

FABIO SANTANGELI

La non contestazione come prova liberamente valutabile

Sommario: 1. Il nuovo art. 115 c.p.c. - 2. Segue: La non contestazione come prova liberamente valutabile - 3. I limiti temporali della contestazione - 4. L'eventuale contestazione tardiva - 5. I fatti oggetto dell'onere di contestazione: 5.1 fatti principali e secondari - 5.2. I fatti allegati che la parte ha l'onere di provare - 5.3. I fatti incidentalmente emersi nel corso del processo - 5.4. I fatti configuranti qualità giuridiche - 5.5. I fatti conoscibili - 6. Non contestazione e diritti indisponibili - 7. Il principio di non contestazione e i riti sommari - 8. Le modalità di assolvimento dell'onere contestativo (la "specificità" della contestazione) - 9. La non contestazione e poteri istruttori esercitabili d'ufficio dal giudice - 10. La censurabilità, in sede di legittimità, dell'errata (o omessa) applicazione del principio di non contestazione.

1. Il nuovo art. 115 c.p.c.

Con la legge di riforma del 18 giugno 2009, n. 69, il legislatore ha modificato il primo comma dell'art. 115 c.p.c., disponendo che il giudice deve porre a fondamento della decisione, oltre alle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, "*i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita*¹".

¹ La norma, facendo espresso riferimento alla parte costituita, esclude l'applicabilità della regola della non contestazione al contumace.

Conseguenze ben diverse venivano fatte discendere alla contumacia (o tardiva costituzione) del convenuto nel previgente rito societario (d.lgs. n. 5/2003), il quale – attribuendo al predetto comportamento inerte valore di vera e propria *ficta confessio* – disponeva all'art. 13, secondo comma, che "Se il convenuto non notifica la comparsa di risposta nel termine stabilito a norma dell'art. 2, comma 1, lett. c), ovvero dell'art. 3 comma 2, l'attore tempestivamente costituitosi, può notificare al convenuto una nuova memoria a norma dell'art. 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 ed il Tribunale decide sulla domanda in base alla concluzione di questa; se lo ritiene opportuno, il giudice deferisce all'attore giuramento suppletorio".

Tale norma era stata oggetto di una pronuncia di incostituzionalità (12 ottobre 2007, n. 340, in *Foro.it*, 2008, I, 721), con la quale il Giudice delle leggi – censurando l'opera del legislatore delegato sotto il profilo dell'eccesso di delega – ha espressamente affermato che quella dettata dalla suddetta disposizione era "una regola del processo contumaciale in contrasto con la tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito il valore di confessione implicita".

La lettura del principio di non contestazione – così come normativizzato dal legislatore della riforma – che nei prossimi paragrafi mi permetterà di suggerire, sicuramente meno drastica di quella qualificata in contrasto con la nostra tradizione processuale, potrebbe "rendere accettabile" anche l'auspicato riconoscimento di conseguenze processuali

Il nuovo testo dell'art. 115 c.p.c. induce l'interprete e l'operatore del diritto ad affrontare ed a risolvere un primo grave problema ermeneutico, e cioè ipotizzare che l'introduzione della nuova norma non sia altro che il riconoscimento normativo del consolidato orientamento del Giudice di legittimità², o invece valutare la nuova disciplina alla luce dell'assoluta originalità dell'impianto normativo.

(equivalenti alla non contestazione) alla contumacia, al fine di rimuovere un'ingiustificata disparità di trattamento tra la parte costituita e chi – consapevolmente – decide di “restare fuori” dal processo.

² In particolare, con la storica sentenza delle Sezioni Unite del 23 gennaio 2002, n. 761 (in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 117), la Corte di Cassazione ha affermato l'esistenza nell'ordinamento processuale civile italiano del principio di non contestazione, e, conseguentemente, di un generale onere di contestazione tempestiva, in mancanza della quale il fatto allegato dalla parte è da considerare pacifico e la stessa non più gravata dell'onere della prova.

Anteriormente a tale pronuncia, la prevalente Giurisprudenza di Legittimità aveva costantemente ritenuto – in linea con la Dottrina dominante – che i fatti allegati potevano considerarsi pacifici, esonerando la parte allegante dall'onere di fornire la prova, soltanto quando l'altra parte li avesse esplicitamente ammessi o avesse impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi, ovvero quando si fosse limitata a contestarne esplicitamente e specificamente alcuni soltanto, così indirettamente manifestando la propria mancanza di interesse all'accertamento degli altri. (v. tra le tante Cass. 26 agosto 1986 n. 5229, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, VIII; Cass. 5 dicembre 1992 n. 12947, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, XII; Cass. 20 maggio 1993, n. 5733 in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 895; Cass. 23 maggio 1995, n. 5643 in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1049; Cass. 18 luglio 1997, n. 6623, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1238; Cass. 13 ottobre 1999, n. 11513, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2112; Cass. 8 agosto 2000, n. 10434 in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1743).

In seno a tale orientamento della Giurisprudenza di Legittimità – come detto largamente prevalente – non può tuttavia ignorarsi l'esistenza di pronunzie che hanno, in qualche modo, favorito lo sviluppo sincronico verso l'affermazione del principio in esame, attribuendo rilevanza alla semplice non contestazione ed anche al mero silenzio serbato dal convenuto, senza necessità di un'esplicita ammissione dei fatti allegati dall'attore, una difesa incompatibile con la negazione di quei fatti o una contestazione solo parziale dei medesimi (In particolare v. Cass. 23 giugno 1998, n. 6230 in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1379; Cass. 20 agosto 1997, n. 7758 in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1452; Cass. 14 febbraio 1995, n. 1576, in *Giust. civ. Mass.* 1995, 339; Cass. 4 agosto 1988, n. 4834, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, VIII).

Nel 2002 le Sezioni Unite vengono chiamate a dirimere un contrasto insorto all'interno della sezione lavoro a proposito della necessità della contestazione, da parte del datore di lavoro convenuto, anche dei conteggi elaborati dall'attore-lavoratore, in presenza di una contestazione sull'*an debeatur*. In questa sede, il Supremo Collegio, andando ben oltre le esigenze del caso concreto, sancì l'esistenza nell'ordinamento processuale civile del principio di non contestazione. In particolare, le Sezioni Unite statuiscono che “gli artt. 167, comma 1 e 416, comma 3, imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi, fanno della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con conseguenti effetti vincolanti per il Giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua di siffatta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti.”

Riassumendo in estrema sintesi il contenuto della decisione in esame, con la predetta pronunzia le Sezioni Unite affermano che la non contestazione (ravvisabile nel silenzio serbato su determinate circostanze allegate dalla parte

avversa o anche nella contestazione generica delle medesime) comporta l'esclusione del fatto non contestato dal *thema probandum* ed è irreversibile (salva la sussistenza dei presupposti per una rimessione in termini) oltre l'udienza di cui all'art. 420 c.p.c. (per il rito ordinario, è da ritenersi, l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.); la non contestazione opera tuttavia solo in ipotesi di controversie relative a diritti disponibili, esclusivamente con riguardo all'atteggiamento processuale del convenuto costituito, e sempre che essa abbia ad oggetto i fatti "posti dall'attore a fondamento della domanda", quindi i cd. fatti costitutivi, con conseguente esclusione dei fatti cd. "secondari" (ossia i fatti affermati dall'attore in funzione di prova dei fatti costitutivi).

Il concetto di non contestazione viene dunque costruito dalle Sezioni Unite esclusivamente intorno al carattere dispositivo del processo, considerato che, come si legge nella stessa sentenza, "la disponibilità della situazione giuridica sostanziale si atteggia, in sede giurisdizionale, come potere delle parti di determinare l'oggetto della lite".

Sulla scia della suddetta pronuncia delle Sezioni Unite, la Suprema Corte è poi ripetutamente intervenuta sull'argomento con altre decisioni che di volta in volta hanno esteso o compresso i principi affermati nella sentenza n. 761 del 2002.

Il principio sancito dalle Sezioni Unite verrà successivamente ripreso da altre sentenze della sezione lavoro. A titolo esemplificativo v. Cass. 17 aprile 2002, n. 5526 (in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 661) con la quale viene ribadito il carattere irreversibile della mancata contestazione, mentre Cass. 05 marzo 2003, n. 3245 (in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 452) estenderà il principio all'attore ogni qual volta anche il convenuto sia gravato da un onere di allegazione (e di prova).

In netto contrasto con quanto statuito dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 761/2002, si pone invece la pronuncia della sezione lavoro del 21 agosto 2003, n. 12317 (in *Giust. civ. Mass.* 2003, 7-8), nella quale viene affermato che "La previsione dell'obbligo del convenuto di formulare nella memoria difensiva di primo grado, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito, nonché di prendere posizione precisa in ordine alla domanda e di indicare le prove di cui intende avvalersi, (...), non esclude il potere dovere del giudice di accertare se da parte attorea sia stata data dimostrazione probatoria dei fatti costitutivi e giustificativi della pretesa, indipendentemente dalla circostanza che, in ordine ai medesimi, siano state o meno proposte, dalla parte legittimata a contraddire, contestazioni specifiche, difese ed eccezioni in senso lato (...)".

Con la sentenza del 13 giugno 2005, n. 12636 (in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6), la Suprema Corte compie un passo ulteriore rispetto a quanto sancito con la sentenza delle Sezioni Unite n. 761 del 2002, affrancando il principio in questione dal dato positivo rappresentato dagli artt. 416 c.p.c. per il rito del lavoro, e 167 c.p.c. per il rito ordinario. Si afferma, in particolare, che il principio di non contestazione deriva dal carattere dispositivo del processo che comporta una struttura dialettica a catena, dal principio di preclusione che obbliga le parti a circoscrivere il *thema decidendum e probandum* fin dalle prime battute, dai doveri di lealtà e probità e dal principio di economia processuale, costituzionalizzato dall'art. 111 Cost.

A tale pronuncia hanno fatto seguito altre decisioni, tra le quali la sentenza del 27 maggio 2009, n. 12274 (in *Diritto & Giustizia* 2009, nota *GALLUCCI*), con la quale la Suprema Corte compie sorprendentemente un passo indietro rispetto all'orientamento consolidatosi in materia, affermando l'inesistenza nel nostro ordinamento di "un principio che vincoli alla contestazione specifica di ogni situazione di fatto dichiarata dalla controparte, occorrendo invece che esso sia esplicitamente ammesso dalla controparte, ovvero che questa, pur non contestandolo in modo specifico, abbia impostato il proprio sistema difensivo su circostanze o argomentazioni logicamente incompatibili con il suo disconoscimento".

In ogni caso, una lettura attenta e sistematica delle pronunce successive consente di ritenere che della sentenza delle Sezioni Unite n. 761 del 2002, la giurisprudenza largamente maggioritaria abbia sostanzialmente condiviso i principi fondamentali e la *ratio decidendi*. Dopo alcune iniziali pronunce – seguite da sporadiche sentenze, rimaste tuttavia

Una prima ed affrettata lettura della predetta modifica normativa potrebbe far ritenere che il legislatore si sia limitato ad una mera opera di positivizzazione (*rectius*, recepimento passivo) del principio di non contestazione così come elaborato negli ultimi anni dalla Giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione³.

Tale interpretazione della norma, che i primi commentatori tendono a dare⁴, si scontra tuttavia con il dato testuale della stessa.

isolate nel panorama giurisprudenziale – nettamente in contrasto con quanto affermato dalle Sezioni Unite, la Giurisprudenza di Legittimità ha sostanzialmente preso atto del nuovo principio, costantemente applicandolo e arricchendolo di precisazioni e chiarimenti suggeriti dalle peculiarità delle singole fattispecie del caso concreto.

Si può, quindi, serenamente concludere che, nel panorama giurisprudenziale *ante* riforma, l'onere di contestazione, con il correlativo corollario del dovere del giudice di ritenere non bisognoso di prova quanto non espressamente contestato, aveva assunto rango di principio informatore del sistema processualciviltistico.

Per ciò che concerne gli orientamenti dottrinali sviluppatisi in ordine al principio di non contestazione, mi limito in questa sede a precisare che, fra le varie teorie che nel corso degli anni hanno accompagnato lo studio del fenomeno in esame, merita di essere segnalata – senza pretese di completezza – la tesi della natura “para-negoziale” della non contestazione (in senso negativo v. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 263), nonché la tesi fondata sulla derivazione della non contestazione dal principio dispositivo della domanda giudiziale (VERDE, voce *Domanda (principio della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, par. 10; CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig.civ.*, VII, 1991, Torino, 55), che assume il fatto non contestato come verificatosi e come tale non più bisognoso di essere provato.

Maggiore consensi ha tuttavia avuto la tesi che annoverava la non contestazione tra gli elementi di valutazione che il giudice può utilizzare ai sensi dell'art. 116 c.p.c., secondo comma, c.p.c., laddove gli si riconosce il potere di desumere argomenti di prova dal contegno delle parti nel processo (con specifico riferimento al processo del lavoro v. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 285 ss.).

Altri autori (CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, I, Milano, 1993, 164 ss.) negavano sostanzialmente la presenza nel nostro sistema processuale del principio in esame, in quanto la non contestazione dei fatti allegati dall'avversario configurerebbe soltanto una inazione incapace di alcuna valenza espressiva che non rende gli stessi incontrovertibili, nè li sottrae al relativo onere probatorio.

³ Tuttavia, tale lettura, benché errata, potrebbe essere in qualche modo – se non giustificata – compresa alla luce della genesi della riforma del processo civile introdotta con la legge 18 giugno 2009, n. 69, la quale, nei suoi tratti più caratterizzanti, appare come “modellata” e strutturata in ossequio alle soluzioni giurisprudenziali elaborate in materia dal Supremo Collegio.

⁴ Cfr. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in www.judicium.it, 9; CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 268; MINARDI, *Onere di contestazione: le conseguenze della mancata o tardiva contestazione dei fatti nel processo decisionale del Giudice*, in *Il Civilista*, 2010, II, 26; FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corriere Giuridico*, 2009, IX, 1169.

Occorre, infatti, tenere ben distinto il giudizio prognostico sulle modalità attraverso le quali la nuova disposizione verrà interpretata dalla Giurisprudenza⁵ (soprattutto di legittimità) dalla valutazione circa l'effettiva portata e collocazione sistematica che occorre riconoscere alla stessa. Se si dovesse, infatti, azzardare una previsione sulle modalità applicative ed interpretative del principio in parola ad opera della Corte di Cassazione, sarebbe facile ipotizzare una fedele riproposizione dell'orientamento inaugurato con la pronuncia delle S.U. del 23 gennaio 2002 n. 761, proprio in considerazione del fatto che lo stesso Giudice di legittimità vorrà definire la codificazione del principio di non contestazione come una conferma del proprio "potere normativo". Ma questa è cosa ben diversa dall'analisi esegetica e sistematica del principio di non contestazione, quale oggi emerge dal sistema processuale.

2. Segue: La non contestazione come prova liberamente valutabile.

In questa prima fase di applicazione della nuova disciplina non ci si può esimere dal tentativo di fornire della disposizione in esame una lettura interpretativa che sia realmente coerente con il nuovo assetto normativo e che – lo si dimostrerà – disegna invece scenari in buona parte diversi, che consentono una rivisitazione del principio di non contestazione, conducendo ad esiti – a mio avviso – più accettabili rispetto alla precedente ed estrema lettura giurisprudenziale⁶.

L'occasione consentirà poi di delineare una disciplina del principio in chiave di applicazione processuale, che necessita d'una corposa integrazione sul piano dottrinale, ancor più alla luce delle innegabili lacune che caratterizzano il nuovo impianto normativo.

Il primo luogo, occorre considerare e prendere atto che il principio di non contestazione è stato inserito nell'ambito di una disposizione "sulle prove" ed in particolare, di una disposizione che disciplina la disponibilità delle prove in sede decisoria e non già una disposizione sull'allegazione

⁵ A tal riguardo vedi ad es. Tribunale Lamezia Terme, 30 giugno 2010, secondo cui la nuova formulazione dell'art. 115, si è limitata a consacrare la giurisprudenza sviluppatasi in materia di non contestazione.

⁶ L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale del principio di non contestazione dimostra come lo stesso possa avere (e ha avuto) diverse letture e chiavi interpretative, anche in considerazione del differente valore e della differente fisionomia che il legislatore – alla luce di scelte più o meno coerenti con il sistema normativo – ha inteso attribuire alla mancata contestazione dei fatti della causa.

dei fatti dedotti in giudizio⁷. Da ciò discende che il legislatore ha inteso utilizzare la non contestazione non già quale strumento per la fissazione formale dei fatti, ma come comportamento processualmente rilevante cui attribuire conseguenze sul piano probatorio⁸.

Inoltre, soffermandoci sul tenore letterale del nuovo art. 115 c.p.c., non si può ignorare che la predetta norma potrebbe legittimamente essere letta come volontà d'equiparare le prove valutabili dal giudice – che lo stesso può porre a fondamento della propria decisione – ed i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita. Il legislatore non ha dunque, almeno espressamente, previsto alcun vincolo di subordinazione gerarchica tra i due “strumenti” idonei a determinare il convincimento del giudice. Entrambi – prove e fatti non contestati – possono in egual modo (ed in egual misura) fondare la decisione giudiziale.

A differenza della lettura del principio di non contestazione fornita dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, la realtà normativa delineata dal legislatore della riforma non esclude il fatto non contestato dal *thema probandum*, non attribuisce ad esso efficacia di prova legale (come ad es. la confessione giudiziale)⁹, ma valenza ed efficacia di prova liberamente valutabile, allo stesso ed identico modo di quanto non venga riconosciuto agli altri mezzi istruttori previsti dal codice di rito (ad es. la prova testimoniale).

Il dato testuale del primo comma del nuovo art. 115 c.p.c. riconosce al fatto non contestato lo stesso valore che attribuisce alla prova liberamente valutabile (e quindi non un rango inferiore, ma

⁷ Collocazione diversa veniva attribuita all'onere di contestazione così come disciplinato nel c.d. rito societario, ormai abrogato. L'art. 10, comma 2 *bis* del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 – ponendo l'accento sul meccanismo temporale – stabiliva infatti che “la notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza rende pacifici i fatti allegati dalle parti e in precedenza non specificamente contestati”.

⁸ In tal senso v. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)*, in www.judicium.it. Di diverso avviso, invece, 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 fonte del convincimento del giudice, essa non è un comportamento valutabile del giudice 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.”

⁹ Efficacia assimilabile alla prova legale viene espressamente attribuita al fatto non contestato dal sistema processuale tedesco, nel quale il § 138, comma 2, ZPO («*Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht*» / “I fatti che non sono espressamente contestati devono essere considerati come esistenti, se non risulta da altre dichiarazioni della parte che la stessa aveva invece intenzione di contestarli”) equipara la mancata contestazione dei fatti allegati dalla controparte alla esplicita ammissione dei medesimi.

neanche un rango superiore), lasciando al giudice – secondo il suo *prudente apprezzamento ex art. 116*, primo comma, c.p.c. ed alla luce delle massime d’esperienza – il potere di stabilire l’idoneità di tali elementi istruttori a determinare il suo convincimento.

La non contestazione – così come normativizzata – non determina dunque nemmeno una *relevatio ab onere probandi* (né, tanto meno, un’inversione dell’onere della prova), in quanto – non obbligando il giudice a considerarlo come *vero* (o meglio, come provato) – non solleva la parte che ha allegato il fatto non contestato dall’onere di determinare il convincimento dell’organo decidente. In altri termini, la non contestazione offre al giudice – allo stesso modo di quanto avviene con le prove liberamente valutabili – uno strumento¹⁰ per pervenire al convincimento circa la sussistenza o meno dei fatti allegati, ma non elimina a priori (ed in maniera netta e radicale) la potenziale incertezza circa l’esistenza degli stessi, né tanto meno preclude al giudice la possibilità (ed anche il dovere) di porsi il problema del loro accertamento¹¹.

Nel caso in cui la non contestazione – alla luce del complessivo quadro istruttorio – si sia, infatti, dimostrata insufficiente a determinare il convincimento del giudice circa la verità dei fatti non contestati¹², dovrà essere pronunciata la soccombenza della parte che ha allegato gli stessi (e quindi originariamente gravata dall’onere di provarli), in applicazione della regola di giudizio sancita dall’art. 2697 c.c. Così come, al contrario, la non contestazione, al pari di qualsiasi prova liberamente valutabile, potrà rivelarsi da sola (o unitamente ad altre emergenze istruttorie) idonea a fondare il convincimento del giudice, e quindi a provocare l’accoglimento della domanda o dell’eccezione proposta dalla parte che ha allegato i fatti non contestati.

La parte che ha allegato il fatto poi non contestato conserva dunque, in via teorica, l’onere di provarlo¹³, e dovrà valutare se – quantomeno nell’ottica di una difesa scrupolosa – offrire la prova

¹⁰ Si tratta soltanto – si badi bene – di “uno” strumento (tra i tanti a disposizione del decidente), destinato a sottostare all’esame del libero convincimento del giudice, prima di poter essere posto a fondamento della decisione.

¹¹ Non è altresì escluso che il giudice, avvalendosi del potere officioso riconosciutogli dall’attuale sistema processuale, possa avviare d’ufficio altre attività istruttorie che gli competono (sulla non contestazione e i poteri istruttori esercitabili d’ufficio dal giudice. V. *infra* § 9).

¹² In considerazione ad esempio di altre circostanze risultanti dagli atti o dell’esito sfavorevole delle prove addotte dalla parte onerata, ovvero della prova successivamente fornita dalla parte che non ha contestato (sulla facoltà della parte che non ha contestato di fornire la prova contraria. V. *infra* § 4).

¹³ Allo stesso modo in cui lo conserverebbe qualora ad esempio il convenuto produca un documento che risulti favorevole all’attore, il quale, invece di smentire, confermi l’esistenza del fatto allegato dallo stesso. In altri termini,

di tale fatto¹⁴, contribuendo alla dimostrazione della sua esistenza. Sarà poi il giudice, in base all'abituale giudizio di rilevanza, a stabilire se ammettere o meno la prova offerta dalla parte gravata dall'onere, alla luce del – più o meno elevato – grado di incisività sul proprio convincimento che egli avrà ritenuto di riconoscere alla non contestazione.¹⁵

Il potere del giudice di esprimere il giudizio di rilevanza in merito ai mezzi di prova offerti alla parte che beneficia della mancata contestazione attribuisce allo stesso un ruolo centrale nel determinare il “peso” che il fatto non contestato avrà nell'economia del processo¹⁶, non per ultimo sotto il profilo temporale¹⁷. E' infatti evidente che se il giudice reputerà la non contestazione come di per sé idonea a fondare il proprio convincimento circa la sussistenza del fatto non contestato, e quindi a definire la controversia, il giudizio di irrilevanza sulle richieste istruttorie formulate dalla parte onerata provocherà una netta accelerazione dell'iter processuale. Qualora invece il giudice valuti la non contestazione come di per sé non sufficiente a determinare (in prima battuta) il proprio convincimento e decida quindi di assumere in ogni caso le prove offerte dalla parte onerata, non vi è dubbio che la regola in esame si rivelerà priva di utilità ai fini dell'attuazione delle esigenze di economia processuale¹⁸.

rimane oggetto della sua valutazione discrezionale se ritenersi sereno per il comportamento della controparte (e per le conseguenze che allo stesso vengo ascritte dal nuovo art. 115 c.p.c.), ovvero se ritenere di volersi cautelare con una richiesta di ammissione di mezzi istruttori.

¹⁴ In sede di memorie di cui al secondo termine dell'art. 183, sesto comma c.p.c., ed eventualmente la controprova nelle memorie di cui al terzo termine della medesima disposizione.

¹⁵ Ritengo che il giudizio di irrilevanza, seppur altamente probabile, non sia sempre scontato (*contra* v. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it, 8) ben potendo il giudice riconoscere la necessità di valutare ulteriori elementi istruttori atti a consentire l'accertamento dell'esistenza o meno dei fatti non contestati.

¹⁶ Dello stesso avviso BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., il quale riconosce che “il giudice conserva un certa discrezionalità (“tecnica”, si potrebbe dire) nell'apprezzare la non contestazione, ossia nel valutare quando l'atteggiamento processuale di una parte, di fronte ad una determinata allegazione dell'avversario, possa reputarsi effettivamente significativo e dunque idoneo ad escludere il fatto allegato dal *thema probandum*, conseguentemente esonerando la parte allegante dal relativo onere probatorio.”

¹⁷ Alla luce del canone della *ragionevole durata* del processo ex art. 111 cost.

¹⁸ La concessione di ampi poteri all'organo giudiziario nella valutazione della forza probatoria da riconoscere al fatto non contestato, e quindi – di riflesso – nel dettare i ritmi dell'istruttoria del processo, si mostra coerente con la *ratio* della legge di riforma n. 69 del 2009, caratterizzata da un'indubbia fiducia verso i giudici, affidando agli stessi, mediante un sensibile accrescimento del loro potere discrezionale, il compito di garantire la corretta attuazione dei principi innovatori del nuovo rito civile.

Tale connotazione legislativa del principio di non contestazione si rivela senz'alcun dubbio coerente con il nostro sistema processuale, esaltandone i caratteri e le peculiarità. Sarebbe stata infatti difficilmente compatibile con i canoni fondamentali dell'attuale rito civile, una norma che avesse imposto al giudice di ritenere come *veri*, e quindi di escludere dal *thema probandum*, i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita¹⁹, in un contesto normativo in cui non vengono attribuite le stesse conseguenze alla contumacia, condotta che incarna la scelta della parte di astenersi da qualsiasi comportamento processuale, ed in cui viene riconosciuta efficacia di prova legale alla confessione giudiziale, cioè esclusivamente ad un'attività posta in essere dalla parte personalmente e non dal suo difensore²⁰, ed in ogni caso solo a seguito di un'espressa indicazione legislativa.

¹⁹ Non si può, tuttavia, non riconoscere che tale soluzione avrebbe portato con sé gli effetti positivi legati alla riduzione e semplificazione del lavoro del giudice, oltre che del procedimento, per quanto attiene allo svolgimento dell'attività istruttoria. In base a questa impostazione, se nessuno dei fatti allegati venisse contestato, non si avrebbe bisogno di provare alcunché e la decisione potrebbe limitarsi ai profili di diritto della controversia. Detto ciò, occorre allo stesso modo riconoscere che le esigenze legate all'economia processuale devono essere temperate con l'attuazione di altri valori (altrettanto importanti) inerenti al processo, quali la giustizia delle decisioni giudiziarie, fondate il più possibile quantomeno sull'accertamento della verità processuale. Se si accogliesse, infatti, una concezione meramente negoziale della verità processuale (figlia della concezione del processo esclusivamente come "*cosa privata delle parti*"), che attribuisce alle parti – attraverso il meccanismo di allegazione – non contestazione – il potere assoluto di stabilire che cosa deve o non deve essere tenuto per vero ai fini della decisione, precludendo al giudice qualsiasi valutazione sul fatto non contestato, si giungerebbe in qualche caso a conseguenze, a mio avviso, discutibili, come ad esempio quella che si verifica nell'ipotesi in cui il giudice non può prendere in considerazione alcuna prova o altre risultanze istruttorie, neppure quando le stesse dimostrino palesemente la falsità del fatto non contestato. Imporre al giudice di fondare la propria decisione sul postulato della verità del fatto non contestato, sottraendolo così aprioristicamente a qualsiasi verifica probatoria (ed in, senso lato, cognitiva) implica il serio rischio (stimato da una parte della Dottrina addirittura in misura pari al 50 %, cfr. TARUFFO, *Verità negoziata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, suppl. 3/2008, 94) che la decisione della controversia si basi su un'asserzione fattuale per nulla rispondente alla realtà. Sicché non possono non aversi serie perplessità sul fatto che il vantaggio pratico che si otterrebbe, in termini di semplificazione del processo, escludendo il fatto non contestato dal *thema probandum* sia realmente in grado di controbilanciare la perdita, in termini di giustizia della decisione, che deriverebbe dall'assumere come vero un enunciato che, trovandosi potenzialmente in una situazione di incompatibilità e/o contraddizione con le risultanze istruttorie, ha invece buone probabilità di rivelarsi per nulla corrispondente alla verità processuale.

²⁰ Le dichiarazioni aventi contenuto confessorio provenienti dal difensore rilevano come mere ammissioni, ed acquistano, come tali, efficacia di prova liberamente valutabile dal giudice. (Sul punto cfr. MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, II, Milano, XX ed, 2009, 257; CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 125, 153, 490). Con riguardo all'efficacia probatoria da riconoscere alle ammissioni, si è, in particolare, osservato come le stesse se, da un lato non hanno l'efficacia di piena prova, propria della confessione, dall'altro lato, non si limitano ad invertire l'onere della prova, né a fondare una presunzione, ma offrono un'immediata rappresentazione del fatto oggetto di prova, e sono suscettibili di libera valutazione da parte del giudice (v. DE MARINI, *Ammissione*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, 253).

3. I limiti temporali della contestazione

Il Legislatore non ha risolto il problema di fissare il termine ultimo entro il quale la parte costituita deve assolvere l'onere di contestazione, e conseguentemente di individuare il momento processuale nel quale il fatto può qualificarsi come non contestato²¹.

Ciò attribuisce all'interprete il compito di stabilire se la non contestazione deve essere valutata dal giudice soltanto alla conclusione del processo²² (e cioè al momento della decisione), o se, invece in un momento anteriore dell'iter processuale, ed in quest'ultima ipotesi, quali effetti ricollegare ad un'eventuale contestazione tardiva.

Nella soluzione di tale problema esegetico, se non si deve peccare di "cecità", e quindi non leggere la norma novellata nella sua nuova dimensione testuale e "topografica" (ma soltanto il precedente

Gli aspetti relativi all'efficacia probatoria delle ammissioni provenienti dal difensore furono assai dibattuti dalla Dottrina e dalla Giurisprudenza sin dalla vigenza del codice del 1865. Già d'allora la maggior parte degli Autori (fra i tanti cfr. BETTI, *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore e sui poteri del giudice di cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, II, 189 ss.) sosteneva che il verificarsi degli effetti gravi e decisivi propri della confessione presupponesse la piena, diretta ed effettiva volontà del destinatario degli stessi (ossia della parte personalmente). Ma non per questo le ammissioni provenienti dal procuratore (o comunque presenti negli scritti difensivi) venivano considerate prive di effetto processuale, essendo le stesse rimesse al libero apprezzamento del giudice.

Con l'introduzione del codice vigente, l'inidoneità delle dichiarazioni *contra se* – contenute negli scritti difensivi privi della sottoscrizione della parte – ad assumere efficacia confessoria è resa poi evidente dall'art. 229 c.p.c., ai sensi del quale la confessione spontanea può essere contenuta in qualsiasi atto processuale, purché lo stesso sia firmato dalla parte personalmente.

Dello stesso avviso la Giurisprudenza prevalente, secondo cui le ammissioni contenute negli atti difensivi sottoscritti unicamente dal procuratore "ad litem", pur non avendo valore confessorio, costituiscono elementi indiziari liberamente valutabili dal giudice per la formazione del proprio convincimento. (cfr. Cass. 18 aprile 2000, n. 4974, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 826; Cass. 13 dicembre 2001, n. 15760, in *Foro it.*, 2002, I, 2782; Cass. 23 luglio 1997, n. 6909, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1259). Per ciò che concerne, in particolare, l'effettiva valenza probatoria delle ammissioni rispetto al convincimento giudiziale, talune sentenze attribuiscono alle ammissioni del difensore l'efficacia di elementi indiziari idonei esclusivamente a concorrere con altri mezzi istruttori (v. ad es. Cass. 16 ottobre 1987, in *Giust. civ. Mass.* 1987, X), altre pronunce sembrano attribuirgli, invece, anche la forza di sorreggere da sole il convincimento del giudice (Cass. 08 aprile 1987, in *Giust. civ. Mass.* 1987, IV).

In tema di ammissioni del difensore nella Giurisprudenza di Legittimità, v. E. FABIANI, *Le ammissioni del difensore nella giurisprudenza della Cassazione (Nota a Cass. 15 maggio 1997, n. 4284)*, in *Foro.it.*, 1997, I, 3257.

²¹ Il profilo temporale della regola in esame era invece espressamente disciplinato dall'art. 10 dell'abrogato d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 (v. nota 5).

²² Così BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit.; SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 8.

orientamento giurisprudenziale che si assumerebbe essere stato positivizzato), allo stesso modo non si può essere affetti da *miopia*, e cioè focalizzare soltanto il nuovo 115 c.p.c., decontestualizzandolo e disancorandolo da quello che è il sistema processuale vigente. La nuova disposizione, a mio avviso, dev'essere infatti coordinata e letta in chiave sistematica con le regole processuali esistenti, e cioè con gli artt. 167²³ e 183, quinto comma, c.p.c., i quali sanciscono l'onere di prendere posizione sui fatti introdotti rispettivamente dall'attore e dal convenuto già nelle fasi introduttive del giudizio.

In particolare, il convenuto ha l'onere di contestare i fatti affermati dall'attore in citazione con la comparsa di costituzione e risposta, mentre l'attore ha l'onere di contestare i fatti contenuti nella comparsa del convenuto o all'udienza di trattazione, ovvero con la prima memoria *ex art.* 183, sesto comma c.p.c.²⁴

Alla luce dell'attuale panorama normativo – e quindi della lettura sistematica della nuova disposizione – non si può perciò negare l'esistenza nel nostro ordinamento dell'onere di prendere posizione sui fatti allegati da controparte, entro un determinato limite temporale normativamente stabilito ed identificabile con il momento della fissazione definitiva del *thema decidendum*.

Occorre considerare, d'altro canto, che l'utilità del principio di non contestazione – sotto il profilo del principio di economia processuale – si manifesta soltanto qualora lo stesso conduca ad un giudizio di irrilevanza (il quale non è in ogni caso automatico) delle prove relative al fatto non contestato, con una conseguente deflazione del carico istruttorio della controversia. Pertanto, se l'altra parte potesse efficacemente contestare tardivamente (e cioè oltre la suddetta barriera preclusiva), il processo, anziché semplificarsi e snellirsi, finirebbe con il complicarsi ancora di più.

4. L'eventuale contestazione tardiva

²³ il quale dispone al primo comma che “Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda (...)”. Nel processo del lavoro, l'art. 416 c.p.c., con una formulazione più rigorosa, impone al convenuto di “prendere posizione in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda”.

²⁴ Medesima barriera temporale viene individuata da BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit., secondo il quale “opinare diversamente (...) significherebbe costringere l'altra parte ad un ossequio innaturale al principio di eventualità, svilendo la condivisibile connotazione di serio monito nonché la valenza in termini di economia processuale insite nel nuovo art. 115 c.p.c.”

L'eventuale contestazione tardiva non impedisce il maturarsi della non contestazione, né incide pertanto sull'efficacia probatoria che l'art. 115 c.p.c. riconosce al fatto non contestato, offrendo semmai al giudice un ulteriore elemento di valutazione del *contegno delle parti*, ai sensi dell'art. 116, comma secondo c.p.c.

La non contestazione non è dunque revocabile, e, se effettuata dopo il sorgere della barriera preclusiva, non produce alcuna conseguenza sulla mancata contestazione tempestiva (già consolidatasi), la quale conserva in sé valore di prova liberamente valutabile.

Rimane salvo, in ogni caso, il disposto di cui al secondo comma dell'art. 153, c.p.c.²⁵, che, allorché la parte dimostri di non aver potuto contestare tempestivamente i fatti allegati da controparte per causa ad essa non imputabile²⁶, consente alla stessa di ottenere la rimessione in termini al fine di poter adempiere l'onere sancito dal nuovo art. 115 c.p.c. Non essendo, infatti, in questo caso, la mancata contestazione tempestiva il frutto di una scelta volontaria della parte, è da escludere l'idoneità della stessa a fondare il convincimento del giudice.

La parte che non ha contestato conserva poi sempre il diritto di richiedere la prova contraria del fatto in relazione al quale si è maturata la non contestazione (e cioè di offrire una prova volta a "demolire" la non contestazione), cui la controparte potrebbe poi a sua volta replicare con una controprova. Tali elementi istruttori, così come sedimentatisi nel corso del processo, vengono offerti alla valutazione del giudice, ed al suo prudente apprezzamento.

Il giudice, infatti, anche alla luce delle massime d'esperienza, valuterà la non contestazione in base al proprio libero convincimento, contestualmente ed in rapporto dialettico con tutto il materiale probatorio acquisito. In altri termini, anche se la parte che non ha contestato potrà fornire (e fornirà) la prova contraria, non vi è dubbio che la non contestazione assumerà comunque, agli occhi del giudice, un valore particolare, guidandolo nel percorso che lo condurrà alla decisione della controversia.²⁷

²⁵ Trattasi del nuovo comma aggiunto dall'art. 45, 19° comma, l. 69/2009.

²⁶ Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui il convenuto ometta di contestare le allegazioni fattuali dell'attore, a causa di un'errata (o meglio falsata) rappresentazione e cognizione degli accadimenti provocata dal fatto illecito posto in essere da un terzo o dallo stesso attore, e successivamente scoperto dal convenuto.

²⁷ La condotta processuale – sicuramente poco coerente – della parte che prima non contesta e successivamente offre la prova contraria al fatto non contestato, potrà essere certamente oggetto di valutazione da parte del giudice ex art. 116, secondo comma c.p.c.

In conclusione, a seguito del maturarsi delle preclusioni, è esclusa la possibilità di contestare specificamente i fatti allegati dalla controparte (o meglio, è sempre possibile contestare, ma ciò non incide sul valore di prova liberamente valutabile che la norma riconosce alla mancata contestazione tempestiva), tuttavia, non è esclusa la facoltà, per la parte che non ha adempiuto l'onere di contestazione, di avvalersi (successivamente) del secondo termine dell'art. 183, sesto comma, c.p.c. per richiedere l'ammissione di prove volte negare l'esistenza del fatto non contestato. In questa ipotesi dovrà ovviamente concedersi alla parte che ha beneficiato della non contestazione il diritto, se lo ritiene utile, di richiedere la prova contraria in sede di memorie di cui al terzo termine dell'art. 183, sesto comma, c.p.c. Sarà in ogni caso il giudice, alla luce della forza probatoria riconosciuta alla non contestazione e dell'idoneità della stessa ad incidere sul proprio convincimento, a valutare l'ammissibilità della prova offerta dalla parte che non ha contestato²⁸, e conseguentemente della prova contraria eventualmente dedotta dall'avversario.

5. I fatti oggetto dell'onere di contestazione.

5.1 fatti principali e secondari

L'elaborazione giurisprudenziale²⁹ sviluppatasi in ordine al principio in esame aveva operato una distinzione tra la non contestazione dei fatti principali, e cioè quelli costitutivi del diritto azionato, e

²⁸ Può infatti accadere che il giudice abbia raggiunto il proprio convincimento circa l'esistenza del fatto non contestato e che conseguentemente valuti come superflue, e quindi irrilevanti, le prove eventualmente offerte dalla parte che non ha adempiuto l'onere contestativo.

²⁹ V. Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 117, nella quale si afferma testualmente che il principio di non contestazione “rileva diversamente, a seconda che risulti riferibile a fatti giuridici costitutivi della fattispecie, ovvero a circostanze dalla cui prova si può inferire l'esistenza di codesti fatti, giacché mentre nella prima ipotesi la mancata contestazione rappresenta, in positivo e di per sè, l'adozione di una linea incompatibile con la negazione del fatto e, quindi, rende inutile provarlo, in quanto non controverso, nella seconda ipotesi (...) il comportamento della parte può essere utilizzato dal giudice come argomento di prova ex art. 116, comma 2, c.p.c.”; inoltre, se la non contestazione “concerne fatti costitutivi del diritto, il limite della contestabilità dei fatti originariamente incontestati si identifica con quello previsto dall'art. 420, comma 1, del codice di rito per la modificazione di domande e conclusioni già formulate, mentre, se riguarda circostanze di rilievo istruttorio, trova più ampia applicazione il principio della provvisorietà, ossia della revocabilità della non contestazione, le sopravvenute contestazioni potendo essere assoggettate ad un sistema di preclusioni solo nella misura in cui procedono da modificazioni dell'oggetto della controversia”. Conformemente, Cass. 09 febbraio 2004, n. 2431, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 2; Cass. 16 giugno 2006, n. 13958, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 6; Cass. 27 febbraio 2008, n. 5191, in *Giust. civ. Mass.* 2008, II, 310.

la non contestazione dei fatti secondari, ossia i fatti adottati al fine di consentire al giudice di trarre in via presuntiva il proprio convincimento sull'esistenza dei fatti principali, escludendo talora questi ultimi dall'area di operatività dell'istituto.

Tale differenziazione, ed in particolare la limitazione della conseguenze della mancata contestazione ai soli fatti posti a fondamento della domanda, trovava la sua ragion d'essere esclusivamente entro i confini della lettura giurisprudenziale del principio di non contestazione, che ricollegava ai fatti principali non contestati l'esclusione dal *thema probandum*, con conseguente obbligo per il giudice di considerarli come esistenti; mentre attribuiva ai fatti secondari privi di specifica contestazione valore di meri argomenti di prova, liberamente valutabili ed apprezzabili ai fini della determinazione del convincimento giudiziale.

L'attuale formulazione normativa del principio di non contestazione, nella lettura da me offerta, rende priva di rilievo, a questi fini, la suddetta distinzione, in quanto il nuovo art. 115 c.p.c., attribuendo all'omessa contestazione efficacia di prova liberamente valutabile dal giudice, non introduce alcuna diversificazione in ordine ai diversi fatti contestabili, dimostrando così di non voler distinguere – quanto alla “efficacia probatoria” da riconoscere alla mancata contestazione – tra fatti principali e secondari.

Oggetto dell'onere di contestazione sono dunque tutti i fatti – sia principali che secondari³⁰ – produttivi di conseguenze giuridiche, e come tali rilevanti – sia direttamente che indirettamente – ai fini della decisione della controversia.

5.2. I fatti allegati che la parte ha l'onere di provare

Contra v. Cass. 17 aprile 2002, n. 5526, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 661; Cass. 13 giugno 2005, n. 12636, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6, dove l'operatività del principio di non contestazione viene estesa anche ai c.d. fatti secondari.

In dottrina v. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro*, in *Riv. dir. proc.* 1977, 200 ss. A favore dell'applicabilità del principio di non contestazione ai fatti secondari PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro.it.*, 2006, I, 3143; CEA, *Il principio della non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro.it.*, 2002, I, 2024.

³⁰ In questo senso anche SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 11; FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1173; CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, cit., 271; BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)*, cit; 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, X, 1314.

L'ambito di applicazione del principio di non contestazione viene limitato, dai primi commentatori della riforma ³¹, ai fatti che l'allegante – sia esso attore o convenuto³² – ha l'onere di provare. In altri termini, l'effetto pratico della non contestazione può prodursi solamente rispetto all'allegazione di fatti che spetterebbe alla parte allegante provare.

Qualora infatti l'attore, senza esservi tenuto, alleghi per mero scrupolo difensivo una circostanza negativa non configurante un elemento costitutivo della fattispecie, ma piuttosto la negazione dell'esistenza di un fatto impeditivo o estintivo, la mancata presa di posizione (il silenzio) del convenuto con riguardo a tale allegazione non potrà produrre gli effetti propri della non contestazione *ex art. 115 c.p.c.*

Si consideri, ad esempio, l'ipotesi³³ in cui l'attore, oltre ad allegare i fatti costitutivi del credito posto a fondamento della propria domanda, asserisce che il convenuto non lo ha pagato (allegando così un fatto che non ha l'onere di provare): in tal caso, la circostanza che il convenuto ometta di contestare il mancato pagamento non gli preclude, in un momento successivo (e addirittura in appello, ai sensi dell'art. 345, secondo comma) di formulare la relativa eccezione (considerato che il

³¹ SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 10.

³² La lettera del nuovo art. 115 c.p.c. è chiara nel riferirsi, per precisa scelta, alla "parte costituita", con ciò attribuendo l'onere contestativo – e tutte le conseguenze che derivano dal suo mancato assolvimento – non solo al convenuto (soggetto tipicamente destinatario dell'obbligo processuale in questione) ma anche all'attore. Ciò varrà certamente anche nell'ipotesi in cui, a seguito dell'intervento di un terzo, venga ampliata la base fattuale del giudizio. In particolare, nel caso di intervento principale, destinatari dell'onere contestativo dovranno ritenersi sia l'attore che il convenuto, mentre nel caso di intervento adesivo l'onere di contestazione riguarderà verosimilmente la parte contro cui si schiera l'interveniente.

L'estensione dell'onere di contestazione anche all'attore era stata d'altronde già riconosciuta anche in alcune pronunce della Cassazione anteriori alla riforma del 2009: cfr. ad esempio [Cass. 05 marzo 2003, n. 3245](#), in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 452, 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 c.p.c., 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 c.p.c., è applicabile, ricorrendone i presupposti, anche con riguardo all'attore, ove oneri di allegazione (e prova) gravino anche sul convenuto". La Dottrina era parimenti giunta alla medesima conclusione, fondando detta equiparazione tra attore e convenuto sul principio di parità delle parti: cfr. RASCIO, *Note brevi sul "principio di non contestazione" (a margine di una importante sentenza)*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 2002, IV, 81.

³³ Prospettata da BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit.

pagamento è un fatto estintivo pacificamente rilevabile anche d'ufficio), la cui prova, indipendentemente dall'allegazione non contestata, grava comunque su di lui.

L'eventuale non contestazione dello stesso fatto che la parte aveva l'onere di provare³⁴, e che non ha provato, resta pertanto "assorbita"³⁵ dalle conseguenze proprie della regola di giudizio fondata sull'onere della prova.

In altri termini ciò che assume rilievo è l'adempimento (o il mancato adempimento) dell'onere della prova, rispetto al quale risulta indifferente la condotta processuale ex art. 115 c.p.c. della parte onerata.³⁶

5.3. I fatti incidentalmente emersi nel corso del processo.

Occorre stabilire, inoltre, se l'onere di contestazione sussista soltanto per i fatti effettivamente e specificamente allegati da attore e convenuto, ovvero si estenda anche ai fatti che abbiamo trovato comunque ingresso nel processo – perché affermati negli scritti difensivi o comunque emersi da esperimenti istruttori – e come tali legittimamente utilizzabili ai fini della decisione.

A tal riguardo, può forse apparire utile prendere in prestito la distinzione tra fatti principali e secondari, essendo esclusa per i primi – da considerare come vere e proprie allegazioni, ed in quanto tali soggetti al rigido regime delle preclusioni – la possibilità, al di fuori dei limiti temporali normativamente predeterminati, di trovare ingresso nel corso del processo, possibilità ammessa invece per le circostanze in relazione alle quali il giudice può trarre elementi di convincimento circa la sussistenza dei fatti principali.

Ritengo, pertanto, che, nel caso in cui nel corso del contraddittorio venga affermato o emerga l'esistenza di un fatto secondario (che rientri oggettivamente nella sfera cognitiva delle parti), si configuri in capo alla parte che dall'accertamento dello stesso riceverebbe effetti sfavorevoli, uno

³⁴ La quale non può, in ogni caso, configurare la rinuncia a provare il fatto non contestato.

³⁵ SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 10.

³⁶ "Né – scrive SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 10 – si potrebbe argomentare a favore di una rinuncia ad esercitare la prova che manifesterebbe la non contestazione. Per le eccezioni rilevabili d'ufficio la loro spendita appare garantita in seguito; quanto alle eccezioni in senso proprio, esse si sostanziano in distinti fatti la cui rilevanza dipende strettamente dall'allegazione del convenuto, che ne porta l'onere della prova, onde non è neppure concepibile il meccanismo della non contestazione che riguarda fatti allegati dalla controparte o comunque presenti al giudizio."

specifico onere di contestazione da assolvere nel momento processuale immediatamente successivo, e cioè nella prima difesa utile.

Il mancato adempimento di tale onere contestativo fornirà quindi al giudice un elemento istruttorio da cui inferire, in via presuntiva, l'esistenza del fatto posto a fondamento del diritto azionato

5.4. I fatti configuranti qualità giuridiche

Altro problema è quello di stabilire se soggiacciono alla non contestazione anche i fatti configuranti qualità giuridiche (ad esempio, se in materia di sinistri stradali l'attore dichiara – ma non prova – di agire in qualità di proprietario dell'autovettura, si pone il problema di stabilire se la mancata contestazione da parte del convenuto in ordine a tale circostanza consenta al giudice di fondare il proprio convincimento circa la sussistenza del presupposto della legittimazione attiva³⁷).

A mio avviso, trattandosi – a prescindere dalla loro natura – di fatti rilevanti ai fini della decisione della controversia³⁸, non vi è dubbio che i medesimi – se conosciuti – possano rientrare nell'area applicativa del principio in esame, consentendo al giudice, qualora siano oggetto di mancata contestazione, di trarre elementi di convincimento in ordine alla sussistenza degli stessi.

5.5. I fatti conoscibili

L'onere di contestazione riguarda soltanto i fatti che la parte è tenuta ragionevolmente a conoscere³⁹. E' ben difficile, infatti, ritenere di per sé significativo e rilevante, sul piano

³⁷ La Corte di Cassazione aveva, a tal riguardo, affermato che il giudice deve ritenere sussistente il presupposto della legittimazione ad agire allorché le parti si siano presentate in giudizio affermando di possedere le qualità richieste e nessuna contestazione sia sorta in proposito. Cfr. ad es., in tema di prova della qualità di erede, Cass. 13 aprile 2001, n. 5536, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 787, nella quale la Suprema Corte ha ritenuto tale fatto pacifico – escludendo la rilevabilità d'ufficio del difetto di legittimazione – per non essere stato contestato dalla controparte. Nello stesso senso v. Cass. 5 giugno 1996, n. 5262, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 825, Cass. 20 agosto 1997, n. 7758, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1452, secondo cui “In caso di successione a titolo universale nel processo, l'onere del soggetto che si costituisce in giudizio come successore di fornire la prova di tale sua qualità sorge unicamente in presenza di una specifica e tempestiva contestazione ad opera della controparte, la quale, accettando il contraddittorio senza alcuna eccezione al riguardo, rende non controversa detta qualità.”

³⁸ E' forse superfluo precisare che l'onere contestativo non si estende alle argomentazioni giuridiche prospettate dalla parte, riguardando esclusivamente i fatti posti a sostegno delle stesse.

³⁹ Dello stesso avviso SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 10; BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit.

dell'inferenza probatoria, l'omessa contestazione di fatti o situazioni che non siano in alcun modo riferibili alla parte destinataria dell'allegazione, ne possano presumersi da lei sicuramente conosciuti⁴⁰. Diversamente ci si dovrebbe necessariamente accontentare di una contestazione formale e generica, non essendo esigibile che la parte fornisca una propria versione di fatti che non conosce ed ai quali è estranea. Nessuna delle parti del processo – sia essa attore o convenuto – può dirsi, infatti, gravata da un onere di conoscenza e di informazione (o meglio di ricerca della verità) rispetto ai fatti allegati dalla controparte⁴¹.

Non si può quindi ragionevolmente attribuire conseguenze sul piano probatorio al silenzio tenuto dalla parte su fatti in relazione ai quali la stessa non è nella possibilità di esprimere una specifica contestazione, in quanto estranei alla propria sfera di conoscenza e/o conoscibilità⁴².

La non contestazione – per poter assumere rilevanza ai fini del convincimento giudiziale – deve integrare una condotta consapevole, e tale non può essere ovviamente quella di chi si trova in una situazione di estraneità ed ignoranza rispetto alle circostanze addotte da controparte.

In ogni caso, fermo restando che è escluso che si possa mai pretendere dalla parte di attivarsi al fine di ricercare quello che non conosce, ritengo sia pienamente legittimo e coerente con il sistema richiedere alla stessa di “dire ciò che sa”, anche alla luce del principio di vicinanza, o comunque di chiarire la propria posizione circa i fatti allegati da controparte. Esclusa, in tali circostanze, l'applicabilità dell'onere di contestazione, rimane fermo l'onere di prendere posizione sui fatti allegati da controparte, il corretto adempimento del quale impone altresì alla parte di esprimersi circa la conoscenza e/o conoscibilità del fatto addotto dall'avversario.

In altri termini, anche se si può convenire sul fatto che in questa ipotesi la parte non è tenuta ad inventare una versione dei fatti pur di contestare in maniera precisa un accadimento che non conosce, ritengo sia necessario che la stessa dichiari la propria estraneità rispetto al fatto, al fine di

⁴⁰ Si pensi ad esempio alle fattispecie di estensione di responsabilità, di successione nelle situazioni giuridiche ovvero di sostituzione processuale rispetto ai fatti storici imputabili ai soggetti per i quali, o accanto ai quali, si stia in giudizio.

⁴¹ Ipotizzare una sorta di onere di conoscenza o di ricerca in capo alle parti, mi sembra ultroneo anche ai giusti principi di lealtà e collaborazione ex art. 88 c.p.c.

⁴² Ciò accade di sovente con riferimento alla rappresentazione di importi e dati fondati su calcoli supportati da documentazione che si trova nell'esclusiva disponibilità dell'allegante.

evitare che la semplice omissione dell'onere contestativo attribuisca alla non contestazione l'efficacia probatoria riconosciutagli dall'art. 115 c.p.c.

6. Non contestazione e diritti indisponibili

La dottrina⁴³ e giurisprudenza⁴⁴ prevalenti limitano l'applicabilità del principio di non contestazione alle controversie vertenti su diritti disponibili, escludendola quindi per le situazioni giuridiche sottratte alla disponibilità delle parti⁴⁵.

Tale orientamento si fonda sostanzialmente sulla visione della non contestazione quale strumento delle parti volto alla ripartizione convenzionale degli oneri probatori⁴⁶ o addirittura a "modellare" autonomamente i confini del *thema probandum*.

Se infatti, funzione della non contestazione viene considerata quella predeterminare – "a tavolino" – l'esito della controversia, attraverso la selezione dei fatti bisognosi di prova da quelli che il giudice *deve* considerare come esistenti ai fini della decisione, appare senza dubbio ragionevole non fare

⁴³ CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 170; CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, cit., 273; BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, cit., 88; SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 8, nota 42; PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, 604. Nel senso dell'applicabilità della non contestazione anche alle controversie riguardanti diritti indisponibili v. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit.; FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1173; RASCIO, *Note brevi sul "principio di non contestazione" (a margine di una importante sentenza)*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 2002, IV, 87.

⁴⁴ Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761 in *Foro it.*, 2002, I, 2019; Cass., 5 dicembre 1992, n. 1247, in *Mass. Giust. civ.* 1992; Cass., 3 luglio 1990, n. 6788, in *Foro it.*, 1991, I, 511.

⁴⁵ Tale bipartizione, introduceva, nella sostanza, una differenziazione nell'ambito della funzione riconosciuta al processo civile, in forza della quale lo stesso sarebbe o meno preordinato all'accertamento della verità dei fatti a seconda che la controversia verta su diritti indisponibili, nel qual caso la verità processuale dovrebbe essere accertata, o su diritti disponibili, nel qual caso ci si dovrebbe "accontentare" di una verità negoziale, rimessa all'arbitrio delle parti.

⁴⁶ Viene sovente richiamato (v. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 8, nota 42) l'art. 2698 c.c. il quale ammette la validità dei patti volti ad invertire o a modificare l'onere della prova, sanzionandoli però con la nullità "quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere ad una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto". Tale norma manifesta, infatti, chiaramente la volontà del legislatore di escludere il potere delle parti di influire sul regime dell'onere della prova quando si tratta di diritti indisponibili.

operare la regola in questione nei giudizi aventi ad oggetto diritti dei quali la parti non possono disporre⁴⁷.

A conclusioni diametralmente opposte deve tuttavia giungersi alla luce dell'attuale formulazione normativa del principio in esame, che, a mio avviso, non attribuisce al fatto privo di contestazione efficacia vincolante ai fini della determinazione del convincimento del giudice, lasciando a quest'ultimo la facoltà di *apprezzare prudentemente*⁴⁸ tale condotta inerte quale prova liberamente valutabile.

Tale impostazione – che non vincola il giudice a ritenere come veri i fatti privi di contestazione specifica, e che quindi sottrae alle parti il dominio sul fatto non contestato – rende senz'alcun dubbio applicabile la regola in esame indiscriminatamente a tutte le controversie, sia che riguardino diritti disponibili che indisponibili⁴⁹.

7. Il principio di non contestazione e i riti sommari

Altro problema che l'interprete dovrà risolvere è quello di stabilire se il principio di non contestazione potrà trovare applicazione esclusivamente nell'ambito dei procedimenti a cognizione ordinaria, o anche nei riti c.d. speciali, ed in particolare nei procedimenti aventi natura cautelare e sommaria, ed anche nel nuovo processo disciplinato dagli artt. 702 *bis* ss. c.p.c.⁵⁰

I primi commentatori della riforma⁵¹ tendono a riconoscere l'operatività della non contestazione anche con riguardo ai procedimenti cautelari e sommari, compreso il nuovo rito sommario di cognizione⁵².

⁴⁷ Diversamente si attribuirebbe alle parti il potere di disporre surrettiziamente della situazione sostanziale dedotta in giudizio.

⁴⁸ Nei termini di cui all'art. 116, primo comma, c.p.c.

⁴⁹ Alcuni Autori (v. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 8, nota 42; CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, cit., 256, nota 200) hanno, peraltro, correttamente evidenziato le oggettive difficoltà nell'individuare con esattezza i criteri distintivi delle due categorie di diritti, le quali alimentano il rischio di qualificare come indisponibili situazioni giuridiche che tali non sono, e che vanno assumendo rilevanza sempre minore nella casistica processuale.

⁵⁰ Introdotto dalla legge n. 69 del 2009.

⁵¹ 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, VI, 738; FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1173.

Tale soluzione è – a mio avviso – pienamente condivisibile, alla luce della collocazione sistematica della norma in esame. L’inserimento della disciplina della non contestazione nel I libro del codice di rito⁵³ la rende, infatti, pacificamente applicabile a tutti i procedimenti dallo stesso disciplinati⁵⁴.

Le uniche difficoltà applicative che possono sorgere sono quelle legate alla diversa regolamentazione – nei riti sommari – delle c.d. preclusioni processuali, cui ancorare la valutazione del tempestivo adempimento dell’onere contestativo. A tal riguardo ritengo che – alla luce della lettura sistematica del principio – i limiti temporali della contestazione dovranno seguire i ritmi preclusivi propri di ciascun procedimento⁵⁵, sia che gli stessi siano normativamente predeterminati⁵⁶ ovvero costituiscano il risultato dell’esercizio dei poteri ordinatori del giudice. Nelle ipotesi di assenza di preclusioni, la contestazione potrà intervenire sino al momento della decisione, con conseguente vanificazione, tuttavia, dell’utilità applicativa ed effettività del principio in esame.

8. Le modalità di assolvimento dell’onere contestativo (la “specificità” della contestazione).

Il nuovo art. 115 c.p.c. statuisce espressamente che la contestazione, deve assumere i caratteri della specificità⁵⁷. Ciò significa che la stessa non può risolversi nella mera negazione formale e generica

⁵² L’applicabilità del principio di non contestazione al processo sommario di cognizione viene specificamente riconosciuta da ARIETA, *Il rito “semplificato” di cognizione*, in www.judicium.it. L’esistenza di un onere di tempestiva contestazione nel rito sommario viene invece esclusa da CAPONI, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702-bis c.p.c.*, in www.judicium.it, il quale afferma che “Non sono soggette a preclusioni ancorate al deposito della comparsa di risposta la mera contestazione dei fatti costitutivi (...)”.

⁵³ Anziché nel II libro, relativo al processo di cognizione ordinaria.

⁵⁴ Ivi compresi i procedimenti di cui al IV libro.

⁵⁵ Dello stesso avviso FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell’istruttoria*, cit, 117.

⁵⁶ Con riguardo al rito sommario, il nuovo art. 702 bis c.p.c., ricalcando grosso modo la disciplina del processo ordinario di cognizione, sancisce espressamente, al quarto comma, l’onere del convenuto di prendere posizione – in sede di comparsa di risposta – sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda. In ogni caso, la prima udienza (e potenzialmente anche l’ultima), nella quale l’attore può replicare alle difese del convenuto, nonché destinata alla fissazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, segna il limite invalicabile – oltre che per la proposizione di nuove domande ed eccezioni – per l’adempimento dell’onere contestativo.

⁵⁷ Il requisito della specificità della contestazione era contemplato anche nella ricostruzione giurisprudenziale del principio in esame. Cfr. Cass. 15 aprile 2009, n. 8933, in *Il civilista*, 2010, II, 35: “Per potersi assegnare alla contestazione un effettivo rilievo processuale occorre che essa sia specifica. La contestazione generica deve essere equiparata alla mancata contestazione. 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.”

delle allegazioni di controparte, da considerare equivalente al difetto di contestazione⁵⁸, occorrendo invece – al fine di non offrire al giudice elementi per fondare il proprio convincimento sull’esistenza dei fatti allegati dall’avversario – che la contestazione sia effettuata differenziando in maniera precisa e dettagliata i vari fatti allegati.

Tuttavia, il requisito della specificità può – a mio avviso – ritenersi sussistente anche quando la contestazione configuri una diversa e contrapposta (oltre che analitica) prospettazione dei fatti, oggettivamente incompatibile con quelli adottati dall’allegante.

Ritegno anzi che – salva l’ipotesi di “incolpevole ignoranza delle allegazioni avversarie” – qualora il contestante si limiti a negare *sic et simpliciter* un fatto specifico (o le modalità di esistenza dello stesso), senza fornire una ricostruzione alternativa alle circostanze addotte da controparte, non può negarsi il rischio che l’assolvimento dell’onere contestativo risulti svuotato di qualsiasi valenza sostanziale ed effettività, potendosi in questo modo facilmente evitare le conseguenze di cui all’art. 115 c.p.c. attraverso una corretta e puntuale tecnica di redazione degli scritti difensivi, la quale rischierebbe, peraltro, di esporre la parte alle conseguenze di cui all’art. 96 c.p.c. Risulta, quindi, a mio avviso, estremamente arduo non ravvisare una sostanziale identità tra la contestazione generica (equivalente alla mancata contestazione) ed una contestazione solo apparentemente specifica, che, pur formalmente riferita alle singole circostanze, è del tutto sprovvista delle necessarie precisazioni che consentono di avvalorare la tesi dell’inesistenza delle allegazioni avversarie.

Il grado di specificità che può richiedersi alla parte gravata dall’onere contestativo è direttamente proporzionale a quello delle allegazioni avversarie: tanto più specifica è l’allegazione, tanto più specifica deve essere la contestazione⁵⁹.

Sarebbe, infatti, irragionevole – oltre che contrario alla ratio del principio in esame – esigere dal contestante un livello di specificità maggiore di quello espresso nelle allegazioni di controparte, finendo così per imputargli di non aver contestato fatti o circostanze non compiutamente e dettagliatamente esplicitate dall’avversario.

⁵⁸ Le formule maggiormente adoperate nella prassi sono ad esempio: “la parte contesta quanto ex adverso dedotto”; “quanto dedotto da controparte è falso e non corrisponde a verità”; “si contesta, sotto ogni aspetto, quanto dedotto da parte avversa” ecc.

⁵⁹ BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit.

9. La non contestazione e poteri istruttori esercitabili d'ufficio dal giudice.

Di indubbio interesse è poi l'aspetto relativo ai presupposti ed alle modalità di esercizio dei poteri istruttori d'ufficio al fine di accertare l'esistenza dei fatti non contestati.

In altri termini, si pone il problema di stabilire se il giudice, dinanzi ad un fatto non contestato, può – ed entro quali limiti – dar vita all'istruttoria officiosa al fine di ricercare elementi probatori che confermino (o al contrario smentiscano) l'esistenza dello stesso.

Riconoscendo il nuovo art. 115 c.p.c. alla non contestazione efficacia di prova liberamente valutabile (e non già di prova legale)⁶⁰, può ben accadere che il giudice – alla luce del complessivo quadro istruttorio e permanendo lo stato di incertezza – non raggiunga il proprio (pieno) convincimento in ordine ai fatti oggetto di mancata contestazione. In tale ipotesi, il giudice può, a mio avviso, utilizzare i poteri di impulso probatorio officioso, riconosciutigli dall'attuale sistema processuale, al fine superare il disagio che deriverebbe dall'applicazione meccanicistica e formale della regola di giudizio fondata sull'onere della prova.

A tal riguardo non può tuttavia ignorarsi che il ricorso ai poteri istruttori d'ufficio – così come la scelta del giudice di non avvalersene – può indirizzare, in maniera decisiva, il convincimento giudiziale a favore dell'una o dell'altra parte⁶¹. Ciò fa sorgere l'esigenza di oggettivizzare l'esercizio di tali poteri, potenzialmente idoneo ad alterare gli equilibri processuali. Ritengo in questo senso assai interessante la soluzione⁶² che legittima (e addirittura impone⁶³) l'utilizzo dei poteri in questione, tuttavia, contestualmente condizionandolo all'esistenza in sede istruttoria di una sorta di principio di prova⁶⁴ (o frammento di prova) in ordine ai medesimi fatti oggetto di

⁶⁰ Il problema non si pone, ovviamente, nell'ambito di quella ricostruzione – a mio avviso – ripudiata dall'attuale sistema normativo – che esclude il fatto non contestato dal *thema probandum*. E' infatti evidente che la possibilità per il giudice di fare ricorso a questi poteri è limitata ai soli fatti bisognosi di prova.

⁶¹ Fermo restando che l'esercizio dei poteri istruttori *ex officio* non dev'essere mai aprioristicamente finalizzato al sostegno di una delle parti, bensì all'accertamento della verità processuale delle allegazioni fattuali.

⁶² Riproposta ultimamente da FABIANI, *Garanzia di terzietà e imparzialità del giudice ed efficienza del processo*, in www.judicium.it.

⁶³ Sul dovere del giudice di esercitare i propri istruttori d'ufficio v. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, 133.

⁶⁴ In tema di principio di prova v. SANTANGELI, *Evoluzioni legislative e giurisprudenziali in materia di introduzione, valutazione e onere della prova e del principio di prova nel processo civile e amministrativo di legittimità*, in *Il diritto delle prove – Atti del convegno di Catania, 21-22 novembre 2008*, Torino, 2009, 19.

attività probatoria d'ufficio, di modo che la stessa si presti all'assolvimento di una funzione esclusivamente integrativa (e non già meramente suppletiva) nell'accertamento dei fatti allegati dalle parti.⁶⁵ Orbene, a mio avviso, la non contestazione di un fatto allegato⁶⁶, nelle ipotesi (verosimilmente limitate) in cui si dimostri insufficiente alla determinazione del convincimento giudiziale, potrà assurgere, quantomeno, al rango di *semiplena probatio*, idonea a legittimare l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio, preordinati alla ricerca di elementi di prova finalizzati al raggiungimento del convincimento definitivo in ordine all'esistenza (o no) dei fatti non contestati.⁶⁷

10. La censurabilità, in sede di legittimità, dell'errata (o omessa) applicazione del principio di non contestazione.

⁶⁵ Si tratta di questioni meritevoli, ovviamente, di ben altri approfondimenti ma che, esulando dai confini tematici del presente lavoro, mi limito soltanto ad accennare.

⁶⁶ Avendo natura di prova liberamente valutabile, ed essendo rimessa al prudente apprezzamento del giudice.

⁶⁷ Tra i poteri officiosi del giudice occorre senz'altro annoverare quello di interrogare liberamente le parti sui fatti della causa ai sensi dell'art. 117 c.p.c, nell'ambito del quale può considerarsi ricompreso quello di "richiedere alle parti i chiarimenti necessari" alla prima udienza di trattazione *ex art. 183, quarto comma, c.p.c.* Si tratta di uno strumento indubbiamente idoneo allo scopo di far emergere ammissioni, nonché desumere l'esistenza di aree di non contestazione. In sede di interrogatorio libero, il Giudice può infatti rivolgersi alla parte che non ha contestato, al fine di accertare – in caso di formulazioni generiche o ambigue – la reale volontà e consapevolezza della stessa di non prendere posizione sui fatti allegati da controparte (e soprattutto la consapevolezza delle conseguenze processuali di tale comportamento inerte), e quindi al fine di verificare in sostanza l'idoneità della non contestazione – quale elemento istruttorio – a fondare il proprio convincimento.

Tuttavia, in considerazione dei limiti temporali propri dell'onere di contestazione, desumili in via sistematica dal combinato disposto degli artt. 167 e 183, quinto comma, c.p.c., l'interrogatorio libero potrà rivelarsi utile, ai fini della fissazione tendenzialmente definitiva del *thema decidendum* e del *thema probandum*, soltanto se espletato non oltre la prima udienza di trattazione. In questa sede (alla quale dovrebbe arrivare con un'adeguata preparazione sui fatti oggetto della causa), il giudice – riappropriandosi della propria funzione direttiva dell'udienza – potrebbe auspicabilmente realizzare, con l'ausilio delle parti, un'apprezzabile semplificazione e riduzione della causa a quelle poche questioni di fatto effettivamente controverse, con conseguente maggiore possibilità di pervenire a conciliazioni sia giudiziali che stragiudiziali, e in ogni caso con un – più o meno considerevole – potenziale decremento del carico istruttorio del processo.

L'introduzione, in sede di interrogatorio libero, di fatti non allegati negli atti introduttivi, provocherà poi la presa di posizione di ciascuna parte in relazione ai fatti affermati dall'altra; presa di posizione che dovrà avvenire nella stessa udienza, ovvero, se vi è stata richiesta di concessione dei termini, con la prima memoria *ex art. 183, sesto comma c.p.c.*

Il nuovo art. 115 c.p.c. pone a carico del giudice l'obbligo di valutare, ai fini della determinazione del proprio convincimento, le prove proposte dalle parti o dal p.m., nonché i fatti che non siano stati fatti oggetto di specifica contestazione dalle parti costituite.

La mancata o errata applicazione da parte del giudice della norma sulla non contestazione potrà essere fatta valere in sede di gravame, dinanzi al giudice dell'appello, ed eventualmente dinanzi al giudice di legittimità, sussistendo tuttavia – in quest'ultima ipotesi – non poche difficoltà nella corretta qualificazione del vizio di cui potrà dirsi inficiato il provvedimento impugnato.

Si pone, in altri termini, il problema di definire le modalità con cui ricorrere in Cassazione contro le pretese violazioni del dispositivo sancito dal principio in esame⁶⁸.

Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui il giudice abbia posto a base della decisione un fatto la cui esistenza sia stata desunta esclusivamente da un'asserita mancata contestazione, in realtà inesistente, ovvero all'ipotesi in cui il giudice abbia rigettato la domanda nonostante il fatto costitutivo della stessa – seppur non espressamente provato – non sia stato specificamente contestato dal convenuto. In questo caso, per quale motivo la decisione potrà essere impugnata in Cassazione? Restringendo il campo d'indagine, non mi pare si possa sfuggire all'alternativa che vuole il ricorso proponibile o ai sensi del n. 4 ovvero ai sensi del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. Nel primo caso si denuncia l'errata applicazione di norme processuali, mentre con il secondo motivo si lamenta l'errata ricostruzione della fattispecie concreta, la cui incongruità emerge dall'insufficiente, contraddittoria od omessa motivazione del provvedimento impugnato.

A mio avviso, sembra corretto ritenere che ogni qual volta il giudice di merito fondi la propria decisione su un fatto erroneamente qualificato come non contestato (a fronte, invece della specifica contestazione dello stesso)⁶⁹, ovvero ometta di contemplare, ai fini della determinazione del proprio

⁶⁸ Secondo la Giurisprudenza sviluppatasi anteriormente alla riforma del 2009, la valutazione della mancata contestazione del fatto costitutivo del diritto azionato, integra un tipico accertamento di fatto, come tale riservato al giudice di merito, e sindacabile in sede di legittimità soltanto sotto il profilo del vizio di motivazione (v. Cass. 16 dicembre 2005, n. 27833, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 12). Dello stesso avviso Cass. 14 gennaio 2004, n. 405 (in *Giust. civ. Mass.* 2004, I) in cui si precisa che il giudice che assume la qualità incontrovertibile dei fatti non contestati ha il dovere – in sede di motivazione della sentenza – di specificare la natura della causa che conferisce ai fatti tale qualità, nonché la fonte processuale di tale qualificazione.

⁶⁹ Perché, ad esempio il giudice non ha ritenuto la contestazione dotata di un sufficiente grado di specificità, ovvero ha erroneamente ritenuto tardiva la contestazione formulata, invece, in sede di memorie ex art. 183, sesto comma, n. 1, c.p.c.

convincimento, la mancata contestazione di un fatto allegato⁷⁰, si verifica un *error in procedendo*, diretta conseguenza della violazione dell'art.115 c.p.c. e censurabile ai sensi dell'art. 360 n. 4 c.p.c.; il vizio della motivazione va, invece, riservato a quei casi in cui il giudice, pur avendo correttamente qualificato il fatto allegato come non contestato (ovvero, al contrario, pronunciandosi correttamente nel senso dell'avvenuta contestazione dello stesso), inferisca una conclusione (e quindi una decisione) logicamente incompatibile⁷¹, anche alla luce degli altri elementi istruttori acquisiti al giudizio.

⁷⁰ Disconoscendone così aprioristicamente la potenziale idoneità a fondare la decisione giudiziale.

⁷¹ Che potrebbe essere anche il frutto un incongrua valutazione delle complessive risultanze istruttorie.