

Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)

1. Premessa. – 2. Considerazioni di carattere generale in tema di allegazione, rilievo e prova: introduzione. – 3. Segue: l'attività delle parti. – 4. Segue: l'attività del giudice. – 5. Il rilievo officioso: introduzione. – 6. Segue: a) la "questione rilevata d'ufficio". – 7. Segue: b) i poteri delle parti a seguito della segnalazione. – 8. Segue: c-d) necessità o meno di un pregiudizio per la configurabilità della nullità e riflessi di questa sul giudizio di impugnazione. – 9. La non contestazione: introduzione. – 10. Segue: a) piano di operatività della non contestazione. – 11. Segue: b) necessità o meno di una volontà di non contestazione. – 12. Segue: c) operatività della non contestazione per tutti i fatti oppure solo per quelli propri della parte, o da lei conosciuti. – 13. Segue: d) la necessaria specificità della contestazione. – 14. Segue: e) configurabilità della non contestazione solo per i fatti principali oppure anche per quelli secondari (e processuali). – 15. Segue: f) riferibilità della non contestazione solo ai fatti oppure anche ai diritti e più in generale alle valutazioni giuridiche. – 16. Segue: g) passibilità di non contestazione delle allegazioni negative. – 17. Segue: h) la non contestazione nei processi su diritti indisponibili. – 18. Segue: i) necessità o meno, per la configurabilità della non contestazione, che il fatto sia, oltre che entrato nel processo, anche rilevato. – 19. Segue: l) il profilo temporale della non contestazione.

1. Premessa

Nell'ambito dell'alluvione di interventi sul processo civile, ai quali, sempre più sconcertati e sconsolati, assistiamo ormai da anni, interventi per lo più velleitari, non di rado addirittura nocivi, e pressoché sempre pessimamente redatti, ogni tanto, per fortuna, se ne trova anche qualcuno che va in controtendenza. Fra questi, ve ne sono in particolare due, mi pare, che non solo possiedono in effetti una notevole importanza, ma che, al netto di una formulazione inadeguata, sono anche da salutare con deciso favore.

Intendo riferirmi alla modifica dell'art. 101 cpc, in tema di contraddittorio a seguito di un rilievo officioso, ed a quella dell'art. 115 stesso codice, in tema di non contestazione. Non è del resto un caso se esse vengono qui affiancate. La loro considerazione congiunta consente infatti di cogliere un aspetto, che ad un'analisi singolare potrebbe forse sfuggire, o comunque non essere pienamente apprezzato. Mi riferisco all'idea di fondo, che mi pare improntare tali interventi, e che appunto tanto più chiaramente emerge in considerazione di tale sua duplice incarnazione, secondo la quale le parti debbono concentrarsi esclusivamente su ciò che esplicitamente emerge nel corso del processo, senza doversi preoccupare di possibili sorprese dell'ultim'ora, tanto estemporanee ed inattese quanto decisamente improvvise. Si tratta di una scelta ad un tempo di economia e di chiarezza e certezza processuale, diametralmente opposta a quella all'insegna del principio di eventualità, che, come si diceva, non può che essere guardata con ampio favore, al pari di tutte quelle che, per quanto possibile, tendono a fare del processo il luogo del confronto aperto e leale, e non invece quello dell'astuzia, del sotterfugio, o anche solo dell'imprevisto, e dunque, in sostanza, un fenomeno non solo incerto, ciò che è inevitabile e dunque fisiologico, ma *tout court* aleatorio, nel quale hanno tutto da guadagnare i litiganti in mala fede e scorretti, e tutto da perdere quelli in buona fede e corretti.

Per adeguatamente introdurre e contestualizzare gli interventi in questione, prima di passare alla loro analisi è peraltro utile, ritengo, svolgere alcune considerazioni di carattere generale su un tema, quello che ruota attorno ai concetti di allegazione, rilievo (ad opera delle parti o del giudice) e prova, ed ai loro rapporti, la chiarezza in merito al quale rappresenta la premessa indispensabile per cogliere appieno il significato e la portata degli interventi medesimi. Non, beninteso, che, sul punto, si pretenda di affrontare e risolvere in questa sede tutti i molti problemi che la materia, notoriamente complessa ed intricata, presenta. Allo scopo occorrerebbe infatti ben altro spazio e ben altro approfondimento¹. Più modestamente – e limitatamente a ciò che ai presenti fini più direttamente rileva –

¹ Per una prima informazione e per ulteriori indicazioni cfr. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino 2001, e S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, III, Milano 1993, 23 ss.

l'obiettivo che ci si prefigge è dunque semplicemente quello di mettere un po' di ordine e di puntualizzare alcuni aspetti che, per quanto abbastanza semplici, non sempre, a quanto mi pare, risultano del tutto chiari, o comunque adeguatamente considerati.

2. Considerazioni di carattere generale in tema di allegazione, rilievo e prova: introduzione

In termini generalissimi ed elementari, lo schema dialettico del processo è semplice e lineare: l'attore espone dei fatti, ne trae delle conseguenze giuridiche e formula la relativa domanda di giustizia; il convenuto può, alternativamente o cumulativamente, affermare l'irritualità dell'iniziativa avversaria, negare i fatti esposti dall'attore, contestare che da essi derivino quelle certe conseguenze giuridiche, esporre altri fatti e trarne a sua volta delle conseguenze giuridiche, tali da paralizzare, o comunque contrastare, quelle in ipotesi derivanti dai fatti esposti dall'attore; su tale base, egli chiederà poi il rigetto della domanda, in rito o nel merito.

Naturalmente, le cose sono spesso assai più complesse. Il convenuto può infatti a sua volta proporre una domanda nei confronti dell'attore; l'attore può quindi, in replica a tale domanda o anche soltanto alle altre difese del convenuto, ulteriormente allegare fatti, argomentare in diritto, sollevare eccezioni, proporre domande; il processo può coinvolgere più di un attore e/o di un convenuto; le parti possono chiamare in causa, a vario titolo, altri soggetti; ecc.

Da tali complicazioni può tuttavia ai presenti fini prescindere. Anche rimanendo, per semplicità, al modello più scarno e lineare, già solo sulla base di questo si pongono infatti una serie di interrogativi non banali: i fatti possono entrare in giudizio solo tramite l'allegazione delle parti oppure anche altrimenti? se sì, in quali modi? in un processo nel quale, come attualmente da noi, per l'allegazione ad opera delle parti siano previste delle preclusioni, queste valgono anche per l'ingresso dei fatti per altra via? quali rapporti sussistono fra allegazione, e più in generale ingresso dei fatti in giudizio, e rilievo, ad opera delle parti o del giudice?

Per rispondere a questi, così come ad altri, interrogativi, e più in generale per cercare di fare chiarezza sui rapporti fra allegazione, rilievo e prova, il modo più semplice ed efficace consiste, a mio avviso, nel procedere per gradi, partendo da uno schema elementare e poi man mano arricchendolo con tutte le varianti del caso.

3. Segue: l'attività delle parti

In termini elementari, appunto, per quanto concerne le parti la questione di fatto, all'interno del processo, implica una triplice attività: allegazione, rilievo e prova. La parte, la quale abbia interesse a che un determinato fatto venga posto a fondamento della decisione, deve cioè in primo luogo introdurlo in giudizio, quindi valorizzarlo giuridicamente ed infine dimostrarne l'esistenza. Questa triplice attività non ha però un ordine cronologico rigido e prestabilito; o quantomeno non si articola necessariamente in tre tempi, corrispondenti alle tre attività in discorso. Per non portare in proposito che un esempio, assolutamente banale, è del tutto normale che, con la citazione, o con la comparsa di costituzione, la parte alleghi il fatto, lo rilevi e produca la documentazione che lo comprova.

Fin qui, peraltro, la cosa non solo non crea problemi, ma non presenta neppure un interesse particolare. In questione, nell'esempio appena addotto, è infatti semplicemente la contestualità/contemporaneità delle tre attività. Il discorso si fa invece più interessante allorché si comincia ad interrogarsi in merito alla possibilità o meno di ometterne una ed alle conseguenze di tale omissione.

Partendo dai rapporti fra allegazione e rilievo, siamo sicuri che le due attività, quando poste in essere dalla medesima parte, si distinguano fra loro? Allorché ad esempio il convenuto, nel corpo della comparsa di costituzione e risposta, espone di avere saldato il debito, a tutela del quale l'attore

ha agito, cosa fa: allega solamente il fatto estintivo pagamento oppure lo rileva anche? E' concepibile, più in radice, un'allegazione che non sia anche rilievo? Verrebbe istintivamente da dire di no, e dunque da affermare che l'allegazione, ad opera della parte, rappresenta al contempo anche un rilievo, o, se si preferisca, che lo implica. E tuttavia, si pensi al diverso caso, nel quale il medesimo convenuto, nel fornire la propria versione dei fatti, collochi a più di vent'anni addietro la nascita del credito azionato dall'attore, senza peraltro eccepire la prescrizione. Ce la sentiamo di dire che tale eccezione (e dunque il rilievo del fatto, rappresentato dal decorso del tempo) è implicita nella riferita allegazione in merito all'epoca di insorgenza del credito? Altrettanto istintivamente, verrebbe fatto di rispondere in senso negativo, escludendo pertanto l'identificazione/implicazione di allegazione e rilievo. Dunque qual è la soluzione? Forse che occorre distinguere a seconda del tipo di fatto, o del tipo di eccezione, a seconda che essa sia rilevabile solo ad opera della parte oppure anche d'ufficio?

A mio avviso né l'una né l'altra, per quanto il regime di rilevabilità dell'eccezione influisca, indirettamente, sulla questione. Non c'è dubbio, infatti, che, per quanto concerne il primo esempio, essendo il pagamento rilevabile anche d'ufficio, il problema finisca per passare inosservato, dato che, allegato il fatto, allorché il giudice lo pone a base della decisione poco importa che questo dipenda dal rilievo della parte, implicito nell'allegazione, oppure da quello ufficioso. Premessa dunque la necessità di prestare attenzione a non essere fuorviati da tale fattore distorsivo (per depurarne il ragionamento è sufficiente ipotizzare che anche il pagamento sia rilevabile solo ad opera della parte), a mio avviso la soluzione corretta è la seconda (vale a dire quella, prospettata con riferimento all'ipotesi della prescrizione, che nega l'identificazione/implicazione delle due attività in discorso).

Il punto, a quanto mi pare di poter affermare, è infatti questo, che il rilievo, proprio perché consiste nella valorizzazione giuridica del fatto, implica necessariamente il riferimento non al fatto storico in quanto tale, bensì alle sue conseguenze giuridiche. Non, beninteso, che sia in proposito indispensabile la menzione espressa del fenomeno giuridico di volta in volta in questione. Occorre però che emerga in modo inequivoco la volontà di far valere quel determinato effetto del fatto. Dopodiché è fatalmente destinato ad assumere un rilievo non raramente decisivo il fattore terminologico. Nel senso che molto dipende da quanto, proprio dal punto di vista lessicale, fenomeno materiale e fenomeno giuridico siano vicini oppure lontani. Mi spiego, proprio sulla scorta degli esempi adottati. Giuridicamente, il fisiologico fatto estintivo del credito di una somma di denaro è il pagamento. Tale termine connota però anche il fenomeno materiale. Una volta che la parte, resistendo alla domanda avente ad oggetto il credito in questione, abbia menzionato il pagamento, non vi è dunque spazio, quantomeno in linea di massima, per distinguere fra allegazione del fatto materiale e rilievo delle sue conseguenze giuridiche. Tutto all'opposto, per quanto concerne il fattore temporale, vi è una notevole discrepanza, a livello terminologico, fra fenomeno materiale (decorso del tempo) e fenomeno giuridico (prescrizione). In questo caso, sempre in linea di massima, non pare dunque che il riferimento al fenomeno materiale (tanto più se il questo sia solo indirettamente evocato, mediante l'allegazione dell'epoca di insorgenza del credito) possa essere inteso anche quale rilievo del fenomeno giuridico.

Del resto, che le cose stiano effettivamente in tali termini è abbastanza facilmente riscontrabile, semplicemente ponendosi, anziché dal punto di vista del convenuto, da quello dell'attore. Anche per tale soggetto, oltre all'allegazione dei fatti, si pone infatti la necessità del loro rilievo, sotto forma di indicazione del diritto che essi a suo avviso fonderebbero. E nessuno, credo, dubita del fatto che, a tal fine, egli non possa limitarsi alla prima attività, essendo viceversa necessario che chiarisca qual è il diritto che, sulla loro base, egli intende far valere. Eppure ciò di cui si tratta non è niente di diverso da quello che accade per il convenuto. Semplicemente, in questo caso, essendo il fenomeno giuridico (il diritto scaturente dai fatti) chiaramente distinto da quello materiale (i fatti che fondano tale diritto), non foss'altro perché ad un diritto corrispondono, quantomeno tendenzialmente, una pluralità di fatti costitutivi, la cosa appare del tutto ovvia.

Ciò detto, e appurato dunque, quanto ai rapporti fra allegazione e rilievo, che la prima non implica il secondo, per quanto concerne i rapporti fra allegazione e rilievo da un lato e prova dall'altro il discorso risulta ancora più complesso.

Per venirme a capo, occorre, a mio avviso, ragionare distintamente per le produzioni documentali e per la richiesta di prove costituende.

Iniziando dalle prime, si immagini dunque che la parte produca un documento, dal quale (unitamente o meno a quella di un altro fatto, regolarmente allegato e rilevato) emerga (anche) la prova di un fatto non allegato, e dunque neppure rilevato: può affermarsi che nondimeno, per il solo fatto della produzione, quel fatto debba a tal punto ritenersi anche allegato e rilevato?

Per quanto concerne il rilievo, mi sentirei senz'altro di rispondere in senso negativo, e ciò per lo stesso motivo per il quale si è detto sopra che il rilievo non può essere considerato implicito nell'allegazione: esso deve esprimere la volontà di far valere l'effetto giuridico del fatto; e di certo tale volontà non può ritenersi espressa per il semplice fatto della produzione di un documento dal quale emerge la prova del fatto medesimo. Del resto, a diversamente opinare, ciò dovrebbe valere sempre; anche cioè per i fatti, il cui rilievo è riservato alla parte, e dunque, per stare al convenuto, per i fatti che fondano un'eccezione in senso stretto. Ebbene, ce la sentiamo di dire che, avendo il convenuto prodotto un documento, dal quale emerge la prova di un fatto di questo tipo, non altrimenti allegato né rilevato, la relativa eccezione in senso stretto debba ritenersi per ciò solo proposta? Francamente non mi pare che a tale domanda possa anche solo pensarsi di fornire risposta affermativa.

Per quanto concerne poi l'allegazione, la cosa potrebbe forse apparire maggiormente plausibile. A meglio riflettere, anche a tale proposito occorre però concludere in senso negativo. Può infatti discutersi se l'allegazione debba esprimere una manifestazione di volontà diretta alla produzione di un determinato effetto, rappresentato dall'introduzione in giudizio di quel certo fatto (per il rilievo certamente è così, con riferimento alla valorizzazione giuridica di quest'ultimo); di certo però, mi pare, essa deve essere un atto consapevole, e l'ingresso del fatto in giudizio tramite una produzione non è detto che lo sia, ben potendo la parte (a maggior ragione se la produzione era specificamente mirata alla prova di un fatto diverso) non essersi accorta di tale implicazione. Del resto, per avere conferma di tale conclusione è sufficiente, anche in questo caso, spostarsi sul versante dell'attore. Immaginiamo infatti che questi, non avendo allegato né rilevato un determinato fatto costitutivo del proprio diritto, abbia tuttavia prodotto un documento, dal quale tale fatto effettivamente risulti: nessuno, ritengo, affermerebbe mai che la *causa petendi* di quel diritto (magari eteroindivíduo) possa ritenersi regolarmente allegata.

Questo, si faccia bene attenzione, non significa che di quel fatto non possa per ciò solo tenersi conto. Quanto appena detto, di per sé, significa infatti esclusivamente che il suo ingresso in giudizio non può essere ricollegato ad un'allegazione. Dopodiché, quella se esso possa o meno ritenersi ugualmente utilizzabile è questione di carattere più generale, che attiene al problema, già sopra posto e del quale ci occuperemo più avanti², se i fatti possano entrare in giudizio solo tramite allegazione delle parti, oppure anche altrimenti.

Ferma restando tale riserva, per il momento, passando alle prove costituende, si immagini dunque che, nella medesima situazione sopra ipotizzata – vale a dire in assenza di allegazione e rilievo di un determinato fatto – la parte formuli, relativamente ad esso, un capitolo di prova testimoniale. Anche in questo caso, stessa domanda: quel fatto può, semplicemente in conseguenza di tale capitolazione, ritenersi allegato e rilevato?

Per quanto concerne il rilievo, non avrei dubbi sul fatto che la risposta debba essere negativa, e ciò per le medesime ragioni esposte sopra con riferimento alla produzione documentale, che conservano piena validità, a quanto mi pare, anche nell'ipotesi attualmente in esame.

Non altrettanto vale invece, a mio avviso, per quanto concerne l'allegazione. Diversamente da ciò che accade con la produzione, non c'è dubbio, infatti, che la richiesta di prova implichi,

² In fine di questo paragrafo.

nell'ordine di idee sopra esposto, non solo una consapevole introduzione del fatto in giudizio, ma, mi sentirei di affermare, anche una precisa volontà in tal senso. Né, per altro verso, il fatto che tale introduzione avvenga direttamente in veste di richiesta della relativa prova mi pare possa in alcun modo creare ostacoli. Solo in nome di un vuoto formalismo potrebbe infatti pretendersi una distinzione fra la menzione del fatto e la richiesta di prova relativa ad esso.

Altro è poi il discorso se, in un processo all'insegna delle preclusioni, tale richiesta venga formulata in un momento nel quale l'allegazione è ormai preclusa. In tal caso, è ovvio che del fatto non possa tenersi conto (e la prova non debba dunque essere ammessa). Ciò non dipende però dal fatto che la richiesta di prova non ne implichi l'allegazione, bensì dal fatto che essa, ancorché tempestiva in quanto tale, è però tardiva quale allegazione. Il problema non è cioè quello dell'assenza di quest'ultima, bensì quello della sua tardività. Il discorso risulta dunque completamente diverso laddove la richiesta di prova avvenga in un momento nel quale l'allegazione sia ancora consentita, e segnatamente – come spesso accade – direttamente negli atti introduttivi. Esemplicando, si immagini che, essendosi l'attore affermato creditore del corrispettivo di una fornitura di merci, formuli poi, in citazione, una serie di capitoli di prova, nei quali specifichi l'oggetto ed i tempi di tale fornitura (ma altrettanto varrebbe a mio avviso – al di là della singolarità della fattispecie, personalmente mai incontrata – laddove egli si limitasse ad affermarsi creditore senza ulteriori specificazioni, salvo poi procedere ad una dettagliata capitolazione in proposito): veramente vogliamo dire che la citazione è nulla per mancata specificazione della *causa petendi*? A me francamente non pare ragionevole.

Detto questo, il problema è semmai un altro. Posto, secondo quanto visto, che la richiesta di prova, pur implicando l'allegazione dei relativi fatti, non ne implica anche il rilievo, essa deve essere ammessa oppure no? Ragionando sulla *ratio* del giudizio di rilevanza, prodromico all'ammissione delle prove costituenti, che è quella di evitare di perdere tempo inutilmente, riterrei che la risposta debba essere negativa. Una prova siffatta dovrebbe infatti essere espletata in prospettiva meramente eventuale; in funzione cioè di un rilievo – ad opera della parte stessa, oppure, ove possibile, officioso – del tutto ipotetico, che potrebbe anche non avere mai luogo, e questo appare decisamente in contrasto con la suddetta *ratio*. Esemplicando, si immagini un convenuto che, senza eccepire la prescrizione, formuli un capitolo di prova testimoniale relativo all'epoca – più che ventennale – alla quale deve essere fatta risalire l'insorgenza del credito azionato dall'attore: a me non sembra che tale capitolo dovrebbe essere ammesso, posto che allo stato, quand'anche confermato, non inciderebbe sulla decisione della causa (diverso è il caso, sopra ipotizzato, dei capitoli di prova relativi ai fatti costitutivi, non autonomamente allegati, del credito azionato; in tal caso, infatti, proprio perché l'attore si è affermato creditore, egli ha indubbiamente operato la qualificazione giuridica – vale a dire il rilievo – dei fatti in questione).

In tanto, dunque, la prova in merito a fatti non altrimenti allegati dovrà essere ammessa, in quanto in merito ad essi sia per altro verso riscontrabile un rilievo [il che, si noti, vale anche per i fatti secondari (quelli cioè che rilevano esclusivamente in funzione della prova di quelli primari: si immagini un capitolo di prova volto a dimostrare che il convenuto, essendosi trovato, in un certo giorno ed in una certa ora, in un certo luogo, non poteva trovarsi in quello, diverso, dove gli si imputa di avere provocato un sinistro stradale); come vedremo più avanti³, anche per questi è infatti configurabile un fenomeno assimilabile al rilievo].

Chiarito questo, il discorso, per quanto concerne l'attività delle parti, non può peraltro ritenersi concluso. Sempre con riferimento ad essa, vi sono infatti ancora due aspetti, sui quali ritengo necessario soffermarsi.

In primo luogo occorre interrogarsi sulla natura delle affermazioni negative. Per intendere ciò a cui si fa riferimento, si prenda ad esempio il caso, del tutto normale, nel quale l'attore, asseritosi creditore, sostenga che il convenuto non ha mai adempiuto⁴. Bene, cosa concreta tale afferma-

³ § 18.

⁴ Per una più precisa individuazione del fenomeno v. il § 16.

zione? Può affermarsi, in particolare, che in forza di essa, nonostante il suo segno negativo, il fatto in questione debba nondimeno considerarsi allegato in giudizio?

Questo essendo l'interrogativo, non mi pare peraltro che esso possa avere se non risposta positiva. Premesso che il segno negativo, in sé, non si vede quale ostacolo potrebbe rappresentare [al limite, se si preferisca, si può configurare quella in questione non già quale allegazione negativa del fatto, bensì quale allegazione positiva del fatto negativo (il non-adempimento, per rimanere all'esempio addotto)], per ritenere diversamente, occorrerebbe infatti ipotizzare una sorta di monopolio dell'allegazione in capo alla parte, alla quale il fatto giova. Di un siffatto monopolio non si saprebbe però francamente come fornire giustificazione. Di esso non solo non esiste infatti, ciò che è evidente, positiva sanzione, ma neppure paiono rintracciabili indizi sistematici di sorta. A maggior ragione la risposta positiva si impone poi, laddove si ritenga – secondo quanto vedremo più avanti⁵ – che la contestazione concreta per l'appunto un'allegazione negativa.

Altro è poi se, in relazione al fatto negativo, possa configurarsi, in caso di silenzio della controparte, una non contestazione. Questo è però evidentemente un diverso problema, del quale ci occuperemo in seguito⁶. Per ciò che qui più immediatamente e direttamente interessa, riterrei dunque 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.

In ultimo, è poi appena il caso di notare come, a fronte di un'allegazione negativa, non è neppure ipotizzabile che il fatto possa ritenersi anche rilevato. Il rilievo non può infatti provenire se non dalla parte alla quale il fatto giova, oppure dal giudice, e dovrà dunque avvenire in seguito, ad opera di uno di tali soggetti. Questo, peraltro, non solo non fa venire meno la rilevanza della soluzione fornita, ma anzi, tutto all'opposto, consente di coglierla appieno. Laddove infatti il fatto non potesse ritenersi allegato, la sua invocazione, che la parte che intende valersene effettuasse in un momento processuale, nel quale l'allegazione dei fatti deve ritenersi preclusa, non potrebbe essere presa in considerazione. Viceversa, posto che il fatto si consideri allegato, a quel punto tale invocazione, in quanto assume esclusivamente il significato di un rilievo, risulta senz'altro consentita (salvo che in questione sia un'eccezione in senso stretto, per la quale anche il rilievo debba ritenersi ormai precluso).

Il secondo aspetto, del quale si diceva poc'anzi, concerne quelle che potremmo indicare quali allegazioni giuridiche. Per addurre anche in questo caso un esempio di frequente verifica, si pensi a tutte quelle ipotesi nelle quali l'attore, intendendo chiedere ad esempio il rispetto delle distanze, o il regolamento dei confini, si limiti a qualificarsi proprietario di un certo terreno, senza ulteriormente specificare (o magari – come accade di frequente – allegando di avere acquistato la proprietà in forza di un certo contratto di compravendita, ciò che non modifica in realtà i termini del problema, dato che, com'è noto, tale contratto non rappresenta un idoneo fatto costitutivo del diritto in questione, dovendosi in proposito risalire ad un acquisto a titolo originario). Questa, a rigore, non è una situazione di fatto bensì una di diritto. Dunque quella in discorso non dovrebbe essere considerata un'allegazione, bensì un'affermazione giuridica. E nondimeno, siamo sicuri che, in ipotesi di questo genere, laddove cioè il diritto non rappresenti l'oggetto della domanda, ma solo il suo presupposto, esso non venga a ben vedere in considerazione come fatto, sì che quella ad esso relativa non sia in realtà un'allegazione? Posto che tale diritto non venga contestato, siamo infatti disposti a ritenere che, non trattandosi di questione di fatto, di esso debba ugualmente essere fornita la prova? Personalmente, come vedremo in seguito, trattando della non contestazione⁷, ritengo che la risposta debba essere negativa; nel senso cioè dell'effettiva configurabilità della non contestazione. E però, come parimenti vedremo, tale soluzione deve essere attinta altrimenti; senza cioè ricorrere ad un'operazione di dubbia tenuta, quale sarebbe l'ibridazione fra l'aspetto fattuale e quello giuridico della controversia, appena ventilata.

⁵ § 19.

⁶ § 16.

⁷ § 15.

Ciò detto, e dovendosi in tal modo ritenere in effetti terminata l'analisi dell'attività delle parti, prima di passare a quella del giudice occorre a questo punto affrontare il problema, già sopra due volte menzionato, se l'introduzione dei fatti in giudizio debba o meno essere considerata monopolio delle parti.

In proposito, non riesco francamente a trovare argomenti di reale peso a favore della riserva. L'unico che, a quanto mi pare, potrebbe avere una qualche rilevanza, è quello per il quale le parti potrebbero non avere introdotto quel certo fatto non già per dimenticanza, ma scientemente, in quanto non volevano, quale che ne fosse il motivo, che esso entrasse nel processo. Si tratta peraltro di un argomento che prova troppo. Altrettanto potrebbe dirsi, infatti, anche a fronte di un rilievo ufficioso: anche in tale ipotesi la parte, alla quale il rilievo giova, potrebbe lamentare che essa non voleva che quel fatto (come che sia entrato nel processo) fosse posto a fondamento della decisione. E nondimeno il rilievo ufficioso è previsto. Non pare dunque che, anche per quanto concerne l'ingresso del fatto in giudizio, la possibile volontà contraria delle parti possa rappresentare un ostacolo.

Il problema vero, del resto, non è tanto questo, quanto quello temporale. In un processo nel quale l'allegazione ad opera delle parti incontra un limite preclusivo, sembrerebbe in effetti del tutto ragionevole ritenere che lo stesso valga anche per l'ingresso dei fatti per altra via. E però, se si riflette sul fatto che in pratica, fatti notori a parte, l'unico canale alternativo all'allegazione delle parti, tramite il quale i fatti possono entrare in giudizio, è rappresentato dall'attività istruttoria (produzioni documentali, dalle quali, secondo quanto detto sopra, risultino fatti non allegati; escussione dei testimoni, i quali riferiscano fatti ulteriori rispetto a quelli capitolati; ispezione o consulenza tecnica, nel corso delle quali emergano elementi non precedentemente evidenziati), porre un siffatto limite equivarrebbe in sostanza, se non a cancellare il fenomeno *tout court* (le produzioni documentali potrebbero essere state effettuate prima della preclusione all'allegazione dei fatti), di certo però a renderlo decisamente marginale; e con esso a conseguentemente ridimensionare in misura cospicua anche l'ambito del rilievo ufficioso, posto che esso è tendenzialmente destinato ad esercitarsi, quantomeno per ciò che concerne il versante sostanziale, proprio in relazione a fatti non allegati dalle parti (pur non essendo impossibile, è di certo assai poco frequente che la parte, la quale allega un fatto, ometta di rilevarlo).

Questo essendo il problema, a suo tempo avevo optato per la soluzione più restrittiva⁸. Oggi, pur continuando a ritenere che questa sia in effetti quella più "pulita", non escluderei tuttavia che anche l'altra possa forse trovare una giustificazione accettabile e compatibile con un sistema di preclusioni, considerando che l'ingresso dei fatti tramite l'attività istruttoria rappresenta pur sempre il frutto del fisiologico sviluppo del processo, a seguito delle iniziative tempestivamente assunte dalle parti, e che la relativa possibilità potrebbe dunque in sostanza far parte dello scenario messo in conto dal legislatore. Tutto sta in sostanza a vedere se la più ampia esercitabilità del potere di rilievo ufficioso valga il prezzo di una minore coerenza sistematica; valutazione questa, nella quale un ruolo non indifferente è evidentemente destinato a giocare il maggiore o minore favore con il quale l'interprete guardi a tale potere.

4. Segue: l'attività del giudice

Detto questo, e venendo a questo punto all'analisi dell'attività del giudice, con riferimento a tale soggetto il discorso riguarda un unico fenomeno, vale a dire quello del rilievo. Per quanto concerne l'allegazione, che essa possa provenire dal giudice è infatti espressamente vietato (art. 97 disp. att. c.p.c.: divieto di scienza privata). Per quanto concerne poi la prova, l'iniziativa ufficiosa è invece bensì contemplata; agli attuali fini essa risulta però irrilevante.

⁸ Cfr. M. FORNACIARI, *La definizione del thema decidendum e probandum nel processo civile di rito ordinario* (art. 183, commi 3, 4, 5 c.p.c.), in *Giust. civ.* 2002, II, 297 ss., § 8.

Concentrandoci dunque sul rilievo, per dare ordine al discorso occorre innanzitutto identificare il fenomeno. Di rilievo ufficioso può infatti parlarsi in due significati.

Da un punto di vista più rigoroso, esso denota un'attività specifica e ben definita, consistente, in parallelo al rilievo delle parti, nella valorizzazione giuridica di un dato fatto, facente parte della fattispecie del diritto azionato. In genere, in questione è, più nello specifico, un fatto impeditivo/modificativo/estintivo, tanto che è del tutto abituale distinguere, nell'ambito delle eccezioni (che a tale tipo di fatti appunto si riferiscono), fra quelle sollevabili solo dalla parte (eccezioni in senso stretto) e quelle rilevabili anche d'ufficio (eccezioni in senso lato). Il fenomeno è però più ampio, in quanto esso può ulteriormente riferirsi: alla valorizzazione di un fatto costitutivo, laddove per un verso questo non sia ovviamente identificatore del diritto, per altro verso esso non sia comunque – in parallelo con le eccezioni in senso stretto – eccezionalmente riservato alla parte (tale ad esempio, secondo taluno⁹, l'usucapione); alla valorizzazione di un fatto *sub-impeditivo/modificativo/estintivo*, nell'ambito di una sottofattispecie *impeditiva/modificativa/estintiva* (si pensi ad esempio all'interruzione/sospensione della prescrizione)¹⁰.

Sempre in termini rigorosi, il fenomeno comprende poi, sul versante processuale, il riscontro della presenza di una nullità, di singoli atti (nullità formali) o dell'intero processo (nullità extraformali, concernenti cioè i presupposti processuali).

Più in generale, di rilievo ufficioso può tuttavia parlarsi anche con riferimento ad altre due attività, consistenti: nel constatare l'assenza di un determinato fatto, sia esso costitutivo, impeditivo/modificativo/estintivo o *sub-impeditivo/modificativo/estintivo* (si tratta del fenomeno per il quale, ad esempio, capita con una certa frequenza di leggere che, essendo un dato requisito costitutivo del diritto azionato, era l'attore a doverne dare prova e che l'assenza di questa – e dunque di quel requisito – è rilevabile anche d'ufficio, senza bisogno di eccezione della controparte¹¹); nell'operare un inquadramento giuridico della vicenda diverso da quello operato dalle parti (in questione, a seconda dei casi, può essere l'individuazione/interpretazione delle norme oppure la loro applicazione, e da tale diverso inquadramento, sempre a seconda dei casi, può o meno derivare la rilevanza di fatti ulteriori, rispetto a quelli sino ad allora coinvolti).

La distinzione appena operata non è, si noti, meramente scolastica. Al contrario, essa assume una specifica rilevanza proprio con riferimento al tema qui in esame, essendo controverso, com'è noto, se l'obbligo del giudice di sollecitare il contraddittorio delle parti sia generalizzato oppure limitato ad alcune soltanto delle attività indicate.

Di questo ci occuperemo però più avanti¹². Per il momento, continuando nell'illustrazione del fenomeno del rilievo ufficioso, un secondo aspetto sul quale occorre soffermarsi, relativo specificamente al caso nel quale il rilievo concerna la presenza (rilievo in senso proprio) oppure l'assenza (rilievo in senso improprio) di un fatto della fattispecie o della *sub-fattispecie* impeditiva/modificativa/estintiva, è quello in merito alle condizioni necessarie affinché esso possa avvenire.

In proposito, il discorso, in linea generale, è semplice: occorre che il fatto in questione per un verso sia entrato in giudizio, tramite allegazione delle parti o altrimenti, per altro verso possa essere ritenuto a seconda dei casi esistente o inesistente, per altro verso ancora la sua presenza/assenza non sia già stata rilevata dalle parti.

Il quadro si fa però più complesso, allorché, approfondendo l'analisi, si prendono in considerazione le diverse varianti dell'ingresso in giudizio, della prova e del rilievo.

Iniziando dal rilievo in senso proprio – vale a dire quello concernente la presenza del fatto – allorché questo sia stato allegato in forma positiva dalla parte alla quale giova, è abbastanza evidente che la sua verificabilità è quanto mai remota. Già è difficile, infatti, che la parte, pur avendo alle-

⁹ Cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano 1991, 348 e 349, nota 263.

¹⁰ Sul fenomeno delle sottofattispecie, con riferimento all'effetto prodotto da una sentenza costitutiva e dall'esercizio di una situazione potestativa, v., se vuoi, M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino 1999, §§ 21 e 36.

¹¹ Cfr. ad esempio, da ultimo, Cass., 28 giugno 2010, n. 15375.

¹² § 6.

gato il fatto, non lo abbia rilevato. A maggior ragione ciò vale poi laddove, oltre ad allegarlo, essa ne abbia anche fornito prova documentale. Più in radice impossibile risulta, infine, laddove la stessa lo abbia provato mediante una prova costituenda. Secondo quanto detto sopra¹³, in assenza di rilievo del fatto la prova costituenda non può infatti essere ammessa. Se lo è stata, vuol dunque evidentemente dire che il fatto è stato, oltre che allegato, anche rilevato.

Questo, si faccia bene attenzione, non significa peraltro che, in questa ipotesi, l'iniziativa ufficiosa non abbia alcuno spazio. All'opposto, essa è bensì concretamente esercitabile, ma nella diversa forma della segnalazione "preventiva" alle parti circa la circostanza che quel certo fatto, qualora ne venisse fornita la prova, potrebbe essere oggetto di rilievo ufficioso. Il che, si noti, non è privo di effetti, perché basta, a quanto mi pare, anche in assenza di uno specifico rilievo della parte, a rendere ammissibile la prova costituenda che dovesse essere richiesta, o anche disposta d'ufficio¹⁴, in proposito, e consente quindi, qualora tale prova riesca, il successivo eventuale rilievo ufficioso vero e proprio.

Ancora più interessanti risultano poi le cose allorché, anziché sulla prova, si ragioni sulla non contestazione. Anche nella prospettiva dell'esistenza di uno specifico onere in tal senso, secondo quanto disposto dal nuovo art. 115 cpc, nessuna rilevante non contestazione può infatti darsi, come vedremo meglio più avanti¹⁵, se il fatto non sia stato rilevato (dalla parte: il rilievo ufficioso del fatto, in quanto non contestato, non può ovviamente avere luogo prima che la non contestazione si sia perfezionata). E però, qualora lo sia stato, è evidente che il successivo rilievo ufficioso, essendo stato preceduto da quello della parte, è per ciò stesso fuori gioco. Il presupposto necessario per poter configurare una non contestazione (essere stato il fatto rilevato) è cioè, in sostanza, esattamente l'opposto di quello necessario per poter ipotizzare un rilievo ufficioso [non essere già stato il fatto precedentemente rilevato (dalla parte)]. Il che è evidentemente quanto dire che il rilievo ufficioso dell'esistenza di un fatto in quanto non contestato è *tout court* impossibile.

Anche qui vale peraltro quanto detto poc'anzi con riferimento alla prospettiva della prova: quanto precede non implica che l'iniziativa ufficiosa non abbia alcuno spazio; essa può infatti trovare ugualmente luogo, nella diversa forma della segnalazione che si è detta "preventiva"; e, così come questa è sufficiente per ammettere le prove costituende che la parte che ha interesse all'esistenza del fatto volesse chiedere in proposito, parimenti lo è, ritengo, per far insorgere, in capo alla controparte, l'onere di contestarlo, sì che, qualora ciò non avvenga, il giudice può poi, se del caso, operare il rilievo ufficioso vero e proprio.

Un dato occorre peraltro porre in risalto, relativo all'aspetto temporale della cosa. Pur dato per certo, come vedremo più avanti¹⁶, che il potere di rilievo ufficioso non incontra decadenze (salvo ovviamente quelle espressamente sancite), e che dunque esso può essere esercitato anche in un momento nel quale è già scattata, per le parti, la preclusione istruttoria (che a tal punto, *ex* art. 101, nuovo testo, cpc, viene superata), altrettanto non vale per la segnalazione "preventiva" in discorso. Ammetterlo implicherebbe infatti che la parte avente interesse all'esistenza del fatto, la quale non si era attivata finché lo poteva per (rilevarlo e) fornirne la prova, verrebbe a questo punto rimessa in termini per provvedervi o per beneficiare della non contestazione altrui; il che non ha evidentemente alcuna giustificazione. Il potere in questione in tanto può dunque essere esercitato, in quanto ancora non sia maturata, per le parti, la suddetta preclusione istruttoria. Tale limite non è peraltro assoluto. Data la sua *ratio*, è infatti evidente che esso potrà essere superato allorché, in relazione a quel certo fatto, il giudice abbia la possibilità, che intenda esercitare, di assumere un'iniziativa istruttoria ufficiosa¹⁷.

Passando a questo punto al rilievo, sempre in senso proprio – vale a dire concernente la presenza del fatto – ma allorché questo sia stato allegato in forma negativa dalla parte contraria a quel-

¹³ § 3.

¹⁴ In questo caso, normalmente la segnalazione coinciderà, di fatto, con l'iniziativa istruttoria ufficiosa.

¹⁵ § 18.

¹⁶ In fine di questo paragrafo.

¹⁷ Vale quanto detto nella nota 14.

la alla quale giova, il discorso è ovviamente uguale a quello che precede per quanto concerne la prospettiva della prova. Esso muta invece per quanto concerne quella della non contestazione, per la semplice ed evidente ragione che, proprio per il fatto di essere stato allegato in forma negativa, il fatto in discorso è contestato per definizione; nasce (in seno al processo) come contestato. Dunque, non solo non potrà mai verificarsi che esso venga rilevato d'ufficio in quanto non contestato, ma non vi sarà spazio neppure perché una non contestazione si formi a seguito della segnalazione "preventiva" da parte del giudice. Molto semplicemente, la non contestazione non fa parte, in nessuna sua possibile manifestazione o articolazione, di questo scenario (il problema è semmai, come accennato¹⁸, quello della possibilità di una non contestazione, ad opera della parte alla quale giova, della sua inesistenza).

Ultima possibile manifestazione del rilievo in senso proprio – vale a dire concernente la presenza del fatto – è infine quella che si dà allorché il fatto non sia stato allegato, né in forma positiva né in forma negativa, dalle parti, ma sia entrato in giudizio altrimenti, e dunque, secondo quanto si disse, in sostanza, fatti notori a parte, tramite una produzione documentale oppure tramite una qualche prova costituenda.

Con riferimento a questa ipotesi ben poco vi è peraltro da dire. Si tratta in effetti del terreno elettivo di manifestazione del fenomeno. I presupposti di quest'ultimo – vale a dire, secondo quanto chiarito, l'essere entrato il fatto in giudizio, l'esserne dimostrata l'esistenza e però il non essere già stato rilevato dalla parte – sono infatti qui possibili non solo in astratto, come nel caso del fatto allegato dalla parte alla quale giova, ma anche in concreto: mentre, come sopra notato, è assai improbabile che, laddove il fatto sia stato allegato da tale parte, questa, pur provandolo (documentalmente: nel caso della prova costituenda, come si è visto, la cosa è *tout court* impossibile, l'ammissione della prova presupponendo il previo rilievo del fatto, ciò che esclude in radice la possibilità del rilievo officioso), non lo abbia però rilevato, il mancato rilievo risulta invece maggiormente plausibile allorché il fatto sia stato provato (documentalmente o tramite una prova costituenda) solo accidentalmente, vale a dire senza che la parte lo avesse previamente allegato.

Pur fermo restando che non si tratta di un evento particolarmente frequente (mediamente le prove si riferiscono in effetti ai fatti allegati e comunque le parti non omettono di rilevare i fatti che dalle medesime risultino, anche accidentalmente, provati), non c'è dunque dubbio che esso non può neppure ritenersi inverosimile¹⁹.

Chiarito il quadro relativo al rilievo in senso proprio, per quanto concerne quello improprio – vale a dire quello concernente l'assenza di un fatto – innanzitutto due precisazioni in merito ai presupposti necessari per potersi parlare, con riferimento al fenomeno in discorso, di rilievo, sia pure in senso improprio. Per un verso occorre infatti che quello in questione sia un profilo che viene sollevato dal giudice senza che sia stato oggetto di dibattito fra le parti; in quanto cioè il fatto, seppure entrato nel processo, sia poi rimasto per così dire fra le pieghe di questo. In caso contrario, ciò che il giudice fa, allorché ne riscontra l'assenza, non è, neppure in senso improprio, un rilievo, bensì la normale presa di posizione in merito ad uno dei punti di contrasto fra le parti. Per altro verso occorre che il fatto, poi non trattato, sia stato nondimeno non solo allegato, ma anche rilevato (in senso proprio). In caso contrario – qualora cioè la parte non abbia manifestato di volerne far valere gli effetti giuridici, ed a maggior ragione qualora esso non sia stato neppure allegato (la fattispecie non è affatto di scuola: accade del tutto normalmente, si pensi ad una causa per un sinistro stradale, che il giudice, escludendo ad esempio un determinato profilo di colpa di una parte, poniamo l'eccessiva velocità, aggiunga poi che per altro verso la controparte non ha allegato altri profili di possibile ne-

¹⁸ § 3.

¹⁹ In materia non può peraltro non segnalarsi Cass., sez. un., 1 febbraio 2008, n. 2435, in *Corriere giur.*, 2002, 353, con nota di C. CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, secondo la quale "al giudice è inibito trarre dai documenti comunque esistenti in atti determinate deduzioni o indicazioni, necessarie ai fini della decisione, ove queste non siano specificate nella domanda, o – comunque – sollecitate dalla parte interessata". Si tratta in verità di un'affermazione assai pesante. Ove applicata rigidamente, essa rischia infatti, se non di cancellare *tout court* il rilievo officioso, di certo però di ridurlo a ben poca cosa.

gligenza/imprudenza/imperizia) – il riscontro, che il giudice possa pure operare, circa la sua assenza non concreta in realtà alcun rilievo, neppure in senso improprio, quanto piuttosto un semplice *obiter dictum*. Né, si aggiunga, tale precisazione riveste carattere meramente teorico. Il punto, ai presenti fini direttamente rilevante, è infatti che in casi di questo genere in effetti non si avverte, neppure a livello di posizione del problema, alcuna specifica esigenza di sollecitazione del contraddittorio.

Premesso quanto precede, il discorso risulta a questo punto estremamente semplice. A fronte di un fatto allegato e rilevato (in senso proprio), la controparte può infatti, alternativamente, contestarlo oppure non contestarlo. Ebbene, in entrambi i casi il rilievo, sia pure in senso improprio, da parte del giudice, della sua inesistenza, è senz'altro escluso. Nel primo caso (contestazione), perché, alla luce della prima delle due precisazioni che precedono, a tal punto, quand'anche il fatto sia poi rimasto privo di dimostrazione, il riscontro della sua inesistenza non integra comunque un rilievo, neppure in senso improprio. Nel secondo caso (non contestazione), perché in questo caso, ancor più in radice, il fatto, alla luce del nuovo art. 115 cpc, deve essere considerato senz'altro esistente.

Appurato questo, del tutto evidente è poi la soluzione nel caso nel quale, anziché positivamente dalla parte alla quale giova, il fatto sia stato allegato negativamente da quella contraria [e poi rilevato (in senso proprio) dalla prima]. In tal caso, essendo esso per definizione contestato, si rientra infatti senz'altro nella prima delle due ipotesi appena illustrate (né d'altra parte, dato il rilievo ad opera della parte alla quale giova, può ipotizzarsi la non contestazione della sua inesistenza; mentre poi, qualora tale rilievo non avesse avuto luogo, verrebbero meno, alla luce della seconda delle precedenti precisazioni, le condizioni perché la constatazione, da parte del giudice, della sua inesistenza possa configurarsi quale rilievo officioso, sia pure improprio).

Ciò detto, e tirando a questo punto le fila delle considerazioni che precedono, il quadro risulta, a quanto mi pare, abbastanza chiaro. In sostanza, a parte la segnalazione “preventiva” della presenza di una questione che, qualora provata (o non contestata), sarebbe rilevabile d'ufficio, quanto al rilievo in senso proprio esso ha concretamente spazio esclusivamente con riferimento ai fatti che, non allegati dalle parti, né in forma positiva né in forma negativa, siano entrati nel processo mediante le produzioni documentali o mediante prove costituenti; quanto poi al rilievo in senso improprio, introdotto nell'ordinamento l'onere di contestazione, esso deve ritenersi ormai privo di margine operativo.

Tutto questo, è bene esplicitarlo, per quanto concerne le ipotesi nelle quali entri in gioco la non contestazione vale peraltro solo in presenza di parti costituite. Per il contumace infatti, com'è noto, la non contestazione – purtroppo – non opera. Dunque, è evidente che, in caso di contumacia, l'incidenza limitativa di tale istituto sul rilievo officioso non opera e quest'ultimo conserva pertanto un margine operativo maggiore.

Ulteriormente, va poi ricordato che quanto appena detto concerne esclusivamente il rilievo (proprio o improprio) concernente la presenza o l'assenza di un fatto della fattispecie o della *sub-fattispecie* impeditiva/modificativa/estintiva. Oltre ad esso, rimangono poi ovviamente gli altri due settori indicati inizialmente, prima di diffonderci nell'approfondimento appena concluso, vale a dire quello del rilievo (in senso proprio) di nullità, formali o extraformali (concernenti cioè i presupposti processuali), e quello (che dà invece luogo ad un rilievo in senso improprio) di un inquadramento giuridico della vicenda diverso da quello operato dalle parti.

Questo essendo panorama di riferimento, su un ultimo aspetto occorre a questo punto rapidamente soffermarsi, prima di passare all'analisi del tema del contraddittorio a seguito del rilievo officioso, vale a dire quello circa i tempi di quest'ultimo, e, più specificamente, circa l'esistenza o meno, per esso, di una qualche preclusione.

La risposta in proposito, del resto già sopra anticipata, è peraltro indubitabilmente negativa, quantomeno in linea di principio; salva cioè la presenza di disposizioni specifiche, relative a singoli profili (come ad esempio quella in tema di rilievo dell'incompetenza). Al di là di altri possibili argomenti, in tal senso risulta infatti decisivo il nuovo testo dell'art. 101 cpc, e ciò per una duplice ragione. Per un verso in quanto esso, facendo chiaramente riferimento all'ipotesi nella quale il rilievo officioso trovi luogo in sede di decisione, presuppone evidentemente la relativa possibilità. In se-

condo luogo perché, più in generale, questa risulta giocoforza implicata nella previsione della concessione alle parti di un termine per replicare. Laddove il rilievo ufficioso venisse effettuato in un momento nel quale le parti ancora possono compiere attività di trattazione e istruttorie, è infatti evidente che non vi sarebbe alcuna necessità di un siffatto termine, le repliche facendo parte del normale svolgimento di tale attività. La previsione ha dunque senso solo ammettendo che il rilievo ufficioso venga posto in essere, se non necessariamente in ogni momento, di certo però successivamente al maturarsi delle preclusioni previste per quest'ultima. Dopodiché, in assenza di ulteriori elementi, i quali inducano a porre un qualche sbarramento, sia pure a valle di quello previsto per le parti, l'unica conclusione non arbitraria non può che essere quella di ritenere lo sbarramento *tout court* inesistente.

Ciò detto, con questo l'analisi dell'attività del giudice, e con essa più in generale la presente illustrazione introduttiva, in effetti un po' lunga, ma ritengo necessaria, può ritenersi conclusa. A questo punto, e sulla sua scorta, è dunque senz'altro tempo di entrare più specificamente in argomento.

5. Il rilievo ufficioso: introduzione

Quello del contraddittorio rispetto ai rilievi ufficiosi – e più in generale alle iniziative ufficiose – del giudice è, notoriamente, un problema antico. A dispetto di quanto sembrerebbe in verità scontato, essendo il processo, secondo la nota indicazione, *actus trium personarum*, l'esigenza di consentire alle parti di pienamente replicare, e più in generale confrontarsi, non solo con la controparte, ma anche con il giudice, ha infatti stentato moltissimo ad affermarsi.

In estrema sintesi, a fronte di un dato normativo effettivamente assai poco incisivo – l'unica norma che si occupava del problema, nel codice del 1942, era l'art. 183², corrispondente all'attuale art 183⁴, cpc – la giurisprudenza non aveva mai avuto il coraggio di leggere tale, pur laconica, previsione²⁰ in termini cogenti, ancorché solo raramente avesse esplicitamente affermato che la mancata segnalazione, da parte del giudice, delle questioni rilevate d'ufficio, e pertanto l'emanazione delle cosiddette sentenze della terza via, non viziava la sentenza²¹. Ad un certo punto, tale orientamento è stato però ribaltato. Con una sentenza non a torto definita “rivoluzionaria”²², le Sezioni unite hanno

²⁰ Ben diverso, com'è noto, il tenore dell'art. 16 cpc francese del 1975 (“Le juge doit, en toutes circonstances, [...] observer lui-même le principe de la contradiction. / [...] / Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”), del § 139 ZPO, così come in vigore dal 2002 (“[...] / Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. / Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. / Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. / Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann”) e del § 182a ZPO austriaca così come in vigore dal 2003 (“Das Gericht hat das Sach- und Rechtsvorbringen der Parteien mit diesen zu erörtern. Außer in Nebenansprüchen darf das Gericht seine Entscheidung auf rechtliche Gesichtspunkte, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, nur stützen, wenn es diese mit den Parteien erörtert (§ 182) und ihnen Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat”).

²¹ In tal senso Cass., 10 agosto 1953, n. 2694, in *Foro it.*, 1954, I, 1276 e più recentemente, con riferimento al “rilievo” della mancata prova di un fatto costitutivo, Cass., 21 maggio 2001, n. 6890, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2641, e, sia pure con riferimento al rito del lavoro, Cass., 28 gennaio 2004, n. 1572, in *Dir. e giur. agraria e dell'ambiente*, 2005, 388, con nota di A. TOMMASINI, *La gravità dell'inadempimento contrattuale e valutazione riservata al giudice di merito: questioni di diritto sostanziale e processuale*.

²² Cass., 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giust. civ.* 2002, I, 1611, con nota di F. P. LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»?», e *Giur. it.*, 2002, 1363, con nota di S. CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?». Per un precedente amministrativo, v. peraltro Cons Stato, ad. pl., 24 gennaio 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, 305.**

infatti recisamente affermato, tutto all'opposto, che la sentenza, la quale si fondi su una questione rilevata d'ufficio senza essere stata sottoposta al contraddittorio delle parti, è viziata. E, seppure anche in seguito vi sia stato un rigurgito della vecchia interpretazione²³, tale orientamento è stato poi senz'altro ribadito²⁴, tanto da venire infine recepito dallo stesso legislatore, prima – nel 2006 – con l'art. 384³ cpc, specificamente riferito al giudizio di Cassazione, ma evidente espressione di un principio di carattere più generale, ed infine – nel 2009 – con la modifica dell'art. 101 stesso codice.

Il nuovo indirizzo della Cassazione, prima, e le modifiche normative, poi, non hanno peraltro, com'è evidente, risolto tutti i problemi. Certo, alla luce dell'ultimo intervento del legislatore, il quale ha sancito espressamente che (l'assegnazione di un termine per memorie, e dunque, più in generale) la segnalazione alle parti della questione rilevata d'ufficio è necessaria "a pena di nullità", risultano ormai senz'altro superate tutte le discussioni, non solo sulla doverosità di tale segnalazione – cosa della quale per il vero la dottrina non aveva mai dubitato – ma anche, più specificamente ed incisivamente, sul fatto che la sentenza, emanata in assenza di essa, sia appunto nulla. Ed a questo punto non assume evidentemente più particolare rilevanza il fatto che tale nullità debba essere ascritta all'area di quelle formali oppure di quelle extraformali (a mio avviso è comunque evidente che la soluzione corretta è la seconda, il contraddittorio essendo un tipico presupposto processuale). Nondimeno, le riserve di parte della dottrina rispetto all'indirizzo più rigoroso non sono per ciò solo svanite. Esse si sono infatti trasferite su altri piani; e cioè su quelli, fra loro non facilmente distinguibili, ed anzi, sostanzialmente fungibili, da un lato dei presupposti della nullità, vale a dire della sua automaticità, per il solo fatto della mancata segnalazione, oppure della necessità in proposito di un concreto pregiudizio, dall'altro delle sue conseguenze, vale a dire della concreta rilevanza del vizio nel successivo grado di giudizio, e pertanto dell'impostazione da dare all'impugnazione, dovendosi fra l'altro in proposito tenere conto della differenza fra giudizio d'appello e giudizio di cassazione. Oltre a questo, rimane poi il problema di identificare con più precisione quali siano i rilievi ufficiosi, a fronte dei quali si impone la segnalazione alle parti; ed inoltre quello di chiarire quali repliche siano consentite a queste ultime.

Schematizzando, e facendo ordine, questi sono dunque, gradatamente, i punti da affrontare nell'analisi della norma: a) in primo luogo cosa debba intendersi, ai presenti fini, per "questione rilevata d'ufficio"; b) in secondo luogo quali poteri possano spendere le parti a seguito della segnalazione; c) in terzo luogo se la nullità dipenda o meno dall'aver la parte subito un concreto pregiudizio nella propria difesa; d) in quarto luogo come si rifletta la nullità sul giudizio di impugnazione.

In via preliminare occorre peraltro procedere ad una rapida esegesi della previsione in discorso.

²³ Cfr. Cass., 27 luglio 2005, n. 15705, in *Foro it.*, 2006, I, 3174, con nota di E. FABIANI, *Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 747, con note di E. F. RICCI, *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio*, e di L. P. COMOGLIO, *«Terza via» e processo «giusto»*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 820, con nota di F. FERRARIS, *Obbligo del giudice di sottoporre alle parti le questioni rilevabili d'ufficio?*

²⁴ Cfr. Cass., 5 agosto 2005, n. 16577, in *Foro it.*, 2006, I, 3174, con la citata nota di E. FABIANI, ed in *Riv. dir. proc.*, 2006, 747, con le citate note di E. F. RICCI e di L. P. COMOGLIO; Cass., 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Corriere giur.*, 2006, 507, con nota di C. CONSOLO, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*; Cass., 9 giugno 2008, n. 15194, in *Giur. it.*, 2009, 910, con nota di A. GIORDANO, *La sentenza della «terza via» e le «vie» d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una «terza soluzione» del giudice civile*; Cass., 10 agosto 2009, n. 18191; Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Corriere giur.*, 2010, 352, con nota di C. CONSOLO, *Le sezioni unite, cit.* (la quale limita peraltro il vizio alle sole questioni di fatto o miste, di fatto e di diritto, escludendolo invece per quelle di puro diritto); Cass., 12 marzo 2010, n. 6051 (condizionatamente alla prospettazione delle ragioni non potute spendere); Cass., 23 aprile 2010, n. 9702 (condizionatamente alla prospettazione della violazione del diritto di chiedere prove o di ottenere la rimessione in termini); Cass., 27 aprile 2010, n. 10062 (limitatamente alle questioni che comportino nuovi sviluppi della lite). Per quanto concerne la dottrina, oltre ai contributi già citati v. da ultimo, anche per ulteriori indicazioni, D. BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio nei rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 399 ss.; G. COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, *ibidem*, 1012 ss.; M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»*, *ibidem*, 826 ss.; E. FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, V, 266; F. P. LUISO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 15 ss.; F. P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in www.judicium.it.

In proposito non c'è in verità molto da dire, se non segnalare alcuni difetti, non forieri di reali problemi, ma nondimeno tali che con un minimo di attenzione si sarebbero potuti senz'altro evitare.

Iniziando dal più evidente ed immediato, non si può intanto non rilevare che, essendo la norma chiaramente riferita alla fase decisoria, essa è infelicemente collocata nella parte del codice dedicata ai principi generali. A ben vedere, quella che è infelice non è però la collocazione, che è anzi sacrosanta, bensì la formulazione. Infatti, proprio perché in questione è un principio generale, è per l'appunto quest'ultimo che sarebbe stato necessario affermare, in termini chiari ed inequivoci (sancendo che il giudice non può, a pena di nullità, fondare la decisione su alcuna questione sollevata d'ufficio, se su di essa le parti non siano state poste in grado di contraddire, o formule equivalenti), e lasciando poi al normale *iter* processuale la sua attuazione; o tutt'al più, volendo, inserendo delle ulteriori, specifiche, previsioni nell'ambito della disciplina del processo. Il legislatore, invece, ha fatto esattamente il contrario: senza preoccuparsi di affermare il principio, ne ha regolato esclusivamente (una del)le modalità di attuazione; oltretutto in modo improprio, data la collocazione di tale regolamentazione nella parte generale. Non, per carità, che il principio medesimo non traspaia ugualmente. Esso rimane però meramente sottinteso, ciò che testimonia in modo evidente di una tecnica legislativa assai approssimativa. Né, del resto, la cosa sorprende. Al di là della più generale sciatteria, inettitudine e vera e propria ignoranza, alle quali il più recente legislatore ci ha ormai purtroppo abituato, e limitando il discorso alla materia in esame, quello appena evidenziato rappresenta infatti il medesimo difetto riscontrabile nel precedente art. 384³ cpc, che non per nulla la novella del 101 riprende pressoché letteralmente. Anche con riferimento alla precedente norma, non si capisce infatti per quale ragione, anche volendo introdurre il principio con riferimento esclusivamente al giudizio di cassazione (cosa peraltro a sua volta assurda, risultando totalmente privo di senso che il contraddittorio risulti più o meno tutelato a seconda del grado di giudizio), anziché affermarlo senz'altro, lo si sia fatto in via indiretta ed implicita.

In secondo luogo, occorre poi osservare che la norma, proprio in quanto riferita alla fase decisoria, lascia per così dire scoperto tutto il precedente svolgimento del processo, che è invece la sede nella quale dovrebbe elettivamente svolgersi il contraddittorio rispetto ai rilievi ufficiosi, l'emergere della questione in sede di decisione rappresentando solo l'ultima *ratio*, una sorta cioè di meccanismo residuale, destinato ad attivarsi solo laddove, per un qualche motivo, non abbia funzionato quello ordinario. Ancora una volta, peraltro, questo non preclude di risalire al criterio generale; quello cioè per il quale, a prescindere dalla sua emersione normativa solo con riferimento alla fase decisoria, il principio in questione impronta l'intero *iter* processuale²⁵. Non per nulla, del resto, esso trova da sempre riconoscimento, ancorché in forma più blanda – ma con collocazione più adeguata alla sua formulazione – nel già ricordato art. 183 cpc.

In terzo luogo, bisogna infine evidenziare che la norma, in quanto contempla, quale unica forma di contraddittorio, allorché la questione emerga in sede decisoria, l'assegnazione di un termine per una sola memoria, ed in quanto sembrerebbe dunque imporre sempre e comunque tale modello, risulta eccessivamente rigida. A ben vedere, non mi pare però che altre soluzioni debbano essere escluse, vuoi nel senso di prevedere non una, bensì due memorie, in modo da consentire le repliche; vuoi anche in quello di sollecitare, successivamente alle memorie, in alternativa ad esse o preliminarmente alle medesime, a seconda di ciò che le concrete circostanze possano suggerire, un contraddittorio orale, secondo quella che non solo sul piano teorico, chiovendianamente, dovrebbe rappresentare la sua manifestazione elettiva, ma che anche nella concreta esperienza si rivela in effetti la sua modalità più efficace.

Per altro verso, è poi il caso di ricordare che, come già precedentemente notato²⁶, la norma conferma in modo inequivocabile, qualora ve ne fosse bisogno, che il rilievo ufficioso non incontra preclusioni, questo essendo anzi il presupposto del problema, posto che, in caso contrario, e segna-

²⁵ In tal senso D. BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio*, cit., § 8, e C. CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., § 9.

²⁶ In fine del § 4.

tamente laddove esso fosse soggetto ai medesimi limiti temporali di quello delle parti, la possibilità di replica di queste ultime non necessiterebbe di alcuna espressa previsione.

6. Segue: a) la “questione rilevata d’ufficio”

Detto questo, e venendo dunque ora, esaurita la premessa esegetica in senso stretto, all’analisi dei punti critici, poc’anzi evidenziati, il primo di essi concerne, come si disse, il significato di “questione rilevata d’ufficio”. Cos’è – questo cioè, in sostanza, l’interrogativo da porsi – che, ai fini della norma in questione, integra una “questione”, tale che il giudice, esaminandola senza che essa sia stata precedentemente oggetto di discussione, deve previamente sottoporla all’attenzione delle parti?

A tale proposito, i dati che emergono dalla norma e che devono dunque, quantomeno come primo approccio, essere presi in considerazione sono tre: deve trattarsi di una “questione”, suscettibile di essere “rilevata” d’ufficio, che può essere posta “a fondamento” della decisione.

Da tutti e tre i punti di vista, un’interpretazione rigorosa conduce in verità a risultati a mio avviso inaccettabili. Senza necessità di diffondersi in proposito in particolari dimostrazioni, è infatti del tutto evidente che in un’ottica di questo tipo la sollecitazione alle parti dovrebbe essere limitata alle sole questioni preliminari o pregiudiziali, strettamente intese. E però, che una lettura di questo tipo non possa essere seguita emerge in modo del tutto evidente, solo che si pensi ad esempio al caso nel quale, avendo le parti disputato di un risarcimento del danno in chiave esclusivamente contrattuale, il giudice ritenga viceversa che esso debba essere ascritto all’ambito extracontrattuale, con conseguente diverso onere della prova in punto di elemento soggettivo ed inoltre possibile assunzione di rilevanza di elementi di fatto ulteriori, rispetto a quelli sino ad allora oggetto del dibattito processuale; od a quello, implicante novità analoghe, nel quale, avendo le parti disputato del medesimo risarcimento esclusivamente nella prospettiva dell’applicabilità dell’art. 2050 cc (o di uno degli articoli seguenti), il giudice ritenga viceversa l’applicabilità dell’art. 2043 stesso codice. Francamente non credo che alcuno possa ragionevolmente sostenere che in ipotesi siffatte sia non solo giusto, ma più in radice dignitoso, per uno stato di diritto, che proclama, a livello costituzionale, la necessità di un “giusto processo”, che le parti non abbiano diritto di conoscere preventivamente l’orientamento del giudice, in modo da poter adeguare la propria linea di attacco o di difesa.

In realtà, dunque, non è in base alla terminologia adoperata che occorre ragionare, bensì in base alla *ratio* della norma. Detto il che, il discorso, quantomeno fino ad un certo punto, è peraltro pressoché scontato. Posto che tale *ratio* consiste evidentemente nel garantire una partecipazione al processo decisionale piena e consapevole – oltre che serena (si ricordi quanto detto in apertura circa il senso complessivo dell’intervento sugli artt. 101 e 115 cpc) – tale dunque da mettere al riparo da possibili solipsismi del giudice, non mi pare infatti che possano sussistere dubbi in merito alla necessità di sottoporre alle parti – ovviamente nei limiti nei quali possa concretamente presentarsene l’evenienza – molto semplicemente tutti quegli aspetti che a suo tempo, illustrando in generale la tematica relativa ad allegazione, rilievo e prova²⁷, riconducemmo al concetto di rilievo, latamente inteso; e dunque non solo la valorizzazione giuridica di un fatto della fattispecie del diritto azionato, in quanto ritenuto esistente, od il riscontro di una nullità, formale od extraformale, ma anche la constatazione dell’assenza di un fatto della suddetta fattispecie, allegato e rilevato, ma rimasto poi fuori dalla discussione fra le parti, ed altresì l’adozione di una prospettiva giuridica diversa da quella seguita sino ad allora.

Oltre a questo, si sono poi in dottrina variamente prospettate anche altre possibili “questioni”, quali: la considerazione di un fatto quale pacifico o non contestato, oppure quale notorio; l’utilizzo di presunzioni e di argomenti di prova, e in generale di strumenti istruttori non apparte-

²⁷ § 4.

nenti alla categoria delle prove storiche; l'attribuzione di pubblica fede a documentazioni compiute da pubblici ufficiali senza la cooperazione delle parti²⁸.

Tale, ancora più ampia, prospettiva mi lascia però perplesso. Nella stessa ottica, ben si potrebbe infatti allora estendere il discorso alla considerazione o meno quale ammissione della mancata comparizione della parte a rendere l'interrogatorio formale, o, agli stessi fini, alla qualificazione quali esaurienti oppure elusive delle risposte fornite in tale sede²⁹; alla ritenuta attendibilità o inattendibilità di una deposizione testimoniale; all'opinione circa l'essere o meno un determinato aspetto coperto dalla pubblica fede di un atto pubblico; e insomma in generale alla valutazione delle risultanze istruttorie. Ciò pare però francamente eccessivo, non foss'altro perché rischia di condurre alla necessità, prima di adottare la decisione vera e propria, di sottoporre alle parti, a scampo di equivoci (come si può essere sicuri che nel complessivo *iter* logico non vi sia qualcosa che non è stato discusso?), una sorta di progetto di sentenza, e poi magari ancora uno successivo, e così via, chissà quante volte, laddove, sulla base delle repliche ogni volta prospettate dalle parti medesime, il giudice ritenga di modificare qualcosa.

Posto che una siffatta prospettiva è non solo concretamente impraticabile, ma anche teoricamente priva di senso, non avrei dunque dubbi sul fatto che la ricostruzione dei fatti debba rimanere fuori dalla problematica in esame, la necessità di previa segnalazione dovendo rimanere confinata ai fenomeni sopra indicati.

Quale che sia l'opinione che si nutra in proposito, un punto mi pare peraltro essenziale, nell'ordine di idee del pieno rispetto del contraddittorio anche nei confronti del giudice: quello per il quale, rispetto alle iniziative di quest'ultimo, le parti devono essere poste nella medesima posizione nella quale si trovano rispetto a quelle dell'avversario. Su tale base, ecco allora qual è, alla fin fine, il criterio da adoperare per dirimere i dubbi in materia: le iniziative officiose, delle quali le parti hanno diritto di essere preavvertite, sono molto semplicemente quelle – sia poi maggiore o minore la latitudine che si reputi dover essere conferita alla categoria – a fronte delle quali, qualora poste in essere da una parte, si riterrebbe doversi consentire all'altra di replicare.

7. Segue: *b) i poteri delle parti a seguito della segnalazione*

Chiarito questo, per quanto concerne il secondo dei punti critici da esaminare, vale a dire quello relativo ai poteri che, a seguito della segnalazione, le parti possono spendere, il discorso risulta quanto mai rapido. In proposito non si vede infatti quale altra ragionevole risposta potrebbe fornirsi, se non quella per la quale alle parti deve essere consentito di porre in essere qualunque tipo di attività, dallo sviluppo di mere argomentazioni giuridiche alla proposizione di nuove domande o di nuove eccezioni, passando per la modifica di queste ultime, l'allegazione ed il rilievo di fatti ulteriori rispetto a quelli già emersi, la modifica delle conclusioni, la produzione di nuovi documenti e la richiesta di nuove prove³⁰; il tutto, beninteso, nei limiti nei quali tali attività si pongano effettivamente in termini di replica al rilievo del giudice. Solo in questo modo il contraddittorio risulta infatti realmente garantito. E del resto, anche a questo proposito, il discorso è il medesimo appena svolto con riferimento all'individuazione delle iniziative officiose, a fronte delle quali alle parti deve essere consentito di replicare: anche per quanto concerne il tipo di repliche consentite, le parti devono essere poste nella medesima condizione, nella quale si troverebbero a fronte di un'analogha iniziativa

²⁸ Cfr. D. BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio*, cit., § 3; G. 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., § 5; M. GRADI, *Il principio del contraddittorio*, cit., § 4; G. F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino 2009, 23; B. SASANI, *L'onere della contestazione*, in www.Judicium.it, nota 69 e § 9.

²⁹ Nel senso che, a fronte di risposte elusive, il giudice ben può considerare come ammessi i fatti v. la recente Cass. Cass., 31 marzo 2010, n. 7783, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1643.

³⁰ In tal senso v. esplicitamente D. BUONCRISTIANI *Il principio del contraddittorio*, cit., § 5, ma si tratta di una convinzione che per implicito emerge diffusamente.

dell'avversario. Se a questo si aggiunge poi che la norma non pone limiti di sorta, è insomma del tutto evidente che la loro introduzione in via interpretativa non potrebbe che risultare arbitraria.

Né, si noti, diversamente da quanto si afferma comunemente, sia pure in modo incidentale, appare pertinente invocare, in proposito, la rimessione in termini. Tale istituto in tanto viene infatti in considerazione, in quanto la parte intenda spendere un potere, la cui mancata spendita sia bensì scusabile, ma del quale egli nondimeno disponeva. Esso è viceversa *tout court* fuori gioco, laddove in questione sia un potere che la parte, precedentemente, non aveva proprio. Per non portare in proposito che un solo, eclatante, esempio, a fronte di un fatto nuovo, sopravvenuto in corso di causa, è evidente che alle parti deve essere consentito sia di allegarlo che di provarlo, anche se le preclusioni relative all'attività di allegazione ed a quella istruttoria sono già scattate. E però è altrettanto evidente che tale iniziativa non deve passare dalla rimessione in termini, molto semplicemente perché prima che il fatto si verificasse le parti non avrebbero potuto vaticinarlo, e dunque allegarlo e provarlo. In questione non è cioè un potere, la cui mancata spendita sia scusabile, bensì, più in radice, uno che, mancandone il presupposto primo, non poteva essere ritenuto esistente e dal quale non si può dunque essere decaduti, sì che, per recuperarlo, si debba essere rimessi in termini³¹. Bene, per quanto concerne le repliche ai rilievi ufficiosi, la situazione è esattamente la medesima: il potere di replicare a tali rilievi non può sorgere prima che essi siano esercitati; dunque, da tale potere non si può essere decaduti; e dunque è improprio invocare, per il suo esercizio, la rimessione in termini.

Il dubbio, che in materia si pone, è semmai quello se, laddove il rilievo ufficioso venga effettivamente esercitato in sede di decisione, per quanto concerne le prove, che le parti intendano addurre, esse debbano essere indicate senz'altro con le memorie di cui all'art. 101 cpc, o comunque in sede di replica al rilievo ufficioso³², o se invece ciò possa avvenire anche successivamente alla rimessione in istruttoria³³. In proposito, propendo per la prima soluzione. Quanto ai documenti, di un tale passaggio non vi è infatti necessità, mentre, per quanto concerne le prove costituende, occorre mettere in conto che esse potrebbero essere inammissibili, od i relativi fatti irrilevanti, nel qual caso la rimessione in istruttoria risulterebbe ultronea, l'inammissibilità/irrelevanza ben potendo essere dichiarata direttamente nella sentenza, con un salutare risparmio di tempo.

8. Segue: *c-d) necessità o meno di un pregiudizio per la configurabilità della nullità e riflessi di questa sul giudizio di impugnazione*

Non sono questi, peraltro, né il primo né il secondo appena esaminati, i punti realmente cruciali del dibattito in tema di contraddittorio rispetto ai rilievi ufficiosi. Ciò che ha prodotto un reale contrasto sono infatti gli altri due, sopra indicati, vale a dire: quello relativo al fatto che la nullità, pur se espressamente sancita, e dunque a questo punto, in linea di principio, fuori discussione, sia automatica, oppure debba essere ritenuta sussistente solo in presenza di un concreto pregiudizio alla difesa; quello relativo ai riflessi di tale nullità sul giudizio di impugnazione. Fra l'altro, i due temi sono fra loro, come già accennato, assai strettamente intrecciati. In buona sostanza, la diatriba ruota infatti intorno a due aspetti, rappresentati dalla necessità di impostare l'impugnazione sul piano della nullità oppure su quello dell'ingiustizia della sentenza, e, comunque, da quella di specificare o meno quali siano le difese che il rilievo ufficioso a sorpresa ha impedito di sviluppare. Ed è abbastanza intuibile che, a seconda dell'impostazione, tali aspetti possono fungibilmente assumere rilevanza tanto sul piano della sussistenza della nullità, quanto su quello dei suoi riflessi sul giudizio di impugnazione. Non c'è dubbio, dunque, che il discorso non possa essere soddisfacentemente svolto,

³¹ Sul punto v. già, se vuoi, M. FORNACIARI, *La definizione, cit.*, § 15, e ID., *L'attività istruttoria nel rito civile ordinario: poteri delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. it.*, 1999, 438 ss., § 15.

³² Secondo quanto detto sopra (§ 5, in fine), il contraddittorio non necessariamente passa per lo scambio di memorie, ben potendo svolgersi anche oralmente.

³³ In tal senso F. P. LUISO, *Poteri di ufficio, cit.*, § 2, in fine.

se non unitariamente, solo una visione d'insieme consentendo di cogliere tutti i possibili risvolti, e pertanto l'intera portata, del problema.

Ciò premesso, ed entrando in argomento, va detto che in effetti, ad una prima lettura, l'impressione è che quello in questione sia in realtà un non-problema. Posta la conversione delle nullità in motivi di impugnazione, l'impossibilità di un'impugnazione con oggetto limitato all'invalidità della sentenza e la non retrocessione del processo al grado precedente, la sensazione più immediata è infatti indubbiamente quella che la censura alla mancata segnalazione della questione non possa che tradursi nella critica nel merito della decisione, non diversamente da ciò che si verificherebbe laddove la segnalazione avesse invece avuto regolarmente luogo. In un caso come nell'altro, ciò di cui si tratta sembrerebbe cioè essere comunque la spendita delle proprie ragioni critiche rispetto alle determinazioni del giudice, fossero o meno esse già state spese.

Tale impressione è peraltro di breve durata. Quanto appena detto vale infatti esclusivamente laddove le ragioni in discorso consistano in mere argomentazioni giuridiche; non anche, viceversa, quando in questione, secondo quanto detto sopra³⁴, siano allegazioni, prove, ecc. In tal caso è evidente, infatti, che il quadro è diverso rispetto a quello che si presenta a cose normali.

Anche mettendo in conto tale evenienza, non sembra tuttavia che essa sia destinata a produrre conseguenze particolarmente eclatanti. In buona sostanza, ciò di cui si tratta sembrerebbe infatti consistere in questo, che, non avendo le parti potuto contraddire nel grado precedente, esse lo faranno in quello successivo, spendendo in tale sede quelle ragioni, siano esse meramente argomentative, siano esse innovative (sul piano dei fatti, delle prove, od altro), che non sono state poste in grado di spendere prima³⁵.

A ben vedere, il discorso non è però così semplice. Intanto, è infatti evidente che è proprio a motivo della nullità che la parte può, nel grado di impugnazione, svolgere attività innovative che sarebbero altrimenti precluse. Dopodiché, ulteriormente riflettendo sul punto, insorge ben presto l'interrogativo se tale possibilità passi o meno per la dimostrazione di aver subito un pregiudizio, o comunque per l'enunciazione delle attività in discorso, e più in generale delle ragioni che si intende spendere.

Questo essendo, ad un primo livello di approfondimento, il quadro problematico, la prima ipotesi di sistemazione che sovviene, proprio alla luce della differenza a seconda del tipo di ragioni in questione, è quella per la quale occorra distinguere appunto su tale base: laddove in questione siano ragioni tali che a cose normali non sarebbero spendibili, la mancata segnalazione ha in effetti pregiudicato la parte, e dunque la nullità sussiste; in caso contrario, non vi è alcun pregiudizio, e dunque la nullità non sussiste, o comunque non rileva. Fermo peraltro restando che l'obiettivo finale è comunque quello della riforma della decisione, e che dunque per un verso l'impugnazione deve in ogni caso essere impostata, principalmente, sul piano dell'ingiustizia di quest'ultima, per altro verso l'impugnante deve senz'altro indicare quali sono le ragioni che, non potute spendere nel grado precedente, egli intende sottoporre al giudice di quello successivo.

Continuando a riflettere, tale sistemazione lascia però insoddisfatti. Fondamentalmente, non convince l'assunto per il quale, laddove in questione non siano attività altrimenti precluse, non vi sarebbe pregiudizio. In realtà, infatti, il pregiudizio c'è sempre, per definizione: esso consiste nel fatto in sé di non aver potuto contraddire; nel non essere stato cioè messo a conoscenza dell'orientamento del giudice in merito a quella certa questione e nel non avergli quindi potuto sottoporre le proprie argomentazioni in proposito, così egli potesse tenerne conto³⁶. Né, in contrario, vale la considerazione per la quale tali argomentazioni possono comunque essere spese nel grado successivo, anche senza passare per la nullità della sentenza resa senza che esse abbiano potuto es-

³⁴ § 7.

³⁵ E' appena il caso di notare che non pare neppure prospettabile l'ipotesi che la mancata segnalazione del rilievo ufficioso implichi *tout court* l'esclusione dal processo di quel certo aspetto, oggetto del rilievo medesimo.

³⁶ E' forse opportuno chiarire, per quanto sia abbastanza ovvio, che la sussistenza o meno del pregiudizio non può dipendere dal fatto che le argomentazioni siano più o meno fondate: quella in questione, prendendo a prestito una categoria sostanziale, è evidentemente una garanzia di mezzi, non di risultato.

serlo in precedenza. Questo, infatti non elimina il pregiudizio, molto semplicemente perché priva la parte di un grado di giudizio sulle argomentazioni in discorso. Del resto, se in ipotesi di questo genere fosse prevista, in caso di impugnazione per nullità, la retrocessione del processo al grado precedente, nessuno, credo, affermerebbe che tale possibilità è equivalente all'impugnazione nel merito. Dunque, il punto è un altro. Non è che, in tali ipotesi, non sussiste il pregiudizio. E' che, dato il concreto assetto del sistema delle impugnazioni, dato, in particolare, il fatto che, anche in caso di impugnazione per nullità, il processo comunque non retrocede al grado precedente, non esiste uno strumento in grado di porvi rimedio. E' solo per questo, insomma, e non già perché non sussista un pregiudizio, che la prospettiva dell'impugnazione per nullità può talvolta, in concreto, non differire da quella dell'impugnazione nel merito. Detto diversamente, il pregiudizio non esisterebbe se l'impugnazione nel merito consentisse di spendere le proprie argomentazioni ... nel grado precedente, ciò che ovviamente non accade: essa consente bensì di spenderle, ma nel grado successivo; il che non è però l'equivalente di ciò che sarebbe accaduto se la segnalazione avesse avuto luogo, e pertanto la nullità non si fosse prodotta; è invece l'equivalente di un rimedio non pienamente satisfattivo, qual è l'impugnazione per nullità, posto che neppure questa consente la retrocessione al grado precedente³⁷.

Detto questo, il discorso non è peraltro esaurito. Tutto all'opposto, quello appena prospettato è solo un primo stadio di approfondimento, che consente di cogliere solo in parte il reale modo di essere del fenomeno. Per riuscire a metterlo completamente a fuoco e fornirne così una ricostruzione realmente esplicativa, l'indagine deve dunque proseguire; e deve farlo, a mio avviso, seguendo un duplice criterio: per un verso quello di prendere in considerazione non solo il sistema positivo delle impugnazioni, ma più in generale tutti i vari modelli impugnatori astrattamente ipotizzabili; per altro verso quello di invertire la prospettiva, nel senso di non affrontare prima il problema della sussistenza o meno della nullità e poi quello della sua rilevanza in sede di impugnazione, bensì di partire senz'altro da quest'ultimo per risalire poi al primo.

Questo essendo il metodo di indagine, cominciamo dunque dal dire che, laddove l'ordinamento contempra, per il caso di nullità della sentenza, una *querela nullitatis*, o anche semplicemente la retrocessione del processo al grado precedente, l'impugnazione per nullità non può mai essere ritenuta superflua, neppure se l'impugnazione nel merito sia totalmente aperta a qualunque tipo di novità. Pur se in entrambe le prospettive si può liberamente spendere ogni tipo di ragione, innovativa o meno, rimane infatti la differenza, rappresentata dal fatto che solo la prima di esse garantisce il doppio grado di giudizio.

Per converso, laddove l'ordinamento per un verso non contempra, per il caso di nullità, né la *querela nullitatis* né la retrocessione del processo al grado precedente, per altro verso preveda un'impugnazione nel merito totalmente aperta, l'impugnazione per nullità non assicura alcuna maggiore utilità rispetto a quella nel merito. Essa non ha dunque in sostanza ragion d'essere e la nullità stessa rimane in pratica irrilevante.

Prendendo a questo punto in esame un sistema nel quale per un verso non sia contemplata, per il caso di nullità della sentenza, né la *querela nullitatis* né la retrocessione del processo al grado precedente, per altro verso l'impugnazione nel merito preveda però una limitazione quanto alle novità che possono essere introdotte, occorre operare un'ulteriore distinzione, legata alla struttura del processo. Occorre cioè vedere se, nel caso di impugnazione per nullità, il processo sia articolato in una duplice fase, la prima volta a verificare la sussistenza o meno della nullità, la seconda, in caso

³⁷ Alla luce di quanto appena detto ben si comprende, mi pare, per quale ragione anche il riferimento alla sanatoria della nullità per raggiungimento dello scopo è in realtà impropria (per tale riferimento, sia pur riconoscendo la non piena riconducibilità all'istituto della fattispecie in esame, v. C. CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., §§ 4 ss., e M. GRADI, *Il principio del contraddittorio*, cit., 842). In buona sostanza, il punto è questo: il fatto che quelle certe ragioni possano essere spese nel grado successivo anche senza necessità di passare per la nullità della sentenza significa bensì che per ottenere quel certo risultato (possibilità di spendere le ragioni nel grado successivo) non occorre passare per la declaratoria di nullità, ma questo non dà vita ad una situazione analoga a quella che si sarebbe avuta in assenza di quest'ultima; pertanto non si può parlare, neppure analogicamente, di raggiungimento dello scopo.

di riscontro positivo, a ripetere il giudizio, o se, viceversa, esso sia monofasico, tale cioè che le ragioni in punto di validità e quelle in punto di merito debbano essere spese insieme.

Nel primo caso, è evidente che l'impugnazione per nullità non può mai essere ritenuta equivalente a quella nel merito; neppure laddove le ragioni che, una volta in ipotesi riscontrata la nullità, la parte si spenderà, avrebbero potuto essere spese anche con la seconda; e questo per una ragione, a quanto mi pare, abbastanza evidente: perché, allorché il giudice deve decidere circa la sussistenza o meno della nullità, ancora non si sa quali saranno le ragioni di merito che la parte vorrà poi spendersi, e dunque non è possibile stabilire se la declaratoria di nullità sia effettivamente utile o, all'opposto, superflua³⁸.

Viceversa, nel secondo caso la valutazione di equivalenza, e dunque di utilità, in discorso può trovare senz'altro luogo: se, all'atto di proporre l'impugnazione, la parte, quand'anche lamenti la nullità della sentenza, deve comunque contemporaneamente indicare anche le ragioni di merito che intende spendere, è ben possibile valutare se tali ragioni potrebbero essere spese anche in assenza di nullità; e dunque, se del caso, ritenere quest'ultima ininfluenza.

Se così è, da questo derivano però allora due conseguenze.

In primo luogo risulta chiaro che, in quest'ultimo modello, il rapporto fra l'indicazione delle ragioni di merito e la nullità non è nel senso che la prima è necessaria per dimostrare la sussistenza (del pregiudizio, e dunque) della seconda – ma in realtà, più esattamente, l'utilità della sua declaratoria – bensì, in prospettiva inversa, nel senso che, posta la necessità, derivante dalla struttura del giudizio di impugnazione, di indicare subito anche le ragioni di merito, questo consente di valutare – non se la nullità sussista o meno, ciò che non è in discussione, bensì – se la sua declaratoria rivesta o meno utilità. La situazione non è cioè quella per la quale la volontà di ottenere la declaratoria di nullità sarebbe il *prius* e la necessità di indicare le ragioni di merito il *posterius*, in quanto condizione per raggiungere il risultato auspicato; bensì, tutto all'inverso, quella per la quale è tale necessità a rappresentare il *prius*, in quanto autonomamente derivante dalla suddetta struttura del giudizio di impugnazione, e questo consente poi, quale *posterius*, di riscontrare l'effettiva utilità o meno della declaratoria di nullità.

In secondo luogo si conferma che in questione è un fenomeno di assorbimento, non di assenza di nullità.

Peraltro, questo non è ancora tutto. Anzi, la parte più interessante e significativa deve ancora venire, ed è proprio questa collocazione del fenomeno sul piano dell'assorbimento a suggerire lo sviluppo successivo; sviluppo, si aggiunga, per cogliere il quale occorre per così dire invertire prospettiva. Fin qui abbiamo infatti ragionato nel senso che, laddove le ragioni, che la parte lamenta di non aver potuto spendere nel grado precedente, possano comunque essere spese nel grado successivo, a prescindere dalla nullità, questo consente di ritenere assorbito il profilo relativo a quest'ultima. Ebbene, il punto è che in realtà tale meccanismo funziona anche in direzione opposta. Nel senso cioè che la presenza della nullità può consentire di ritenere assorbito il profilo relativo al fatto che quelle certe ragioni possano essere spese comunque.

La cosa può forse lasciare perplessi, ma si comprende immediatamente allorché, anziché staticamente, si ragioni dinamicamente. Allorché cioè, per essere più chiari, anziché sul presupposto della sussistenza della nullità e della spendibilità delle ragioni in questione, si ragioni – come in prospettiva processuale deve farsi – nell'ottica della presenza delle relative questioni, che il giudice non trova già bell'e risolte, ma che deve viceversa affrontare e decidere. L'ottica da adottare è cioè quella della presenza di un duplice interrogativo: quello se la sentenza sia o meno nulla e quello se quelle certe ragioni siano o meno, in assenza di nullità della sentenza, liberamente spendibili. Ed allora ben si realizza che può certamente accadere che la seconda valutazione sia più semplice della

³⁸ Si tratta, per rifarsi all'esempio utilizzato da F. P. LUISO, *Poteri di ufficio, cit.*, § 4, del motivo per il quale non si può evitare di dichiarare la nullità della notifica della citazione in ragione del fatto che, una volta che essa sarà stata reiterata validamente, il convenuto non si costituirà ugualmente (o, se si preferisca, in ragione del fatto che, se anche fosse stata valida, il convenuto comunque non si sarebbe costituito): semplicemente perché non è dato di leggere il futuro (né i passati alternativi).

prima, sì che il giudice, ritenuto che le ragioni in discorso siano ugualmente spendibili, possa soprassedere sulla prima, evitando di chiedersi se la nullità sussista o meno; ma può ben accadere anche l'inverso, vale a dire che sia la prima valutazione a risultare più semplice, o anche solo meno incerta (si pensi ad esempio alla disputa in merito al fatto che le restrizioni probatorie previste per l'appello valgano solo per le prove costituenti o anche per le produzioni documentali), e che pertanto il giudice, ritenuta la sussistenza della nullità, possa soprassedere sulla seconda, evitando di chiedersi se le suddette ragioni siano o meno ugualmente spendibili.

Se tutto questo, come mi pare, è vero, ecco allora chiarito che quella in questione altro non è se non una manifestazione del fenomeno, tipicamente e solo processuale, del primato della ragione più liquida (nel senso anche solo di maggiore semplicità/certezza della soluzione). Fenomeno, si aggiunga, che non ha evidentemente nulla a che vedere con la sussistenza o meno della nullità.

Questa, retrocedendo e concludendo, non è dunque che a volte sussiste e a volte no. Al contrario, in mancanza di segnalazione dei rilievi officiosi è senz'altro presente. Solo che, sul piano processuale, la sua presenza o meno, così come quella di qualunque altra realtà – ivi compresa quella relativa alla spendibilità o meno di quelle certe ragioni – non è un *a priori*: è una cosa da verificare; una questione; e, come tale, può darsi che rimanga assorbita; del tutto analogamente però a come altre volte può rimanere assorbita quella relativa alla spendibilità delle suddette ragioni; e come, più in generale, può accadere che rimanga assorbita qualunque questione.

Approdati a questa conclusione, l'ultimo aspetto da chiarire è a questo punto quello delle conseguenze che ne discendono, in concreto, per il giudizio di appello e per quello di cassazione.

Quanto al primo, il discorso è invero rapidissimo. Tale giudizio risponde infatti in pieno all'ultimo modello preso in esame, vale a dire quello all'interno del quale da un lato non si ha retrocessione del processo al grado precedente, dall'altro l'impugnazione nel merito non è aperta a qualunque possibile novità, in ultimo le ragioni vanno spese tutte subito. Non c'è dubbio, dunque, che per esso valga in pieno quanto appena concluso.

Quanto al giudizio di cassazione, il discorso è invece più complesso. In particolare, premesso che anche in tale sede la parte deve tendenzialmente spendere subito tutte le proprie ragioni e che può senz'altro trovare luogo il riferito fenomeno dell'assorbimento della ragione meno liquida, il problema si pone però, date le caratteristiche di questo giudizio, per quanto concerne le eventuali prove, che la parte intenda produrre o richiedere, nella prospettiva della declaratoria di nullità. Ciò che occorre chiarire è cioè se la parte, la quale lamenti la nullità e prospetti, in replica al rilievo officioso a sorpresa, una nuova linea di attacco o di difesa, la quale implichi la necessità di nuove prove, sia o meno tenuta a produrle/richiederle subito.

La risposta dipende da cosa si ritenga in merito alla possibilità, in cassazione, di un'istruttoria documentale, e di una decisione sulla rilevanza dei fatti e sull'ammissibilità delle relative prove costituenti. Premesso che la Corte deve ovviamente essere posta in grado di stabilire se decidere direttamente oppure limitarsi a cassare e rinviare, e che il ricorso deve dunque contenere tutti gli elementi rilevanti al riguardo, laddove si ritenga che in cassazione sia preclusa qualunque attività e qualunque valutazione istruttoria, è evidente che la parte non è tenuta ad alcuna produzione/richiesta. In quest'ottica, il rinvio si impone infatti senz'altro, per il semplice fatto della prospettiva di un'istruttoria. Ai fini della suddetta scelta, la produzione/richiesta delle prove non rappresenta dunque un elemento rilevante. In caso contrario, invece, è altrettanto evidente che le produzioni/richieste sono, tutto all'opposto, dovute. In quest'ottica, infatti, la Corte da un lato, in presenza di sole produzioni, può decidere senz'altro, dall'altro, in presenza di richieste di prove costituenti, può parimenti farlo, senza necessità di rinviare, laddove ritenga i fatti irrilevanti o le prove inammissibili.

Questa essendo l'alternativa, a mio parere la soluzione è nel secondo senso. Una volta rotto l'argine per il quale in cassazione non era possibile la decisione diretta della causa, e stabilito, al contrario, che questa è senz'altro praticabile, non vedo infatti cosa osti ad un'istruttoria documentale e ad una valutazione sulla rilevanza dei fatti da provare o sull'ammissibilità delle relative prove costituenti. In questa prospettiva, l'unica ragion d'essere del giudizio di rinvio consiste infatti

nell'inidoneità strutturale di quello davanti alla Corte a quelle certe attività, prodromiche alla decisione, che si rendano necessarie a seguito della cassazione. Tale inidoneità, a quanto mi pare, sussiste però esclusivamente per quanto concerne l'assunzione delle prove costitutive, non anche per le produzioni documentali, che non impegnano la Corte, o per la decisione in punto di rilevanza/ammissibilità, che la impegna solo sul piano teoretico.

9. *La non contestazione: introduzione*

Passando a questo punto alla non contestazione, anche questo, non diversamente da quello del contraddittorio nei confronti di giudice, è un problema assai risalente.

In questo caso, del resto, la situazione normativa era ancor meno favorevole, dato che, fino alla riforma del processo del lavoro del 1973, non esisteva, nel nostro ordinamento, alcun particolare appiglio normativo, al quale far riferimento per sostenere che i fatti puramente e semplicemente non contestati – vale a dire quelli in merito ai quali non potesse riscontrarsi un'ammissione, anche solo implicita – non necessitavano di prova. Ben si comprende dunque come, in tale contesto, la mera non contestazione venisse tutt'al più presa in considerazione quale argomento di prova. Assai meno comprensibile – se non in chiave di inerzia e pigrizia concettuale – è semmai per quale ragione tale orientamento abbia per lungo tempo continuato a regnare anche all'indomani della suddetta riforma, a fronte di una norma – l'art. 416³ cpc – nella quale si sanciva espressamente che nella comparsa di costituzione “il convenuto deve prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda”. Sta comunque di fatto che per molti anni tale indicazione è rimasta lettera morta. E certo la situazione non è mutata all'indomani della riforma del rito ordinario del 1990, dato che nel nuovo art. 167² cpc, da questa introdotto, si prevedeva esclusivamente, in modo assai meno incisivo, che il convenuto dovesse “prende[re] posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda”³⁹. Tale stato di cose è perdurato fino al 2002, allorché le Sezioni unite, sia pure limitatamente ai fatti principali, hanno tutto all'opposto sancito, con specifico riferimento al rito del lavoro ma con argomenti di portata generale, la non necessità di prova del fatto non contestato⁴⁰. Successivamente – avendo nel frattempo il legislatore, con i dd. lgs. 5/2003 e 310/2004, introdotto esplicitamente il principio nell'effimero rito societario (art. 10^{2bis}), estendendolo anzi, con disposizione (art. 13²) felice ma purtroppo poi improvvidamente espunta dalla Corte Costituzionale⁴¹, anche al caso del convenuto contumace – la giurisprudenza ha tendenzialmente seguito questo indirizzo, sia pure in modo non uniforme⁴². Ora, finalmente, il principio è stato introdotto in via generale, mediante integrazione dell'art. 115 cpc.

³⁹ Per maggiori dettagli e per ulteriori indicazioni cfr. A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano 1995 e B. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, I, *La non contestazione tra norme e sistema*, Milano 1992, e II, *La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano 1993.

⁴⁰ Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, 2019, con nota di C. M. CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, e 2003, I, 604 (solo massima), con nota di A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1245 e 1909 (solo massima), con nota di M. CATTANI, *Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi al quantum delle spettanze richieste dal lavoratore*, in *Corriere giur.*, 2003, I, 1335, con nota di M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Dir. lav.*, 2003, 131, con nota di M. BRIZZI, *Il principio di non contestazione nel processo del lavoro*.

⁴¹ C. cost., 12 ottobre 2007, n. 340, in *Foro it.*, 2008, I, 721, con osservazione di N. VENTURA, e nota di A. BRIGUGLIO, *La Corte costituzionale e la «ficta confessio» nel processo societario*, e in *Riv. dir. proc.*, 2008, 519, con nota di B. SASSANI – F. AULETTA, *L'illegittimità costituzionale per «contrasto con la tradizione»: in morte di una (buona) «regola del processo»*.

⁴² Nel primo senso v. ad esempio Cass., 17 aprile 2002, n. 5526, in *Foro it.*, 2002, I, 2017, con nota di C. M. CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio*, *cit.*, ed in *Mass. giur. lav.*, 2002, 812, con nota di N. CENTOFANTI, *Conseguenze della mancata contestazione da parte del convenuto dei fatti dedotti dall'attore* (la quale estende senz'altro il principio anche ai fatti secondari); Cass., 15 gennaio 2003, n. 535, in *Foro it.*, 2003, I, 1453, con osservazione di D. DALFINO;

Anche a questo proposito, così come per la modifica dell'art. 101 stesso codice, l'intervento non è peraltro tale da consentire di ritenere risolti tutti i problemi⁴³. Per il vero, anzi, assai pochi, per la precisione soltanto due, sono gli aspetti che essa chiarisce realmente; nessuno di essi, fra l'altro, in termini particolarmente innovativi rispetto a quanto sin qui ritenuto. Il primo è quello – senz'altro condivisibile – relativo alla necessaria specificità della contestazione, e pertanto all'irrelevanza delle varie formule di stile circa la contestazione dell'intero complesso delle allegazioni/argomentazioni avversarie (salvo poi a vedere – ciò che rappresenta, come subito vedremo, uno dei punti da chiarire – in cosa la necessaria specificità più esattamente si traduca). Il secondo è quello – a mio avviso viceversa decisamente non condivisibile, non vedendosi cosa impedisca di adottare il principio opposto – per il quale la non contestazione assume rilievo solo in quanto proveniente dalla parte costituita, la contumacia continuando dunque ad essere considerata quale *facta contestatio*⁴⁴.

Per il resto, viceversa, gli interrogativi che si pongono sono non solo numerosi, ma anche assai rilevanti. Schematizzando, i punti da chiarire sono infatti i seguenti: a) se la non contestazione operi sul piano della determinazione del *thema probandum* oppure su quello della prova; b) se, per poterla configurare, sia o meno necessario un qualche indizio di una volontà di non contestazione; c) se essa operi per tutti i fatti, oppure solo per quelli propri della parte, o comunque da lei conosciuti; d) cosa implichi, più in particolare, la necessità che la contestazione sia specifica; e) se la non contestazione interessi solo i fatti principali oppure anche quelli secondari (e quelli processuali); f) se possano esserne oggetto solo i fatti oppure anche i diritti, e più in generale le valutazioni giuridiche; g) se ne siano passibili anche le allegazioni negative; h) quale rilievo possa avere nei processi su diritti indisponibili; i) se ai fini della sua configurabilità sia sufficiente l'allegazione del fatto (o comunque il suo ingresso nel processo, anche per altra via), oppure sia più specificamente necessario che questo sia stato rilevato; l) se per la contestazione siano o meno sussistenti dei limiti temporali e, nel primo caso, se la non contestazione sia revocabile (o, il che è lo stesso, se sia ammissibile una contestazione tardiva), a sua volta se con un qualche limite temporale o meno.

Preliminarmente all'analisi di tali interrogativi, vi è peraltro un punto, sul quale mi pare necessario soffermare l'attenzione, in quanto in grado di incidere sulle relative risposte, o se non altro su alcune di esse, e comunque di fornire un'utile elemento orientativo di massima. Ciò di cui si tratta consiste, molto rapidamente, in questo, che l'aver sancito “solennemente”, nella parte dedicata ai principi generali, che i fatti non specificamente contestati possono senz'altro essere posti a base del-

Cass., 3 febbraio 2003, n. 535, *ibidem*; Cass., 14 gennaio 2004, n. 405, in *Informaz. prev.*, 2004, 340; Cass., 25 maggio 2004, n. 10031, in *Dir. giur.*, 2004, 32, con nota di M. R. SAN GIORGIO, *Nel rito civile chi tace acconsente*; Cass., 3 marzo 2006, n. 4668; Cass., 25 maggio 2007, n. 12231; Cass., 21 maggio 2008, n. 13079; Cass., 3 luglio 2008, n. 18202; Cass., 20 novembre 2008, n. 27596; Cass., 5 marzo 2009, n. 5356. Nel secondo senso v. ad esempio Cass., 16 gennaio 2003, n. 559, in *Foro it.*, 2003, I, 2106, con nota di C. M. CEA, *Il principio di non contestazione fra fronda e disinformazione*; Cass., 5 febbraio 2003, n. 1672, *ibidem*; Cass., 28 ottobre 2004, n. 20916, *ivi*, 2005, I, 727, con nota di C. M. CEA, *La non contestazione dei fatti e la Corte di cassazione; ovvero di un principio poco amato*; Cass., 4 febbraio 2005, n. 2273. Per quanto concerne la dottrina, oltre ai contributi già citati v. da ultimo, anche per ulteriori indicazioni, C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 266 ss.; G. 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 ss.; ID., *Sul rispetto dell'onere di contestazione*, *cit.*; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 309 ss.; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, *cit.* In senso contrario v. invece V. BATTAGLIA, *L'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., in part. § 4 ss.

⁴³ Decisamente più esauriente (come spesso accade) risulta il corrispondente – ed anteriore (neppure questa è una novità) – § 138²⁻³⁻⁴ ZPO:

“Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären.

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.

Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind”.

Per una più ampia panoramica di diritto internazionale cfr. B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, *cit.*, § 3.

⁴⁴ Sulla contumacia v. anche la nota 78.

la decisione manifesta chiaramente un radicale mutamento di impostazione; vale a dire il passaggio da un modello di processo nel quale occorre dimostrare tutto ciò che non sia esplicitamente, o comunque inequivocabilmente, ammesso, ad uno, opposto, nel quale occorre dimostrare solo ciò che sia esplicitamente contestato. Tale circostanza – in sé, mi pare, innegabile – fornisce però allora una direttiva abbastanza netta, per quanto concerne poi l’ottica da adottare nella predetta analisi: quella per la quale sono le limitazioni del principio che, laddove non espressamente sancite (come avviene, secondo quanto si è visto, per il contumace), necessitano di essere rigorosamente dimostrate, in caso contrario l’opzione interpretativa dovendo senz’altro orientarsi in direzione opposta.

10. Segue: a) piano di operatività della non contestazione

Ciò detto, e venendo a questo punto ai singoli interrogativi, per quanto concerne il primo, la sua rilevanza è abbastanza evidente: ammesso che la non contestazione operi sul piano della determinazione del *thema probandum*, è evidente che eventuali prove, anche legali, dell’inesistenza del fatto, non possono essere prese in considerazione né, a monte, ammesse; viceversa, laddove si ritenga che essa operi sul piano della prova, nulla preclude una siffatta eventualità; in tale seconda prospettiva, la non contestazione si risolve infatti in sostanza in nient’altro se non in un elemento istruttorio a sostegno dell’esistenza del fatto, certamente assai significativo, ed anzi, normalmente senz’altro decisivo, ma non tale che esso non possa in assoluto, a seconda dei casi – e di certo in presenza di una prova legale contraria – essere smentito⁴⁵.

Questa essendo la rilevanza dell’interrogativo, per la sua soluzione assai poco aiuta, mi pare, il dato normativo. Questo risulta infatti singolarmente contraddittorio, per un verso la previsione essendo stata inserita nel primo comma dell’art. 115 cpc – ciò che sembrerebbe far propendere per la seconda prospettiva – per altro verso essa essendo però formulata nel senso di porre l’accento non sulla non contestazione, vale a dire sul fatto probatorio, così come avviene in generale per le prove, prese in considerazione dalla norma, bensì sui fatti in quanto non contestati, in modo del tutto analogo a quanto avviene nel secondo comma, con riferimento al fatto notorio – ciò che indirizza invece, tutto all’opposto, verso la prima prospettiva. A fronte di tale ambiguità, è dunque evidente che entrambe le soluzioni possono essere con pari fondamento argomentate – oppure contestate – semplicemente ponendo l’accento sulla collocazione oppure sulla formulazione.

Spostandoci allora sul piano sistematico, premesso che anche a questo livello non vi sono argomenti realmente decisivi, trattandosi di materia sulla quale incidono in misura preponderante le propensioni personali dell’interprete, a me pare che una buona chiave di lettura del fenomeno – e di certo quella che meglio si armonizza con il modello processuale sotteso, secondo quanto sopra illustrato, all’intervento del legislatore, nonché, si aggiunga, con la prospettiva del giusto processo *ex art. 111 cost.* – potrebbe essere quella di collocarlo sul piano della strategia processuale, nell’ottica della più generale tendenza, fin dall’inizio sottolineata⁴⁶, in direzione della “moralizzazione” del processo; della riconduzione cioè di quest’ultimo, per quanto possibile, al teatro di un confronto aperto e leale, tale che le parti non debbano temere sorprese, ma possano all’opposto confidare nel fatto che i punti, sui quali concentrare la loro attenzione ed i loro sforzi, sono esclusivamente quelli chiaramente emergenti come controversi. In tale ottica, ciò di cui si tratta dovrebbe dunque essere, in sostanza, il manifestare alla controparte, in modo esplicito, quali sono, dei fatti da essa allegati, quelli dei quali si vuole che la medesima fornisca la prova, tutto il resto dovendosi intendere appunto come non contestato.

Ammesso che questa chiave di lettura sia corretta, non avrei però allora dubbi che essa si accordi assai più con la prima delle prospettive sopra indicate – vale a dire quella della non contestazione come riferita alla determinazione del *thema probandum* – che con la seconda – vale a dire

⁴⁵ Discorso analogo vale anche per la prospettiva (per la quale v. ad es. B. SASSANI, *L’onere della contestazione*, cit., § 5) di collocare la non contestazione sul piano della *relevatio ab onere probandi*.

⁴⁶ § 1.

quella della non contestazione come prova⁴⁷. Non solo, infatti, tale prospettiva è, in generale, quella più omogenea, a quanto mi pare, alla chiave di lettura in questione. Ma soprattutto, qualora la non contestazione fosse passibile di una valutazione comparativa con altre risultanze istruttorie, e potesse dunque, se del caso, essere disattesa, sarebbe fatalmente destinato a venire meno l'affidamento che su di essa la parte potrebbe riporre.

Né, in contrario, vale, mi pare, far leva sul fatto che, in tale prospettiva, sarebbe preclusa la possibilità di deferire il giuramento decisorio⁴⁸. Per un verso non riesco infatti a vedere per quale motivo dovrebbe rappresentare un problema il fatto che la parte, la quale non ha contestato un certo fatto, non sia ammessa a cercare di dimostrare che esso viceversa non esiste; né, da tale punto di vista, mi pare giustificato distinguere fra giuramento decisorio ed altre prove. Per altro verso, ragionando dinamicamente, a me pare che il discorso – unitario, per qualunque tipo di prova – stia piuttosto nei seguenti termini.

Allorché la parte, la quale fino ad allora non aveva contestato un certo fatto, chieda l'ammissione di una prova, tendente a dimostrare che esso non esiste, delle due l'una: o si ritiene che essa debba prima operare la contestazione, ed allora la prova (libera o legale che sia) non può essere ammessa, oppure si ritiene che la contestazione sia implicita nella richiesta di prova⁴⁹. In tale secondo caso (ed anche nel primo, laddove la richiesta di prova contraria sia preceduta dalla contestazione), ulteriormente delle due l'una: o si ritiene che la contestazione del fatto precedentemente non contestato sia inammissibile, ed allora di nuovo la prova (libera o legale che sia) non può essere ammessa, oppure si ritiene che essa lo sia, ed allora però, posto che a tal punto il fatto è contestato, intanto il problema del conflitto fra la prova, ancora assumenda, e la non contestazione non si pone più, quest'ultima potendo a tal punto venire in considerazione esclusivamente sotto il diverso profilo del contraddittorio comportamento processuale della parte; in secondo luogo, poi, proprio perché il fatto è stato, sia pur in un secondo momento, contestato, il relativo onere della prova incombe a tal punto sulla controparte, per cui, se anche la prova richiesta non dovesse sortire l'effetto sperato, non per questo il fatto potrebbe essere considerato esistente (salvo ovviamente aderire all'opinione di chi, pur ammettendo la contestazione successiva, ritiene che in questo caso l'onere della prova si trasferisca sul suo autore⁵⁰; tale interpretazione introduce però un ibrido che francamente non mi convince, a maggior ragione in quanto sposta il problema su un piano, quello dell'onere della prova, il cui coinvolgimento pare difficile da giustificare con un qualche argomento, non solo di diritto positivo, ma anche sistematico).

Detto in sintesi, mi sembra insomma che il problema non sia quello del giuramento decisorio in particolare, bensì quello, più generale, del tentativo di dimostrare l'inesistenza del fatto non contestato; e che esso si risolva in definitiva in quello circa la possibilità – e se del caso degli effetti – della successiva contestazione di un fatto originariamente non contestato.

Ciò chiarito, e confermata dunque la preferibilità della collocazione della non contestazione sul piano della determinazione del *thema probandum*, nella riferita ottica della chiara manifestazione della propria strategia processuale, sul punto rimane solo da segnalare che tale collocazione risulterà in effetti utile anche per alcuni degli altri interrogativi, sopra enunciati ed ai quali occorre ora passare.

11. Segue: *b) necessità o meno di una volontà di non contestazione*

⁴⁷ Od anche con quella (per la quale v. la nota 45), di collocare la non contestazione sul piano dell'onere della prova.

⁴⁸ In tal senso G. BALENA, in G. BALENA – R. CAPONI – A. CHIZZINI – S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, 35.

⁴⁹ Questa, a mio avviso la lettura corretta, in ragione da un lato di quanto diremo più avanti circa la contestazione / non contestazione quali allegazioni, difforme la prima, conforme la seconda, in merito a quel certo fatto, già allegato dalla controparte, dall'altro di quanto detto a suo tempo (§ 3) circa il fatto che la richiesta di prova costituenda vale anche quale allegazione del relativo fatto.

⁵⁰ In tal senso C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115, cit.*, § 3.4 e, in giurisprudenza, Cass., 7 aprile 2009, n. 8389.

Quanto al secondo di questi, vale a dire quello relativo alla necessità o meno, per poter configurare una non contestazione, di indizi di una volontà della parte in tal senso, esso non pone, mi pare, reali difficoltà. Una lettura del primo tipo riporterebbe infatti in sostanza al precedente sistema dell'ammissione implicita, contraddicendo in modo manifesto la *ratio* della modifica normativa, il cui intento, secondo quanto visto, è proprio quello di superare tale sistema, in direzione di uno nel quale non la non contestazione debba essere riconoscibile come tale, bensì, all'opposto, la contestazione.

Non avrei dunque dubbi sul fatto che l'interrogativo in questione debba ricevere risposta nel senso della non necessità di indagini di sorta in merito all'intento della parte e/o alle ragioni della non contestazione.

12. Segue: *c) operatività della non contestazione per tutti i fatti oppure solo per quelli propri della parte, o da lei conosciuti*

Più complesso risulta il terzo interrogativo, relativo a ciò, che la non contestazione sia configurabile per la totalità dei fatti, oppure solo per quelli propri della parte, o da lei conosciuti.

In proposito, l'orientamento di massima è senz'altro nel senso di restringere l'operatività della non contestazione ai soli fatti propri o conosciuti. Tale orientamento tuttavia non mi convince, e questo proprio in ragione dell'impostazione sopra adottata. Nell'ottica della non contestazione quale manifestazione di chiarezza, volta a fare in modo che la controparte sappia in modo certo di quali, dei fatti allegati, deve preoccuparsi di fornire la prova, mi sembra infatti del tutto ragionevole che tale indicazione concerna l'intero spettro dei fatti in questione e non solo quelli propri della parte o da lei conosciuti. Senza contare poi che tale impostazione dischiude la non auspicabile prospettiva di dispute (e, se del caso, di un'istruttoria) in merito alla conoscenza – o magari alla conoscibilità – o meno dei fatti in questione; prospettiva che va, mi pare, in direzione diametralmente opposta a quella perseguita dalla modifica normativa.

Gli argomenti contrari a tale lettura sono fin troppo evidenti: con riferimento a fatti non propri o conosciuti, la parte, proprio perché non li conosce, non li può neppure contestare; né, del resto, il silenzio su di essi può, per lo stesso motivo, essere ritenuto significativo⁵¹. E certo si tratta di considerazioni difficili da controbattere. Il discorso, a quanto mi pare, è però male impostato. Esso, in particolare, conferisce eccessivo valore al significato semantico del termine contestazione, laddove, a mio modo di vedere, ciò su cui occorre piuttosto porre l'accento è sul suo valore di invito a fornire la prova di quei certi fatti. A maggior ragione tali argomenti si dimostrano poi a mio avviso fallaci, in quanto essi, ed in particolar modo il secondo, si collocano, a ben vedere, in un ordine di idee – quello della non contestazione quale manifestazione di una volontà del soggetto (solo in tale ottica può assumere rilevanza la conoscenza o meno dei fatti) – che, secondo quanto appena detto⁵², deve invece essere senz'altro dismesso.

Del resto, si prenda proprio l'esempio più frequentemente addotto a sostegno della limitazione della non contestazione ai soli fatti propri o conosciuti, vale a dire quello delle allegazioni dell'attore in merito al *quantum* dei danni, per il cui risarcimento egli abbia agito. Ebbene, è certamente vero che, trattandosi, tendenzialmente, di circostanze che riguardano la persona dell'attore, o i suoi beni, il convenuto non ne ha conoscenza. E nondimeno, posto che questi si difenda solo sull'*an*, nulla dicendo sul *quantum*, è veramente così assurdo, o anche solo singolare, che l'attore si preoccupi esclusivamente del primo aspetto? che egli, detto altrimenti, confidi sul fatto che sul *quantum* la controparte non ha nulla da obiettare? E' così eccessivo pretendere che, laddove il convenuto, il quale, oltre a contestare l'*an* della domanda, non si fidi delle allegazioni attoree in punto di *quantum*, molto semplicemente lo dica?

⁵¹ Cfr. ad esempio G. BALENA, in G. BALENA – R. CAPONI – A. CHIZZINI – S. MENCHINI, *La riforma*, 36; G. FRUS, *Sul rispetto dell'onere di contestazione*, cit., §§ 4 s.; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., § 7.

⁵² § 11.

Certo, è evidente che, con riferimento a questi fatti, la parte non può se non limitarsi ad una contestazione generica. Questo – che nella sostanza risulta del resto espressamente sancito nel § 138⁴ ZPO⁵³ – non mi pare però un problema, proprio perché ciò di cui si tratta non è di contrapporre una propria diversa ricostruzione dei fatti in questione, bensì, più semplicemente, di chiarire le dimensioni dell’impegno istruttorio, del quale la controparte deve farsi carico.

Ammessi che questo sia vero, ecco allora qual è, più propriamente, la rilevanza della conoscenza o meno dei fatti: in questione non è la latitudine dell’onere di contestazione, che investe senz’altro la totalità dei fatti medesimi, bensì il suo grado di specificità, che varia appunto (oltre che in base ad altri fattori, che vedremo subito⁵⁴, anche) in ragione della conoscenza o meno che la parte ne abbia.

13. Segue: *d) la necessaria specificità della contestazione*

Quanto al quarto interrogativo, vale a dire quello, appena menzionato, relativo alla più esatta portata della specificità della contestazione, il problema ad esso sotteso è indubbiamente di notevole importanza, e tuttavia esso non consente, a quanto mi pare, risposte realmente dirimenti.

Al di là della constatazione, già svolta (si tratta, si ricorderà, di uno degli unici due dati certi ricavabili dalla norma)⁵⁵, per la quale non è sufficiente una contestazione del tutto generica ed indiscriminata dell’intero complesso delle allegazioni/argomentazioni avversarie, secondo una delle consuete formule di stile, per il resto, e in positivo, è difficile formulare regole stringenti, tali che già in astratto sia possibile predicare la specificità o meno di una certa contestazione. Quella in questione è infatti una valutazione inevitabilmente legata alle peculiarità della situazione di volta in volta in questione e che non può pertanto che essere operata in concreto. Non per questo risulta peraltro *tout court* impossibile fornire indicazioni. Al contrario, ben possono identificarsi, mi pare, i parametri di riferimento della suddetta valutazione. Parametri che, se non m’inganno, sono fondamentalmente quattro.

In primo luogo viene ovviamente in considerazione la specificità dell’allegazione: altro è l’affermazione secondo la quale il giorno x all’ora y il convenuto si trovava nel luogo z, altro quella per la quale egli si sarebbe trovato là all’interno di una certa finestra temporale, più o meno ampia.

In secondo luogo viene poi in considerazione il tipo di fatto in questione: altro è un episodio puntuale (ad es. l’essersi trovato il convenuto una sola volta, in una specifica occasione, in un certo luogo), altro un comportamento continuato, o reiterato, nel tempo (ad es. l’aver l’attore, nel corso degli anni, abitualmente esercitato un certo passo).

In terzo luogo viene ulteriormente in considerazione il tipo di contestazione: altro è la negazione che un certo fatto sia mai accaduto, altro l’affermazione che esso si sia svolto con modalità più o meno differenti, rispetto a quelle allegate dalla controparte. Da questo punto di vista è anzi possibile, se non m’inganno, fornire un’indicazione più specifica. Proprio perché la contestazione del fatto può, a seconda dei casi, assumere sfumature differenti, ben può pretendersi, mi pare, che la parte ne chiarisca il senso. Questo significa, in sostanza, che essa non potrà mai limitarsi ad affermare puramente e semplicemente che il fatto non è vero, ma dovrà dettagliare tale negazione. Così, se ad esempio l’attore abbia affermato che il giorno x, all’ora y e nella località z, trovandosi egli ad attraversare la strada a piedi, sulle strisce pedonali, il convenuto, in auto, l’investì, al convenuto non basterà affermare che ciò non è vero, ma dovrà specificare se egli non si trovasse affatto là, se, vero che vi si trovava, l’investimento non ebbe però luogo, se, vero l’investimento, l’attore non stesse però attraversando sulle strisce, se, vero tutto il resto, egli in realtà non si trovasse però alla guida, e così via.

⁵³ Vedine il testo nella nota 43.

⁵⁴ § 13.

⁵⁵ § 9.

In quarto luogo viene infine in considerazione la circostanza, già emersa⁵⁶, del trattarsi di un fatto della parte, o del quale essa ha comunque conoscenza, oppure no, ed a questo proposito, proprio perché si tratta di un aspetto già affrontato, si rinvia senz'altro alle considerazioni svolte sopra, salvo solo ricordare che nel secondo caso, ferma restando la necessità della contestazione, essa non può ovviamente che limitarsi in sostanza alla richiesta che la controparte fornisca la prova.

Ciò detto, e cercando dunque di condensare in una formula unitaria il criterio di valutazione da adoperare con riferimento al requisito in discorso, a me pare che tale criterio sia in sostanza quello per il quale è dovuta tutta la specificità che, in relazione ai parametri indicati, e comunque alla situazione concreta, può ragionevolmente pretendersi da una parte non reticente.

14. Segue: *e) configurabilità della non contestazione solo per i fatti principali oppure anche per quelli secondari (e processuali)*

Per quanto concerne il quinto interrogativo, che attiene alla riferibilità della non contestazione solo ai fatti principali oppure anche a quelli secondari (ed a quelli processuali), la sua ragione d'essere consiste, più che altro nel fatto che, come già a suo tempo segnalato⁵⁷, furono proprio le Sezioni unite⁵⁸ che, nel riconoscere finalmente l'efficacia della non contestazione, limitarono però tale riconoscimento solo alla prima categoria di fatti. Doverosamente, la questione va dunque posta, ma francamente non mi pare che, al di là dell'autorevolezza della sua provenienza, la tesi restrittiva abbia alcun reale fondamento.

Non ce l'aveva prima, si aggiunga, e tantomeno ce l'ha oggi, alla luce del tenore assolutamente generale dell'art. 101 cpc. Molto semplicemente, non si vede infatti in qual modo la differenza fra fatti principali e fatti secondari [o quella fra fatti (rilevanti a fini) sostanziali e fatti (rilevanti a fini) processuali] possa incidere, per quanto attiene agli effetti della non contestazione. Certo, la non contestazione del fatto secondario di per sé né impedisce quella del fatto principale, che esso dovrebbe concorrere a dimostrare, né incide in alcun modo sulla sua maggiore o minore significatività al riguardo. Questo non ha però evidentemente niente a che vedere con l'efficacia della non contestazione relativamente al fatto secondario in sé e non vi è dunque ragione per la quale tale efficacia dovrebbe risultarne diminuita.

Del resto, al di là della riferita decisione delle Sezioni unite, per il resto la distinzione è diffusamente criticata⁵⁹ e risulta tendenzialmente sconfessata dalla stessa giurisprudenza successiva della Cassazione⁶⁰. Su di essa non mette dunque conto indugiare ulteriormente.

Un punto semmai, prima di passare oltre, occorre chiarire, e cioè quello per il quale quanto appena detto non implica, più in generale, che la distinzione in discorso risulti, in materia, totalmente ininfluenza. Al contrario, essa assume effettivamente un certo rilievo, solo non nel senso che per i fatti secondari la non contestazione non valga, bensì ad altro proposito, e segnatamente con riferimento all'incidenza del previo rilievo del fatto. Su di essa ritorneremo dunque più avanti⁶¹ allorché ci occuperemo appunto di tale questione.

⁵⁶ § 12.

⁵⁷ § 9.

⁵⁸ Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761, *cit.*

⁵⁹ V. ad es. G. BALENA, in G. BALENA – R. CAPONI – A. CHIZZINI – S. MENCHINI, *La riforma*, 34 s.; C. M. CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio*, *cit.*, § V; ID., *La modifica dell'art. 115*, *cit.*, § 3.2; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione*, *cit.*, § 7 a); A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti*, *cit.*, § 8; N. RASCIO, *Note brevi sul «principio di non contestazione» (a margine di un'importante sentenza)*, in *Dir. giur.*, 2002, 78 ss.; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, *cit.*, nota 39 e § 8.

⁶⁰ V. per tutte Cass., 13 giugno 2005, n. 12636, in *Foro it.*, 2006, I, 1492, con osservazione parzialmente critica (con riferimento all'estensione della non contestazione ai fatti processuali), di A. D. DE SANTIS, e 1873, con nota di C. M. CEA, *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche*. In senso contrario v. peraltro Cass., 5 dicembre 2003, n. 18598; Cass., 2 maggio 2007, n. 10098; Cass., 27 febbraio 2008, n. 5191.

⁶¹ § 18.

15. Segue: *f) riferibilità della non contestazione solo ai fatti oppure anche ai diritti e più in generale alle valutazioni giuridiche*

Il sesto interrogativo, che pone il problema se la non contestazione, oltre i fatti, possa concernere anche i diritti, e più in generale le valutazioni giuridiche, sembrerebbe destinato a risposta rapida ed univoca, in senso negativo. La norma si riferisce infatti chiaramente ai soli fatti, e del resto sono appunto questi ultimi che sono oggetto di prova, e pertanto di possibile non necessità di questa, laddove pacifici. Nondimeno, la quotidiana esperienza dei tribunali insinua il dubbio che il discorso non sia effettivamente così netto.

Poniamo infatti il classico caso del risarcimento del danno da sinistro stradale, con il convenuto, il quale si costituisce ed espressamente afferma di non contestare la propria responsabilità (o più frequentemente, trattandosi della compagnia assicuratrice, quella del proprio assicurato), incentrando la propria difesa esclusivamente sull'importo dei danni richiesti. Oppure quello nel quale, chiesto il regolamento di confini, il rispetto delle distanze o l'accertamento dell'inesistenza di una servitù, sulla semplice affermazione della propria proprietà di quel certo immobile (o anche allegando derivare tale diritto da un certo contratto di acquisto, il che, come già a suo tempo rilevato⁶², non cambia le cose, dato che quello in questione non è, di per sé, fondamento sufficiente del diritto medesimo), il convenuto non contesti in alcun modo la circostanza, e controbatta, a seconda dei casi, sulla corretta linea di confine, sul rispetto delle distanze, sulla sussistenza della servitù. Ebbene, veramente vogliamo, giunti al termine della causa, rigettare la domanda in quanto carente di prova, rispettivamente sull'*an* e sul diritto presupposto? o anche solo, a monte, sollecitare l'attore a fornire tale prova?

Salvo voler bollare come senz'altro errate tutte le semplificazioni della materia controversa che, con sano senso di realismo, vengono quotidianamente operate in casi quali quelli indicati, ed in mille altri analoghi, non può dunque non sorgere se non altro il dubbio che forse l'area della non contestazione, o dell'ammissione *tout court*, è più ampia del solo settore dei fatti storici, strettamente intesi.

Per converso, è però altrettanto difficile accettare, saltando il fosso, che le parti possano, dando la cosa per pacifica o non contestandola, vincolare il giudice all'applicazione di una data norma: nessuno, credo, sarebbe mai disposto ad accettare che, avendo le parti pacificamente ritenuto che quella certa responsabilità, della quale si discute, abbia natura contrattuale, il giudice non possa (previamente sollecitando il contraddittorio sul punto) ritenere viceversa la sua natura extracontrattuale.

Questi essendo gli apparentemente inconciliabili termini del problema, a me pare peraltro che la quadratura del cerchio esista e che essa corra proprio sul filo della distinzione fra fatto e diritto. Nel senso che, anche laddove ciò di cui si tratta siano diritti, o più in generale valutazioni giuridiche, la concorde opinione delle parti, sia essa esplicita o implicita, sia effettivamente efficace, nel senso di espungere quella certa questione dall'area di quelle controverse, ma ciò solo per quanto concerne il suo sostrato fattuale, e non anche, invece, per ciò che attiene alla relativa valutazione giuridica. Così, riprendendo uno degli esempi addotti sopra, si avrà dunque che, quando fra le parti non sia controversa la rispettiva proprietà dei due terreni, del cui confine di disputa, deve ritenersi pacifica la sussistenza, in capo ad entrambe, di una fattispecie acquisitiva di tale diritto. O, per portare un altro esempio, che, laddove esse siano espressamente o implicitamente d'accordo circa l'applicabilità di un certo contratto collettivo, deve ritenersi pacifico che il rapporto di lavoro in questione presenta caratteristiche tali da farlo effettivamente rientrare nel suo ambito operativo. Senza però che ciò implichi anche – questo il punto – che, laddove tale sostrato fattuale, anziché

⁶² § 3.

implicito, fosse viceversa esplicitato, e pur fosse pacifico, il giudice non possa discostarsi dalla valutazione giuridica che, relativamente ad esso, le parti abbiano concordemente operato.

In tal modo, mi pare, si riesce in effetti a soddisfacentemente mettere d'accordo tanto le esigenze pratiche quanto quelle teoriche, da un lato evitando di appesantire inutilmente il processo, dall'altro non espropriando il giudice della propria più tipica funzione, rappresentata dall'interpretazione ed applicazione del diritto, dall'altro ancora tenendo fermo il riferimento della non contestazione al solo versante fattuale della controversia, senza contaminazioni con quello giuridico.

16. Segue: g) *passibilità di non contestazione delle allegazioni negative*

Venendo a questo punto al settimo interrogativo, questo, che si riferisce alla passibilità di non contestazione delle allegazioni negative, pone il problema a mio avviso più stimolante fra tutti quelli in esame.

Iniziando intanto a chiarire i termini di tale problema, va detto che per allegazione negativa non deve intendersi, in generale, qualunque allegazione, la quale abbia ad oggetto il non essersi verificato un certo fatto, ma, più specificamente, quella avente ad oggetto il non essersi verificato un fatto, la cui prova incombe alla controparte. Non si ha cioè allegazione negativa, quando l'attore allegghi l'assenza di un fatto, che proprio in quanto assente sia contemplato nella fattispecie costitutiva del suo diritto: ciò si verifica esclusivamente laddove egli allegghi l'assenza di un fatto impeditivo/modificativo/estintivo. Così, per non portare che un solo esempio, del tutto frequente, allorché egli, azionando un credito, non si limiti ad indicare i relativi fatti costitutivi, ma asserisca anche che il convenuto non ha adempiuto.

Questo essendo il caso, la risposta che più immediatamente viene da fornire è indubbiamente nel senso che in questa ipotesi al silenzio della controparte – vale a dire del soggetto al quale spetta l'onere della prova relativamente al fatto in questione – non può essere attribuito il significato di una non contestazione⁶³. A meglio riflettere, tale risposta non mi pare però corretta, e questo per una duplice ragione. In primo luogo in quanto, come visto a suo tempo⁶⁴, anche l'allegazione negativa rappresenta, a pieno titolo, un'allegazione del fatto in questione. In secondo luogo, ed ancor più decisamente, perché anche a fronte di un'allegazione negativa appare senz'altro presente quell'esigenza di chiarezza nella propria strategia processuale, che, secondo quanto detto⁶⁵, rappresenta, a mio avviso, il reale – o comunque il più significativo – motivo ispiratore della norma in esame⁶⁶.

L'aspetto più interessante, peraltro, non è tanto questo, quanto quello relativo alla portata del problema. In proposito occorre infatti considerare che, una volta allegato in forma negativa dalla parte contraria a quella sulla quale incombe l'onere della prova, il fatto è per ciò stesso contestato, per cui, quand'anche l'allegazione negativa venga contestata, il fatto, ove non provato, deve comunque essere considerato come non esistente. In cosa si concreta, dunque, l'utilità di considerare l'allegazione negativa quale allegazione, passibile di non contestazione? O meglio, più specificamente: quale differenza fa – ammessa la configurabilità di quest'ultima – il fatto che l'allegazione negativa non sia contestata, rispetto all'ipotesi nella quale invece lo sia? La differenza in effetti esiste, e consiste in questo, che, una volta integrata la non contestazione, a tal punto la parte, sulla quale incombe l'onere della prova, non può più cercare di dimostrare l'esistenza del fatto.

⁶³ In tal senso G. BALENA, in G. BALENA – R. CAPONI – A. CHIZZINI – S. MENCHINI, *La riforma*, 36 s.; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione*, cit., § 7 d); B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., § 6.

⁶⁴ § 3.

⁶⁵ §§ 1 e 10.

⁶⁶ Circa il fatto che in caso di allegazioni negative non si pone il problema della necessità del previo rilievo del fatto, v. più avanti, § 18.

Tale conclusione non è peraltro realmente assoluta. Essa risulta infatti superabile ammettendo che la non contestazione sia revocabile (o, il che è lo stesso, la possibilità di una contestazione tardiva). A ben vedere, anche in tale ottica le possibilità sono però assai ridotte. Anche ammesso che la revoca (tardiva contestazione) sia lecita, occorre infatti considerare che, in un processo all'insegna delle preclusioni, a tal punto la parte è comunque impossibilitata a porre in essere attività istruttoria, per cui in realtà la revoca (contestazione tardiva) non le giova. Né, in contrario, vale evidentemente il parallelo con ciò che accade a cose normali, con l'allegazione positiva, allorché, come vedremo⁶⁷, la revoca (contestazione tardiva), ove ammessa, riapre senz'altro l'istruttoria, e più in generale la trattazione. In tal caso, la parte onerata della prova è infatti l'avversario dell'autore della revoca (contestazione tardiva), per cui è ovvio che egli, che fino ad allora aveva confidato nell'altrui non contestazione, debba a questo punto essere posto in grado di reagire con pienezza di poteri al mutato atteggiamento dalla controparte. Nel caso attualmente in esame, invece, le cose non stanno in tal modo: qui la parte onerata della prova è la medesima dalla quale proviene la revoca (contestazione tardiva). E' dunque evidente che un'altrettale riapertura non può essere ammessa. Essa implicherebbe infatti la totale vanificazione della decadenza, dal momento che la condizione dalla quale dipende il suo superamento sarebbe rimessa alla stessa parte che ne è, teoricamente, colpita.

Questo implica allora che, una volta che la non esistenza del fatto debba ritenersi non contestata, il discorso sul punto risulta senz'altro chiuso, anche ammettendo la revocabilità della non contestazione (la possibilità di una contestazione tardiva)? Non del tutto. Uno spazio di utilità della revoca (contestazione tardiva), sia pur marginale, in effetti esiste ed è quello che si dà allorché, pur non essendo stata l'allegazione negativa precedentemente contestata, il fatto risulti nondimeno accidentalmente provato mediante una delle prove presenti in atti ed introdotte ad altro proposito.

Tutto questo, sintetizzando, si traduce dunque, in definitiva, in ciò, che, a fronte di un'allegazione negativa, la parte onerata della prova del fatto, o contesta senz'altro tale allegazione e si attiva tempestivamente sul piano istruttorio, oppure, se non lo fa, anche ammessa la revocabilità della non contestazione (la possibilità di una contestazione tardiva), a tal punto l'unica possibilità di dimostrare esistenza del fatto rimane affidata alla suddetta, residuale, eventualità [qualora la revoca (tardiva contestazione) non venga consentita, il discorso risulta viceversa senz'altro chiuso].

Superfluo peraltro aggiungere che, in un caso di questo genere, alla controparte (quella che originariamente aveva effettuato l'allegazione negativa) deve ovviamente essere consentito di contrastare pienamente la suddetta prova e/o, se del caso, di modificare, anche a livello di allegazioni, domande, eccezioni e conclusioni, la propria linea di attacco o di difesa.

17. Segue: *h) la non contestazione nei processi su diritti indisponibili*

Per quanto concerne l'ottavo interrogativo, riferito al rilievo della non contestazione nei processi su diritti indisponibili, il discorso è, in linea di principio, decisamente 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. Essa sicuramente non produce cioè l'effetto, a seconda delle impostazioni, di espungere il fatto dal *thema probandum* oppure di fornirne la prova⁶⁸.

Ciò detto, rimane peraltro il dubbio se essa sia irrilevante *tout court* o se, viceversa, possa essere comunque presa in considerazione, in quanto comportamento processuale, quale argomento di prova *ex art. 116² cpc*. A tale riguardo, non mi pare che la risposta nel secondo senso incontri ostacoli particolari (essa è del resto tendenzialmente pacifica⁶⁹). Fermo restando che in questione so-

⁶⁷ § 19.

⁶⁸ O di sollevare dal relativo onere (v. le note 45 e 47).

⁶⁹ Cfr. ad es. G. BALENA, in G. BALENA – R. CAPONI – A. CHIZZINI – S. MENCHINI, *La riforma*, 35 s.; C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115, cit.*, § 3.7, e B. SASSANI, *L'onere della contestazione, cit.*, nota 42.

no appunto non prove piene, ma meri argomenti di prova, non vedo infatti per quale ragione il processo su diritti indisponibili dovrebbe rinunciare per principio alla possibilità di servirsi di un dato, la cui attendibilità può non di rado essere oggettivamente assai alta. Si pensi ad esempio ad un processo sull'affidamento dei figli "lacrime e sangue", nell'ambito del quale risulti nondimeno pacifico, esplicitamente o implicitamente, quali sono le reciproche entrate: proprio perché in linea generale le parti non manifestano affatto armonia e concordia, è del tutto evidente che la pacificità di quella circostanza ha un notevole grado di probabilità di rispecchiare l'effettivo modo di essere delle cose.

In generale, anzi, mi pare che proprio questo potrebbe essere, volendo individuare un criterio generale di riferimento, un buon parametro: quello per il quale, in un processo su diritti indisponibili, la non contestazione – o l'ammissione *tout court* – sono tanto più attendibili, quanto più alta è, in generale, la conflittualità fra le parti⁷⁰.

18. Segue: *i) necessità o meno, per la configurabilità della non contestazione, che il fatto sia, oltre che entrato nel processo, anche rilevato*

Con il nono interrogativo, ritroviamo un problema – quello se, per potersi configurare una non contestazione, sia sufficiente che il fatto sia stato allegato (o sia comunque entrato nel processo, anche per altra via), oppure occorra, più specificamente, che esso sia stato rilevato – che in realtà è già occorso di incontrare, allorché affrontammo, in generale, i rapporti fra allegazione, rilievo e prova⁷¹.

Anche con riferimento a questo interrogativo, così come per il precedente, la risposta – che già a suo tempo anticipammo (e che, si aggiunga, rappresentò in effetti un elemento assai rilevante nell'ambito della riferita analisi dei rapporti fra allegazione, rilievo e prova) – è, in linea di principio, abbastanza evidente, nel senso della necessità del rilievo⁷². Il motivo di tale conclusione si riallaccia ancora una volta alla *ratio* della modifica normativa, in quanto volta a perseguire un processo all'insegna dell'evidenza della materia controversa, applicata in questo caso al soggetto della cui non contestazione si tratta: in tanto questi deve prestare attenzione, per contestarli o meno, ai fatti allegati dalla controparte, o altrimenti entrati nel processo, in quanto la loro possibile rilevanza risulti in modo chiaro ed esplicito, ciò che accade appunto con il rilievo.

Pacifico – o comunque, a quanto mi pare, difficilmente controvertibile – questo, il problema si pone però allora per i fatti secondari. In relazione a questi, in quanto non facenti parte della fattispecie del diritto, ma rilevanti solo a fini probatori, non si dà infatti un rilievo. Alla luce di tale circostanza, sembrerebbe dunque giocoforza concludere nel senso, alternativamente, o che per essi – diversamente da quanto in precedenza affermato⁷³ – non è configurabile una non contestazione, o che, all'opposto, per la formazione di questa è sufficiente l'ingresso del fatto nel processo – ciò che si porrebbe però in conflitto con la riferita esigenza di chiarezza e creerebbe inoltre una manifesta disarmonia rispetto ai fatti principali.

Questa alternativa non mi pare tuttavia realmente obbligata. Oltre alle due possibilità, appena prospettate, ne esiste infatti, se non m'inganno, anche una terza, che, mediando fra le precedenti, riesce in effetti a salvaguardare la possibilità della non contestazione, senza per questo rinunciare alla condizione della chiara emersione della possibile rilevanza (in questo caso indiretta) del fatto. Per rendersene conto, occorre considerare che, anche in relazione ai fatti secondari, seppure non un rilievo in senso proprio, è comunque configurabile un fenomeno analogo; fenomeno, si aggiunga,

⁷⁰ In tal senso v. già A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2006, 408.

⁷¹ § 4.

⁷² In tal senso D. BUONCRISTIANI, *Il principio del contraddittorio*, cit., § 3. Per la necessità, in un ordine di idee analogo, o comunque vicino, che l'allegazione provenga dalla parte onerata della prova del fatto in questione, B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., § 7.

⁷³ § 14.

che non è neppure particolarmente difficile individuare. Coerentemente al tipo di rilevanza in questione, ciò di cui si tratta è infatti, evidentemente, la manifestazione di voler utilizzare quel certo fatto in funzione della prova dell'esistenza (o dell'inesistenza) del fatto principale di riferimento⁷⁴.

Questa è dunque, a quanto mi pare, la soluzione da adottare; soluzione, si aggiunga, che da un lato ribadisce la necessità, generalizzata, del rilievo (latamente inteso), dall'altro conserva un'omogeneità di regime fra fatti principali e fatti secondari, dall'altro ancora conferma che non vi è ragione per la quale i fatti secondari non dovrebbero essere passibili di non contestazione.

Ciò detto, è poi appena il caso di notare, in chiusura, che il rilievo non è ovviamente necessario nel caso, visto sopra⁷⁵, delle allegazioni negative. In tal caso, data l'inversione determinata dalla natura negativa dell'allegazione, il rilievo dovrebbe infatti provenire dallo stesso soggetto, della cui non contestazione si tratta.

19. Segue: *l) il profilo temporale della non contestazione*

L'ultimo interrogativo, che complessivamente potremmo sintetizzare come riferito all'aspetto temporale della non contestazione, è, fra tutti, quello forse maggiormente sentito⁷⁶. Esso, più precisamente, presenta, per così dire, un doppio stadio: innanzitutto occorre stabilire, come dato fondamentale, se per la contestazione esista o meno un limite temporale; successivamente, dipende: laddove si ritenga che in effetti un siffatto limite esiste, occorre chiedersi se la non contestazione, una volta perfezionata, sia revocabile (o, se si preferisca, se sia possibile una contestazione tardiva); in caso contrario, viceversa, è evidente che un analogo problema non si pone.

In proposito, a suo tempo mi era parso che la questione, nel suo complesso, potesse trovare una soluzione semplice e chiara configurando l'ammissione quale allegazione conforme a quella della controparte e dunque la contestazione quale allegazione difforme⁷⁷. In tal caso, ne discenderebbe infatti, del tutto pianamente, quanto al primo interrogativo, che la contestazione incontra lo stesso limite temporale di qualunque altra allegazione; quanto poi al secondo, che, superato tale limite, e perfezionatasi dunque la non contestazione, la revoca di questa (la contestazione tardiva) sia possibile solo in presenza dei presupposti per la rimessione in termini e previa richiesta in tal senso.

Ripensando la materia, la tesi continua in effetti ad apparirmi ragionevole. Né, in contrario, riscontro argomenti, tali da indurmi a mutare orientamento⁷⁸.

Anche a prescindere da tale ricostruzione, l'idea che la contestazione debba incontrare un limite temporale mi pare comunque difficile da contestare, sia perché, in generale, apparirebbe squilibrato un processo nel quale una parte deve dire 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 in merito ad essi; sia, più in particolare, perché un siffatto assetto cozza assai manifestamente con la *ratio* di chiarezza nella strategia processuale, che, secondo l'impostazione qui adottata, impronta la

⁷⁴ Sulla necessità, per i fatti in questione, che essi siano stati allegati dalla parte oppure previamente sottoposti al contraddittorio, v. B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., § 8.

⁷⁵ § 16.

⁷⁶ V. ad esempio C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115*, cit., § 3.4; G. IANNIRUBERTO, *Il principio della non contestazione*, cit., §§ 10 ss.; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., § 11.

⁷⁷ M. FORNACIARI, *La definizione*, cit., § 16.

⁷⁸ Tale non è in particolare, a mio avviso, quello derivato da G. BALENA, in G. BALENA – R. CAPONI – A. CHIZZINI – S. MENCHINI, *La riforma*, cit., 37 s., dal trattamento di favore del quale, in quest'ottica, beneficerebbe il contumace, il quale, costituendosi tardivamente, non subirebbe, diversamente da ciò che accade normalmente, la preclusione valevole invece per le parti costituite. Non, sia chiaro, che non sia condivisibile la censura del trattamento di favore riservato al contumace. Al contrario, anche qui, fin dall'inizio (§ 9), si è senz'altro criticato, sia pure incidentalmente, la limitazione dell'operatività della non contestazione alle sole parti costituite. Proprio questo è però il punto, vale a dire che è in generale, e non solo con riferimento al problema della dimensione temporale della non contestazione, che risulta incomprensibile per quale ragione il nostro ordinamento continui ad accordare al contumace un trattamento meno rigoroso rispetto a quello riservato alla parte costituita. Quello in questione è insomma, a quanto mi pare, il classico argomento che prova troppo.

modifica dell'art. 115 cpc; sia, infine, perché esso, rappresentando un innegabile fattore di dilatazione dei tempi processuali, cozza anche contro l'imperativo del giusto processo e, segnatamente, della ragionevole durata di questo, sancito dall'art. 111 cost.

Sia questo vero o meno, un punto, in chiusura dell'analisi del presente, specifico, interrogativo, e così, più in generale, di quella della non contestazione e, più in generale ancora, del lavoro nel suo complesso, è peraltro indubitabile, e cioè che a fronte di una contestazione successiva, sia essa liberamente consentita o debba viceversa passare dalla rimessione in termini, alla controparte deve ovviamente essere consentita piena possibilità di replica, vuoi sul piano istruttorio, vuoi su quello della trattazione.