ineludibilmente, i tratti del *vulnus* costituzionale.

Il sistema delle garanzie dell'imputato non subisce *vulnus* alcuno in termini di diritto partecipativo, in quanto alle stesse viene soltanto impressa una diversa scansione temporale, che si riassume nel diritto ad ottenere, in ogni fase grado del giudizio, la riapertura del processo. Tale soluzione viene definita dalla Corte come costituzionalmente conforme, in aderenza alla

giurisprudenza europea affermatasi in ordine alla «fresh determination of the merits of the charge».

In altri termini, premesso che il giudizio può celebrarsi in assenza solo se preceduto da ragionevoli sforzi delle autorità onde rintracciare gli imputati per le notifiche, la decisione, invertendo l'onere della prova rispetto alla logica contumaciale, rimarca che l'imputato, giudicato in assenza per impossibilità di rintraccio, deve poter esercitare, senza condizioni, il diritto ad un nuovo processo di merito, spettando alle autorità che tale diritto intendano negare addurre indizi precisi ed oggettivi da cui risulti che l'imputato ha ricevuto sufficienti informazioni circa il processo pendente, affidando in ultima istanza al giudice, e solo per i casi di tortura compiuti da agenti pubblici, il compito di attuare il bilanciamento. Trattasi di una pronuncia che parrebbe, apparentemente, indebolire l'indice della certezza della effettività della conoscenza del processo come condizione per procedere in assenza; tuttavia, essa si ricompone e si limita in forza dell'imperativo categorico della dignità umana, valore costituzionale alla cui tutela la criminalizzazione della tortura è preordinata.

In questa collana:

1. Consolo C. - Zuffi B., *L'azione di classe ex art. 140 codice consumo*, 2012.
2. Penasa L., *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi, I, Natura e legge regolatrice*, 2012.
3. Benigni E. - D'Alessandro E. - Salvadori M., *Il processo inglese fra diritti e doveri dei convenuti stranieri*, 2016.
4. Stella M., *Lineamenti degli arbitri bancari e finanziari in Italia e in Europa*, 2016.
5. Penasa L., *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi, II, Profili soggettivi*, 2017
6. Consolo C. - Stella M. - Giugliano V., (a cura di), *Articoli, saggetti e commenti di litigation internazionale apparsi in dieci anni di Int'l Lis - Vol. I*, 2017.
7. Consolo C. - Stella M., (a cura di), *Articoli, saggetti e commenti di litigation internazionale apparsi in dieci anni di Int'l Lis - Vol. II*, 2018.
8. Stella M., *Profili processuali degli illeciti via internet. I. Giurisdizione, competenza, onere della prova*, 2020.
9. Stella M., *Profili processuali degli illeciti via internet. II. Onere della prova e azioni*, 2023.
10. Ciampi A., *L'istituto della contumacia nell'ordinamento italiano e beyond. Passato, presente e futuro*, 2024.

