

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI

FEDERICO II°



*Tesi di dottorato di ricerca in
DIRITTO PROCESSUALE CIVILE*

I LIMITI

DEL PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE

Tutor:
Chiar.mo Prof.
Luigi Iannicelli

Candidato:
dott. Marco Angelone

Coordinatore:
Chiar.mo Prof.
Salvatore Boccagna

**CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO PROCESSUALE CIVILE
(XXIV CICLO)**

*Ad Elisa,
con tutto l'amore che ho*

Indice-Sommario

Introduzione: scopo e metodo dell'indagine.

pag. 7

SEZIONE PRIMA

I profili evolutivi del principio di non contestazione

CAPITOLO PRIMO

Il principio di non contestazione

nella tradizione del diritto processuale italiano

1. Ricognizione dell'onere di contestazione nell'ordinamento processuale italiano. 13
2. Il dibattito intorno alla non contestazione, dopo l'introduzione delle barriere preclusive nel processo civile di ordinaria cognizione. 19
3. L'impatto dirimente della sentenza Cass. sezioni unite n. 761/2002. La generalizzazione per via pretoria del principio di non contestazione. 24
4. Il "sequel" giurisprudenziale: tra sostanziale accettazione, evidenti oscillazioni e nuove giustificazioni normative al principio di non contestazione, dopo le riflessioni sulla portata innovativa delle regole del giusto processo ex art. 111 cost. 28
5. Il tentativo (fallito) di estendere gli effetti del principio di non contestazione al fenomeno contumaciale nell'abrogato rito societario. 32
6. Le proposte sulla non contestazione alla vigilia della riforma del 2009. 36
7. Le influenze dei regolamenti processuali europei. 38
8. Riepilogo delle principali fattispecie tipiche ad effetto contestativo in regime di coesistenza con il nuovo art. 115 c.p.c. 40

CAPITOLO SECONDO

L'onere generale di contestazione nel novellato art. 115

c.p.c.

- | | | |
|----|--|----|
| 1. | La ricerca della <i>ratio legis</i> della introduzione del principio di non contestazione nel codice di procedura civile. | 44 |
| 2. | La discussa ubicazione del principio di non contestazione nel primo comma dell'art. 115 c.p.c. | 47 |
| 3. | L'economia processuale come fondamento del principio di contestazione. Tesi a confronto: divergenze e piani di indagine. | 49 |
| 4. | Il principio di non contestazione nella ideologia del processo civile: il confronto tra verità storica e verità negoziata. | 55 |

SEZIONE SECONDA

I soggetti, l'oggetto e i modi di esercizio dell'onere di contestazione

CAPITOLO PRIMO

I protagonisti dell'onere di contestazione

- | | | |
|----|---|----|
| 1. | La generalizzazione e la forza espansiva del principio di non contestazione. | 60 |
| 2. | L'esclusione della contumacia dalla disciplina del principio di non contestazione. Il legame con la nuova regolamentazione delle spese di lite. | 64 |
| 3. | Bilateralità dell'onere di contestazione e riferibilità della regola ai processi litisconsortili. | 67 |
| 4. | Il problema della delimitazione del potere contestativo occasionato da un intervento adesivo dipendente. | 69 |

CAPITOLO SECONDO

L'oggetto e le modalità di assolvimento dell'onere di contestazione

1. L'oggetto del principio della non contestazione: l'operatività ai fatti secondari. 72
2. La relazione dinamica del principio di non contestazione con il principio di preclusione e con la regola di giudizio dell'onere della prova. 74
3. Alcune doverose precisazioni: non contestazione e allegazioni di fatti a contenuto negativo. 77
 - 3.1 I fatti soggetti a prova scritta. 80
 - 3.2 I fatti fondanti questioni processuali e il limite del principio *iura novit curia*. 82
4. Le modalità di esercizio dell'onere di contestazione. 85
 - 4.1 I "giusti" criteri di riferimento per identificare i comportamenti contestativi. 86
 - 4.2 Conoscibilità dei fatti da contestare. Il problema dei fatti eventi di danno. 87
5. Il contenuto della contestazione proporzionato all'onere di sostanziazione della parte che allega il fatto sfavorevole. L'indispensabile relazione con il principio di vicinanza della prova. Esemplicazioni. 88
6. Fatti complessi, fatti semplici e fatti avventizi. Il rapporto tra contestazione implicita e verità processuale alternativa. 91
7. L'attività di contestazione come atto di autoresponsabilità processuale. 94

SEZIONE TERZA
Le lacune dell'art. 115 c.p.c.

CAPITOLO PRIMO

Il tempo di contestazione

1.	Premessa: l'analisi dei tempi di contestazione dopo il riordino dei riti processuali civili.	98
2.	Il tempo di (non) contestazione: le tesi a confronto.	99
3.	La costruzione delle preclusioni contestative in ragione della efficienza dell'istruttoria e secondo il rito trattato. Preferenze.	102
4.	I tempi di contestazione nel processo ordinario di cognizione. Il limite preclusivo della appendice scritta. Opinioni.	103
4.1	Il problema della allegazione dei fatti secondari. Strategia processuale e affidamento della parte sugli effetti del principio di non contestazione.	105
5.	I tempi di contestazione nel processo del lavoro.	109
6.	I tempi di contestazione nel processo sommario di cognizione. Adesione alla tesi della natura di rito semplificato di cognizione. Conseguenze.	113
7.	Le dinamiche di contestazione nel processo tributario: i possibili riflessi pregiudizievoli per l'Ente impositore.	116
8.	Il rapporto temporale dell'onere di contestazione con i fatti conoscibili e rilevabili d'ufficio. La disputa sulle contestazioni tardive in appello.	120
8.1	Alcuni correttivi per coordinare il principio di non contestazione con la libera deducibilità in appello di eccezioni nuove rilevabili d'ufficio.	123

CAPITOLO SECONDO

Gli effetti e il controllo del principio di non contestazione

1. Le dimensioni eziologiche del principio di non contestazione nella fase di trattazione e in sede di decisione.	127
2. La direzione soggettiva degli effetti del principio di non contestazione : riflessi sul deducente, sul contestatore e sul giudice.	129
3. Il caso del litisconsorte necessario contumace.	134
4. La direzione oggettiva degli effetti del principio di non contestazione: verso il superamento del limite dei diritti indisponibili, ma senza pregiudizi per la ricerca della verità materiale.	137
5. La rilevanza del principio di non contestazione ai fini della pronuncia di compensazione delle spese di lite.	141
6. I comportamenti non contestativi e la “contumacia” in sede di procedimento di mediazione a fini conciliativi. Le possibili ricadute sul processo civile.	143
7. Il sindacato del principio di non contestazione innanzi alla Corte di cassazione, dopo l’introduzione dell’art. 360-bis c.p.c.	146
7.1 L’individuazione del singolo motivo di ricorso per Cassazione.	149
8. Conclusioni: approdi dell’indagine e le proposte per la definizione di uno statuto condiviso dell’onere di contestazione.	152
Ringraziamenti	159
Bibliografia	160

“La verità è come l’acqua o è pura o non è verità”
(Francesco Carnelutti)

Introduzione: scopo e metodo dell’indagine

Il nuovo art. 115, comma 1°, c.p.c., come emendato dall’art. 45, comma 14°, della legge n. 69/2009, rubricato “Disponibilità delle prove”, prevede che: “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 dalla parte costituita”.

Oggi, dunque, il principio della non contestazione costituisce a tutti gli effetti una regola generale - di diritto positivo - che informa il sistema processuale civile italiano. Esso comporta in capo alle parti un onere di attivazione al fine di negare e confutare i fatti posti a fondamento delle avverse domande ed eccezioni giudiziali¹. Laddove ciò non avvenga, nella materia dei diritti disponibili, è ormai unanimemente riconosciuto che la non contestazione assume la veste di comportamento processuale rilevante ai fini della definizione dell’oggetto del giudizio e, in particolare, del *thema probandum*.

Sicché, in applicazione di due massime di diritto probatorio, i fatti pacifici o incontrovertibili “*non egent probatione*”², determinando in favore del deducente una “*relevatio ab onere probandi*”³.

¹ Sul significato epistemico da attribuire al principio di non contestazione v. TARUFFO, *Verità negoziata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, Suppl. n. 3/2008, 71 e ss. L’a. afferma che “l’allegazione altro non è che è un atto linguistico mediante il quale una parte asserisce che un fatto si è verificato secondo certe modalità (p. 86)... “la contestazione consiste nella negazione esplicita di un enunciato che è stato oggetto di allegazione” (p. 87)... “la non contestazione, invece, non è un atto linguistico...è sempre tacita perché è un comportamento omissivo che consiste nella mancata negazione esplicita della verità di un enunciato oggetto di allegazione” (pp. 88-89).

² Il brocardo è riportato da Cass. 5 novembre 1997, n. 10843, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Procedimento civile*, n. 170 ove, in tema di omessa contestazione della legittimazione ad agire, si legge che il convenuto può, con il suo comportamento processuale, influire - eliminandoli o alleviandoli - sugli oneri probatori incombenti sull’attore, anche a proposito della sua asserita titolarità attiva del rapporto, ove non contesti oppure riconosca espressamente la verità dei fatti

L'onere di contestazione⁴ dei fatti storici narrati in sede processuale è stato fonte di aperti contrasti – specie giurisprudenziali - concernenti la sua esistenza, natura e portata applicativa.

Tuttora, nonostante la recente e “solenne” introduzione nel primo libro del codice di rito, restano seri dubbi in ordine al contenuto dell'attività di contestazione. Ne è dimostrazione il fatto che il dibattito scientifico è decollato, dopo una iniziale prudenza⁵.

dall'attore allegati a fondamento della domanda; ciò in applicazione del principio per cui *non egent probatione* i fatti pacifici o incontrovertiti”.

³ Anche questo latinismo è fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità per individuare l'effetto principale da accordare al mancato assolvimento dell'onere di contestazione. Per tutte, v. il notissimo arresto di Cass. 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002 (su cui v. *infra* Sez. I, cap. I, § 3).

⁴ Per SASSANI, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it, 2010, § 2, nt. 9, è questa la terminologia da adottare perché l'espressione principio di non contestazione (anche se è amata dalla dottrina) “è inespressiva (quindi vuota) e può prendersi solo come generica etichetta del tema”.

⁵ Dopo la riforma del 2009, la letteratura sull'argomento è già molto ampia, v. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 776 ss.; ID., in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, 31 ss.; BOCCAGNA, in AA. VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, 35 e ss. BOVE, in BOVE-SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata, 2009, 44; BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 263 e ss.; CARRATTA, «Principio della non contestazione» e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili, in *Famiglia e dir.*, 2010, 572; CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, *Foro it.*, 2009, V, 268 ss.; ID., *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 792; ID., *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in www.judicium.it, 2011. COMOGLIO, *Le prove civili*, 3^a ed., Torino, 2010, 107-129; CONSOLO, *Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, 737 e ss.; DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 273 ss.; DEMARCHI, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, 54 ss.; DE ROMA, *Il principio di non contestazione assume valenza generale*, in *Corr. trib.*, 2009, n. 33, 2683 e ss. DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2010, 833 e ss.; M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. giur.*, 2009, 1169 ss.; FRUS, *Osservazioni su due casi di inutile invocazione del principio di non contestazione da parte dell'attore nei confronti del convenuto contumace, per sopperire alle proprie carenze probatorie*, in *Giur. it.*, 2010, 1384; ID., *Sul rispetto dell'onere di contestazione anche in caso di incolpevole ignoranza e sugli effetti della mancata contestazione*, in *Giur.it.*, 2010, 1668; IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 309; MAERO, *Il principio di non contestazione prima e dopo la riforma*, in *Giusto processo civ.*, 2010, 455; MANDRIOLI, in MANDRIOLI-CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino 2009, 33 e ss.; MINARDI, *Onere di contestazione: le conseguenze della mancata o tardiva contestazione dei fatti nel processo decisionale del giudice*, in *Il Civilista*, 2010, fasc. 2, 26; MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 316 e ss. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 299 ss.; PAGNI, *La “riforma” del processo civile, la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, 1312 ss.; ID., *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, 237-242; PROTO PISANI, *Appunti sull'ultima riforma*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, sub 7; RASCIO, *La*

La ragione è piuttosto evidente: dalle opzioni ermeneutiche da assegnare alla non contestazione dipende la risoluzione di questioni processuali di altissimo impatto pratico. Solo per fare qualche esempio delle problematiche che in seguito verranno affrontate: oggetto, stabilità, tempo, rapporti con l'onere della prova e con il principio della vicinanza della prova, inferenza con la disciplina del processo litisconsortile, applicabilità ai contratti per i quali è stabilita la forma scritta *ad substantiam* ovvero *ad probationem*, costituiscono profili non espressamente disciplinati dal legislatore dell'ultima riforma. Spetterà, dunque, al diritto vivente fare luce su questi aspetti con il contributo degli studiosi.

La scelta di studiare questo argomento per la tesi di dottorato poggia essenzialmente su tre motivazioni: a) dopo lo studio in sede di tesi di laurea del principio del contraddittorio relazionato alle tutele sommarie non cautelari, mi è sorta la curiosità di vagliare una regola di "tecnica processuale"⁶; b) il necessario approfondimento delle decisioni dei giudici di merito e di legittimità, il più delle volte fondate sulle concrete attività contestative e non contestative delle parti, ha spinto l'interesse agli studi verso una regola di "diuturna applicazione nelle controversi civili"⁷; c) la considerazione, infine, da verificare all'esito dell'indagine, che dall'interpretazione di tale regola possa derivare un mutamento di impostazione del processo civile. Vale a dire l'affermazione di un processo nel quale, per usare le parole del legislatore del 2009, dimostrare solo ciò che è stato *specificatamente* contestato dalle parti e

non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire, in *Corr. giur.*, 2010, 1243; ROTA, in CARPI-TARUFFO (a cura di), in *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova 2009, 429 ss.; Id., *I fatti non contestati e il nuovo art. 115*, in *Il processo civile riformato* (a cura di TARUFFO), Bologna, 2010, 183 ss.; SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, www.judicium.it, 2010; SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 401 ss. ID., *Commentario alla riforma del codice di procedura civile. Sub. art. 115* - (a cura di SALETTI-SASSANI) - , Milano, 2009, 66 e ss. TARUFFO, *Poteri del giudice. Sub. art. 115*, in *Commentario del codice di procedura civile* (a cura di CHIARLONI) Bologna, 2011, 447 e ss., spec. § 6. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 76; ZUFFI, *Sub art. 115 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, - (diretto da CONSOLO) - Milano, 2009, 71 ss.

⁶ Il fenomeno della non contestazione è visto da CEA, *La tecnica della non contestazione*, in *Il Giusto proc. civ.*, 2006, 188 e ss., come apposito meccanismo di semplificazione processuale piuttosto che come principio o regola di giudizio strettamente intesa.

⁷ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 4° ed., Napoli, 2006, 108.

non più “tutto ciò che non è stato esplicitamente o inequivocabilmente ammesso”⁸.

Analisi che procederà all’insegna del filo rosso che sembra caratterizzare le più recenti (e affannose) riforme del codice di rito individuabile nel concetto di (auto)responsabilità⁹ e collaborazione delle parti e del giudice nel processo¹⁰. In concreto, l’obiettivo è quello di ricostruire le tappe fondamentali dell’evoluzione moderna del principio di non contestazione attraverso l’esame dei primi riconoscimenti normativi e giurisprudenziali ed evidenziando gli aspetti più innovativi e complessi della nuova formulazione dell’art. 115, comma 1°, c.p.c. Molto più semplicemente mi piacerebbe ipotizzare una sorta di statuto dell’onere di contestazione, ovvero (detta in negativo) individuare i limiti di operatività del principio di non contestazione.

La prima sezione ha un contenuto sostanzialmente ricostruttivo. Il primo capitolo è dedicato alla individuazione delle matrici storico-culturali del principio del contestazione nell’ordinamento processuale nostrano. Particolare attenzione è volta ai modi di intendere la non contestazione da parte della dottrina e della giurisprudenza (specie nomofilattica) prima della novella del 2009. Non mancano i riferimenti alla disciplina comunitaria che, per esigenze di armonizzazione, ha fatto sovente uso della regola. Successivamente, il secondo capitolo esamina la formulazione dell’art. 115 c.p.c. nel contesto degli scopi della legge n. 69 del 2009. Proverò a spiegare le ragioni che hanno spinto il legislatore ad ufficializzare e generalizzare l’onere di contestazione nel codice di rito. Dovuta è la riflessione, propedeutica alla intera indagine, sul fondamento teorico del principio di non contestazione. Ricerca quanto mai indispensabile per specificare i differenti piani di studio e per constatare che l’interpretazione di questo principio si pone nel più generale dibattito sulla ideologia del processo civile italiano.

⁸ In questo senso, FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazioni, rilievo e prova)*, in www.judicium.it, 2010, § 1.

⁹ In argomento, cfr. PUGLIATTI, voce “Autoresponsabilità”, in *Enc. dir.*, 1959, 452 e ss. BETTI, *Diritto processuale civile*, 1936, 58-59;

¹⁰ La tematica è affrontata da PAGNI, *La “riforma” del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, cit., 1306 e ss.

La seconda sezione ha un cospicuo impatto pratico e costituisce uno dei momenti focali del lavoro. Il principio di non contestazione è esaminato dal versante soggettivo dei c.d. “protagonisti” del processo (primo capitolo) e da quello oggettivo dei “fatti” che cadono sotto l’applicazione della regola (secondo capitolo). Desta interesse soprattutto la parte dedicata alle modalità di assolvimento dell’onere di contestazione specifica previsto dall’art. 115, co. 1°, seconda parte, c.p.c. Qui si rinvergono i limiti più rilevanti del principio di non contestazione enucleati al fine di rendere effettivo e meno gravoso il diritto di difesa delle parti.

La terza sezione ha, invece, una portata necessariamente teorica e di sistema. In tale cornice, si rinvergono le mie personali preferenze sull’argomento. Il primo capitolo si occupa del profilo temporale della attività di contestazione, specialmente nei procedimenti governati dal principio di preclusione in cui la regola è maggiormente sentita per ovvie ragioni di coordinamento con le altre attività tese a delimitare il *thema decidendum* e il *thema probandum*. Nel secondo capitolo si coglie il cuore della ricerca afferendo alle conseguenze “patologiche” derivanti dal mancato rispetto dell’art. 115 c.p.c e ai rapporti dell’istituto con alcune discipline di nuovo conio come la mediazione a fini conciliativi (d. lgs. 28/2010), la regolamentazione delle spese di lite, nonché l’ennesima riforma del ricorso per cassazione.

In punto di metodo, la recentissima semplificazione e riduzione dei riti civili¹¹ - avvenuta ad opera del d.lgs. n. 150/2011¹² - consiglia di ripartire l’esame del principio di non contestazione a seconda delle caratteristiche dei tre modelli procedurali unitari preferiti dal legislatore della competitività.

¹¹ V. l’art. 54, commi 1-4 legge n. 69/2009 che individua, a mezzo di delega, i criteri per la riduzione e la semplificazione dei riti civili. Su cui v. Costantino, *Delega al Governo per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili*, in *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, - (diretto da Consolo) - Milano, 2009, 445 e ss.

¹² Il c.d. “decreto taglia riti” è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 220 del 21 settembre 2011. Si tratta del d.lgs. n. 150/2011, approvato dal Consiglio di Ministri il 1° settembre 2011, recante: “*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell’articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*”. La normativa conferma le indicazioni della delega attraverso la riduzione della gran parte dei procedimenti civili esistenti a tre modelli unitari: a) processo ordinario di cognizione, b) processo del lavoro, c) procedimento sommario di cognizione ex art. 702-bis e ss. Per i primi commenti, v. SASSANI-TISCINI, *La semplificazione dei riti civili*, Roma, 2011.

SEZIONE PRIMA

I profili evolutivi del principio di non contestazione

CAPITOLO PRIMO

Il principio di non contestazione nella tradizione del diritto processuale italiano

Sommario: 1.- Ricognizione dell'onere di contestazione nell'ordinamento processuale italiano. 2. Il dibattito intorno alla non contestazione, dopo l'introduzione delle barriere preclusive nel processo civile di ordinaria cognizione. 3.- L'impatto dirimente della sentenza Cass. Sezioni Unite 23 gennaio 2002, n. 761. La generalizzazione per via pretoria del principio di non contestazione. 4.- Il "sequel" giurisprudenziale: tra sostanziale accettazione, evidenti oscillazioni e nuove giustificazioni normative al principio di non contestazione dopo le riflessioni sulla portata innovativa delle regole del giusto processo ex art. 111 cost. 5.- Il tentativo (fallito) di estendere gli effetti del principio di non contestazione al fenomeno contumaciale nell'abrogato rito societario. 6.- Le proposte sulla non contestazione, prima della riforma del 2009. 7.- Le influenze dei regolamenti processuali europei. 8.- Riepilogo delle principali fattispecie tipiche ad effetto contestativo in regime di coesistenza con il nuovo art. 115 c.p.c.

1. Ricognizione dell'onere di contestazione nell'ordinamento processuale italiano.

Nell'epoca delle codificazioni e, in particolare, nel codice di rito del 1865, il mero silenzio non rilevava per la prova dei fatti dedotti dalla controparte¹³. E nonostante i progetti di riforma intrapresi da CHIOVENDA¹⁴, MORTARA¹⁵ e

¹³ Con riferimento al dibattito sotto la vigenza del codice di rito del 1865, v. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1905, 3° ed., 541 e ss.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 7125 e ss., FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 81 ss. In argomento, v. il lavoro storico di PICARDI-GIULIANI, *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia, 1865*, - collana *Testi e documenti per la storia del processo civile* -, Milano, 2004, spec. p. 103, in cui si dà cenno al testo della Relazione del Guardasigilli PISANELLI al codice unitario del 1865 sul tema dei fatti incontrovertiti.

¹⁴ V. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, ora in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, rist. Milano, 1993, 95 e 96, ove si legge all'art. 127 – in modo simile all'art. 398 della ZPO austriaca - che “ il termine stabilito per la presentazione della risposta ha carattere perentorio, e la mancata presentazione nel termine equivale alla mancata comparizione all'udienza per tutti gli effetti della contumacia. Questo rigore (naturalmente temperato dal diritto alla restituzione dell'intero) è necessario per assicurare il regolare andamento della lite”. Per lo studioso (*Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934, I, 326-327 e ss.) la *ratio* del principio di non contestazione è da rintracciare nell'economia processuale, nel senso che la pacificità del fatto non contestato deriverebbe dalla perdita del potere, riconosciuto al convenuto, di contestare i fatti allegati all'avversario.

¹⁵ MORTARA, *Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur. it.*, 1923, IV, 136 e ss., spec. 185. In particolare, nel contesto della disciplina del processo in contumacia, era previsto all'art. 213 che in caso di citazione regolare non seguita dalla costituzione del convenuto “la domanda dell'attore può essere accolta senza bisogno di prova”. Per lo studioso (*Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., 568) il principio di non contestazione è strumento che favorisce “la trattazione leale, semplice e sollecita della controversia”, posto che “dinanzi al magistrato non si va per tacere ma bensì per parlare, per far conoscere le proprie ragioni e i torti dell'avversario con dichiarazioni precise, positive e pertinenti alla lite”.

CARNELUTTI¹⁶ prevedessero oneri di specifica contestazione¹⁷ anche nel codice di procedura civile del 1940 questa regola non trovò collocazione.

L'indirizzo di entrambi i codici era pressoché identico: dato il valore neutro da assegnare alla contumacia, vista la piena libertà di partecipare o non partecipare al processo, attesa l'assenza di specifiche disposizioni di legge, mancando un obbligo di dire la verità, non si poteva affermare l'esistenza di un "generale" onere di contestazione ancorato a specifiche preclusioni. L'inattività assertiva era ritenuta una sorta di "gesto ambiguo"¹⁸ che si prestava a differenti interpretazioni e come tale marginale sul riparto dell'onere della prova.

Per di più, nel vigore della contro-novella del 1950 - ispirata alla libera deducibilità dei fatti nel corso del processo -, il valore da assegnare alla non contestazione era quasi irrilevante almeno fino al momento della rimessione della causa al Collegio che costituiva il primo momento preclusivo forte di quel rito¹⁹.

Ed invero, era predominante la convinzione che la non contestazione fosse sempre "provvisoria", essendo consentito alle parti esplicitare l'attività di

¹⁶ CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, 3 e ss.. Nel progetto, il principio di non contestazione veniva espressamente introdotto all'art. 305, sotto la rubrica "Ammissione dei fatti affermati dalla parte comparsa". Era infatti previsto che "se una delle parti non compare o se, comparando, rimane inattiva, i fatti affermati dall'altra parte come fondamento della pretesa o della eccezione si considerano ammessi...salva la decisione intorno alla loro efficacia giuridica". Lo studioso (*La prova civile*, 1911 - rist. 1992 -, Milano, spec. 18-20), ravvisa nel principio dispositivo sostanziale (*dispositionsmaxime* p. 20, nt.10) il fondamento teorico della tecnica della non contestazione, con conseguente sottrazione del fatto non contestato dal controllo probatorio del giudice ("levamen probationis" p. 35).

¹⁷ Sia nel progetto REDENTI (ID., *Sul nuovo progetto del Codice di Procedura Civile*, in *Foro it.*, 1934, V, 59) che nel progetto definitivo SOLMI (cfr. *Codice di procedura civile. Progetto definitivo e Relazione del Guardasigilli on. Solmi*, Roma, 1939) non ci sono indicazioni sul tema della non contestazione.

¹⁸ In questa prospettiva, v. CASTELLARI, *Volontà ed attività nel rapporto processuale*, Padova, 1927, spec. 354. Per l'a. dalla non contestazione si può evincere sia una "tacita contestazione" che una "tacita confessione". Sul piano storico, il passaggio dal processo tradizionale al processo moderno è segnato dall'abbandono dell'obbligo per le parti di dichiararsi mediante l'atto formale della *litis contestatio*. Questa teoria (diffusamente sviluppata anche da FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., spec. 74-84) vede, invece, la giustificazione della non contestazione nel principio di autoreponsabilità delle parti, ma solo nelle ipotesi eccezionali in cui è la legge a ricollegare al silenzio gli effetti pregiudizievoli.

¹⁹ Come rileva CEA, *La tecnica della non contestazione*, cit., 188, lo spazio applicativo del principio di non contestazione è intimamente collegato ad un modello processuale ispirato al principio di preclusione. Per la rilevanza della regola della non contestazione nei processi caratterizzati da preclusioni forti v. anche PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 106-107.

reazione alle avverse allegazioni in corso di trattazione o, addirittura, per la prima volta in sede di impugnazione²⁰.

Nel contesto della teorica del “giudizio senza l’intermediazione e la rappresentazione della prova”²¹, tale impostazione era giustificata dalla dottrina anche per individuare le differenze concettuali del comportamento di non contestazione con l’ammissione, la confessione e il giuramento, anche essi capaci di rendere “i fatti di causa non bisognosi di prova”²².

In seguito, pur in mancanza di una espressa previsione di legge, gli studi in materia hanno prevalentemente accolto l’approccio sostanzialista (di origine carneluttiana²³) volto a ricercare nell’autonomia privata la *ratio essendi* della non contestazione.

²⁰ Del medesimo avviso - sebbene oggi decisamente minoritario - , v. l’orientamento di Cass. 28 ottobre 2005, n. 21085, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Appello civile*, n. 74.

²¹ Per SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, Vol. I, Milano, 1959-1962, 453, “se il fatto è incontrovertibile, e ciò può avvenire, o per ammissione, o per non contestazione, o per confessione, o per giuramento (o anche per implicazione, nel senso che posto nella domanda un fatto, se ne ammette o se ne esclude un altro), il giudizio si forma senza rappresentazione, senza l’intermediazione della prova sulla base delle sole allegazioni”. Insegnamento da attribuire soprattutto a CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., spec. §§ 3-9, secondo cui l’attività del giudice è diretta “non alla conoscenza della realtà, ma a una sua determinazione o fissazione formale ad opera delle parti” .

²² ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Nuov. Dig. civ.*, Torino, 1967, § 12, spec. 274-275. Per lo studioso va “colto nella provvisorietà il criterio discrezionale della non contestazione dall’ammissione e della confessione”, posto che “le note in comune” tra i predetti istituti sono da ravvisarsi nella “contrarietà dei fatti all’interesse di chi non li contesta e alla convergenza con gli interessi dell’altra parte che li ha allegati” (p. 274). ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973, 513.

²³ Come in precedenza ricordato alla nota 16, la teoria dell’aggancio degli oneri contestativi alla disponibilità delle situazioni sostanziali dedotte in giudizio si rinviene in CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 18. Concetto sviluppato agli estremi da VERDE, *L’onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, spec. 452 -454, ove si legge che il principio di non contestazione ha rilevanza prima dell’istruzione probatoria e attiene al momento dispositivo in senso stretto del diritto azionato”; più esplicitamente, ID., *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, 1979, 2178 e ss., spec. p. 2180, l’a. afferma che il principio di non contestazione “è una proiezione dinamica del potere monopolistico delle parti di fissare il tema della lite”; ID., voce “Prova” (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 613 e ss. spec. §§ 18 e 19, in cui si afferma che il principio in esame è una derivazione del principio dispositivo in senso stretto e si estende fin dove è esteso quest’ultimo.....è, insomma, anche in questo campo, il riconoscimento di una sfera di autonomia propria della parte”. ID., voce “Domanda” (*principio della*).I) *diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 9 e ss., spec. § 10, dove l’a. osserva che la non contestazione deve essere ricollegata al “coefficiente di disponibilità sotteso al principio della domanda”.

Preme segnalare che il principio di non contestazione era guardato con scarso entusiasmo da chi costruiva il fenomeno probatorio in funzione della libera valutazione del giudice: v. ad es. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema della oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, 88. In modo conforme anche TARUFFO, *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1577.

Nel senso che le parti godono di una signoria sui fatti di causa omologa e corrispondente alla disponibilità dei diritti a loro riconosciuta dal diritto sostanziale. Pensiero confortato da evidenti aperture della Corte di cassazione orientate a considerare la non contestazione come conseguenza della natura disponibile dei diritti in contesa per mezzo di una fissazione formale dei fatti di causa²⁴.

Un significativo momento di riflessione in materia di onere di contestazione si registrava con la introduzione nel codice di rito delle nuove norme sul processo del lavoro (l. n. 533/1973). La sequenza normativa di cui agli artt. 414; 416, 420, 423, comma 1°, c.p.c., attribuiva sicuramente un maggior peso alla principio di non contestazione.

Si disse che la previsione di preclusioni anticipate (anche istruttorie) che spingevano le parti a dire tutto e subito mal si conciliava con la reversibilità della non contestazione (*alias*: contestazione tardiva) fino ad allora sostenuta dalla giurisprudenza²⁵, specie in presenza di una disposizione come l'art. 416 c.p.c., comma 3°, c.p.c. che onerava il convenuto a prendere posizione *in maniera precisa e non limitata a generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda*²⁶.

I problemi esegetici più evidenti nascevano dal fatto che tale ultima disposizione, in modo imperfetto, non prevedeva espressamente alcuna sanzione per il convenuto che ometteva di prendere posizione in maniera specifica sui fatti affermati dall'attore-ricorrente.

In tal modo, senza grossi stravolgimenti, la giurisprudenza, in ordine al valore probatorio da assegnare alla non contestazione, riteneva che i fatti non controversi fossero solo quelli esplicitamente ammessi dalla controparte, o almeno quelli logicamente implicati dalle sue difese che fossero basati su

²⁴ In questo senso v. Cass. sez. un. 23 aprile 1971, n. 1174, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1011 e ss.; Cass. 18 maggio 1971, n. 1458, in *Mass. Giust. civ.*, 1971, 788.

Tra gli studiosi che riconducono la non contestazione alle tecniche di fissazione formale giudiziale del fatto v. soprattutto LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, spec. 79-80. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela sommaria*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli*, Napoli, 1979, spec. 311 e 315. SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, spec. 415; MERLIN, *Compensazione e processo*, II, Milano, 1994, 61 e ss.

²⁵ Contraddizione segnalata efficacemente da FRUS, *Note sul convenuto di prendere posizione nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 63 e ss.

²⁶ In argomento, v. gli studi di PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, spec. 239-240.; ID., *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1987, 742.

argomenti logicamente inconciliabili con la loro negazione; pertanto, tanto il silenzio, quanto, *a fortiori*, la contestazione generica, non eliminava il carattere controverso del fatto dedotto.

Nella migliore delle ipotesi, in fase decisoria, la mancata o generica contestazione poteva essere considerata come argomento di prova ex art.116, comma 2°, c.p.c. o comunque quale supporto integrativo di una più complessiva valutazione probatoria senza alcun effetto di affrancamento par la parte dalla distribuzione degli oneri probatori di cui all'art. 2697 c.c.²⁷.

A maggior ragione tali considerazioni valevano per il giudizio ordinario di cognizione nel quale non era neppure previsto testualmente l'onere di una contestazione precisa e specifica.

E il quadro giurisprudenziale di riferimento rimase grossomodo granitico anche dopo la legge n. 353/1990. Con meno enfasi²⁸ rispetto alle modalità della contestazione da effettuare in sede giuslavorista, l'immutato art. 167 c.p.c., comma 1°, prima parte, c.p.c., afferma che "*nella comparsa di costituzione e risposta il convenuto deve proporre le sue difese prendendo (semplicemente) posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda*"²⁹.

Anche in sede di processo ordinario di cognizione il legislatore preferiva non comminare in capo al convenuto alcuna decadenza derivante dal mancato assolvimento dell'onere di contestazione dei fatti avversi, a differenza di quanto previsto per la proposizione della domande riconvenzionale e per la istanza di chiamata in causa dei terzi.

Ciò induceva la Suprema corte a considerare la attività di contestazione come mera difesa³⁰ piuttosto che una eccezione in senso stretto³¹. Per di più, un

²⁷ Sul punto, la giurisprudenza è vastissima e magmatica. Per un esame ragionato e approfondito v. DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina, e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, spec. pp. 120 - 123.

²⁸ La minore incisività dell'onere di contestazione della previsione dell'art. 167 c.p.c. rispetto a quello posto dall'art. 416 c.p.c. è evidenziata da TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo civile*, Milano, 1991, 131; MANDRIOLI, *Le modifiche del processo civile*, Torino, 1991, 68; TARUFFO, *La struttura del procedimento di primo grado*, in BORRÈ, CASTELLANO, PROTO PISANI, RICCI, TARUFFO, *La riforma del processo civile. Linee fondamentali*, Milano, 1991, 27 e ss.

²⁹ V. le interpretazioni di BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 277 ss.; CARRATTA, *A proposito dell'onere di prendere posizione*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 151 ss. Di recente, nel corso della riforma del 2009, v. BATTAGLIA, *Sull'onere del convenuto di << prendere posizione >> in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1512 e ss.

³⁰ Ad esempio, si affermava che tanto l'esistenza del debito quanto la mora del debitore, a prescindere dalla mancata contestazione del convenuto, dovevano essere comunque provati

siffatto onere, per sua natura afferente tutte le parti del giudizio, era contemplato per il solo convenuto e non anche per l'attore, con indubbe problematiche legate al rispetto dell'art. 3 Cost.

Di conseguenza, per molto tempo si è continuato a sostenere che i fatti allegati dall'attore possono ritenersi pacifici, esonerandolo dalla necessità di fornire la relativa prova, soltanto nel caso in cui il convenuto abbia tenuto un comportamento di esplicita ammissione ovvero impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi o infine si sia limitato a contestare esplicitamente e specificamente soltanto alcuni dei suddetti fatti, così indirettamente manifestando la propria mancanza di interesse all'accertamento degli altri³².

La tendenziale inoperatività del principio della non contestazione era, poi, certificata da un orientamento che, al pari di quello prevalente in materia di valutazione delle prove, riteneva la indagine sull'impianto difensivo della parte ai fini della individuazione dei fatti da considerare come implicitamente ammessi, una "questione di fatto" rimessa al giudice di merito, con evidenti ricadute negative in sede di giudizio di Cassazione³³.

dall'attore senza che questi potesse beneficiare del sollievo dall'onere della prova dei quei fatti e che tali attività potevano essere spiegate anche in appello. Sul punto v. Cass. 2 maggio 1997, n. 4476.

³¹ V., ad esempio, Cass. 1 agosto 2001, n. 10482 e Cass. 9 gennaio 2002, n. 185.

³² V. *ex multis* Cass. 20 ottobre 2000, n. 13904, in *Mass. Foro it.*, 2000 ; Cass. 12 agosto, n. 10789, in *Riv. not.*, 2001, 645; Cass. 12 maggio 1999, n. 4687, in *Mass. Foro it.*, 1999; Cass. 16 ottobre 1998, n. 10247, in *Arch. giur. circ.*, 1999, 17; Cass. 23 febbraio 1998, n. 1940, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 2256.

³³ Così Cass. 11 gennaio 1983, n. 195 e Cass. 20 gennaio 1997, n. 551.

2. Il dibattito intorno alla non contestazione, dopo l'introduzione delle barriere preclusive nel processo civile di ordinaria cognizione.

Intorno alla metà degli anni 1990, la dottrina³⁴ ritorna a riflettere sulla non contestazione, con la pubblicazione (quasi contestuale) di due “impegnati contributi monografici”³⁵ che approdano ad esiti fondamentalmente diversi.

In particolare, CIACCIA CAVALLARI è per la inesistenza di una (autonoma) regola generale della non contestazione, da considerarsi, invece, “come tecnica a carattere eccezionale” da utilizzare solo in ipotesi tipiche. Canone che, secondo l’a., si traduce nella “automatica determinazione del contenuto del provvedimento giudiziale contrario all’interesse dell’inadempiente”³⁶. In realtà, – secondo una simile opinione – quello che sussiste a carico delle parti è “un vero e proprio obbligo di contestazione” nascente degli stessi principi costituzionali del contraddittorio e della difesa³⁷.

Per vero, anche questo studio individua la natura del fenomeno “nei poteri di disposizione di cui è dotata la parte nel processo”³⁸. Ma si precisa che la contestazione è funzionale alla identificazione allo sviluppo dialettico del contraddittorio. In particolare, è proposta una nozione più ampia e di tipo “assertiva” della contestazione, perché “svincolata” dal suo presupposto logico e giuridico di una precedente allegazione.

Ciò significa che, simmetricamente, l'altra faccia della stessa medaglia del fenomeno costituita dalla non contestazione è - secondo la predetta corrente di pensiero - “una cosciente dismissione della facoltà spettante alla parte di contribuire alla formazione del materia della decisione mediante un atto idoneo a determinare il segno *pro se* favorevole”³⁹.

³⁴ Mi riferisco agli studi di CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile. I) La contestazione tra norma e sistema*, Milano, 1992. ID., *La contestazione nel processo civile. II) La non contestazione: caratteri ed effetti*. Milano, 1993 e di CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995.

³⁵ Così ZUFFI, *Sub art. 115 c.p.c.*, cit., 76.

³⁶ CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile, II*, cit., 89.

³⁷ CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile. I*, cit., p. 1., p. 10. p. 41.

³⁸ CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, II, cit., 88.

³⁹ CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, II, 89 e 150

In buona sostanza, è declinata la classica definizione di non contestazione come “mancata forma di reazione della parte costituita alla pretesa dell’avversario”⁴⁰.

Il risultato esegetico è quello di considerare la non contestazione una specificazione (senza sanzione per la parte) della garanzia del contraddittorio. Ne consegue che il giudice deve accertare la verità dei fatti allegati e non contestati attraverso l’assunzione dei mezzi di prova a prescindere dall’avvenuta reazione e/o confutazione dell’avversario⁴¹.

Lo scritto di CARRATTA, si pone, invece, in netta controtendenza rispetto agli studi tradizionali, posto che il criterio della autoresponsabilità delle parti in uno all’esigenza di economia processuale assurgono a fondamento teorico della regola⁴². Questo lavoro ha l’indubbio merito di avere approfondito la non contestazione anche in un’ottica comparatistica⁴³, specialmente in riferimento al § 138, spec. III° e IV°, della ZPO tedesca⁴⁴ in cui il principio di non contestazione già trovava espresso riconoscimento.

⁴⁰ Definizione ad es. sostenuta da ANDRIOLI, *Prova*, cit., 275-276, secondo il quale “la non contestazione nasce da un sistema di argomentazioni del difensore o della parte, comparsa di persona, che sia inconciliabile con la verità dei fatti allegati dall’altra parte o dal difensore di questa, né importa che la conciliabilità sia esplicita o implicita”.

⁴¹ CIACCIA CAVALLARI, *op. cit.*, I, 140.

⁴² CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., § 4.5., 262.

⁴³ Per l’accurata analisi delle fonti e le acute riflessioni sul tema della non contestazione, l’opera di Carratta ha suscitato notevole apprezzamento in dottrina: recentemente, dopo la riforma del 2009, v. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.* cit., 76.

⁴⁴ V. CARRATTA, *op. cit.*, spec. cap. II, § 3 e 4, 207 e ss.

Il § 138 del codice di rito tedesco, rubricato “Dovere di chiarimento dei fatti”, così recita: I. “Le parti devono allegare i fatti causa in modo completo e veritiero”; II. “Ogni parte è tenuta a dichiararsi sui fatti allegati dall’avversario”; III. “I fatti non espressamente contestati sono da considerare ammessi, se la volontà di contestazione non risulta da altre dichiarazioni”. IV. La dichiarazione di non essere a conoscenza dei fatti di cui si discute è ammissibile soltanto rispetto ai fatti che non hanno costituito atti propri della parte, né sono stati oggetto della sua percezione”.

L’aspetto decisamente più innovativo dell’ordinamento processuale tedesco è quello di collegare la non contestazione al simmetrico onere di prendere posizione in maniera completa e veritiera sui fatti allegati dall’avversario (*Wahrheits und Vollständigspflicht*). In argomento, v. sinteticamente ma efficacemente le riflessioni sulla efficienza del modello tedesco di CAPONI, *Il processo di cognizione secondo il modello tedesco: aspetti fondamentali*, in www.unifi.academia.edu, spec. § 8.

Nell’ordinamento spagnolo v. le previsioni di cui agli artt. 399, n. 3 e 405, n. 2 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* n.1 del 2000, ove, nel contesto del “juicio plenario ordinario” si prescrive all’attore di allegare e narrare i fatti, nell’atto introduttivo, “in forma ordinata e chiara con l’obiettivo di favorire le ammissioni e negazioni della controparte onerata a contestare” (art. 399 LEC) a cui corrisponde il potere del tribunale di considerare il silenzio o la risposta evasiva come ammissione dei fatti fondanti il diritto dedotto in giudizio (art. 405 LEC)”. La legge n. 1 del 7 gennaio 2000, entrata in vigore l’8 gennaio 2001 mediante pubblicazione nel

Ed è proprio dai risultati conseguiti dalla scuola processuale tedesca che lo studioso affronta da una differente prospettiva il tema della non contestazione⁴⁵. In concreto, - secondo questa ricostruzione - la non contestazione sarebbe un atto di rinuncia ad esercitare il diritto di allegazione dei fatti a sé sfavorevoli che implica una *relevatio ab onere probandi*. Condotta che, però, “lascia intatto il potere del giudice di valutare sulla base degli elementi in suo possesso se i fatti non contestati siano veri o falsi”⁴⁶.

Per l'autore, non bisogna confondere il piano del fondamento giuridico del principio di non contestazione con quello della sua efficacia. Egli sostiene che “il carattere disponibile del rapporto avrà la sua importanza quando si tratterà di stabilire l'applicazione pratica della non contestazione”.....“da questo punto di vista, infatti, sarà opportuno escludere che il meccanismo della non contestazione operi anche rispetto ai rapporti indisponibili perché significherebbe consentire alle parti di utilizzare il processo per disporre di un diritto di cui non possono disporre sul piano sostanziale”⁴⁷.

Boletín Oficial del Estado, si compone di 827 articoli, raccolti in 4 libri: Delle disposizioni generali relative ai giudizi civili; Dei processi dichiarativi; Dell'esecuzione forzata e delle misure cautelari; Dei processi speciali; per i primi commenti v. MONTERO AROCA, *El nuevo proceso civil*, con GOMEZ COLOMER -MONTÓN REDONDO-BARONA VILAR, Valencia, 2001; DE LA OLIVA SANTOS, *Verificación de los criterios esenciales de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al año de su entrada en vigor*, in *Revista del Poder Judicial*, 2001, 143-166.

Anche negli ordinamenti francese e belga l'onere di contestazione è espressamente disciplinato nel contesto della relazione con l'onere della prova, salvo il poter del giudice di verificare l'effettività degli atteggiamenti non contestativi. In particolare, in Francia vale la c.d. “*theorie du fait constant*”, nel senso che solo i fatti non contestati necessitano di prova.

Si rinvia alle considerazioni e ai riferimenti di SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., spec. § 3.1 Cfr. anche *Le Rules 8 (b) e 8 (d) delle Federal Rules of Civil procedures* statunitensi, di cui dà cenno TARUFFO, *Verità negoziata?*, cit., 80, nt. 42.

⁴⁵ CARRATTA, *op. cit.*, cap. II, §§ 3.1.1 e 4.-4.1, spec. 208-211 e 245-249, anche per i dovuti riferimenti dottrinali. In questa parte del lavoro è analizzato il rapporto tra *Dispositionsmaxime* (potere monopolistico delle parti di iniziare concludere il processo e di fissare l'oggetto della lite), *Verhandlungsmaxime* (letteralmente: principio della discussione o della trattazione; criterio che indica il potere - e l'opportunità - delle parti di allegare i fatti di causa e di indicare le relative prove. contrapposto al criterio dell'*Untersuchungsmaxime/Inquisitionsmaxime* che sta ad indicare il potere del giudice di iniziativa probatoria) e la *Nichtbestreiten* (principio di non contestazione).

Secondo lo studioso, per la dottrina tedesca, la non contestazione è: *a)* una conseguenza del principio dispositivo processuale; *b)* ha la sua matrice nel potere di allegazione dei fatti di causa e di delimitazione del *quod probandum*; *c)* essa generalmente prevale sul dovere di accertamento della verità da parte del giudice essendo una manifestazione dell'autonomia privata sostanziale; *d)* ma visto che il potere di allegazione dei fatti e dei mezzi costituisce una scelta tecnica giustificata da ragioni di mera opportunità, la non contestazione cede di fronte a un diverso accertamento veritiero dei fatti di causa.

⁴⁶ CARRATTA, *op. cit.*, cap. II, §§ 4.7 e 4.9, spec. 267 e 282.

⁴⁷ CARRATTA, *op. cit.*, spec. cap. II, § 4.4, 259.

La conclusione è che la non contestazione non è né atto negoziale (del quale “manca il presupposto della volontà concorde per produrre l’effetto sulla situazione giuridica”⁴⁸) né prova legale (“in assenza di specifica previsione legale”⁴⁹), bensì “un atto di rilevanza e pertinenza processuale di non allegazione di fatti contrari a quelli allegati dall’avversario”⁵⁰.

Interpretando il pensiero dell’autore, si potrebbe affermare che la “non contestazione assurge ad atto di autoresponsabilità processuale, “siccome le parti sono le uniche titolari del poteri di allegazione (*Verhandlungsmaxime*), soltanto su di esse incombe la responsabilità dell’esercizio o del mancato esercizio di questo potere. Solo esse, cioè, rispondono tanto delle conseguenze favorevoli dell’attività, quanto delle conseguenze sfavorevoli che comporta l’inattività”⁵¹.....omettendo di contestare (*alias*: introdurre fatti a sé favorevoli) “la parte non necessariamente rinuncia alla sua posizione sostanziale ma soltanto alla possibilità che il sistema processuale le offre per corroborare l’aspettativa di vittoria”⁵².

Se così inteso, il principio di non contestazione – secondo la predetta ricostruzione - si coordina anche con “il principio della domanda e con quello della imparzialità del giudice”⁵³. Ne deriva che la “non contestazione è istituto processuale che ha come unico scopo l’accelerazione del giudizio attraverso la riduzione dei fatti bisognosi di prova”.

Per l’importanza della riflessione, va segnalata l’ultima parte della monografia che riguarda il rapporto tra contumacia e non contestazione. Attraverso una analisi ragionata delle disposizioni di diritto interno, lo studioso *de quo* confuta la tralatizia regola della contumacia come *ficta litis contestatio*⁵⁴. In altre parole, è suggerita una tesi estensiva della contumacia evocativa anche della non contestazione.

⁴⁸ CARRATTA, *op. cit.*, spec. cap. II, § 4.6, 264.

⁴⁹ CARRATTA, *op. cit.*, spec. cap. II, § 4.6, 265.

⁵⁰ CARRATTA, *op. cit.*, spec. cap. II, § 4.7, 267.

⁵¹ CARRATTA, *op. cit.*, spec. cap. II, § 4.7, 271.

⁵² CARRATTA, *op. cit.*, spec. cap. II, § 4.7, 274.

⁵³ CARRATTA, *op. cit.*, spec. cap. II, § 4.7, 276.

⁵⁴ CARRATTA, *op. cit.*, spec. cap. II, § 4.10.3, 294-302.

Dal descritto esame normativo, giurisprudenziale e dottrinale emerge tutta la complessità del tema⁵⁵. Si può affermare la non contestazione involge la conoscenza di tutti o quasi i principi del processo civile.

La circostanza che tale regola, pur essendo “tanto antica quanto indiscussa”⁵⁶, è rimasta a lungo fuori dalle disposizioni del codice di rito ha contribuito ad un certo grado di indeterminazione⁵⁷. Quasi a volere intendere che la non contestazione fosse una sorta di istituto processuale implicito: talmente di ampio respiro, da poter essere sviluppato assieme alle riflessioni più generali intorno ai fini che si prefigge il processo civile⁵⁸.

Ne è riprova l’esistenza (prima della novella del 2009) di almeno di quattro teorie sulla natura o fondamento giuridico della non contestazione: a) quella “sostanzialista” fondata principalmente sulla autonomia privata delle parti e vincolante per il giudice⁵⁹; b) quella “probatoria” che, sebbene con diverse accezioni⁶⁰, è principalmente incentrata sul concetto autoresponsabilità⁶¹ delle parti nel processo; c) quella di “pura economia processuale” fondata sulla

⁵⁵ Per TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., § 1, 76, “la non contestazione nel processo civile è tema da far tremar le vene e i polsi, tanto sfuggente sul piano teorico come su quello pratico”.

⁵⁶ PANUCCIO, *I fatti non contestati nell’art. 115 c.p.c.*, Relazione al seminario: ‘La giustizia tra emergenze e prospettive’, tenuto a Locri in data venerdì 10 e sabato 11 giugno 2011.

⁵⁷ ROTA, *I fatti non contestati e il nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., § 1, 181.

⁵⁸ V. le considerazioni svolte nel § 4, capitolo II, della presente sezione in cui si dà conto alle ricadute della non contestazione sulla ideologia del processo civile.

⁵⁹ Rinvio alla dottrina di CARNELUTTI e VERDE menzionata alle note 16 e 23. Anche CONSOLO, voce *Domanda*, in *Dig. priv. sez. civ.*, Torino, VII, 1991, 55, per quel che concerne il valore attribuito alla non contestazione sul piano del convincimento del giudice, sembra accogliere tale ricostruzione, intendendo il fatto non contestato come verificatosi e come tale non più bisognoso di prova. V. pure FAZZALARI, *Il processo ordinario. Primo grado.*, Torino, 1989, 220. LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, Milano, 1979, 207.

⁶⁰ Nell’ambito della teorica che intende la non contestazione come comportamento processuale idoneo a formare il convincimento del giudice conviene distinguere tra chi ritiene dalla non contestazione sia desumibile un mero argomento di prova ai sensi dell’art. 116, co. 2°, c.p.c., (sia pure con diverse sfumature, v. ad. es. v. ad es. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, cit., I, 159; ATTARDI, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.*, 1990, V, 385 e ss. MANDRIOLI, *Le modifiche del processo civile*, Milano, 1991, 68 e ss.; LUIISO, in CONSOLO-LUIISO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, 1996, 100) e chi, invece, ritiene la non contestazione una fonte di prova presuntiva (MICHELI, *L’onere della prova*, rist. Padova, 1966, 151 e ss.; GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario al codice di procedura civile Allorio*, II, 2, Torino, 1973, 1319 e ss.).

⁶¹ Al riguardo, mi sembrano significative le parole di ANDRIOLI, *Prova*, cit., 275, secondo l’a. “la proposizione, in virtù della quale, i fatti non contestati non debbono essere provati, non ha in sé nulla di ineluttabile ma si inserisce nel libero apprezzamento del comportamento della parte, che è materiato sì di autoresponsabilità, e suppone la cooperazione del giudice”.

applicazione del principio di preclusione⁶²; d) quella “sanzionatoria” legata al dovere di lealtà e probità del processo⁶³.

Problema di non poco conto, visto che dall'accoglimento di una delle predette impostazioni derivano (come si vedrà *infra*) opposte soluzioni sia sui limiti che sulle conseguenze da accordare al principio di non contestazione.

3. L'impatto dirimente della sentenza Cass. sezioni unite n. 761/2002. La generalizzazione per via pretoria del principio di non contestazione

Più che l'esistenza di specifiche disposizioni come quelle di cui agli artt. 167 e 414 c.p.c., era soprattutto l'introduzione di un sistema semirigido di preclusioni nell'ordinario processo di cognizione ad esigere una presa di posizione per via pretoria sul tema della non contestazione.

Sul tappeto giacevano, infatti, questioni piuttosto scottanti che il legislatore delle riforme non aveva (voluto o potuto) affrontare: il fondamento teorico del principio di non contestazione, gli effetti, il tempo, le sanzioni, la esigenza di assicurare un ordinato sviluppo delle attività processuali della fase di trattazione, la relazione con il regime dei *nova* in appello, costituivano momenti di forte contrasto giurisprudenziale e dottrinale.

Tra l'altro, nel panorama giurisprudenziale si riscontravano significative e più rigorose applicazioni del principio di non contestazione in controtendenza

⁶² V. il pensiero di CHIOVENDA riportato alla nota 14, rielaborato dalla dottrina “moderna” soprattutto a seguito della introduzione ad opera della legge n. 353/1990 di un sistema di preclusioni forti. Da molti studiosi la non contestazione è vista come tecnica di semplificazione processuale frutto della mancata presa di posizione sui fatti affermati dalla controparte entro un termine ritenuto preclusivo, con l'effetto di espungere il fatto non contestato dal novero di quelli effettivamente bisognosi di prova. Cfr. ad es. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., spec. 107, secondo il quale solo intendendo la non contestazione come fenomeno tendenzialmente stabile cade il rischio “di stravolgere tutto l'equilibrio del sistema quale emerge dalla scelta di assegnare alla udienza 183 c.p.c. una funzione centrale... a scopo di semplificazione e di economia della successiva fase istruttoria”. In questa prospettiva v. pure ad es. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, spec. 133-134., per l'autore, l'allegazione dei fatti principali non indispensabili per l'individuazione del diritto fatto valere, così come l'allegazione dei fatti modificativi, impeditivi, estintivi rilevabili d'ufficio, non costituisce espressione di autonomia sostanziale, bensì espressione di un'opzione tecnica, in relazione al modello di processo concretamente adottato.

⁶³ V. l'impostazione di MORTARA segnalata alla nota 15, che, successivamente, non sembra aver trovato molte adesioni in ragione dell'assenza di obbligo per le parti di dire la verità (ne dà conto CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 149).

rispetto alle precedenti decisioni dell'organo nomofilattico⁶⁴. Alcune di esse (addirittura) già configuravano la non contestazione dei fatti costitutivi come “fenomeno tendenzialmente stabile”⁶⁵.

In tale contesto storico così variegato, si è inserita la sentenza delle Sezioni Unite del 23 gennaio 2002, n. 761 che ha risolto il contrasto giurisprudenziale⁶⁶ - sorto all'interno della sezione lavoro - sulla necessità o meno di contestare specificamente anche i conteggi relativi al *quantum* delle pretese azionate, una volta che il convenuto-resistente abbia contestato la stessa esistenza del credito di lavoro⁶⁷.

A tal proposito, le Sezioni Unite hanno affermato che il difetto di contestazione dei conteggi può avere rilievo solo quando si riferisca a fatti e non semplicemente a regole legali o contrattuali di elaborazione dei conteggi, la cui applicazione si colloca interamente nell'ambito dell'esercizio dei poteri del giudice, tenuto alle necessarie valutazioni, anche in difetto di specifiche

⁶⁴ Ad esempio, Cass. 23 febbraio 2001, n. 2655, ha affermato che la società che propone impugnazione della sentenza emessa nei confronti di altra società, a cui la prima si dichiara essere succeduta in *universum ius* a causa di intervenuta fusione per incorporazione, deve provare tale qualità solo se questa sia stata contestata. In assenza di contestazione - si legge in motivazione - “la rigosità del principio per cui chi impugna deve provare di averne diritto deve essere temperata con l'altro principio di non contestazione già presente nel nostro sistema processuale art. 416 comma 3, c.p.c. e 167, comma 1, c.p.c.). Altre significative decisioni in materia di omessa contestazione della legittimazione ad agire e dei poteri rappresentativi sono analizzate da CEA, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, cit., 796-798.

⁶⁵ DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina, e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 125, fa riferimento soprattutto a Cass. 9 gennaio 2002, n. 192, dove i poteri rappresentativi dell'appellante erano stati contestati soltanto nella comparsa conclusionale del giudizio di appello.

⁶⁶ Per un riepilogo dello stato dell'arte prima dell'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite v. CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2002, 2017 e ss. In concreto, si contendevano il campo tre differenti orientamenti: a) il primo affermava l'irrelevanza della non contestazione dei conteggi in caso di contestazione sull'*an debeat*ur (Cass. 30 dicembre 1994, n. 11318; Cass. 29 marzo 1995, n. 3758; Cass. 12 giugno 1995 n. 6609); b) il secondo propendeva per la rilevanza ai fini della decisione - quali dati pacifici tra le parti- dei conteggi non contestati, anche in caso di contestazione della domanda in punto di *an*. Ricostruzione che aveva il corollario di dichiarare la inammissibilità di una contestazione tardiva - segnatamente in appello - dei medesimi calcoli. (Cass. 8 aprile 2000, n. 4482, Cass. 24 novembre 1998, n. 11919, Cass. 29 maggio 2000, n. 7103, Cass. 4 aprile 2000, n. 4116); c) il terzo, riteneva parzialmente rilevante la non contestazione dei conteggi quale elemento valutabile dal giudice ai fini della decisione solo ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c., anche in caso di contestazione dell'*an debeat*ur (Cass. 29 marzo 1995, n. 3758; Cass. 6 luglio 1998, n. 6568; Cass. 7 luglio 1999, n. 7089).

⁶⁷ DI JASI, *La dialettica tra i protagonisti del processo civile, nella giurisprudenza di legittimità: non contestazione e indicazioni delle questioni*, in www.appinter.csm.it, § 1, ricordando che questa sentenza fu redatta da Stefano Evangelista, magistrato di recente scomparso e punto di riferimento per la Suprema Corte per le problematiche di natura processuale. L'a., segnala come dagli anni novanta il parametro processuale del rito del lavoro ha rappresentato un “riferimento referenziale” per il legislatore e per la stessa giurisprudenza.

contestazioni delle parti e sempre che si tratti di fatti non incompatibili con le ragioni della contestazione sull'*an*⁶⁸.

A prescindere dalla risoluzione del *leading case*, il predetto arresto ha suscitato grande interesse per la costruzione “dogmatica”⁶⁹ del principio di non contestazione intorno al principio dispositivo in senso sostanziale⁷⁰.

Come si legge in motivazione, attraverso una serie di *obiter*, venivano in sostanza recepiti alcuni autorevoli insegnamenti tradizionali poiché: “*in presenza di situazioni giuridiche sostanziali caratterizzate dal requisito della disponibilità, assoluta o relativa, il processo si atteggia secondo il principio dispositivo, ossia secondo un modello che postula, come tratti qualificanti indefettibili, l'affidamento esclusivo alla parte del potere di proporre la domanda e di allegare i fatti posti a fondamento della medesima. Il potere di allegazione è, infatti, in questi limiti, riflesso processuale dell'autonomia sostanziale delle parti, la quale resterebbe vulnerata, ove soggetta all'iniziativa officiosa; la disponibilità della situazione giuridica sostanziale si atteggia, in sede giurisdizionale, come potere delle parti di determinare l'oggetto della lite*”.

In buona sostanza, questa sentenza, recepisce l'idea che il processo - specie in materia di diritti disponibili - è una “cosa privata delle parti” e solo le parti possono stabilire cosa far provare e cosa far decidere limitando l'iniziativa officiosa del magistrato prevista nei soli casi (eccezionali) previsti dalla legge. Ma non è tutto.

Sulle basi di questa fondamentale premessa teorica, il predetto arresto ha preso posizione su altri aspetti che sinteticamente possono così riassumersi: *a)* ai sensi e per gli effetti degli artt. 167 e 416 c.p.c., il difetto di contestazione riguarda solo i fatti e non anche l'applicazione di norme giuridiche per esigenze di coordinamento e di rispetto del principio *iura novit curia*; *b)* il dato letterale

⁶⁸ La soluzione del caso è commentata da CATTANI, *Sull'onere di specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi al quantum delle spettanze richieste dal lavoratore*, in *Giust. civ.*, 2002, 1909 e ss.

⁶⁹ In senso critico v. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 82, che vede nel *dictum* uno degli esempi più vistosi di “giurisprudenza normativa” in materia di regole processuali ad onta di ciò che prescrive l'art. 12 disp. prel. c.c..

⁷⁰ In dottrina v. i commenti di M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione*, in *Corr. giur.*, 2003, 1335 e ss; RASCIO, *Note brevi sul “principio di non contestazione” (a margine di una importante sentenza)*, in *Dir. giur.*, 2002 78 e ss. e in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, 739 e ss. VALLEBONA, *L'onere di contestazione nel processo del lavoro*, in *www.judicium.it*, 2003.

offerto dal verbo “*fondare*” inserito, con diversa declinazione, sia nell’art. 167, comma 1°, che nell’art. 416, comma 3°, c.p.c. consente di affermare che la non contestazione si atteggia diversamente a seconda che si tratti di fatti principali - vale a dire i fatti costitutivi, impeditivi, modificati, estintivi del diritto sostanziale azionato -, ovvero di fatti secondari dedotti al solo scopo di dimostrare l'esistenza dei primi mediante un procedimento logico-induttivo del giudice; c) in ordine al valore probatorio da assegnare alla non contestazione, quando il difetto di contestazione investe i fatti principali (nella sentenza il riferimento cade soprattutto sui fatti costitutivi) entrati a far parte dell’oggetto de giudizio, l’omessa contestazione assume la fisionomia di 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 (...) espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti”*. Ne consegue – secondo il Supremo consesso - che la non contestazione è contegno processuale incompatibile con la negazione del fatto allegato *ex adverso*, che, pertanto, non abbisogna di essere più provato perché incontroverso. Diversamente, quando la non contestazione investe i fatti c.d. secondari non si ha *relevatio ab onere probandi* ma semplice argomento di prova liberamente valutabile dal giudice; d) quanto alle caratteristiche strutturali dell’onere di contestazione in materia di diritti disponibili, diviene regola quella secondo cui mentre la mancata contestazione del fatto principale è di per sé tendenzialmente “irreversibile” (salvo in ogni caso la tutela accordata dall’istituto della rimessione in termini per le contestazioni incolpevolmente tardive). Non altrettanto è a dirsi per la mancata contestazione dei fatti secondari che, al contrario, è connotata da “provvisorietà e rimediabilità”; e) il principio di non contestazione va calato in modo flessibile con lo schema procedimentale congegnato dal legislatore. In particolare - per le Sezioni Unite - esistono barriere preclusive per i soli fatti principali, per i quali il termine per la contestazione è individuabile in quello per la determinazione del *thema decidendum*, e cioè: nel rito ordinario, nella memoria prevista dal previgente art. 183, quinto comma c.p.c., (oggi diremmo l’appendice scritta di cui al nuovo 183, comma 6° c.p.c. introdotto dalla l. n. 80/2005); nel rito del lavoro,

al più nell'udienza ex art. 420 c.p.c. ma nei soli casi di sussistenza dei “gravi motivi autorizzati” che consentono alle parti di modificare domande, eccezioni e conclusioni già formulate nei libelli introduttivi .

4. Il “sequel” giurisprudenziale: tra sostanziale accettazione, evidenti oscillazioni e nuove giustificazioni normative al principio di non contestazione dopo le riflessioni sulla portata innovativa delle regole del giusto processo ex art. 111 cost.

La decisione 23 gennaio 2002, n. 761 delle Sezioni Unite civili è stata vivacemente discussa. Soprattutto l'inquadramento della non contestazione nell'ambito del principio dispositivo sostanziale assieme alla distinzione della sua diversa rilevanza con riferimento ai fatti principali e secondari⁷¹ hanno suscitato critiche di non poco conto provenienti dall'Accademia⁷².

Si continuava ad affermare, che la non contestazione dovesse essere considerata una mera “tecnica di economia processuale” (e non un manifestazione del principio di dispositivo) che attiene alla prova dei fatti, i quali, se non controversi, escono dal *thema probandum* e determinano un alleggerimento degli oneri probatori che ne rende superflua la prova e senza che ciò significasse che essi fossero realmente accaduti alla stregua dell'effetto tipico delle prove legali⁷³.

Tuttavia dai riscontri effettuati, pur con qualche evidentissima fronda⁷⁴, è lecito affermare che il cuore della motivazione è stato sostanzialmente condiviso dalla successiva giurisprudenza di legittimità⁷⁵ e di merito⁷⁶.

⁷¹ Sulla distinzione tra fatti principali e fatti secondari, v. ampiamente TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato Cicu-Messineo*, VIII, Milano 1992, 97 e ss.

⁷² Tra questi v. ad es. ORIANI, *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello di eccezioni in senso lato?*, in *Foro it.*, 2003, I, 1516. PROTO PISANI, *Allegazioni di fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, I, 2003, 606 e ss. Cfr. anche RASCIO, *Note brevi sul principio di non contestazione (a margine di un'importante sentenza)*, cit., 78 e ss. F. DE SANTIS, *Poteri istruttori d'ufficio, effetti della non contestazione e verità nel processo*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2005, II, 155 e ss. (spec. pp. 165-167), il quale propone una serie di “temperamenti” al meccanismo della non contestazione come intesa dall'arresto nomofilattico del 2002.

⁷³ Su queste tematiche hanno continuato a riflettere PROTO PISANI, *Ancora sulle allegazioni di fatti e sul principio di non contestazione nel processo civile nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, 3146 e ORIANI, *Eccezioni rilevabili (non rilevabili di ufficio) II*, in *Corr. giur.*, 2005, spec. 170-172.

⁷⁴ V. ad es., tra quelle commentate, Cass. 16 gennaio 2003, n. 599, in *Foro it.*, 2003, I, 2107, con nota critica di CEA, *il principio di non contestazione tra fronda e disinformazione*; Cass. 28

Con l'affermarsi dell'indirizzo che assegna all'art. 111 Cost. - come emendato dalla l. cost. n. 2/1999 - la funzione di precetto-guida di esegesi delle norme processuali⁷⁷, il principio di non contestazione ha, nel tempo, trovato nuove giustificazioni di rango costituzionale. Sebbene in via indiretta, il ricorso al canone della economia processuale intimamente collegato al principio della ragionevole durata⁷⁸ ha rappresentato l'intuizione⁷⁹ per dare all'onere di contestazione una "interpretazione di sistema"⁸⁰.

ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 728, con nota sempre di CEA, *La non contestazione dei fatti e la Corte di cassazione: ovvero un principio poco amato*;

Per la tesi della inesistenza del principio di non contestazione al di là delle ipotesi tipiche, v. pure Cass. 4 febbraio 2005, n. 2273, in cui si legge che "la mera mancata contestazione in quanto tale e di per sé considerata non può avere automaticamente l'effetto di prova"; Cass. n. 28 ottobre 2005, n. 21087; Cass. n. 16 giugno 2006, n. 13958, secondo la quale "la mera mancata contestazione in quanto tale non può avere automaticamente l'effetto di prova, onde il giudice che ritenga non raggiunta la prova di una circostanza, consistente in un fatto dedotto in esclusiva funzione probatoria, semplicemente allegata dall'attore, non incorre in violazione di legge o vizio di motivazione nel non aver tenuto conto, quale elemento probante, della non contestazione da parte del convenuto (fattispecie in tema di allegazione della qualità di imprenditore ai fini della liquidazione del maggior danno per svalutazione monetaria in obbligazione pecuniaria); Cass. 3 maggio 2007, n. 10182, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 560, con nota di A.D. DE SANTIS, *Sul concetto "di non inequivocabilità" della non contestazione*, secondo cui "la non contestazione della domanda scaturisce dalla non negazione del fatto, fondata sulla volontà della parte, intesa come oggettivo aspetto dell'atto. Deve essere pertanto inequivocabile, di talché non può ravvisarsi né in caso di contumacia del convenuto, né in ipotesi di contestazione meramente generica e formale, la quale tuttavia costituisce un comportamento valutabile da parte del giudice di merito. L'accertamento della sussistenza di una (pur generica) contestazione ovvero d'una non contestazione, quale contenuto della posizione processuale della parte, rientrando nel quadro dell'interpretazione del contenuto e dell'ampiezza dell'atto della parte, è funzione del giudice di merito, sindacabile solo per vizio di motivazione". (Fattispecie relativa alla richiesta del compenso per prestazioni relative a più rapporti di lavoro successivi).

Esprime contrarietà all'applicazione del principio di non contestazione, ma senza alcuna motivazione al riguardo, la recente Cass. 29 aprile 2010, n. 10285.

⁷⁵ Una compiuta selezione degli arresti della Corte regolatrice susseguenti alla sent. 761/2002 Sezioni Unite, è analizzata - in distinguo tra rito ordinario e rito del lavoro - da SCHIRÒ, *Il principio di non contestazione dopo la riforma del processo civile*, in www.appinter.csm.it, 2010, spec. § 1 e 2.

⁷⁶ Per l'esame delle posizioni della giurisprudenza di merito si rinvia alla accurata analisi di ZUFFI, *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009 - sub. art. 115 -*, cit., 82.

⁷⁷ All'indomani dell'entrata in vigore della l. cost. 2/1999, è nota la contrapposizione tra chi ha sostenuto che la novella fosse una "mera ratificazione" della consolidata opinione, secondo la quale le regole del giusto processo erano già insite nella Carta Fondamentale, attraverso la lettura sistematica degli artt. 24, comma 2, Cost. e 3, comma 1, Cost. e chi, all'opposto, rifiutando tale aritmetica equivalenza, ha visto importanti conseguenze sulla interpretazione di molti istituti del codice di rito. In argomento, v. le posizioni antitetiche di CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo civile* a cura di CIVININI e VERARDI, Milano, 2001, e *Il giusto processo civile* in *Riv. dir. proc.*, 2000, spec. 1011-1012; TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 394 e ss..

⁷⁸ Per una disamina dei principali arresti che confermano l'indirizzo della Corte regolatrice di interpretare le norme processuali alla luce del canone della ragionevole durata del processo v. F. DE SANTIS, *La ragionevole durata, l'applicazione della norma processuale e la rimessione in termini: «percorsi» per un processo di inizio secolo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 875 ss.

L'esigenza di elevare la non contestazione a principio di derivazione costituzionale è stata avvertita nell'ottica della celerità e funzionalità del processo civile, al fine di contenere quanto possibile le attività istruttorie.

Tale valutazione ha trovato, poi, riscontro nella recente giurisprudenza di legittimità, allorché si è affermato che: *“nell'evoluzione giurisprudenziale l'onere di contestazione (col relativo corollario del dovere, per il giudice, di ritenere non abbisognevole di prova quanto non espressamente contestato), è divenuto principio generale che informa il sistema processuale civile, poggiando le proprie basi non più soltanto sul tenore dei citati artt. 416 e 167 c.p.c., bensì anche sul carattere dispositivo del processo - comportante una struttura dialettica a catena -, sulla generale organizzazione per preclusioni successive - che, in misura maggiore o minore, caratterizza ogni sistema processuale -, sul dovere di lealtà e probità posto a carico delle parti dall'art. 88 c.p.c. - che impone ad entrambe di collaborare fin dalle prime battute processuali a circoscrivere la materia realmente controversa, senza atteggiamenti volutamente defatiganti, ostruzionistici o anche solo negligenti – ed infine, soprattutto, sul generale principio di economia che deve sempre informare il processo, vieppiù alla luce del novellato art. 111 Cost.⁸¹”*.

Come è stato finemente notato, gli insegnamenti enucleabili dalla decisione n. 761/2002 - Cass. Sez. Unite – sono stati oggetto di “aggiustamenti e

⁷⁹ OLIVIERI, *La « ragionevole durata » del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2 ° comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, 251, afferma che il principio di non contestazione è concepito al servizio del valore dell'economia processuale, cui il canone della ragionevole durata ha dato sicuro rilievo costituzionale”.

⁸⁰ In modo conforme v. CAMPESE, *“La fissazione dei fatti senza prova: non contestazione, fatto notorio, massime di esperienza”*, in www.appinter.csm.it, - Relazione tenuta all'incontro di studio sul tema *“L'onere della prova e l'attività istruttoria nei diversi riti processuali civili”*, Roma 23-25 novembre 2009, spec. § 3, dove per l'a. l'onere generale di tempestiva contestazione va desunto non soltanto dagli artt. 167 e 416 c.p.c. “ma dall'intero sistema.....a tal fine si sono valorizzati il carattere dispositivo del processo (comportante una struttura dialettica a catena), il sistema delle preclusioni (il quale impone a tutte le parti un onere di collaborazione per la sollecita definizione della materia controversa), i principi di lealtà e probità, nonché il principio di economia processuale sancito anche dal novellato art. 111 Cost.”.

⁸¹ Cfr. Cass. 24 gennaio 2007, n. 1540, in *Giur it.*, 2008, 3, 777. La decisione è molto importante perché riconosce l'operatività del principio di non contestazione nel processo tributario. V. DE ROMA, *Principio di non contestazione tra processo civile e processo tributario*, in *Giur. trib.*, n. 8, 680 e ss.

puntualizzazioni” suggeriti per lo più dai casi concreti *sub iudice*⁸², così da sembrare solo apparentemente massime di segno contrario⁸³.

Tra queste meritano particolare menzione quelle decisioni che hanno pian piano sganciato l’onere di contestazione dalla posizione processuale del convenuto per estenderlo gradualmente anche a tutte le altre parti del giudizio e quelle che hanno allargato l’area della contestazione anche a fatti diversi dai fatti costitutivi purché incidenti sul merito della pretesa sostenuta⁸⁴.

A detti fini, sono stati esclusi dall’ambito di applicazione del principio di non contestazione i fatti di matrice squisitamente “processuale” per i quali si afferma il potere di rilevazione officiosa del giudice a prescindere dalla condotta delle parti⁸⁵.

Inoltre, nel processo del lavoro dove è oggettivamente è più sentita l’esigenza di una circolarità degli oneri di allegazione, oneri di contestazione e onere della

⁸² Aspetto evidenziato da IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell’art. 115 c.p.c.*, cit., § 3, 310.

⁸³ In questo senso, v. SASSANI, *L’onere della contestazione*, cit., § 2.

⁸⁴ Trattasi di Cass. 5 marzo 2003, n. 3245, secondo cui “Il sistema di preclusioni su cui fonda il rito del lavoro (come il rito civile riformato) comporta per entrambe le parti l’onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa, evidenziando con chiarezza gli elementi in contestazione; ne consegue che ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto che sia) un onere di allegazione (e di prova), il corretto sviluppo della dialettica processuale impone che l’altra parte prenda posizione in maniera precisa rispetto alle affermazioni della parte onerata, nella prima occasione processuale utile (e perciò nel corso dell’udienza di cui all’art. 420 cod. proc. civ., se non ha potuto farlo nell’atto introduttivo), atteso che il principio di non contestazione, derivando dalla struttura del processo e non soltanto dalla formulazione dell’art. 416 *bis* cod. proc. civ., è applicabile, ricorrendone i presupposti, anche con riguardo all’attore, ove oneri di allegazione (e prova) gravino anche sul convenuto. (Fattispecie in tema di licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore).

Per il secondo aspetto, v. Cass. 13 giugno 2005, n. 12636, ove si legge che “L’onere di contestazione tempestiva non è desumibile solo dagli artt. 166 e 416, cod. proc. civ., ma deriva da tutto il sistema processuale come risulta: dal carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena; dal sistema di preclusioni, che comporta per entrambe le parti l’onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa; dai principi di lealtà e probità posti a carico delle parti e, soprattutto, dal generale principio di economia che deve informare il processo, avuto riguardo al novellato art. 111 Cost.. Conseguentemente, ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l’altra ha l’onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio, senza che rilevi la natura di tale fatto, potendo trattarsi di un fatto la cui esistenza incide sull’andamento del processo e non sulla pretesa in esso azionata. (Principio affermato in riferimento a fattispecie in cui era parte in giudizio una persona giuridica, rispetto alla quale era stata dedotta l’inesistenza del rapporto organico in capo alla persona fisica che aveva conferito il mandato e, non avendo la società negato la circostanza, la S.C. ha ritenuto l’altra parte esonerata dalla relativa prova).

Cfr. DI JASI, *La dialettica tra i protagonisti del processo civile, nella giurisprudenza di legittimità: non contestazione e indicazioni delle questioni*, cit., § 2.2., anche nella qualità di magistrato estensore di entrambe le summenzionate decisioni di legittimità.

⁸⁵ V. Cass. Sez. Un. 16 giugno 2006, n. 13916, in *Foro it*, I, 493; Cass. Sez. Un. 16 novembre 2009, n. 24179 in tema rispettivamente di giudicato esterno e di rappresentanza processuale.

prova, è stato affermato dalle Sezioni Unite che il ricorrente può giovare del sollievo dagli incombenti probatori frutto dell'inerzia contestativa del resistente solo se nel ricorso ex art. 414 c.p.c. ha "esplicitato in modo espresso e specifico" le circostanze di fatto (*recte*: gli elementi costitutivi) del diritto sostanziale azionato⁸⁶.

Se i predetti insegnamenti costituiscono sostanzialmente *ius receptum*, è rimasto, invece, controverso il problema della individuazione del termine per effettuare tempestivamente la contestazione. Al riguardo, alcune decisioni si sono mosse nel senso della irreversibilità della non contestazione; altre, invece, propendono ancora per la tradizionale tesi della provvisorietà⁸⁷.

5. Il tentativo (fallito) di estendere gli effetti del principio di non contestazione al fenomeno contumaciale nell'abrogato rito societario

Una volta trovata la copertura costituzionale era ormai aperta la strada verso il riconoscimento ufficiale del principio di non contestazione nel codice di procedura civile.

Ma nel mezzo, prima di arrivare all'odierno inserimento nell'art. 115, la "storia" della predetta regola processuale si è arricchita di un altro percorso piuttosto travagliato riferito alla introduzione nell'ordinamento processuale del rito societario - abrogato con la coeva l. 69/2009 (art. 54, co. 5° e 6°)⁸⁸ -.

E' risaputo che la disciplina della contumacia nel processo ordinario di cognizione è ispirata al criterio della *ficta contestatio*. In concreto, la mancata costituzione di una delle parti ha valore "neutro" non incidendo in modo decisivo sull'esito del giudizio. Resta, dunque, impregiudicato in capo alla parte costituita l'onere della prova delle pretese avanzate⁸⁹.

⁸⁶ Cfr. Cass. Sez. Un. 17 giugno 2004, n. 11353, in *Foro it*, 2005, I, 1135 e ss. Questa presa di posizione del Supremo consesso era auspicata da LA TERZA, *Onere di allegazione e onere di contestazione della giurisprudenza della S.C.*, in *Dir. lav.*, 2003, I, 281 e ss., con nota critica a Cass. 21 ottobre 2003, n. 15746 che, in materia previdenziale, era per la riferibilità del principio di non contestazione ai casi di c.d. ammissione implicita.

⁸⁷ I differenti indirizzi sono segnalati e riportati da CEA, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, cit., 801.

⁸⁸ Per approfondimenti v. COSTANTINO, *Sugli effetti della abrogazione del processo commerciale*, in *Società*, 2009, 8, 1049 e ss.

⁸⁹ Sul tema v. il contributo di RAGANATI, *Il processo contumaciale tra eccessivo garantismo e principio di autoresponsabilità*, in www.judicium.it, spec. § 2 e 4 dove l'a. affronta la relazione tra contumacia e principio di non contestazione alla luce del quadro giurisprudenziale di riferimento e delle innovative scelte del legislatore societario.

Con una scelta decisamente di segno opposto, prima il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 per mezzo della previsione di cui all'art. 13, co. 2°⁹⁰ e successivamente il d.lgs. n. 28 dicembre 2004 tramite l'inserimento nell'art. 10 d.lgs n. 5/2003 del nuovo comma 2-*bis*⁹¹, avevano messo “fortemente in crisi” il descritto quadro normativo e giurisprudenziale.

Si trattava dell'innovativo modo di leggere la contumacia, espressione del principio-criterio della *facta confessio*, in base al quale l'omessa o intempestiva costituzione del convenuto esonerava l'attore, almeno nel rito commerciale a cognizione piena⁹², dal provare i fatti costitutivi del diritto in quanto ritenuti non contestati e perciò ammessi.

Per giunta, questa disciplina richiedeva che la contestazione fosse effettuata “*specificamente*”, con espressione simile all'odierno dettato di cui all'art. 115, comma 1° dove è, invece, utilizzato l'avverbio “*specificatamente*”. In un'ottica di generale responsabilizzazione delle parti⁹³ e in ragione dell'affermata difformità di regole processuali in presenza di situazioni pressoché identiche⁹⁴ (contumacia come *facta contestatio* nel processo ordinario - contumacia come *facta confessio* nel processo societario), iniziava a

⁹⁰ Nel vigore della predetta disposizione: “*Se il convenuto non notifica la comparsa di risposta nel termine stabilito a norma dell'articolo 2, comma 1, lettera c), ovvero dell'articolo 3, comma 2, l'attore, tempestivamente costituitosi, può notificare al convenuto una nuova memoria a norma dell'articolo 6, ovvero 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 concluzione di questa; se lo ritiene opportuno, il giudice deferisce all'attore giuramento suppletorio*”. V. SASSANI, *Commento Sub art. 13*, in *La riforma delle società. Il processo* (a cura di SASSANI), Torino, 2003, 160 e ss.

⁹¹ La norma così recitava: “*La notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza rende pacifici i fatti allegati dalle parti ed in precedenza non specificatamente contestati*”. V. SCARAFONI, in *Commentario dei processi societari* (a cura di ARIETA e F. DE SANTIS), *Sub art. 10*, Milano, 2007, spec. 319 e 324.

⁹² CATALDI, *Il procedimento societario sommario di cognizione “originale” e “riformato”*: prime applicazioni, in *www.judicium.it.*, 2004, § 3, poneva il dubbio della estensione della regola della contumacia come comportamento concludente anche al rito sommario ex art. 19 d.lgs n. 5/2003. *Contra* ARIETA-F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 359, per “la mancanza di una previsione normativa espressa in tal senso”.

⁹³ F. DE SANTIS, *Riforme processuali e << disponibilità >> del regime preclusivo*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2004, 2004, 1257, evidenzia la volontà del legislatore della riforma del processo societario di lasciare alle parti (e quindi sottrarre al giudice) la conduzione della fase di formazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*.

⁹⁴ Contro la disparità di trattamento processuale tra il convenuto che consapevolmente decide di ignorare il processo, il quale si trova in una posizione più favorevole perché sollevato da qualsiasi comportamento contestativo rispetto al convenuto costituito che invece è onerato a dichiararsi sui fatti principali dedotti dall'avversario v. SASSANI, *L'onere di contestazione*, cit., il quale *apertis verbis* intitola il § 13: “*La limitazione alle parti costituite (talora è meglio restarsene a casa)*”. In precedenza, v. già CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 164 per la tesi della estensione al contumace volontario degli effetti della omessa contestazione.

teorizzarsi il superamento della tradizionale concezione della contumacia volontaria del convenuto come neutra *indefensio*⁹⁵.

Peraltro, qualche timido (ed isolato) cenno di adesione si riscontrava tra i giudici di merito⁹⁶.

In realtà, queste regole come altre di forte impatto innovativo introdotte dalla legislatore del 2003, rappresentavano delle forme di sperimentazione per una eventuale riforma generale del processo ordinario di cognizione al vaglio e allo studio della Commissione ministeriale Vaccarella⁹⁷. Cosicché una convinta accettazione in sede applicativa dell'impianto della disciplina processuale delle controversie commerciali poteva orientare le future decisioni da prendere di lì a breve sul codice di rito.

Ma il processo commerciale è stato praticamente avversato dalla gran parte degli operatori. Ciò è avvenuto per diverse ragioni su cui non mi pare utile indugiare⁹⁸. In questa sede, mette conto di sottolineare che le scelte effettuate in tema di rapporti tra contumacia volontaria e comportamenti non contestativi sono state colpite da una parziale declaratoria di incostituzionalità⁹⁹.

⁹⁵ Soprattutto RAGANATI, *Il processo contumaciale tra eccessivo garantismo e principio di autoresponsabilità*, cit., § 6.

⁹⁶ Tribunale di Vercelli del 31 marzo 2006, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2007, I, 352, con nota di DEMONTIS, *Sull'applicabilità del principio di non contestazione al convenuto contumace*.

⁹⁷ A tal proposito v. il principio n. 23 della Relazione conclusiva dei lavori della Commissione VACCARELLA - *ddl n. 4578 - XIV° legislatura* - approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 ottobre 2003, e presentato alla Camera dei deputati il 19 dicembre 2003, Si legge testualmente "le ragioni, che hanno indotto la commissione ad abbandonare il criterio della contumacia come *ficta contestatio* e ad accogliere l'inverso principio della contumacia come *ficta confessio*, consistono fondamentalmente nella considerazione delle conseguenze ricollegabili all'adozione dell'uno o dell'altro modello. Nel primo sistema - che il nostro ordinamento ha derivato, nel 1865, dal c.p.c. francese - chi propone la domanda deve comunque provare i fatti costitutivi della stessa, anche se la controparte resta contumace. Nel secondo sistema - che è proprio del processo tedesco ed austriaco - se la parte contro la quale la domanda è proposta non si costituisce, chi ha proposto la domanda è esonerato dal provare i fatti costitutivi del proprio diritto, che si considerano non contestati, e quindi ammessi. Alla commissione è parso, invero, che se una parte manifesta la volontà di disinteressarsi dell'esito del processo non vi è nessuna ragione di costringere l'altra parte a sostenere un'istruttoria, che costa denaro ed allunga i tempi del processo. In sostanza, al modello attualmente vigente può farsi la critica di essere più realista del re, in quanto impone il compimento di attività, anche quando una delle parti ha manifestato la propria indifferenza per l'esito del processo".

⁹⁸ Sulla lenta agonia del rito societario tra prassi applicative e intervenute declaratorie di incostituzionalità v. DE CRISTOFARO, *Dissolvenza sul rito societario di cognizione ordinaria*, in *Corr. giur.*, 2008, 3, 331 e ss.

⁹⁹ L'incidente costituzionale fu sollevato da Trib. di Catania con ordinanza del 17 gennaio 2006 per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.. Al riguardo, SCARAFONI, in *Commentario dei processi societari*, cit., *Sub art. 13*, cit., 410, preconizzava l'insuccesso dell'ordinanza di rimessione.

Nello specifico, con la sentenza n. 340 del 2007¹⁰⁰, la Corte costituzionale cancellava dall'art. 13, co. 2°, del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, per eccesso di delega, proprio l'ultima parte della disposizione dove era presente la regola riconducibile al criterio della *ficta confessio*.

L'intervento del Giudice delle leggi, ha suscitato forti reazioni perché ritenuto complessivamente non adeguatamente motivato¹⁰¹, visto e considerato che una delle autentiche ragioni di accoglimento (a parte quella formale dell'eccesso di delega¹⁰²) era da individuare - per la Consulta - "*nel contrasto*" dell'art. 13, comma 2°, d.lgs. n. 5/2003, con la "*tradizione del diritto processuale italiano nel quale alla mancata o tardiva costituzione non è mai stato attribuito valore di confessione implicita*".

Comunque interpretato, l'arresto ha una notevole importanza sull'argomento.

Ancora una volta, per via pretoria, era determinata un ben definita concezione dell'istituto. Mentre, infatti, le Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sent. 761/2002 si erano spinte a ricercare nel principio dispositivo sostanziale la giustificazione dogmatica dell'onere di contestazione facendone derivare tutta una serie di corollari legati a quella opzione; la Corte costituzionale, con la sentenza n. 340 del 2007, poneva un ulteriore punto fermo in ordine alle relazioni tra principio di non contestazione e contumacia.

Esso riguardava la non estensibilità degli effetti del mancato assolvimento dell'onere di contestazione alla parte che volontariamente decide di non partecipare al processo. Un monito - o meglio una scelta dal sapore conservativo rispetto alla opzione "oltranzista"¹⁰³ del defunto processo societario - che probabilmente ha influito nelle preferenze del legislatore

¹⁰⁰ Questa sentenza della Consulta è stata pubblicata, in *Foro it*, 2008, 721, con nota critica di BRIGUGLIO, *La Corte costituzionale e la <<ficta confessio>> nel processo societario*; in *Nuov. giur. civ. comm.*, I, 387, con nota di COMOGLIO, *Contumacia e mancata contestazione, nel processo societario, dopo la parziale incostituzionalità dell'art. 13, c. 2, d.lgs. 17.1.03, n. 5: tanto rumore per nulla*; in *Guida al Diritto*, 2007, n. 43, 24-28, con nota di SACCHETTINI, *Cade un principio processuale estraneo alla nostra tradizione*.

¹⁰¹ V. criticamente, AULETTA-SASSANI, *L'illegittimità costituzionale per «contrasto con la tradizione»: in morte di una (buona) «regola del processo»*, in www.judiucium.it, spec. §§ 1- 6- 7.

¹⁰² La Corte cost. - sentenza n. 340/ 2007 - motiva l'eccesso di delega perché "in assenza di uno specifico criterio direttivo della legge delega" non era consentito al legislatore delegato rinunziare ad un principio (quello della *indefensio*) più che consolidato nell'ordinamento processuale italiano.

¹⁰³ M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1170.

dell'ultima riforma del codice di rito che ha così stabilito il principio di non contestazione rispetto alla sola parte processuale costituita (art. 115 c.p.c.)¹⁰⁴.

6. Le proposte sulla non contestazione alla vigilia della riforma del 2009.

Prima di affrontare in *medias res* il dato testuale offerto dal nuovo art. 115 c.p.c., pare opportuno riepilogare il dibattito scientifico e le considerazioni che hanno immediatamente preceduto l'emanazione della l. 69/2009.

Al riguardo è interessante dare conto di due proposte di riforma del codice procedura civile che si sono occupate della tecnica della non contestazione. Mi riferisco all'abbandonato disegno di legge MASTELLA¹⁰⁵ e al progetto elaborato dal prof. ANDREA PROTO PISANI di ideazione universitaria¹⁰⁶.

Quanto al primo, gli articoli 11 e 15 intendevano modificare rispettivamente gli articoli 88 e 115 c.p.c. Ferma l'applicazione della disciplina alla sola parte costituita, l'assetto dell'onere della contestazione veniva stravolto perché eziologicamente congiunto alla paventata introduzione dell'*obbligo di veridicità* del processo.

Dal lato dei soggetti, l'art. 11 prevedeva che le parti costituite erano tenute a chiarire le circostanze di fatto in modo "*leale e veritiero*"¹⁰⁷. In questa maniera, il dovere di lealtà e probità assieme al nuovo obbligo di effettuare dichiarazioni veritiere era esteso alle allegazioni di fatto nonché alle avverse contestazioni. Con la conseguenza, a carattere deterrente, che la violazione di tale obbligo di dire la verità assumeva rilevanza in sede di regolamentazione delle spese di lite.

Dal versante del giudice, l'articolo 15 (una volta messa da parte l'originaria idea di inserire una disposizione analoga a quella già contenuta nell'articolo 10,

¹⁰⁴ Per l'esclusione della contumacia dal campo di applicazione del principio di non contestazione v. Sez. II, cap. I, § 2.

¹⁰⁵ Il ddl. MASTELLA fu varato dal Consiglio dei Ministri il 16 marzo 2007 a distanza di pochissimo tempo dall'entrata in vigore della l. n. 80/2005 ed è consultabile in www.judicium.it, con il commento e postilla di CAPPONI, *Trattazione della causa, ruolo del giudice, cultura del contraddittorio nel d.d.l. Mastella sulle «Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile»* e di LUISO, *Prime osservazioni sul disegno Mastella*.

¹⁰⁶ In *Foro it.*, 2009, V, 1 e ss., edito poco prima della promulgazione della l. n. 69/2009.

¹⁰⁷ V. E. F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1362. L'a. riteneva che proprio l'obbligo per le parti di effettuare in *limine litis* dichiarazioni veritiere fosse una delle novità più significative del disegno di legge C1141-bis/2008. Quest'ultimo testo di legge ha costituito la base iniziale dei lavori parlamentari conclusi con l'emanazione della l. n. 69/2009.

comma 2°-bis del rito societario), proponeva di modificare l'articolo 115, co. 1°, seconda parte, consentendo la decisione della controversia anche sui fatti allegati "*non specificamente contestati*".

Da questo punto di vista si può affermare che il legislatore della riforma del 2009 collocando l'onere di contestazione nel Libro I°, nel contesto dei *Poteri del giudice*, Titolo V°, art. 115, co. 1°, ult. parte, c.p.c., ha un importante antesignano nel predetto testo governativo.

Il progetto PROTO PISANI, invece, recepisce le riflessioni dello studioso sul principio di non contestazione. Tuttavia la limitazione della regola alla sola materia di diritti disponibili, la eliminazione dei privilegi probatori accordati al contumace volontario come pure la tendenziale irreversibilità del fenomeno sono accompagnati da alcune soluzioni decisamente originali.

La sequenza normativa rilevante in tema di onere di contestazione si rinviene in diversi contesti dell'articolato.

Il punto 0.13, co. 1°, enuncia l'effetto tipico della non contestazione consistente nella espunzione del fatto dal tema di prova: "*i fatti non specificamente contestati non hanno bisogno di prova*". Il punto 2.1 n. 8 afferma che la domanda ("*ricorso*") introduttiva deve contenere l'espreso avvertimento al convenuto che la mancata o ritardata costituzione comporta che il giudice deve "*considerare esistenti*" i fatti allegati dall'attore; in senso complementare, il punto n. 2.7, co. 2°, n.1 fissa nel contenuto della comparsa di costituzione e risposta l'onere per il convenuto di prendere posizione specifica sui "*fatti principali o secondari*" posti dall'attore a fondamento della domanda; il punto n. 2.16 lett. c), in sede di prima udienza di trattazione, prevede, in concreto, la regola della *ficta confessio* nel caso di mancata o ritardata costituzione, salvo quanto previsto in tema di disciplina della rimessione in termini del contumace involontario (punto 1114); inoltre, con soluzione che riterrei di compromesso, il punto 2.169, co. 4° e 6°, risolve il problema dei limiti temporali affermando il divieto in primo grado di contestazione tardiva temperato con una sua ammissibilità "*per la prima volta*" in appello subordinata però alle conseguenze di una "*inversione dell'onere della prova*". Il punto 0.13, co. 2°, degrada, infine, la non contestazione in materia di diritti indisponibili ad argomento di prova rimesso "*al prudente apprezzamento*" del giudice.

Questa prospettiva ha il sicuro merito di avere dato una coerenza sistematica all'argomento. Come meglio si vedrà più avanti, molte di queste opzioni non state espressamente seguite dal legislatore della l. n. 69/2009, che su alcuni aspetti affrontati dal progetto PROTO PISANI non ha dato affatto risposta nel novellato art. 115 c.p.c.¹⁰⁸.

7. Le influenze dei regolamenti processuali europei

Anche legislazione comunitaria si occupata, in più riprese, dell'argomento della non contestazione.

Gli sforzi compiuti dalle istituzioni comunitarie, iniziati sin dall'introduzione nel Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 delle norme di programma ex artt. 61 e 65¹⁰⁹, sono stati preordinati alla libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale¹¹⁰.

In caso di c.d. controversia transfrontaliera¹¹¹, è stata avvertita l'esigenza di predisporre in favore del creditore civile delle forme procedurali di immediato recupero della pretesa già accertata senza bisogno di *exequatur* nazionale ovvero creare *ex ante* strumenti di rapida accertabilità del "*credito non contestato*" derivante da rapporti economici intrapresi nell'ambito dei diversi Stati membri dell'Unione europea.

Non a caso la tecnica di legiferazione preferita in sede comunitaria per dare tutela al credito non contestato è stata quella dell'utilizzo della fonte di diretta e immediata applicazione.

¹⁰⁸ Per CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, cit., 271, il progetto PROTO PISANI resta un importante "parametro" per verificare le scelte dell'ultima riforma.

¹⁰⁹ Considerata da BIAVATI, *I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 751, "l'autentica norma quadro della giustizia civile europea".

¹¹⁰ Si è così parlato di un "diritto comune europeo del processo civile", cfr. TARZIA, *Le discipline comunitarie relative al processo civile – Relazione introduttiva*, in *Atti del 23° Convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile - Perugia 28/29 settembre 2001-*, Milano, 2002, 1 ss.

¹¹¹ E' transfrontaliera quella controversia in cui almeno una delle parti ha domicilio o residenza abituale in uno Stato membro diverso da quello del giudice adito. In argomento di recente pubblicazione v. AA.VV., *Manuale di diritto processuale civile europeo*, a cura di TARUFFO e VARANO), Bologna, 2011.

Trattasi del Regolamento CE n. 805/2004, istitutivo del c.d. “Titolo esecutivo europeo” (*Tee*¹¹²) e del Regolamento CE n. 1896/2006¹¹³ istitutivo un “Procedimento europeo di ingiunzione di pagamento” (*Ipe*¹¹⁴) alternativo e supplementare alle procedure monitorie nazionali¹¹⁵.

Senza andare nelle specifico delle singole discipline¹¹⁶, giova qui sottolineare che entrambi i testi collegano alla non contestazione effetti diretti¹¹⁷.

Ad esempio, in virtù della previsione di cui all’art. 3 del Regolamento CE n. 805/2004 la non contestazione del credito¹¹⁸ è condizione necessaria e sufficiente per ottenere la certificazione come titolo esecutivo europeo.

Così come ai sensi dell’art. 16, co. 3°, del Regolamento CE n. 1896/2006, l’effetto più importante prodotto dall’opposizione del debitore - da effettuare con apposita contestazione all’ingiunzione europea su modello prestampato - è quello di provocare la trasformazione della causa monitoria transfrontaliera in un ordinario procedimento civile di cognizione, retto dalle norme processuali nazionali. Se invece non c’è opposizione e dunque il debitore nulla dice in ordine alla obbligazione accertata nella prima fase sommaria, ovvero se essa è effettuata tardivamente, il giudice in base all’art. 18 attribuisce all’*Ipe* efficacia esecutiva transnazionale.

¹¹² Normativa in *Gazz. Ufficiale dell’Unione Europea* del 30 aprile 2004, serie L, n. 143, 15 e ss. In dottrina, v. OLIVIERI, *Il titolo esecutivo europeo*, in www.judicium.it.

¹¹³ In *Gazz. Ufficiale dell’Unione Europea* del 30 dicembre 2006, I, n. 399/1, con annessa modulistica.

¹¹⁴ V. ARIETA-F. DE SANTIS, *L’esecuzione forzata*, Tomo I°, Padova, 2007, 160 ss.; LUPOI, *Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell’armonizzazione processuale in Europa*, in www.judicium.it; CARRATTA, *Il procedimento ingiuntivo europeo e la “Comunitarizzazione” del diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1514-1540.

¹¹⁵ Sul tema, - se si vuole - in un’ottica di comparazione del nuovo istituto comunitario con procedimento monitorio spagnolo (artt. 812-818 LEC) e quello italiano (artt. 633 e ss.), v. ANGELONE, *Il “Proceso monitorio” spagnolo: tra effettività della tutela giurisdizionale e recupero del credito, anche nella prospettiva europea del Regolamento CE n. 1896/2006*, in www.judicium.it, 2009, spec. § 8 e ss.

¹¹⁶ Le singole ipotesi di non contestazione del credito, a rilevanza europea, sono evidenziate da LUPOI, *Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell’armonizzazione processuale in Europa*, cit., § 6. Per lo studioso “sia il reg. n. 805 che il reg. n. 1896, poi, si applicano rispetto a “crediti non contestati”: ma mentre, ai sensi del regolamento sul p.e.i., il credito si può ritenere non contestato in quanto non sia stato oggetto di opposizione da parte del debitore, nell’ambito della fase sommaria del procedimento, nel contesto del reg. n. 805 la nozione di non contestazione è più generale ed idonea ad adattarsi ad una pluralità di situazioni processuali, in base anche a quanto previsto dalle discipline degli Stati membri”.

¹¹⁷ Tra i pochi che danno risalto agli approdi sulla non contestazione in sede europea nel contesto del nuovo art. 115 c.p.c.v. DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, cit., § 4, 838.

¹¹⁸ In caso in caso di ammissione fatti dei fatti allegati dal creditore occorre comunque fare riferimento alla *lex fori* dello Stato membro d’origine - art. 3 lett. c) - Reg. CE 805/204

Per vero, sebbene senza conseguenze dirette, pure il Regolamento CE n. 861/2007, istitutivo di un “Procedimento europeo per le controversie di modesta entità” - alternativo ai modelli processuali statali - contempla per il convenuto “un onere di accettazione parziale o totale della domanda” da effettuare sempre su modellistica (art.5) che è molto simile all’onere di tempestiva contestazione comunemente inteso¹¹⁹.

Le predette normative dimostrano che il principio di non contestazione è, al contempo, una regola e una tecnica “armonizzata” del diritto processuale di origine europea. Sempre più utilizzata per far fronte all’odierna stagione contrassegnata, anche grazie all’avanzamento tecnologico, da un progressivo aumento degli scambi economici sia nazionali che transnazionali.

8. Riepilogo delle principali fattispecie tipiche ad effetto contestativo in regime di coesistenza con il nuovo art. 115 c.p.c.

Ancor prima della recente positivizzazione, il codice GRANDI e il codice civile (come modificati nel tempo), nonché alcune leggi speciali, hanno comunque utilizzato il principio della non contestazione come mezzo processuale per regolare alcune peculiari fattispecie procedurali e sostanziali.

Cosicché, allo stato, si riscontra un rapporto di coesistenza tra la previsione di cui al nuovo art. 115 c.p.c. - valevole come principio generale del processo civile - e le specifiche norme previgenti che (tuttora) regolano il fenomeno non contestativo in riferimento a determinate situazioni processuali¹²⁰.

Queste ipotesi - che si ritrovano sia all'interno della disciplina del processo ordinario di cognizione, sia con riferimento ai processi speciali del quarto libro, sia, infine, nell'ambito del processo di esecuzione - sono caratterizzate in vario modo, ma sembrano tutte accomunate dall'effetto di un consistente

¹¹⁹ In questo senso v. ad es. DELLA PIETRA, *Paupertas et simplicitas, spunti di semplificazione dalle controversie di modesta entità*, in www.judicium.it, spec. § 5, dove l’a. afferma che in tale ipotesi opererà proficuamente il principio di non contestazione di cui all’art. 115, primo comma, c.p.c.”. Sul tema delle prerogative difensive del convenuto in siffatto procedimento europeo, v. BINA, “*Il Procedimento europeo per le controversie di modesta entità*” (reg. Ce n. 861/2007), in *Riv. dir. proc.* 2008, 1633.

¹²⁰ In modo approfondito, v. soprattutto CAMPESE, *La non contestazione*, in www.appinter.csm.it, spec. § 2 e 3, relazione tenuta ad incontro di studio, Roma 7-11 marzo 2011.

alleggerimento degli oneri probatori derivante dalla mancata attività di contestazione rispetto alla allegazione fattuale altrui.

Con la speranza di essere riuscito ad individuarle quasi tutte, le fattispecie disciplinate dagli artt. 12, 14, 17, 35, 186-bis, 237, 263, 266, 423, 499, 512, 548, 597 e 598, 648, 663, 666, 669 – *novies* e 669-*duodecies*, 764 e 775, 785 e 790, 817 c.p.c. e dall'art. 2734 c.c. sono contraddistinte dalla presenza di un preciso “onere di contestazione” a carico della parte contro cui la pretesa è diretta.

A mero scopo riepilogativo, mi soffermerò - *en passant* - solo su quelle ipotesi che sembrano di più frequente applicazione e che hanno destato maggiore interesse tra gli studiosi. Si pensi, ad esempio, all'art.14 ultimo comma c.p.c. ove è disposto che nel caso in cui la controversia riguardi somme di denaro o beni mobili e il convenuto non contesti, nella sua prima difesa, il valore della causa dichiarato dall'attore o presunto dalla competenza del giudice adito, quella somma o quantità di beni mobili rimarrà fissata anche ai fini del merito nei limiti della competenza del giudice adito. La conseguenza è che il convenuto non potrà più, se non lo ha fatto nella prima difesa, tornare a contestare il *quantum* della pretesa così determinato¹²¹.

Ancora, gli artt. 186-*bis*, per il rito ordinario, e il precedente art. 423, per il rito del lavoro, prevedono che, qualora il convenuto abbia ommesso di contestare il pagamento di somme dovute all'attore, quest'ultimo possa richiedere al giudice istruttore, fino al momento della precisazione delle conclusioni, la concessione di un'ordinanza costituente titolo esecutivo¹²². Si veda , inoltre, l'art. 263 c.p.c. secondo cui nel corso del procedimento per rendimento di conti se il conto depositato non viene contestato, il giudice istruttore ordina con provvedimento esecutivo il pagamento delle somme dovute.

¹²¹ Ipotesi individuata da DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina, e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 112.

¹²² *Funditus* DIDONE, *Le ordinanze anticipatorie di condanna*, Milano,1998.; BASILICO-CIRULLI, *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*, Milano 1998, I, 2, 814 e segg.

Vale la pena di ricordare la rilevanza del principio di non contestazione nel processo esecutivo, nonostante tale forma di tutela sia preordinata ad attuare piuttosto che ad accertare.

Ad esempio, oltre alle note previsioni di cui agli artt. 548 c.p.c. (in tema di dichiarazione del terzo nell'espropriazione presso terzi), 512 (controversie in sede distributive), 597 e 598 c.p.c., (in tema di approvazione del progetto di distribuzione delle somme ricavate dall'espropriazione forzata), la l. n. 263/2005 ha introdotto nell'art. 499 c.p.c. tre nuovi commi (3, 5 e 6), i quali regolano un apposito subprocedimento diretto a provocare il riconoscimento da parte del debitore dei creditori intervenuti privi di titolo esecutivo in cui l'interpello (in pratica l'atteggiamento contestativo o meno) del debitore ha la funzione di attribuire al titolare di un credito non assistito da titolo esecutivo la possibilità di concorrere alla distribuzione delle somme staggite, senza doversi munire di detto presupposto¹²³. Invece, in caso di disconoscimento del debitore, può sorgere in capo al creditore sfornito di titolo un semplice diritto all'accantonamento previa istanza in tal senso e previa dimostrazione dell'avvenuta proposizione di un'azione diretta ad ottenere il titolo esecutivo nel rispetto del termine triennale di cui all'art. 510, co. 3° c.p.c.

Ne libro quarto del codice di rito, un rilevante onere di contestazione è ravvisabile nelle disposizioni di cui agli artt. 663 e 666 inserito nel procedimento sommario non cautelare di convalida della licenza o dello sfratto per finita locazione o per morosità, le quali consentono al giudice di convalidare la licenza o lo sfratto a seguito della mancata opposizione o della contumacia dell'intimato o di emanare un'ordinanza di pagamento dei canoni non contestati¹²⁴. Analogamente, gli artt. 785 e 789 c.p.c. stabiliscono, rispettivamente, che se non sorgono contestazioni, il giudice dispone la divisione e ne dichiara esecutivo il progetto¹²⁵.

¹²³ In argomento, v. diffusamente ACONE, *Intervento dei creditori*, in AA. VV., *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, 67 e ss.

¹²⁴ Sul modo di atteggiarsi del principio di non contestazione in queste fattispecie secondo la regola della *ficta confessio* v. PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1988., 1358.

¹²⁵ Il tema della non contestazione nel giudizio di divisione è analizzato nella monografia della LOMBARDI, *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di*

Rilevante è anche la fattispecie prevista dall'art. 648, comma 1°, ultima parte, c.p.c. (come modificato dall'art. 9 d.lgs n. 231/2002) secondo cui in pendenza di giudizio di opposizione, la limitata contestazione alla prima udienza da parte dell'ingiunto dei fatti costitutivi del diritto di credito dedotto in giudizio è motivo essenziale per ottenere l'esecuzione provvisoria parziale del decreto ingiuntivo opposto, sulla falsariga di quanto già previsto dall'art. 186-bis c.p.c.¹²⁶. A meno che l'opposizione non sia stata proposta solo per vizi procedurali.

In materia cautelare, tra le previsioni che assumono la non contestazione a momento qualificante della fattispecie disciplinata va annoverato l'art. 669-novies, il cui secondo comma stabilisce che, se non c'è contestazione sulla causa dell'inefficacia del provvedimento cautelare, il giudice la dichiara con ordinanza avente efficacia esecutiva.

Tra la legislazione speciale, merita menzione l'art. 30, comma 3, legge n. 392 del 1978, per la procedura di rilascio dell'immobile locato a equo canone, nonché le disseminate ipotesi di non contestazione contenute nella legge fallimentare, come emendata dalle riforme intervenute tra il 2006 e 2007 (d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169)¹²⁷.

Infine, sul tema, ha sicuro rilievo l'art. 2734 c.c. (c.d. confessione complessa o qualificata) a mente del quale le dichiarazioni aggiunte alla confessione “*fanno piena prova nella loro integrità se l'altra parte non contesta la verità dei fatti o delle circostanze aggiunte*”. Anche in questo caso l'inosservanza dell'onere di contestare rende superflua la prova di quei fatti integrativi alla confessione favorevoli al confitente.

impugnazione, Napoli, 2009, *passim.*, per discernere i risvolti contenziosi o negoziali del procedimento.

¹²⁶ V. Per l'autonomia dell'istituto rispetto alla previsione discrezionale del primo comma dell'art. 648 c.p.c. (opposizione non fondata su prova scritta o di pronta soluzione) si schiera Cass. 10 febbraio 2006, n. 3012. Dissente, invece, ZOPPELLARI, *Le norme processuali contenute nel d.lgs 9 ottobre 2002, n. 231 ed il nuovo art. 648 c.p.c.*, in www.judicium.it.

¹²⁷ Per la concreta individuazione si rinvia a DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, § 2, 835. Il problema dei rapporti tra onere della prova e principio di non contestazione codificato nell'art. 115 c.p.c., nella istruttoria pre-fallimentare è affrontato da F. DE SANTIS, *Ancora sugli oneri della prova nel processo di fallimento*, in *Fall.*, 6, 2011, 669 e ss., spec. 771-772, nt. 14.

CAPITOLO SECONDO

L'onere generale di contestazione nel novellato art. 115 c.p.c.

Sommario: 1. La ricerca della *ratio legis* della introduzione del principio di non contestazione nel primo libro del codice di procedura civile. 2.- La discussa ubicazione del principio di non contestazione nel primo comma dell'art. 115 c.p.c. 3.- L'economia processuale come fondamento del principio di non contestazione. Tesi a confronto: divergenze e piani di indagine. 4. Il principio di non contestazione nella ideologia del processo civile: il confronto tra verità storica e verità negoziata.

1. La ricerca della ratio legis della introduzione del principio di non contestazione nel primo libro del codice di procedura civile

La collocazione dell'onere di contestazione tra le “*disposizioni generali*” del primo Libro del codice di procedura civile è stata salutata come una delle novità più interessanti della l. 69/2009¹²⁸.

L'*iter* parlamentare della legge del 2009 prende le mosse da una proposta di legge di iniziativa governativa (ddl 1441), deliberata nella seduta del 5 agosto 2008, poi licenziata dalla Camera dei Deputati, previo stralcio, il 1° ottobre 2008 (disegno di legge C.1441bis/2008¹²⁹) e rimessa al vaglio dell'altro ramo del Parlamento il successivo 6 ottobre. Su questa base, ma con non poche modifiche, in data 4 marzo 2009, il Senato approvava il disegno di legge n.1082/2009 recante “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*”.

Il nuovo testo, che aveva suscitato momenti di vivace dibattito, soprattutto in merito alla introduzione del cd. “filtro” in Cassazione, dopo essere stato oggetto di altre emende alla Camera dei Deputati, è stato approvato dal Senato nella seduta del 26 maggio 2009 (ddl 1082/2009-B) per poi ritornare l'ultima volta alla Camera e trovare definitiva conferma nella legge 18 giugno 2009, n. 69.

¹²⁸ Cfr. ad es. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 237.

¹²⁹ Sul quale v. PUNZI, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2008, 1200 e ss.

La tecnica utilizzata è la stessa che ha interessato le più recenti (e disarticolate) riforme del processo civile: incidere sul processo con il metodo della “novellazione” e con l’“introduzione” di nuovi articoli nel codice di rito¹³⁰.

Nel caso dell’art. 115 c.p.c., comma 1°, c.p.c., si è approntata una vera e propria sostituzione, perché rispetto al precedente testo (“*Salvi i casi previsti dalla legge il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero*”) è stato aggiunto l’inciso “*nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*”¹³¹. Su queste poche e scarse parole offerte dal dato letterale occorre ragionare per verificare la portata applicativa della nuova disposizione.

Prima di fare ciò, mi sembra quanto mai opportuno chiarire in quale dei contesti teleologici è ascrivibile la previsione del principio di non contestazione nel codice di rito.

In argomento, c’è divisione: alcuni sostengono che la disposizione va strettamente inquadrata nell’architettura generale della l. n. 69/2009, contrassegnata da “superiori esigenze di semplificazione del processo”¹³²; per altri, la novità va vista in una ottica di incisiva responsabilità delle parti nella allegazione dei fatti di causa¹³³ e, in chiave sanzionatoria, essa mirerebbe a colpire la “carente attività difensiva della parte costituita”¹³⁴; per altri ancora, a

¹³⁰ Ad es., tra le nuove disposizioni, il nuovo art. 257-bis che ha istituito la testimonianza scritta nell’ordinario processo ordinario di cognizione. Se si vuole v. PALMIERI-ANGELONE, *La testimonianza scritta nel processo civile*, in *Giur. mer.*, 2009, 2182 e ss. e in www.judicium.it.

¹³¹ Al riguardo v. le tavole di raffronto edite su *Il civilista, Speciale riforma – Nuovo processo civile*, Milano, 2009, 66, I-XVI. Per vero anche il comma 2° dell’art. 115 c.p.c. in *incipit* ha visto l’inserimento della parola: “*il giudice*”.

¹³² BUFFONE, “*L’onere di contestazione*”, Relazione tenuta all’incontro sul tema: *Processo civile* – Roma 21-23 febbraio 2011, in www.appinter.csm.it, § 3. Per ROTA, *I fatti non contestati e il nuovo art. 115*, cit., § 1, 181, è “l’imperativo categorico dell’economia processuale, divenuto via via sempre più categorico, a fungere da catalizzatore degli sforzi condotti in anni recenti da dottrina e giurisprudenza al fine di valorizzare la regola secondo cui determinati fatti non abbisognano di prova”.

¹³³ SCOTTI, *Art. 115 c.p.c. L’onere di specifica contestazione*, in www.giurisprudenzapiemonte.it, § 3.

¹³⁴ ZUFFI, *Sub art. 115. La riforma del 2009*, cit., 85, che parla di un intento moralizzatore prendendo spunto anche dalle osservazioni di BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, cit., §7. V. pure in questo senso, FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazioni, rilievo e prova)*; cit., § 10.

prescindere dalla *ratio legis*, l’inserimento della regola nell’art. 115 c.p.c. è il semplice riconoscimento di un principio immanente del processo civile¹³⁵.

I lavori preparatori non aiutano a ricercare la volontà storica del legislatore¹³⁶. Penso che la riforma del 2009 sia stata la “volta buona” (in sede legislativa) per trasfondere nel processo civile una regola già fatta propria dalla prassi¹³⁷, ma che del resto si mostra(va) perfettamente coincidente con l’agognato fine di complessiva accelerazione dei processi civili.

A prescindere dal reale motivo ispiratore dell’intervento, è senz’altro da approvare la scelta dei *conditores* del 2009 di allinearsi alle legislazioni europee che da tempo hanno espressamente ufficializzato il principio di non contestazione¹³⁸. Mi è parsa razionale la scelta di aggiornare il codice includendovi una regola largamente valorizzata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità¹³⁹.

Pare inoltre lecito sostenere che alla introduzione del principio di non contestazione si accompagni la richiesta di un più elevato livello di professionalità dei protagonisti del processo civile. Aumenterà la responsabilità dei difensori¹⁴⁰ chiamati a far funzionare il principio dispositivo portando al

¹³⁵ M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell’istruttoria*, cit., 1169. In questa prospettiva si muove anche TARUFFO, *Poteri del giudice. Sub. art. 115*, cit., 484, secondo il quale “la nuova norma non introduce una novità radicale nel sistema del processo. Essa si inserisce, anzi, in una prospettiva che il legislatore segue da tempo e che era stata attuata con l’inserimento nel tessuto del codice degli artt. 416 e 167 c.p.c.”.

¹³⁶ Dall’esame degli atti dei vari passaggi alle Camere si evince più che altro la riferibilità dell’argomento al problema delle spese di lite e al tema dell’obbligo di dire la verità scomparso nell’*iter* parlamentare. Nel corso dei lavori, il testo dell’art. 115 c.p.c. ha subito diverse modifiche: il ddl 1441 prevedeva originariamente al primo comma dell’art. 115 c.p.c. le parole “*nonché i fatti contestati in modo generico*”; successivamente nel primo passaggio alla camera (ddl 1441-*bis*) vi fu la modifica con l’inciso “*nonché i fatti ammessi e non contestati*”, per poi passare alla attuale formulazione avuta in Senato e confermata definitivamente alla Camera.

¹³⁷ Al riguardo il parere del C.S.M. del 30 settembre 2008 sul d.d.l. n. 1441-*bis* che definisce il principio di non contestazione come “principio informatore del processo civile”.

¹³⁸ V. la nota n. 44 di diritto comparato sulla non contestazione nei singoli ordinamenti processuali europei, nonché la Sez. I, cap. I, § 5, sui regolamenti comunitari che hanno concretamente applicato tale regola.

¹³⁹ Anche per CEA, *L’evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, cit., § 1, “al legislatore della riforma va attribuito il merito di aver ancorato il principio di non contestazione a solidi riscontri positivi”.

¹⁴⁰ V. GIORDANO, *Il nuovo processo civile. Sub. art. 115*, Roma, 2009, 160, secondo l’a. “ai professionisti viene imposto l’onere di indicare specificatamente e chiaramente le ragioni giuridiche e/o di fatto, per le quali viene compiuta la contestazione, la quale viceversa dovrà ritenersi *tamquam non esset*”.

giudice il maggior numero di indicazioni a carattere contestativo in collaborazione con le informazioni di fatto fornite dai propri assistiti.

In senso conforme, come più volte richiesto dottrina, occorrerà che i giudici studino in *limine litis* i processi e vengano preparati in udienza per poter accuratamente selezionare i fatti contestati, assumere su di essi le prove, e così servirsi dei modelli decisorii di più rapida definizione delle controversie civili¹⁴¹.

2. La discussa ubicazione del principio di non contestazione nel primo comma dell'art. 115 c.p.c.

Detto ciò, una delle prime critiche mosse al *modus operandi* del legislatore della semplificazione e della competitività riguarda l'ubicazione del principio di non contestazione nel primo comma dell'art. 115 c.p.c che enuncia il principio dispositivo in materia di offerta dei mezzi di prova. Quasi a voler significare che la non contestazione attiene alla prova dei fatti di causa¹⁴², anziché alla determinazione dell'oggetto del processo¹⁴³.

De lege ferenda, si è detto che meglio sarebbe stato collocare l'inciso nel secondo comma dell'art. 115 c.p.c. per assonanza del fatto non contestato con

¹⁴¹ V. le riflessioni di IANNICELLI, *La decisione del giudizio di primo grado con sentenza orale e immediata tra la fiducia del legislatore e le resistenze della prassi*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2008, spec. § 6, 1206 ss., il quale, analizzando le criticità della applicazione dell'art. 281-sexies c.p.c., evidenzia l'insufficiente partecipazione del giudice alla trattazione della lite e il deficitario esercizio del potere di direzione del processo.

¹⁴² Qualche studioso non ha esitato a definire la non contestazione come "mezzo di prova", v. CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, 55-56. L'autore afferma che la l. n. 69/2009 ha accolto l'impostazione di CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 18, secondo il quale la non contestazione è fonte di prova". Diversamente, TARUFFO, *Poteri del giudice. Sub. art. 115*, cit., 483-484, sostiene che il legislatore si lasciò guidare dall'idea che l'obbligo del giudice di fondare la decisione su fatti non contestati possa essere in qualche modo analogo all'obbligo del giudice di fondare la decisione sulle prove (p. 483)...la nuova norma sembra essere finalizzata, in realtà, a prevenire una eventualità del tutto marginale, ossia la possibilità che il giudice, nel formulare la decisione, non tenga conto di un fatto che dovrebbe considerare pacifico, in quanto è stato allegato da una parte e non è stato specificamente contestato dall'altra parte (p. 484)".

¹⁴³ Per BATTAGLIA, *Sull'onere del convenuto di << prendere posizione >> in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, cit., § 9, 1535-1536, "la modifica, infatti, è stata apportata all'art. 115 del codice, e cioè ad una disposizione generale concernente il potere del giudice. E poiché questo potere si esercita con la sentenza – e, dunque alla fine del processo – la contestazione specifica si potrà fare in ogni momento".

il fatto notorio, intesi (entrambi) come strumenti per temperare l'applicazione del principio dispositivo in senso processuale¹⁴⁴.

In tutta altra direzione, vi era chi propendeva per l'inserimento dell'onere di contestazione nell'art. 2697 c.c., escludendo ogni potere discrezionale del giudice circa la valutazione della esistenza o inesistenza del fatto non contestato¹⁴⁵.

Infine, oggi, a cose fatte, vi è chi avrebbe preferito la collocazione del principio di non contestazione nell'art. 116 c.p.c., al fine di indirizzare la valutazione del fatto non contestato nel significato probatorio del libero convincimento del giudice in concorso con le altre acquisizioni probatorie¹⁴⁶.

Su un dato c'è concordia: la legge n. 69/2009 attribuisce alla non contestazione "valore di principio"¹⁴⁷. Si può dire che il legislatore ha "chiuso il cerchio"¹⁴⁸, dopo le aperture costituite dagli artt. 416, co. 3°, 167, co. 1°¹⁴⁹ e 186-bis c.p.c.

In senso minimale, si afferma che la nuova norma sembra essere predisposta per prevenire "una eventualità del tutto marginale, ossia la possibilità che il giudice non tenga conto di un fatto che dovrebbe considerare pacifico, in quanto è stato allegato da una parte e non è stato specificamente contestato dall'altra parte"¹⁵⁰. Ed è per questa ragione che, probabilmente, il legislatore si è mosso nell'orbita del "deve"¹⁵¹ previsto dal primo comma dell'art. 115 c.p.c.

In altre parole, la collocazione della norma va letta come una limitazione dei poteri del giudice, il quale oggi è espressamente autorizzato a giudicare non

¹⁴⁴ BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia*, in www.judicium.it, § 7.

¹⁴⁵ V. G. F. RICCI, *Diritto processuale civile*, 2009, II, 59.

¹⁴⁶ SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, cit., §§ 2-3. Per TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 87, sarebbe stato meglio collocare del principio di non contestazione nell'art. 2697 c.c.

¹⁴⁷ V. ad es. RASCIO, *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire*, cit., spec. 1243.

¹⁴⁸ MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, cit., spec. § 7, 325.

¹⁴⁹ CEA, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, cit., § 6.1, 799, trova "infelice la scelta legislativa di non avere esteso l'avvertimento di cui all'art. 167, n. 7, c.p.c. alle conseguenze derivanti dalla non contestazione dei fatti allegati dall'attore".

¹⁵⁰ TARUFFO, *Poteri del giudice. Sub. art. 115*, cit., 484.

¹⁵¹ ROTA *I fatti non contestati e il nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., § 4, 195.

solo *secundum alligata et probata partium*, ma anche “*iuxta non oppugnata*”¹⁵².

3. L'economia processuale come fondamento del principio di contestazione. Tesi a confronto: divergenze e piani di indagine.

L'innesto topografico dell'onere di contestazione nell'ambito del principio dispositivo processuale non ha fugato i dubbi di inquadramento sistematico.

Giova segnalare che, dopo la riforma del 2009, prevale l'idea di superare la teoria sostanzialista dal momento che se ne rifiuta il suo postulato di partenza costituito dal principio dispositivo sostanziale^{153 154}. Tale censura alla ricostruzione negoziale della non contestazione (concretamente accolta nel riferito arresto nomofilattico del 2002) deriva dal fatto che l'approccio sostanzialista “massimizza”¹⁵⁵ fin troppo l'obiettivo di semplificazione a scapito dell'accertamento veritiero dei fatti¹⁵⁶.

Come in precedenza ricordato, secondo tale indirizzo, il magistrato è vincolato a ritenere esistenti i fatti non contestati, senza necessità di alcuna verifica e senza, dunque, la possibilità di convincersi della verità o falsità degli stessi. Ma qui si corre il rischio di una sovrapposizione di piani e di problemi differenti: una cosa è la natura, altra cosa è la produzione degli effetti del principio di non contestazione.

Devo allora in qualche modo anticipare quelle che sono le mie convinzioni (ma sono in buona compagnia¹⁵⁷) in tema di effetti del principio di non contestazione sul versante del convincimento del giudice. Ragioni di osservanza del principio del giusto processo - tra i cui valori fondanti vi è la

¹⁵² SASSANI, *L'onere di contestazione*, cit., § 6.

¹⁵³ Ad es. per TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 83 “è un errore fondamentale il dogma giurisprudenziale della non contestazione dei fatti come riflesso del principio dispositivo in senso sostanziale, di cui le parti detengono il monopolio”.

¹⁵⁴ Non così VERDE, *Diritto processuale civile*, II, Bologna, 2010, 65, il quale, dopo la novella, è fermo nel sostenere la prospettiva negoziale. ID., *Dal metodo alla disciplina sulla competenza: l'intervento del legislatore manca il bersaglio*, in *Guida al dir.*, 2009, fasc. 27, spec. 87, dove, però, l'a. afferma che “l'omessa contestazione non costituisce prova del fatto”.

¹⁵⁵ ROTA, *I fatti non contestati e il nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., § 3, 190-191.

¹⁵⁶ V. TARUFFO, *Verità negoziata?*, cit., spec. 78, il quale individua tre condizioni per la giustizia della decisione: a) la correttezza del procedimento; b) la giusta interpretazione ed applicazione della legge sostanziale; c) la veridicità dell'accertamento.

¹⁵⁷ Cfr. i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali contenuti nella sezione III, cap. II, spec. § 3.

ricerca della verità fatti nel rispetto del regole del singolo procedimento¹⁵⁸ - inducono a negare l'automatismo tra fatto non contestato e fatto asseverato.

Ipotizzo una situazione che potrebbe verificarsi nella prassi. L'attore Tizio, calciatore professionista, intraprende una azione ex art. 2043 c.c., chiedendo di essere risarcito da Caio, atleta avversario, ritenuto civilmente responsabile per avere tenuto un comportamento talmente violento da esulare e violare le stesse regole dell'attività praticata. Tizio asserisce altresì che tale condotta gli ha procurato un distacco della retina all'occhio destro che gli impedisce di continuare l'attività agonistica. Caio, convenuto e ritualmente costituito, non contesta il fatto costitutivo dell'infortunio sportivo derivante da fatto illecito e le diminuite capacità di vista del danneggiato. E' fatto provato che Tizio colpì al volto Tizio. Tuttavia, viene disposta una consulenza tecnica d'ufficio, di tipo medico-legale, per l'accertamento dell'entità danno alla salute di Tizio. Nella relazione, il perito riferisce che il distacco della retina all'occhio destro di Tizio è cronologicamente antecedente al commissione del fatto illecito da parte di Caio, posto che esso deriva da un precedente sinistro. In questo caso, penso che il giudice, bilanciando le prove, possa tranquillamente superare l'inerzia difensiva di Caio, perché il fatto pur non essendo stato contestato, risulta smentito da altri elementi di prova, così da arrivare alla "decisione giusta" più vicina alla verità storica.

Ho posto questo esempio perché è evidente che la disputa sul fondamento del principio di non contestazione ha delle ricadute piuttosto rilevanti: conseguenze, stabilità, oggetto, estensione a particolari ipotesi di processi pluri-parti dipendono proprio dalla natura che si vuole attribuire alla non contestazione.

Una volta respinta la concezione negoziale della non contestazione, conviene verificare i punti di contatto e di contrasto tra le tesi si contendono il campo. Dopo circa cinquanta anni di divisioni, si registra una uniformità di vedute

¹⁵⁸ V. le interessanti riflessioni di REALI, *La non contestazione nel giusto processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 2, 223.

sulla autentica *ratio* della non contestazione, la quale risiede principalmente nella economia processuale¹⁵⁹.

E' soluzione condivisa quella secondo la quale in difetto di contestazione (c.d. *quid ex adverso* affermato¹⁶⁰), il carico della istruttoria è alleggerito e la prova dovrà riguardare i soli fatti incerti. Al riguardo, si parla comunemente di *relevatio ab onere probandi* o di *levamen probationis* in favore dell'allegante per indicare l'utilità concreta del principio di non contestazione di semplificare e conseguentemente accelerare lo svolgimento del giudizio¹⁶¹.

Il più rilevate e innovativo corollario di questa impostazione è quello di considerare la non contestazione un "comportamento processuale"¹⁶² di omessa o incompleta reazione (si suol dire *per facta concludentia*) a cui, tuttavia, "non può essere riconosciuto alcun effetto vincolante né per le parti né (soprattutto) per il giudice"¹⁶³.

Ma queste considerazioni si specificano nelle differenti "opinioni" degli studiosi rispetto ai fini complessivi che si intendono assegnare alla non contestazione. Il problema di fondo è molto più sottile, perché si tratta di capire se nel processo restano "degli spazi" che consentano l'eventuale accertamento

¹⁵⁹ Corre l'obbligo di segnalare gli sforzi della dottrina compiuti prima della riforma del 2009 volti a ricercare nell'economia processuale il valore fondante del principio di non contestazione. V. soprattutto PROTO PISANI, *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Noviss. Dig. (sez. civ.)*, App. IV, Torino, 1984, 625 e ss., secondo il quale il principio di non contestazione è "un fondamentale strumento di economia processuale" in quanto la verifica del fatto non controverso comporta un inutile dispendio di energie". V. pure il pensiero di CIPRIANI, *Per un nuovo processo civile*, in *Foro it.*, V, 2001, 326, il quale auspicava tra le possibili modifiche del processo civile la valorizzazione della non contestazione proveniente dalla parte costituita "onde esonerare la controparte della prova dei fatti non contestati e, di conseguenza, pacifici".

¹⁶⁰ CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile. II. La non contestazione: caratteri ed effetti*, cit., 36.

¹⁶¹ Dopo la riforma del 2009, sebbene con differenti spiegazioni, l'effetto pratico della *relevatio* è riconosciuto dalla dottrina maggioritaria. Mi limito a segnalare BALENA, *La riforma della giustizia civile. Sub. art. 115*, cit., 36. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., 66. SASSANI, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile. Sub. art. 115*, cit., spec. 70. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit., spec. 238. CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, cit., spec. 56. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., spec. 83. TARUFFO, *I Poteri del giudice. Sub. art. 115*, cit., § 6, spec. 492 e 494. M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., spec. 1171. PANZAROLA, *Sub art. 115*, in AA.VV., *Codice di procedura civile. Le fonti del diritto italiano*, a cura di PICARDI, Milano, 2010, 861.

¹⁶² V. ANDRIOLI, *Prova*, cit., 274, secondo il quale la "non contestazione si risolve in un comportamento".

¹⁶³ ROTA, *I fatti non contestati e il nuovo art. 115*, cit., § 3, 193.

del fatto non contestato. Ed è su questo punto che si registrano notevolissime divergenze.

Ma, a ben vedere, qui si apre un altro intreccio di piani di indagine, posto che, in tal caso, la natura del principio contestazione si relaziona al problema del “tempo”¹⁶⁴ per effettuare validamente l’attività di contestazione in un sistema governato dalla disciplina delle preclusioni del processo civile.

Una tesi consente l’esercizio dell’onere di contestazione nei limiti delle attività assertive e asseverative previste per la definizione del *thema desputandum*¹⁶⁵. Essa tende configurare la non contestazione come fenomeno stabile attraverso una fissazione formale dei fatti¹⁶⁶.

Le conseguenze derivanti dalla inosservanza dell’art. 115, co, 1°, c.p.c. sono piuttosto pesanti, in quanto allo spirare dei termini per svolgere l’attività di allegazione la parte che non aveva originariamente contestato non può provare (perché decaduta) la falsità del fatto dedotto tempestivamente dedotto dall’altra parte.

¹⁶⁴ Il tema verrà compiutamente affrontato nella sezione terza, cap. I, nell’analisi del profilo del “tempo” di contestazione, dopo il riordino dei modelli processuali (d.lgs. n. 150/2011).

¹⁶⁵ V. M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell’istruttoria*, cit., spec. 1172, che si mostra contrario sia alla eventualità di contestazioni tardive che all’utilizzo della rimessione in termini, “per non scardinare il sistema ritmico allegazioni prova”. In questo ordine di idee sembrano DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, cit., spec. §§ 9 e 10; PAGNI, *La “riforma” del processo civile, la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, cit., 1314, la quale, però, ammette riaperture se la parte scopra, senza sua colpa, che il fatto poteva essere inteso in modo diverso.

Poco prima della riforma, in questi termini, v. pure PUNZI, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, cit., 1198.

Nel contesto del processo del lavoro e all’indomani della entrata in vigore della l. n. 353/90 la tesi fu tenacemente sostenuta FRUS, *Note sul convenuto di prendere posizione nel processo del lavoro*, cit., spec. § 11 all’uopo intitolato: “inaccettabilità della tesi dell’assenza di ogni limite per la contestazione in fatto nel corso del processo”.

¹⁶⁶ Prospettiva che mi pare riconducibile all’opinione di BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell’ultima ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit., § 4 secondo cui “in nome di un minimo di serietà, e sebbene la nuova disposizione adotti chiaramente la timida soluzione della equivalenza della mancata costituzione a *ficta contestatio* e l’art. 167 taccia e continui a tacere di decadenze relative alla semplice contestazione, sarà gioco forza sistematicamente ritenere che quest’ultima, per essere idonea ad impedire l’effetto probatorio di cui al nuovo art. 115, dovrà intervenire al più tardi nel momento processuale immediatamente precedente quello in cui l’altra parte può completare le proprie richieste e produzioni in prova diretta”.

V., di recente, anche il pensiero di BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della corte di Cassazione*, Napoli, 2010, 88, il quale sostiene che “la mancata contestazione non rappresenta una forma di convincimento del giudice, essa non è un comportamento valutabile nella soluzione della *quaestio facti*, ma essa è propriamente un mezzo di fissazione formale del fatto allegato e non contestato, scaturente non da una prova del fatto, bensì dalla mancata necessità di provare il fatto”.

Né più né meno significa che la richiesta di prova sul fatto non contestato è sempre inammissibile¹⁶⁷, se intervenuta dopo il maturare delle preclusioni per assenza del “requisito della rilevanza”¹⁶⁸. Opinione che, dunque, favorisce una diffusa e più stringente applicazione del principio di non contestazione.

Vi è anche chi, pur muovendosi nella direzione della attenuazione degli oneri probatori, ulteriormente sostiene invece la possibilità che il fatto non contestato possa essere oggetto di accertamento¹⁶⁹. Secondo tale indirizzo, la parte può offrire al giudice elementi di convincimento “in ogni momento del processo”¹⁷⁰ o, addirittura, è lo stesso magistrato che può assumere “mezzi di prova d’ufficio (ove consentito) intorno alla verità o falsità dell’enunciato allegato e non contestato”¹⁷¹.

Tesi temperata dal riconoscimento alla parte che ha allegato il fatto successivamente contestato “del diritto di dedurre e di far assumere le prove di cui dispone”¹⁷². E chiaro che una simile soluzione mitiga l’esigenza di economia processuale attraverso una limitazione del ruolo del principio di non contestazione, favorendo invece la ricerca della decisione giusta *ex actis*.

Altra concezione colloca la non contestazione sul piano della prova e fuori dalla logica delle preclusioni, asserendo che, tale condotta, deve essere valutata soltanto alla “conclusione del processo”¹⁷³, come, del resto, induce a ritenere la collocazione della regola tra i poteri del giudice¹⁷⁴.

¹⁶⁷ PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 313, secondo il quale “il fatto non contestato non deve essere oggetto di prova”.

¹⁶⁸ PROTO PISANI, *Allegazioni di fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 606; M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione*, cit., 1344, il giudizio di rilevanza del mezzo di prova si fonda essenzialmente anche su quello di utilità, nel senso che è inutile provare quei fatti sui quali in relazione al loro divenire materiale, non c’è controversia”.

¹⁶⁹ TARUFFO, *I Poteri del giudice. Sub. art. 115*, cit., § 6, spec. 490-495.

¹⁷⁰ TARUFFO, *Verità negoziata?*, cit., § 4, 97. Affermazione di molto mitigata nella nota 74, posto che l’a. ritiene “una soluzione ragionevole, in una ottica di raccordo con il processo informato a preclusioni”, far scattare la “*relevatio ab onere probandi*” al fatto non contestato nel processo ordinario di cognizione “nell’appendice scritta di cui al co. 6° dell’art. 183 c.p.c.” Fatta salva la possibilità in sede di decisione di disconoscere la verità di quel fatto non contestato che risulti “inverosimile o in contrasto con altri che sono stati provati” (p. 98).

¹⁷¹ TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Bari, 2009, 133.

¹⁷² TARUFFO, *Verità negoziata?*, cit., § 4, 97.

¹⁷³ BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, cit., 778.

¹⁷⁴ IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell’art. 115 c.p.c.*; cit., 310.

Il risultato è quello di considerare la non contestazione all'esito del giudizio come contegno della parte integrante, a seconda delle varie opzioni, "un argomento di prova delle parti ai sensi dell'art. 116, co. 2°, c.p.c.¹⁷⁵ ovvero una "fonte di prova liberamente apprezzabile"¹⁷⁶, se non addirittura una prova legale¹⁷⁷.

Nella predetta prospettiva è, dunque, concepibile una valutazione della concludenza in sé della non contestazione. Questo significa che l'allegante "sconta" il rischio che il giudice (a prescindere dalla "pacifica" non contestazione) ritenga il fatto non sufficientemente provato. Ed è per tale ragione che la richiesta di prova sul fatto non contestato non può ritenersi automaticamente inammissibile.

Ritengo, altresì, dotata di autonomia scientifica la tesi che invece considera il comportamento di non contestazione in termini di "indizio di verità"¹⁷⁸. Cercando una soluzione di equilibrio, tale corrente di pensiero intende l'istituto come strumento di selezione del tema di prova da utilizzare nel rispetto del vigente regime di preclusione, ma che al contempo "non comporta la perdita di definitiva della *chance* di provare la falsità del fatto originariamente non contestato"¹⁷⁹.

E tale evenienza può verificarsi o perché la prova sul fatto non contestato è sottratta all'ordinario regime delle preclusioni (come per il giuramento) o perché si versa in una ipotesi di rimesse in termini di cui al novellato art. 153 c.p.c. Teoria che, dunque, tenta di coniugare l'esigenza del far presto con quella del far bene.

Dal descritto esame delle posizioni dottrinali si possono trarre alcune considerazioni. Vi è concordia: *a*) nel ritenere l'economia processuale il valore di riferimento del principio di non contestazione; *b*) nel riconoscere alla non

¹⁷⁵ BALENA, *La riforma della giustizia civile. Sub. art. 115*, cit., 37.

¹⁷⁶ SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, cit., § 4,

¹⁷⁷ In senso decisamente minoritario BUFFONE, *Il fatto non specificamente contestato è provato*, cit., 2950. V. anche PAPAGNI, *La novella dell'art. 115 c.p.c e il "riconoscimento" del principio di non contestazione*, in *Giur. mer.*, 2010, 1330, dove per l'a. "i fatti non contestati devono essere posti a fondamento della decisione senza che residui discrezionalità per giudicante".

¹⁷⁸ CEA, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, cit., § 6.5, 804.

¹⁷⁹ CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, cit., § 1.

contestazione l'effetto pratico della *relevatio ab onere probandi*; c) nel negare qualsiasi effetto di prova legale al fatto non contestato.

Vi è, invece, discordia: a) sul profilo temporale della attività contestazione; b) sulla possibilità di accertamento e, dunque, offerta di prova sul fatto non contestato; c) sulla valutazione della non contestazione ai fini del convincimento del giudice.

4. Il principio di non contestazione nella ideologia del processo civile: il confronto tra verità storica e verità negoziata.

Dall'inquadramento sistematico della non contestazione (quasi come una reazione a catena) si può ricavare un altro nesso tra questioni differenti. Si tratta della tematica – in sé di più ampio respiro – relativa alle ricadute della natura del principio di non contestazione sulla “ideologia del processo civile”¹⁸⁰.

E' noto che almeno nella materia dei diritti disponibili, a contendersi il campo sul modo di interpretare le norme processuali vi sono tesi che hanno matrici culturali di segno opposto. Il primo indirizzo percepisce il processo uno strumento per l'accertamento della verità storica e “del diritto obiettivo”¹⁸¹ (concezione pubblicista); il secondo, vede il processo come una cosa privata delle parti finalizzato alla risoluzione contingente della lite (concezione negoziale¹⁸²).

E' fin troppo evidente che la tecnica della non contestazione rappresenta uno dei quei meccanismi processuali in grado di “deviare”¹⁸³ dalla finalità del processo intesa quale raggiungimento della verità materiale.

¹⁸⁰ In argomento, v. l'ampia raccolta dei contributi di CIPRIANI, *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi di diritto processuale civile*, Napoli, 1997.

¹⁸¹ Per l'idea di un processo civile con accresciuti poteri del magistrato, atti a limitare le possibilità di disposizione delle parti, soprattutto in materia di prove v. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 916 e ss. ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 32.

¹⁸² CARNELUTTI, *Lite e funzione processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, 23 e ss., secondo l'a. il *proprium* della funzione statale di giurisdizione sta “nella composizione degli interessi privati in conflitto”.

¹⁸³ Così F. DE SANTIS, *Poteri istruttori d'ufficio, effetti della non contestazione e verità nel processo*, cit., 155.

Attraverso il binomio “allegazione-non contestazione” le parti potrebbero sottoporre al giudice un fatto non per nulla verificatosi nella realtà. In altre parole, è ben possibile per le parti configurare “accordi processuali” riguardanti la verità o la falsità dei fatti di causa (c.d. verità negoziata¹⁸⁴).

Questa eventualità pare essere unanimemente consentita vista l’assenza di divieti in materia. Operazione che ha trovato giustificazione nel principio dispositivo in senso sostanziale¹⁸⁵, posto che le parti “sono libere di circoscrivere la materia litigiosa acconsentendo ad una istruttoria semplificata”¹⁸⁶.

Il fatto allegato grazie all’omessa contestazione esce dal tema di indagine, diventa pacifico, con soddisfazione di tutti i protagonisti del processo. La parte rimasta inerte rispetto alle avverse circostanze non ha motivi di dolersi e il giudice ha meno lavoro perché sul fatto espunto dal *thema probandum* non dovrà effettuare alcun giudizio di ammissibilità e rilevanza sui mezzi di prova richiesti¹⁸⁷. Peraltro, - come già evidenziato - la predetta concezione è stata talmente bene recepita tanto da essere portata alle estreme conseguenze dalla Corte regolatrice a giustificazione della equazione fatto pacifico = fatto provato¹⁸⁸.

¹⁸⁴ L’espressione è di TARUFFO, *La semplice verità*, cit., *passim*. Per l’a. “il processo è giusto se è congegnato, oltre che in modo da assicurare l’attuazione delle garanzie, in modo tale da far sì che in esso si conseguano decisioni giuste”, in quanto “sistematicamente orientato a far sì che si stabilisca la verità dei fatti rilevanti per la decisione”.... “ed è ingiusto nella misura in cui è strutturato in modo da ostacolare o limitare la scoperta della verità, dato che in questo caso ciò che si ostacola o si limita è la giustizia della decisione con cui il processo si conclude” (pp. 117 e 119). Già CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 29, contrapponeva “la verità vera” alla “verità convenzionale”.

¹⁸⁵ Una critica alla impostazione tradizionale che individua *ratio* del principio dispositivo nella imparzialità del giudice (LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1960, 551 e ss), è svolta v. TARUFFO, *Per una rilettura dell’art. 115 c.p.c* - Supplemento speciale su: “*La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant’anni dopo)*”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 101 e ss.

¹⁸⁶ V. COMOGLIO, *Allegazione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, 274 e ss.

¹⁸⁷ A tal proposito, mi pare significativo quel che dice TARUFFO, *Verità negoziata?*, cit., 81 e 82, secondo l’a. “se nessuno dei fatti allegati venisse contestato si avrebbero molti vantaggi, poiché non vi sarebbe da provare alcunché e la decisione con meno margini di errore potrebbe limitarsi ai soli profili di diritto della controversia”.

¹⁸⁸ V. critiche di M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione*, cit., 1347.

Sullo sfondo, tuttavia, rimane aperto il problema del raggiungimento della verità materiale quale valore processuale fondante il giusto processo civile¹⁸⁹. Si è così detto che qualora il processo non andasse alla ricerca della verità del fatto storico come realmente accaduto, l'ordinamento giuridico - sinteticamente inteso come insieme di regole dei consociati - perderebbe la propria "funzione preventiva"¹⁹⁰.

L'aspirazione massima di questa prospettiva potrebbe essere quella di rendere irrilevante in sede processuale il principio di non contestazione, così da richiedere l'accertamento di tutti i fatti allegati in modo conforme a quanto richiesto dalla fattispecie di diritto sostanziale in tema di distribuzione dell'onere della prova¹⁹¹. In effetti, sarebbe una sorta di ritorno al passato: chi allega il fatto si carica sulle spalle l'onere di dimostrare la sua esistenza a prescindere da quello che fa, farà o non farà la controparte (ex art. 2697 c.c. "*onus probandi incumbit ei qui dicit*").

Ma un simile atteggiamento non mi sembra più predicabile, perché l'onere di contestazione attraverso un lento e faticoso percorso di assestamento di cui si è dato cenno, ha trovato generale riconoscimento a diversi livelli: pretorio e legislativo. Regola da affrontare in senso "assio-pratico", cercando di coniugare le argute riflessioni degli studiosi con l'esigenza degli operatori sempre più bisognosi di pronte risposte.

La mia idea è quella di verificare se ci sono ragionevoli margini di conciliabilità tra le opzioni della non contestazione come tecnica *tout court* di semplificazione, come prova liberamente apprezzabile, ovvero come

¹⁸⁹ In proposito v. per ulteriori riferimenti CHIARLONI, voce *Giusto processo (dir. proc.civ.)*, in *Enc. dir. Annali*, II, tomo 1, Milano, 2008 415 e ss. In passato, v. pure la pragmatica posizione di PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, 1961, IX, 50 e ss, dove l'a. "non si pone neppure la pretesa di conseguire una "verità totale" o "assoluta", che è fuori dalle reali e concrete possibilità umane e può essere concepita o come realtà divina, oppure come estremo limite tendenziale, astratta creazione dell'intelletto o stimolo operativo (come l'infinito matematico)"... con la conclusione (p. 106) che quella formalmente accertata nel processo "possa divergere naturalmente da quella c.d. materiale o effettiva, essendo ciò giustificato in ragione della (asserita) specificità della c.d. verità giuridica".

¹⁹⁰ In questi termini si esprime FESTI, *Riflessioni sul principio di non contestazione nel processo civile*, in *Giur. it.*, 1, 2011, 243.

¹⁹¹ V. chiaramente PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 4° ed., cit., 442, per il quale la ripartizione dell'onere della prova fra attore e convenuto deriva dalla "fattispecie sostanziale e non da criteri processuali"...sotto questo punto di vista l'onere della prova opera come una vera e propria "semplificazione della fattispecie legale".

presunzione di verità del fatto. Ovvero pensare, al contrario, che tra di esse ci sia incompatibilità¹⁹².

Ed allora, su base “induttiva”, vorrei utilizzare un metodo molto più artigianale. Personalmente, ritengo che l’analisi del novellato art. 115, co., ult. parte c.p.c., possa essere differenziata in tre momenti differenti: *a*) individuazione dei problemi risolti con riscontro normativo; *b*) individuazione dei problemi apparentemente risolti perché forniti di parziale risposta; *c*) individuazione dei problemi irrisolti per lacuna normativa¹⁹³.

Il punto di partenza è (ovviamente) il dato normativo offerto dal novellato co. 1° dell’art. 115 c.p.c. L’economia processuale quale criterio fondante il principio di non contestazione e la responsabilità delle parti e del giudice nel processo civile quale motivo ispiratore della legge n. 69/2009, saranno i parametri essenziali per indicare delle soluzioni che siano (spero) a tenuta di sistema.

¹⁹² Su questa posizione v. PANUCCIO, *I fatti non contestati nell’art. 115 c.p.c.*, cit. § 3.

¹⁹³ CEA, invece, *La modifica dell’art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, cit., 268, propone una bipartizione tra problemi testualmente risolti e problemi non risolti.

SEZIONE SECONDA

I soggetti, l'oggetto e i modi di esercizio dell'onere di contestazione

CAPITOLO PRIMO

I protagonisti dell'onere di contestazione

Sommario: 1.- La generalizzazione e la forza espansiva del principio di non contestazione. 2.- L'esclusione della contumacia dalla disciplina del principio di non contestazione. Il legame con la nuova regolamentazione delle spese di lite. 3.- Bilateralità dell'onere di contestazione e riferibilità della regola ai processi litisconsortili. 4.- Il problema della delimitazione del potere contestativo occasionato da un intervento adesivo dipendente.

1. La generalizzazione e la forza espansiva del principio di non contestazione

Le questioni definite dal dato normativo sono di sicuro numericamente e forse qualitativamente inferiori a quelle non espressamente chiarite¹⁹⁴. Schematicamente, i problemi risolti dall'ultimo inciso del primo comma dell'art. 115 c.p.c. possono così individuarsi: *a)* generalizzazione del principio di non contestazione nell'ordinamento processuale italiano; *b)* riferibilità dell'onere di contestazione alle "sole" parti costituite; *c)* operatività dell'istituto a "tutte" le parti costituite; *d)* necessità della contestazione specifica.

In precedenza ho detto che la collocazione del principio di non contestazione nell'art. 115, co. 1°, c.p.c. non ha certo contribuito ad una ricostruzione rasserenante dell'istituto. In ogni caso, l'inserimento nel Libro I°, tra le "Disposizioni generali", Titolo V°, intitolato "Dei poteri del giudice", consente di affermare che siffatto onere di contestazione specifica delle allegazioni avverse sussiste sia nei processi a cognizione piena (ovviamente anche quelli speciali-differenziati) che nei procedimenti a cognizione sommaria (cautelari e non cautelari), nonché nelle tutele camerali.

La nuova disposizione, invece, non sembra attecchire nella disciplina dell'esecuzione forzata, posto che nel processo esecutivo non vi è spazio per il tema della prova, salvo quelle occasioni che danno luogo alle c.d. parentesi cognitive (615-617-619) e quelle dove è pur sempre necessario un minimo di accertamento per realizzare la sequenza delle attività esecutive¹⁹⁵. La *ratio* di

¹⁹⁴ In tal senso, si ritiene che parecchi sono i profili che restano in ombra, tali da far nascere considerevoli incertezze interpretative. V. BALENA, *Onere di contestazione delle avverse allegazioni*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 27, 110.

¹⁹⁵ V. gli esempi posti nella Sez. I, cap. I, § 8.

questa minore incisività del principio di non contestazione sta nel fatto nel processo esecutivo non vi sono controversie da decidere, bensì diritti da attuare.

Le conseguenze dell' avvenuta generalizzazione del principio di non contestazione sono di immediato impatto pratico. Infatti, specie dopo i noti arresti dell'organo nomofilattico e grazie ai dati normativi di cui agli artt. 414 e 167 c.p.c., era adusa l'idea di affrontare la tematica della non contestazione all'interno delle precipue caratteristiche del processo del lavoro e del processo ordinario di cognizione. Al contrario, dopo la riforma del 2009, il principio di non contestazione assieme dell'istituto della rimessione in termini (anche esso generalizzato dal novellato art. 153 c.p.c.) va a completare la sequenza normativa di cui agli artt. 99, 101, 81 e 100, 112, 115 c.p.c., prima parte co. 1°, e 116 c.p.c. essendo annoverabile tra le regole processuali valevoli in ogni tipologia di procedimento civile espressamente previsto nel codice di rito¹⁹⁶.

A tal proposito, si possono già registrare alcune decisioni di merito che hanno fatto uso del principio dell'onere di contestazione nei procedimenti cautelari¹⁹⁷. Cosa che mi sembra quanto mai opportuna visto il regime di strumentalità attenuata e di ultrattività accordato dalla l. n. 80/2005 (art. 669-*octies*, commi 6° e 7°) ai provvedimenti cautelari a contenuto c.d. anticipatorio. Del resto,

¹⁹⁶ V. (ord.) Tribunale Rovereto, 3 dicembre 2009, in *Giur. merito*, 2010, 5, 1326, sottolinea la generalizzazione dell'onere a tutte le fasi processuali (inclusa quella delle deduzioni istruttorie) e per tutte le parti del processo. Si legge in motivazione che "Ogni volta che sia posto a carico di una delle parti un onere di allegazione e di prova, il corretto sviluppo della dialettica processuale impone che l'altra parte prenda posizione in maniera precisa, rispetto alle affermazioni della parte onerata, nella prima occasione processuale utile; in mancanza, il giudice deve porre a fondamento della decisione i fatti che non sono stati specificamente contestati dalla parte costituita, sia che si tratti di fatti principali che di fatti secondari, ossia probatori. Il sistema di strette preclusioni su di cui fonda il riformato rito civile comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa, evidenziando con chiarezza gli elementi in contestazione; tale sistema di preclusioni va letto congiuntamente al carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena del procedimento, ai dai principi di lealtà posti a carico delle parti e soprattutto, al generale principio di economia processuale che deve informare il processo, avuto riguardo al novellato art. 111 cost. Ne consegue il principio secondo cui, ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto che sia) un onere di allegazione (e di prova), il corretto sviluppo della dialettica processuale impone che l'altra parte prenda posizione in maniera precisa rispetto alle affermazioni della parte onerata nella prima occasione processuale utile; tale principio è applicabile, ricorrendone i presupposti, pure con riguardo all'attore, ove oneri di allegazione (e prova) gravino anche sul convenuto (e quindi anche con riferimento alle eccezioni e contro-eccezioni)."

¹⁹⁷ Cfr., ord. Trib. Catanzaro 29 settembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, 1666-1667, annotata da FRUS, *Sul rispetto dell'onere di contestazione anche in caso di incolpevole ignoranza e sugli effetti della mancata contestazione.*

coordinando l'ultima parte del co. 1° dell'art. 115 c.p.c. con l'art. 669-*sexies* si può desumere che il giudice della cautela procede “*agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto*” solo se i fatti oggetto delle richiesta cautelare non siano pacifici per effetto della contestazione della controparte.

All'interno della disciplina del procedimento sommario di cognizione (introdotto dall'art. 51 della legge n. 69/2009) è opportuno segnalare la nuovissima disposizione di cui all'art. 702-*bis*, co. 4° c.p.c. che prevede espressamente l'onere per il convenuto di “*prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda*”¹⁹⁸. Nel procedimento di nuovo conio l'atteggiamento contestativo delle parti è una condizione preliminare per verificare se procedere ad una istruttoria semplice ovvero complessa¹⁹⁹. Il modo di atteggiarsi dell'onere di contestazione diventa, dunque, un parametro essenziale per restare nelle forme della trattazione semplificata oppure trasmigrare alla cognizione ordinaria secondo quanto disposto dall'art. 702-*ter* c.p.c.

Di immediato impatto pratico è l'applicabilità della regola in esame nel contesto del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. Per vero, la giurisprudenza di legittimità, stante il richiamo alle norme del “*procedimento ordinario davanti al giudice adito*” presente nel co. 2° dell'art. 645 c.p.c., aveva affermato che “*dalla natura ordinaria del giudizio volto alla accertamento dei fatti costitutivi della pretesa creditoria si trova una conferma per l'applicabilità della non contestazione*”²⁰⁰.

¹⁹⁸ L'argomento sarà sviluppato nella sezione III, cap. I, § 6.

¹⁹⁹ In questo senso, v. ARIETA, *Il rito semplificato di cognizione*, in *www.judicium.it*, 2009, § 4. Invece per OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione, Prmissime brevi note*, *www.judicium.it*, 2009, vi è il dubbio della applicazione del principio di non contestazione fuori dai procedimenti a cognizione piena.

²⁰⁰ Cass. 21 febbraio 2007, n. 4103 in cui si afferma che “l'oggetto del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo non è ristretto alla verifica delle condizioni di ammissibilità e di validità del decreto stesso, ma si estende all'accertamento, con riferimento alla situazione di fatto esistente al momento della pronuncia della sentenza, e non a quello anteriore della domanda o dell'emissione del provvedimento opposto dei fatti costitutivi del diritto in contestazione”. Nella specie, alla stregua del principio di cui alla massima, la Suprema corte ha cassato la sentenza di merito che aveva rigettato la opposizione a decreto ingiuntivo relativo al pagamento di somme dovute ad una banca, con riferimento ad operazioni di credito agrario, per saldi debitori di conto corrente ed assegni protestati, rilevando che, nel corso della causa di opposizione, erano scadute le proroghe dei debiti scaduti.

Dalla generalizzazione dell'istituto è possibile trarre altre conseguenze di non poco conto. In via deduttiva, ne consegue che il principio di non contestazione è regola generale anche nelle diverse forme di tutela giurisdizionale riconducibili per espresso rinvio di legge al codice di procedura civile.

Emblematico è il rinvio disposto dall'art. 1, co. 2° del d.lgs. n. 546/1992 in base quale: *“i giudici tributari applicano le norme del presente decreto e, per quanto da esse non disposto e con esse compatibili, le norme del codice di procedura civile”* che fa sì che l'onere di contestazione si applica anche al rito fiscale²⁰¹. Come pure significative sono quelle pronunzie che estendono l'applicabilità del nuovo art. 115 c.p.c. al processo amministrativo²⁰².

Sul punto, vi è chi riconosce al principio di non contestazione una “forza espansiva”. Si sostiene, infatti, che esso sia applicabile nella legge fallimentare al modificato giudizio di accertamento del passivo²⁰³. Tesi avvalorata dalla avvenuta giurisdizionalizzazione di detto procedimento.

Nulla osta, infine, che gli effetti dell'onere di contestazione possano prodursi finanche nell'arbitrato rituale²⁰⁴, pur con i necessari adattamenti riferiti

²⁰¹ Per Cass. 24 gennaio 2007 cit., “il processo tributario essendo strutturato sulla falsariga del processo civile, può anche ad esso riconoscersi natura dispositiva ed è anch'esso caratterizzato dalla necessità di una difesa tecnica e da un sistema di preclusioni (benché meno stringente di quello previsto per il rito del lavoro ed il rito civile riformato)”.

Sui risvolti applicativi del principio di non contestazione nel processo tributario, v. SORRENTINO, *Il principio di non contestazione nel processo tributario*, in *Il Fisco*, 2010, 32, 5163 e ss. V. l'approfondimento della tematica nella Sezione III, capitolo I.

²⁰² V. TAR Piemonte Torino 29 gennaio 2010, n. 454, in *Il Sole 24 Ore-Mass. Repertorio Lex24*, secondo cui “d'altro canto, in fatto, parte ricorrente non ha mosso alcun tipo di specifica contestazione sicché trova applicazione, quale principio ormai generalmente riconosciuto nell'ordinamento processuale civile di cui non si ravvisano incompatibilità con il processo amministrativo, quello per cui, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., come modificato dalla l. 18 giugno 2009 n. 69, il giudice deve porre a fondamento della decisione i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita. Trattasi di norma che recepisce un lungo dibattito giurisprudenziale, dapprima formatosi nell'ambito della giurisprudenza del lavoro, e risponde ad una logica di semplificazione, accelerazione del processo, nonché coerenza nella condotta processuale della parte che trova oggi copertura costituzionale nel principio del giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione.

Posto che il processo amministrativo è retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo, la dottrina amministrativista era divisa sull'applicazione del principio di non contestazione; v. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, spec. 376 e 382.

²⁰³ D'ORAZIO, *Il principio di non contestazione nell'accertamento del passivo alla luce del nuovo art. 115 l.f. (legge 69 del 2009)*, in *www.judicium.it*.

²⁰⁴ V. la disamina di CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, cit., spec. 61-62 dove l'a. affronta il problema del sindacato su un lodo arbitrale fondato sulla erronea valutazione di fatti non contestati dalle parti in arbitrato.

all'eventuale regolamento sullo svolgimento del giudizio arbitrale voluto dalle parti nella convenzione d'arbitrato - come disposto dall'art. 816-bis c.p.c.

3. L'esclusione della contumacia dalla disciplina del principio di non contestazione. Il legame con la nuova regolamentazione delle spese di lite.

Expressis verbis, il legislatore del 2009 ha voluto costruire il principio di non contestazione attorno alla sola "parte costituita"²⁰⁵. *A contrario*, ciò significa che la contumacia - specie quella del convenuto²⁰⁶ - rimane una condotta neutra ai fini dell'accoglimento della domanda di controparte.

Focalizzando l'attenzione sul nuovo testo dell'art. 115 c.p.c., la specificità (di cui si dirà *infra*) della contestazione richiede una condotta attiva della parte che in radice esclude la contumacia dal campo di applicazione dell'onere di contestazione²⁰⁷. Come ho già accennato nel precedente capitolo, si tratta di una scelta "di prudenza" fortemente condizionata dalla parziale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 13, co. 2°, d.lgs n. 5/2003 ad opera della sentenza della Corte Costituzionale n. 340 del 2007.

Molto si è detto e credo altro ancora si dirà sulla coerenza di un sistema che probabilmente accorda un trattamento sperequato e deteriore²⁰⁸ alla parte che deliberatamente decide di disinteressarsi delle vicende del processo rispetto a quella che vi partecipa senza contestare specificatamente la pretesa dell'avversario²⁰⁹. Ma tant'è: il dato normativo è questo²¹⁰.

²⁰⁵ Inizialmente l'onere di contestazione specifica era riferito genericamente solo alla "parte genericamente intesa" In sede di approvazione al Senato fu accolto l'emendamento che aggiungeva l'inciso "costituita".

²⁰⁶ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 108, ricorda l'ipotesi (di scuola) che la domanda dell'attore, resosi contumace, può essere accolta se il convenuto costituitosi non contesta i fatti costitutivi della domanda.

²⁰⁷ La riflessione è di PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 309.

²⁰⁸ Rinvio alle considerazioni critiche di SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., spec. § 13.

²⁰⁹ Minimizza la questione CEA, *L'evoluzione sul dibattito del non contestazione*, cit., § 6, il quale, pur riconoscendo di non avere a disposizione dei dati statistici, afferma che i processi contumaciali non vedono quasi mai la soccombenza della parte costituita. L'a. non ravvisa alcuna sperequazione tra parte costituita e parte contumace, "a meno che non si voglia ritenere che la contumacia è di per sé sola un privilegio...ed è sufficiente essere abituali frequentatori delle aule giudiziarie per vedere come solitamente finiscano i processi contumaciali".

²¹⁰ DEMARCHI, *L'onere di contestazione specifica tra rigore formale, contumacia e conoscibilità dei fatti*, in *Giur. mer.*, 2011, 1042 e ss. spec. § 3, afferma che l'aggiunta finale del participio passato (costituita), con funzione aggettivale, manifesta la volontà del

Il tema dell'ingiustificata tutela accordata al contumace rispetto alla parte costituita - onerata della contestazione specifica – agita le opinioni della dottrina²¹¹. Ciò in attesa del sollevamento da parte della magistratura di un eventuale incidente di costituzionalità per una disparità di trattamento delle parti in spregio al principio di uguaglianza sostanziale ex art. 3 Cost.²¹².

Peraltro, è mia convinzione che la volontà di indirizzare gli effetti della non contestazione alla sola parte processuale costituita si coordini perfettamente con la nuova regolamentazione delle spese di cui agli artt. 91 (condanna della parte vittoriosa), 92 (irrigidimento delle seconda ipotesi di compensazione) e 96, ult. comma, c.p.c. (nuova ipotesi di responsabilità aggravata)²¹³. Il comune denominatore della autoresponsabilità delle parti nel processo è presente in entrambe le normative. Chi partecipa consapevolmente al processo deve essere in grado di valutare e prevenire le conseguenze dell'agire e del resistere in giudizio. All'opposto, la contumacia continua ad essere ritenuta un comportamento indecifrabile perché “equivoco e inconcludente”²¹⁴.

Parlamento di legare la *ficta confessio* ad un comportamento endoprocessuale della parte, negandola in caso di parte costituita”. V. GIORDANO, in GIORDANO-LOMBARDI, *Il nuovo processo civile. Sub. art. 115*, cit., spec. 168.

²¹¹ BATTAGLIA, *Sull'onere del convenuto di << prendere posizione >> in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, cit., 1521. Per IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, cit., § 6, 313, se la regola ora codificata non è fatta derivare dal principio dispositivo “o è irragionevole il trattamento più favorevole che viene riservato a chi trascuri del tutto di difendersi, oppure è irragionevole il trattamento più penalizzante per chi, comunque, costituendosi si mostra più diligente”.

²¹² In passato la Consulta ha negato l'esistenza di un principio in virtù del quale le differenti tipologie di processi debbano necessariamente avere una regolamentazione uniforme. V. Corte cost. (ord.) 31 maggio 2000, n. 165, in *Foro it.*, 2000, I, 2113.

Non condivide, ma giustifica l'attuale disciplina SCOTTI, *Art. 115 c.p.c. L'onere di specifica contestazione*, cit., § 3 “, per il quale” occorre però considerare che l'onere di cooperazione alla selezione dell'area dei fatti realmente controversi grava sulla parte costituita per il solo fatto di essersi costituita e aver accettato il ruolo di parte attiva nella dinamica del processo, con tutti i vantaggi e gli oneri che ciò comporta. La parte contumace non assume alcun onere, perché accetta, altrettanto consapevolmente, un ruolo passivo ma si assume anche tutti gli svantaggi scaturenti dalle decadenze e delle preclusioni nella proposizione di domande ed eccezioni e nella formulazione di richieste istruttorie. Non sembra ravvisabile quindi una omogeneità di situazioni rispetto alla quale sia lecitamente configurabile l'ingiustificata diversificazione dei trattamenti normativi”.

²¹³ Prima della riforma del 2009, v. già le considerazioni di CORDOPATRI, *Note a margine di un libro recente e di un recente disegno di legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1335 e ss. Dopo la novella la nuova regolamentazione delle spese è motivata da superiori esigenze di “moralizzazione” dell'utilizzo strumento processuale. V. SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, 258 e ss.

²¹⁴ Per BALENA *La riforma della giustizia civile*, cit., 34, la limitazione del principio di non contestazione alle sole parti costituite è “del tutto condivisibile”...“non par dubbio che il comportamento di chi, pur partecipando attivamente al processo, non contesta determinati fatti

E' forse l'inizio di una fase storica nuova: "con le cattive", si tenta di incidere e far crescere la cultura giuridica della responsabilità – etica e professionale - sia di coloro che utilizzano lo strumento del processo a tutela dei diritti dei cittadini, sia di coloro che sono chiamati a dare attuazione a questi diritti.

Gli avvocati, attraverso gli spauracchi dell'onere di contestazione e della condanna alle spese, sono chiamati ad avvisare le parti sulla opportunità di soluzioni alternative delle controversie e sul dovere di non abusare del processo²¹⁵.

I giudici, hanno il dovere di usare con parsimonia i predetti grimaldelli normativi per contemperare la esigenza della decisione giusta con quella della ragionevole durata del processo. In particolare, l'individuazione dell'area della non contestazione ha per il magistrato, specie dopo la riforma, la stessa importanza del giudizio di ammissibilità e rilevanza delle richieste istruttorie. Anzi, direi, ne costituisce un antecedente logico necessario.

L'aver considerato la non contestazione in senso giuridico come attività processuale attiva, così come già previsto nell'art. 186-*bis*, ha altre conseguenze. Ad esempio, proprio perché la contumacia del convenuto è inidonea a dispensare l'attore dall'onere della prova dei fatti costitutivi si possono immaginare prassi (sempre frequenti) di richiesta e successivo deferimento dell'interrogatorio formale. Se il convenuto insiste nell'atteggiamento di inerzia, l'intento è quello di ottenere il risultato della ammissione dei fatti prevista dall'art. 232 c.p.c. "*valutato ogni altro elemento di prova*". Se invece il convenuto decide di espletare il mezzo di prova si assume la responsabilità di partecipare al processo con tutte le conseguenze previste dalla disciplina della contumacia di cui agli artt. 291 e ss.

Al riguardo, si deve convenire che la nuova formulazione dell'art. 115 c.p.c. sconta il rischio che, soprattutto nei procedimenti governati da preclusioni forti, il convenuto che non ha validi motivi di contestazione è indotto a costituirsi

è molto più significativo, quanto alla verità dei fatti medesimi, della stessa mancata costituzione".

²¹⁵ In ordine all'art. 96, ult. co., c.p.c., v., ad es. in chiave sanzionatoria, Trib. di Piacenza, sez. civ., sentenza 22 novembre 2010, in *Guida al diritto*, 2011, 3, nonché Tribunale di Roma, sez. XI civile, sentenza 11 gennaio 2010 in *Giur. Merito*, 2010, 9.

tardivamente al sol fine di aggirare l'onere di contestazione specifica²¹⁶. Giova ricordare che l'art. 293 c.p.c. ammette la costituzione del contumace “in ogni momento del procedimento fino alla udienza di precisazioni conclusioni”. Ciò comporterebbe una eventuale riapertura dell'istruttoria²¹⁷, con indubbio pregiudizio all'economia processuale²¹⁸.

4. Bilateralità dell'onere di contestazione e riferibilità della regola ai processi litisconsortili

Si è appena detto che la riforma ha voluto che il principio di non contestazione fosse riferibile solo alla “parte costituita” con esclusione *ope legis* del contumace volontario. Pare altresì indiscutibile che l'istituto si applichi indiscriminatamente a “tutte” quelle parti che partecipano al giudizio “in funzione di affermazione del proprio buon diritto e soprattutto in funzione di contrasto (in fatto e in diritto) nei confronti della posizione avversaria”²¹⁹.

L'espressione “*parte costituita*” può intendersi in modo “neutro” al fine di sostenere (quanto meno) la tesi della c.d. “bilateralità”²²⁰ del principio di non contestazione.

²¹⁶ Giova ricordare che l'art. 293 c.p.c. ammette la costituzione del contumace “in ogni momento del procedimento fino alla udienza di precisazioni conclusioni”. Al riguardo Cass. 23 giugno 2009, n. 14623 ha chiarito che “non rileva, ai fini della tempestività della contestazione, la tardività della costituzione in giudizio, in quanto può configurarsi una preclusione argomentabile dal sistema alla contestabilità soltanto sul presupposto – non ravvisabile nel solo fatto della contumacia – di un atteggiamento originario di non contestazione.

²¹⁷ In senso critico, v. DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, cit., § 28, 864, il quale, in tal caso, intravede “una indiscriminata e ingiustificata rimessione in termini riferita alla sola attività di contestazione conseguente alla contumacia non involontaria..con la paradossale conseguenza che l'attore dovrebbe augurarsi che il convenuto si costituisca, invece di sperare che resti contumace”.

²¹⁸ CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, cit., § 6, invece, non dà molto peso alla questione. Secondo l'a. “la tardiva costituzione della parte, inizialmente contumace, è una circostanza insignificante, giacché, stante l'irrelevanza probatoria della contumacia, la parte costituita che allega i fatti ha l'onere di provarli, pena la soccombenza in forza della regola di giudizio ex art. 2697, 1° comma c.c. Il che vuol dire che non ha alcun senso parlare di facoltà, del contumace che si costituisce tardivamente, di contestare i fatti, giacché a quel punto l'altra parte avrà già attivato le sue iniziative istruttorie”. Il tema ha delle ricadute sul profilo temporale della non contestazione e per questa ragione verrà ripreso nella sezione III, cap. I.

²¹⁹ MOCCI, *La non contestazione tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, Relazione tenuta all'incontro di formazione tenutosi a Roma 6-10 settembre 2010, in www.appinter.csm.it, § 5.

²²⁰ VIOLA, *Il nuovo principio di non contestazione nella riforma del processo civile*, www.altalex.it.

Ritengo che la disposizione non possa essere letta diversamente, visto il progressivo affrancamento dell'onere di contestazione dalla posizione processuale del convenuto²²¹. Nel caso in cui sia il convenuto ad allegare in modo preciso e puntuale dei fatti estintivi, modificativi, impeditivi ovvero dei fatti secondari volti a smentire l'esistenza dei fatti costitutivi del diritto azionato, ovvero ancora questi proponga domanda ex art. 36 c.p.c. è onere dell'attore procedere a contestazione specifica rispetto a tali allegazioni²²².

Ma credo che si possa arrivare alle medesime conclusioni anche in caso di processi litisconsortili. Per esempio, è quasi scontato affermare che il litisconsorte pretermesso (art. 102 c.p.c.) - chiamato in giudizio dalla parte diligente nel rispetto del termine perentorio assegnato dal giudice - se decide di partecipare attivamente al processo ha senz'altro il potere di rendere controversi i fatti principali del giudizio²²³.

La medesima situazione si verifica nei casi di cui agli artt. 103, 105, co. 1°, 106 e 107, dove c'è sempre un terzo che (divenuto parte per diverse ragioni) costituendosi ha la facoltà di contribuire alla formazione dell'oggetto del processo accollandosi (in negativo) l'onere di contestazione.

Tale esegesi potrebbe ricevere copertura costituzionale dall'art. 111 cost. Il principio della parità di trattamento delle parti del processo imporrebbe di applicare la affermata equiparazione del fatto non contestato al fatto pacifico anche ai fatti fondanti le domande ed eccezioni di tutti coloro che concorrono alla determinazione del *thema decidendum*, secondo il grado di disponibilità riconosciuto dalla legge sostanziale.

Nelle summenzionate fattispecie, pare lecito affermare che il potere di contestare dell'interveniente non trova limiti dal difetto di contestazione delle

²²¹ In questo senso, per la applicabilità del principio di non contestazione all'attore v. IARUSSI, *Onere di contestazione tempestiva dei fatti e giusto processo*, in *Lav. Giur.*, 2008, 270 nota a sent. Cass. 4 dicembre 2007, n. 25269. Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Ivrea 17 ottobre 2007, in *Foro pad.*, I, 586 con nota di ROSITO, *Sulla gravità dell'inadempimento che legittima le dimissioni per giusta causa*.

²²² Favorevolmente v. A.D. DE SANTIS, *Brevi note sulla sanatoria della nullità del ricorso ex art. 414 c.p.c. e sul principio di non contestazione ai c.d. fatti processuali*, in *Foro it.*, 2006, I, 1492, nota a cit. Cass. 13 giugno 2005, n. 12636.

²²³ Un altro aspetto che in seguito tratterò in tema di effetti del principio di non contestazione attiene al litisconsorte rimasto volontariamente contumace. V. sez. III, cap. II, § 3.

altre parti costituite²²⁴. Ad esempio, in caso di chiamata in giudizio per rapporto di garanzia ex art. 106 c.p.c., non è precluso al garante di contestare l'*an debeatur*, qualora il garantito abbia semplicemente contestato il *quantum* della pretesa azionata.

Rimane, tuttavia, salva la facoltà del giudice - ove lo ritenga opportuno - di disporre la separazione delle cause cumulate.

5. Il problema della delimitazione del potere contestativo occasionato da un intervento adesivo dipendente.

Qualche incertezza sulla ampiezza del potere di contestazione si pone nel caso di intervento adesivo dipendente ex art. 105, co. 2° c.p.c. In questa ipotesi, il terzo interveniente è portatore (non di un diritto sostanziale) di un interesse “alla vittoria” “*per sostenere le ragioni di alcuna delle parti*”.

L'interrogativo è il seguente: può l'interveniente adesivo dipendente superare la parziale o mancata contestazione della parte adiuvata?

L'assenza di un pregiudizio diretto (giuridico) dalla sentenza resa *inter alios* a cui si accompagna la negazione di poteri di disposizione del diritto in contesa, dovrebbe far ritenere che egli possa esercitare soltanto una attività difensiva subordinata alle contestazioni già svolte dalla parte adiuvata.

Tuttavia, con un ragionamento non molto dissimile a quello che gli riconosce un autonomo potere di impugnazione circoscritto “alla finalità di neutralizzare gli effetti riflessi della sentenza di rigetto della domanda adiuvata”²²⁵, si potrebbe pensare che anche l'interventore adesivo dipendente possa (in positivo) contestare specificamente le pretese a sé sfavorevoli²²⁶.

Dopo la riforma del 2009, mi sembra evidente che su questa problematica sarà decisiva la riconduzione dogmatica che il diritto vivente vorrà assegnare al principio di non contestazione.

²²⁴ In questo senso, v. BUFFONE, “*L'onere di contestazione*”, cit., §§ 10-11.

²²⁵ ARIETA-DE SANTIS, *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2010, 251.

²²⁶ Tale opzione sembra accolta da RASCIO, *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare*, cit., 1246, sempre che ci si discosti dal contenuto della sent. Cass. sez un. n. 761/2002, cit.

Se infatti si riconosce nel principio dispositivo sostanziale il fondamento teorico del principio di non contestazione, mi pare difficile ipotizzare in capo all'interveniente ex art. 105, co. 2°, c.p.c. un potere di contestazione svincolato dal compendio difensivo della parte adiuvata. Con la conseguenza per il giudice di ritenere irrilevante ai fini istruttori ed eventualmente anche in fase decisione la contestazione del terzo a carattere esorbitante.

Viceversa, qualora il fenomeno dell'onere di contestazione è visto nel novero della struttura dialettica del processo in coordinamento al principio di autoresponsabilità delle parti e del giudice nel processo, è ben possibile ipotizzare che i poteri processuali del titolare del rapporto dipendente non incontrano limiti dalla parziale o omessa contestazione della parte adiuvata in ordine agli elementi della fattispecie sostanziale dedotta in giudizio.

Ferma l'assenza di poteri dispositivi, a me pare incoerente che questi non possa almeno rendere controversi quei fatti di causa su cui si fonda il diritto sostanziale che (*secundum eventum litis*) ha nei suoi confronti un carattere potenzialmente pregiudicante. Sia la funzione di controllo caratterizzante questa tipologia di intervento sia il raggiungimento della verità materiale, mi sembrano buone ragioni per accordare al terzo siffatti poteri.

Ad esempio nella causa tra lavoratore e datore di lavoro avente ad oggetto l'accertamento della esistenza del rapporto di lavoro subordinato, è razionale riconoscere all'ente previdenziale – i cui diritti e obblighi dipendono sul piano sostanziale dalla esistenza di quel rapporto - la possibilità di ottenere l'istruttoria in senso stretto su quelle circostanze fondanti il contratto di lavoro non contestate dal datore di lavoro che ritualmente si è costituito. Per mezzo della attività di contestazione specifica la persona giuridica ha dunque l'interesse all'accertamento sulla reale esistenza del rapporto di lavoro ed avere la certezza della elargizione delle prestazioni assicurative non corrisposte.

Stesso discorso può farsi nel caso si discuta della restituzione dell'immobile locato. Mi sembra lecito consentire al sub-conduttore di sopperire o integrare con nuove contestazioni le difese svolte dal suo dante causa (sub-locatore).

In definitiva, sento di dire è che una volta che l'intervento adesivo dipendente si è realizzato (perché ritenuto ammissibile) pare logico che nella generale applicazione dei poteri correlati alla garanzia del contraddittorio sia ricompreso anche quello di poter rendere controversi i fatti del rapporto dipendente.

CAPITOLO SECONDO

L'oggetto e le modalità di assolvimento dell'onere di contestazione

Sommario: 1. L'oggetto del principio della non contestazione: l'operatività ai fatti secondari. 2.- La relazione dinamica del principio di non contestazione con il principio di preclusione e con la regola di giudizio dell'onere della prova. 3.- Alcune doverose precisazioni: non contestazione e allegazioni di fatti a contenuto negativo. 3.1.- I fatti soggetti a prova scritta. 3.2.- I fatti fondanti questioni processuali e limite del principio *iura novit curia*. 4.-Le modalità di esercizio dell'onere di contestazione. 4.1.- I "giusti" criteri di riferimento per identificare i comportamenti contestativi. 4.2.- Conoscibilità dei fatti da contestare. Il problema dei fatti eventi di danno. 5.- Il contenuto della contestazione proporzionato all'onere di sostanziazione della parte che allega il fatto sfavorevole. L'indispensabile relazione con il principio di vicinanza della prova. Esemplicazioni. 6.- Fatti complessi, fatti semplici e fatti avventizi. Il rapporto tra contestazione implicita e verità processuale alternativa. 7.- L'attività di contestazione come atto di autoresponsabilità processuale.

1. L'oggetto del principio della non contestazione: l'operatività ai fatti secondari

Dopo avere provato a chiarire la tematica dei legittimati a contestare, seguendo la *consecutio* delle parole dell'art. 115, co. 1° c.p.c., ci si imbatte nella complessa tematica dell'oggetto del principio di non contestazione.

Il legislatore della competitività ha evitato di prendere posizione sulla estensione degli effetti della non contestazione anche ai fatti c.d. secondari, alle c.d. allegazioni negative, ai fatti contenuti in contratti aventi la forma scritta *ad substantiam* ovvero *ad probationem*, alle c.d. contestazioni implicite, alle questioni di ordine processuale.

Ho già segnalato che la sentenza Cass. Sezioni Unite n. 761/2002 aveva inaugurato un orientamento restrittivo teso ad applicare il principio di non contestazione ai soli fatti principali²²⁷. Ho, poi, precisato che tale esegesi era stata aspramente criticata dalla dottrina, tanto da far breccia nella stessa giurisprudenza di legittimità che, pian piano, si era mostrata propensa ad

²²⁷ In tal senso v. ancora Cass. 27 febbraio 2008, n. 5191, secondo cui "in materia di prove, l'onere del convenuto, previsto dall'art.416 cod. proc. civ. per il rito del lavoro, e dall'art.167 cod. proc. civ. per il rito ordinario, di prendere posizione, nell'atto di costituzione, sui fatti allegati dall'attore a fondamento della domanda, comporta che il difetto di contestazione implica l'ammissione in giudizio solo dei fatti cosiddetti principali, ossia costitutivi del diritto azionato, mentre per i fatti cosiddetti secondari, ossia dedotti in esclusiva funziona probatoria, la non contestazione costituisce argomento di prova ai sensi dell'art.116, secondo comma, cod. proc. civ.".

espandere l'area della contestazione anche a fatti diversi dai fatti principali, purché incidenti sul merito della pretesa sostenuta²²⁸.

A prescindere dalle convinzioni ideologiche sulla giustificazione dell'istituto, personalmente ritengo che la lettera della norma (che semplicemente utilizza il sostantivo in forma plurale "fatti") consente di abbandonare la distinzione tra fatti principali e secondari per individuare l'operatività e gli effetti dell'onere di contestazione.

Anzi, dai commenti editi²²⁹ – anche quelli di derivazione giurisprudenziale²³⁰ –, è pressoché unanime la convinzione che l'onere di contestazione sia stato generalizzato non solo dal punto di vista soggettivo, ma anche da quello oggettivo, afferendo tutti i fatti rilevanti ai fini processuali²³¹.

Anche i fatti secondari - sebbene attraverso un percorso inferenziale e presuntivo del giudice - concorrono alla dimostrazione della esistenza o inesistenza del diritto azionato²³². Si può fare un esempio: in un giudizio in cui il creditore affermi l'inadempimento del debitore, il fatto che il primo continui a intrattenere rapporti commerciali con il secondo potrebbe essere una circostanza - assieme ad altre elementi univoci e concordanti – in grado di corroborare la fondatezza della eccezione di pagamento (fatto principale di tipo estintivo) dell'asserito debitore.

Inoltre, si insegna che la individuazione tra fatto principale e fatto secondario è sfuggente²³³. Anzi, in fase di allegazione - sia nella articolazione degli atti

²²⁸ Per tale estensione ai fatti secondari v. le già citate Cass. (sez. lav.) 5 marzo 2003, n. 3245; Cass. (sez. lav.) 13 giugno 2005, n.12636; Cass. (sez. trib.) 24 gennaio 2007, n.1540.

²²⁹ In dottrina v. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., § 8. M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1173. PAGNI, *La riforma del processo civile: la dialettica tra giudice e parti (e i loro difensori) nel nuovo processo civile di primo grado*, cit., 1314. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, cit., § 5.

²³⁰ Tra questi, v. CAMPESE, "La fissazione dei fatti senza prova: non contestazione, fatto notorio, massime di esperienza", cit., § 5. SCOTTI, *Art. 115 c.p.c. L'onere di specifica contestazione*, cit., § 4.1.

²³¹ V. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, cit., 738, per il quale, dopo la riforma del 2009, vi è poi una revisione del principio di non contestazione, e quindi della possibilità di porre a fondamento della decisione tutti i fatti che non siano contestati in modo specifico".

²³² Favorevolmente v. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 239.

²³³ Cfr. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, Vol. I°, Bari, 2005, 71.

processuali che a verbale - essi spesso si sovrappongono con il rischio di confondersi. Questo perché il fatto principale ha una propria dimensione storica, essendo il risultato di opzioni legislative rapportate a singoli comportamenti concreti.

Le predette considerazioni hanno delle ricadute pratiche sull'assolvimento dell'onere di contestazione specifica richiesto dall'art. 115 c.p.c.

Provo a spiegarmi meglio con un altro esempio. Promossa un'azione ex art. 2054 c.c., l'attore non può fare a meno di allegare le circostanze essenziali in cui si è verificato il sinistro (luogo, data, ora etc.) da cui deriva il danno, le quali concorrono (tutte) ad integrare la fattispecie legale. Se il convenuto si difende contestando che a quell'ora era altrove è difficile qualificare tale asserzione come un fatto principale (di tipo impeditivo) ovvero come un fatto secondario (a valenza indiretta). Comunque la si consideri, questo tipo di controdeduzione rende i fatti di causa sicuramente controversi.

2. La relazione dinamica del principio di non contestazione con il principio di preclusione e con la regola di giudizio dell'onere della prova.

Mi rendo conto che l'estensione dell'onere di contestazione anche ai fatti secondari crea inevitabili problemi di coordinamento dell'art. 115 c.p.c. con l'art. 2697 c.c. e con il regime di preclusioni di formazione del *thema desputandum*.

Soprattutto nel giudizio ordinario di cognizione, la più evidente differenza tra fatti principali e fatti secondari, sta nel fatto che solo i primi vanno allegati entro in termini perentori di cui agli art. 163, 167, 183, co. 5° c.p.c., mentre per i secondi – purché il fatto principale sia stato tempestivamente allegato – dovrebbe valere il termine di decadenza per le richieste istruttorie (183, co. 6°- II° memoria)²³⁴. Sul piano invece sostanziale, l'oggetto dell'art. 2697 c.c. (onere della prova) è rappresentato esclusivamente dai fatti principali, i soli

²³⁴ Per PROTO PISANI, *Allegazioni di fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 607, ciò potrebbe emergere dagli atti processuali nel corso dell'istruttoria. Ad esempio in sede di chiarimenti del teste ad opera del giudice ex art. 253 c.p.c.

capaci di dimostrare in via diretta l'esistenza o l'inesistenza del diritto dedotto in giudizio.

Forse (inconsapevolmente) con la riforma del 2009, il legislatore ha inteso in chiave dinamica il rapporto allegazione-contestazione-oneri probatori. Lo schema da suggerire potrebbe essere il seguente: *a)* allegazione dei fatti principali secondo le barriere preclusive previste dalla legge processuale per le parti, nonché dei fatti secondari sottoposti al “fuoco del contraddittorio”²³⁵; *b)* contestazione e reazione degli stessi (nel tempo di cui si dirà *infra*²³⁶); *c)* corretta individuazione da parte del giudice dei fatti principali che, in concreto, si manifesta nell'ordinanza ammissiva delle richieste di prova costituenda (se ce ne sono); *d)* distribuzione per le parti dell'onere della prova secondo le indicazioni della normativa primaria e, laddove non vi fossero, in base alle valutazioni giurisprudenziali²³⁷; *e)* possibilità per il giudice di evitare il controllo probatorio dei fatti principali o secondari non contestati²³⁸; *f)* facoltà del giudice di avvalersi del ragionamento presuntivo²³⁹; *g)* possibilità per il

²³⁵ Convince l'impostazione di SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., § 8, che estende l'operatività del principio di non contestazione a soli fatti secondari condivisi in contraddittorio tra le parti.

²³⁶ V. Sezione III, cap. I, in riferimento al momento temporale della contestazione.

²³⁷ Spesso è la Corte regolatrice è stata chiamata a dare chiarimenti sulla distribuzione dell'onere della prova in peculiari fattispecie negoziali. V. ad es. Cass. sez. un. 30 ottobre 2001, n. 13533 in tema di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c.

²³⁸ In tal senso, ord. Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, sez. lav., del 23 novembre 2009, inedita, afferma che: “considerato che l'art. 416, co. 3°, c.p.c. (non diversamente dall'art. 167 c.p.c.), imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi del diritto preteso dalla controparte, considera la non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice che dovrà astenersi da qualsiasi controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e dovrà perciò ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti (Cass. 1802/2008, Cass. 5356/2009),..... ritenuta la causa matura per la decisione fissa l'udienza per la discussione orale ex art. 420....”

²³⁹ V. in sede di legittimità Cass. 6 settembre 2002, n.12980 ove si afferma che: “Il principio consacrato nell'art. 115 c.p.c., secondo cui il giudice ha l'obbligo di decidere *iuxta alligata et probata*, importa, tra l'altro, che la decisione sia tratta unicamente dalle allegazioni delle parti, cioè dalle circostanze di fatto dedotte a fondamento della domanda o dell'eccezione, e dalle prove offerte dalle parti medesime. Detta norma è intesa ad assicurare il rispetto dei principi fondamentali della difesa e del contraddittorio, impedendo che una parte possa subire una decisione basata su fatti ad essa sconosciuti ed in relazione ai quali non si sia potuta difendere. Pertanto, il giudice non viola il principio enunciato nella norma dell'art.115 c.p.c. quando si avvalga di fatti allegati e provati da una parte per argomentarne in via di presunzione, ancorché non ne sia stato espressamente richiesto dalla parte stessa. In tal caso, l'altra parte non ha motivo di dolersi, in sede di legittimità, che il giudice del merito abbia fatto ricorso a presunzioni, risultando queste tratte da fatti che essa ben conosceva ed in relazione ai quali aveva avuto la possibilità di difendersi”.

giudice di fondare la decisione sui fatti di causa non contestati, previa valutazione complessiva delle risultanze istruttorie.

Alla luce di quanto osservato, si può affermare che il potere di allegazione, l'onere di contestazione e l'onere della prova costituiscono aspetti processuali differenti in regime necessaria circolarità. Seguendo questa prospettiva, penso che sia da escludere che l'omessa contestazione possa essere vista come "una inversione dell'onere della prova" anziché "un sollievo per il deducente dell'onere della prova". Opinando per la prima ricostruzione si finirebbe per addossare l'onere della prova dalla parte che allega il fatto a quella che lo contesta²⁴⁰.

Il principio di non contestazione non altera "il funzionamento soggettivo dell'onere della prova"²⁴¹, posto che la regola codificata nel novellato art. 115 c.p.c. opera a monte²⁴², come strumento di selezione dei fatti da provare. Si potrebbe affermare che sul piano logico l'onere di contestazione si colloca in mezzo tra l'allegazione (*prius*) e la prova dei fatti (*posterior*).

E' opportuno che la determinazione del *thema decidendum* debba precedere la formazione del *thema probandum*. E in questo frangente il principio di non contestazione ha la massima importanza secondo il modello "rappresentazione- reazione-prova"²⁴³. Del resto, le ultime riforme del processo civile tendono a favorire, sin dalle prime battute, la cooperazione tra le parti e il giudice circa l'individuazione dell'oggetto del processo attraverso un complesso di norme (artt.183,101, co. 2°, 81-*bis* disp. att. c.p.c.) che hanno lo scopo di rendere proficua la fase di trattazione. Nella considerazione che la bontà delle decisioni

²⁴⁰ V. il pensiero di CEA, *Non contestazione dei fatti: passi in avanti e chiarezze teoriche*, in *Foro it.*, 2006, 1873 e ss.

²⁴¹ PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 314.

²⁴² CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile. II. La non contestazione: caratteri ed effetti*, cit., 48.

²⁴³ In modo conforme FAROLFI, *La non contestazione tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, Relazione tenuta nell'incontro di formazione a Roma 4-8 ottobre 2010, in www.appintercsm.it; § 5. Secondo l'a. "l'onere di contestazione non è un onere probatorio ma un onere di allegazione che si traduce nella indicazione di altri ed ulteriori fatti positivi con essi incompatibili".

prese in *limine litis* possono “imprimere una svolta essenziale ai tempi e alla sorte della causa”²⁴⁴.

Ritengo, dunque, che l’esegesi dell’onere di contestazione non possa sottrarsi “alla dinamica del procedimento”²⁴⁵ in cui la regola trova applicazione. A parte gli eventuali scompensi di sistema derivanti da eventuali contestazioni tardive, c’è un’altra ragione fondamentale che mi induce ad interpretare dinamicamente l’onere di contestazione di cui all’art. 115, co. 1° c.p.c. Essa risiede nella disparità di disciplina con il regime delle allegazioni²⁴⁶.

Se, infatti, si ritiene che la contestazione è una “presa di posizione confutatoria” rispetto ai fatti (tempestivamente) affermati dall’avversario, pare discutibile che essa, diversamente dall’allegazione, sia liberamente spendibile in tutto l’arco del processo. Visto lo strettissimo legame che intercorre tra la contestazione (*positio* negativa²⁴⁷) l’allegazione (*positio* positiva) - le quali concorrono a formare il *thema decidendum* - è da preferire la tesi che aggancia gli oneri contestativi ai limiti temporali del singolo procedimento attivato²⁴⁸.

3. Alcune doverose precisazioni: non contestazione e allegazioni di fatti a contenuto negativo

L’individuazione dei fatti che cadono nell’ambito di applicazione del principio di non contestazione è questione estremamente complessa. Si tratta di prendere

²⁴⁴ MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, cit., § 1, 316.

²⁴⁵ Non è di questo avviso SASSANI, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile. Sub. art. 115*, cit., § 4, 72, posto che “la non contestazione è collocata tra le regole finali che presiedono alla decisione... e va valutata fuori dai meccanismi preclusivi, ossia “*in cauda*”.

²⁴⁶ L’intuizione è di FRUS, *Note sul convenuto di prendere posizione nel processo del lavoro*, cit., spec. § 9, 91-92.

²⁴⁷ Tradizionalmente per contestazione di un fatto si intende la esplicita negazione della sua esistenza o, se si preferisce, l’affermazione della sua inesistenza. Al riguardo si ricorre al concetto di “allegazione a contenuto negativo” se non addirittura di vera e propria “allegazione negativa”. V. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema della oralità*, cit., 53 e 55. COMOGLIO voce *Allegazione*, cit., 274. ID., in COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, 4° ed., Bologna, 2006, 264.

²⁴⁸ Cfr. l’importante sent. Cass. 5 marzo 2009, n. 5356, in *Guida al Diritto*, 2009, 14, 60, dove si afferma che “il riferito difetto di contestazione, se concerne fatti costitutivi del diritto si coordina al potere di allegazione dei medesimi e partecipa della sua natura, sicché simmetricamente soggiace agli stessi limiti apprestati per tale potere. In altre parole, considerato che la identificazione del tema decisionale dipende in pari misura dall’allegazione e dall’estensione delle relative contestazioni, risulterebbe intrinsecamente contraddittorio ritenere che un sistema di preclusioni in ordine alla modificabilità di un tema siffatto operi poi diversamente rispetto all’uno o all’altro dei fatti di identificazione”. V. anche Cass. 21 maggio 2008, n. 13079 e Cass. 27 febbraio 2008, n. 5191.

in considerazione la varie evenienze e le particolari strategie difensive che possono essere congegnate nel processo.

I primi commenti sull'art. 115 c.p.c. hanno in sostanza agganciato il campo di applicazione dell'istituto ai fatti che l'allegante (sia esso attore-convenuto-litisconsorte necessario – interveniente volontario o coatto) ha l'onere di provare²⁴⁹. Questa tesi, probabilmente, è molto vicina ad una ricostruzione dell'onere di contestazione in chiave probatoria piuttosto che in termini collaborazione delle parti alla definizione preventiva della *res controversa*.

Il tema porta ad analizzare il problema delle c.d. allegazioni fattuali di segno negativo. Sovente si ricorre all'esempio in cui l'attore, in citazione, oltre ad allegare i fatti costitutivi del vantato credito, per scrupolo difensivo (ma direi anche per completezza dello scritto), afferma la circostanza negativa che il debitore non lo ha pagato²⁵⁰. In altre parole, egli nega l'esistenza di un fatto estintivo (pagamento) che fuoriesce, secondo la legge sostanziale, dagli incumbenti probatori a suo carico.

Seguendo la ricostruzione che intende il principio di contestazione riferito ai soli fatti sfavorevoli che il deducente ha l'onere di provare, il silenzio del convenuto non produrrebbe in favore dell'attore l'effetto di "*relevatio*" di cui all'art. 115 c.p.c. Ciò significa che la contestazione sul pagamento può anche intervenire successivamente tramutandosi in un vera e propria eccezione di pagamento che, come noto, è intesa come eccezione rilevabile d'ufficio anche per la prima volta in appello ai sensi dell'art. 345, co, 2° c.p.c. In buona sostanza, l'irrelevanza dei comportamenti contestativi deriva dalla assenza di una relazione del potere di allegazione con la regola dell'onere della prova.

Mette conto di sottolineare che al cospetto di allegazioni a contenuto negativo, altra dottrina afferma invece l'operatività del principio di non contestazione²⁵¹. Si sostiene, infatti, che, a ben vedere, l'affermazione di segno negativo cela

²⁴⁹ SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., § 6. Per l'a. "l'onere di contestazione riguarda i fatti sfavorevoli della cui prova è onerata la controparte".

²⁵⁰ Esempio che si rinviene in vari contributi: v. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, cit., 778; SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, cit., § 5.2.

²⁵¹ V. BUFFONE, "*L'onere di contestazione*", cit., § 1; FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione*, cit., § 16.

comunque una asserzione di un fatto storico di segno positivo o comunque decifrabile in termini positivi.

Ritornando all'esempio sopramenzionato, dire che il convenuto non ha pagato equivale ad affermare che questi è inadempiente²⁵². Mi sembra, questa, una operazione lessicale molto simile a quella volta a formulare in forma positiva i capi di prova per l'interrogatorio formale e della prova testimoniale²⁵³.

La predetta prospettiva consentirebbe al giudice di astrarre dalla allegazione negativa la circostanza positiva direttamente collegata alla fattispecie negoziale in discussione. Con la conseguenza di estendere gli effetti tipici del principio di non contestazione²⁵⁴.

Prima di accordare preferenza ad una delle riferite posizioni, provo ad individuarne vantaggi e svantaggi. La prima, ha una evidente coerenza giuridica, perché si pone in stretta relazione con il regime delle allegazioni, delle eccezioni in senso proprio e di quelle rilevabili d'ufficio, nonché con l'art. 2697 c.c. Tuttavia, essa si presta a ridimensionare l'applicazione pratica dell'onere di contestazione codificato nell'art. 115 c.p.c. La seconda, invece, presenta innegabili problemi di coordinamento²⁵⁵, ma esalta l'obiettivo di responsabilizzazione e di chiarezza *in limine litis* voluto dalla l. n. 69/2009.

²⁵² Per l'estensione dell'art. 115 c.p.c. alle allegazioni negative v. Cass. (sez. lav.), n. 15326 del 30 giugno 2009. Nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto, in una controversia relativa all'erogazione dell'indennità di disoccupazione, che la mancata contestazione da parte dell'INPS del fatto storico dell'omessa corresponsione delle retribuzioni, rendesse detta circostanza incontrovertibile e non bisognevole di ulteriore prova da parte del ricorrente. Nella giurisprudenza di merito, in una causa vertente sul pagamento di canoni di locazione scaduti, v. Trib. Varese, sez. I civ., sentenza 3 gennaio 2011 (l'estensore è BUFFONE, uno dei sostenitori della predetta tesi).

²⁵³ In argomento v. le considerazioni di MORLINI, *L'ammissione delle prove*, in *Il Sole 24 ore – Il merito*, 2008, n. 1, 39 e ss. Per l'a., tuttavia, contrariamente a quanto potrebbe *prima facie* apparire, “non può dirsi di per sé inammissibile un capo di prova volto a provare un fatto negativo, atteso, che, nel nostro ordinamento, non esiste un principio generale riassumibile nel brocardo *negativa non sunt probanda*”.

²⁵⁴ FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione*, cit., § 16 sostiene che “anche l'allegazione negativa debba nondimeno essere ritenuta, a pieno titolo, un'allegazione, perfettamente idonea, come tale, a far ritenere il fatto legittimamente entrato nel processo”.

²⁵⁵ Tanto è vero che FORNACIARI, *op. cit.*, ammette per la parte che non ha contestato la allegazione negativa che era tenuta a provare la possibilità di revoca (contestazione tardiva) finalizzata (se non erro) a dare dimostrazione del fatto medesimo.

In questo caso, ritengo che lo scopo della riforma debba cedere il passo ad esigenze di coerenza del sistema processuale²⁵⁶. Risulta davvero una forzatura ritenere pacifico un fatto allegato dalla parte che non era tenuta a provarlo. L'onere di contestazione semplicemente "specificata" e "attualizzata" l'onere della prova, determinando la "superfluità della prova"²⁵⁷, ma non giunge fino al punto di alterarne il funzionamento²⁵⁸. Ed è la legge sostanziale (fattispecie astratta) a dire "chi e cosa" provare per accertare l'esistenza o l'inesistenza del diritto dedotto in giudizio (fattispecie concreta).

3.1. I fatti soggetti a prova scritta

Ci si chiede se la previsione di una forma scritta contrattuale *ad substantiam* o *ad probationem* - tale da escludere *ex lege* l'ammissione di una prova orale - possa costituire un limite oggettivo al principio di non contestazione. Altrimenti a dirsi: i fatti soggetti a prova scritta possono considerarsi pacifici per effetto del mancato assolvimento in giudizio dell'onere di contestazione?

L'orientamento in auge è quello di tenere ben distinte le due ipotesi. Così si ammette l'applicazione del principio di non contestazione ai fatti contenuti nei contratti nei quali il requisito della forma è previsto solo a fini probatori e, viceversa, la si nega per i fatti contenuti in quei contratti dove la forma scritta è elemento costitutivo della fattispecie negoziale (art. 1325 c.c.)²⁵⁹.

²⁵⁶ CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, cit., § 3, pone altro e diverso problema se l'allegazione negativa dell'attore possa essere assimilata ad "una preventiva non contestazione" tale da rendere controverso e quindi bisognoso di prova il fatto estintivo successivamente allegato dal convenuto.

²⁵⁷ PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., § 6, 314.

²⁵⁸ In questo senso si colloca Cass. 9 giugno 2008. n. 15162, secondo cui "l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 cod. civ., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto "fatti negativi", in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude nè inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo". (Fattispecie relativa a domanda proposta nei confronti dell'ente previdenziale dal datore di lavoro al fine di ottenere, previo accertamento negativo della natura subordinata dei rapporti di lavoro dei propri collaboratori, la ripetizione dei contributi previdenziali versati).

²⁵⁹ V. le osservazioni di SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., § 12, il quale, in nota 85 e 86, menziona sul punto il pensiero di ANDRIOLI, *Prova*, cit., 38 e di VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., 236. Altresì favorevole a diversificare le problematiche è SCHIRÒ, *Il principio di non contestazione dopo la riforma del processo civile*, cit., § 3.

Mi sembra interessante segnalare una pronuncia resa in una controversia assicurativa, dove si è posto il dubbio l'omessa contestazione sui fatti indicati potesse esonerare le parti dal rispetto dell'art. 1888 c.c., secondo cui, nell'ambito del rapporto tra assicuratore e assicurato, *“il contratto di assicurazione si prova per iscritto”* (comma I°).

Con soluzione affermativa, il giudice di merito motiva, dopo l'ultima riforma, le ragioni della differenziazione. Si legge infatti che: *“se il fatto non contestato è fatto che non ha bisogno di prova è evidente che diventa irrilevante la modalità con cui il fatto stesso deve essere dimostrato secondo le ordinarie regole istruttorie, prendendo queste ultime ad operare solo nel caso in cui vi sia necessità in giudizio di provare una determinata circostanza e, quindi, nel caso in cui quella circostanza sia contestata dal soggetto gravato dal relativo onere. Diverso sarebbe stato, evidentemente, il caso in cui la forma scritta fosse stata pretesa dal legislatore ad substantiam: in tal caso, infatti, la forma scritta è elemento costitutivo del contratto (art. 1325 c.c.) il cui difetto ne comporta la nullità (art. 1418 c.c.); il che legittima l'impossibilità di surroga della forma scritta con la semplice non contestazione, operante sul piano probatorio (processuale) e non della validità (sostanziale) del negozio”*²⁶⁰.

Del resto, in precedenza, la stessa Corte regolatrice aveva affermato che ai fini dell'applicabilità del principio di non contestazione non rilevano i limiti posti dalla legge per taluni fatti alla prova per testimoni o per presunzioni²⁶¹.

²⁶⁰ Tribunale di Lamezia Terme 28 maggio 2010 (est. IANNI), in www.altalex.com.

²⁶¹ V. Cass. 2 novembre 2009, n. 23142 secondo cui: *“l'esatto adempimento di una prestazione previdenziale da parte dell'INPS può essere desunto, anche in sede di gravame, dal comportamento processuale delle parti, alla stregua del principio di non contestazione che informa il sistema processuale civile ed è applicabile anche nella fase introduttiva del giudizio di appello, nella quale, ferma la non modificabilità della domanda, la leale collaborazione tra le parti, manifestata con la previa presa di posizione sui fatti dedotti, è funzionale all'operatività del principio di economia processuale e rileva anche ai fini delle valutazioni discrezionali che il giudice del lavoro è chiamato ad adottare in ordine all'ammissione, anche d'ufficio, di nuove prove. Né, ai fini dell'applicabilità del principio di non contestazione, rilevano i limiti posti dalla legge per taluni fatti alla prova per testimoni o per presunzioni, o la mancata deduzione di idonee prove per l'eventuale conferma dei fatti allegati”*. (Nella specie la S.C. ha precisato che l'allegazione di pagamenti non può ritenersi preclusa in appello, non comportando l'introduzione nel giudizio di domande o eccezioni in senso stretto nuove, né una loro modifica, riferendosi, invece, ad un fatto estintivo operante di diritto e rilevabile anche d'ufficio, e ha rigettato il ricorso proposto avverso la sentenza dei giudici di merito che avevano ritenuto avvenuto il pagamento delle somme oggetto della domanda anche in base alla non contestazione dell'allegato previo adempimento da parte dell'appellante INPS, rimasto contumace in primo grado).

V. pure Cass. 14 dicembre 2009, n. 26174, secondo cui *“per i negozi giuridici esigenti la forma scritta ad substantiam la prova della relativa esistenza e dei diritti che ne formano l'oggetto esige la produzione in giudizio della relativa scrittura, che non può essere sostituita da altri*

In sintesi, quello che ci dice il diritto vivente è che le regole che limitano l'accesso alla prova testimoniale si riferiscono ai fatti effettivamente bisognosi di prova perché resi - per mezzo della attività di contestazione - controversi dalle parti. Per essi, dunque, si applica l'art. 115 c.p.c.

Al contrario, nei contratti aventi forma scritta *ad substantiam* la non contestazione non può affatto essere un "espediente"²⁶² per rimediare all'assenza di un requisito essenziale del negozio²⁶³.

Il principio di non contestazione, dovrebbe, invece, trovare applicazione nelle ipotesi in cui la parte affermi la mera esistenza della forma scritta *ad substantiam* e l'altra parte nulla o poco dica al riguardo. Se, ad esempio, l'attore, intrapresa l'azione di rilascio, afferma di essere il nuovo proprietario dell'immobile in virtù di un contratto traslativo delle proprietà ex art. 1350 c.c. senza produrre il titolo in giudizio e il conduttore non contesta tale circostanza può verificarsi l'espunzione (*levamen*) del fatto dall'area della prova.

3.2. I fatti fondanti questioni processuali e il limite del principio iura novit curia

Un nervo scoperto del novellato art. 115 c.p.c. riguarda l'applicazione del principio di non contestazione ai c.d. fatti processuali (*recte*: i fatti fondanti le questioni meramente processuali²⁶⁴).

Quanto all'oggetto dell'onere di contestazione, ritengo che il legislatore - con l'espressione generalizzante "*fatti*" - non ha voluto operare alcun distinguo tra fatti rilevanti ai fini della decisione di merito e fatti rilevanti ai fini squisitamente processuali.

mezzi probatori e neanche dal comportamento processuale delle parti, che abbiano concordemente ammesso l'esistenza del diritto costituito con l'atto non esibito"

²⁶² Così CEA, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, cit., 805.

²⁶³ V. Cass. 14 dicembre 2009, n. 26174, secondo cui "per i negozi giuridici esigenti la forma scritta *ad substantiam* la prova della relativa esistenza e dei diritti che ne formano l'oggetto esige la produzione in giudizio della relativa scrittura, che non può essere sostituita da altri mezzi probatori e neanche dal comportamento processuale delle parti, che abbiano concordemente ammesso l'esistenza del diritto costituito con l'atto non esibito". V. sul punto, le brevi considerazioni di DEL TORTO, *Il principio di non contestazione alla luce della legge 18 giugno 2009, n. 69: un punto di svolta?* in *Giur. mer.*, 2010, 980 e ss.

²⁶⁴ Faccio mia l'espressione DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, cit., § 19, 857 perché sembra più aderente alla comprensione del fenomeno. L'argomento è dettagliatamente approfondito da DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, cit., spec. § 5, 282-283.

D'altro canto a queste conclusioni era giunta la giurisprudenza di legittimità che in tema di *legitimatio ad causam* e di legittimazione ad impugnare di un soggetto qualificatosi come erede, aveva utilizzato la tecnica della non contestazione per dare lo statuto di pacificità ai fatti vertenti su problematiche processuali²⁶⁵. Si badi bene l'estensione della regola è riferita pur sempre al fatto che fonda la questione di rito e non alla questione processuale complessivamente considerata.

Ciò significa che la valutazione di quest'ultima - a seconda del regime del meccanismo rilievo o di eccezione previsto dalla legge - è indipendente dall'esercizio dei poteri di contestazione²⁶⁶.

²⁶⁵ V. ad. es. Cass. 30 gennaio 2006, n. 1848, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Procedimento civile*, n. 163, ove, in tema di successione nel processo a titolo universale, si legge che "il soggetto che nel corso del giudizio si costituisce nella qualità di successore universale di una delle parti ha l'onere di fornire - in presenza di contestazione sul punto - la prova della asserita qualità di erede, dimostrando sia l'avvenuto decesso di detta parte sia la inesistenza di altri eredi, trattandosi di presupposti necessari per la successione nel processo". V., in fase di gravame, Cass. 17 ottobre 2006, in *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*, in cui si afferma che "il soggetto che abbia proposto impugnazione (ovvero vi abbia resistito) nell'asserita qualità di successore, a titolo universale o particolare, di colui che era stato parte nel precedente grado o fase di giudizio, deve non soltanto allegare la propria *legitimatio ad causam* per essere subentrato nella medesima posizione del proprio dante causa, ma altresì fornire la prova - la cui mancanza, attenendo alla regolare instaurazione del contraddittorio nella fase della impugnazione, è rilevabile d'ufficio - delle circostanze costituenti i presupposti di legittimazione alla sua successione nel processo ex art. 110 cod. proc. civ." (Nella specie, la S.C., provvedendo ai sensi dell'art. 375 cod. proc. civ., ha confermato la sentenza della Corte di appello che aveva dichiarato inammissibile l'impugnazione rilevando che la proponente era una società di persone con denominazione diversa ed appartenente ad altro tipo societario rispetto a quella che aveva partecipato al giudizio di primo grado e che essa non aveva prodotto alcun documento attestante la successione a quest'ultima).

²⁶⁶ Questa tesi è di derivazione giurisprudenziale, v., in particolare, Cass. 29 dicembre 2004, n. 24103 secondo cui "in tema di mancata presentazione della domanda amministrativa di prestazione previdenziale o assistenziale (con conseguente radicale improponibilità della domanda giudiziale, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, fatto salvo il giudicato interno espresso) fermo restando che il principio di non contestazione, desunto dall'art. 416 cod. proc. civ., non è applicabile ai fatti processuali, occorre, però distinguere, nettamente la questione processuale della proponibilità della domanda giudiziale (rilevabile d'ufficio) e le circostanze di fatto condizionanti la detta proponibilità. Ove, infatti, il ricorrente abbia specificato la circostanza di aver presentato domanda amministrativa, precisando l'ente destinatario, la prestazione richiesta, la data e le modalità di presentazione, l'ente convenuto è certamente onerato della relativa contestazione, mancando la quale il fatto stesso deve ritenersi definitivamente comprovato (e dunque la domanda proponibile). Nella specie la Corte ha affermato che, essendo stato, invece, specificamente contestato il fatto della presentazione della domanda e non essendo stato lo stesso provato dall'interessato, il giudice di appello avrebbe dovuto dichiarare d'ufficio che la domanda giudiziale non poteva essere proposta, indipendentemente dalla mancata riproposizione della questione medesima da parte appellata. Successivamente e in modo più favorevole all'applicazione del principio di non contestazione ai fatti processuali v. l'arresto nomofilattico di Cass. sez. un. 18 maggio 2006, n. 11650, a mente del quale: "la società che propone ricorso per cassazione avverso la sentenza di appello emessa nei confronti di un'altra società, della quale affermi di essere successore (a titolo universale o particolare), è tenuta a fornire la prova documentale della propria legittimazione, nelle forme previste dall'art. 372 cod. proc. civ., a meno che il resistente non l'abbia - nel controricorso, e non successivamente, nella memoria ex art. 378 cod. proc. civ. - esplicitamente

Ritengo, tuttavia, che la nuova formulazione dell'art. 115 c.p.c. abbia delle ricadute soprattutto in ordine alla competenza. Converrà abituarsi ad indicare espressamente (e non più solo implicitamente) negli atti introduttivi le circostanze del radicamento della competenza territoriale (luogo di residenza, natura del rapporto etc.) per avere la possibilità di avvalersi degli effetti della (eventuale) mancata contestazione della controparte.

Giova ulteriormente precisare che l'onere di contestazione incontra il limite del principio *iura novita curia*²⁶⁷. Si insegna che mentre spetta alla parti il monopolio di allegare le rispettive domande ed eccezioni, il potere di dare la corretta qualificazione al rapporto è prerogativa esclusiva del giudice²⁶⁸.

Ne deriva che la mancata contestazione di una qualificazione giuridica offerta dalla controparte in riferimento ad una disposizione di legge o rispetto a una tipologia contrattuale non impone al giudice di ritenere pacifico il punto di vista del deducente. Anche dopo la riforma, per le parti e per il giudice si può continuare ad affermare la vigenza del brocardo latino "*narra mihi factum dabo tibi ius*"²⁶⁹.

Per orientarsi meglio, appare utile servirsi degli insegnamenti sulla "funzione differenziale" svolta dalla *causa petendi* a seconda della natura autodeterminata od eterodeterminata del diritto dedotto in giudizio²⁷⁰. Qui mi sentirei di prendere le distanze dall'accoglimento della teoria della "sostanziazione" in tema di individuazione della *causa petendi*. A ben vedere, il diritto non viene mai fatto valere in astratto ad ogni sua teorica lesione o ad ogni suo possibile effetto giuridico. All'opposto, esso viene azionato con riferimento alle specifica lesione che concreta l'attualità dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c.. E tanto si riflette tanto sull'attività di allegazione quanto su quella di contestazione "al fine di imporre per qualsiasi categoria di diritti l'esigenza costante di indicare, nella domanda, una specifica ragione giuridica,

o implicitamente riconosciuta, astenendosi dal sollevare qualsiasi eccezione in proposito e difendendosi nel merito dell'impugnazione".

²⁶⁷ Per VIOLA, *Il nuovo principio di non contestazione alla luce della prima giurisprudenza*, in *www.altalex.com*, § 4, "l'art. 115 c.p.c. richiede la contestazione dei fatti e non quella della qualificazione giuridica".

²⁶⁸ V. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile, - Nozioni introduttive e disposizioni generali. Editio minor*. IX ed. a cura di CARRATTA -, Torino, 2011, spec. cap. IV.

²⁶⁹ In questa prospettiva si pone FAROLFI, *La non contestazione tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, cit., § 7.

²⁷⁰ L'argomento è diffusamente trattato nella manualistica: v. ad es. ARIETA-DE SANTIS, *Corso base di diritto processuale civile*, cit., 162 e ss.; BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, cit., I, 76 ss. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 65 ss.

cui siano geneticamente correlati i fatti costitutivi da allegare e provare in giudizio (se specificatamente contestati) a fondamento di quel diritto”²⁷¹.

4. Le modalità di esercizio dell'onere di contestazione

A questo punto, pare utile soffermarsi sulle concrete modalità di esercizio dell'onere di contestazione. Questa tematica perché intimamente collegata con quella dell'oggetto dell'onere di contestazione rappresenta uno degli aspetti più stimolanti dell'indagine. Il significato da attribuire alla attività di contestazione, direzione e grado di specificità, necessità o meno di fornire verità processuali alternative, sono profili di altissimo impatto teorico e pratico.

Il legislatore del 2009 ha preferito non dare una definizione normativa della attività di contestazione²⁷². La tradizionale e maggioritaria giurisprudenza ritiene che i fatti allegati possano essere considerati pacifici senza la necessità di darne prova in tre casi: *a*) quando la controparte li abbia esplicitamente ammessi; *b*) ovvero quando ella abbia impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento; *c*) ovvero ancora, quando l'oneratosi sia limitato a contestare esplicitamente e specificamente alcune circostanze, con ciò implicitamente riconoscendo le altre²⁷³.

L'art. 115, co. 1° c.p.c. utilizzando l'avverbio “*specificatamente*” offre un altro elemento letterale di partenza su cui iniziare a riflettere²⁷⁴.

²⁷¹ A favore della teoria della individuazione della causa *petendi*, cfr. COMOGLIO, in COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, 249. Secondo l'a. “alla luce dei principi fondamentali del giusto processo (in cui è essenziale un contraddittorio delle parti in condizioni di parità: artt. 3,24,111, commi 1-2- Cost.), sarebbe inconcepibile un'operatività differenziata delle preclusioni e dei divieti di mutamento della domanda, a seconda di come possa variare la struttura delle fattispecie sostanziali da cui traggono origine le diverse categorie di diritti tutelabili. Ed allora la funzione identificativa della *causa petendi* deve rimanere tendenzialmente la stessa”.

²⁷² In dottrina, la contestazione in senso giuridico è stata definita come “l'attività processuale mediante la quale si deducono e si offrono alla considerazione dell'avversario elementi positivi che si pongono come materia di contrasto (...). *Proprium* della contestazione è di opporre all'avversario questioni *in facto* e *in iure* sulle quali si appunta il contrasto sottoposto a giudizio: contrasto relativo all'esistenza di determinati fatti ed ai loro effetti giuridici, palesato mediante il contributo prestato tanto dal convenuto, quanto, e prima ancora, dall'attore”: CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile, Caratteri ed effetti*, II, cit., introduzione, XV-XVI.

²⁷³ V. i riferimenti giurisprudenziali indicati nella Sez. I, cap. I, § 1, nota 32.

²⁷⁴ In questo senso M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1171, afferma che “l'uso dell'avverbio specificatamente consente al principio di non contestazione di fare un salto di qualità e di far dimenticare le discussioni sulla inequivocabilità del

Con un margine di elevata di sicurezza - facendo ricorso al criterio esegetico di cui all'art. 12 disp. prel. c.c., - si può affermare che la contestazione per essere efficace deve essere fondata su elementi (dati, rilievi, accadimenti) precisi e circostanziati. Ne deriva che non solo il silenzio ma altresì la contestazione generica espunge il fatto dall'area del controverso.

Equiparazione tra mancata contestazione e contestazione generica che a più riprese la Suprema corte ha enfatizzato affermando che: *“in presenza di fatti ritualmente allegati dalla controparte in modo preciso e puntuale, occorre che siano richiamate circostanze fattuali a tal fine pertinenti e significative”*²⁷⁵.

L'avverbio *“specificatamente”* corrobora la convinzione che la mera e secca negazione del fatto²⁷⁶ - che senza dubbio è un modo estremamente frequente di prendere posizione sul fatto - potrebbe essere insufficiente, come meglio si vedrà in seguito, ad assolvere l'onere di contestazione richiesto dall'art. 115 c.p.c. Diversamente, il nuovo art. 115 c.p.c. perderebbe gran parte della sua importanza pratica perché a fronte delle allegazioni di controparte sarebbe sufficiente una mera smentita, senza alcun sforzo di dettaglio²⁷⁷.

Questa affermazione però non ha carattere assoluto.

Va certamente integrata da alcune precisazioni dalle quali si possono ricavare nuovi limiti circa il campo di applicazione del principio di non contestazione.

4.1. I “giusti” criteri di riferimento per identificare i comportamenti contestativi

Concordo pienamente con chi ritiene che la valutazione sulle modalità della contestazione è operazione che valutata dal giudice “caso per caso”²⁷⁸, secondo una serie di parametri che l'interprete è chiamato ad individuare per aiutare l'operatore ad elaborare la propria linea difensiva rispetto alle narrazioni altrui.

comportamento omissivo”. Il concetto di inequivocabilità della non contestazione è stato elaborato dalla citata Cass. sez. lav. 3 maggio 2007, n. 10182.

²⁷⁵ V. Cass. sez. lav. 15 aprile 2009, n. 8933, in *Il civilista*, 2010, II, 35.

²⁷⁶ Mi pare efficace l'espressione utilizzata da VALLEBONA, *L'onere di contestazione*, cit. § 6, il quale definisce la semplice negazione del fatto allegato “la più pura delle contestazioni”.

²⁷⁷ V. la massima contenuta nella citata Cass. 5 marzo 2009, n. 5356, secondo cui “l'assunto di avere impugnato e contestato la domanda formulata dalla controparte perché infondata in fatto e in diritto riguarda una affermazione difensiva assolutamente generica”.

²⁷⁸ FRUS, *Sul rispetto dell'onere di contestazione anche in caso di incolpevole ignoranza e sugli effetti della mancata contestazione*, cit., 1669.

E' mia convinzione che non esistono formule utili a rispettare quanto vuole l'art. 115 c.p.c. E' indubbio che lo *stylus curiae* delle forme dell'interpello²⁷⁹ (ossia della contestazione "punto per punto" su fatti specificamente articolati) potrebbe agevolare il giudice a selezionare i fatti bisognosi di prova rispetto ad elaborati difensivi dove si sovrappongano allegazioni di fatto, argomentazioni strettamente giuridiche e semplici deduzioni logiche.

Ma è un problema più di forma che di sostanza.

Quello che conta è trovare delle garanzie processuali per rendere "giusto" l'esercizio dell'onere contestazione, quale manifestazione del diritto di agire e resistere in giudizio di cui all'art. 24 cost.

Punto focale è la ricerca di equilibrio tra potere di allegazione e potere di contestazione.

4.2. Conoscibilità dei fatti da contestare. Il problema dei fatti eventi di danno.

E' principio logico che per contestare occorre prima conoscere o avere informazione dei fatti che la controparte ha allegato. Meglio sarebbe dire che il protagonista della contestazione è colui che ha avuto contezza dei fatti di causa quale fatto "proprio", "comune" ovvero "caduto sotto la propria percezione"²⁸⁰. Una diversa lettura è propensa ad allargare le maglie del principio di non contestazione, asserendo invece che l'istituto possa tranquillamente applicarsi a tutti i fatti allegati sfavorevoli, anche se non conosciuti dalla parte chiamata ad esercitare l'onere di contestazione²⁸¹.

Secondo tale opinione non bisogna caricare di eccessivo significato semantico il termine "contestazione", visto che non costa nulla contestare un fatto allegato di cui non si ha conoscenza diretta al sol fine di dargli una "dimensione istruttoria"²⁸².

²⁷⁹ A seguito della introduzione nel codice di rito del principio di non contestazione vi è chi avverte la necessità di un ammodernamento del modo di preparare gli atti processuali di parte. Su tutti v. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., §10, 95-96.

²⁸⁰ SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit. § 7, richiede una "ragionevole consapevolezza" dei fatti da contestare.

²⁸¹ In quest'ottica mi sembra indirizzata ord. Trib. di Cuneo 5 ottobre 2010, in *Giur. mer.*, 2010, 1041-1042, che (in materia di diritti reali) ha considerato generica la contestazione addotta dei convenuti di mancata conoscenza dei fatti costitutivi della pretesa azionata, in quanto residenti all'estero.

²⁸² FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione*, cit., § 12.

Il problema ha una sua rilevanza pratica, perché investe fattispecie quotidianamente trattate nei Tribunali civili. Si pensi ai fatti c.d. generatori di danni tutelabili in sede civile; quelli che determinano una estensione della responsabilità, come in tema di sinistri stradali ex art. 2054 c.c.; quelli di natura strettamente intima afferenti l'affermato danno non patrimoniale derivante da responsabilità contrattuale o extracontrattuale²⁸³; quelli, ancora, che riguardano soltanto il *quantum debeatur* della pretesa spiegata in giudizio; quelli che investono i calcoli dei conteggi²⁸⁴.

5. Il contenuto della contestazione proporzionato all'onere di sostanziazione della parte che allega il fatto sfavorevole. L'indispensabile relazione con il principio di vicinanza della prova. Esempificazioni.

Appurato il silenzio serbato dal legislatore, occorre uscire dall'*empasse* con delle soluzioni conformi ai principi regolatori della materia.

Il primo punto da chiarire riguarda la necessità di mettere in luce che il presupposto logico-giuridico della non contestazione è la specificità dell'allegazione prospettata *ex adverso*. Non si può pretendere dalla parte una contestazione specifica su fatti generici, confusi e farraginosi.

A tal proposito gli studiosi del processo civile tedesco direbbero che l'onere di contestazione della parte deve essere parametrato all'onere di sostanziazione dei fatti fondanti le domande eccezioni della controparte²⁸⁵.

La parte che allega un fatto deve farlo in modo chiaro, puntualizzare i riferimenti e gli accadimenti storici, sostanziando appunto la sua pretesa. In questo modo il coefficiente di esaustività della allegazione condiziona la soglia

²⁸³ V. Cass. sez. un. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Danno e Resp.*, 2009, 1, 19 dove si afferma che "il danno non patrimoniale, quando ricorrono le ipotesi espressamente previste dalla legge, o sia stato leso in modo grave un diritto della persona tutelato dalla Costituzione, è risarcibile sia quando derivi da fatto illecito, sia quando scaturisca da un inadempimento contrattuale".

²⁸⁴ V. Sez. I, cap. I, § 3 e il *leading case* sulla mancata contestazione dei conteggi in sede di processo del lavoro che ha determinato il noto arresto di Cass. sez. un. 23 gennaio 2002, n. 761.

²⁸⁵ CAPONI, *Il processo di cognizione secondo il modello tedesco: aspetti fondamentali*, cit., § 8, evidenzia che in Germania l'onere dell'attore di allegare fatti concreti a fondamento della domanda giudiziale, l'onere del convenuto di contestare in modo preciso e circostanziato i fatti allegati dalla controparte e di esporre i fatti che fondano eccezioni di merito è preso molto sul serio per valorizzare la conoscenza delle parti nella ricostruzione della situazione controversa".

di sufficienza della contestazione, pur distinguendo tra diritti autodeterminati e diritti eterodeterminati²⁸⁶.

In secondo luogo, penso che l'emendato art. 115, co.1° c.p.c. debba essere necessariamente coordinato anche con il principio della "vicinanza o prossimità della prova"²⁸⁷. La predetta regola di diritto probatorio postula un mutamento del livello di intensità della contestazione in ragione della prossimità del fatto da provare al contestatore. L'onere di contestazione sarà inteso in modo più severo se la parte che deve controdedurre ha la piena consapevolezza del fatto avverso. All'opposto, sarà valutato in senso meno rigoroso se esso è estraneo alla sua sfera di conoscenza²⁸⁸.

Ad esempio, si pensi al danneggiante che chieda un risarcimento per danno biologico per un certo ammontare, asserendo anche l'inidoneità al lavoro in conseguenza dell'evento lesivo. Non si può certamente pretendere dalla controparte una contestazione di elementi di natura così soggettiva²⁸⁹.

Chiarito il rapporto speculare tra manifestazione della allegazione e successiva reazione in contestazione e la necessaria modulazione del fenomeno contestativo in ragione del canone della vicinanza della prova, si può provare ad azzardare qualche soluzione.

Dopo la riforma del 2009, ritengo che il difetto di informazione sul fatto avverso è una circostanza per la controparte da esplicitare (anch'essa sotto forma di allegazione-contestazione) al giudice. Solo in questo modo le parti (o

²⁸⁶ Sottolinea infatti DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, cit., 862, che "nei giudizi aventi ad oggetto diritti autodeterminati se e fin quando l'attore si limita a dedurre il rapporto nel suo complesso, senza indicare gli specifici fatti costitutivi, sarà sufficiente la motivata contestazione del rapporto complessivo stesso. Nelle controversie relative a diritti eterodeterminati, invece, sarà necessario negare, specificamente, i singoli fatti costitutivi asseriti dall'attore e solo quelli, non occorrendo, invece, contestare possibili fatti costitutivi del medesimo *petitum* che non siano stati allegati dall'attore. In precedenza, v. già DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina, e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 138.

²⁸⁷ In questo senso già la citata pronuncia del Trib. di Catanzaro 29 settembre 2009.

²⁸⁸ Concetto enucleabile dalla citata Cass. (sez. lav.), 15 aprile 2009, n. 8933, secondo cui l'onere di contestazione va valutato tenendo conto anche della concreta possibilità della parte (nella specie era il convenuto) di avere conoscenza specifica dei fatti allegati".

²⁸⁹ PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 241, indica l'esempio del *black-out* elettrico del 2003, dove non si sarebbe potuto ovviamente pretendere che l'Enel contestasse la presenza nei frigoriferi dei consumatori promotori delle azioni seriali l'ammontare delle scorte del cibo surgelato divenuto inutilizzabile.

meglio i loro difensori) eviteranno di subire gli effetti pregiudizievoli della *relevatio ab onere probandi*”²⁹⁰.

Si pensi al frequentissimo caso di richiesta di risarcimento all’ente gestore per insidia o trabocchetto del manto stradale. L’ente convenuto dovrà dichiarare di non essere a conoscenza della dinamica del sinistro in modo tale da rendere controverso il fatto e vincere (con altre prove) la presunzione di colpa di cui all’art. 2051 c.c.

Anche in ordine ai fatti di natura intima, la non conoscenza degli stessi potrebbe legittimare una contestazione *lato sensu* generica consistente nella mera asserzione di ignoranza (senza colpa) dello *status* personale dell’allegante. Ma la contestazione va comunque svolta (e direi anche provata) in conformità anche all’onere di “prendere posizione” già espressamente richiesto dagli artt. 167, 413, 702-*bis* c.p.c.

Se così fosse molta attenzione sarebbe richiesta ai legali. Negli incontri privati con i propri clienti vanno accuratamente decifrate le descrizioni dalla vicenda litigiosa e i motivi per i quali si conoscono o non si conoscono i fatti allegati da controporte in modo specifico. Tale operazione è indispensabile per trasfondere nell’atto processuale redatto in favore del proprio assistito gli opportuni rilievi contestativi.

Devo segnalare che altra corrente pensiero, riconosce la possibilità al giudice di esonerare la parte gravata dall’onere di contestazione, anche in assenza di deduzione processuale in tal senso, qualora, d’ufficio, sia evidente una incolpevole ignoranza dell’accaduto²⁹¹.

Questa ricostruzione non mi pare tuttavia condivisibile perché mal si sposa con le esigenze di delimitazione dell’area del contestato e del non contestato voluto dalla riforma per esigenza di economia e speditezza processuale²⁹².

²⁹⁰ Ad es. DEMARCHI, *L’onere di contestazione specifica tra rigore formale, contumacia e conoscibilità dei fatti*, cit., § 4, 1046, afferma che la parte che non è a conoscenza dei fatti allegati da controparte, è onerata a specificare di quali singole circostanze è all’oscuro, sulle quali chiede comunque l’accertamento nel rispetto del principio dell’onere della prova.

²⁹¹ A detti fini FRUS, *Sul rispetto dell’onere di contestazione anche in caso di incolpevole ignoranza e sugli effetti della mancata contestazione*, cit., 1670, distingue tra casi di incolpevole ignoranza della parte sull’altrui allegazione a seguito dei quali la contestazione non va esplicitata e casi di incolpevole ignoranza sull’altrui allegazione a seguito dei quali la contestazione va esplicitamente formalizzata.

²⁹² SCOTTI, *Art. 115 c.p.c. L’onere di specifica contestazione*, cit., § 4.5, “a patto che, nel caso di specie, sia realmente evidente e incontrovertibile l’impotenza contro-deduttiva della parte che non prende posizione sul fatto non comune”.

Quanto alle contestazioni sull'*an debetatur* non seguite da quella sul *quantum*, tra le prime applicazioni dell'art. 115 c.p.c. sembra prevalere il c.d. criterio della continenza logica²⁹³. Si ritiene, infatti, che la contestazione sul "se" della pretesa azionata contenga e assorba pure quella della "quantificazione" nella considerazione che "nella critica del più sta anche il meno"²⁹⁴.

Su questa tematica mi sembra ancora attuale l'insegnamento di Cass. sez. un. n. 761/2002 secondo cui "*la mancata contestazione del quantum diventa processualmente rilevante solo se essa abbia d oggetto "fatti" (non regole tecniche come in caso di conteggi) la cui esistenza non è esclusa automaticamente dalla contestazione dell'an del diritto*".

Da un punto di vista pratico, la fattispecie inversa di contestazione solo sul *quantum* ma non sull'*an*, non sembra creare molti grattacapi alla luce della nuova formulazione dell'art. 115 c.p.c.

La specificità della contestazione fa sì che il silenzio serbato sui fatti costitutivi sostanzianti da controparte determina la pacificità degli stessi. Trattazione ed istruttoria che si svolgerà per accertare il profilo della liquidazione del credito o del danno, l'unico ad essere stato contestato.

6. Fatti complessi, fatti semplici e fatti avventizi. La relazione tra contestazione implicita e verità processuale alternativa

In precedenza ho cercato di far intendere che l'individuazione dei comportamenti non contestativi è un tema non risolvibile attraverso rigidi formalismi. Ho sostenuto, altresì, che il modo di articolazione della allegazione del fatto avverso condiziona proporzionalmente l'atteggiarsi della contestazione. Tali affermazioni meritano di essere integrata con l'analisi di un altro tipo di problema: quello della consistenza del principio di non

²⁹³ Per Tribunale Lamezia Terme, sez. civ., sentenza 18 Marzo 2010, in www.altalex/massimario.it. "è una contestazione specifica, sia in ordine all'*an* che in ordine al *quantum debeatur*, quella con cui una parte chiede l'integrale rigetto dell'avversa domanda, lamentando che i danni sofferti dalla controparte non si sarebbero verificati ove la stessa avesse tenuto un comportamento diligente, denunciando immediatamente i vizi scoperti ed in via subordinata invochi una riduzione rispetto all'ammontare richiesto in quanto non corrispondente all'entità del pregiudizio sofferto".

²⁹⁴ Per approfondimenti v. VIOLA, *Il nuovo principio di non contestazione alla luce della prima giurisprudenza*, in www.altalex.it, cit., § 4,

contestazione in presenza di allegazioni di “fatti semplici”²⁹⁵, di “fatti complessi”²⁹⁶ e di rilievo di “fatti avventizi”²⁹⁷.

La premessa che sento di condividere è quella di evitare di concludere per l’automatica “equivalenza tra contestazione specifica/contestazione esplicita”²⁹⁸. In presenza di un fatto comune delle parti (conosciuto dalle parti) il tipo allegazione si riflette sul tasso di specificità della contestazione. Questo perché “il diritto entra nel processo attraverso i fatti”²⁹⁹.

In caso di allegazione di un fatto semplice - che rileva solo per la esistenza del diritto azionato e suscettibile di essere vero o falso – il contestatore può meramente negarlo, non essendo tenuto a prospettare una verità processuale alternativa rispetto al fatto narrato.

Ad esempio, per rendere controversa la allegazione secondo la quale il contratto di vendita a distanza (disciplina di cui agli artt. 50-67 Codice del consumo) si è concluso mediante accettazione per le vie brevi dell’altra parte, basta negare l’esistenza del contatto telefonico.

Inoltre è opinione consolidata che, in caso di allegazione semplice, potrebbe bastare, anche una controdeduzione avente il contenuto della implicazione logica per incompatibilità (c.d. contestazione implicita³⁰⁰).

Si pensi al caso in cui di fronte alla allegazione di Tizio secondo cui Caio ha causato il sinistro stradale per condotta illecita alle norme del Codice della Strada che gli ha procurato danni al veicolo nonché lesioni personali, Caio convenuto potrebbe contestare di non essersi messo alla guida del veicolo in quel giorno. E’ evidente che, pur senza smentita dell’evento sinistro e senza fornire una verità alternativa (“*perché era malato, era a lavoro, o aveva smarrito la patente*”), la controdeduzione del convenuto è logicamente incompatibile con la richiesta di risarcimento danni dell’attore.

²⁹⁵ Per la definizione di fatto semplice v. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, cit., I, 72.

²⁹⁶ Per SCOTTI, *Art. 115 c.p.c. L’onere di specifica contestazione*, cit., § 4.7, il fatto complesso più che un fatto-diritto (dotato di autonomia) è “quel fatto suscettibile di essere dedotto in modo specifico e articolato la cui contro allegazione si modella sullo schema della prova contraria diretta”.

²⁹⁷ Per l’origine e la spiegazione del concetto di fatti avventizi, specie nella esperienza processuale francese, v. BUONCRISTIANI, *L’allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 212.

²⁹⁸ SASSANI, *L’onere della contestazione*, cit., § 8.

²⁹⁹ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 59.

³⁰⁰ V. ad es. Trib. di Monza sent. 29 settembre 2010, secondo cui la contestazione può essere effettuata anche implicitamente quando la difesa postuli il disconoscimento dei fatti allegati dall’altra parte.

Se invece il fatto comune alle parti è descritto da chi allega in modo complesso e articolato, il contestatore non può limitarsi a confutarlo come semplicemente non vero. In questa ipotesi per la controparte occorrerà “qualcosa di molto vicino alla definizione della contestazione come negazione esplicita della verità di un enunciato che è stato oggetto di allegazione”³⁰¹.

Ad esempio, chiesta la risoluzione del contratto per vizi della cosa venduta (art. 1490 c.c.), una volta che l’attore-compratore ha allegato che il contratto è stato validamente perfezionato, che la cosa è affetta da vizi che la rendono inidonea all’uso a cui è destinata, che il vizio è stato tempestivamente denunciato entro otto giorni dalla scoperta, che egli al momento del contratto ignorava i vizi della cosa né essi erano facilmente riconoscibili, che non esistono patti di esclusione della garanzia, di fronte a tali rilevi, toccherà al venditore offrire una ricostruzione dei fatti altrettanto precisa e dettagliata affermando che la *res* sia perita per caso fortuito o per colpa dell’acquirente, che è trascorso un anno della consegna, che l’uso fattone esclude la risoluzione, etc...³⁰².

A conclusione del paragrafo, preme analizzare il rapporto tra principio di non contestazione e fatti avventizi, ossia quei fatti frutto: *a)* di una introduzione inconsapevole che risulti da un documento prodotto in giudizio” (es. quietanza di pagamento); *b)* di una introduzione consapevole, ma senza attribuzione di alcun significato giuridico; *c)* di acquisizione processuale non direttamente per

³⁰¹ Così M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1172, il quale riporta la nozione di non contestazione di TARUFFO, *Verità negoziata?*, cit., 88.

³⁰² In senso conforme v. Cass. 21 maggio 2008, n. 13079 che ha affermato che “nel caso in cui il fatto costitutivo del diritto si connota per la concomitante ricorrenza di più circostanze, occorre che la contestazione del convenuto esplicitamente si appunti su una o più caratteristiche del fatto costitutivo complesso, essendo altrimenti priva della specificità necessaria a radicare, per un verso, l'onere dell'altra parte di offrire la prova, e, per altro verso, il dovere del giudice di procedere ad uno specifico esame”. (Nella specie, rilevato che la qualità di affittuario coltivatore diretto di cui all'art. 6 della legge n. 203 del 1982 richiede sia la coltivazione del fondo col lavoro proprio e della propria famiglia sia che la forza lavorativa costituisca almeno un terzo di quella occorrente per le normali necessità di coltivazione del fondo, la S.C. ha ritenuto che, a fronte dell'affermazione di chi si dichiara coltivatore diretto, rappresentando anche di essere iscritto alla relativa confederazione e di aver sempre coltivato la terra, l'affermazione del convenuto che l'attore ha l'onere di provare la sua qualità di coltivatore diretto non equivale a contestazione del fatto, risolvendosi nel generico richiamo della regola di cui all'art. 2697 cod. civ., inidoneo ad integrare la contestazione imposta dall'art. 167 cod. proc. civ., nella lettura ermeneutica datane dalle sezioni unite della Cassazione con la sentenza n. 761 del 2002).

iniziativa delle parti (ad es. risultanze istruttorie) e dalle stesse non valorizzati giuridicamente nei propri scritti³⁰³.

In passato coloro che fondavano il fenomeno non contestativo su fattori diversi dal principio dispositivo in senso sostanziale ritenevano possibile che il giudice potesse rilevare *ex actis* i fatti avventizi³⁰⁴.

Oggi questa soluzione non sembra reggere il tenore letterale dell'art. 115 c.p.c. Posto che l'onere di contestazione specifica scatta (e si modella) soltanto se l'avversario abbia *esplicitamente* valorizzato giuridicamente il fatto, ritengo che di fronte ad un fatto avventizio la parte non sia tenuta alla contestazione³⁰⁵.

Bene, in questo caso, soccorrono l'attuale art. 183, co. 4° c.p.c. (indicazione del giudice delle questioni rilevabili d'ufficio delle quali si ritiene opportuna la trattazione) e soprattutto il nuovissimo art. 101, co. 2° c.p.c. (recupero tardivo del contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio prima della decisione). Un giudice attento - che abbia accuratamente studiato il fascicolo d'ufficio - dovrà sottoporre i fatti avventizi all'attenzione delle parti, al fine di provocarne il contraddittorio scritto. E dopo segnalazione officiosa, le parti hanno la possibilità di effettuare nuove e diverse contestazioni³⁰⁶.

È una opzione ragionevole che, in chiave dinamica, contempera l'esercizio dei poteri difensivi delle parti con i poteri di rilievo officiosi del giudice.

7. L'attività di contestazione come atto di autoresponsabilità processuale

L'identificazione dei soggetti, dell'oggetto e delle modalità contestative consente di chiudere questo capitolo con alcune brevi considerazioni sulla essenza dell'attività di contestazione.

³⁰³ L'argomento, per i risvolti collegati al profilo temporale della attività di contestazione, verrà approfondito successivamente, allorché verrà affrontata la problematica della proposizione e rilievo in appello di nuove eccezioni in senso lato. V. Sez III, cap.I, §§ 8 e 8.1.

³⁰⁴ Tra questi, DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina, e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 140.

³⁰⁵ Se non mi sbaglio, sulla stessa linea di pensiero v. VALLEBONA, *L'onere di contestazione*, cit., § 4, per l'a. "se la allegazione non è espressamente contenuta...o non le è stata data alcun significato giuridico (corsivo mio) è inammissibile la pretesa di costringere la parte a ricavarla aliunde".

³⁰⁶ Favorevolmente anche BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio nei rapporti tra parti e giudice*, cit., § 3., afferma che "la valorizzazione giuridica di un fatto storico rimasto inerte nel processo è un'attività innovativa e per essere ammissibile non deve pregiudicare il diritto di difesa di controparte".

La l. n. 69/2009, richiedendo il requisito della specificità nell'art. 115 c.p.c. , ha fatto propria una “nozione estensiva” della non contestazione tale da ricomprendere le fattispecie del silenzio e della contestazione generica.

Ciò non toglie che, sul piano sistematico, rimane ben salda la distinzione tra allegazione, eccezione, mera difesa³⁰⁷. In particolare, quando l'allegazione riguarda la introduzione di un fatto principale, la contestazione della controparte può manifestarsi in una vera e propria eccezione in senso proprio o in senso lato, ovvero può tradursi in controdeduzioni di fatti narrati in modo puntuale e circostanziato a seconda del tipo e della natura della avversa deduzione. Quando, invece, l'allegazione riguarda la introduzione di un fatto secondario, la contestazione “continua a differenziarsi dall'eccezione restando sul piano della mera difesa”³⁰⁸.

In un'ottica di responsabilizzazione e collaborazione delle parti e del giudice alla definizione della *res controversa*, l'onere di contestazione gioca il ruolo fondamentale di eliminare dall'istruttoria quello che secondo la strategia (consapevole o inconsapevole) della parte è irrilevante, superfluo, se non addirittura inutile.

Si potrebbe sostenere che la non contestazione è “un atto di non allegazione di fatti contrari a quelli dell'avversario”³⁰⁹, il cui fondamento risiede nel principio di autoresponsabilità³¹⁰ che governa l'attività e la non attività delle parti. Posto che il processo civile è dominato dall'impulso di parte, quest'ultima gode di libertà di iniziativa correlata ad una serie di oneri, “l'inosservanza dei quali si risolve in danno del soggetto (sul quale incombe il loro adempimento) ed a vantaggio della controparte”³¹¹.

³⁰⁷ Ne è fermamente convinto anche DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, cit., spec. § 8, 285 e ss. Per lo studioso, pur essendo fenomeni processuali diversi tra loro, sia la mera difesa (la più pura delle contestazioni) che l'eccezione sono “tutti concetti” che partecipano al fenomeno contestativo”.

³⁰⁸ A queste conclusioni perviene PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 241.

³⁰⁹ BEATRICE, *Sub art. 115 c.p.c. La riforma del processo civile*, Milano, 2010, spec. § 8.1, 94.

³¹⁰ In questa prospettiva si pone anche TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., § 4, 83.

³¹¹ PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, cit., 463, secondo l'a, “sul principio di autoresponsabilità si può dire basata la legge processuale civile. Tale principio, nella particolare materia, si può formulare come segue: chi nel processo non agisce come deve, ha da sopportarne le conseguenze. Si spiegano così le preclusioni processuali dipendenti dalla inattività della parte alla quale spettava l'onere di agire; la cosiddetta *ficta confessio* dell'interrogando; l'efficacia vincolante della confessione e di altra valutazioni di verità”. Concetti ripresi da F. DE SANTIS, *Poteri istruttori d'ufficio, effetti della non contestazione e verità nel processo*, cit., spec. 167.

A seguito della novella del 2009, la non contestazione è un evento rilevante per l'accertamento del fatto. Nel tempo, il diritto positivo è mutato: gli artt. 416, 167, 115 sono rappresentativi dell'intento di porre a carico delle parti costituite un onere di manifestare la propria posizione sulla *res controversa*.

Contestare non significa provare. Ma è solo con la contestazione specifica (*alias*: allegazione difforme) che il fatto oggetto di contestazione assurge a fatto oggetto di prova

Ma l'analisi del principio di non contestazione deve fare i conti con il caso concreto all'attenzione del giudice e della peculiarità del rito prescelto dalle parti³¹². Queste considerazioni aprono altri problemi come il momento temporale, gli effetti, la censurabilità in sede di impugnazione del principio di non contestazione di cui si parlerà nella terza e successiva sezione.

³¹² Metodo già seguito da CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 316

SEZIONE TERZA

Le lacune dell'art. 115 c.p.c.

CAPITOLO PRIMO

Il tempo di contestazione

Sommario: 1.- Premessa: l'analisi dei tempi di contestazione, dopo il riordino dei riti processuali civili. 2.-Il tempo di (non) contestazione: le tesi a confronto. 3.- La costruzione delle preclusioni contestative in ragione della efficienza dell'istruttoria e secondo il rito trattato. Preferenze.4.-I tempi di contestazione nel processo ordinario di cognizione. Il limite preclusivo della appendice scritta. Opinioni. 4.1- Il problema della allegazione dei fatti secondari. Strategia processuale e affidamento della parte sugli effetti del principio di non contestazione. 5.- I tempi di contestazione nel processo del lavoro.6.-I tempi di contestazione nel processo sommario di cognizione. Adesione alla tesi della natura di rito semplificato di cognizione piena. Conseguenze. 7.- Le dinamiche di contestazione nel processo tributario: i possibili riflessi pregiudizievoli per l'Ente impositore. 8.-Il rapporto temporale dell'onere di contestazione con i fatti conoscibili e rilevabili d'ufficio. La disputa sulle contestazioni tardive in appello. 8.1. Alcuni correttivi per coordinare il principio di non contestazione con la libera deducibilità in appello di eccezioni nuove rilevabili d'ufficio.

1. Premessa: l'analisi dei tempi di contestazione dopo il riordino dei riti processuali civili.

Le ombre³¹³, i punti dolenti³¹⁴, i problemi aperti³¹⁵ e irrisolti³¹⁶, sono queste più o meno le locuzioni utilizzate dagli studiosi per indicare tutte quelle questioni processuali afferenti il principio di non contestazione non espressamente affrontate dal dato letterale dell'art. 115 c.p.c.

La legge n. 69/2009 ha completamente taciuto su alcuni snodi fortemente condizionanti l'operatività dell'istituto. Cosicché, allo stato, parlerei di vere e proprie lacune di disciplina.

In particolare, manca una regolamentazione del momento ultimo per assolvere l'onere di contestazione, degli effetti della mancata contestazione a seconda della natura disponibile o indisponibile del diritto fatto valere in giudizio, della censurabilità in sede di impugnazione circa la violazione del principio di non contestazione.

Tocca all'interprete e ai giudici fare chiarezza su queste problematiche, peraltro già ampiamente analizzate dagli studi pregressi sull'argomento.

³¹³ BALENA, *Onere di contestazione delle avverse allegazioni*, cit., 110.

³¹⁴ ZUFFI, *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009, (sub art. 115)*, cit., 87.

³¹⁵ PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 237.

³¹⁶ CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, cit., 268.

Il metodo che intendo utilizzare ha come punto di riferimento un tentativo di avvicinamento alla prassi. Quello che (più) frequentemente potrebbe accadere nei Tribunali, sarà oggetto di approfondimento.

Il tutto, con un occhio di riguardo alla proclamata intenzione di riduzione e semplificazione dei riti di cui ho dato cenno nel corso della indagine. *Iter* completato con l'approvazione definitiva da parte del Consiglio dei Ministri il primo settembre 2011 del c.d. decreto legislativo "taglia riti"³¹⁷ o, più precisamente, del decreto legislativo n. 150/2011 recante: "*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e la semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n.69*".

Dopo la firma del Presidente della Repubblica, la pubblicazione è avvenuta nella Gazzetta Ufficiale n. 220 del 21 settembre 2011, con entrata in vigore fissata a partire dal 6 ottobre 2011.

2. Il tempo di (non) contestazione: le tesi a confronto

Il *conditor* del 2009 si è disinteressato di stabilire dei limiti temporali: non è dato sapere quale è il momento finale per assolvere validamente ed efficacemente l'onere di contestazione.

Dalla prospettiva delle parti, è un problema pratico molto serio dal quale dipende l'attributo di stabilità o provvisorietà (reversibilità/irreversibilità) della attività di contestazione³¹⁸.

Lo stato dell'arte indica che, dopo la riforma, le tesi a confronto sono essenzialmente tre. Questi indirizzi sono in gran parte condizionati dal tormentato quanto discusso inquadramento teorico del principio di non contestazione³¹⁹.

³¹⁷ Il decreto e la relazione illustrativa con il parere delle Commissioni parlamentari, sono anche consultabili *on line* in www.senato.it.

³¹⁸ Giustamente, FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione*, cit., § 19, afferma che solo ammettendo l'esistenza di un limite temporale alla attività di non contestazione, occorre poi chiedersi se è possibile che essa sia revocabile con una attività di contestazione successiva e tardiva.

³¹⁹ V. Sez. I, cap. II, § 3.

La prima (che chiamerei “liberale”) tende a disancorare l’onere di contestazione da specifiche preclusioni processuali³²⁰. E’ una ricostruzione che fa propri autorevoli insegnamenti in virtù dei quali “la non contestazione ha carattere di provvisorietà”³²¹.

Tale libertà di svolgere liberamente l’attività di contestazione è motivata da diversi fattori. Alcuni di diritto positivo: tra questi, i più rilevanti sono senza dubbio il divieto di cui all’art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile che impedisce di creare decadenze o preclusioni mediante ricorso ad analogia e l’art. 152 c.p.c. secondo cui i termini (anche a pena di decadenza) per il compimento degli atti del processo sono stabiliti dalla legge o dal giudice se è sempre la legge espressamente a consentirlo.

Questa corrente di pensiero indica, poi, come ulteriore argomento *pro se* “l’ingiustificato favore del contumace costituitosi tardivamente”³²². Quest’ultimo - nonostante l’intempestiva costituzione - beneficerebbe della possibilità di contestare in ogni momento (art. 293 c.p.c.) le allegazioni avverse; attività, invece, non consentita alla parte che si è costituita tempestivamente, qualora si sostenesse l’esistenza di un termine preclusivo.

In definitiva, il risultato esegetico è quello di mettere sullo stesso piano contestazione e mera difesa, nonché quello di considerare la contestazione intervenuta dopo la chiusura del *thema probandum* al pari delle eccezioni in senso lato e delle deduzioni in ordine ai fatti decisivi sopravvenuti³²³.

Tale orientamento è tuttavia disatteso dalla giurisprudenza che – sul solco delle ricordata sent. Cass. sez. un. n. 761/2002³²⁴ – ha praticamente creato uno statuto cronologico (che definirei “rigoroso”) del principio di non contestazione improntato a stabilità e soggezione a preclusioni.

³²⁰ Tra questi, v. SASSANI, *L’onere della contestazione*, cit., § 11. BALENA, *La riforma della giustizia civile. Sub. art. 115*, cit., 37. BATTAGLIA, *Sull’onere del convenuto di << prendere posizione>> in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull’onere della prova)*, cit., 1535.

³²¹ ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973, 513 e VERDE, *Prova*, cit., 617. V. esplicitamente anche TARZIA, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2007, 190, per l’a. le contestazioni possono essere proposte liberamente in ogni momento del processo”.

³²² BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., 777.

³²³ Ancora SASSANI, *L’onere della contestazione*, op. cit.

³²⁴ Pronuncia che ha individuato, in riferimento ai soli fatti principali allegati nel processo nel lavoro, il limite della contestabilità nel termine previsto dall’art. 420, comma 1°, c.p.c. per la modificazione di domande e conclusioni già formulate”.

Grazie al grimaldello dell'art. 111 cost. (in particolare, sul fondamento del principio della ragionevole durata) la tesi è stata estremizzata fino al punto di individuare *il dies ad quem* della contestazione nella “prima difesa utile”³²⁵ successiva alla allegazione di controparte. Con la convinzione, anche dopo la riforma, di non operare alcun distinguo in base alla tipologia del rito processuale in trattazione³²⁶.

Una terza ricostruzione (che definirei “mediana”³²⁷) deduce che dalla qualificazione del fatto non contestato come pacifico, deriva senz'altro la irreversibilità della originaria contestazione. E tanto in forza di una decadenza “non scritta nella legge processuale”, ma comunque desumibile “da una interpretazione di sistema”³²⁸.

Si tratta di una esegesi integrativa dell'arresto delle Sezioni unite del 2002 che già superava il divieto di creazione di “preclusioni processuali implicite” con una interpretazione fondata sugli artt. 167 e 416 c.p.c.

Secondo questa ultima lettura – prevalente in giurisprudenza³²⁹ e in dottrina³³⁰ – l'onere di contestazione sancito nell'art. 115, co. 1° c.p.c. è sicuramente ancorato a preclusioni, ma con la possibilità di accordare la rimessione in termini³³¹.

L'adesione ad una tesi piuttosto che ad un'altra comporta delle ricadute pratiche di non poco conto. Giusto per fare un esempio, dire che la non contestazione è fenomeno provvisorio significa che la eventuale omessa o

³²⁵ Una delle più significative affermazioni si rinviene in Cass. 27 febbraio 2008, n. 5191, dove si legge che “ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio, senza che rilevi la natura di tale fatto”. V. pure le richiamate - nota 84 - Cass. 5 marzo 2003, n. 3245 e Cass. 13 giugno 2005, n. 12636.

³²⁶ Mi pare questa l'opinione di BUFFONE, *Il fatto non specificamente contestato è provato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 12, 2949 e di VIOLA, *Il principio di non contestazione alla luce della prima giurisprudenza*, cit., § 6.

³²⁷ Prendo in prestito l'espressione di RASCIO, *La non contestazione come principio*, cit., 1246.

³²⁸ Così VALLEBONA, *L'onere di contestazione*, cit. § 2.

³²⁹ Tra i magistrati che hanno commentato la modifica dell'art. 115 c.p.c. v. CAMPESE, *La non contestazione*, cit., § 7. MOCCI, *La non contestazione tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, cit., 8; GIANI, *La non contestazione nel processo civile*, cit., § 7.

³³⁰ TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 92. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit. § 4.

³³¹ In questa prospettiva, sembra porsi anche F. DE SANTIS, *La rimessione in termini del processo civile*, Torino 1997, spec. 210 e ss. Secondo, l'a., la contestazione intervenuta dopo la scadenza del termine per le richieste istruttorie costituisce motivo di rimessione in termini per la controparte che intende esercitare i suoi poteri di deduzione istruttoria in relazione al fatto originariamente non contestato.

generica contestazione è valutabile solo in fase di decisione (potendosi effettuare contestazioni tardive almeno fino alla udienza di precisazioni conclusioni). Dire invece che la contestazione è preclusa alla prima difesa utile significa valutare il fenomeno in *limine litis*, in funzione della esclusiva esigenza di fissazione formale dei fatti di causa³³². Dire, invece, che la contestazione è parzialmente provvisoria o tendenzialmente stabile significa (per l'interprete) affrontare innegabili problemi di coordinamento dell'art. 115 c.p.c. con il nuovo art. 153, co. 2°, c.p.c.³³³.

3. La costruzione delle preclusioni contestative in ragione della efficienza dell'istruttoria e secondo il rito trattato. Preferenze.

Posto che pacificamente si ritiene che il principio di non contestazione serve ad alleggerire “il carico dell'istruttoria”³³⁴, mi sembrano razionali le seguenti considerazioni: *a)* è opportuno individuare un termine ultimo di contestazione per evitare che il processo sia una sorta di “gioco dell'oca”³³⁵; *b)* l'individuazione di tale momento va fatta (per utilità) in relazione alla efficienza del compimento delle attività istruttorie; *c)* tale ricerca va modulata secondo le singole caratteristiche del procedimento.

Dalle predette affermazioni si può dedurre la mia preferenza per una soluzione di equilibrio tra dato normativo, l'esercizio di uno *ius poenitendi* sull'area del non contestato, principio di preclusione, ed esigenze di semplificazione dei procedimenti civili.

³³² Con il rischio - secondo CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, cit., 59 – di moltiplicare le richieste di rimessione in termini “per poter contestare un fatto resosi rilevante ai fini del giudizio solo in un momento successivo alla prima difesa utile alla contestazione”.

³³³ Per la vastità e la complessità dei problemi che in questa sede non è possibile affrontare esaustivamente si rinvia, dopo la riforma del 2009, a BOCCAGNA, *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009, (sub art. 153)*, Milano, 2009, spec. § 14, 119-120. In merito al campo di applicazione dell'art. 153 c.p.c., per l'a. “i dubbi riguardano in primo luogo, e nonostante la introduzione del c.d. principio di non contestazione ad opera del novellato art. 115 c.p.c., l'attività di contestazione dei fatti allegati dalla controparte”.

³³⁴ SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, cit., § 3.

³³⁵ PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 239. Mi sembra pertinente anche l'osservazione di FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione*, cit., § 19, secondo cui l'idea che la contestazione debba incontrare un limite temporale è difficile da smentire “perché, in generale, apparirebbe squilibrato un processo nel quale una parte deve dire tutto e subito i fatti sui quali intende basare la propria linea di attacco o di difesa, mentre l'altra può dilazionare a piacimento la propria presa di posizione”.

D'altro canto, i precedenti arresti dell'organo nomofilattico vanno nella direzione della indispensabilità di un termine preclusivo per svolgere utilmente le attività di contestazione. Una diversa lettura non mi sembra preconizzabile: la scelta della riforma di non disciplinare l'aspetto temporale, lascia, di fatto, l'istituto all'interpretazione della Corte regolatrice.

Con la consapevolezza (tra l'altro) che l'art. 111 cost. (ragionevole durata) darà nuovamente copertura costituzionale a siffatte interpretazioni³³⁶.

Ed allora, in questa ottica, seguendo le indicazioni impartite dalla legge delega (art. 54, commi 1-4 legge n. 69/2009) e dal recentissimo decreto legislativo per la riduzione dei riti processuali, affronterò il tema dei tempi di contestazione nel processo ordinario di cognizione, nel processo del lavoro e nel procedimento sommario di cognizione³³⁷.

La tematica verrà affrontata anche nell'ambito del processo tributario dove il principio di non contestazione trova sovente applicazione.

4. I tempi di contestazione nel processo ordinario di cognizione. Il limite preclusivo della appendice scritta. Opinioni.

Una volta negata la possibilità di contestazioni ad *libitum*, quale potrebbe essere il termine ultimo per effettuare le contestazioni specifiche dei fatti allegati *ex adverso* nel processo ordinario di cognizione?

I sostenitori che agganciano il principio di non contestazione al principio di preclusione (rifiutando la tesi liberale e quella della prima difesa utile) sono concordi nel ritenere che la sede naturale per far scattare le scadenze contestative è la "*prima udienza di comparizione delle parti e trattazione della causa*": in particolare, se richiesta, - come sovente capita nella prassi - la sua appendice scritta (art. 183, co. 6° c.p.c.).

Tra questi, tuttavia, vi sono notevoli divergenze in merito al problema di scegliere quale dei tre scritti difensivi previsti dal co. 6° dell'art. 183 c.p.c. meglio si presta a circoscrivere temporalmente l'onere di contestazione.

³³⁶ V. in particolare quanto già riferito nella Sez. I, cap. I, § 4 sulle giustificazioni costituzionali accordate al principio di non contestazione.

³³⁷ Questa tripartizione era già seguita da DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, cit., §§ 10-11 e 12.

Alcuni pensano che la prima memoria sia la sede più adatta per ospitare (per l'ultima volta) le specifiche contestazioni rispetto ai fatti allegati da controparte e non confutati nei precedenti atti e/o occasioni difensive³³⁸.

Questo perché in tale momento si cristallizza il *thema decidendum* (sia pure con la possibilità di replica prevista nella seconda memoria). In senso circolare³³⁹, si afferma che nella prima memoria è richiesto alle parti di fare il quadro della situazione e considerare quali fatti necessitano di prova, per poi dedurre i mezzi di prova entro il secondo termine del citato art. 183, 6° comma c.p.c., residuando infine il terzo termine ivi previsto per la prova contraria.

Altri, invece, ritengono che la contestazione debba intervenire al più tardi alla scadenza del termine per il deposito della seconda memoria a contenuto "misto". In senso pragmatico, si sostiene che sarebbe più utile far coincidere le nuove contestazioni o le revoche delle precedenti non contestazioni al maturare delle preclusioni assertive e di quelle di richiesta dei mezzi di prova diretta³⁴⁰.

Altri, invece, individuano nella terza memoria ("esclusivamente istruttoria") il luogo processuale preferito per effettuare "senza costi"³⁴¹ le contestazioni specifiche³⁴². In senso teorico, essi affermano che la non contestazione riguardi principalmente la definizione del *thema probandum* e che, dunque, il potere di contestare si consuma irreversibilmente (salvo rimessione in termini) quando si "esauriscono le limitate *chances* di nuove allegazioni e di nuove prove"³⁴³.

Ricostruzione, questa, che evidentemente poggia sul rilievo che il potere di contestazione di un fatto può tranquillamente manifestarsi anche con la formulazione di istanze istruttorie.

³³⁸ BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit. § 4. DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, cit., 850. Campese, *La non contestazione*, cit., § 7. RASCIO, *La non contestazione come principio*, cit., 1246.

³³⁹ FAROLFI, *La non contestazione tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, cit., § 5.

³⁴⁰ M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1172; CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, In questo senso, se non erro, si pone anche CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile - Il processo di primo grado e le impugnazioni*- Padova, 2009, III, 190, il quale ritiene che la non contestazione possa essere revocata sino alla seconda memoria ex art. 183, co. 6° c.p.c.

³⁴¹ L'espressione è di PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 237.

³⁴² TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 90. GIANI, *La non contestazione nel processo civile*, cit. § 7.

³⁴³ CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, cit., 271-272.

Tutte le prospettive sopra segnalate mostrano validissime ragioni: la prima, accoglie pienamente il principio di derivazione tedesca secondo cui il consolidamento delle attività assertive “precede cronologicamente” ed altresì “prepara il terreno” alla definizione del tema di prova. La seconda, sul piano pratico, è di immediata percezione per le parti, visto che parifica il regime temporale dell’onere di contestazione con il regime delle preclusioni processuali. La terza, se non sbaglio, agevola di molto il lavoro del giudice perché gli consente dai “nudi fatti in funzione confutatoria”³⁴⁴ di selezionare – una volta chiusa definitivamente anche la barriera della prova contraria - quelli veramente bisognosi di prova.

4.1. Il problema della allegazione dei fatti secondari. Strategia processuale e affidamento della parte sugli effetti del principio di non contestazione

Personalmente, cercherò di essere coerente con gli approdi della indagine fin qui compiuta. Ho già detto in precedenza che, dopo la riforma, è presumibile che l’oggetto del principio di contestazione sia stato generalizzato a tutti i fatti rilevanti in sede processuale, soprattutto a quelli secondari.

La fondatezza di questa premessa mi pare davvero risolutiva per dare una risposta in un senso piuttosto che in un altro³⁴⁵. Visto che nel processo di ordinaria cognizione il fatto secondario (allegato in esclusiva funzione probatoria) può essere validamente e tempestivamente allegato almeno fino alla memoria mista di cui all’art.183, comma 6, n.2³⁴⁶ (in fase di replica), è giocoforza individuare un supposto termine preclusivo per contestare sicuramente oltre la prima memoria ex art. 183, co. 6° c.p.c.

Rimane allora da scegliere tra la seconda e terza memoria ex art. 183, co. 6° c.p.c.

³⁴⁴ Così TEDOLDI, *op cit.*, 90. V. pure GIANI, *op.cit.*, § 7. Quest’ultima autrice, dal lato del giudice, pone in risalto l’esigenza di chiarezza dei fatti da provare che certamente non si raggiunge in atti “frammisti di risposte e valutazioni”.

³⁴⁵ Tanto vero che l’insegnamento nomofilattico della sez. un con la sent. n. 761/2002 semplificava le cose applicando gli effetti primari del principio di non contestazione ai soli fatti costitutivi.

³⁴⁶ V. SCOTTI, *L’onere di specifica contestazione*, cit., 4.9. Invece, per BALENA, *Preclusioni di merito e preclusioni istruttorie nel processo civile riformato*, in www.appintercsm.it, § 6, almeno per ciò che concerne il giudizio di primo grado, che qui interessa, l’allegazione dei fatti secondari deve ritenersi consentita fino al momento della precisazione delle conclusioni.

Seguendo la direttiva che accoglie una interpretazione di sistema - inaugurata in tema di principio di non contestazione *illo tempore* da Cass. n. 761/2002 - occorre verificare se ci sono altre disposizioni introdotte o modificate dalla riforma del 2009 che mi possono aiutare in questa operazione.

Sebbene confinato nelle disposizioni di attuazione del codice civile, merita attenzione l'art. 81-*bis* sul c.d. calendario del processo³⁴⁷. Questa norma ha destato scetticismo³⁴⁸, ma è nata per esaltare il potere direzione e gestione del giudice attraverso una programmazione "prevedibile"³⁴⁹ degli incombenti processuali, almeno fino alla udienza di precisazioni conclusioni³⁵⁰.

Il calendario del processo va realizzato dal giudice (sentite le parti³⁵¹) "*quando provvede sulle richieste istruttorie*"³⁵². Ciò avvalorava l'idea che il legislatore della competitività abbia voluto che il giudice, in sede di ammissione delle prove e di pianificazione delle successive "tappe" di assunzione delle stesse, dovesse avere piena consapevolezza dell'area del contestato.

La funzione del principio di contestazione di snellire l'istruttoria, l'effettiva direzione delle attività processuali, la sostanziale parità d'armi tra le parti, mi convincono che lo spirare del secondo termine di cui alla seconda memoria 183, co. 6°, c.p.c. è il momento rilevante per poter contestare, senza incorrere in preclusioni di sistema.

Chiuse le repliche sull'oggetto del processo, esaurite le possibilità di istanze istruttorie dirette e di deposito di prove documentali, dovrebbe maturare di conseguenza anche la preclusione a contestare.

D'altro canto, sotto l'aspetto dinamico, la contestazione specifica è una forma di reazione "in replica" alla allegazione di controparte.

Stando al tenore letterale, la terza memoria di cui all'art. 183, co. 6° c.p.c. ha, invece, ad oggetto la sola "*prova contraria*": non contempla, cioè, attività di

³⁴⁷ Per una disamina approfondita sulle origini d'oltralpe dell'istituto v. ZUFFI, *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009, (sub art. 81-bis disp. att. c.p.c.)*, Milano, 2009, spec. § 14, 119-120.

³⁴⁸ DELLA PIETRA, in AA. VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, 45.

³⁴⁹ Sul tema v. il contributo di DE CRISTOFARO, *Case Management tra efficienza ed effettività*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, fasc. n. 2., 271 e ss.

³⁵⁰ M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1164.

³⁵¹ Per CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009 n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, cit., 880, l'inciso non può certo legittimare la fissazione di una udienza ad *hoc*.....sarà dunque opportuno che le parti vengano sentite sul punto già alla udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c.

³⁵² Invece, opportunamente, il progetto MASTELLA prevedeva che il calendario del processo dovesse essere formato in pieno svolgimento della fase di trattazione.

tipo assertive. Non mi persuade, poi, l'idea di una contestazione "mascherata" sotto forma di formulazione di una richiesta di prova volta "a dimostrare un fatto che smentisca l'esistenza di un altro fatto allegato da controparte"³⁵³.

Se così fosse ritengo che il giudice avrebbe serie difficoltà a considerare "specificatamente" assolto l'onere di contestazione, così come richiesto dal novellato art. 115 c.p.c. In altri termini, non credo che si possa considerare specifica una contestazione che già in partenza nasce in un contesto che, secondo la scansione delle attività di trattazione voluta dalla l. n. 80/2005 - non gli è (per contenuto) consono.

L'intento riformatore di dare chiarezza alla *res* controversa, induce, inoltre, a ritenere plausibile il limite temporale delle contestazioni nella seconda memoria ex art. 183, co. 6° c.p.c.³⁵⁴. Per le parti, è questo il momento processuale di più stretta correlazione tra potere di allegazione (in senso commissivo e in senso omissivo) e potere di offerta dei mezzi di prova. Non è poi indifferente che la legge n. 80/2005 ha eliminato nel rito ordinario l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero delle parti, funzionale (oltre che alla conciliazione in sede giudiziale) proprio alla collaborazione tra parti e giudice circa l'individuazione dei fatti rilevanti del processo³⁵⁵.

Tuttavia il maturare delle preclusioni contestative non blocca il rapporto dialettico tra le parti e il giudice, secondo la progressione delle attività di parte previste nella appendice scritta.

Rimane, infatti, salvo il diritto della parte che non ha contestato di richiedere nella terza memoria la prova contraria. Ma tale comportamento - oltre a non mutare il carattere non controverso del fatto - è "incoerente"³⁵⁶, potendo certamente essere valutato dal giudice alla stregua dell'art. 116 c.p.c.

Ne deriva l'importanza delle decisioni in ordine al giudizio di ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova. Ancora di più rispetto al passato, tale provvedimento (che il più delle volte esce da una riservata) rappresenta lo

³⁵³CEA, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, cit., § 6.4, 803.

³⁵⁴ Anche PAGNI, *La "riforma" del processo civile, la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, cit., 1314, ritiene che la memoria n. 2 ex art. 183, co. 6, rappresenti l'ultimo momento utile per ottemperare all'onere di contestazione specifica richiesto dall'art. 115, co. 1°, c.p.c.

³⁵⁵ Per ROTA, *I fatti non contestati e il nuovo art. 115 c.p.c.*, 219-220, il buon funzionamento del principio di non contestazione nel processo ordinario di cognizione passa attraverso "un auspicabile esercizio dei poteri del giudice di cui all'art. 117 c.p.c. e naturalmente prima della ammissione delle prove".

³⁵⁶ SANTANGELI, *op. ult. cit.*

snodo processuale essenziale per dare effettività al principio di non contestazione, al fine di svolgere una istruttoria localizzata su fatti realmente controversi tra le parti.

Qualora, invece, il giudice ammetta comunque la prova contraria rispetto al fatto non contestato, è necessario assicurare alla parte - che astrattamente potrebbe beneficiare della non contestazione - il diritto alla prova. In caso contrario, è ravvisabile una di quelle patologie che danno luogo alla rimessione in termini³⁵⁷.

Occorre rappresentare un'altra ipotesi; furbescamente o solo per necessità, una parte potrebbe allegare un fatto secondario solo nella seconda memoria di cui all'art. 183, co. 6° c.p.c. (semmai depositandola al trentesimo giorno!) per ulteriormente dimostrare l'esistenza di un fatto principale che però era già stato contestato.

Quid iuris? Bene, in questo caso, si deve riconoscere all'avversario la possibilità, nella terza memoria, di contestare mediante prova contraria (*recte*: con mezzi di prova volti a negare l'esistenza del fatto non contestato) senza incorrere in preclusioni che, di fatto e senza colpa, limitino il suo esercizio alla prova. Il giudice dovrà tenere in debita considerazione che, in questa ipotesi, il terzo scritto rappresenta (al contempo) la prima difesa rispetto alla allegazione di controparte, ma anche l'ultima difesa prima che si cristallizzi definitivamente il tema d'indagine.

Viceversa, se la deduzione del fatto secondario in funzione probatoria è formulata in *limine litis* (atti introduttivi, verbale di udienza, prima memoria 183, co. 6° c.p.c.), va dichiarata inammissibile la contestazione intervenuta in qualsiasi forma nel terzo atto della appendice scritta della fase di trattazione.

E'una soluzione che privilegia la parte che ha maggiormente chiarito al giudice le proprie ragioni di fatto e di diritto e che ha modulato la sua strategia difensiva sull'affidamento del principio di non contestazione.

Diversamente, ad esempio, la parte che ha allegato un fatto secondario in citazione sarebbe costretta (per prudenza) a richiedere (sempre e comunque) i

³⁵⁷ Ed è questo il motivo per cui diversi studiosi propendono ad individuare il termine preclusivo nella prima memoria 183, co. 6°, c.p.c., intendendo scongiurare il ricorso alla rimessione in termini che contraddice le finalità acceleratorie dell'istituto. Per FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione*, cit., § 19, è indubitabile che a fronte di contestazioni tardive, alla controparte deve essere ovviamente consentita piena possibilità di replica, vuoi sul piano istruttorio, vuoi su quello della trattazione.

mezzi di prova per dimostrare la sua esistenza, a prescindere dal comportamento di controparte³⁵⁸. E non è, questo, un modo per responsabilizzare le parti e semplificare l'*iter* processuale!

5. I tempi di contestazione nel processo del lavoro

L'identificazione di un termine preclusivo di contestazione nel processo del lavoro deve fare i conti con le specialità del rito, retto per l'attore dal principio di eventualità e da limitatissime possibilità di *emendatio libelli* per entrambe le parti, dopo il deposito degli atti introduttivi (a mente dell'art. 420, co. 1° c.p.c. ciò è possibile in caso di sussistenza di "*gravi motivi*" e previa "*autorizzazione*" del giudice).

Il principio di eventualità (art. 414 c.p.c.) ci dice che l'attore in ricorso deve, a pena di decadenza, esporre le asserite ragioni di fatto e di diritto e formulare tutte le proprie istanze istruttorie praticamente al buio. Ossia senza sapere nulla circa le contestazioni, eccezioni, domande riconvenzionali che il convenuto può spiegare nella memoria difensiva tempestivamente depositata ai sensi dell'art. 416 c.p.c.

In assenza di un termine di decadenza, si è visto che l'arresto nomofilattico del 2002 differenziava i fatti principali dai fatti secondari soprattutto per l'aspetto afferente il regime preclusivo di contestazione.

In questo modo, la Corte regolatrice affermava che, nel rito del lavoro, la mancata contestazione del fatto principale era di per sé tendenzialmente "irreversibile". Non altrettanto era a dirsi per la mancata contestazione dei fatti "probatori", connotati da provvisorietà perché inidonei ad "alterare il sistema difensivo dell'attore".

Questa impostazione non mi pare più attuale, dopo l'estensione del principio di non contestazione a tutti "*i fatti*" rilevanti in sede processuale. Inoltre condivido l'interpretazione ispirata al canone della ragionevole durata che

³⁵⁸ Condivido, quindi, l'acuta affermazione di BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit. § 4, secondo la quale non bisogna costringere la parte che confida nell'applicazione del principio di non contestazione ad "innaturale rispetto del principio di eventualità *non contemplato nel rito ordinario di cognizione* (corsivo mio)".

“deve condurre (anche nel processo del lavoro) ad unificare il regime preclusivo dei fatti principali e dei fatti secondari”³⁵⁹.

L'esigenza di concentrazione delle attività processuali impone di cercare un termine di decadenza che “va graduato”³⁶⁰ rispetto a quelli espressamente previsti per le attività assertive e asseverative.

Ragiono allora per esclusione.

Secondo la scansione ritmica allegazione-richiesta di prova del rito del lavoro, mi pare razionale (per esigenze di economia processuale) cercare codesta preclusione sicuramente prima dello svolgimento dell'istruttoria in senso stretto. Al contempo, essa va posta - senza ombra di dubbio - prima della concessione delle note autorizzate di cui all'art. 429, co. 2°, le quali (oltre che essere meramente eventuali) sono il corrispondente delle comparse conclusionali del processo ordinario di cognizione.

Ed invero, già sotto il vigore della contro novella del 1950 era pacifico l'orientamento che dichiarava “inammissibili e tardive” le contestazioni svolte a seguito dopo lo svolgimento dell'udienza di precisazione conclusioni.

In questa prospettiva, il *dictum* delle sezioni unite del 2002, constatata la soggezione dell'attore al principio di eventualità e vista l'assenza di preclusioni collegate all'onere di prendere posizione in memoria difensiva di cui all'art. 416, co. 3°, c.p.c., “spostava” il momento rilevante per contestare alla udienza di discussione ex art. 420 c.p.c. Posizione corroborata da prassi sempre più frequenti di delibazioni favorevoli sulla sussistenza dei “gravi motivi” ex art. 420, co. 1° c.p.c. per modificare le difese già spiegate.

Il risultato è quello di procrastinare la chiusura del *thema decidendum*, consentendo al convenuto di modificare e precisare le domande, eccezioni e le conclusioni già proposte in memoria difensiva, nonché di contestare per la prima volta i fatti avversi ovvero revocare le precedenti condotte omissive nella prima e tendenzialmente unica (sulla carta) udienza ex art. 420 c.p.c.

Del pari, se l'attore intende contestare una deduzione di fatto fondante una eccezione, una domanda riconvenzionale, o una semplice inferenza posta dal

³⁵⁹ L'idea è di RUFFINI, Relazione al Seminario della Giustizia su: “*Le modifiche al c.p.c.*” tenutosi a Roma il 17 luglio 2009, con il Patrocinio del Consiglio Nazionale Forense.

³⁶⁰ Così DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, cit., § 10, 848. In senso rigoroso, per l'a. occorre “scongiurare il regresso del giudizio alla fase di ammissione”...consentendo alla parti “di scegliere arbitrariamente il momento più utile per contestare”.

convenuto nel primo scritto difensivo, deve anche egli farlo (senza però chiedere alcuna autorizzazione) nell'udienza di discussione³⁶¹.

In questa prospettiva non mi pare ci siano significativi elementi di novità derivanti dalla introduzione dell'onere di contestazione nell'art. 115 c.p.c.

Non si tratta di accogliere la tesi della contestazione nella prima difesa utile, quanto piuttosto trovare nel momento del passaggio alla attività istruttoria il limite temporale del principio di non contestazione.

Soluzione che mi sembra (tra le altre cose) funzionale alla modifica apportata dalla legge 4 novembre 2010, n. 183 (art. 31, co. 4° del c.d. collegato lavoro) che impone al giudice (sempre all'udienza di cui all'art. 420 c.p.c.) di formulare alle parti una proposta transattiva per definire la controversia, il cui ingiustificato rifiuto costituisce comportamento rilevante "ai fini del giudizio"³⁶². Proposta che sarà sicuramente più adeguata se il magistrato ha le idee chiare sui fatti che sono effettivamente controversi tra le parti.

Riepilogando il tutto in uno schema riassuntivo si può dire che: *a)* l'attore in ricorso deve dire tutto e subito; *b)* il convenuto deve prendere posizione in maniera precisa e non limitata a generica contestazione circa "tutti" i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda e se non lo fa gli è preclusa la possibilità di contestare successivamente; *c)* la contestazione o la revoca della non contestazione da parte del resistente è effettuabile, tuttavia, in sede di prima udienza di discussione ex art. 420 c.p.c. "solo se" è autorizzata dal giudice del lavoro³⁶³; *d)* l'attore può a sua volta contestare (*recte*: prendere

³⁶¹ TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., § 8, ritiene che la sede più ragionevole per l'attore per non far scattare gli effetti del principio di non contestazione è il tentativo (processuale) dell'interrogatorio libero delle parti.

³⁶² V. la disamina del nuovo istituto v. BOVE, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in www.judicium.it, 2010, spec. § 2.

³⁶³ Cfr. Cass. sez. lav. 3 febbraio 2003, n. 2562, in *Foro it.*, 2003, V, 1453 e ss., a mente della quale "nel rito del lavoro, la contestazione dei fatti costitutivi della domanda effettuata dal convenuto soltanto nelle note difensive depositate in giudizio prima della discussione e della pronuncia della sentenza di primo grado, deve considerarsi tardiva, pertanto, il giudice è vincolato a ritenere accertati i fatti stessi..... nel rito del lavoro, l'art. 416, terzo comma, cod. proc. civ., pone a carico del convenuto (o del ricorrente, ove nei suoi confronti venga ritualmente proposta una domanda riconvenzionale) un onere di contestazione specifico in relazione ai fatti costitutivi del diritto affermati dall'attore, dal mancato adempimento del quale discende un effetto vincolante per il giudice, che dovrà astenersi da qualsiasi controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo per ciò solo sussistente. Tale effetto, peraltro, si verifica non immediatamente, poiché nel terzo comma dell'art. 416 cod. proc. civ. non è contenuta la previsione di una decadenza, ma per effetto della preclusione conseguente al limite previsto dall'art. 420, comma primo, cod. proc. civ., per la modificazione di domande, eccezioni e conclusioni già formulate, il cui superamento determina la preclusione della non contestabilità (tardiva) dei fatti (costitutivi del diritto) fino a quel momento non contestati. Per i

specifica posizione) i fatti modificativi, impeditivi estintivi ovvero i fatti secondari allegati ritualmente nella prima udienza di discussione.

Visto che le rigide preclusioni assertive riguardano i soli fatti principali, anche nel processo del lavoro è ben possibile rappresentare un fatto secondario solo alla prima udienza di discussione. Si pensi alla allegazione di una circostanza dalla quale dimostrare l'esistenza del fatto principale conosciuta in epoca successiva al deposito degli scritti di costituzione.

Qui, a maggior ragione, valgono le stesse considerazioni che ho svolto nel precedente paragrafo a proposito di quelle evenienze processuali che legittimano il giudice a modellare e dirigere il processo sul riconoscimento del diritto di difesa delle parti.

Ritengo, in particolare, che il magistrato possa avvalersi di disposizioni di fondamentale importanza come l'art. 175 (poteri di direzione), l'art. 116 (valutazione in fase di decisione del comportamento delle parti), l'art.153, co. 2° c.p.c. (in *extrema ratio*, previa istanza della parte, accordare la rimessione in termini), nonché l'art. 421, co. 2°, c.p.c. (deroga ai limiti in materia di prova previsti dal codice civile).

Preme evidenziare che dopo l'approvazione del c.d. decreto "taglia riti"- con riferimento ai procedimenti per i quali si applica il rito del lavoro sono divenute inapplicabili tutte quelle disposizioni di favore per il lavoratore (come gli artt. 421, 425, 429) accordate dalla legge processuale per controbilanciare la sua presunta posizione sostanziale più debole rispetto al datore di lavoro³⁶⁴.

fatti dedotti dall'attore in esclusiva funzione probatoria, e cioè per i fatti dedotti in quanto idonei a provare indirettamente altri fatti costitutivi del diritto azionato, la mancata contestazione da parte del convenuto, come anche la contestazione meramente generica, costituiscono semplice argomento di prova liberamente apprezzabile dal giudice al fine del giudizio di sussistenza del fatto da provare. In tal caso, però, non si determina alcuna preclusione perché una tardiva contestazione di fatti probatori non comporta alcuna alterazione del sistema difensivo dell'attore. (Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata che aveva accolto la domanda riconvenzionale proposta dal datore di lavoro nei confronti del ricorrente, il quale non aveva adempiuto al proprio onere di tempestiva contestazione, avendo egli provveduto a tanto solo nelle note autorizzate, depositate in giudizio prima della decisione di primo grado).

³⁶⁴ In modo decisamente critico v. BOVE, *Applicazione del rito del lavoro n. d. lgs. n. 150 del 2011*, in www.judicium.it

6. I tempi di contestazione nel processo sommario di cognizione. Adesione alla tesi della natura di rito semplificato di cognizione piena. Conseguenze.

Nei precedenti capitoli ho sostenuto la forza espansiva dell'art. 115 c.p.c., co. 1° c.p.c. ai procedimenti sommari *tout court*. Ho, poi, sottolineato l'importanza del principio di non contestazione nel procedimento sommario di cognizione introdotto *ex novo* dagli art. 702-bis-ter e quater c.p.c. Ho altresì precisato che la portata delle allegazioni di parte attrice in uno all'atteggiamento contestativo del convenuto sono fattori determinanti per restare nelle forme della trattazione semplificata oppure per approdare alla cognizione ordinaria, secondo quanto disposto dall'art. 702-ter c.p.c.

Dopo l'approvazione del decreto legislativo n. 50 del 2011 (art. 3, rubricato: "*Disposizioni comuni per i procedimenti disciplinati dal rito sommario di cognizione*") è stata esclusa per i procedimenti ricondotti nell'alveo del procedimento sommario la possibilità di conversione del rito sommario di cognizione nel rito ordinario.

Detto ciò, nulla ho ancora detto sul "quando" si può validamente contestare. A mio modo di vedere, la risoluzione di questo problema è condizionata dalla scelta di inquadramento sistematico che si vuole dare al procedimento ex art. 702-bis e ss. c.p.c.

Invero, se lo si colloca nel quadro delle tutela sommaria, è chiaro che esso (perché sommario) non soggiace ad alcuna preclusione, tantomeno in ordine alle contestazioni³⁶⁵. Al contrario, in virtù della "predeterminazione dello sviluppo del contraddittorio e dei poteri del giudice, della atipicità dei diritti azionabili, nonché della idoneità al giudicato del provvedimento conclusivo"³⁶⁶, lo si può qualificare come un procedimento a cognizione piena semplificato³⁶⁷, in cui è previsto un mini-sistema di preclusioni.

³⁶⁵ MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, 1026 e ss.

³⁶⁶ V. CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis c.p.c.)*, in *www.academia.edu*, scritto che riprende i risultati degli studi di PROTO PISANI, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, V, 2002, 65 e ss. circa i criteri strutturali e valoriali per distinguere la tutela a cognizione piena dalla tutela a cognizione sommaria.

³⁶⁷ ARIETA, *Il rito semplificato di cognizione*, cit., § 2.

Mi allineo con questa ultima corrente di pensiero³⁶⁸. Soprattutto la fase introduttiva del giudizio è minuziosamente disciplinata dal legislatore e, salvo, qualche piccola differenza di dettaglio, mi sembra una normativa che ricalca la struttura del processo ordinario di cognizione. Il ricorso ha il contenuto (senza *vocatio in ius*³⁶⁹) di una citazione, la comparsa di risposta in poco diverge dalle vigenti preclusioni a carico del convenuto di cui agli artt. 166 e 167 c.p.c.

Resta il problema di individuare l'aspetto temporale delle attività di contestazione. Nella disposizione di cui all'art. 702-bis, co. 4° c.p.c., è previsto l'onere (non sanzionato) per il convenuto di "*prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda*". La costituzione del convenuto per essere tempestiva deve avvenire mediante il deposito di comparsa di risposta nel termine assegnato dal giudice in decreto di fissazione dell'udienza (non oltre dieci giorni prima dell'udienza).

Anche, in questo caso, pare preferibile colmare siffatta lacuna con una interpretazione di sistema fondata (questa volta) sugli artt. 115, 702-bis e 702-terc.p.c. Tale operazione mi sembra opportuna per assicurare la funzionalità dell'istituto e per verificare la correttezza dell'utilizzo dello strumento processuale.

A ben vedere, come anticipato, il principio di non contestazione funge da "spartiacque"³⁷⁰ per restare nel sommario-semplificato ovvero per confluire nella cognizione piena. Più i fatti saranno contestati, più ci sarà bisogno di una istruttoria lunga e complessa che - per quello che afferma la giurisprudenza di merito³⁷¹, non si addice alla scelta dell'attore di utilizzare il procedimento sommario di cognizione.

³⁶⁸ V. la citata Relazione illustrativa al decreto per la riduzione e semplificazione dei riti approvato dal Consiglio dei Ministri l'1 settembre 2011, dove si afferma la natura semplificata di cognizione del procedimento previsto all'art. 702-bis e ss.

³⁶⁹ Per vero, posto che l'art. 702-bis c.p.c. richiama anche il n. 7 dell'art. 163 c.p.c. è ravvisabile una sorta di *vocatio in ius*, sia pure sotto forma di invito al convenuto a comparire all'udienza che sarà fissata dal giudice.

³⁷⁰ DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, cit., §12, 852.

³⁷¹ Il Tribunale di Mondovì, ord. 5 novembre 2009, in www.pluris.it. afferma che: "la non sommarietà dell'istruzione debba valutarsi non tanto con riferimento all'oggetto della domanda, quanto, piuttosto, in relazione alle prove necessarie per la decisione, sulla base delle difese assunte dalle parti"; Conforme è Trib. Varese, ord. 18 novembre 2009, in www.ilcaso.it. Trib. di Bologna, ord. 29 ottobre 2009, in www.giureemilia.it.

A mente dell'art. 702-ter, co. 3° c.p.c, il giudice se ritiene, sulla scorta delle difese delle parti, la causa non compatibile con le forme del rito sommario, con ordinanza non impugnabile fissa l'udienza ex art. 183 c.p.c.³⁷².

Il descritto quadro normativo, consente di affermare che l'omessa o generica presa di posizione nella comparsa di costituzione tempestivamente depositata da parte del convenuto sui fatti costitutivi allegati in ricorso dall'attore, possa durare fino alla prima udienza o, al più, in quelle "frazionate" in cui il giudice (compiute le altre verifiche preliminari) deve decidere se restare nelle forme sommarie ovvero procedere con il rito ordinario di cognizione. Ugualmente, negli stessi termini, l'attore è tenuto contestare in questo spazio temporale i fatti principali o secondari allegati dal convenuto nel libello introduttivo.

Se il giudice alla prima udienza si riserva sulla opportunità di confermare il binario del sommario, le parti possono contestare o revocare precedenti non contestazioni negli scritti difensivi all'uopo autorizzati. L'importante è farlo "prima" che venga presa la decisione (con ordinanza non impugnabile) sul rito da coltivare.

Qualora, invece, il giudice disponga l'abbandono del procedimento sommario ex art. 702-bis e ss., concordo con chi concede alle parti la possibilità di effettuare nuove contestazioni in sede di udienza ex art. 183 c.p.c.³⁷³, compreso nell'epilogo della eventuale appendice scritta. Mi sembra una soluzione congrua, confermata dalla oggettiva diversità dei due giudizi (per i poteri accordati al giudice e alle parti), in riferimento soprattutto allo svolgimento della fase della istruttoria in senso stretto.

³⁷² Come detto, questa possibilità di conversione è da escludere per i procedimenti, anche se in camera di consiglio, in cui sono prevalenti i caratteri di semplificazione della trattazione e della istruzione, ricondotti dall'art. 3 del decreto "tagli riti" alla disciplina del procedimento sommario di cognizione.

³⁷³ Così OLIVIERI, *Al debutto il rito sommario di cognizione*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 28, 46 e ss.

7. Le dinamiche di contestazione nel processo tributario: i possibili riflessi pregiudizievoli per l'Ente impositore

In attesa di avere maggiore chiarezza sulle sorti del processo tributario³⁷⁴, per l'importanza pratica, mi pare utile affrontare la problematica dei limiti temporali dell'onere di contestazione anche in questo contesto processuale.

Ho già riferito della decisione di Cass., 24 gennaio 2007, n. 1540 che ha legittimato l'operatività del principio di non contestazione nelle controversie di diritto tributario. Problema che ritengo, ormai, superato dalla indubbia forza espansiva dell'art. 115 c.p.c.³⁷⁵.

Pare opportuno distinguere l'argomento dai due versanti soggettivi: a) quello del ricorrente-contribuente; b) quello del resistente-ente impositore.

In ragione della struttura impugnatoria del rito fiscale, la giurisprudenza tende a valutare in senso rigoroso i motivi di ricorso. Essi esprimono le specifiche contestazioni che il contribuente effettua avverso l'accertamento ritenuto pregiudizievole. I motivi specifici di ricorso, dunque, delimitano l'area del contestato e l'oggetto del giudizio tributario³⁷⁶.

Si può dire che nel rito fiscale l'onere di specifica contestazione va validamente assolto dal ricorrente, sin dall'atto introduttivo che dà origine alla fase patologica del procedimento impositivo. E' un orientamento caldeggiato

³⁷⁴ Il decreto legislativo n. 150/2011 non sembra ricondurre espressamente il processo tributario ad uno dei tre modelli processuali di riferimento. VILLANI, *Riduzione dei riti e riforma del processo tributario*, in www.altalex.com, 2011, ad es. preferirebbe il riassetto del processo tributario nella disciplina del processo ordinario di cognizione.

³⁷⁵ Tesi confermata dalla Circolare della Agenzia delle Entrate del 31 marzo 2010, n. 17/E, in *Il Fisco*, 2010, n. 15, 2341 e ss., con nota di CISSELLO, *Riforma del processo civile e contenzioso tributario: chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate*, in cui sono illustrate le più significative novità processuali della l. n. 69/2009 e le disposizioni applicabili al processo tributario (tra le quali spicca il nuovo art. 115 c.p.c.).

³⁷⁶ V. Cass. sez. trib. 18 giugno 2003, n. 9754, in *La Tribuna*, *Archivio Civile*, 2004, 4, 569 e ss. secondo cui "il giudizio tributario, anche in base alla disciplina dettata dagli artt. 18, comma secondo, 19 e 24, comma secondo, D.Lgs. n. 546 de 1992, è caratterizzato da un meccanismo di instaurazione di tipo impugnatorio, circoscritto alla verifica della legittimità della pretesa effettivamente avanzata con l'atto impugnato, alla stregua dei presupposti di fatto e di diritto in esso atto indicati, ed ha un oggetto rigidamente delimitato dalle contestazioni mosse dal contribuente con i motivi specificamente dedotti nel ricorso introduttivo, in primo grado, onde delimitare sin dalla nascita del rapporto processuale tributario le domande e le eccezioni proposte dalle parti. Da ciò consegue che nuove censure del contribuente, introdotte in appello con memoria aggiuntiva, sono inammissibili perché comportano l'esame di una nuova "causa petendi".

dalla Corte regolatrice che ha affermato che “*i vizi dell’atto di accertamento dell’imposta non fatti valere dal contribuente con tempestivo ricorso rendono definitivo l’atto impositivo*”³⁷⁷.

Quanto al ricorrente, non sembra, dunque, che la modifica dell’art. 115 c.p.c. abbia causato stravolgimenti rispetto al passato³⁷⁸.

Considerazione che, invece, non mi sentirei di fare nei confronti dell’Amministrazione finanziaria, dell’Ente impositore, dell’Agente della riscossione. (parti convenute nel processo tributario). Se essi decidono di partecipare al processo, sono gravati dell’onere di contestazione specifico previsto dall’emendato art. 115 c.p.c. e la Commissione tributaria può porre a base della decisione un fatto non specificamente contestato³⁷⁹.

Rispetto alle doglianze esposte esaurientemente in ricorso dal contribuente (e provate con documenti), è necessario che la parte resistente, nella memoria di costituzione, allegli i fatti e le ragioni di legittimità e fondatezza della pretesa fiscale in modo puntuale e circostanziato. Attività che mi sembra quanto mai indispensabile, visto che, nel processo tributario, - superata la teoria della presunzione di legittimità della obbligazione fiscale - l’onere della prova della sussistenza dei fatti costitutivi della pretesa cade sulla Amministrazione finanziaria³⁸⁰.

Ad esempio, alla stregua del tenore letterale dell’art. 115 c.p.c., se nel ricorso il contribuente ha dato per veri fatti estintivi o impeditivi (per ragioni di fatto o di

³⁷⁷ V. Cass. sez. trib. 23 dicembre 2005, n. 28680, secondo cui “il processo tributario, in quanto volto a sollecitare il sindacato giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento impositivo, è strutturato come un giudizio d’impugnazione del provvedimento stesso, onde il dibattito è circoscritto alla pretesa effettivamente avanzata con l’atto impugnato, alla stregua dei presupposti di fatto e di diritto in esso indicati, ma entro i limiti segnati dalle contestazioni mosse dal contribuente: ne consegue che i vizi dell’atto di accertamento dell’imposta (nella fattispecie, carenza di motivazione) non fatti valere dal contribuente con tempestivo ricorso rendono definitivo, sotto tale profilo, l’atto”.

³⁷⁸ Così anche SORRENTINO, *Il principio di non contestazione nel processo tributario*, cit., 5167.

³⁷⁹ Commissione Tributaria Provinciale di Catania, sez. 4, sentenza 4 aprile 2001, n.152, in *www.diritto.it- sezione tributario* -

³⁸⁰ La vigente struttura del processo tributario realizza, infatti, un’inversione solo processuale delle posizioni processuali delle parti, rimettendo al contribuente l’impulso processuale per l’accertamento legale del fatto, ma non influenza “per evidenti ragioni di salvaguardia del diritto di difesa del cittadino” (COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 163), la posizione sostanziale delle parti, che resta pur sempre disciplinata dalle regole comuni. V. CIPOLLA, *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova, 2005, *passim*

diritto) del debito accertato, definirei “generica” la contestazione di parte resistente che si limita a confermare la motivazione contenuta nell’atto impositivo. In altri termini, per evitare l’applicazione del principio di non contestazione, a fronte di asserzioni di fatti “diversi e specifici” da parte del contribuente deve “proporzionalmente” corrispondere una controdeduzione “diversa e specifica” da parte dell’Ente impositore.

Non è un caso che, dopo la riforma, l’Agenzia delle Entrate ha consigliato agli Uffici di contestare negli scritti difensivi “punto per punto” (evitando “formule generiche”) i fatti enunciati in ricorso dal contribuente sanzionato³⁸¹. Suggerimento che, a mio modo di vedere, non è affatto risolutivo. E’ il tenore delle allegazioni (in questa sede l’esaustività dei motivi di ricorso) a determinare - di volta in volta - una soglia più o meno elevata di attività di contestazione della controparte.

Resta irrisolta la questione sui limiti temporali. Proporrei una interpretazione di sistema che provi a coordinare gli artt. 115 e 88 c.p.c. con gli indici normativi di cui agli artt. 23 e 32 d.lgs. n.546/1992.

L’art. 23, co, 3°, d.lgs n. 546/1992, stabilisce che *“nelle controdeduzioni la parte resistente espone le sue difese prendendo posizione sui motivi dedotti dal ricorrente, indica le prove di cui intende valersi, proponendo altresì eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d’ufficio”*. Tale onere di prendere posizione sui motivi di ricorso (a differenza del regime delle eccezioni in senso stretto³⁸²), non è stato inteso in senso rigoroso dalla giurisprudenza, posto che anche il processo tributario è informato a un sistema di preclusioni a formazione progressiva³⁸³.

³⁸¹ V. punto 2.11 della Circolare Agenzia delle Entrate del 31 marzo 2010, n. 17/E, cit., 2343.

³⁸² Secondo Cass. sez. trib. 14 aprile 2009, n. 8862, le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d’ufficio devono essere proposte, a pena di decadenza mediante il primo atto difensivo di parte resistente.

³⁸³ V. Cass. sez. trib. 3 aprile 2006, n. 7789, in *Guida al Diritto*, 2006, 30, 53 e ss.. ove si afferma che “in tema di contenzioso tributario, il fatto che nel giudizio di primo grado l’Amministrazione finanziaria non abbia preso posizione anche su motivi avversari logicamente subordinati non equivale ad ammissione delle affermazioni che li sostanziano, né determina il restringimento del “thema decidendum” ai soli motivi contestati, posto che la richiesta di rigetto dell’intera domanda del contribuente consente all’Ufficio impositore di scegliere nel prosieguo del giudizio le diverse argomentazioni difensive da opporre alle

Ed invero, l'art. 32, co. 1°, d.lgs. n. 546/1992, nella fase processuale che intercorre tra la data di comunicazione di avviso di trattazione e la data di fissazione dell'udienza pubblica o della delibazione in camera di consiglio, consente alle parti di arricchire l'impianto difensivo in altri tre momenti fondamentali: *a*) deposito di ulteriori documenti fino a 20 giorni liberi prima della data di trattazione; *b*) deposito di memorie illustrative (con copie alle contro-parti) fino a 10 giorni liberi prima della data di trattazione; *c*) brevi repliche scritte fino a 5 giorni liberi prima della data di camera di consiglio - nei soli casi di trattazione della controversia in camera di consiglio - (comma 3°). Ancorché non sanzionati da decadenze, questi termini sono considerati perentori perché "preordinati al rispetto del contraddittorio tra le parti e tra queste e il giudice"³⁸⁴.

Giova sottolineare che il d.lgs. n. 546/1992 non prevede alcun obbligo in capo alla segreteria di comunicare l'avvenuto deposito delle difese integrative. La conoscenza dei predetti atti rientra nella diligenza della parte di seguire la vicenda mediante consultazione, visione, richiesta e ritiro dei documenti inseriti nel fascicolo d'ufficio e in quelli di parte.

In definitiva, l'onere di contestazione per l'Ente impositore deve essere tempestivamente assolto entro il termine di cui all'art. 32, co. 2° (memoria illustrativa) ed eventualmente in quello di cui al co. 3° (brevi repliche per la decisione in camera di consiglio) del d.lgs. n. 546/1992.

Al riguardo, con interpretazione intimamente legata all'onere di contestazione, la Corte regolatrice ha affermato che una sollecita replica da parte dell'Amministrazione risponde alle esigenze di lealtà processuale (tanto più

domande subordinate avversarie, allorché le questioni dedotte in via principale siano state rigettate".

³⁸⁴ V. Corte cost. ord. 1 aprile 2003, n. 107, in base alla quale "il carattere perentorio di un termine non deve necessariamente risultare esplicitamente dalla norma, potendosi desumere dalla funzione, ricavabile dal testo di legge, che il termine è chiamato a svolgere". Insegnamento seguito da Cass. sez. trib. 30 gennaio 2004, n. 771 secondo cui "in tema di contenzioso tributario, il termine previsto dall'art. 32 d.lgs. 546/1992, per il deposito di memorie e documenti (applicabile anche al giudizio di appello in virtù dell'art. 58 c. 2 d.lgs. 546/1992) deve ritenersi perentorio, pur non essendo dichiarato tale dalla legge, in quanto diretto a tutelare il diritto di difesa della controparte ed a realizzare il necessario contraddittorio tra le parti e tra queste ed il giudice. Ne consegue che la mancata osservanza del detto termine comporta la preclusione di ogni ulteriore attività processuale, senza che assuma rilievo in contrario la circostanza che la controparte si sia costituita in giudizio senza nulla eccepire al riguardo.

vincolanti per la parte pubblica), il cui mancato esercizio determina l'acquisizione al giudizio delle asserzioni di parte³⁸⁵.

L'art. 32 d.lgs. 546/92 sembra delineare il perimetro temporale (20 giorni, 10 giorni, 5 giorni) e spaziale (documenti, memorie, brevi repliche) entro il quale può svolgersi la libera attività delle parti, con l'obiettivo di definire le difese prima della udienza di trattazione (orale) e decisione. Da questo momento – attesa la non indispensabilità della prova orale nel processo tributario (art. 7, co. 4°, d.lgs. n. 546/92³⁸⁶) - il Collegio è messo nelle condizioni di conoscere tutti i dettagli della controversia, quindi di costruire su di essi la sua decisione.

8. Il rapporto temporale dell'onere di contestazione con i fatti conoscibili e rilevabili d'ufficio. La disputa sulle contestazioni tardive in appello.

Il tema della individuazione dei rapporti tra fatti conoscibili d'ufficio e tempestività dell'esercizio dell'onere di allegazione, ha suscitato momenti di

³⁸⁵ Cass. sez. trib. 26 febbraio 2008, n. 4605, in *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24* secondo cui “in tema di contenzioso tributario, il contribuente che intenda produrre in giudizio documenti e scritture contabili deve provvedere esclusivamente agli adempimenti di cui all'art. 24, comma primo, del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, non essendo tenuto a sollecitare al riguardo l'attenzione della controparte, affinché ne prenda visione e ritiri copia del relativo elenco; l'Amministrazione, a sua volta, ove intenda produrre documenti da cui risulti l'inutilizzabilità di quelli prodotti dal contribuente, trattandosi di libri, registri, scritture e documenti di cui sia stata rifiutata l'esibizione, deve provvedervi nel corso del giudizio di primo grado, in ossequio al principio di lealtà processuale ed all'onere di contestazione, nonché per consentire alla controparte di presentare motivi aggiunti, ammessi solo nel giudizio di primo grado”.

³⁸⁶ Il processo tributario è fondamentalmente un processo documentale, in quanto l'art. 7 del d.lgs. n. 546/92 vieta il giuramento e la prova testimoniale. In assenza di espressa disposizione dubbia è l'ammissibilità dell'interrogatorio formale. Sono invece ammissibili l'interrogatorio libero (pur non essendo un mezzo di prova), la consulenza tecnica, l'ordine di esibizione di documenti, la richiesta di informazioni alla P.A. e l'ispezione giudiziale. V. CHINDEMI, *Il processo e le prove nel processo tributario*, Bologna, 2008, *passim*.

La Corte cost., con sentenza 18 gennaio 2000, n. 18 ha affermato che è conforme a Costituzione l'inutilizzabilità della prova per testi nel processo tributario, posto che: a) tale divieto non viola il principio di uguaglianza, perché l'ordinamento consente regimi processuali diversi e il processo tributario è essenzialmente documentale; b) non è violato neppure il diritto di difesa perché la scelta dei mezzi di prova esperibili è rimessa alla discrezionalità del legislatore. Tuttavia, non mancano aperture giurisprudenziali che legittimano l'utilizzo della prova testimoniale nel rito fiscale, ammettendo produzioni di deposizioni private verbalizzate in dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà: Cass., sez. trib., 26 marzo 2003, n. 4423; Cass., sez. trib., 15 aprile 2003, n. 5957; Cass., sez. trib., 21 aprile 2008, n. 10261. Per MARCHESELLI, *La riforma del rito civile, testimonianza scritta e giusto processo tributario*, in *www.giustiziatributaria.it*, 2010, la applicabilità dell'art. 257-bis (testimonianza scritta) potrebbe essere la via maestra per inserire nel processo tributario la prova per testi.

forte contrasto tra giurisprudenza e dottrina, specie quella che si è occupata di studiare la natura e la classificazioni delle “eccezioni civili”³⁸⁷.

Il nebuloso aspetto temporale del principio di non contestazione si interseca con la non sopita disputa della allegazione, per la prima volta in appello, dei fatti modificativi, impeditivi, estintivi sottratti all’esclusivo potere di allegazione della parte o, più facilmente, rilevabili d’ufficio dal giudice.

Giova brevemente riepilogare la questione, frutto di un *sequel* giurisprudenziale molto elaborato.

Dopo le riforme degli anni novanta tese ad arretrare il sistema di preclusioni del processo civile, le Sezioni Unite della Corte cassazione con la sentenza del 3 febbraio 1998, n. 1099³⁸⁸ - relativamente ai fatti conoscibili d’ufficio – hanno ritenuto congruo distinguere tra “potere di allegazione” e “potere di rilevazione: *“il primo compete esclusivamente alla parte e va esercitato nei tempi e nei modi previsti dal rito in concreto applicabile; il secondo compete alla parte (con relativa soggezione a preclusioni) solo nei casi in cui la manifestazione della volontà della parte sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nel caso di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un’azione costitutiva), ovvero quando singole disposizioni espressamente prevedano come indispensabile l’iniziativa di parte”* (si parla, in questo caso, di vere e proprie eccezioni in senso stretto).

Chiarita tale premessa, l’aspetto più importante del predetto arresto sta nella considerazione che, per derivazione, il potere di rilevazione officioso del giudice (*“di far derivare dal fatto l’effetto”*), si manifesta sui fatti fondanti eccezioni in senso lato solo se essi *“risultino legittimamente e tempestivamente*

³⁸⁷ *Ex multis*, v. ORIANI, *Eccezione*, in *Digesto (disc. priv. sez. civ.)*, VII, Torino, 1991, 266 e ss. ID., *L’eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 9 e ss.; ID., *Eccezione rilevabile d’ufficio e onere di tempestiva allegazione*, in *Foro it.*, 2001, I, 127 e ss. ID., *Il principio di non contestazione comporta l’improponibilità in appello di eccezioni in senso lato?*, cit., 1516. ID., *Eccezioni rilevabili (non rilevabili di ufficio) II*, cit., spec. 170-172.

³⁸⁸ In assenza di indici normativi, il problema fu quello di individuare la natura della eccezione di interruzione della prescrizione. La sopra menzionata Cass. Sez. unite 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Foro it.*, 1998, I, 764, in un primo momento, accolse il regime della eccezione in senso stretto. Tuttavia, dopo una serie di contrasti sorti tra le sezioni semplici, l’organo nomofilattico fu nuovamente chiamato a pronunciarsi. Con sentenza del 27 luglio 2005 n. 15661, in *Foro it.*, 2005, I, 2659, le Sezioni unite hanno mutato opinione affermando il principio secondo il quale “l’eccezione di interruzione della prescrizione - quale contro eccezione a disposizione della parte attrice per paralizzare l’eccezione di prescrizione sollevata dalla parte convenuta è riconducibile al novero delle eccezioni in senso lato e, come tale, può essere rilevata d’ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo, sulla base di prove ritualmente acquisite agli atti”.

acquisiti al processo” (principio di acquisizione processuale dei fatti integranti eccezioni rilevabili d’ufficio³⁸⁹).

Gli studiosi hanno inteso il pensiero della Suprema Corte nel senso che (ipoteticamente) è ammissibile una contestazione che costituisce una eccezione in senso lato per la prima volta in appello, “purché il fatto sia stato allegato – non importa dalla parte a cui giova – nel corso del giudizio di primo grado entro e non oltre l’udienza di discussione nel rito del lavoro e il termine di cui al (previgente) art. 183, co. 5 c.p.c.”³⁹⁰.

Da tale approdo, si è, poi, confluiti nella nota decisione di Cass. sez. un. n. 761/2002 che ha sancito il principio di tendenziale irreversibilità del fenomeno contestativo, con tutte le implicazioni che ne derivano.

Queste conclusioni sono state avversate dalla dottrina, la quale ha invocato il mancato rispetto dell’art. 345, co. 2. c.p.c.³⁹¹ (regime della proposizione di nuove eccezioni in appello). Si afferma, in particolare, che non vi è interdipendenza tra il principio di non contestazione e proponibilità senza limiti di eccezioni in senso lato in fase di gravame, perché, altrimenti, si potrebbe realizzare “un irrigidimento delle preclusioni non voluto dal legislatore”³⁹²

³⁸⁹ Intuizione che già si rinviene in FABBRINI, *Potere del giudice*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1985, spec. 728-729. Pensiero seguito anche da VERDE, *Profili del processo civile, II – processo di cognizione*, Napoli, 2006, 262.

³⁹⁰ Così DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina, e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit. § 9, 130; L’a., cita, in senso adesivo, anche Cass. 20 dicembre 2002, n. 18194, in *Foro it.* 2003, 5, 1516, che ha ritenuto preclusa, al datore di lavoro, l’allegazione in sede di appello l’intervenuta cessazione della attività aziendale, quale circostanza ostativa alla richiesta di liquidazione dei danni maturati dopo tale evento. Altri proseliti in giurisprudenza si rinvengono in Cass. 8 aprile 2004, n. 694, in *Foro it.*, 2004, 1713 secondo cui “poiché il potere del giudice di rilevare d’ufficio le eccezioni in senso lato presuppone pur sempre l’onere di allegazione del fatto a cura della parte, la natura non solutoria di una rimessa effettuata sul conto corrente e di cui il curatore chiede la revoca deve essere allegata dal convenuto”.

³⁹¹ BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, 427.

³⁹² ORIANI, *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello di eccezioni in senso lato?*, cit., 1518. ID., *Sulle eccezioni proponibili in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006., 734 e ss., nota sentenza a Cass. 24 maggio 2005, n. 10918. Secondo tale arresto, “la deducibilità in appello di eccezioni in senso lato non può essere condizionata dal fatto che le circostanze ad esse sottese siano già state introdotte in primo grado, poiché i fatti operanti *ipso iure* possono essere assunti a tema del giudizio di appello non solo se già acquisiti al contraddittorio delle parti nel precedente grado di giudizio ma anche se per la prima volta in appello ed accertati con i mezzi di prova che il giudice d’appello ritenga ammissibili e rilevanti”. (Nella specie, in applicazione del riferito principio, la sentenza impugnata, che aveva ritenuto inammissibile la nuova eccezione, è stata cassata perché la nuova eccezione e i mezzi istruttori dedotti erano diretti a dimostrare, in contrasto con l’eccezione di prescrizione del diritto di accettare l’eredità, sollevata dai convenuti e ritenuta fondata dai primi giudici, che i danti causa degli attori avevano accettato tempestivamente l’eredità e che quindi, l’acquisto degli attori, in quanto proveniente a domino, era efficace).

(c.d. principio della normale deducibilità e rilevabilità dei fatti fondanti eccezioni in senso lato).

Ad onta dei precedenti nomofilattici, devo segnalare che tali critiche hanno messo radici nella giurisprudenza di legittimità. Ad esempio, in materia di azione revocatoria fallimentare, la Corte di cassazione – con sent. n. 21087/2005 ha stabilito che “*il silenzio serbato dal convenuto nel giudizio di primo grado in ordine alla conoscenza dello stato di insolvenza non ne preclude la contestazione in appello, non trattandosi di un’eccezione in senso proprio, ma di una mera contestazione di fatti costitutivi della domanda, e non rinvenendosi nel nostro ordinamento alcun principio che ne vieti la tardiva contestazione*”³⁹³.

La diatriba è tuttora in atto. A mediare tra le due soluzioni, ve n’è un’altra, (anch’essa) di chiare origini dottrinali³⁹⁴: si sostiene che, a prescindere dal tipo di eccezione, “se la decisione della causa si è basata su di un fatto non contestato, in appello, il soccombente può rimettere in discussione tale circostanza assumendosi (però) il carico della relativa prova”³⁹⁵.

8.1. Alcuni correttivi per coordinare il principio di non contestazione con la libera deducibilità in appello di eccezioni nuove rilevabili d’ufficio

Il nuovo art. 115 c.p.c. trascura il problema e i vari autori sono divisi sul sostegno delle descritte correnti di pensiero³⁹⁶. Teoricamente, in presenza di

³⁹³ Giurisprudenza riferita da MOCCI, *La non contestazione tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, cit., Allegati giurisprudenziali.

³⁹⁴ V. Progetto PROTO PISANI, il punto 2.169, co. 4° e 6°, cit., 1 e ss., ove si afferma il divieto in primo grado di contestazione tardiva temperato con una sua ammissibilità “*per la prima volta*” in appello subordinata però alle conseguenze di una “*inversione dell’onere della prova*”.

³⁹⁵ In tal senso, v. Cass. 7 aprile 2009, n. 8389, in *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*, secondo cui “qualora l’effettiva titolarità del rapporto controverso abbia costituito, nel primo grado di giudizio, fatto pacifico per mancata contestazione ad opera di tutte le parti in causa, quella di esse che in appello la contesti ha l’onere di fornire la prova del suo contrario assunto, rimettendo in discussione un fatto del quale si è già considerata acquisita la prova come fatto non contestato”.

³⁹⁶ Ad es. CAMPESE, *Non contestazione*, cit., § 8 propende per la tesi restrittiva inaugurata da Cass. sez. unite 3 febbraio 1998, n. 1099. DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, cit., 851, apre, invece, la porta alle contestazioni, per la prima volta in appello, poste a fondamento di eccezioni rilevabili di ufficio. CEA, *Commento all’art. 115 c.p.c.*, cit., § 6.4, 803; ID. *La modifica dell’art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, cit., 268, approva, invece, la terza soluzione della contestazione tardiva aggravata dalle conseguenze dalla inversione dell’onere della prova.

norme come gli artt. 345 e 437³⁹⁷ c.p.c., è consentito alle parti esercitare lo *ius poenitendi* in appello, così da confutare *ex novo* l'esistenza del fatto altrui³⁹⁸.

Come ho già sostenuto per i c.d. fatti avventizi, l'onere di contestazione specifica scatta (e si modella) solo se l'avversario abbia esplicitamente valorizzato giuridicamente il fatto. Questa conclusione deve, però, ora, confrontarsi con la struttura dell'appello tendenzialmente “non del tutto chiusa”³⁹⁹ e con la ricerca della migliore (*recte*: giusta) decisione risultante dagli atti di causa.

Concordo con chi ritiene che le aperture assertive e asseverative previste dagli artt. 345 e 437 c.p.c. sono consentite “quel tanto che serve per rimediare all'errore del giudice (più che alla eventuale carenza difensiva della parte)⁴⁰⁰”. Rigidità nei confronti delle omissioni delle parti confermata (dopo i vari *revirement* della Corte regolatrice⁴⁰¹) dalla introduzione del divieto di nuove prove documentali sancito nel terzo comma dell'art. 345 c.p.c., come emendato dall'art. 46, co. 18°, l. n. 69/2009⁴⁰².

Dunque, valuterei, con molta prudenza questa evenienza capace di allargare le maglie dell'oggetto del giudizio di appello a fronte di fatti (volutamente) trascurati dalle parti nel giudizio di prime cure. Il rischio che si sconta è quello di un mutamento dello scenario probatorio.

Per salvaguardare la soluzione di compromesso tra preclusioni in primo grado e minime aperture ai *nova* in appello voluta dalla legge n. 353/1990 (del resto confermata dai successivi interventi di riforma), ipotizzerei due limiti al potere

³⁹⁷ Il comma 2° (prima parte) dell'art. 437 c.p.c. in modo stringato afferma che “non sono ammesse nuove domande e nuove eccezioni”. In via di interpretazione è stato praticamente aggiunto l'inciso “che non siano rilevabili d'ufficio”. Per i dovuti ed esaustivi riferimenti giurisprudenziali v. ORIANI, *La disciplina delle eccezioni nel processo civile*, in www.appinter.csm.it. spec. § 3.

³⁹⁸ Per PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 241, il ragionamento è questo: “se posso eccepire il rilievo di fatti impeditivi, modificativi, estintivi, devo poter anche negare l'esistenza *con mere difese* (cors. vo mio) del fatto altrui.

³⁹⁹ M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1172. Sul tema, l'a. afferma “l'esigenza di coniugare l'appello con l'aspirazione della sentenza giusta”.

⁴⁰⁰ PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 241.

⁴⁰¹ V. le sentenze conformi di Cass. sez. un. 20 aprile 2005 n. 8202 e 8203 rispettivamente per il rito del lavoro e per il rito ordinario. Tra le critiche più accese v. CAVALLONE, *Anche i documenti sono “mezzi di prova” agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1051 e ss.

⁴⁰² SASSANI, *L'ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in www.judicium.it ritiene che con la modifica dell'art. 345 c.p.c. il legislatore avrebbe sancito “una degradazione del giudizio di appello, destinato a diventare giudizio di diritto su fonti oramai cristallizzate”.

di allegazione delle parti di introdurre per la prima volta mere difese in appello: a) il primo, è rappresentato dalla circostanza secondo la quale il fatto su cui verte la reazione deve comunque risultare dagli atti del processo, ma senza che per esso sia necessaria una tempestiva allegazione della parte in primo grado⁴⁰³; b) il secondo, consiste nella richiesta di una motivazione specifica alla parte soccombente (appellante principale o incidentale) sulle ragioni della contestazione tardiva in appello⁴⁰⁴.

Si potrebbe obiettare che tale soluzione mitiga di molto la forza del principio di non contestazione, oggi ufficializzato nell'art. 115, co. 1°, c.p.c. Ma ciò appare inevitabile per assicurare la deducibilità di nuove contestazioni in appello. Mi riferisco soprattutto a quelle che possono generare vere e proprie eccezioni rilevabili d'ufficio, la cui proponibilità è riconosciuta dal dato normativo.

I limiti sopra segnalati, mi, sembrano, poi, dei correttivi idonei per responsabilizzare le parti (anche in ordine ai fatti che integrano eccezioni rilevabili d'ufficio) e, per quanto possibile, per eliminare il rischio di uno scarto sin troppo evidente fra realtà sostanziale e realtà processuale.

L'esigenza di speditezza dei processi può, infatti, portare a prediligere una "fissazione formale" dei fatti rilevanti anche se non corrispondente alle risultanze processuali versate in atti e, soprattutto, alla realtà sostanziale. Ma così facendo si va oltre l'essenza del principio di non contestazione, non certamente introdotto nel codice di rito per elaborare preclusioni prive di fondamento normativo.

In questa situazione processuale, infatti, non mi pare possibile ricorrere ad una interpretazione di sistema, posto che le norme (artt. 345 e 437 c.p.c.) ci sono e vanno rispettate per quello dicono e consentono alle parti.

Il tutto passerebbe sotto il filtro della valutazione del giudice *ad quem*, chiamato (ad un tempo) a considerare ammissibile (o inammissibile) la nuova contestazione che integra la nuova difesa, a ritenere eventualmente "indispensabile" la prova sul fatto e, di conseguenza, a legittimare la controparte ad avanzare controdeduzioni e richieste di prova conseguenti.

⁴⁰³ In questo senso, v. la già rammentata Cass. sez. un. 27 luglio 2005, n. 15661.

⁴⁰⁴ Con soluzione attinta dalla disciplina della rimessione in termini, secondo PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 241, la parte soccombente dovrebbe "addurre, come giustificazione, di aver scoperto senza propria colpa che il fatto che credeva esistente in realtà non lo era affatto". In questa prospettiva, mi sembra porsi anche SCOTTI, *L'onere di specifica contestazione*, cit., § 4.9.

Ferma l'allegazione intervenuta in primo grado, la parte (appellante principale o incidentale) dovrebbe motivare le ragioni che l'hanno portata a confutare il fatto altrui solo in appello. Ad esempio perché l'impresa ha rintracciato dall'esame contabile dei libri l'avvenuto pagamento; ovvero, in caso di azione di nullità, è emerso un vizio (mancata sottoscrizione di una delle parti contraenti delle parti, oggetto impossibile etc.), sorvolato in primo grado sia dalle parti che dal giudice.

Si tratterebbe, in buona sostanza, di passare dalla "incondizionata" alla "ragionata" proponibilità, delle nuove contestazioni in appello, non dedotte ma risultanti dalla carte processuali del giudizio di prime cure.

Escluderei, infine, che le predette considerazioni possano valere in riferimento all'art. 702-*quater*, posto che nell'appello a seguito di svolgimento del procedimento di sommario di cognizione sono ritenute ammissibili - senza limitazioni - nuove deduzioni, nonché nuove istanze istruttorie purché ammissibili e rilevanti⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ Per l'apertura ai *nova* nel giudizio di appello avverso all'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione ex art. 702-ter e ss., si schiera la dottrina prevalente, v. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009 n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, 877; LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, 1568. Nel medesimo senso, muovendo però dalla struttura sommaria e bifasica del procedimento, mi sembra MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, cit., 1033, per l'a. "l'effettività del diritto di difesa delle parti assieme alla garanzia del giusto processo presuppongono che il giudicato nella tutela dichiarativa dei diritti possa formarsi all'esito di un giudizio in cui almeno un grado possa svolgersi con una cognizione piena ed esauriente, nel quale le parti possono far valere tutte le loro difese".

CAPITOLO SECONDO

Gli effetti e il controllo del principio di non contestazione

Sommario: 1.- Le dimensioni eziologiche del principio di non contestazione nella fase di trattazione e in sede di decisione. 2.- La direzione soggettiva degli effetti del principio di non contestazione: riflessi sul deducente, sul contestatore e sul giudice. 3.- Il caso del litisconsorte necessario rimasto contumace: il limite del principio di non contraddizione dell'accertamento contenuto nella decisione. 4.-La direzione oggettiva degli effetti del principio di non contestazione: verso il superamento del limite dei diritti indisponibili, ma senza pregiudizi per la ricerca della verità materiale. 5.- La rilevanza del principio di non contestazione ai fini della pronuncia di compensazione delle spese di lite. 6.- I comportamenti non contestativi e la "contumacia" in sede di procedimento di mediazione a fini conciliativi. Le possibili ricadute sul processo civile. 7.- Il sindacato del principio di non contestazione innanzi alla Corte di cassazione, dopo l'introduzione dell'art. 360-*bis* c.p.c. 7.1- L'individuazione del singolo motivo di ricorso per Cassazione. 8.- Conclusioni: approdi dell'indagine e le proposte per la definizione di uno statuto condiviso dell'onere di contestazione.

1. Le dimensioni eziologiche del principio di non contestazione nella fase di trattazione e in sede di decisione

Dopo avere esplorato alcuni dei profili di maggiore interesse dell'onere di contestazione, affronterò il tema (assai contrastato) delle conseguenze "giuridiche" derivanti dalla inosservanza del disposto di cui al novellato art. 115, co. 1°, seconda parte, c.p.c.

Secondo un parametro di utilità, è mia intenzione adottare un metodo di lavoro che esamini gli effetti del principio di non contestazione in tre distinte dimensioni eziologiche: *a)* quella *tout court* processuale, distinguendo tra effetti che si producono nella fase di trattazione e in sede di decisione; *b)* quella soggettiva, parzialmente accennata a proposito dell'analisi dei protagonisti dell'onere di contestazione; *c)* quella oggettiva (e più discussa) afferente la portata del principio di non contestazione a seconda della natura disponibile o indisponibile del diritto dedotto in giudizio.

Quoad effectum, l'art. 115, co. 1°, c.p.c., afferma che giudice "deve" porre a fondamento della decisione (oltre alle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero) i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Dopo la

riforma, “prove” e “fatti non contestati”, in egual misura, concorrono alla formazione della decisione⁴⁰⁶.

Dal mio punto di vista, l’identificazione degli effetti del principio di non contestazione passa attraverso una lettura in chiave dinamica dell’istituto. Se inquadrato “per fasi endoprocedimentali”, il principio in esame si traduce, in un primo momento, come un onere assertivo consequenziale e proporzionale alla allegazione sostanziata dalla controparte; mentre, in un secondo momento, esso si riverbera sul piano delle inferenze probatorie circa l’esito della controversia⁴⁰⁷.

Si può discernere tra effetti (che chiamerei di “consolidamento”) che condizionano la fissazione e l’estensione del tema di prova e, quindi, né più né meno, la portata delle attività istruttorie ed altri effetti (che, invece, definirei “dimostrativi”) che si spiegano nella successiva fase di decisione in correlazione della disposizione di cui all’art. 116, co 1° c.p.c.(valutazione delle prove secondo il prudente apprezzamento del giudice).

Del resto, anche grazie alla tecnica della non contestazione, mi pare che la direttiva della l. n. 69/2009 sia quella di modulare i poteri, i doveri e gli oneri del giudice e delle parti attraverso l’individuazione (fin dalle prime battute) delle questioni da affrontare ed alla progressiva messa a fuoco del *thema probandum*⁴⁰⁸.

Una volta chiusa la trattazione, le valutazioni sui fatti non contestati e su quelli contestati (provati e non provati) continuerà ad essere governata dalle regole generali di diritto probatorio (onere della prova, principio di acquisizione delle prove, massime d’esperienze, presunzioni, fatti notori etc.). Fine ultimo è quello di dare una risposta di giustizia in tempi ragionevoli⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ Per VIOLA, *Il principio di non contestazione alla luce della prima giurisprudenza*, cit., § 5, la presenza della congiunzione “*nonché*” nel primo comma dell’art. 115 c.p.c. fa sì, ai fini della decisione, che la non contestazione sia equiparabile ad una prova.

⁴⁰⁷ In questa prospettiva, se non erro, si pone anche, FAROLFI, *La non contestazione tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, cit., § 4.

⁴⁰⁸ In questo senso MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, cit., spec., 316-317.

⁴⁰⁹ PER SCHIRÒ, *Il principio di non contestazione dopo la riforma del processo civile*, cit., 3, “l’enunciazione del principio di non contestazione all’interno del titolo quinto del libro primo del codice di rito e, in generale, il consolidarsi del principio della ragionevole durata, inducono a ritenere che la regola della non contestazione, pur attenendo alla disciplina della utilizzazione delle prove, assolva la principale funzione di semplificazione e accelerazione del processo e di economia processuale, destinata anch’essa a determinare ricadute sulla complessiva efficienza del modello processuale”.

Il dibattito sul fondamento da assegnare al principio di non contestazione non può ignorare quello che si verifica nella prassi: basta verificare a campione dei provvedimenti di ammissione e rilevanza sulle richieste istruttorie delle parti per rendersi conto che una delle prime operazioni compiute dal giudice è proprio quella di verificare se l'istanza di prova è preceduta dalla contestazione (tempestiva) del fatto.

Come pure è innegabile - come ci dimostra la rassegna giurisprudenziale degli ultimi venti anni - che i comportamenti non contestativi della parte costituita (silenzio, genericità, ammissione) hanno dei nessi di "causa-effetto" rispetto al provvedimento conclusivo del giudizio.

2. La direzione soggettiva degli effetti del principio di non contestazione

Queste semplici osservazioni inducono ad affrontare le tematiche delle conseguenze processuali del difetto di contestazione sui singoli protagonisti del rapporto contestativo⁴¹⁰.

Per colui che era tenuto a contestare specificatamente (c.d. contestatore), la regola di cui all'art. 115 c.p.c. comporta che il fatto avverso allegato e non confutato è considerato pacifico (incontroverso) ed escluso da una specifica dimostrazione. Si tratta, dunque, un "effetto negativo" per la parte onerata a compiere l'attività contestazione, che incide sulla delimitazione del tema di prova e che nasce dal "preventivo adempimento"⁴¹¹ dell'onere di allegazione del deducente.

Quest'ultimo, simmetricamente, a fronte del silenzio⁴¹², di una contestazione generica⁴¹³, di una difesa logicamente incompatibile con il disconoscimento della pretesa azionata⁴¹⁴, di una contestazione tardiva⁴¹⁵ della controparte, beneficia dell'"effetto positivo" dell'esonero (*relevatio*) dall'onere della prova

⁴¹⁰ Impostazione già seguita da BUFFONE, *L'onere di contestazione*, cit. § 5, il quale fa derivare dalla situazione "patologica" di non contestazione un triplice effetto soggettivo che riguarda il contestatore, il deducente e il giudice.

⁴¹¹ L'espressione è di DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, cit., 276.

⁴¹² V. Cass. 3 luglio 2008, 18202.

⁴¹³ V. Cass. 21 maggio 2008, n. 13079.

⁴¹⁴ V. Cass. n. 30 novembre 2009, n. 25136.

⁴¹⁵ V. Cass. 20 novembre 2008, n. 27596.

rispetto al fatto che - secondo quanto disposto dalla norma primaria - era tenuto a dimostrare.

L'analisi degli effetti del principio di non contestazione decisamente si complica in relazione alla figura del giudice. Appurata la pacificità del fatto, il problema più evidente è quello di individuare lo *spatium operandi* del magistrato e i provvedimenti che seguono al mancato assolvimento dell'onere di contestazione.

Quanto alle delibazioni prese in sede di trattazione, in coerenza con quello che ho sostenuto circa l'opportunità della soggezione dell'istituto al principio di preclusione, sembra lecito escludere la possibilità di ammettere una prova che verta su un fatto non contestato⁴¹⁶. Se, dunque, nella sottofase di ammissione delle prove, il giudice rileva (o accoglie l'eccezione) l'omessa o tardiva contestazione, discende l'inammissibilità della istanza di prova sulla circostanza non contestata.

In siffatto momento, la non contestazione opera come fenomeno allegativo e concorre a formare il *thema decidendum*, nel senso che il fatto non contestato viene inteso "esistente" e per l'effetto non è più bisognoso di prova. Ciò significa che la parte che dovrebbe beneficiare del *levamen probationis* non dovrebbe richiedere e offrire mezzi di prova sul fatto non contestato.

Qui sorge una difficoltà, cosa succede se l'allegante (prudenzialmente), non fidandosi del carattere incontrovertito del fatto e incurante dell'affidamento degli effetti del principio di non contestazione, richiede su di esso una prova (ad es. contraria), poi ammessa dal giudice?

Come già sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità, in questo caso, se la parte non si è opposta all'ammissione della prova si realizzerebbe una tacita restituzione ("per convergenza"⁴¹⁷) del fatto oggetto di prova all'area del controverso. Diversamente, se la parte si è opposta all'offerta di prova del fatto perché non tempestivamente e specificamente contestato (e il giudice ha

⁴¹⁶ Dalla prospettiva del giudice, CAMPESE, *La non contestazione*, § 6, osserva che, in tal caso, "difetterebbe il requisito della rilevanza, posto che è priva di utilità ai fini della decisione una prova in ordine ad un fatto non contestato".

⁴¹⁷ Il caso è stato risolto da Cass. 20 settembre 2005, n. 18503, che ha stabilito che "la non contestazione della domanda esonera il giudice dall'accertamento del fatto stesso, tuttavia, ove nessuna delle parti deduca la non contestazione, ed il giudice dia ingresso all'accertamento del fatto costitutivo della domanda, emerge tacitamente una convergente contestazione del fatto stesso, con la conseguente necessità del relativo accertamento. Ne consegue che la parte interessata a far valere la non contestazione ha l'onere di dedurla prima che abbia ingresso il mezzo istruttorio disposto per l'accertamento del fatto non contestato".

comunque ammesso la istanza istruttoria di controparte), la sentenza che fosse motivata anche dalle risultanze di tale prova potrebbe essere impugnata per la violazione dell'art. 115, co. 1°, c.p.c.⁴¹⁸.

Quanto agli effetti del principio di non contestazione nella fase di decisione, l'interrogativo più discusso è quello di verificare se il giudice ha margini di discrezionalità nella valutazione del fatto non contestato.

E' un problema, forse, fin troppo ingigantito⁴¹⁹ e lo testimonia il rilievo che anche i sostenitori della equiparazione tra non contestazione alla prova legale finiscono per ammettere che il fatto non contestato possa trovare smentita da altre risultanze probatorie⁴²⁰.

Il fatto non contestato non è necessariamente ed automaticamente un fatto provato⁴²¹! Un simile vincolo per il giudice appare del tutto ingiustificato in assenza di una predeterminazione legale⁴²².

L'art. 115 c.p.c. sembra semplicemente dire che il comportamento non contestativo - "al pari e in concorso" con tutte le altre prove tipiche previste dal codice civile acquisite in giudizio, è in grado di fondare la decisione. Si è efficacemente sostenuto che "*porre a fondamento*" significa che "il giudice, preso atto della non contestazione, non potrà mai dire che quel fatto non è provato, ma dirà che quel fatto è vero salvo che non risultino elementi probatori che ne smentiscano la verità"⁴²³.

⁴¹⁸ In modo efficace, SCOTTI, *Art. 115 c.p.c. L'onere di specifica contestazione*, cit., § 4.8, parla di "errore di diagnosi sull'area del non contestato".

⁴¹⁹ Questione - lo ricordo - che nasce dall'arresto delle Sezioni unite con sent. n. 761/2002 a mente del quale "il fatto non contestato non ha bisogno di prova, perché le parti ne hanno disposto vincolando il giudice a tenere conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza".

⁴²⁰ Ad es. DEMARCHI, *L'onere di contestazione specifica tra rigore formale, contumacia e conoscibilità dei fatti*, cit., 1042, per l'a. "è possibile che i fatti non contestati possano essere messi in discussione in un giudizio comparativo con altre prove di segno opposto od incompatibili con i predetti fatti". V. pure BUFFONE, *L'onere di contestazione*, cit. § 5, il quale finisce per ammettere che il "giudice si può convincere di attribuire maggiore peso probatorio ad una prova piuttosto che ad un'altra ... mediante corretta applicazione dell'art. 116 c.p.c.

⁴²¹ Su questo aspetto vi è praticamente totale uniformità tra gli studiosi e tra gli stessi magistrati che, per esigenze di formazione professionale, si sono occupati di indagare sull'argomento. Mi piace menzionare le parole di M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1173, secondo lo studioso "il principio di non contestazione significa estrarre il fatto dal canestro di quelli che debbono essere provati, ma non vuol dire, affatto, che quel fatto è provato (sì che il giudice può ritenerlo non provato in base ad altri elementi raccolti nel processo)".

⁴²² V. l'approfondita esegesi di RASCIO, *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire*, cit., 1248, secondo, l'a. "se si dovesse desumere che la non contestazione è equiparata a prova, sarebbe semmai una prova libera".

⁴²³ CEA, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, cit., § 6.5., 804.

Ergo il fatto non contestato va valutato secondo il criterio della sua concreta efficacia persuasiva e in compatibilità con i risultati ottenuti dalle altre acquisizioni probatorie⁴²⁴. Ad esempio, in sede di decisione, un fatto che non è stato tempestivamente contestato non è automaticamente provato se esso si pone in antitesi con un'altra prova⁴²⁵, specie se quest'ultima ha una efficacia legale (ad es. una confessione, giuramento, prova documentale della controparte).

Dopo la riforma del 2009, il giudice non ha la necessità di convincersi della esistenza del fatto non contestato; ma, naturalmente, ciò non gli impone di decidere la controversia nel senso richiesto dalla parte che ha allegato il fatto non contestato, dovendosi, a questi fini, apprezzare tutti i risultati dell'istruttoria. Ne deriva che "il potere di indagine del giudice incontra un limite solo sulla esistenza del fatto, non anche sulla inferenza probatoria del fatto rispetto al diritto dedotto nel processo"⁴²⁶.

Del resto, la stessa lettura dell'art. 115 co. 1° c.p.c., (in cui è confermato l'*incipit*: "*Salvi i casi previsti dalla legge*") lascia presagire una "valorizzazione interpretativa del giudice"⁴²⁷ sulle conseguenze da accordare al principio di non contestazione.

Né è giustificabile una diversa lettura costituzionalmente orientata al canone della ragionevole durata del processo. Nell'assecondare i prefigurati intenti acceleratori del processo, il giudice (come non mai) è chiamato a trovare i punti di equilibrio tra diritti di difesa delle parti e tempi del processo. In quest'ottica, il principio di non contestazione - sebbene concepito per

⁴²⁴ TARUFFO, *Verità negoziata?*, cit., § 5, 92, afferma che "la non contestazione non fa diventare vero ciò che è falso, e neppure fa diventare vero ciò che è già vero di per sé".

⁴²⁵ Su queste posizioni anche SCHIRÒ, *Il principio di non contestazione dopo la riforma del processo civile*, cit., § 3, per l'a. "può tuttavia accadere che altri elementi probatori siano comunque acquisiti al processo e in tal caso detto materiale probatorio deve essere tenuto in considerazione dal giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale del complessivo quadro probatorio emerso dalla compiuta attività istruttoria". Contro l'efficacia di prova legale dei fatti non contestati, già prima della riforma del 2009, v. BUFFA, *La non contestazione nel processo del lavoro, tra principio dispositivo e principio di economia processuale*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2957 e ss.

⁴²⁶ M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione*, cit., 1346.

⁴²⁷ Così MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, §§ 9-10, spec., 328, 331, dove l'a. offre una disamina severa e puntuale critica all'accostamento del fatto non contestato alla prova legale, nonché alle presunzioni legali ex art. 2728 c.c. *Contra*, nella giurisprudenza di merito, v. ord. Trib. di Mondovì, in www.ilcaso.it, secondo cui "la presunzione di non contestazione è una presunzione *iuris et de iure*, che non ammette prova contraria, una volta che si è perfezionata attraverso la mancata specifica contestazione dei fatti allegati dalla controparte processuale".

semplificare l'organizzazione delle attività processuali - non può (e non deve) andare a scapito della qualità e giustizia della decisione⁴²⁸.

Queste considerazioni inducono ad affrontare il problema dei margini di accertamento sul fatto non tempestivamente contestato.

Quanto alle parti, mi pare che la soluzione che è maggiormente rispettosa del principio di preclusione è quella di affermare che “la contestazione specifica incontra lo stesso limite temporale di qualunque altra allegazione”⁴²⁹. Ne deriva che se una circostanza non è tempestivamente contestata è inammissibile la richiesta di una prova costituenda contraria, ove la non contestazione sia divenuta irreversibile in conseguenza della definitiva fissazione dell'oggetto del processo.

Una differente spiegazione “fornirebbe un rimedio per eludere, senza giusto motivo, la preclusione formatasi”⁴³⁰. Le uniche riaperture senza costi per le parti, sono giustificabili invocando l'istituto della rimessioni in termini od anche richiedendo al giudice l'ammissione di mezzi prova non soggetti a preclusioni (giuramento decisorio).

Problema che, evidentemente, non si pone riguardo ai procedimenti sommari e *lato sensu* speciali caratterizzati dalla assenza di preclusioni. In tale contesto, la contestazione potrà utilmente intervenire sino al momento della decisione.

Quanto al giudice, in un'ottica di sistema, esiste anche un'altra strada per escludere la verità dei fatti non tempestivamente contestati. Essa riguarda l'esercizio dei poteri istruttori previsti *ex officio* in deroga al principio dispositivo processuale di cui all'art. 115, co. 1°, prima parte, c.p.c.

In siffatte ipotesi tassative, il giudice – pur dovendo considerare esistente il fatto non contestato – non è privato del potere di avviare altre attività istruttorie volte a fare chiarezza sul valore probatorio della non contestazione.

⁴²⁸ Condivido le parole di GIANI, *La non contestazione nel processo civile*, cit., § 14, per l'a. “il giudice deve essere cauto nella valutazione dei fatti pacifici, tenendo conto delle peculiarità dei modelli processuali, del grado di specificità esigibile dalla parte nei cui confronti sono allegati i fatti e della puntualità delle allegazioni”.

⁴²⁹ FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione*, cit., §19.

⁴³⁰ DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, cit., § 28, 866. Secondo l'a. “la decisione deve fondarsi sulla combinazione fra la decadenza derivante dalla non contestazione e i risultati dell'istruttoria che comunque si è legittimamente svolta nel corso del giudizio”.

Al riguardo, occorre menzionare l'art. 117 c.p.c: l'interrogatorio libero è uno strumento idoneo a far emergere ammissioni e a delimitare l'area della non contestazione, specie se espletato al primo contatto tra giudice e parti.

Sarebbe un modo per il magistrato di "riappropriarsi della funzione direttiva dell'udienza", così da realizzare un decremento dell'istruttoria e incoraggiare forme di conciliazione giudiziali e stragiudiziali⁴³¹. Tale istituto, dunque, non si pone affatto in contrasto con l'inquadramento del principio di contestazione come meccanismo di semplificazione processuale che ha la sua *ratio* nella economia processuale. Anzi, a ben vedere, ne potenzia l'applicazione.

Peraltro, quando il giudice si trova in difficoltà in ordine agli effetti dimostrativi da far conseguire alla non contestazione, può assumere mezzi di prova d'ufficio, talvolta compulsato dalla stessa parte che è decaduta dal potere di contestare e nei limiti previsti dal diritto positivo. Ipotesi che, ad esempio, si può rinvenire frequentemente nella disposta assunzione di una consulenza tecnica d'ufficio⁴³², la quale - pur non essendo un vero e proprio mezzo di prova - è strumento per dirimere l'incertezza sui fatti non contestati soprattutto quando essi richiedono l'integrazione del sapere specialistico⁴³³.

3. Il caso del litisconsorte necessario rimasto contumace: il limite del principio di non contraddizione dell'accertamento contenuto nella decisione.

Come anticipato nella seconda sezione, il principio di non contestazione spiega i suoi effetti anche nei processi pluriparti occasionati da un litisconsorzio

⁴³¹ SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, cit., § 9, nt. 67.

⁴³² Per la inoperatività delle preclusioni istruttorie dell'ordinanza di ammissione della consulenza tecnica, anche dopo la riforma del 2009 che ha emendato l'art. 191 c.p.c. v. ANSANELLI, *Sub art. 191 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, - (diretto da CONSOLO) - Milano, 2009, 158.

⁴³³ Per BOVE, *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *www.judicium.it.*, 2011, spec. § 2, "nel processo la consulenza tecnica non è, almeno normalmente e comunque secondo l'ottica del codice di procedura civile, un mezzo di prova in sé, ma un mezzo per aiutare il giudice a formarsi il suo convincimento sui fatti che sono rappresentati da altri mezzi di prova. A voler essere precisi, infatti, la legge, più che disciplinare un mezzo, disciplina l'attività di un soggetto: il consulente tecnico, quale ausiliario del giudice. Insomma, se i fatti rilevanti (direttamente e indirettamente) per la causa sono fissati dal giudice in base ai mezzi di prova ed ai mezzi di presunzione ovvero alla mancata contestazione ai sensi dell'art. 115, 1° comma, c.p.c., la consulenza tecnica serve a "leggere" quei fatti quando per la loro concreta comprensione è necessario avere una conoscenza tecnica o scientifica che va al di là di quella comunemente posseduta dall'uomo medio in una certa epoca. La consulenza tecnica è strumento di comprensione e, quindi, di formazione del convincimento del giudice che, se così di può dire, si pone oltre la fissazione dei fatti e prima dell'operazione di sussunzione giuridica".

originario (necessario o facoltativo) ovvero da un litisconsorzio successivo (sotto forma di intervento volontario o coatto).

Vista la riferibilità dell'art. 115, co. 1°, c.p.c. alla sola parte costituita, si pone la questione della identificazione (ed eventuale estensione) degli effetti del principio di non contestazione al litisconsorte rimasto contumace.

In questi casi, è evidente il rischio di un'”aporia”⁴³⁴: ossia di ritenere un fatto accertato per una parte (quella che si è costituita e non ha contestato) e non accertato per l'altra (quella rimasta contumace ed insensibile *ex lege* alle pregiudizievoli conseguenze del mancato assolvimento dell'onere di contestazione).

Il problema si acuisce nella ipotesi di litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c. dove - a differenza di quello facoltativo (art. 103 c.p.c.) - è esclusa ogni possibilità di separare le cause perché è prevista dalla legge o ritenuta indispensabile una legittimazione ad agire necessariamente congiunta⁴³⁵.

In realtà, la vicenda non è nuova, perché già affrontata dalla Suprema Corte in tema di infortunistica stradale. Le Sezioni Unite civili con sent. del 5 maggio 2006, n. 10311⁴³⁶ - a proposito del valore probatorio da assegnare alla confessione resa nel modulo di contestazione amichevole dell'incidente (CAI) - hanno affermato che: *“in presenza di un unico fatto generatore della responsabilità, l'accertamento dello stesso non può condurre a risultati differenti a seconda che la statuizione produca effetto nei confronti di un litisconsorte ovvero di un altro. La struttura dell'azione diretta si fonda su di un medesimo accertamento che coinvolge tutti i tre soggetti implicati nel processo ed impone un accertamento unico ed uniforme, anche inottemperanza al principio di non contraddizione. Pertanto, l'esistenza del rapporto di assicurazione e la responsabilità dell'assicurato non possono essere contemporaneamente affermate e negate. Una volta accertata o negata nel giudizio promosso dal danneggiato nei confronti dell'assicuratore, in contraddittorio con l'assicurato, la responsabilità è accertata o negata anche nei rapporti tra danneggiato e assicurato. Ne consegue che, operando il*

⁴³⁴ VIOLA, *Il principio di non contestazione alla luce della prima giurisprudenza*, cit., § 8. In passato v. REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1957, 103.

⁴³⁵ Per la complessa disamina delle categorie che danno luogo a litisconsorzio necessario, v. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 300-304.

⁴³⁶ In *Mass. Giust. civ.*, 2006, 1198. In rapporto al principio di non contestazione né dà conto anche PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., § 5, 310-311.

principio di non contestazione sull'accertamento dei fatti posti a fondamento della responsabilità, questo non può trovare applicazione nel giudizio litisconsortile ove uno dei litisconsorti sia contumace. In questa ipotesi, l'attore avrà l'onere di provare il fatto pur di fronte alla mancanza di contestazione da parte del convenuto costituito"⁴³⁷.

Sulla falsa riga di questo precedente giurisprudenziale e sulla scorta dell'art. 2733, co. 3° c.c., dopo la riforma, la giurisprudenza di merito è nel senso della "rara applicabilità di fatto" del principio di non contestazione alle fattispecie di litisconsorzio necessario (specie quelle per ragioni di stretta opportunità) in cui un legittimo contraddittore sia rimasto contumace⁴³⁸.

L'orientamento che va delineandosi è, dunque, quello di accordare prevalenza al principio di non contraddizione dell'accertamento contenuto nella decisione⁴³⁹. Tale criterio esegetico inibisce di applicare gli effetti derivanti dalla inosservanza del principio di non contestazione al litisconsorte contumace allorché il litisconsorte costituito non abbia contrastato i fatti dell'avversario con contestazioni puntuali e specifiche.

Mi sembra una soluzione che si fa apprezzare almeno per la coerenza logica, perché in linea con la discussa esclusione della contumacia dal campo di applicazione dell'onere di contestazione.

Se il rapporto processuale è di natura inscindibile, la non contestazione del litisconsorte costituito è destinata a scemare a mero argomento di prova, posto

⁴³⁷ Conferma che si trova anche in 23 gennaio 2008, n. 1680, in *Guida al Diritto*, 2009, 18, 71 ss., dove si legge che "nei giudizi proposti ai sensi dell'art. 18 della legge n. 990 del 1969 gli stessi fatti che determinano la responsabilità e la condanna del danneggiante costituiscono la fonte dell'obbligazione risarcitoria dell'assicuratore, onde deve escludersi che le dichiarazioni confessorie rese dal solo responsabile del danno possano essere diversamente apprezzate, sì da condurre ad una valutazione differenziata delle responsabilità, con la condanna del confitente e l'assoluzione dell'assicuratore. Conseguentemente, le suddette dichiarazioni confessorie devono essere liberamente apprezzate dal giudice in relazione alla posizione di tutte le parti, ivi incluso colui che le ha rese, in applicazione del disposto di cui all'art. 2733 terzo comma, cod. civ., in tema di confessione resa da alcuni soltanto dei litisconsorti".

⁴³⁸ V. BUFFONE, *Sinistri stradali: di rara applicabilità, di fatto, il principio di non contestazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 4, 861 e ss. nota a sent. Trib. Varese 19 gennaio 2010. In questa fattispecie processuale, il responsabile del danno non si era costituito, mentre (come sovente si verifica nella prassi) la sola a costituirsi era la compagnia assicuratrice, la quale non aveva contestato il fatto storico come narrato e dedotto dall'attore. Quest'ultimo, chiedeva l'accoglimento della domanda pur in assenza di prove sull'*an* della richiesta, in ragione del difetto di puntuali e circostanziate contestazioni dell'Assicurazione. Il giudice, invece, rigettava la domanda non potendo l'attore beneficiare della *relevatio ab onere probandi*. In altre parole, l'attore ha perso la causa perché (essendo inapplicabile al caso di specie l'art. 115, co. 1 c.p.c. per effetto della contumacia del danneggiante), non ha provato i fatti costitutivi del sinistro. Tuttavia, il giudice ha riscontrato, ai sensi dell'art. 92, co. 2° c.p.c., le "gravi ed eccezionali ragioni" per compensare le spese di lite.

⁴³⁹ V. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 1089.

che l'atteggiamento delle parti è diverso e "resta, comunque, fermo il bisogno della parte onerata di fornire la prova del fatto"⁴⁴⁰.

Né il contumace può subire gli effetti pregiudizievoli dalla altrui non contestazione. Effetti che per legge (art. 115 c.p.c.) gli sono stati esclusi⁴⁴¹.

Per le medesime ragioni di non contraddizione della decisione, se la circostanza è comune (ad es. in caso di rapporto unico plurisoggettivo), mi pare sufficiente la contestazione (specificata e tempestiva) di una sola delle parti contro le quali il fatto avverso è allegato per evitare per tutti i litisconsorti - costituiti e non costituiti - gli effetti della mancata contestazione. Ne consegue, anche in questo caso, che l'allegante avrà comunque l'onere di provare il fatto, nonostante l'omessa o generica contestazione di alcune delle controparti⁴⁴².

4. La direzione oggettiva degli effetti del principio di non contestazione: verso il superamento del limite dei diritti indisponibili, ma senza pregiudizi per la ricerca della verità materiale

Un'altra tappa davvero decisiva per la definizione dello statuto del principio di non contestazione riguarda la individuazione delle conseguenze della regola a seconda della natura disponibile o indisponibile del diritto dedotto in giudizio.

L'art. 115, co., 1°, c.p.c. nulla dice sul punto.

E' indirizzo consolidato - sia in dottrina che in giurisprudenza - che un limite di applicazione del principio di non contestazione va rinvenuto nelle procedure in cui vengono in rilievo "diritti indisponibili" ovvero "interessi" per cui è posto a garanzia un controllo officioso più incisivo del giudice⁴⁴³.

Sulla scorta dell'insegnamento di Cass. sez. un n. 761/2002. si sostiene, infatti, che, nella materia dei diritti disponibili, il principio di non contestazione opera

⁴⁴⁰ M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1174.

⁴⁴¹ FAROLFI, *La non contestazione tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, cit., § 7, afferma che "la non contestazione sia in linea di principio destinata ad operare in danno di chi tiene tale comportamento e resti comunque liberamente apprezzabile quando si versi in ipotesi di litisconsorzio processuale, e tanto anche nei confronti della sola parte che il contegno non specificatamente oppositivo non abbia tenuto".

⁴⁴² In questi termini anche DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, cit., § 14, 854, sempre che si accetti la tesi della soggezione dell'onere di contestazione al principio di preclusione.

⁴⁴³ Tra i maggiori sostenitori v. PROTO PISANI, *Allegazioni di fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 606 e ss. Tesi riformulata nella proposta di riforma per un nuovo codice di procedura civile, in cui il punto 0.13 co. 2° considera la non contestazione in materia di diritti indisponibili come argomento di prova rimesso al prudente apprezzamento del giudice.

il tradizionale e riconosciuto effetto di sollievo dall'onere della prova, mentre, al più, nelle controversie riconducibili alla controversa categoria diritti indisponibili⁴⁴⁴ esso vale come argomento di prova, ai sensi dell'art. 116 co. 2° c.p.c.⁴⁴⁵, peraltro insufficiente da solo a fondare la decisione⁴⁴⁶.

La *ratio* di tale limitazione - così come avviene nella disciplina della confessione o del giuramento (artt. 2731 e 2739 c.c.) - va rinvenuta nella impossibilità delle parti di aggirare il vincolo di indisponibilità del diritto attraverso una "disponibilità processuale riflessa della non contestazione"⁴⁴⁷. Detto, in modo più semplice, non è consentito alle parti tramite l'esercizio o il non esercizio dei poteri processuali ottenere ciò che non potrebbero conseguire dall'autonomia privata⁴⁴⁸.

Trattasi, sicuramente, di una soluzione ragionevole che, al contempo, salvaguardia a monte la tutela dei diritti indisponibili e "toglie le castagne dal fuoco" al giudice circa valutazione dei comportamenti omissivi in tali procedimenti. Tuttavia, essa non mi convince sotto l'aspetto della riconduzione dogmatica dell'istituto.

Devo, infatti, segnalare che, negli ultimi anni, parte della dottrina ha cercato di affrontare in senso meno rigoroso la questione della inapplicabilità del principio di non contestazione nella *subiecta* materia.

⁴⁴⁴ CARRATTA, «Principio della non contestazione» e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili, cit., 575, afferma che dagli studi dei civilisti "perché un diritto possa dirsi indisponibile, è presupposto che sia inalienabile e intrasmissibile, irrinunciabile, impignorabile e non usucapibile, rispetto al quale, cioè, il titolare non ha facoltà di disporre".

⁴⁴⁵ CEA, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, § 6.5., 805.

⁴⁴⁶ GIANI, *La non contestazione nel processo civile*, cit., § 12. *Contra*, in passato, sul superamento della teoria della *probatio inferior* da assegnare, in fase di decisione, ai comportamenti processuali integranti argomenti di prova, v. RUFFINI, "Argomenti di prova" e "fondamento della decisione", in *Riv. trim. proc. civ.*, 2004, 1329 e ss., spec. § 5.

⁴⁴⁷ FAROLFI, *La non contestazione tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, cit., § 7. In questo senso anche FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazioni, rilievo e prova)* cit., § 17, per il quale "il discorso è semplice ed univoco nel senso che, al pari di quanto vale per tutti gli istituti che implicano la possibilità, per le parti, di incidere sul diritto mediante il proprio comportamento processuale, la non contestazione ovviamente non opera". Tuttavia, per l'a., "in un processo su diritti indisponibili, la non contestazione o l'ammissione *tout court* sono tanto più attendibili, quanto più alta è la conflittualità delle parti".

⁴⁴⁸ Esaustivamente, con riferimento alla dottrina italiana e tedesca, v. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 238 e ss. Dopo la riforma, v. nella giurisprudenza di merito, Trib. Varese, ord. 27 novembre 2009, *Fam. e dir.*, 2010, 571-572, dove, in un giudizio di disconoscimento di paternità, il giudice ha ritenuto "inidonea la non contestazione sulla identità personale del minore per evitare che un accordo tacito e implicito delle parti possa addirittura determinare un mercanteggiare degli *status*".

Il punto focale è la negazione del principio dispositivo sostanziale quale giustificazione normativa del principio di non contestazione. Si osserva, infatti, che se la non contestazione è inquadrata in un contesto che attiene alla prova (libera) dei fatti, è ben possibile che le conseguenze derivanti dal mancato assolvimento dell'onere di contestazione possano manifestarsi nelle controversie vertenti su diritti indisponibili o semindisponibili⁴⁴⁹.

Tale proposta ha influenzato la stessa giurisprudenza di legittimità, la quale ha di recente affermato che il principio di non contestazione si applica anche ai diritti a prestazioni previdenziali, senza che rilevi il carattere indisponibili di quest'ultimi⁴⁵⁰.

Questa corrente di pensiero è condivisibile se temperata da alcuni correttivi atti a garantire - specialmente in detti procedimenti - la ricerca della verità materiale. Posto che la non contestazione (in fase di decisione) non lega le mani al giudice, ne discende allora che la condotta inerte della parte possa da questi essere liberamente apprezzata, specie quando si controverte su diritti indisponibili⁴⁵¹.

A ben vedere - come già segnalato da attenta dottrina⁴⁵² - il fine della tutela dell'interesse *lato sensu* pubblico sotteso ai processi su diritti indisponibili giustifica una maggiorazione dei poteri istruttori del giudice, nonché (in base al caso concreto) uno dei tre tipi di partecipazione al processo civile del pubblico ministero⁴⁵³. Senza contare che detti procedimenti sono privi di barriere preclusive forti per le parti.

⁴⁴⁹ Prima e dopo la riforma del 2008, tra i maggiori fautori, v. RASCIO, *Note brevi sul "principio di non contestazione"*, cit., 87; ID., *La non contestazione come principio*, cit., 1245. DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina, e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 138. ID., *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, cit., § 4. 280.

⁴⁵⁰ V. la menzionata - nota 251 - Cass. sez. lav. 30 giugno 2009, n. 15326. Si trattava di una controversia relativa alla indennità di disoccupazione, la Suprema Corte ha affermato che "la mancata contestazione da parte dell'Inps del fatto storico della omessa corresponsione delle retribuzioni, rendesse detta circostanza incontestata e non bisognevole di ulteriore prova da parte del ricorrente. Su questi temi, in precedenza, v. anche DE ANGELIS, *La prova nel processo del lavoro e la Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 325 e ss.

⁴⁵¹ In questo senso, SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, cit., § 6. Anche FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1173, crede che "il limite delle liti su diritti indisponibili non debba esser più apposto".

⁴⁵² RASCIO, *Note brevi sul "principio di non contestazione"*, cit., 87-88.

⁴⁵³ V. ad es. l'efficace espressione di MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile, - Nozioni introduttive e disposizioni generali.*, cit., 227, che reputa il pubblico ministero "l'espedito del quale l'ordinamento si serve per poter utilizzare la tecnica di un processo interamente

Proprio al fine di evitare il fenomeno delle “verità concordate” frutto di accordi processuali fondati sul consapevole inutilizzo della tecnica di contestazione, è compito delle figure istituzionali del processo (giudice e P.M.) controllare (per mezzo dei poteri messi a disposizione la legge processuale) l’uso distorto del processo in elusione della normativa sostanziale. Soprattutto il giudice - al pari delle controversie su diritti disponibili⁴⁵⁴ - dovrà impegnarsi a trovare la giusta decisione dal quadro probatorio complessivamente considerato.

Passando ad un esempio di lite inequivocabilmente vertente su diritto indisponibile, nel giudizio promosso per far dichiarare la nullità del matrimonio (art.117 c.c.), a fronte della mancata contestazione del coniuge sulla sussistenza del limite di età consentito per contrarre matrimonio (art. 84 c.c.), il giudice può liberamente apprezzare la non contestazione e verificare l’inferenza probatoria del fatto non contestato in correlazione alle altre prove acquisite al processo.

Ancora, nel giudizio di disconoscimento della paternità promosso dalla madre del minore (art. 244 c.c.), a fronte della mancata contestazione del padre (come risultante dai certificati d’anagrafe), è auspicabile che il giudice – lungi dal considerare automaticamente provato il fatto – verifichi la corrispondenza al vero del fatto costitutivo non contestato, anche per mezzo dell’esercizio dei poteri istruttori che la legge processuale gli riconosce (in assenza di richieste del p.m, disporre l’audizione del minore, disporre d’ufficio la prova per testi di persone - parenti e affini - che appaiano grado di conoscere la verità, acquisire informazioni da banche dati pubbliche etc.).

In questo modo, per altra via (diversa dalla degradazione del fatto non contestato ad argomento di prova) che responsabilizza il ruolo del giudice e del pubblico ministero, verrebbe scongiurato “il tranello”⁴⁵⁵ sotteso al fittizio uso delle parti del principio di contestazione. In buona sostanza, nelle liti su

impernata sulle iniziative delle parti, in funzione della tutela dei diritti che l’ordinamento ritiene di dover sottrarre – con maggiore o minore rigore – alla disponibilità dei loro titolari”.

⁴⁵⁴ E convinzione consolidata in dottrina quella secondo cui non si può differenziare la qualità dell’accertamento del giudice a seconda dell’oggetto disponibile o indisponibile del giudizio. V. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008., 129 e ss.

⁴⁵⁵ Mutuo le parole di ANDRIOLI, *Prova*, cit., 275, il quale evidenziava il rischio che il principio di non contestazione potesse tradursi in un “tranello alla parte meno provveduta” assistita da un difensore sprovveduto”.

diritti indisponibili, troverebbe conferma la direttiva che impedisce al contegno processuale delle parti di vincolare la decisione del giudice.

A sostegno del superamento del predetto limite, si potrebbe ulteriormente argomentare che, in assenza di chiari dati testuali di segno contrario, sembra che il legislatore abbia inteso generalizzare l'utilizzo dell'istituto in esame, senza operare alcun distinguo tra liti aventi ad oggetto diritti disponibili e liti vertenti su diritti indisponibili.

Ne conseguirebbe il vantaggio di affrontare con più serenità tutti quei dubbi esegetici tesi a delimitare le singole fattispecie di indisponibilità⁴⁵⁶.

Gli effetti del principio di contestazione – sia quello di esclusione del fatto dal tema di prova che quello dimostrativo ai fini della decisione - dovrebbero, invece, prodursi senza grossi ostacoli nei procedimenti che riguardano diritti “semi” o “parzialmente disponibili” ovvero in quelli che attengono i “diritti secondariamente disponibili”, consequenziali alla violazione del diritto primario indisponibile⁴⁵⁷.

5. La rilevanza del principio di non contestazione ai fini della pronuncia di compensazione delle spese di lite.

Nel corso dell'indagine ho accennato alla esistenza di possibili legami teleologici (in senso di autoresponsabilità delle parti⁴⁵⁸) del principio di non contestazione con la nuova regolamentazione delle spese di cui agli artt. 91 (condanna della parte vittoriosa), 92 (irrigidimento delle seconda ipotesi di

⁴⁵⁶ CARRATTA, *Principio della non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili*, cit., 575, riporta le tre categorie che delimitano l'area dei diritti indisponibili: a) i diritti della personalità (immagine, salute, riservatezza) dove il vincolo della indisponibilità mira a tutelare direttamente l'interesse non patrimoniale; b) in tema di azione surrogatoria, di effetti del sequestro conservativo, di effetti del pignoramento, dove il vincolo della indisponibilità è posto a tutela di un interesse individuale e solo in via riflessa a tutela di un interesse generale. In questi casi, l'indisponibilità ha l'effetto di rendere inefficaci gli atti disposizione che fossero eventualmente compiuti; c) in tema di regolamentazione dei beni demaniali e patrimoniali dello Stato, dove il vincolo di indisponibilità è posto solo per tutelare diritti della comunità e che trascendono l'interesse dei singoli.

⁴⁵⁷ Favorevolmente v. DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, cit., 280.

⁴⁵⁸ Dopo la riforma, cfr. ad es. LAMORGESE, *Il diritto alla prova e il ruolo del giudice*, in AA.VV., *La Corte del precedente. Riflessioni su continuità ed innovazione, per l'applicazione dell'art. 360 bis del codice di procedura civile*, in www.cortedicassazione.it, il quale riconduce gli effetti pratici del principio di non contestazione alla semplificazione del processo e alla responsabilizzazione delle parti.

compensazione) e 96, ult. comma, c.p.c. (nuova ipotesi di responsabilità aggravata).

Ora ci si può chiedere se il mancato assolvimento dell'onere di contestazione della parte costituita possa in qualche modo incidere sulla pronuncia accessoria delle spese di lite. Aspetto che mi sembra assai rilevante soprattutto ai fini compensativi.

Credo che si possano teorizzare due opposte soluzioni. La prima intende assegnare all'onere della contestazione soltanto la pacifica funzione di alleggerimento dell'istruttoria. In tal caso, il modo dell'agire e resistere in giudizio (in punto di attività assertiva) sarebbe irrilevante per la pronuncia di compensazione, condizionata dalla esclusiva ricorrenza dalle "*gravi ed eccezionali ragioni*" ex art. 92, co 2°, c.p.c. La seconda, invece, estende il profilo funzionale della attività di non contestazione, attribuendole anche la funzione di guida, altamente indicativa, per disporre o meno la compensazione delle spese processuali. Se così fosse, una omessa ovvero generica contestazione dei fatti di causa potrebbe della parte soccombente potrebbe condizionare (in senso negativo) la pronuncia di compensazione.

Consapevole di forzare il dato letterale, in via sistematica, ritengo che la introduzione (per via legislativa) nel sistema processuale italiano dell'onere della contestazione specifica dei fatti allegati da controparte possa avere effetti rilevanti sulla pronuncia di compensazione⁴⁵⁹.

Si immagini una fattispecie che potrebbe verificarsi dopo l'entrata in vigore dell' art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 (procedimento di mediazione obbligatoria a fini conciliativi) che, espressamente, fa salva l'applicazione degli artt. 92 e 96 c.p.c. Poniamo il caso che la mediazione obbligatoria non riesca; il mediatore redige su richiesta congiunta delle parti il processo verbale con l'indicazione delle ragioni della proposta conciliativa; le parti coltivano il processo; quella che ha rifiutato in sede conciliativa non contesta in giudizio i fatti allegati dall'avversario, ma in comparsa conclusionale adduce la ricorrenza dei

⁴⁵⁹ Per l'influenza del principio di non contestazione ai fini della concessione della pronuncia di compensazione, con indicazione della giurisprudenza di riferimento, v. NAPPI, *Sub artt. 91, 92, 96*, in *Codice di procedura civile commentato* - a cura di CONSOLO e LUISO - *La riforma del 2009* -, Milano, 2009, 27-55, spec. 36 e 37.

presupposti per compensare. Il provvedimento di merito che definisce il giudizio risulta corrispondente al contenuto della proposta conciliativa rifiutata dalla parte che non ha contestato.

In casi del genere, il giudice - previa la sussistenza dell'elemento soggettivo - potrebbe condannare *ex officio* la parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata ai sensi dell'art. 96, co. 3° c.p.c.⁴⁶⁰. A maggior ragione, mal si giustificerebbe una pronuncia di compensazione delle spese di lite fondata sul rifiuto della piattaforma conciliativa e sulla mancata contestazione dei fatti di causa.

Salva l'indiscussa discrezionalità del giudice, si tratterebbe di accogliere il criterio della necessaria correlazione della pronuncia di compensazione delle spese alla situazione processuale e sostanziale sottostante.

Del resto, l'art. 92, co. 2°, c.p.c., riformato, riafferma, con maggiore forza, la regola secondo cui, normalmente, le spese sono a carico del soccombente (*victus victori*) e solo in casi eccezionali è possibile derogarvi (principio di causalità). E questo al chiaro fine di indurre le parti a valutare attentamente la convenienza dell'instaurazione del giudizio e di porre un argine al *favor* della magistratura nostrana nel disporre la compensazione dei costi di lite.

6. I comportamenti non contestativi e la contumacia nel procedimento di mediazione a fini conciliativi. Le possibili ricadute sul processo civile.

Dopo l'introduzione della mediazione a fini conciliativi (d.lgs. n. 28/2010, come completato e arricchito dal decreto ministeriale n. 180/2010), ci si può chiedere se la mancata contestazione intervenuta in fase stragiudiziale⁴⁶¹ possa avere degli effetti anche nel successivo ed eventuale epilogo giudiziale.

Specie in tema di mediazione obbligatoria (art. 5), ritengo che la mancata contestazione davanti al mediatore professionista debba essere considerata del tutto irrilevante in sede processuale.

Disparate ragioni mi inducono a ritenere plausibile questa conclusione.

⁴⁶⁰ Tra le prime decisioni edite, alcune delle quali prendono in considerazione anche i comportamenti non contestativi, v. Trib. di Prato 6 novembre 2009, n. 315, in *Foro it.*, 2010, I, 2235, con nota di SCARSELLI, *Il nuovo art. 96, 3° comma, c.p.c.: consigli per l'uso* e di PORRECA, *L'art. 96, 3° comma, c.p.c., tra ristoro e sanzione*.

⁴⁶¹ BUFFONE, *L'onere di contestazione*, cit. § 12, la chiama "contestazione *pre trial*".

Pure essendo indubbio che la mediazione a fini conciliativi si sviluppi in un “procedimento” (art. 8), pare errato costruirla come un “processo”.

Vi è una notevole differenza di scopi: il nuovo modello di mediazione è governato dal principio dell’interesse e, dunque, va inquadrato entro le categorie civilistiche, poiché finalizzato non tanto “alla decisione giusta”, quanto piuttosto al raggiungimento di un accordo tra le parti⁴⁶². Altrimenti a dirsi quello che conta non è il “diritto in contesa”, ma è “il risultato”, inteso come successo della mediazione⁴⁶³.

Tale premessa mi sembra decisiva per analizzare la predetta questione.

Una volta evitata una interpretazione del procedimento di mediazione come una sorta di “pre-processo”, è facoltà delle parti scegliere come meglio tutelare i propri interessi negoziali nel procedimento di mediazione.

Se si decide di aderire alla mediazione, affermerei che qualsiasi strategia difensiva è buona e per nulla pregiudicante nell’ottica processuale. La parte può scegliere tranquillamente di contestare o di non contestare la pretesa dell’avversario, ovvero potrebbe proporre ed usare una delle tecniche di composizione più diffuse, come un possibile allargamento della torta negoziale (un nuovo contratto, un diverso bene della vita, etc.).

Questa ricostruzione pare confermata da un dato diritto positivo rappresentato dall’art. 10, co. 1° del d. lgs. n. 28/2010, rubricato “*Inutilizzabilità e segreto professionale*” a mente del quale: “*Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l’insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul*

⁴⁶² Per una ricostruzione sul tema si rinvia a PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 ss.; GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 463 ss., spec. 473; Dopo la novella, le differenze tra procedimento di mediazione a fini conciliativi e processo contenzioso sono ribadite da BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 344e ss; DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”*, in *www.judicium.it.*, 2010, § 2.

Osserva, invece, PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 659, come “anche la conciliazione è strettamente dipendente dall’attività che l’ha preceduta, il procedimento. Si colloca, quindi, anch’essa sul piano processuale e trova la propria legittimazione nella procedura”.

⁴⁶³ V. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *www.judicium.it.*, 2011, § 2.

contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non e' ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio”.

Ciò significa che ogni litigante non può far valere nel processo le dichiarazioni dell'avversario, salvo l'espreso consenso e sempre che vi sia una coincidenza dell'oggetto del procedimento di mediazione con quello del processo.

Diverso è invece il caso della mancata partecipazione all'intrapreso procedimento di mediazione, posto che l'ultimo comma dell'art. 8 del d.lgs n. 28/2010, prevede la sanzione dell'art. 116. co. 2° c.p.c.

Giustamente si è parlato di un evidente “paradosso”⁴⁶⁴ di disciplina.

Visto che il novellato art. 115 c.p.c. estende gli effetti del principio di non contestazione alla sola “parte costituita”, se una parte si disinteressa del giudizio non subisce alcuna conseguenza dalla scelta consapevole di restare contumace (*ficta litis contestatio*); viceversa, se la parte preferisce “*senza giustificato motivo*” di non dare seguito all'invito di mediazione potrebbe subire in sede giurisdizionale la formazione di un argomento di prova a suo sfavore⁴⁶⁵.

E' una soluzione che osta con il principio che consente alla parte di rifiutare la mediazione e di adire la giustizia civile senza alcuna sanzione⁴⁶⁶, così come si potrebbe pretendere in termini di effettività dal diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24, co. 1° , Cost.). Sicché, nella disciplina della mediazione, “l'assenza in sé e per sé può essere un elemento di valutazione per il giudice nell'attribuzione del torto e della ragione”⁴⁶⁷.

Inoltre, l'art. 8., co. 5°, d.lgs. n. 28/2010, contrasta con il tenore letterale dell'art. 116, co. 2°, c.p.c. Quest'ultima disposizione, infatti, prende in

⁴⁶⁴ M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, www.judicium.it, 2010, § 3. Lo studioso, in senso provocatorio, si pone il seguente interrogativo: “è più deplorabile il contegno processuale della parte che rifiuta la mediazione e poi si costituisce nel processo o quello della parte che rifiuta il processo?”.

⁴⁶⁵ SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it, § 2, ritiene che l'art. 8 del d.lgs. n. 28/2010 sia illegittimo perché il rinvio all'art. 116 c.p.c. non era previsto nella legge-delega.

⁴⁶⁶ M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, cit., § 3.

⁴⁶⁷ La scelta è aspramente criticata da BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Società*, 2010, 760 e in www.judicium.it, spec. § 5, il quale afferma la vigenza di un “illiberale obbligo di cooperare al tentativo di conciliazione che l'altra parte ha deciso d'intentare...., e perché la parte invitata in modo vessatorio dovrebbe attivarsi, sostenendo anche delle spese e magari farsi assistere da un avvocato? In senso favorevole v., invece, PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarità e coordinamento*, in *Società*, 2010, 636.

considerazione il contegno tenuto dalle parti in sede esclusivamente processuale e non i comportamenti tenuti dalle parti in sede stragiudiziale⁴⁶⁸.

Sotto un profilo pratico, se non si vuole aderire alla istanza conciliazione, è forse consigliabile addurre un “*giustificato motivo*” al mediatore per far sì che nella verbalizzazione che chiude la mediazione con esito negativo emerga in sede processuale la causa della contumacia⁴⁶⁹.

Se anche in sede processuale nulla si dice sulle ragioni della mancata partecipazione al procedimento di cui al d.lgs. n. 28/2010, è facoltà del giudice, caso per caso, considerare (in senso penalizzante) tale condotta come argomento di prova. Ad ogni buon conto, sul tema, occorrerà verificare se la disciplina della “conciliazione a ricaduta processuale” possa avere conseguenze severe anche in ordine alla valutazione dei comportamenti contestativi.

7. Il sindacato del principio di non contestazione innanzi alla Corte di cassazione, dopo l'introduzione dell'art. 360-bis c.p.c.

Si è detto che il giudice deve valutare ai fini della decisione le prove proposte dalle parti, nonché i fatti non specificatamente contestati.

Prima di rassegnare le conclusioni dell'indagine, pare interessante dedicare un minimo di attenzione al profilo patologico dell'art. 115, co. 1° c.p.c. Come rimediare all'errore sull'area del non contestato in sede di impugnazione?

Può, infatti, verificarsi l'ipotesi in cui il giudice risolva la lite su un fatto ritenuto controverso ma che, in realtà, era da considerarsi pacifico per effetto della mancata o intempestiva contestazione della parte costituita, ovvero, al contrario, questi fondi il suo convincimento su un fatto erroneamente ritenuto incontrovertibile.

In sede di appello, ritengo che non ci siano grosse difficoltà interpretative. Nel rispetto dell'art. 342 c.p.c. (motivi specifici di appello), la struttura dell'appello - come mezzo di impugnazione a critica libera - consente alla parte di

⁴⁶⁸ L'acuta osservazione è di SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, cit., § 2.

⁴⁶⁹ Come precisa TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit., § 4, spec. nt. 38, l'espressione “contumacia” è utilizzata per semplicità espositiva, “data la distanza che separa la mediazione dal processo non può certo dirsi che colui che non partecipa alla procedura vada dichiarato formalmente contumace.

censurare l'errata applicazione da parte del giudice di prime cure dell'art. 115 c.p.c. sia come vizio procedurale, sia come vizio di motivazione, ovvero alla stregua della mera ingiustizia della decisione impugnata.

Le cose decisamente si complicano innanzi alla Corte di cassazione, specie dopo la introduzione dell'art. 360-*bis* c.p.c. ad opera dell'art. 47 della l. 69/2009.

Con formulazione in negativo, la nuova disposizione contempla due ipotesi aggiuntive di inammissibilità del ricorso per cassazione: 1) *“quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa”* (c.d. parametro della giurisprudenza conforme); 2) *“quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi del giusto processo”* (c.d. parametro delle regole del giusto processo).

Superata l'infelice esperienza del quesito di diritto, occorre individuare gli argomenti giuridici più idonei per indurre la “Sezione filtro” ad assegnare il ricorso fondato sulla violazione del principio di non contestazione alla Sezione ordinaria, secondo le modalità procedurali previste dal combinato disposto di cui agli artt. 376 e 380-*bis* c.p.c.

Per la complessità e per la mole dell'argomento, non è possibile in questa sede approfondire l'interpretazione dell'art. 360-*bis* c.p.c.⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ In argomento, la letteratura è già molto vasta: v. COSTANTINO, *La riforma del giudizio di legittimità*, in *Giur.it.*, 2009, 1560 ss.; ID., *Il nuovo processo in Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 301; BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge 18 giugno 2009, n. 69)*, cit., § 18; BOVE, *La riforma della procedura*, in BOVE-SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata, 2009, 63 ss.; BRIGUGLIO, in AA.VV., *Ricorso per cassazione*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. III, 1, a cura di BRIGUGLIO e CAPPONI, Padova 2009, 50 ss.; CARPI, *Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, 1443 ss.; CARRATTA, *Il «filtro» al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur. it.*, 2009, 1563 ss.; CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, MILANO, 2009, 85 ss.; CONSOLO, *Una buona «novella» al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, cit., 740; CARRATTA, in MANDRIOLI-CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., 66 ss.; D'ASCOLA, *La riforma e le riforme del processo civile: appunti sul giudizio di cassazione*, in *www.judicium.it*; DE CRISTOFARO, *Sub art. 360-bis*, in AA.VV., *La riforma del 2009*, 231 e ss. DELLI PRISCOLI, *Filtro in Cassazione*, in *Dir. e form.*, 2009, 512 ss.; DIDONE, *Note minime sul quesito di diritto ex art. 366 bis c.p.c. e sul nuovo filtro in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, 847; FARINA, *Note minime sul «filtro» in Cassazione*, in *www.judicium.it*; FRASCA, *Osservazioni (critiche) sul c.d. filtro in cassazione in discussione al Parlamento*, in *www.judicium.it*; LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano 2009, 428 ss. MENCHINI, in AA.VV., *La riforma della giustizia civile*, Milano, 2009, 110 ss. POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 367 e ss. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *Foro it.*, 2009,

Si può, tuttavia, affermare che dai primi riscontri giurisprudenziali sembra passare la tesi di elaborazione dottrinale volta a considerare il filtro come “strumento che opera sul merito e non sul rito”⁴⁷¹. Nel senso che la carenza degli elementi previsti dall’art. 360-*bis* c.p.c. non costituisce vero e proprio motivo di inammissibilità del ricorso, esprimendo, invece, la manifesta infondatezza della soluzione offerta dal ricorrente sulla *questio iuris* sottoposta alla Corte.

A fini dell’indagine, giova sottolineare che le sorti del ricorso per cassazione fondato sulla censura dell’art. 115 c.p.c. e sul principio di non contestazione in esso contenuto, si giocano, già nella fase del filtro, sulla verifica di manifesta fondatezza e/o infondatezza dei motivi della impugnazione⁴⁷². E ciò vale sia per gli *errores in iudicando* che per quelli *in procedendo*⁴⁷³, posto che i requisiti contenuti ai numeri 1 e 2 dell’art. 360-*bis* c.p.c. hanno “in realtà tratti fondamentali in comune”⁴⁷⁴.

Il difensore, nella stesura del ricorso, deve “dialetticamente” stimolare la Suprema corte a consolidare, chiarire, e, se del caso, correggere e innovare le problematiche sull’onere di contestazione che hanno interessato la pronuncia impugnata. E mi riferisco soprattutto a quelle non espressamente disciplinate dalla legge n. 69/2009, qualora fossero oggetto di impugnazione.

V, 221 ss.; ID., *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata*, in *Foro it.*, 2009, V, 380 ss.; RASCIO, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività*, cit., 69 ss.; RAITI, *Brevi note sul «filtro» in Cassazione secondo la legge di riforma al codice di rito civile n. 69 del 18 giugno 2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1601 ss.; REALI, *sub art. 360 bis*, in AA.VV., *La riforma del giudizio di cassazione*, a cura di CIPRIANI, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova 2009, 117 ss.; RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino 2009, 60 ss.; ID., *Il ricorso per cassazione*, in *Prev. Forense*, 2009, 2, 131 ss.; ID., *Ancora insoluto il problema del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 102 ss.; RORDORF, *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 134 ss.; SALMÈ, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 437 ss.; SCARSELLI, *Il processo in Cassazione riformato*, in *Foro it.*, 2009, V, 310 ss.;

⁴⁷¹ Così LUISO, *La prima pronuncia della cassazione sul c.d. filtro (art. 360-bis c.p.c.)*, in *www.judicium.it*, 2011, § 3, in commento a ord. Cass. Sez. un. 6 settembre 2010, n. 19051, in cui l’organo nomofilattico prende per la prima volta posizione sulla interpretazione delle cause di inammissibilità previste dall’art. 360-*bis* c.p.c.

⁴⁷² Convergenza di opinioni si registra sulla tesi secondo cui l’art. 360-*bis* non può essere interpretato in modo da restringere l’area dei motivi di cui all’art. 360, pena la violazione dell’art. 111 Cost. Esemplicativamente v. BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., § 18.

⁴⁷³ V. sul punto POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per Cassazione*, cit., 370, secondo il quale, “l’art. 384, co. 1° c.p.c. collega l’enunciazione del principio del di diritto – e quindi la funzione nomofilattica – anche alle questioni di diritto processuale, confermando l’esigenza di valorizzare la giurisprudenza della Corte, quale *ratio* sottesa dell’art. 360-*bis*”.

⁴⁷⁴ V. ord. Cass. Sez. un. 6 settembre 2010, n. 19051, cit., punto n. 4.

7.1 L'individuazione del singolo motivo di ricorso per Cassazione

Risulta allora decisivo capire come portare innanzi all'organo nomofilattico la doglianza sull'errata applicazione dell'art. 115, co. 1° c.p.c.

Ante riforma, era prevalente l'orientamento della incensurabilità in sede di legittimità della valutazione discrezionale del giudice sui fatti ritenuti non contestati, a meno che tale apprezzamento fosse lacunoso o logicamente viziato sotto il profilo della motivazione della sentenza⁴⁷⁵. Con l'obbligo del giudice che avesse assunto la natura incontrovertibile del fatto, di specificare in motivazione la fonte processuale della relativa qualificazione⁴⁷⁶.

Nella considerazione del ricorso per cassazione quale mezzo di impugnazione a critica vincolata, la doglianza sulla violazione del principio di non contestazione era, dunque, ascrivibile nell'alveo dell'art. 360, co. 1°, n. 5⁴⁷⁷ (vizio di motivazione della sentenza impugnata)⁴⁷⁸.

Come corollario della predetta impostazione, conseguiva la necessaria osservanza del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione. La Suprema Corte ha così ritenuto che ove con il ricorso si imputi al giudice l'errata valutazione su un fatto che si assume essere stato pacifico tra le parti, il

⁴⁷⁵ V. ad es. Cass. 6 novembre 2001, n. 13686, in *Riv. giur. ed.*, 2002, I, 325 e ss.

⁴⁷⁶ Cass. 14 gennaio 2004, n. 405, in *Mass. Foro it.*, 2004, secondo cui "l'attore può essere esonerato dall'onere di provare i fatti costitutivi della domanda o se il convenuto tiene un comportamento omissivo, nel qual caso la non contestazione dei fatti costituisce, quale inadempimento dell'onere processuale previsto dall'art. 416, comma terzo, cod. proc. civ., un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, ovvero se la parte che avrebbe interesse a negare quei fatti li abbia esplicitamente ammessi ovvero abbia impostato il proprio sistema difensivo su circostanze e argomentazioni logicamente incompatibili con il disconoscimento di un fatto che, ricorrendo tali condizioni, può ritenersi pacifico tra le parti; il giudice che assume la qualità incontrovertibile dei suddetti fatti ha il dovere di specificare la natura della causa che conferisce ai fatti tale qualità (omissione o non contestazione), nonché la fonte processuale di tale qualificazione".

⁴⁷⁷ Così ad es. Cass. 22 dicembre 2005, n. 28421, secondo cui "qualora con il ricorso per cassazione si deduca che il giudice, nell'esaminare la domanda, abbia erroneamente ritenuto controverso un fatto che invece era da considerare pacifico o non contestato, è incensurabile in sede di legittimità il travisamento delle risultanze processuali – eventualmente suscettibile, ricorrendone le condizioni previste dall'art. 395 n. 4 c.p.c., del rimedio revocatorio – mentre l'erronea interpretazione degli atti processuali, compiuta nell'ambito dell'indagine di fatto riservata al giudice di merito, può essere dedotta in cassazione come vizio di motivazione o sotto l'aspetto della violazione delle regole ermeneutiche di cui agli artt. 1362-1365 c.c. che, pure essendo dettate in materia di contratto, hanno portata generale".

⁴⁷⁸ In questo senso v. soprattutto Cass. 16 dicembre 2005, n. 26833, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 12, ove si afferma che la valutazione della mancata contestazione del fatto costitutivo del diritto azionato integra un accertamento di fatto, riservato al solo giudice di merito, al più sindacabile in Cassazione soltanto sotto il profilo del vizio di motivazione.

principio di autosufficienza⁴⁷⁹ impone al ricorrente di indicare in quale atto emerge l'allegazione della circostanza e in "quale sede e modo essa sia stata provata o ritenuta pacifica"⁴⁸⁰.

Dopo la novella del 2009, invece, in tutt'altra direzione, si potrebbe sostenere che il principio di non contestazione - siccome inserito nel libro primo del codice tra le regole generali del processo civile - possa essere censurato innanzi alla Corte regolatrice ai sensi dell'art. 360, co. 1°, n. 4 c.p.c.⁴⁸¹.

In tal modo, allorquando il giudice del merito fonda il suo convincimento su una circostanza per errore qualificata come non contestata ovvero, all'inverso, ignori la inferenza probatoria del fatto pacifico sulla decisione, il ricorso per cassazione sarebbe proponibile per errata applicazione della norma processuale di cui all'art. 115, co. 1° c.p.c.

Agganciando, poi, l'onere di contestazione ad un sistema di preclusioni, mi sembra una diretta conseguenza della predetta ricostruzione qualificare come *error in procedendo* l'erronea valutazione del giudice di merito sulla tempestività o tardività della attività di contestazione specifica⁴⁸². Egesi che potrebbe trovare conferma nel segnalato percorso evolutivo (specie pretorio) che ha inteso il principio di non contestazione come regola "derivata" del giusto processo, perché intimamente legato al canone costituzionale della ragionevole durata dei processi civili.

Non credo ci sia una risposta univoca per risolvere il descritto problema. Una soluzione congrua potrebbe essere quella di costruire la denuncia sul principio di non contestazione in base al criterio della "preventiva individuazione" del tipo di errore da imputare al giudice in ordine alla errata applicazione del novellato art. 115 c.p.c.

⁴⁷⁹ Sul tema v. CONFORTI, *Principio di autosufficienza ed errores in procedendo*, in www.judicium.it.

⁴⁸⁰ V. Cass. 18 luglio 2007, n. 15961, in cui si afferma che "ove con il ricorso per cassazione si ascriva al giudice di merito di non avere tenuto conto di una circostanza di fatto che si assume essere stata "pacifica" tra le parti, il principio di autosufficienza del ricorso impone al ricorrente di indicare in quale atto sia stata allegata la suddetta circostanza, ed in quale sede e modo essa sia stata provata o ritenuta pacifica".

⁴⁸¹ Il dubbio è posto da SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, cit., § 10. L'a. (nt. 69) pone l'esempio (a mio avviso più importante) dell'errata qualificazione del giudice sulla contestazione dotata della indispensabile specificità richiesta dall'art. 115 c.p.c. V. anche CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, cit., I, 116-118, ma solo sul presupposto della riconducibilità dell'assolvimento della regola di contestazione al principio del contraddittorio.

⁴⁸² Sebbene nel contesto dell'arbitrato rituale, per CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, cit., 61, il sindacato sulla contestazione tardiva è di "puro *error in procedendo*".

Per esempio, se il vizio che inficia la sentenza è di natura strettamente processuale (perché il giudice ha erroneamente ritenuto che la parte non ha assolto l'onere di contestazione in ragione di una contestazione generica o tardiva), il ricorso andrebbe opportunamente incanalato secondo il motivo di cui al n. 4 dell'art. 360 c.p.c.

In argomento, pare altresì utile rammentare che è acquisizione recente (e sembra prevalente) quella secondo la quale la denuncia del vizio processuale ex art. art. 360, n. 4 c.p.c. non tutela l'astratta regolarità del procedimento, ma garantisce l'eliminazione del concreto "pregiudizio" subito dall'impugnante, il quale ha l'onere di specificare quali attività avrebbe potuto compiere in assenza del vizio processuale⁴⁸³.

Proprio nell'ottica della valorizzazione (sostanziale e non formale) del principio del giusto processo, ciò significa che, in questi casi, chi ha impugnato deve dimostrare la lesione effettiva e comprovata ai propri poteri processuali e l'incidenza del vizio sull'esito della decisione⁴⁸⁴.

Quando invece il ricorrente intende controllare l'*iter* motivazionale della sentenza nella parte in cui il giudice - pur qualificando correttamente i comportamenti contestativi e non contestativi delle parti - ha, per errore, tratto delle conclusioni "logicamente incompatibili" (anche rispetto al vaglio delle

⁴⁸³ Secondo Cass. 7 luglio 2009, n. 15895, in *Guida al Diritto*, 2009, 41, 97, "il principio costituzionale della ragionevole durata del processo impedisce al giudice di adottare decisioni che, senza utilità per il diritto di difesa o per il rispetto del contraddittorio, comportino l'inutile allungamento dei tempi del giudizio".

⁴⁸⁴ V. Cass., sez. un. 3 novembre 2008, n. 26373, in *Giur. it.*, 2009, 3, 668, in cui si afferma che "il rispetto del diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo (derivante dall'art. 111, secondo comma Cost. e dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) impone al giudice (ai sensi degli artt. 175 e 127 cod. proc. civ.) di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano certamente quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo e, in particolare, dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio, espresso dall'art. 101 cod. proc. civ., da effettive garanzie di difesa (art. 24 Cost.) e dal diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità (art. 111, secondo comma Cost.), dei soggetti nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato ad esplicare i suoi effetti. (In applicazione del suddetto principio, la S.C. - avendo valutato inammissibile il ricorso in mancanza dell'esposizione sommaria dei fatti, della specificità dei motivi e del rispetto del principio dell'autosufficienza - ha ritenuto superflua la concessione di un termine per la notifica, omessa, del ricorso per cassazione alla parte totalmente vittoriosa in appello, aggiungendo che la concessione del termine richiesto avrebbe significato avallare un comportamento contrario al principio di lealtà e probità processuale (art. 88 cod. proc. civ.), atteso che gli istanti erano già in precedenza consapevoli della necessità della stessa).

altre risultanze istruttorie), meglio si addice un ricorso improntato sul n. 5 dell'art. 360 c.p.c.⁴⁸⁵.

Tuttavia, dopo la nuova versione del numero 5 dell'art. 360 c.p.c offerta dal d.lgs. n. 40/2006, dovrebbe pur sempre trattarsi di un errore che riguardi un fatto “*controverso*⁴⁸⁶ e *decisivo*” per il giudizio. Nella predetta ipotesi, la Corte di cassazione gode indubbiamente di ampia discrezionalità. Anzi, si riscontra una nozione di decisività piuttosto stringente, visto che il ricorrente è onerato a dimostrare che se il vizio non fosse stato compiuto, si sarebbe avuta “la certezza”⁴⁸⁷ (e non semplicemente la probabilità o possibilità) di una decisione diversa da quella adottata.

In definitiva, si può ragionevolmente inferire che la violazione regola della non contestazione per condurre all'annullamento della sentenza impugnata in sede di legittimità: *a*) dovrebbe preliminarmente essere manifestamente fondata per superare i requisiti prescritti dall'art. 360-*bisc*.p.c.; *b*) se inquadrata sotto l'ègida del n. 4 dell'art. 360-*bis*, dovrebbe riguardare la violazione di un aspetto processuale mal considerato dal giudice di merito e tale da arrecare un nocumento concreto ai poteri difensivi della parte; *c*) se invece denunziata come vizio di motivazione, dovrebbe risultare talmente lampante (e ben evidenziata secondo il canone dell'autosufficienza) da avere un elevato margine di sicurezza per giungere ad un diverso e favorevole esito nel merito della controversia.

8. Conclusioni: approdi dell'indagine e le proposte per la definizione di uno statuto condiviso dell'onere di contestazione

A questo punto è opportuno tirare le fila discorso per verificare gli approdi dell'indagine e trarre delle considerazioni conclusive sul tema. Conviene,

⁴⁸⁵ SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, cit., § 10.

⁴⁸⁶ In senso dubitativo, a seguito della modifica, taluno (TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2006, 255) ha considerato “non agevolmente prospettabile” un vizio logico su un fatto incontrovertito. Secondo altra dottrina, l'aggiunta dell'aggettivo “controverso” non pare poter svolgere alcuna apprezzabile funzione limitatrice al ricorso per cassazione fondato sulla censura del vizio logico, anche quello derivante dalla violazione del principio di non contestazione (v. PROTO PISANI, *Novità sul giudizio di cassazione*, in *Foro it.*, 2005, V, 252 e SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 217).

⁴⁸⁷ Sotto il vigore della previgente disciplina, v. ad es. Cass. ord. 18 luglio 2007, n. 16002, in *Foro it.*, 2008, I, 522.

dunque, soffermarsi sui propositi e sugli interrogativi evidenziati nella premessa del presente lavoro.

Dopo l'esplicito riconoscimento del principio di non contestazione nel codice di procedura civile credo che si possa giungere alla definizione di uno statuto condiviso dell'istituto se coordinato, in via generale, con le regole del giusto processo e, in modo specifico, con l'architettura complessiva della legge n. 69/2009.

Con tutte le difficoltà esegetiche segnalate a più riprese nel corso dell'indagine, non ritengo che l'onere generale di specifica contestazione di cui all'art. 115, co. 1°, c.p.c. abbia ancor di più complicato le cose rispetto al passato contraddistinto dall'assenza di una esplicita prescrizione. Sul tappeto ci sono dei problemi "indipendenti" dalla giustificazione normativa della non contestazione. Altri, invece, "dipendono" dalla individuazione dell'inquadramento teorico della regola.

Quanto ai primi, di nuovo c'è che, sicuramente, la regola della non contestazione è divenuta principio generale del processo civile. Altrimenti a dirsi essa è una "disposizione generale del codice di procedura civile". Le implicazioni sono notevoli, posto che se ne postula l'applicazione nelle diverse forme tutela previste dal codice di rito e in quelle extracodicistiche che ne facciano rinvio.

Inoltre, la non contestazione è fenomeno che riguarda le sole parti costituite, ossia tutti coloro che, a vario titolo, decidono di partecipare al processo in funzione di contrasto, in fatto e in diritto, delle avverse pretese. Aggiungerei che il canone della autoresponsabilità sotteso alla legge n. 69/2009, può funzionare solo in riferimento alla parte costituita che ponga in essere un comportamento processuale. La contumacia è, al contrario, la scelta di astenersi da qualsiasi iniziativa processuale dalla quale è impossibile inferire alcun ragionevole affidamento circa la contestazione o non contestazione delle richieste dell'avversario.

Del resto è una opzione coerente con il dato positivo esistente: gli artt. 167, 416, 186-*bis* richiedono che la contestazione provenga dalle parti costituite. Quest'ultime hanno piena libertà di scegliere quale strategia adottare nel processo, ma, oggi, sanno che l'inerzia sui fatti allegati dalla controparte è un comportamento consapevolmente rilevante ai fini della decisione.

Sempre con riferimento alle questioni risolte dal dato normativo, l'onere di contestazione ufficializzato nell' art. 115 c.p.c. riguarda tutti i fatti narrati in sede processuale (di merito[principali-secondari] e di rito) e deve essere assolto in modo specifico. In questo modo, la riforma supera alcune delle "riserve" derivanti dalla sentenza 23 gennaio 2002, n. 761 delle Sezioni Unite civili, a ragione indicata come il primo vero arresto nomofilattico sul tema della non contestazione.

Al riguardo è di fondamentale importanza l'avverbio "*specificatamente*" che risolve il problema (fonte di contrasto in giurisprudenza) della estensione del principio di non contestazione anche alle ipotesi di contestazione generica.

Fin qui i pregi della novella, i punti dolenti (guarda caso) riguardano quelle tematiche applicative che non possono prescindere dalla ricerca della natura del principio di non contestazione. Non che si pretendesse un intervento sistematico da parte del legislatore, ma certamente l'aver taciuto sulla nozione, sul tempo e sugli effetti della non contestazione genera le disparate vedute da parte degli interpreti. Posizioni talvolta influenzate dalla contrapposizione tra "processo celere" e "processo veritiero".

Non credo che il principio di non contestazione sia univocamente preordinato ad una delle menzionate prospettive. Penso, all'opposto, che una giusta composizione della lite possa serenamente passare da una corretta applicazione della regola della non contestazione.

In questa cornice, il presente lavoro ha inteso l'onere di contestazione in un'ottica di sistema - così come ha fatto la giurisprudenza e parte della dottrina negli ultimi tempi -, ma in chiave rimediale rispetto a delle soluzioni più inclini al rispetto dell'effettività del diritto di difesa delle parti.

Sicché, a prescindere dalla attuale collocazione della norma, è necessario individuare un termine finale per la contestazione in primo grado nei procedimenti retti dal principio di preclusione. Se così non fosse, vi sarebbe una palese disparità di trattamento tra il regime delle allegazioni e delle contestazioni. Se la contestazione si risolve in una reazione difforme rispetto alla allegazione della controparte, ne discende che la prima incontra i medesimi limiti temporali della seconda. Al sincronismo concettuale tra allegazione e contestazione dovrebbe accompagnarsi anche quello spazio-temporale. Il che

induce a ritenere che la contestazione tardiva o revoca della non contestazione trova giustificazione solo nei casi di concessione della remissione in termini.

L'individuazione di tale momento preclusivo va cercata ancorando il principio di non contestazione alla esigenza di economia processuale. E' questa l'autentica *ratio* della regola di cui ball'art. 115 c.p.c., la quale tende a semplificare il processo attraverso l'espunzione dall'istruttoria dei fatti cosiddetti pacifici.

Peraltro, l'idea di contestazioni ad *libitum* mal si sposa con gli scopi della legge n. 69/2009 intesi a responsabilizzare le parti (e i loro difensori) che hanno il dovere sin dall'inizio di esplicitare le questioni da affrontare e il giudice al quale si richiede un ruolo attivo nella fase di trattazione. L'idea di fondo è quella del processo come luogo di confronto dialettico e leale.

Anche per questo motivo considero poco equilibrato un processo nel quale una parte deve tempestivamente chiarire la propria pretesa (specificando fatti e offerte di prove) e l'altra, invece, a piacimento, può dilazionare la propria linea difensiva. Ne perderebbe la stessa funzionalità del giudizio, visto che la contestazione tardiva è fattore di regresso e allungamento delle attività processuali.

Di conseguenza , anche la valutazione del giudice sull'aera del non contestato va effettuata in *limine litis* e non alla conclusione del processo. Diversamente, chi ha allegato un fatto sarebbe costretto per prudenza a richiedere sempre e comunque i mezzi di prova per dimostrare la sua esistenza, a prescindere dal comportamento di controparte.

L'asserita circolarità tra onere di allegazione e onere di contestazione va tuttavia delimitata da precise garanzie per le parti. Qui si rinvengono i limiti più evidenti dell'onere di contestazione. Vanno contestati solo i fatti che la parte ha l'onere di provare e, tra questi, quelli di cui si è avuta effettiva o prossima percezione e in modo proporzionato al tipo della allegazione di controparte. E' pur sempre necessario che le scelte positive dell'ordinamento non impongano ai diritti d'azione e di difesa delle parti oneri particolarmente gravosi o limiti tali, da renderne difficile, se non addirittura impossibile, il concreto esercizio in condizione di paritario godimento.

Ma ciò non significa che, in questi casi, le parti debbano disinteressarsi del nuovo art. 115 c.p.c., posto che la nuova disposizione pone in essere in favore

dell'allegante un principio di benevole affidamento sugli effetti del principio di non contestazione. Ne consegue che la parte onerata della contestazione specifica deve esplicitare al giudice le ragioni di fatto che la inducono a non contestare o a farlo solo genericamente.

Tale esegesi elimina il dubbio della indispensabilità del contestatore di fornire una verità alternativa dei fatti al fine di rendere controversa l'allegazione della controparte. Con soluzione analoga al paragrafo 138 della ZPO tedesca, la specificità della contestazione si modella in modo speculare (caso per caso) sul contenuto della allegazione dell'avversario.

Quanto agli effetti, vi è concordia nel ritenere che l'omessa o generica contestazione generi una *relavatio ab onere probandi* in capo alla parte che originariamente era tenuta a provare l'allegazione (tempestivamente) introdotta. Parte che, dunque, beneficia dell'esonero della prova.

E' altresì da escludere qualsiasi tentativo di equiparazione tra fatto non contestato e prova legale. Per quel concerne il convincimento del giudice, è lecito sostenere che in conseguenza della inattività del contestatore ad essere certa è solo l'esistenza del fatto, ma non la sua l'inferenza probatoria sul giudizio.

E' una soluzione che, pianamente, si evince dall' art. 111 cost. e dalla nuova formulazione dell'art. 115 c.p.c. Dalla norma costituzionale, per derivazione, si desume che il principio di non contestazione tende ad assicurare la garanzia della ragionevole durata del processo. Il codice di rito afferma, invece, testualmente che i fatti non contestati sono posti dal giudice a fondamento della decisione. Ritengo, allora, che il principio di non contestazione è una regola del giusto processo solo nella misura in cui è applicata con equilibrio nella ricerca tra giustizia e celerità della decisione. E tale equilibrio va rintracciato nel sistema processuale vigente caratterizzato da una pluralità di forme di tutela giurisdizionale a cui si accompagnano schemi e modelli procedurali differenti (sebbene oggi in fase di riduzione).

Soprattutto nelle tutele cognitive governate dal regime delle preclusioni, è plausibile l'esercizio di uno *ius poenitendi* sull'area del non contestato senza che ciò comporti un disvalore in termini di semplificazione. Al riguardo, appaiano interessanti alcuni istituti a valenza probatoria che hanno la capacità di fare luce sulla condotta non contestativa. Mi riferisco soprattutto

all'interrogatorio libero delle parti ex art. 117 c.p.c. da effettuarsi in modo sempre meno facoltativo e preferibilmente alla prima udienza. Come pure è innegabile riconoscere alla parte decaduta dal potere di contestare la possibilità di deferire (in *extrema ratio*) il giuramento decisorio all'avversario per tentare di dimostrare la falsità delle circostanze non contestate; oppure, sempre a detti fini, la parte può sempre sollecitare l'esercizio di poteri istruttori da parte del giudice ove espressamente consentiti.

Preme chiudere il lavoro con un'ultima considerazione.

Quando ho scelto questo argomento per la tesi di dottorato ho avuto un iniziale entusiasmo dovuto alla banale convinzione di occuparmi di qualcosa di molto interessante. Nel corso della stesura della tesi ho riscontrato serie difficoltà a manifestare delle idee su temi così complessi, ma alla fine ho maturato una convinzione: dopo la riforma del 2009, occorre salvaguardare la “parte virtuosa” che ha maggiormente chiarito al giudice le proprie ragioni di fatto e di diritto e che ha modulato la sua strategia difensiva sull'affidamento del principio di non contestazione. Con la conseguenza che “l'inattività va a carico della parte inerte”⁴⁸⁸.

L'onere di contestazione non rischia di essere una insidia per le parti ovvero un evento ineluttabile per il giudice solo se l'esercizio dei rispettivi poteri come già ammoniva circa quarant'anni orsono VIRGILIO ANDRIOLI è “materiato da autoresponsabilità e reciproca cooperazione”⁴⁸⁹.

Un simile atteggiamento nasce dalle aspettative riposte dai consociati nei tempi e nella funzionalità della giustizia civile. In attuazione dei canoni dell'economia processuale e dell'autoresponsabilità, il riscritto art. 115 c.p.c., deve costituire il punto di partenza verso interpretazioni (auspicabilmente a breve anche di nomofilachia) orientate alla “semplificazione razionale” delle attività processuali tramite “un bilanciamento mobile”⁴⁹⁰ delle garanzie processuali a copertura costituzionale.

Sulla scorta di tali direttive, esclusa ogni affinità con il principio dispositivo in senso sostanziale, nonché in assenza di elementi di segno contrario rinvenibili nell'art. 115 c.p.c., l'effetto primario di *relevatio ab onere probandi* del

⁴⁸⁸ Secondo SASSANI, *L'onere di contestazione*, cit., § 14, si tratta di un principio generale già presente nella Relazione che accompagnava il codice di procedura civile del 1940.

⁴⁸⁹ ANDRIOLI, *Prova*, cit., 275.

⁴⁹⁰ L'espressione è di DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, cit., § 9, 290.

principio di non contestazione può riguardare anche le liti vertenti su diritti indisponibili. Sia pure con la dovuta cautela richiesta al giudice, verrebbe, in questo modo, superato un altro consolidato limite di applicazione dell'istituto.

Ringraziamenti

So che i Professori di diritto processuale civile dell'Università degli Studi di Salerno, Prof. Francesco De Santis e Prof. Luigi Iannicelli, né vogliono né si aspettano ringraziamenti per questo studio. Mi sentirei, tuttavia, in colpevole disagio se non ricordassi che è grazie alla loro fiducia, pazienza ed incoraggiamento se ho vissuto l'esperienza formativa del dottorato nella prestigiosa Scuola processualcivilista dell'Università degli Studi di Napoli Federico II°.

Un pensiero particolare va al mio *tutor* Prof. Luigi Iannicelli che mi ha sempre stimolato a partecipare con passione alle attività del dottorato, mostrandomi in ogni momento attenzione e professionalità.

La mia gratitudine è rivolta anche al Prof. Salvatore Boccagna dal quale ho appreso utilissimi suggerimenti per migliorare e completare la tesi.

BIBLIOGRAFIA

- ACONE, *Intervento dei creditori*, in AA. VV., *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, 67 e ss.
- ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Nuov. Dig. civ.*, Torino, 1967, 274 e ss..
- ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973.
- ARIETA, *Il rito semplificato di cognizione*, in *www.judicium.it*.
- ARIETA-F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004.
- AULETTA-SASSANI, *L'illegittimità costituzionale per «contrasto con la tradizione»: in morte di una (buona) «regola del processo»*, in *www.judicium.it*.
- BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 776 ss.;
- BALENA, in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Sub art. 115 c.p.c.*, Torino, 2009, 31 ss.
- BALENA, *Onere di contestazione delle avverse allegazioni*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 27, 110.
- BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 277 ss.
- BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994.
- BATTAGLIA, *Sull'onere del convenuto di << prendere posizione >> in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1512 ss.
- BOCCAGNA, in AA. VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, 35 e ss.
- BOCCAGNA, *Sub art. 153*, in *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, Milano, 2009, 119 ss.
- BOVE, in BOVE-SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Macerata, 2009, 44 ss.
- BOVE, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in *www.judicium.it*.
- BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della corte di Cassazione*, Napoli, 2010, 88.

BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Società*, 2010, 760 ss.

BOVE, *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *www.judicium.it*.

BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia*, in *www.judicium.it*.

BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 263 ss.

BUFFONE, *"L'onere di contestazione"*, in *www.appinter.csm.it*.

BUFFONE, *Il fatto non specificamente contestato è provato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 12, 2949 ss.

BUFFONE, *Sinistri stradali: di rara applicabilità, di fatto, il principio di non contestazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 4, 861.

BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001.

CAPONI, *Il processo di cognizione secondo il modello tedesco: aspetti fondamentali*, in *www.unifi.academia.edu*.

CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema della oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962.

CARNELUTTI, *La prova civile*, 1911 - rist. 1992 -, Milano. 18 ss.

CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, 3 ss.

CARNELUTTI, *Lite e funzione processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, 23 ss.

CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995.

CARRATTA *«Principio della non contestazione» e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili*, in *Famiglia e dir.*, 2010, 572 ss.

CARRATTA, *Il procedimento ingiuntivo europeo e la "Comunitarizzazione" del diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1514.

CARRATTA, in MANDRIOLI-CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit., 66 ss.

CARRATTA, *A proposito dell'onere di prendere posizione*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 151 ss.

CASTELLARI, *Volontà ed attività nel rapporto processuale*, Padova, 1927.

CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, 55 ss.

CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, *Foro it.*, 2009, V, 268 ss.

CEA, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 792 ss.

CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *www.judicium.it*.

CEA, *La tecnica della non contestazione*, in *Il Giusto proc. civ.*, 2006, 188 ss.

CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2002, 2017 ss.

CHIARLONI, voce *Giusto processo (dir. proc.civ.)*, in *Enc. dir. Annali*, II, tomo 1, Milano, 2008 415 e ss.

CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, ora in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, rist. Milano, 1993.

CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, rist. anastatica 1965.

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934.

CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile. I) La contestazione tra norma e sistema*, Milano, 1992.

CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile. II) La non contestazione: caratteri ed effetti*. Milano, 1993.

CIPRIANI, *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi di diritto processuale civile*, Napoli, 1997.

CIPRIANI, *Per un nuovo processo civile*, in *Foro it.*, V, 2001, 326 ss.

COMOGLIO, voce *Allegazione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, 274 ss.

COMOGLIO, in COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, 4° ed., Bologna, 2006, 264.

COMOGLIO, *Le prove civili*, 3[^] ed., Torino, 2010.

CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, 737 ss.

CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009 n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, 877.

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile - Il processo di primo grado e le impugnazioni*- Padova, 2009.

CONSOLO, voce *Domanda*, in *Dig. sez. civ. priv.*, Torino, VII, 1991, 55.

CORDOPATRI, *Note a margine di un libro recente e di un recente disegno di legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1335 ss.

DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 273 ss.

DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina, e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, 112 ss.

DEMARCHI, *L'onere di contestazione specifica tra rigore formale, contumacia e conoscibilità dei fatti*, in *Giur. mer.*, 2011, 1042 ss.

DEMONTIS, *Sull'applicabilità del principio di non contestazione al convenuto contumace*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2007, I, 352 ss.

DE ROMA, *Il principio di non contestazione assume valenza generale*, in *Corr. trib.*, 2009, n. 33, 2683 e ss.

A.D. DE SANTIS, *Sul concetto "di non inequivocabilità" della non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 560 ss.

A.D. DE SANTIS, *Brevi note sulla sanatoria della nullità del ricorso ex art. 414 c.p.c. e sul principio di non contestazione ai c.d. fatti processuali*, in *Foro it.*, 2006, I, 1492.

F. DE SANTIS, *Ancora sugli oneri della prova nel processo di fallimento*, in *Fall.*, 6, 2011, 669 e ss.

F. DE SANTIS, *Poteri istruttori d'ufficio, effetti della non contestazione e verità nel processo*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2005, II, 155 e ss.

F. DE SANTIS, *La ragionevole durata, l'applicazione della norma processuale e la rimessione in termini: «percorsi» per un processo di inizio secolo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 875 ss.

F. DE SANTIS, *Riforme processuali e "disponibilità" del regime preclusivo*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2004, 2004, 1257 ss.

DE VITA, *Non contestazione (principio di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2010, 833 ss.

D'ORAZIO, *Il principio di non contestazione nell'accertamento del passivo alla luce del nuovo art. 115 l.f. (legge 69 del 2009)*, in www.judicium.it.

FABBRINI, *Potere del giudice*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1985, 728 ss.

M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. giur.*, 2009, 1169 ss.

M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, www.judicium.it.

M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione*, in *Corr. giur.*, 2003, 1335 e ss.

FAROLFI, *La non contestazione tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, in www.appintercsm.it.

FESTI, *Riflessioni sul principio di non contestazione nel processo civile*, in *Giur. it.*, 1, 2011, 243.

FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazioni, rilievo e prova)*, in www.judicium.it.

FRUS, *Note sul convenuto di prendere posizione nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 63 e ss.

FRUS, *Osservazioni su due casi di inutile invocazione del principio di non contestazione da parte dell'attore nei confronti del convenuto contumace, per sopperire alle proprie carenze probatorie*, in *Giur. it.*, 2010, 1384.

FRUS, *Sul rispetto dell'onere di contestazione anche in caso di incolpevole ignoranza e sugli effetti della mancata contestazione*, in *Giur. it.*, 2010, 1668 ss.

FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940.

GIANI, *La non contestazione nel processo civile*, in www.appintercsm.it.

GIORDANO, *Il nuovo processo civile. Sub. art. 115*, Roma, 2009, 160 ss.

GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario al codice di procedura civile Allorio*, II, 2, Torino, 1973, 1319 e ss.

IANNICELLI, *La decisione del giudizio di primo grado con sentenza orale e immediata tra la fiducia del legislatore e le resistenze della prassi*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2008, 1207 e ss.

IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 309.

LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984.

LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1960, 551.

LUISO, *Prime osservazioni sul disegno Mastella*, in www.judicium.it.

LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, 1568 ss.

LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano 2009, 428 ss.

LUISO, *La prima pronuncia della cassazione sul c.d. filtro (art. 360-bis c.p.c.)*, in www.judicium.it.

LUPOI, *Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in www.judicium.it.

MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile, - Nozioni introduttive e disposizioni generali. Editio minor. IX ed. a cura di CARRATTA -*, Torino, 2011.

MICHELI, *L'onere della prova*, 1942, rist. Padova 1966.

MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, 1026 e ss.

MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 316 e ss.

MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1905, 3° ed., 541 ss.

MORTARA, *Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur. it.*, 1923, IV, 136 ss.

NAPPI, *Sub artt. 91, 92, 96*, in *Codice di procedura civile commentato - a cura di CONSOLO e LUISO - La riforma del 2009 -*, Milano, 2009, 27 ss.

OLIVIERI, *La « ragionevole durata » del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, 251.

OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione, Primiissime brevi note*, in www.judicium.it.

OLIVIERI, *Al debutto il rito sommario di cognizione*, in *Guida al dir.*, 2009, n. 28, 46 e ss.

ORIANI, *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello di eccezioni in senso lato?*, in *Foro it.*, 2003, I, 1516.

ORIANI, *Sulle eccezioni proponibili in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006., 734.

ORIANI, *La disciplina delle eccezioni nel processo civile*, in www.appinter.csm.it.

ORIANI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e onere di tempestiva allegazione*, in *Foro it.*, 2001, I, 127 e ss.

ORIANI, voce *Eccezione*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 266 e ss.

PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 299 ss.

PAGNI, *La "riforma" del processo civile, la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, 1312 ss.

PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, 237 ss.

PANZAROLA, *Sub art. 115*, in AA.VV., *Codice di procedura civile. Le fonti del diritto italiano*, a cura di PICARDI, Milano, 2010, 861 ss.

PICARDI-GIULIANI, *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia, 1865*, - collana *Testi e documenti per la storia del processo civile* -, Milano, 2004,

POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 367 ss.

PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 4° ed., Napoli, 2006.

PROTO PISANI, *Allegazioni di fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, I, 2003, 606 ss.

PROTO PISANI, *Ancora sulle allegazioni di fatti e sul principio di non contestazione nel processo civile nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, V, 2006, 3146 ss.

PROTO PISANI, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, V, 2002, 65 ss.

PROTO PISANI, *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Noviss. Dig. (sez. civ.)*, App. IV, Torino, 1984, 625 e ss.

PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 1 ss.

PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *Foro it.*, 2009, V, 221 ss.

PUGLIATTI, voce "*Autoresponsabilità*", in *Enc. dir.*, 1959, 452 e ss.

PUNZI, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2008, 1200 e ss.

PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 ss.

RAGANATI, *Il processo contumaciale tra eccessivo garantismo e principio di autoresponsabilità*, in www.judicium.it.

RASCIO, *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire*, in *Corr. giur.*, 2010, 1243 ss.

RASCIO, *Note brevi sul “principio di non contestazione” (a margine di una importante sentenza)*, in *Dir. giur.*, 2002 78 e ss.

REALI, *La non contestazione nel giusto processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 2, 223 ss.

E. F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1362 ss.

G. F. RICCI, *Diritto processuale civile*, 2009, II, 59.

ROTA, *I fatti non contestati e il nuovo art. 115*, in *Il processo civile riformato* (a cura di TARUFFO), Bologna, 2010, 183 ss.

SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, www.judicium.it.

SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 401 ss.

SASSANI, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile. Sub. art. 115 - (a cura di SALETTI-SASSANI) -*, Milano, 2009, 66 e ss.

SASSANI, *L'ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in www.judicium.it.

SASSANI-TISCINI, *La semplificazione dei riti civili*, Roma, 2011.

SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it.

SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, 258 e ss.

SCHIRÒ, *Il principio di non contestazione dopo la riforma del processo civile*, in www.appintercsm.it.

SCOTTI, *Art. 115 c.p.c. L'onere di specifica contestazione*, in www.giurisprudenzapiemonte.it.

SORRENTINO, *Il principio di non contestazione nel processo tributario*, in *Il Fisco*, 2010, 32, 5161 ss.

TARUFFO, *Verità negoziata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, Suppl. n. 3/2008, 71 e ss.

TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Bari, 2009.

- TARUFFO, *Poteri del giudice. Sub. art. 115*, in *Commentario del codice di procedura civile* (a cura di CHIARLONI) Bologna, 2011, 447 ss.
- TARZIA, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2007, 190.
- TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 76 ss.
- TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it.
- VALLEBONA, *L'onere di contestazione nel processo del lavoro*, in www.judicium.it.
- VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.
- VERDE, *Profili del processo civile*, II, Napoli, 2006.
- VERDE, *Diritto processuale civile*, II, Bologna, 2010.
- VERDE, *Dal metodo alla disciplina sulla competenza: l'intervento del legislatore manca il bersaglio*, in *Guida al dir.*, 2009, fasc. 27, 87.
- VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, 1979, 2178 ss.
- VERDE, voce "Prova" (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 613 ss.
- VERDE, voce "Domanda" (*principio della*).I) *diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 9 e ss.
- VIOLA, *Il principio di non contestazione alla luce della prima giurisprudenza*, www.altalex.com.
- ZUFFI, *Sub art. 115 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, - (diretto da CONSOLO) - Milano, 2009, 71 ss.