

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – BICOCCA
SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
CURRICULUM DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

**IL PRINCIPIO DELLA
SPECIFICA CONTESTAZIONE
NEL PROCESSO CIVILE**

Tutor: Chiar.ma Prof.ssa M. Cristina VANZ

Tesi di dottorato di Fabiana TAGLIALATELA
Matr. 744963

XXVI CICLO – A.A. 2013/2014

Alla mia famiglia

INDICE SOMMARIO

Introduzione 9

CAPITOLO PRIMO

L'ONERE DELLA CONTESTAZIONE SPECIFICA: DALLE ORIGINI ALLA RIFORMA DEL 2009

1. Premessa..... 19
2. La contestazione nel codice di rito del 1865 21
3. I progetti di riforma del codice di procedura civile e l'entrata in vigore del codice di rito del 1940..... 33
4. Le riforme del 1973 e del 1990..... 36
5. Gli orientamenti giurisprudenziali antecedenti alla pronuncia di Cass., Sez. Un., n. 761/2002 47
6. La fondamentale decisione delle Sezioni Unite del 23 gennaio 2002, n. 761 55
7. Le reazioni della dottrina e della giurisprudenza al *dictum* delle Sezioni Unite n. 761/2002..... 65
8. L'introduzione del rito societario e l'applicazione del meccanismo della mancata contestazione – cenni... 76
9. Le successive evoluzioni normative e l'approvazione dell'attuale art. 115 cod. proc. civ. 79

CAPITOLO SECONDO

LA RIFORMA DELL'ART. 115 COD. PROC. CIV. TRA ANTICHI DUBBI E NUOVE INCERTEZZE

| | |
|---|-----|
| 1. Premessa..... | 86 |
| 2. L'art. 115 cod. proc. civ. e il principio del giusto processo regolato dalla legge..... | 89 |
| 3. La contestazione è un'eccezione o una mera difesa? | 97 |
| 4. La scelta di collocare l'onere di contestazione nel primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ..... | 105 |
| 5. Il ruolo del giudice nella valutazione dei fatti non contestati | 115 |
| 6. I fatti oggetto di contestazione..... | 125 |
| I. Fatti relativi a diritti disponibili | 129 |
| II. Fatti conosciuti e fatti conoscibili..... | 134 |
| III. Fatti principali, fatti secondari, fatti processuali | 137 |
| IV. Fatti riguardanti contratti redatti per iscritto... | 161 |
| 7. La specificità della contestazione | 167 |
| I. I principali comportamenti comunemente tenuti in giudizio e la verifica della loro (eventuale) aderenza alla regola della specifica contestazione | 181 |
| 8. La riserva a favore delle sole parti costituite..... | 193 |
| 9. Il termine e la stabilità della contestazione..... | 219 |

CAPITOLO TERZO

LA CONTESTAZIONE NEI GIUDIZI DI IMPUGNAZIONE, NEL PROCESSO ESECUTIVO E NELLE ALTRE FATTISPECIE NORMATIVE CHE NE APPLICANO IL MECCANISMO

1. Il tempo del principio di specifica contestazione nel giudizio di appello..... 241
2. Il controllo della decisione che poggia sull'erronea applicazione del principio di specifica contestazione 258
3. La contestazione specifica nella nuova espropriazione presso terzi 292
4. Le ulteriori ipotesi normative ove si utilizza la tecnica della mancata contestazione..... 322

Considerazioni conclusive..... 349

Bibliografia generale..... 365

INTRODUZIONE

*«Ex facto oritur ius è una vecchia massima, cauta ed onesta, che impone, a chi vuole ben giudicare, di accertare prima di tutto, con fedeltà pedantesca, i fatti di cui si discute. Ma certi avvocati la intendono al rovescio: quando hanno escogitato una loro brillante teoria giuridica che si presta ai virtuosismi del facile ingegno, i fatti se li aggiustano alla lesta, secondo le esigenze della teoria; e così ex iure oritur factum» (P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, rist. 2010, p. 161)*

Il presente lavoro ha per oggetto il tema della specifica contestazione, “fenomeno” processuale di fondamentale importanza, oltre che di enorme impatto sulla cruciale fase istruttoria di ogni giudizio civile.

La trattazione che segue concernerà, quindi, il principio oggi sancito in termini generali dall’art. 115, 1° comma, cod. proc. civ., nel testo integrato dal legislatore del 2009. Tale norma, oltre a riconoscere *expressis verbis* l’esistenza nell’ordinamento processuale di un onere per le parti di contestare in modo specifico i fatti di causa allegati dagli avversari, nonché la sua potenziale applicabilità ad ogni rito civile e in ogni grado di giudizio, non contiene molti altri precetti suscettibili di fornire all’interprete una “guida” per il corretto utilizzo del meccanismo contestativo nel processo civile. Si tratta, infatti, di materia che presenta ampie zone di incertezza con apprezzabili ricadute pratiche.

Credo che l'importanza e la centralità della specifica contestazione nel novero dei comportamenti delle parti dotati di rilievo (e conseguenze) sul piano processuale dovrebbero poggiare su disposizioni normative chiare ed esaustive. All'opposto, l'art. 115, 1° comma, cod. proc. civ. è, a mio avviso, uno dei migliori prototipi di norma generica e ambigua, tale da porsi ben oltre le immaginarie "Colonne d'Ercole" dell'attività di *drafting* legislativo.

Così individuato il tema d'indagine del mio lavoro, ho subito compiuto una riflessione preliminare di natura squisitamente terminologica.

La totalità degli interpreti che si sono interessati, oggi come in passato, alla contestazione ne hanno costantemente evidenziato il particolare carattere negativo, discorrendo sempre di un «*principio di non contestazione*», focalizzando quindi l'attenzione sull'omissione del comportamento dovuto quale causa di determinati effetti sul piano processuale.

Ma, secondo la definizione contenuta nei comuni dizionari della lingua italiana, «*contestare*» significa letteralmente «*negare la verità o la legittimità di qualcosa*» ⁽¹⁾. In effetti, si tratta di una semplicissima e intuitiva regola di condotta umana, prima ancora che processuale. La *contestazione* si traduce, dunque, in un'attività *positiva*: il soggetto che voglia «*negare la verità*» di un determinato fatto è tenuto a manifestare tangibilmente, in qualche modo, tale volontà.

Per questa ragione, ritengo che riferirsi alla contestazione dei fatti avversari in termini negativi sia lessicalmente inesatto, oltre che incoerente con l'essenza propria del contestare. Ritengo, invece, maggiormente

⁽¹⁾ La definizione è tratta dal Dizionario fondamentale della lingua italiana, G. Devoto – G. C. Oli, Firenze, 2001.

corretto riferirsi al principio oggetto del presente studio in termini positivi, ragion per cui denominerò lo stesso con espressioni quali «*onere della specifica contestazione*», ovvero «*principio della specifica contestazione*», o altre a queste ultime equivalenti, riducendo al minimo indispensabile l'espressione «*principio di non contestazione*» utilizzata invece da pressoché tutti gli studiosi che si sono interessati al tema.

Ciò precisato, e tornando al cuore dell'argomento di tesi, segnalo che lo studio svolto è stato determinato dall'obiettivo di delineare l'attuale configurazione del principio della specifica contestazione, o meglio dell'onere incombente sulle parti costituite di difendersi in giudizio attraverso una contestazione dettagliata e, appunto, specifica sulle deduzioni in fatto effettuate dalle altre parti processuali.

Nel tentativo di reperire gli strumenti idonei ad arricchire il contenuto assai scarno della disposizione normativa di cui all'art. 115 cod. proc. civ., ho dapprima preso in considerazione la genesi dell'onere di contestazione, verificando che sebbene esso sia stato enunciato *expressis verbis* per la prima volta nel 2002 dai giudici di legittimità e riconosciuto negli anni Settanta a livello normativo per il solo rito del lavoro (art. 416 cod. proc. civ.), in verità affonda le sue radici in ben più antiche riflessioni dottrinali che individuavano il legame fra la contestazione e il processo civile talvolta nel principio dispositivo probatorio, talaltra nel principio dispositivo sostanziale. Esso, invero, è il frutto di un'evoluzione lunga e alquanto tormentata.

La diatriba sul fondamento dell'onere di contestazione può dirsi proseguita praticamente senza soluzione di continuità sino al 2009, allorché è avvenuta l'affermazione generale e in via legislativa del principio in

parola mediante l'integrazione nel primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ. dell'inciso «*nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*». I contrasti non sono terminati, però, neppure a seguito della modifica appena richiamata; anzi quest'ultima ha funto quasi da pungolo alla reviviscenza di vecchie teorie e nuovi dubbi ermeneutici che ancora oggi non possono dirsi del tutto sopiti.

Effettivamente, le variegata e mutevoli posizioni assunte dalla dottrina nel corso degli anni precedenti alla riforma del 2009 (e anche successivamente a questa) non hanno affatto agevolato la formazione di un principio di natura processuale che potesse considerarsi univocamente riconosciuto e uniformemente applicato. Anzi, le contrapposte e spesso incomunicabili posizioni assunte dagli studiosi e dalla giurisprudenza hanno creato tale e tanta confusione che colui il quale oggi, così come ieri, si trova a dover, o voler, fare pratica applicazione della tecnica della specifica contestazione, viene travolto da così tanti dubbi che, se può, evita di farvi ricorso. Come biasimare, d'altronde, un atteggiamento “conservativo” dinanzi a una figura dai confini incerti e dagli effetti imperscrutabili.

Il legislatore avrebbe ben potuto, intervenendo sul tema come ha fatto, cogliere l'occasione per porre fine agli interminabili contrasti e alle accese dispute registratisi sino al 2009, disciplinando in termini positivi – prime fra tutte – le concrete modalità attraverso le quali l'onere contestativo possa essere efficacemente assolto. Occasione invece mancata: la norma, infatti, si preoccupa di regolare soltanto alcuni aspetti che, benché di notevole importanza, sono lungi dal completare l'intera gamma delle precisazioni che sarebbero (state) necessarie ai predetti fini, oltre che assai utili e (credo) apprezzate. Difatti, l'art.

115, 1° comma, cod. proc. civ. stabilisce soltanto che il principio della contestazione specifica debba applicarsi alle parti costituite e che debba riguardare i «*fatti*», così da porre fine a ogni discussione sugli interrogativi riguardanti, da un lato, l'eventuale applicabilità della contestazione alla parte rimasta contumace e, dall'altro, il "peso" dell'attività contestativa sulle questioni giuridiche rilevanti per il caso concreto, in ossequio al fondamentale principio *iura novit curia*.

Altra precisazione fornita dalla norma riguarda il carattere *specifico* della contestazione. Ma, come si vedrà nel corso della trattazione, l'effetto che ne è derivato è ben lontano dall'eliminazione dei dubbi interpretativi che già da lungo tempo animavano la dottrina su questo particolare tema. Infatti, oltre a poter dedurre dalla norma *de qua* (ma grazie alle regole della logica e non a quelle giuridiche) che la contestazione generica equivale a mancata contestazione, nulla si dice in ordine al grado di specificità richiesto, né ci si preoccupa di indicare le modalità tecnico-pratiche necessarie affinché la contestazione possa considerarsi effettivamente specifica. Ciò porta con sé anche l'interrogativo se una contestazione c.d. implicita possa considerarsi specifica ovvero generica. E il problema non è di poco momento, atteso che nella pratica si verifica ben spesso che una parte contesti le allegazioni avversarie mediante la narrazione di fatti ulteriori e diversi da (e quindi incompatibili con) quelli oggetto dell'altrui enunciazione; fatti che, pertanto, a prima impressione sembrerebbero del tutto "slegati" da quelli allegati dall'avversario, ma che ad un più attento esame dovrebbero essere considerati una negazione (implicita)

dei fatti della controparte ⁽²⁾. Questo atteggiamento, che secondo me è del tutto ammissibile in quanto potrebbe rientrare anche nella legittima strategia difensiva della parte, potrebbe però esser mal interpretato, magari da un giudice superficiale o da una controparte furba o sleale, così da ingenerare la convinzione che il soggetto sul quale gravava l'onere di contestare non lo abbia in verità adempiuto e, quindi, i fatti affermati dalla prima sono idonei – ove non altrimenti smentiti – ad essere posti a fondamento della decisione del merito.

Come se ciò non bastasse, la norma lascia senza risposta due fondamentali dubbi interpretativi sollevati in tema di specifica contestazione: l'eventuale termine decadenziale previsto per un efficace assolvimento dell'onere di cui all'art. 115, 1° comma, cod. proc. civ. e il problema della reversibilità o irreversibilità della mancata (tempestiva) contestazione.

Quanto alla questione del termine per una valida ed efficace contestazione si vedrà che, allo stato, le posizioni degli interpreti sono tali e tante che non risulta possibile individuare anche solo la prevalenza di una tesi rispetto alle altre. Difatti, in mancanza di ogni riferimento

⁽²⁾ Ciò riporta alla mente uno dei numerosissimi, fondamentali, insegnamenti di Piero Calamandrei (*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, rist. 2010, p. 123): «*la difesa di ogni avvocato è costituita da un sistema di pieni e di vuoti: fatti messi in rilievo perché favorevoli, fatti lasciati nell'ombra perché contrari alla tesi defensionale. Ma, sovrapponendo le argomentazioni dei due contraddittori e facendole combaciare, si vede che ai vuoti dell'una corrispondono esattamente i pieni dell'altra. Il giudice così, servendosi di una difesa per colmare le lacune di quella contraria, arriva facilmente, come in certi giuochi di pazienza, a vedere innanzi a sé tutta ricomposta, pezzetto per pezzetto, la scacchiera della verità*».

normativo, le opinioni sono le più disparate: c'è chi ritiene che una valida contestazione possa avvenire non oltre «*la prima occasione utile*» e, dunque, immediatamente dopo l'allegazione del fatto che si intende smentire; c'è, poi, chi sostiene che la contestazione possa effettuarsi efficacemente anche nella c.d. appendice scritta della prima udienza, ma all'interno di questo filone (che forse, sì, può dirsi maggioritario) non vi è per nulla concordia in dottrina circa lo specifico termine, essendo secondo alcuni quello di cui all'art. 183, 6° comma, n. 1, cod. proc. civ., secondo altri, invece, quello di cui al numero 2 della medesima norma e secondo altri ancora quello *ex art.* 183, 6° comma, n. 3, cod. proc. civ. Neppure la giurisprudenza è riuscita fino ad oggi a individuare una soluzione univoca al problema, con un evidente pregiudizio per la certezza del diritto e l'uniformità della giustizia.

Quanto alla possibilità di contestare un fatto avversario successivamente all'intervenuta decadenza per l'assolvimento del relativo onere, anche qui vedremo che si è attualmente parecchio lontani dal raggiungere una lettura univoca della norma (anche perché la disposizione normativa in esame – ancora una volta – nulla riferisce al riguardo).

All'analisi di tutti i temi ora richiamati seguirà, poi, lo studio delle implicazioni del principio della specifica contestazione nei gradi di giudizio successivi al primo e nel processo esecutivo presso terzi, per chiudere infine il lavoro con l'enumerazione delle fattispecie normative che fondano la propria operatività su meccanismi del tutto assimilabili a quello della specifica contestazione di cui all'art. 115, 1° comma, cod. proc. civ.

In questa sede mi limito ad anticipare che le recenti modifiche normative concernenti le impugnazioni civili sono idonee ad avere un impatto, anche sensibile e non

necessariamente solo indiretto, sulla regola della specifica contestazione, in quanto si assiste, da un lato, alla delimitazione sempre più marcata delle possibilità di accesso alle corti superiori per dolersi dell'erronea applicazione di norme processuali e, dall'altro, alla progressiva scomparsa della motivazione delle decisioni giurisdizionali. In particolare, le proposte di riforma del processo civile contenute nel collegato alla legge di stabilità per il 2014 contemplano, *inter alia* l'eliminazione della necessità per i giudici di stilare la motivazione delle proprie decisioni, se non a seguito di apposita richiesta delle parti dietro pagamento di un importo non ben definito in favore delle casse statali.

Peraltro, nonostante l'inidoneità della norma di cui all'art. 115 cod. proc. civ. a disciplinare il fenomeno della contestazione nell'ambito del processo ordinario di cognizione, lo stesso "modello" della contestazione specifica è stato utilizzato dal legislatore dapprima nel 2010 mediante la previsione del medesimo principio nell'ambito del processo amministrativo (art. 64 del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104) e poi, ancora, nel 2012 per disciplinare il momento perfezionativo della procedura di esecuzione presso terzi (artt. 548 e 549 cod. proc. civ.).

Infine, come anticipato, si darà un quadro di sintesi delle singole ipotesi normative nelle quali si rinviene l'utilizzo del meccanismo della mancata contestazione con finalità acceleratorie o semplificatorie di volta in volta predeterminate dal legislatore. Ciò, al fine di dimostrare che vi sono numerosi esempi ai quali il legislatore del 2009 avrebbe potuto ispirarsi per la modifica operata sul primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ., soprattutto allo scopo di contestualizzare, comprendere o quanto meno provare a tratteggiare le problematiche che attualmente affollano il piano applicativo della "nuova" regola

contestativa, gettando anche uno sguardo alle ripercussioni che l'enunciazione del principio della specifica contestazione in termini generali e astratti avrebbe avuto di lì a poco sull'ordinamento processuale vigente e sulla pratica che di tale principio quotidianamente si fa nelle aule di Giustizia.

CAPITOLO PRIMO

L'ONERE DELLA CONTESTAZIONE SPECIFICA: DALLE ORIGINI ALLA RIFORMA DEL 2009

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La contestazione nel codice di rito del 1865 - 3. I progetti di riforma del codice di procedura civile e l'entrata in vigore del codice di rito del 1940 - 4. Le riforme del 1973 e del 1990 - 5. Gli orientamenti giurisprudenziali antecedenti alla pronuncia di Cass., Sez. Un., n. 761/2002 - 6. La fondamentale decisione delle Sezioni Unite del 23 gennaio 2002, n. 761 - 7. Le reazioni della dottrina e della giurisprudenza al *dictum* delle Sezioni Unite n. 761/2002 - 8. L'introduzione del rito societario e l'applicazione del meccanismo della mancata contestazione – cenni - 9. Le successive evoluzioni normative e l'approvazione dell'attuale art. 115 cod. proc. civ.

1. Premessa

È indubbio che nell'attuale ordinamento processuale esista e sia disciplinato un generale principio di specifica contestazione dei fatti, tanto che ogni contraria argomentazione risulterebbe palesemente fuor di ragione.

Infatti, l'art. 115, 1° comma, cod. proc. civ., nel testo riformato dalla Legge 18 giugno 2009 n. 69, dispone espressamente che la decisione della controversia debba fondarsi sia sulle prove raccolte nel corso del giudizio, sia sui fatti «*non specificatamente contestati dalla parte costituita*».

Tralasciando per il momento i numerosi interrogativi che la norma *de qua* ha suscitato negli interpreti, è appena il caso di osservare che il dato letterale, quanto mai scarno, lascia intravedere un atteggiamento del legislatore meramente ricognitivo. Sembra, cioè, che nel 2009 si sia voluto semplicemente attribuire dignità normativa a un principio ben noto agli operatori e già da tempo aduso nella prassi giudiziaria. È forse per tale ragione che non si sono spese parole in ordine ad altri, numerosi quanto fondamentali, aspetti che interessano il contegno processuale delle parti e che rilevano principalmente sul piano della sua applicazione pratica.

In effetti, si ritiene comunemente che la modifica apportata al testo dell'art. 115 cod. proc. civ. costituisca la trasposizione a livello normativo del c.d. “principio di non contestazione”, da lungo tempo riconosciuto dalla giurisprudenza e applicato (forse con maggior consapevolezza) a partire dal fondamentale arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione intervenuto nell'anno 2002 ⁽³⁾.

⁽³⁾ Mi riferisco alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 761 in data 23 gennaio 2002, il cui testo è pubblicato in *Foro it.*, 2002, I, p. 2017, con nota di C. M. CEA, *Il principio della non contestazione al vaglio delle sezioni unite*; in *Foro it.*, 2003, I, p. 604, con nota di A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*; in *Giust. civ.*, 2002, I, pp. 1245 e 1909, con nota di M. CATTANI, *Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi*

In verità, è da tempi ancor più risalenti che è attribuita rilevanza, sul piano processuale, al silenzio serbato dalla parte costituita sui fatti affermati dall'avversario, benché mai vi sia stato consenso circa il fondamento, gli effetti e le conseguenze di tale forma di inattività delle parti.

Ed è proprio all'esame delle variegate posizioni assunte dai principali esponenti della dottrina sino all'intervento riformatore del 2009 che è dedicato il presente capitolo.

2. La contestazione nel codice di rito del 1865

Nelle legislazioni processuali più antiche era previsto un vero e proprio dovere per il convenuto di comparire in giudizio e prendere posizione sulle circostanze di fatto affermate dalla controparte e, parallelamente, un sistema sanzionatorio più o meno articolato che veniva reso operante in caso di violazione del dovere suddetto ⁽⁴⁾.

relativi alle spettanze richieste dal lavoratore; in Corr. Giur., 2003, p. 1335, con nota di M. FABIANI, Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato; in Dir. lav., 2003, II, p. 131, con nota di M. BRIZZI, Il principio di non contestazione nel processo del lavoro.

⁽⁴⁾ Si pensi al processo romano classico, ove la formulazione solenne da parte del convenuto della *litis contestatio* aveva la funzione di determinare l'esistenza della controversia e di avviare la funzione giudiziale sino alla pronuncia della decisione nel merito. Si rileva, al riguardo, che le parti erano «*costrette a seguire un ordine di trattazione della loro causa legalmente prestabilito*» in virtù del quale la controversia non avrebbe potuto essere discussa, né portata alla cognizione del giudice «*se prima,*

mediante la contestazione, non fosse stata esattamente determinata nei suoi elementi costitutivi» (cfr. A. CASTELLARI, *Volontà ed attività nel rapporto processuale civile*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1927, p. 351).

L'attività richiesta al convenuto era, dunque, di fondamentale importanza per soddisfare la domanda di tutela dell'attore; per tale ragione, l'atteggiamento omissivo del convenuto (c.d. *indefensio*) era sanzionato in vario modo, mediante il passaggio di proprietà del bene in contesa in favore dell'attore (per le azioni reali), ovvero la possibilità per l'attore medesimo di avviare immediatamente l'esecuzione (per le azioni non reali).

Successivamente, e in particolar modo con il processo giustiniano, al convenuto era richiesto soltanto di comparire in giudizio, ma il comportamento da questi assunto in corso di causa non era più rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto della lite e dell'emanazione di una *decisio*. Pertanto, la *litis contestatio* divenne null'altro che un atto attraverso il quale le parti esponevano al giudice i loro contrastanti punti di vista sui fatti di causa.

Al contrario, la successiva legislazione germanica, sulla falsariga del processo romano formulare, sanzionava la mancata contestazione del convenuto, il quale aveva l'onere non solo di costituirsi in giudizio, ma anche di contestare i fatti costitutivi esposti dall'attore. In mancanza, detti fatti sarebbero stati considerati espressamente riconosciuti. Dunque, il convenuto costituito ma "inattivo" subiva le medesime conseguenze del convenuto che, parimenti costituitosi, riconosceva espressamente la fondatezza della domanda avversaria. La conseguenza era, pertanto, la soccombenza nel merito della controversia.

Un parziale cambiamento di rotta si ebbe con il processo romano-canonico ove, benché restò in vita l'onere per il convenuto di comparire in giudizio e contestare i fatti avversari, si eliminò l'equiparazione del silenzio all'implicita ammissione dei fatti controversi, così da lasciare intatto per la parte attrice l'onere di provare i fatti sui quali era basata la pretesa azionata in giudizio.

Con l'avvento degli statuti medievali la legislazione processuale, con particolare riferimento al comportamento della parte chiamata

Tale impianto normativo si giustificava sulla considerazione che la parte processuale che ometteva di contestare le circostanze indicate dal proprio avversario manifestasse, in tal modo, un chiaro disinteresse a ottenere una decisione nel merito della controversia, ovvero mostrasse, attraverso la propria inattività, di non possedere argomenti sufficienti o convincenti al fine di contrastare la ricostruzione dei fatti offerta *ex adverso*.

Successivamente, nei sistemi di derivazione romanistica si verificò un progressivo abbandono del disvalore che connotava originariamente l'atteggiamento inattivo della parte, e ciò avvenne in parallelo con la progressiva eliminazione del dovere per il convenuto di costituirsi in giudizio e prendere espressamente posizione sui fatti allegati dalla controparte.

in causa, assunse connotazioni diverse da statuto a statuto, a seconda dell'influenza predominante su ciascuno di essi, rispettivamente, del modello germanico ovvero di quello romano-canonico. Vi furono, così, statuti che abbandonarono del tutto il sistema sanzionatorio nei confronti del convenuto che omettesse di contestare le allegazioni avversarie. Anzi, essi adottarono la soluzione della *ficta litis contestatio*: i fatti oggetto di causa erano da considerarsi sempre controversi fra le parti e, quindi, bisognosi di essere provati, ogni volta che il convenuto si costituisse in giudizio e non contestasse alcunché. Altri statuti adottarono invece la soluzione inversa, ritenendo che l'atteggiamento non contestativo del convenuto dovesse configurarsi non già come *ficta litis contestatio*, bensì come *ficta confessio* dei fatti allegati dall'avversario, con la conseguente soccombenza nel merito della parte che non si fosse attivata per evitare le conseguenze sfavorevoli della sentenza.

Per un'analisi ampia e approfondita dell'evoluzione storica del fenomeno della contestazione, si veda per tutti A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, pp. 17 ss.

Diversamente, nei sistemi di derivazione germanica venne mantenuta la necessità per il convenuto di costituirsi e di prendere posizione punto per punto sulle allegazioni avversarie; in mancanza, i fatti non contestati si consideravano ammessi e, per l'effetto, non bisognosi di prova.

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, la legislazione piemontese del XVIII secolo e le codificazioni del successivo XIX secolo contenevano disposizioni di chiara derivazione romanistica. Infatti, si prevede la regola della *ficta litis contestatio* e dell'irrilevanza probatoria della mancata contestazione dei fatti, con il conseguente mantenimento della regola generale dell'onere della prova gravante in capo al soggetto che allegava in giudizio fatti, benché questi ultimi non fossero stati contestati.

Tale sistema fu trasfuso nel codice di procedura civile del 1865, ove, appunto, non si prevedeva espressamente alcun onere di contestazione dei fatti allegati dalle altre parti processuali, né si considerava il silenzio o la reticenza quale tacita ammissione delle circostanze di fatto affermate dall'avversario a fondamento della propria domanda.

L'effetto di *ficta confessio* conseguente alla mancata contestazione si verificava soltanto in via residuale, e cioè nelle sole ipotesi espressamente disciplinate dal legislatore⁽⁵⁾. Fuor di dette previsioni normative, il comportamento omissivo della parte processuale non aveva alcun riverbero sul piano probatorio.

⁽⁵⁾ Le ipotesi espressamente tipizzate di applicazione del meccanismo della *ficta confessio* erano all'epoca soltanto due: la mancata risposta della parte alle domande rivolte in sede di interrogatorio formale (art. 218) e la mancata contestazione della scrittura privata prodotta in giudizio da parte del soggetto contro il quale la scrittura medesima era introdotta in causa (art. 283).

In un sistema processuale di tal fatta, in adesione all'impostazione liberale del codice di rito, la dottrina prevalente ritenne di esaltare il principio dispositivo, da un lato, e il concetto di autoresponsabilità delle parti processuali, dall'altro ⁽⁶⁾.

Quanto al principio dispositivo, esso era inteso, sul piano sostanziale, come il potere di ogni soggetto di disporre liberamente dei propri diritti; ciò aveva un immediato riflesso sul piano processuale, poiché proprio tale libertà si traduceva in giudizio nel potere delle parti di determinare sia i fatti oggetto del giudizio che le prove intese a formare il convincimento del giudice in ordine alla verità dei fatti affermati ⁽⁷⁾.

L'adesione al principio dispositivo processuale - quale riflesso del principio dispositivo sostanziale - comportava, da un lato, che soltanto alle parti era riservato il potere di introdurre i fatti in giudizio, stabilendo, così,

⁽⁶⁾ Si vedrà nel prosieguo del presente capitolo che la valorizzazione del principio dispositivo sul piano processuale verrà effettuata anche in tempi più recenti, con la riforma del codice di rito intervenuta nel 1990. Addirittura, la concezione del potere di allegazione e prova quale riflesso del principio di disponibilità del diritto sostanziale costituirà il presupposto argomentativo della decisione delle Sezioni Unite della Cassazione n. 761/2002.

Analogamente, il principio di autoresponsabilità sarà posto alla base di un diverso filone interpretativo, secondo il quale la mancata contestazione costituisce una mera "tecnica" di semplificazione processuale. Per tutti questi rilievi si veda *infra* nel testo.

⁽⁷⁾ Così, A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione ... cit.*, p. 118, il quale efficacemente sintetizza il concetto esposto nel testo nei seguenti termini: «*poiché la gestione del diritto sostanziale disponibile è lasciata alla libera volontà dei privati, anche nel processo in cui si discute di quel diritto deve essere lasciata alla sola volontà delle parti la decisione se e su cosa litigare*».

quali fossero quelli rilevanti per la decisione della causa e, dall'altro, che era escluso qualunque intervento giudiziale sulla determinazione del materiale fattuale e, quindi, probatorio (⁸).

Accanto al principio dispositivo assunse grande importanza il concetto di autoresponsabilità delle parti (⁹) quale presupposto e, al contempo, conseguenza proprio del principio dispositivo sostanziale: se le parti e soltanto esse avevano il potere di "scegliere" la base fattuale della controversia, su di esse gravava anche la responsabilità derivante dall'esercizio di detto potere. Pertanto, il comportamento assunto in sede giudiziale aveva inevitabilmente riflesso sulla decisione emanata dal giudice.

Dalla combinazione del principio dispositivo e di quello di autoresponsabilità era possibile giungere alla conclusione che il consenso delle parti circa l'esistenza di un fatto (per effetto, cioè, della confessione di una parte in ordine alla verità dei fatti affermati dall'avversario) era da considerarsi un atto volontario di esclusione della necessità di provare quel fatto. L'irrilevanza di accertare la verità

(⁸) In questo modo, tuttavia, risulta evidente che la ricerca della verità storica non poteva considerarsi lo scopo primario del processo sui diritti disponibili. Infatti, non essendo consentito al giudice di "intromettersi" nella determinazione dei fatti e delle prove scelti dalle parti, egli era tenuto a decidere la controversia considerando l'esistenza di un fatto solo perché affermato concordemente dalle parti ovvero da queste concordemente taciuto e, così, giungere alla soluzione del caso concreto sulla base di una verità che ben avrebbe potuto essere diversa da quella fattuale.

(⁹) A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione ... cit.*, p. 121 definisce l'autoresponsabilità come «*l'incidenza delle conseguenze processuali sfavorevoli sulla parte che non ha esercitato i propri poteri nei modi e dei termini prescritti dal legislatore*».

della circostanza confessata, poi, portava con sé che il fatto medesimo andava posto alla base della decisione così come allegato, vincolando il giudice ad assumerlo come realmente accaduto ⁽¹⁰⁾.

Ma, qualora la parte processuale non avesse chiaramente manifestato la sua posizione sui fatti allegati *ex adverso*, lasciando incerta la verità del fatto affermato dall'avversario, non era possibile espungere per ciò solo quel fatto dalle verifiche probatorie; restava, pertanto, invariato il generale principio dell'onere della prova ⁽¹¹⁾.

La irrilevanza sul piano probatorio della mancata contestazione dei fatti venne condivisa e valorizzata da alcuni esponenti della dottrina ⁽¹²⁾, secondo i quali, non

⁽¹⁰⁾ A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione ... cit.*, p. 121, nt. 285, riferisce che si tratta di una considerazione pacifica e, all'uopo, richiama gli studi, in particolare, di F. CARNELUTTI, *La prova civile, Parte generale*, Milano, rist. 1992 e di P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, Padova, 1939.

⁽¹¹⁾ Per una disamina approfondita del cruciale tema dell'onere della prova si vedano, fra i tanti, i fondamentali scritti di G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, rist. 1966; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, pp. 112 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, pt. V, p. 82; M. TARUFFO, voce «Onere della prova», in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, pp. 72 ss.; S. PATTI, *Prove: disposizioni generali (artt. 2697-2698)*, in *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna, 1987, p. 78; più di recente, ID., *Le prove – Parte generale*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2010, pp. 47 ss.; L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, pp. 293 ss.

⁽¹²⁾ Ci si riferisce, in particolare, alle posizioni di Antonio Castellari e di Giuseppe Chiovenda.

Quanto al Castellari (*Volontà ed attività ... cit.*, p. 345), egli sostenne che l'allegazione di un fatto generava di per sé solo la necessità di verificarne l'esistenza e la verità, indipendentemente dal contegno tenuto dalla controparte processuale («l'obbligo di

esistendo nell'impianto normativo allora vigente un generale onere di prendere posizione sui fatti affermati dall'avversario, ma soltanto delle specifiche disposizioni normative che espressamente equiparavano il silenzio all'ammissione dei fatti sui quali esso verteva, la mancata contestazione non poteva considerarsi una violazione di alcun precetto normativo.

E, dunque, il fatto «*controverso*», perché non ammesso né negato, cioè taciuto, doveva essere sottoposto a indagine probatoria, al pari del fatto contestato perché negato ⁽¹³⁾.

prova deriva dal fatto proprio di colui che invoca in suo favore determinati fatti, non già dal fatto dell'altro che sia insorto ad impugnarli»).

Ciò, principalmente, in considerazione del fatto che, secondo l'Autore, «*il non contestare di per sé è gesto ambiguo; perché può essere interpretato egualmente, o come un tacito voler ammettere, appunto perché non è un espresso voler contrastare, oppure viceversa come un tacito volere contrastare, appunto perché non è un espresso volere ammettere*» (cfr. A. CASTELLARI, *Volontà ed attività ... cit.*, p. 354).

Pertanto, l'inattività di una parte era un comportamento "neutro", lecito e non sanzionabile con la generalizzata equiparazione del silenzio sui fatti alla loro ammissione; previsione, quest'ultima, che peraltro mancava nel codice di rito del 1865.

Anche Chiovenda (*Principi di diritto processuale civile – Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, rist., 1965) ritenne che la mancata contestazione non dovesse essere soggetta a sanzioni di alcun tipo, mancando una norma *ad hoc*. L'Autore, tuttavia, sviluppò maggiormente le proprie argomentazioni sino a teorizzare che si sarebbe potuti giungere alla soluzione opposta rispetto a quella cui era giunto il legislatore del 1865 mediante l'applicazione del principio di preclusione. Al riguardo, si veda *infra*, nel testo.

⁽¹³⁾ F. CARNELUTTI, *La prova civile – Parte generale*, Milano, rist. 1992, p. 25, definisce nei seguenti termini i fatti controversi: «*tra i fatti non affermati da alcuna delle parti, che non esistono per il*

La mancanza di conseguenze negative sul piano probatorio del comportamento inattivo della parte costituita era, secondo alcuni, determinata da una scelta di politica legislativa: a differenza di ordinamenti di derivazione germanica, il legislatore italiano aveva previsto l'applicazione del meccanismo della *ficta confessio* solo nelle ipotesi espressamente tipizzate e, oltre a ciò, non aveva previsto un generale onere di prendere posizione a carico del convenuto ⁽¹⁴⁾. In tale situazione, non poteva farsi ricorso al meccanismo della contestazione

giudice, e i fatti affermati da tutte le parti, che esistono senz'altro per lui, sta la zona neutra dei fatti affermati da una o alcuna delle parti soltanto, cioè dei fatti affermati ma non ammessi, i quali possono esistere o non esistere. Sono i c.d. fatti controversi, i quali soltanto costituiscono, di regola, materia della prova. Qui il giudice si trova di fronte all'affermazione di una parte e alla negazione di un'altra, vale a dire alla contestazione di un fatto».

⁽¹⁴⁾ E' stato rilevato, infatti, che il diritto moderno può solo permettere che, in contumacia di una parte, si abbiano per ammessi i fatti esposti dall'avversario, salvo poi assumerli o meno a fondamento della decisione giudiziale. Nel nostro ordinamento non si rinviene una norma di tal fatta, «*se non nel caso che vi sia stato un formale interrogatorio (...). Ma se storicamente questa norma (comune del resto al convenuto e allo attore) è sorta come misura coercitiva, oggi essa ha cambiato affatto significato, e si spiega invece a questo modo. Lo Stato tende alla definizione della lite per la via più rapida e col minimo possibile impiego di attività processuale. Ciò non può impedirgli di garantire alle parti la massima libertà di difesa: ma quando la parte non fa uso del suo diritto di difesa, lo Stato preferisce che i fatti dichiarati dall'attore siano senz'altro considerati come ammessi, anziché affrontare la serie d'attività necessarie per la loro prova. Ma ciò non fa per punire il contumace né per costringerlo a comparire o a rispondere: ma col solo scopo di liberare nel modo più sollecito sé stesso e la società dalla lite pendente».* In questi termini, G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile ... cit.*, p. 743.

per espungere un fatto dal novero di quelli bisognosi di prova.

Al riguardo, Chiovenda ebbe modo di chiarire che una simile disposizione avrebbe trovato ragion d'essere solo se accompagnata dalla previsione del fondamentale principio di preclusione che «*consiste in ciò, che in seguito al compimento di dati termini è precluso alla parte il diritto di compiere altri atti processuali determinati*»⁽¹⁵⁾.

In applicazione di detto principio, il fatto non contestato diverrebbe pacifico – e, quindi, non necessiterebbe di essere provato – nel momento in cui la parte lasci spirare il termine previsto per esercitare detto potere.

Tuttavia, tale soluzione non era sostenibile sotto la vigenza del codice del 1865, proprio in quanto non esisteva ancora il principio di preclusione e le uniche ipotesi in cui la mancata contestazione aveva effetti rilevanti sul piano probatorio, come detto, riguardavano il comportamento assunto dalla parte qualora quest'ultima fosse stata sottoposta ad interrogatorio formale, ovvero qualora le fosse stato richiesto di riconoscere la scrittura privata prodotta in giudizio dalla controparte.

In ogni caso, secondo Chiovenda, l'applicazione del principio di preclusione avrebbe comportato che al mancato esercizio del diritto sarebbe conseguita la perdita

⁽¹⁵⁾ L'insegnamento chiovendiano in materia di preclusioni è ricordato nitidamente da A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione ...* cit., p. 142, nt. 337, ove sono richiamati diversi studi di Chiovenda in argomento. Si veda, ad esempio, G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, rist. 1993, p. 231.

Si vedrà nel prosieguo del presente studio che il principio di preclusione è di fondamentale importanza per la configurazione attuale del principio della specifica contestazione.

del diritto medesimo, ma non conseguenze ulteriori – come l'equiparazione del fatto non contestato al fatto ammesso – che si verificavano solo ove espressamente disposto in tal senso dal codice di rito.

Dunque, concludendo sul punto, posto che il legislatore del 1865 non aveva previsto uno specifico onere di contestazione entro un dato termine preclusivo, la mancata contestazione era qualificabile come una semplice inattività della parte, non sanzionabile con il meccanismo della *ficta confessio*.

In netto contrasto con i sostenitori dell'irrelevanza probatoria della mancata contestazione dei fatti vi furono, però, alcuni esponenti della dottrina ⁽¹⁶⁾ che, facendo leva

⁽¹⁶⁾ Ci si riferisce, in particolare, alle posizioni di Lodovico Mortara e di Carlo Furno.

Quanto al Mortara, egli criticò apertamente l'impostazione del codice di rito del 1865, mostrandosi favorevole all'applicazione generalizzata del meccanismo della *ficta confessio* in caso di mancata contestazione, e ciò sulla base di ragioni di natura logica: un soggetto convenuto in giudizio ha tutto l'interesse a reagire alla domanda rivolta nei suoi confronti e, quindi, un atteggiamento omissivo o silente può ragionevolmente ritenersi sintomatico della volontà di quel soggetto di ammettere i fatti affermati dalla controparte processuale (cfr. L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura civile*, III, Milano, 1910, p. 567).

Analogamente, Carlo Furno, ritenne che la figura dell'ammissione, lungi dall'essere limitata alle sole fattispecie dell'interrogatorio formale e della scrittura privata, dovesse ritenersi comprensiva anche del fenomeno della mancata contestazione. Secondo l'Autore, infatti, l'ammissione poteva dirsi verificata «ogni qualvolta una affermazione di fatto, posta da una delle parti a proprio vantaggio, non sia esplicitamente o implicitamente negata (contestata) dall'avversario cui nuoce; o sia addirittura riconosciuta espressamente dal semplice procuratore ad lites di costui» (cfr. C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*,

sul principio di autoresponsabilità delle parti nel processo, sostennero che il comportamento omissivo di queste ultime dovesse avere, quantomeno, un “peso” a livello probatorio, con la conseguenza che il fatto non contestato avrebbe dovuto essere considerato una prova liberamente valutabile dal giudice.

Alcuni di detti Autori, infatti, criticarono l’impianto del codice di rito del 1865 sulla considerazione che le norme processuali avrebbero dovuto favorire una *«trattazione leale, semplice e sollecita della controversia»* ⁽¹⁷⁾; dunque, occorreva effettuare un diverso percorso argomentativo, basato sulla logica, per giungere alla generale applicazione del meccanismo della specifica contestazione. Ciò, secondo Mortara, sul rilievo che *«dinanzi al magistrato non si va per tacere ma bensì per parlare, per far conoscere le proprie ragioni e i torti dell’avversario con dichiarazioni precise, positive e pertinenti alla lite»* ⁽¹⁸⁾.

Per tale ragione avrebbe dovuto logicamente ritenersi che un soggetto convenuto in giudizio avesse tutto l’interesse a reagire alla domanda rivolta nei suoi confronti; di conseguenza, un atteggiamento omissivo o silente avrebbe potuto ragionevolmente ritenersi sintomatico della volontà di quel soggetto di ammettere i fatti affermati dalla controparte processuale. In tali situazioni, allora, *«sarebbe [stato] irragionevole ed ingiusto»* ritenere non provato il fatto non contestato; al

Padova, 1940, p. 82). Detta concezione aveva quale immediata conseguenza la valorizzazione, sul piano probatorio, del comportamento inerte della parte che non aveva negato l’esistenza o la verità dei fatti affermati dal proprio avversario.

⁽¹⁷⁾ L. MORTARA, *Commentario ... cit.*, p. 568.

⁽¹⁸⁾ Così, ancora, L. MORTARA, *Commentario ... cit.*, sempre a p. 568.

contrario «*la prova esiste, appunto perché la mancanza di contestazione fra le parti si manifesta in tal forma da includere riconoscimento del fatto che deve essere tema del giudizio*»⁽¹⁹⁾, con ciò attribuendo al fatto non contestato il valore di prova liberamente valutabile.

3. *I progetti di riforma del codice di procedura civile e l'entrata in vigore del codice di rito del 1940*

Fino all'approvazione del codice di procedura civile del 1940 furono predisposti numerosi progetti di riforma del processo civile tendenti, per quanto qui di interesse, a valorizzare il principio della specifica contestazione attraverso previsioni più o meno esplicite dell'onere di prendere posizione sui fatti affermati dalla controparte processuale⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Così sempre L. MORTARA, *Commentario ... cit.*, p. 541.

⁽²⁰⁾ Si pensi, ad esempio, al progetto redatto da Giuseppe Chiovenda nel 1920 (in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, II, Milano, rist. 1993, pp. 64 e 121) nel quale, all'art 20, "Diritti e doveri delle parti", si stabiliva che «*la parte deve, nella prima occasione che avrà per farlo, dichiarare se i singoli fatti esposti dall'avversario siano secondo la sua convinzione conformi al vero. Riguardo ai fatti che non le sono proprii, o che essa non ha personalmente osservato, la parte può limitarsi a dichiarare di non sapere se siano veri: questa dichiarazione vale contestazione. In caso di silenzio l'autorità giudiziaria deciderà secondo le circostanze del caso e secondo il contegno della parte se i fatti affermati dall'avversario debbano aversi come ammessi*».

Al successivo art. 21, rubricato "Mancata risposta sui fatti", si prevedeva, poi, che «*se la parte interrogata non comparisca senza*

ragioni legittime o rifiuti di rispondere, il fatto affermato dall'avversario sarà ritenuto come ammesso».

A proposito della disposizione contenuta nell'art. 20, lo stesso Chiovenda chiarisce che, pur non trattandosi di «*veri e proprii obblighi processuali (...), la parte che, potendo, non si cura di esprimere il suo convincimento sui fatti affermati dall'avversario permette al giudice di trarre dalla sua inattività la conseguenza più semplice ed utile alla causa, cioè che i fatti siano ammessi. (...) La conseguenza non è assoluta; ma è riservato al criterio del giudice di giudicare il silenzio della parte secondo le circostanze del caso e secondo il contegno del litigante»* (così si legge al Paragrafo 84 della Relazione di accompagnamento al progetto; cfr. G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile ... cit.*, p. 64).

Quanto, poi, alle ragioni sottostanti all'articolato *sub* art. 21, la Relazione al progetto chiarisce che «*è conservato il principio che, se la parte interrogata non comparisca senza ragioni legittime o rifiuti di rispondere, il fatto affermato dall'avversario è senz'altro ritenuto come ammesso. Né è concesso in questo caso al giudice di valutare altrimenti il silenzio. Né alla parte è concesso di combattere colla prova contraria fatti ritenuti come ammessi: poiché l'istituto esclusivamente processuale della ficta confessio non ha che vedere colle praesumptiones iuris tantum, e l'ammettere in questo caso la prova contraria potrebbe favorire la slealtà del litigante»* (cfr. Paragrafo 86 della Relazione di accompagnamento al progetto; cfr. G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile ... cit.*, p. 66).

Va addirittura oltre il progetto Mortara del 1923 (*Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur. it.*, 1923, IV, pp. 136 ss. e in *Giur. it.*, 1924, IV, pp. 1 ss.) il cui art. 49 disponeva che «*le istanze e le difese del convenuto sono proposte specificatamente nella prima comparsa di risposta dichiarando le contestazioni precise che egli intende opporre in linea di fatto»* e il successivo art. 213 prevedeva che, nel caso di contumacia del convenuto, «*la domanda dell'attore può essere accolta senza bisogno di istruzione, purché il giudice si riconosca competente e ravvisi regolari gli atti del processo, e nella citazione risultino chiaramente specificati gli elementi di fatto e di diritto dell'azione e l'oggetto della domanda»*.

Al riguardo, è stato chiaramente posto in evidenza come «*in nessuno di tali progetti la non contestazione veniva ricondotta alla determinazione del thema decidendum e al principio dispositivo in senso sostanziale, bensì semplicemente alla prova dei fatti rilevanti, concorrendo alla formazione del convincimento del giudice insieme alle altre prove acquisite al giudizio*»⁽²¹⁾.

Nonostante tali progetti di riforma, il legislatore del codice di rito del 1940, senza soluzione di continuità con il codice del 1865, non introdusse alcuna esplicita disposizione comportante applicazione generalizzata dell'onere di contestazione⁽²²⁾. Di conseguenza, il comportamento assunto dalle parti nel corso del giudizio continuava a non avere alcuna influenza sul convincimento

Infine, significativo è pure il progetto elaborato da Enrico Redenti nel 1934 (*Lavori preparatori per la riforma del Codice di procedure civile. Schema di progetto del libro primo*, Roma, 1936), dichiaratamente finalizzato a introdurre l'obbligo di una chiara e completa esposizione dei fatti di causa sin dall'introduzione del giudizio. A tal fine, l'Autore reputava «*ragionevole non dimenticare, che lo starsi silenzioso ed assente, di fronte ad affermazioni altrui a carico proprio e che di fatto non si ignorano, è una circostanza già di per sé stessa significativa, alla quale il giudice pertanto può dar peso come elemento di convinzione*» (così E. REDENTI, *Sul nuovo progetto del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1934, IV, p. 194).

⁽²¹⁾ Così A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 80. Nello stesso senso, S. GIANI, *La non contestazione nel processo civile tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, in *www.ilcaso.it*, p. 2, nt. 2.

⁽²²⁾ Si vedrà *infra* nel testo che lo specifico onere di prendere posizione sui fatti affermati dall'avversario verrà introdotto nel 1973, quanto al rito del lavoro (art. 416, 3° comma, cod. proc. civ.), e nel 1990 quanto al rito ordinario di cognizione (art. 167 cod. proc. civ.).

del giudice e sulla ripartizione degli oneri probatori fra i litiganti.

Dunque, si protrassero gli orientamenti maturati sotto il codice previgente: era necessaria un'ammissione esplicita, ovvero implicita, qualora cioè fossero state utilizzate argomentazioni incompatibili con la contestazione dei fatti allegati dall'avversario. Continuò, poi, a ritenersi valida la considerazione della reversibilità della contestazione, non essendovi preclusioni dettate dal legislatore per tale attività ⁽²³⁾.

4. Le riforme del 1973 e del 1990

Il dibattito dottrinale intorno all'esistenza e al "valore" da attribuire alla mancata contestazione dei fatti non si spense neppure con la riforma che interessò il rito del lavoro, intervenuta con la Legge n. 533 del 12 agosto 1973.

Detto testo normativo introdusse nell'ordinamento processuale un modello di trattazione della causa snello e di rapida definizione, incentrato sul principio di preclusione ⁽²⁴⁾, contenente altresì una previsione esplicita

⁽²³⁾ In tal senso si esprimeva anche la prevalente giurisprudenza di legittimità. Per un'analisi approfondita della stessa si veda *infra* nel testo, spec. par. 5.

⁽²⁴⁾ E' stato da più parti affermato che la possibilità di far scaturire effetti dalla mancata contestazione di un fatto avrebbe potuto efficacemente essere prevista solo laddove inserita in un processo ispirato al principio di preclusione. Si veda, per tutti, C. M. CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in C. M. CEA, *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2012, pp. 121 ss., spec. p. 136, nt. 27, (pubblicato anche in *Il giusto proc. civ.*,

dell'onere per il convenuto di non restare silente sui fatti esposti dall'attore nel ricorso introduttivo.

Infatti, secondo l'art. 416, 3° comma, cod. proc. civ., come riformato dalla Legge n. 533/1973, «*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*».

Con la medesima legge fu introdotto, altresì, l'art. 423 cod. proc. civ., contenente la previsione di una condanna al pagamento, anticipata rispetto alla decisione del merito, nei confronti della parte che, convenuta in giudizio per il pagamento di somme asseritamente dovute, non avesse contestato, o avesse contestato solo in parte, la misura del credito indicato dalla controparte.

Tali disposizioni aprirono la strada al graduale riconoscimento del principio di contestazione a livello normativo, al quale si arriverà definitivamente nel 2009 con la modifica dell'art. 115, 1° comma, cod. proc. civ.

Tornando alla novella che interessò il rito del lavoro, occorre riferire che le norme *de quibus* fin da subito divisero gli interpreti fra coloro che ritennero che nel sistema nel nuovo rito fosse stata introdotta una «*regola di giudizio diametralmente opposta a quella di cui all'art. 2697 cod. civ.*» sull'onere della prova ⁽²⁵⁾ e quelli che,

2006, fasc. 2, pp. 173 ss.), il quale osserva che «*in tanto ha senso prevedere che la non contestazione determini la pacificità del fatto, in quanto si sia in presenza di un processo organizzato per fasi, nel quale, esaurita la relativa fase di fissazione del thema probandum, di tale argomento non sarà più possibile occuparsi*».

⁽²⁵⁾ In questi termini, G. FABBRINI, *A proposito di un progetto di riforma del processo individuale del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 389, il quale ha osservato altresì che «*la sentenza nei confronti del convenuto contumace non può essere che di condanna, del tutto a prescindere dalla circostanza che l'attore sia*

all'opposto, ritennero che la contumacia non equivalesse a *ficta confessio*, pur costituendo presupposto sufficiente per l'ordinanza di pagamento di somme non contestate, salvo l'onere per l'attore, ai fini dell'accoglimento della domanda, di provare i fatti costitutivi ⁽²⁶⁾.

riuscito o meno a provare l'esistenza del fatto costitutivo del diritto dedotto in giudizio».

⁽²⁶⁾ Secondo A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, pp. 242 ss., la norma di cui all'art. 423 cod. proc. civ. non permetteva di trarre argomenti in favore della tesi per la quale la contumacia del convenuto o la sua mancata contestazione equivalessero ad ammissioni. L'Autore, infatti, osservò che «*la possibilità di emanare ordinanze che dispongano il pagamento di somme di denaro non contestate, non significa affatto introduzione nel nostro ordinamento del principio della ficta confessio nel processo contumaciale del lavoro. Significa solo compressione - ai fini limitati dell'art. 423, 1° comma - dell'assoluta inoperatività del principio c.d. della non contestazione nel processo contumaciale, compressione introdotta allo scopo di evitare che la mancata costituzione del convenuto regolarmente citato ponga l'attore (che abbia ragione) in una posizione di svantaggio rendendo inoperante l'art. 423, 1° comma*». Come si vede (e come rilevò lo stesso Autore), si parla di «*compressione*» e non di eliminazione «*perché - anche dopo l'emanazione dell'ordinanza di pagamento delle somme - i fatti costitutivi del credito di denaro (...) dovranno egualmente essere provati*».

Concludendo sul punto, l'Autore chiarì e ribadì che «*l'art. 423, 1° comma, non incide in modo alcuno sul rispetto del principio dell'onere della prova come regola di giudizio, ma agevola solo la possibilità per il lavoratore di ottenere una ordinanza immediatamente esecutiva che disponga il pagamento di somme non contestate (...) Questa precisazione induce, con sufficiente sicurezza, ad affermare che nell'ambito del processo contumaciale del lavoro il principio c.d. della non contestazione continuerà a non operare, e di conseguenza i fatti costitutivi (...) dovranno essere provati (su istanza di parte o d'ufficio) alla stessa stregua di*

Quanto all'onere di prendere posizione di cui al nuovo art. 416, 3° comma, cod. proc. civ., è opportuno rilevare che al di fuori di detta disposizione continuava a non essere previsto alcun generale onere di contestare i fatti avversari, né la norma di cui al citato art. 416 cod. proc. civ. poteva essere “esportata” e applicata in un rito diverso da quello laburistico.

Tuttavia, le novità che interessarono il rito in parola ebbero conseguenze anche sulle modifiche che di lì a poco sarebbero intervenute per il rito ordinario di cognizione.

E' stato al riguardo rilevato che nelle proposte di riforma susseguitesì negli anni precedenti la riforma del 1990 e che ad essa hanno condotto è, da un lato, sempre previsto l'onere per il convenuto di prendere posizione, in maniera più o meno esplicitamente precisa, sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda e, dall'altro, viene tendenzialmente considerata utile, per l'economia dei giudizi, la previsione di strumenti anticipatori di condanna, azionabili in presenza di determinati presupposti, fra i quali è sovente considerata la mancata contestazione di somme ⁽²⁷⁾.

In effetti, con la Legge 26 novembre 1990 n. 353, il legislatore riformulò l'art 167 cod. proc. civ. prevedendo che, anche nel rito ordinario, il convenuto avrebbe dovuto proporre tutte le sue difese nella comparsa di risposta tempestivamente depositata, prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda.

Tale previsione si inserisce di in una più vasta opera di modifica delle norme processuali, volta a rendere

quanto accade nel processo di cognizione ordinario ove il convenuto sia rimasto contumace».

⁽²⁷⁾ Sul punto si veda F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012, p. 76.

effettivo, anche per il processo ordinario di cognizione, il sistema delle preclusioni introdotto nel rito del lavoro quasi un ventennio prima ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Il modello processuale proposto dalla Legge n. 353/1990 tendeva ad ovviare al problema della lunghezza dei tempi processuali attraverso la netta separazione tra la fase preparatoria e la fase istruttoria: si imponeva alle parti dapprima di formulare le rispettive domande ed eccezioni, così da fissare il *thema decidendum*, per poi dedurre le istanze istruttorie alla luce dei fatti allegati. Si delineava, cioè, una distinzione tra deduzioni di merito, che avrebbero dovuto esaurirsi tendenzialmente entro la prima udienza di trattazione (o nella memoria *ex art. 183, 6° comma, n. 1 cod. proc. civ.*), e deduzioni istruttorie, che avrebbero dovuto completarsi nella successiva udienza, di cui all'art. 184 cod. proc. civ., nella quale il giudice istruttore provvedeva alla loro ammissione.

In particolare, il sistema presentava le seguenti articolazioni: (i) una prima barriera preclusiva operava anteriormente alla prima udienza, imponendo al convento (e anche all'attore, con riguardo all'atto di citazione) lo svolgimento di tutte le difese nel termine previsto per la sua costituzione in giudizio e, a pena di decadenza, la formulazione di eccezioni in senso stretto, la proposizione delle eventuali domande riconvenzionali e delle istanze di chiamata di terzi; (ii) un secondo sbarramento era previsto per i possibili "aggiustamenti" delle allegazioni e delle difese delle parti, che potevano consumarsi nella stessa prima udienza di trattazione o in un'altra immediatamente successiva appositamente fissata dal giudice (art. 183 cod. proc. civ.); (iii) un'ultima barriera preclusiva operava con riguardo all'offerta dei mezzi di prova, ancorata ad un termine perentorio decorrente dall'udienza appositamente prevista per le deduzioni istruttorie (art. 184 cod. proc. civ.).

Come si vede, dunque, il legislatore non aveva previsto decadenze per la mancata deduzione dei mezzi istruttori negli atti introduttivi del giudizio, escludendo la necessaria contestualità fra le allegazioni e la richiesta di mezzi di prova, nonché la produzione di documenti. E' stato osservato, in proposito, che «*poiché le preclusioni istruttorie [potevano] operare solo dopo che [fossero]*

Le disposizioni di cui agli artt. 167 e 416 cod. proc. civ. potevano, allora, indurre a ritenere finalmente affermata a livello legislativo l'esistenza del principio della specifica contestazione nell'ordinamento processuale.

Infatti, *«l'ordine di prendere posizione significa imposizione alla parte di rendere chiara la sua opinione sui fatti affermati dall'avversario. (...) Ergo, non solo l'onere di contestazione esiste, ma addirittura non poteva non esistere almeno in un contesto normativo caratterizzato dalla scelta legislativa di privilegiare modelli processuali organizzati secondo il principio di preclusione e nei quali la fase di preparazione della causa assume una significativa rilevanza»* ⁽²⁹⁾.

maturate quelle di merito, [risultava] chiaro il disegno perseguito dal legislatore di evitare la costante e confusa iterazione della controversia dalla fase di semplice trattazione a quella istruttoria, e viceversa, attraverso la disordinata deduzione di domande, eccezioni e mezzi di prova». Così, L. GUAGLIONE, *Il principio di non contestazione e la definizione del "thema probandum". Poteri del giudice e delle parti*, Relazione tenuta all'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura sul tema "Le prove nel processo civile", Roma 26-28 novembre 2001, p. 5.

⁽²⁹⁾ Così, C. M. CEA, *La tecnica della non contestazione ... cit.*, p. 137, il quale condivisibilmente sostiene che *«ci si sarebbe dovuti meravigliare solo se il legislatore si fosse comportato in maniera diversa, visto che ben più gravosi sono gli oneri addossati all'attore, il quale, oggi, è tenuto ad indicare i fatti, a pena di invalidità della domanda, non solo quando sono necessari per l'individuazione del diritto, ma anche nei casi in cui l'identificazione della domanda è già garantita dai requisiti dei soggetti e dell'oggetto (art. 164, 4° comma, c.p.c.). (...) Se, in particolare, non si dubita che quel requisito di validità della domanda garantisce tanto il diritto di difesa del convenuto, quanto le chances del giudice di svolgere i compiti demandatigli nella fase preparatoria del giudizio, è evidente che lo speculare onere*

Tuttavia, è stato da altri giustamente rilevato che tali dati normativi erano ancora insufficienti e comunque troppo incerti affinché potesse affermarsi con sicurezza l'esistenza nel nostro ordinamento di un generale onere di specifica contestazione gravante su ciascuna parte. Infatti, all'onere di prendere posizione previsto, rispettivamente, dall'art. 167 e dall'art. 416 cod. proc. civ., «*non si accompagnavano esplicite decadenze, a differenza di quanto era sancito per domande riconvenzionali, eccezioni in senso stretto e istanze di chiamata in causa dei terzi nonché, nel rito del lavoro, per i mezzi di prova; con l'ulteriore problema che l'onere di contestazione, per sua natura concernente tutte le parti del giudizio (a pena, in contrario, di irragionevole disparità delle armi), veniva in quelle norme riferito al solo convenuto, mentre l'attore ne passava indenne*»⁽³⁰⁾.

Infatti, l'art. 167 cod. proc. civ. discorreva “soltanto” della necessità per il convenuto di «*prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda*» e l'art. 416 cod. proc. civ., per rito del lavoro, richiedeva che la presa di posizione fosse «*precisa e non limitata ad una generica contestazione*», ma nessuna delle due norme esplicitava gli effetti processuali derivanti dall'eventuale inerzia del convenuto.

Per tali ragioni, continuava a non conferirsi importanza sul piano probatorio al comportamento processuale delle parti, che si riteneva avere un'influenza solo indiretta sulla formazione del convincimento del giudice. Detta concezione si fondava principalmente, non

addossato al convenuto (prendere posizione sui fatti affermati dall'avversario) concorre al raggiungimento del medesimo obiettivo».

⁽³⁰⁾ Così A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 81.

già sugli artt. 167 e 416 cod. proc. civ., ma sull'interpretazione del disposto di una diversa norma, e cioè l'art. 116, 2° comma, cod. proc. civ.: «*il giudice può desumere argomenti di prova (...), in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo*»⁽³¹⁾.

Si è sostenuto, al riguardo, che «*la novità di quest'ultima disposizione si coglierebbe in modo particolare nell'aver previsto che non sempre è possibile far scaturire dalla non contestazione la certezza del fatto allegato dall'avversario. Alla certezza del fatto non*

⁽³¹⁾ Il tema del valore probatorio da attribuire all'«*argomento di prova*» meriterebbe uno studio apposito quanto approfondito. In questa sede, ricordiamo soltanto che fin dalla sua introduzione nel codice di rito non vi fu unanimità di vedute fra i processualisti. In particolare, vi fu chi considerava l'argomento di prova quale elemento meramente accessorio rispetto al materiale probatorio raccolto in giudizio, nel senso che il giudice avrebbe potuto utilizzare gli argomenti di prova desumibili dalle circostanze indicate dall'art. 116, 2° comma, cod. proc. civ., al fine di rafforzare il proprio convincimento in ordine alle prove complessivamente acquisite. A questa concezione si contrapponeva l'idea di coloro che, all'opposto, consideravano l'argomento di prova come vera e propria fonte di convincimento del giudice, sul quale, cioè, quest'ultimo avrebbe potuto basare il giudizio di esistenza del fatto da provare e giungere, quindi, alla decisione del merito. Alle due teorie ora esposte, inoltre, se ne annoverava una terza, secondo la quale l'argomento di prova era più correttamente assimilabile a una presunzione semplice piuttosto che a una prova. Si vedano, per ulteriori approfondimenti, G. GORLA, *Comportamento processuale delle parti e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1935, II, p. 24; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1959; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; più di recente, M. MONTANARI, *Art. 116 cod. proc. civ.*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. CONSOLO, Milano, 2013.

contestato, infatti, si arriverebbe soltanto nel caso in cui l'argomento di prova ricavabile dal comportamento non contestativo fosse supportato da adeguati strumenti probatori. In tutti gli altri casi, la non contestazione rimarrebbe una circostanza verificatasi nel corso del giudizio e dotata di una vis probatoria minima» ⁽³²⁾, in quanto si avrebbe un "semplice" argomento di prova, non accompagnato da altre risultanze istruttorie.

Secondo una diversa impostazione, invece, pur presupponendo che la mancata contestazione fosse annoverabile fra i comportamenti processuali delle parti, si riteneva che essa avrebbe avuto un valore "superiore" rispetto a quello di argomento di prova, in quanto la non contestazione poteva ritenersi una vera e propria fonte di prova liberamente valutabile ⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Così A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione ... cit.*, p. 176. L'Autore avverte, però, che in tal modo si attribuiva alla mancata contestazione un carattere provvisorio: in quanto idonea a fornire solo argomenti di prova, gli effetti ad essa collegati non avrebbero potuto affatto dirsi stabili. Ma, così facendo, si sarebbe vanificato proprio il principale intento del legislatore del 1973 e del 1990, quello cioè di favorire la concentrazione processuale per addivenire alla decisione del merito in tempi ragionevoli.

⁽³³⁾ Così, G. A. MICHELI, *L'onere della prova ... cit.*, p. 151, secondo il quale il codice di rito consentiva al giudice di tenere conto del complessivo comportamento delle parti per la formazione del proprio convincimento (art. 116 cod. proc. civ.); «*si noti però che le norme in questione non si limitano ad elevare la condotta processuale delle parti ad elemento utile per la valutazione delle prove addotte, ma a configurare il comportamento stesso quale fonte di prova*». Analogamente, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano, 1962, spec. pp. 86 ss.; C. FURNO, voce «*Confessione*», in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 914, secondo il quale il

Seguendo tale interpretazione, dunque, l'art. 116, 2° comma, cod. proc. civ. non avrebbe inteso il contegno processuale delle parti quale mero elemento sussidiario di valutazione delle prove già assunte, ma avrebbe configurato il comportamento dei litiganti come vera e propria fonte di prova, idonea di per sé stessa a fondare il convincimento del giudice ⁽³⁴⁾.

Tale concezione è stata ulteriormente sviluppata, fino a giungere alla conclusione che il contegno delle parti processuali sia fonte sì di prova, ma solo indiretta. È stato, al riguardo, rilevato che le dichiarazioni di parte relative ai fatti *«costituiscono evidentemente un fatto giuridico che rientra nel vasto genus del “comportamento” processuale della parte»*, e pertanto esse *«benché non possano valere come dichiarazioni informative e quindi come fonti di prove (...) dirette, potranno valer tuttavia come fonti di prove indirette (logiche, critiche) ossia come indizi (fatti noti) dai quali il giudice, per forza di “argomentazione”, possa trarre elementi o “argomenti” di prova (presunzioni)»* ⁽³⁵⁾.

comportamento delle parti era riconducibile alla figura dell'ammissione. L'Autore, infatti, riteneva che quest'ultima costituisse *«un fenomeno processuale di varia ed eterogenea configurazione, nel cui ambito (...) la dottrina sembra autorizzata a far rientrare sia dichiarazioni contrarie all'interesse della parte ma non provenienti personalmente da questa, sia comportamenti (qualificati) personali della parte contra se, ossia tali da pregiudicarla, ai quali la legge ricollega effetti probatori più o meno intensamente favorevoli all'altra parte. (...) l'efficacia probatoria dei comportamenti ammissivi è talora liberamente valutabile»*.

⁽³⁴⁾ Così G. A. MICHELI, *L'onere della prova ... cit.*, p. 151; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza ... cit.*, p. 92.

⁽³⁵⁾ Espressamente, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza ... cit.*, pp. 91-92. Secondo A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione*

La possibilità di ricavare presunzioni dal comportamento processuale delle parti ha ricevuto, però, diverse critiche sulla considerazione che la parificazione tra argomenti di prova e prove presuntive sarebbe il risultato di un'interpretazione estensiva dell'art. 116, 2° comma, cod. proc. civ. Ma, è stato osservato, «*con l'interpretazione estensiva si camuffa (...) una autentica estensione analogica dell'art. 2727 c.c. a disciplinare l'efficacia giuridica dell'argomento di prova, sul presupposto che l'art. 116, comma 2°, abbia omissis di farlo (...) Bisogna concludere che una simile estensione nel caso di specie sarebbe ammissibile solo se si riuscisse a dimostrare che fra gli argomenti di prova e le presunzioni semplici corre un rapporto di identità strutturale e funzionale (...) Ma è proprio questo, secondo noi, l'anello debole del ragionamento*»⁽³⁶⁾.

... cit., p. 187, «*questo, sia perché talvolta manca una effettiva dichiarazione (ammissione esplicita), sia perché le uniche ipotesi in cui l'ordinamento riconosce la natura 'informativa' alle declarationes della parte sono costituite dalla confessione e dal giuramento*».

⁽³⁶⁾ In questi termini, A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione* ... cit., p. 190. Al riguardo, è interessante ricordare il pensiero di R. VACCARELLA, voce «*Interrogatorio*», in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 395: «*non solo (...) il comportamento della parte non può mai costituire una 'prova completa' (e per ragioni di diritto e per incompatibilità logica con la struttura della presunzione), ma anche che solo assai di rado e con estrema prudenza il giudice può ad esso legittimamente risalire all'ammissione tacita che escluda la necessità di prova del fatto affermato ex adverso*».

5. *Gli orientamenti giurisprudenziali antecedenti alla pronuncia di Cass., Sez. Un., n. 761/2002*

Volgendo ora lo sguardo alla giurisprudenza intervenuta in materia di contestazione, occorre riferire preliminarmente che, così come gli esponenti della dottrina, anche i giudici si sono mostrati tutt'altro che unanimi circa il valore da attribuire al comportamento processuale delle parti.

Infatti, le posizioni assunte dalla giurisprudenza – in particolare di legittimità – oscillavano tra il ritenere la mancata contestazione vincolante per il giudice ai fini della decisione del merito e il valorizzare il contegno processuale delle parti quale argomento di prova. Fra questi ultimi vi era, poi, una netta divergenza fra chi sosteneva che l'omessa contestazione era idonea, di per sé sola, a contribuire al convincimento del giudice ai fini della decisione e chi, invece, affermava che gli argomenti di prova desumibili dal comportamento delle parti dovessero accompagnarsi ad altre prove raccolte in giudizio ai fini della soluzione del caso.

Quanto al primo filone interpretativo, occorre premettere che i giudici di legittimità hanno affermato per lungo tempo che l'onere della prova all'interno del processo civile sui diritti disponibili presupponesse che i fatti portati a fondamento della domanda o dell'eccezione dovessero essere provati solo se controversi fra le parti⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ Così, ad esempio, Cass. 27 gennaio 1955, n. 207, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 1472; Cass. 29 settembre 1955, n. 2691, in *Rep. Foro it.*, voce *Prova civile*, n. 17; Cass. 6 settembre 1968, n. 2889, in *Rep. Giust. civ.*, 1968, voce *Prova civile*, n. 121; Cass. 10 febbraio 1968, n. 442, in *Mass. Foro it.*; Cass., sez. un., 23 aprile 1971, n. 1174, in

Cioè a dire che i fatti pacifici non abbisognavano di prova e, pertanto, essi dovevano essere espunti dal *thema probandum* ⁽³⁸⁾.

In tali casi, il giudice era esonerato da ogni accertamento d'ufficio in ordine alle circostanze che, pur rientrando tra i fatti costitutivi del diritto azionato in giudizio, non fossero state oggetto di contestazione da parte del convenuto ⁽³⁹⁾.

Ora, affinché un fatto potesse dirsi pacifico occorreva, secondo le decisioni che sposavano l'impostazione in esame, che la parte processuale contro la quale il fatto era allegato: (i) lo avesse esplicitamente ammesso; (ii) ovvero avesse impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con la negazione del fatto medesimo (ammissione implicita); (iii) ovvero, infine, si fosse limitata a contestare esplicitamente e specificamente alcuni soltanto dei fatti allegati *ex adverso*, evidenziando in tal modo il proprio disinteresse ad un accertamento degli altri ⁽⁴⁰⁾.

Giust. civ., 1971, I, p. 1011; Cass. 20 febbraio 1975, n. 656, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Prova civile in genere*, n. 18; Cass. 28 dicembre 1976, n. 4737, in *Arch. civ.*, 1977, p. 565; Cass. 4 dicembre 1982, n. 6220, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Prova civile in genere*, n. 14; Cass. 16 dicembre 1985, n. 6382, *ivi*, 1985, voce *cit.*, n. 6; Cass. 22 aprile 1986, n. 2823, *ivi*, 1986, voce *cit.*, n. 13.

⁽³⁸⁾ Già L. MORTARA, *Commentario ... cit.*, p. 541, parlava, al riguardo, di «una delle massime del diritto probatorio più universalmente e frequentemente praticate», secondo la quale, cioè, «i fatti non controversi si hanno come provati».

⁽³⁹⁾ Così, espressamente, Cass. 14 marzo 1974, n. 722, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Procedimento civile*, n. 85. Nello stesso senso, Cass. 10 febbraio 1975, n. 521, *ivi*, 1975, voce *cit.*, n. 132.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso, *ex pluribus*, Cass. 11 gennaio 1983, n. 195, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Prova civile in genere*, n. 11; Cass. 26 agosto 1986, n. 5229, *ivi*, 1986, voce *cit.*, n. 12; Cass. 5 dicembre 1992, n.

Secondo tale impostazione, dunque, la mancata contestazione, rendendo pacifico il fatto sul quale verteva, risultava essere vincolante per il giudice, il quale non poteva che espungere il fatto non contestato dal novero di quelli da sottoporre a verifica probatoria.

Tali conseguenze (e cioè la pacifictà del fatto non contestato e la conseguente *relevatio ab onere probandi* di cui beneficiava la parte allegante) non si verificavano, invece, ove la parte convenuta avesse smentito

12947, *ivi*, 1992, voce cit., n. 28; Cass. 20 maggio 1993, n. 5733, *ivi*, 1993, voce cit., n. 10; Cass. 18 dicembre 1993, n. 12553, *ivi*, 1994, voce cit., n. 16; Cass. 1° agosto 1994, n. 7156, *ivi*, 1994, voce cit., n. 21; Cass. 13 maggio 1995, n. 5277, *ivi*, 1995, voce cit., n. 8; Cass. 23 maggio 1995, n. 5643, *ivi*, 1995 voce cit., n. 7; Cass. 18 luglio 1997, n. 6623, *ivi*, 1997, voce cit., n. 12; Cass. 4 agosto 1997, n. 7189, *ivi*, 1997, voce cit., n. 13; Cass. 23 febbraio 1998, n. 1940, *ivi*, 1998, voce cit., n. 19; Cass. 16 ottobre 1998, n. 10247, *ivi*, 1998, voce cit., n. 18; Cass. 13 febbraio 1999, n. 1213, *ivi*, 1999, voce cit., n. 11; Cass. 7 maggio 1999, n. 4604, *ivi*, 1999, voce cit., n. 7; Cass. 12 maggio 1999, n. 4687, *ivi*, 1999, voce cit., n. 12; Cass. 13 ottobre 1999, n. 11513, *ivi*, 1999, voce cit., n. 10; Cass. 13 dicembre 1999, n. 13992, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 688; Cass. 18 luglio 2000, n. 9424, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 125; Cass. 8 agosto 2000, n. 10434, *ivi*, 2000, voce *Prova civile in genere*, n. 22; Cass. 12 agosto 2000, n. 10789, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2001, p. 244; Cass. 1° settembre 2000, n. 11495, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, n. 1880; Cass. 20 ottobre 2000, n. 13904, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Prova civile in genere*, n. 21; Cass. 6 aprile 2001, n. 5149, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 733; Cass. 1° agosto 2001, n. 10482, *ivi*, 2001, p. 1512; Cass. 9 gennaio 2002, n. 185, *ivi*, 2002, p. 33; Cass. 28 febbraio 2002, n. 2959, in *Dir. e Giust.*, 2002, 26, p. 52; Cass. 25 novembre 2002, n. 16575, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Prova civile in genere*, n. 18; Cass. 8 giugno 2004, n. 10815, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2442; Cass. 23 luglio 2004, n. 13830, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 7.

genericamente le circostanze di fatto allegate dall'avversario, ovvero quando fosse rimasta silente sulle stesse, ovvero, ancora e *a fortiori*, in caso di sua contumacia.

Quello ora citato era l'indirizzo assolutamente prevalente della Suprema Corte sull'onere imposto al convenuto dagli artt. 167 e 416, 3° comma cod. proc. civ., «*e si fondava sul rilievo che il nostro ordinamento – a differenza di altri, come ad esempio quello tedesco – non prevedeva a carico della parte un generale dovere di contestare (tanto più in modo analitico) i singoli fatti dedotti ex adverso*»⁽⁴¹⁾.

⁽⁴¹⁾ Così, V. BATTAGLIA, *Sull'onere del convenuto di «prendere posizione» in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1514.

Secondo la tesi esposta nel testo, l'argomento per il quale mancasse nella legge processuale un generale onere di contestazione dei fatti si ricavava da una serie di specifiche disposizioni normative che costituivano singole e peculiari ipotesi di applicazione dell'istituto della contestazione, nelle quali la mancata presa di posizione della parte processuale su determinati fatti allegati dall'avversario era accompagnata da "sanzioni" di varia natura.

Si pensi, ad esempio, all'art. 14, ultimo comma, cod. proc. civ. (secondo il quale, nelle cause relative a somme di denaro o a beni mobili, la mancata tempestiva contestazione da parte del convenuto del valore dichiarato dall'attore o presunto dalla competenza del giudice adito comporta che esso rimanga «*fissato, anche agli effetti del merito, nei limiti della competenza del giudice adito*»); all'art. 35 cod. proc. civ. (secondo cui la contestazione del diritto di credito opposto in compensazione influisce sulla determinazione della competenza ai fini della decisione); agli artt. 186 *bis* e 423 cod. proc. civ. (i quali, rispettivamente per il rito ordinario e per il rito del lavoro, prevedono che, qualora il convenuto abbia omesso di contestare il pagamento di somme dovute all'attore, quest'ultimo possa richiedere al giudice istruttore, fino al momento della

precisazione delle conclusioni, la concessione di un'ordinanza costituente titolo esecutivo); all'art. 215, 1° comma, n. 2, cod. proc. civ. (a norma del quale la scrittura privata prodotta in giudizio si ha per riconosciuta se la parte comparsa – alla quale è attribuita – non la disconosce, ovvero dichiara di non conoscerla nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione); all'art. 263 cod. proc. civ. (il quale dispone che, nel corso del procedimento per rendimento di conti, se il conto depositato non viene contestato, il giudice ordina con provvedimento esecutivo il pagamento delle somme che in base ad esso risultano dovute); all'art. 548 cod. proc. civ. (modificato dalla recentissima Legge 24 dicembre 2012, n. 228, secondo il quale la mancata comparizione del terzo all'udienza di cui all'art. 547 cod. proc. civ. rende il credito oggetto di esecuzione non contestato, nei termini indicati dal creditore pignorante, e ciò consente al giudice di procedere immediatamente con l'assegnazione *ex artt.* 552 o 553 cod. proc. civ.); agli artt. 663 e 666 cod. proc. civ. (che in tema, rispettivamente di convalida della licenza o dello sfratto per finita locazione o per morosità, consentono al giudice di convalidare la licenza o lo sfratto a seguito della mancata opposizione o della contumacia dell'intimato o di emanare un'ordinanza di pagamento dei canoni non contestati); agli artt. 785 e 789 cod. proc. civ. (i quali stabiliscono, in materia di scioglimento delle comunioni, che se non sorgono contestazioni, rispettivamente in ordine al diritto alla divisione o al progetto di divisione, il giudice dispone la divisione e dichiara esecutivo il progetto).

Altre disposizioni nelle quali si rinvencono specifiche ipotesi di applicazione dell'istituto della mancata contestazione sono inserite nel codice civile, in particolare all'art. 2712 cod. civ. (secondo cui le riproduzioni fotografiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime) e all'art. 2734 cod. civ. (ai sensi del quale, nell'ipotesi di dichiarazione confessoria accompagnata da altri fatti o circostanze tendenti a infirmare l'efficacia del fatto confessato, ovvero a modificarne o estinguerne gli effetti, la mancata contestazione dei fatti aggiunti

Pertanto, non sussistendo un generalizzato onere di dissentire dalle affermazioni in fatto dell'avversario, «*non può ritenersi provato un fatto solo per la mancata contestazione ad opera della controparte*»⁽⁴²⁾.

Inoltre, sempre secondo l'orientamento in esame, la mancata contestazione era considerata un fenomeno tendenzialmente reversibile. Ciò in quanto gli artt. 167 e 416 cod. proc. civ. non prevedevano alcuna decadenza per l'inosservanza dell'onere di prendere posizione ivi disciplinato⁽⁴³⁾.

consente di attribuire il valore di piena prova a tutte le circostanze dichiarate, sia quelle sfavorevoli al confitente, che a quelle favorevoli alla stessa parte, ma sfavorevoli a quella che non contesta).

⁽⁴²⁾ Così, M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1343, il quale richiama, sul punto, Cass. n. 2529/2002, cit.

⁽⁴³⁾ L'orientamento prevalente era nel senso di attribuire alla mancata contestazione il connotato della provvisorietà e della reversibilità, in base al presupposto che le preclusioni previste dall'art. 416 cod. proc. civ. per le domande riconvenzionali e le eccezioni non rilevabili d'ufficio non potevano estendersi alle eccezioni in senso lato e alle mere difese volte alla contestazione dei fatti costitutivi allegati dall'attore a fondamento della domanda, per le quali non era prevista alcuna esplicita comminatoria di decadenza. Di conseguenza, la contestazione dei fatti costitutivi da parte del convenuto, in quanto equiparabile alle mere difese, era da ritenersi possibile in qualunque momento, anche per la prima volta in appello. In tal senso, v. Cass. 7 luglio 1987, n. 5933, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 166; Cass. 10 novembre 1990, n. 10849, *ivi*, 1991, voce cit., n. 153; Cass. 11 novembre 1995, n. 11736, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 1873; Cass. 13 marzo 1996, n. 2058, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Procedimento civile*, n. 207; Cass. 18 marzo 1996, n. 2254, *ivi*, 1996, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 134; Cass. 25 settembre 1998, n. 9602, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 1945; Cass.

In netta antitesi con l'orientamento finora analizzato si poneva un diverso filone interpretativo, il quale attribuiva "minore" rilevanza alla contestazione, ritenendo che essa, lungi dal vincolare il giudice nella decisione, avrebbe potuto essere apprezzata soltanto come «*argomento di prova*» utilizzabile dall'organo giudicante ai fini della decisione.

Secondo i sostenitori dell'orientamento in parola, la pacifictà dei fatti non contestati e il conseguente esonero degli stessi da qualsivoglia verifica probatoria non era sostenibile in virtù del disposto dell'art. 116, 2° comma, cod. proc. civ. Infatti, l'omessa contestazione di uno o più fatti posta in essere dalla parte avrebbe dovuto essere considerata come uno dei numerosi, legittimi, contegni processuali che le parti avrebbero potuto assumere. Come tale, esso avrebbe dovuto trovare il proprio referente normativo nella norma di cui all'art 116, 2° comma, cod. proc. civ. ⁽⁴⁴⁾.

Tuttavia, come anticipato, all'interno della giurisprudenza che considerava la mancata contestazione un comportamento processuale generante, al più, argomenti di prova, vi è stata divergenza di opinioni riguardo all'"utilizzo" di tali argomenti di prova da parte del giudice.

25 febbraio 1999, n. 1655, *ivi*, 1999, p. 406; Cass. 11 agosto 2000, n. 10640, *ivi*, 2000, p. 1766; Cass. 18 agosto 2000, n. 10758, *ivi*, 2000, p. 1786; Cass. n. 185/2002 cit.

⁽⁴⁴⁾ Si vedano Cass. 10 giugno 1942, n. 1619, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce *Prova in materia civile*, n. 137; Cass. 3 marzo 1950, n. 534, *ivi*, 1950, voce *Prova in genere in materia civile*, n. 58; Cass. 2 marzo 1951, n. 524, *ivi*, 1951, voce cit., n. 105; Cass. 12 giugno 1976, n. 2178, *ivi*, 1976, voce cit., n. 44; Cass. 8 aprile 1987, n. 3465, *ivi*, 1987, voce cit., n. 1; Cass. 13 luglio 1991, n. 7800, in *Mass. Giur. it.*, 1991.

Da un lato, cioè, si è ritenuto che gli «*argomenti di prova*» di cui all'art. 116, 2° comma, cod. proc. civ. dovessero essere considerati dall'organo giudicante come unica e sufficiente fonte di convincimento per la decisione e non già quali elementi integrativi di valutazione delle altre prove acquisite in giudizio ⁽⁴⁵⁾.

Dall'altro lato, invece, numerose pronunce di legittimità, benché con precipuo riferimento al rito del lavoro, hanno stabilito che «*una generica contestazione non può (...) equivalere ad una ammissione, da parte del convenuto, della sussistenza dei fatti affermati dall'attore, ma può eventualmente integrare violazione del dovere di lealtà processuale, sanzionabile ai sensi degli artt. 88 e 92 c.p.c., e comunque essere discrezionalmente valutata, attenendo al contegno della parte nel processo, come semplice argomento di prova, ai sensi del comma 2 dell'art. 116 c.p.c., e pertanto, in quanto tale, solo come*

⁽⁴⁵⁾ Così, Cass. 21 gennaio 1984, n. 533, in *Rep. Giust. civ.*, 1984, voce *Prova civile*, n. 6; Cass. 5 giugno 1991, n. 6344, in *Mass. Giur. it.*, 1991; Cass. 4 febbraio 2005, n. 2273, in *Dejure*.

Ma, proprio in considerazione della conclusione cui perviene l'orientamento indicato nel testo, esso è stato criticato da una parte della dottrina, la quale ha rilevato che tale ragionamento potrebbe accogliersi «*solo nelle premesse, e cioè laddove afferma che la non contestazione dei fatti allegati dall'avversario può ricavarsi anche dal comportamento processuale della parte. Esso, invece, non può essere accolto quando, sulla base di queste premesse, assume la conclusione che: a) l'art. 116, comma 2°, c.p.c. costituisce l'unica norma nell'ambito della quale si rinviene la disciplina del contegno processuale della parte; b) l'argomento di prova ricavabile dalla non contestazione è idoneo da solo a fondare il convincimento del giudice*» (cfr. A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione ... cit.*, p. 206).

elemento aggiuntivo e integrativo rispetto alle risultanze dei veri e propri mezzi di prova» ⁽⁴⁶⁾.

6. *La fondamentale decisione delle Sezioni Unite del 23 gennaio 2002, n. 761*

Nel descritto quadro giurisprudenziale, mutando orientamento e prendendo le mosse da un precedente minoritario indirizzo dottrinale e giurisprudenziale ⁽⁴⁷⁾, teso a valorizzare maggiormente l'istituto della mancata contestazione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato l'esistenza in via generale nel processo civile del c.d. principio di non contestazione in relazione ai fatti principali del giudizio ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Così, Cass. 19 agosto 1994, n. 7447, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, p. 1097. Nello stesso senso, fra le tante, cfr. Cass. 10 novembre 1990, n. 10849, in *Arch. civ.*, 1991, p. 295; Cass. 2 giugno 1994, n. 5359, in *DeJure*; Cass. 7 luglio 1994, n. 6417, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, p. 932; Cass. 13 marzo 1996, n. 2058, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1943; Cass. 19 agosto 1996, n. 7630, in *Il lavoro nella giur.*, 1997, p. 275; Cass. n. 11495/2000, cit.; Cass. 27 marzo 2001, n. 4438, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1803.

⁽⁴⁷⁾ Ci si riferisce, quanto alla dottrina, alla posizione di G. BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. it.*, 1996, IV, p. 279, secondo il quale anche il mero silenzio renderebbe pacifiche le allegazioni avversarie. Quanto alla giurisprudenza, si vedano Cass. 4 dicembre 1982, n. 6620, in *Dejure*; Cass. n. 4 agosto 1988, n. 4834, *ivi*; Cass. 14 febbraio 1995, n. 1576, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 339; Cass. 20 agosto 1997, n. 7758, *ivi*, 1997, p. 1452; Cass. 23 giugno 1998, n. 6230, *ivi*, 1998, p. 1379; Cass. 13 aprile 2001, n. 5536, *ivi*, 2001, p. 787.

⁽⁴⁸⁾ La decisione n. 761 del 23 gennaio 2002 è reperibile in *Foro it.*, 2002, I, p. 2017, con nota di C. M. CEA, *Il principio della non*

La pronuncia n. 761 del 23 gennaio 2002 contiene, infatti, principi di valenza generale del tutto antitetici rispetto a quelli da sempre enunciati a proposito dell'onere del convenuto di prendere posizione sui fatti costitutivi enunciati nella domanda attorea.

Con la decisione *de qua* la Suprema Corte ha, dunque, realizzato una vera e propria soluzione di continuità rispetto al quadro teorico sotteso all'impostazione tradizionale, in quanto i giudici di legittimità, sia pure limitatamente ai fatti principali, hanno sancito – con specifico riferimento al rito del lavoro, ma con argomenti di portata generale – la non necessità di provare il fatto che non sia stato oggetto di contestazione; la Corte di Cassazione cioè ha riconosciuto efficacia probatoria al comportamento processuale delle parti.

È di assoluta rilevanza, a mio avviso, riportare i principali passaggi argomentativi della decisione in esame, al fine di apprezzarne le statuizioni e valutarne compiutamente le conseguenze sul piano applicativo. Va ricordato, a tal fine, che la decisione in discorso è intervenuta allo scopo di appianare i contrasti sorti all'interno della Sezione lavoro della Corte di Cassazione circa il rilievo da attribuire alla mancata contestazione dei

contestazione al vaglio delle sezioni unite; in Foro it., 2003, I, p. 604, con nota di A. PROTO PISANI, Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile; in Giust. civ., 2002, I, pp. 1245 e 1909, con nota di M. CATTANI, Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi alle spettanze richieste dal lavoratore; in Corr. Giur., 2003, p. 1335, con nota di M. FABIANI, Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato; in Dir. lav., 2003, II, p. 131, con nota di M. BRIZZI, Il principio di non contestazione nel processo del lavoro.

conteggi elaborati dall'attore per la quantificazione del credito oggetto della domanda di condanna, relativamente alla quale sia stata contestata soltanto l'esistenza del credito stesso ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Giova riepilogare brevemente i termini del contrasto cui la pronuncia in esame ha posto fine.

Per un primo orientamento, l'onere di contestare specificamente i conteggi relativi al *quantum* delle pretese azionate dal lavoratore è configurabile soltanto nel caso in cui non sia sorta controversia in ordine all'*an debeatur*, e non già nell'ipotesi in cui il credito dedotto in giudizio risulti globalmente contestato, ciò sul presupposto che in tali casi non sarebbe logico porre a carico del presunto debitore la revisione critica del conteggio di una somma la cui spettanza egli ha inteso negare in radice.

Secondo un opposto orientamento, invece, considerato che il rito del lavoro è caratterizzato da un sistema di preclusioni tendente a consentire all'attore di conseguire rapidamente il bene reclamato, nonché dall'obbligo del convenuto di prendere posizione precisa sui fatti affermati dall'attore, diventano incontestabili tutte le situazioni di fatto in ordine alle quali non sussistono divergenze tra le parti; conseguentemente, sebbene il convenuto abbia contestato l'esistenza del credito, non possono essere sollevate in appello contestazioni relative a conteggi rimasti incontestati nel corso del giudizio di primo grado.

Nell'ambito di quest'ultimo orientamento, poi, se ne era sviluppato un altro che, pur insistendo sulla necessità della contestazione del *quantum*, tendeva ad attribuire alla mancata contestazione di esso il valore di elemento integratore del convincimento del giudice.

È opportuno riferire fin da subito che le Sezioni Unite non hanno ritenuto persuasivo nessuno dei suddetti indirizzi e hanno risolto il contrasto affermando che la mancata contestazione dell'*an* implica mancata contestazione anche del *quantum* solo ove quest'ultimo sia incompatibile con l'*an*, altrimenti vi è onere di contestazione specifica anche del *quantum*.

Di recente, nello stesso senso, v. Trib. Milano, 3 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*, nella quale è stato limpidamente chiarito che «*al fine di verificare la rilevanza della condotta non contestativa dei*

Prima di esaminare i punti salienti della decisione qui in commento, è essenziale rilevare che il fondamento della tesi espressa dalla Suprema Corte si rinviene nella considerazione che, in presenza di situazioni giuridiche sostanziali caratterizzate dal requisito della disponibilità, il processo si atteggia secondo il principio dispositivo, cioè secondo un modello che postula, come tratti qualificanti indefettibili, l'affidamento esclusivo alla parte del potere di proporre la domanda (determinando, così, l'oggetto della lite) e di allegare i fatti posti a fondamento della stessa. Il potere di allegazione sarebbe, infatti, in questi limiti, il riflesso processuale dell'autonomia sostanziale delle parti. E allora, poiché l'allegazione dei fatti principali rientrerebbe nell'autonomia delle parti, anche l'omessa contestazione, in quanto espressione della stessa autonomia, vincolerebbe il giudice ⁽⁵⁰⁾.

conteggi, deve valutarsi se le contestazioni dei fatti costitutivi del diritto in contesa implicino anche quelle dei fatti allegati ai fini della quantificazione della pretesa. La questione se le contestazioni sull'an postulino la contestazione anche del quantum della pretesa non è suscettibile di una risposta astratta, ma da risolvere caso per caso, verificando se i fatti allegati ai fini della quantificazione della pretesa sono investiti dalla contestazione sull'an».

⁽⁵⁰⁾ La Corte di Cassazione, infatti, ha sposato la teoria secondo la quale la mancata contestazione assumerebbe i connotati di un atto attraverso il quale la parte esprime, anche tacitamente, la propria volontà di escludere il fatto non contestato dall'ambito di quelli bisognosi di prova, mostrando in questo modo di preferire che il giudice decida considerando vero il fatto non oggetto di contestazione, a prescindere da ogni accertamento in ordine alla sua veridicità.

In dottrina la teoria ora citata era sostenuta, in particolare, da Giovanni Verde (*L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974), il quale considerava il principio dispositivo probatorio strettamente correlato alla disponibilità della situazione sostanziale

Ciò precisato, è ora possibile procedere all'esame delle statuizioni contenute nella sentenza n. 761/2002.

In primo luogo, i giudici di legittimità hanno precisato che il difetto di contestazione è sostanzialmente irrilevante se concerne l'interpretazione della disciplina legale o contrattuale della quantificazione del credito, perché la cognizione di tale disciplina appartiene al novero dei poteri-doveri del giudice, il quale non può essere condizionato, a tal fine, dalle prospettazioni difensive o dal comportamento processuale delle parti. La mancata contestazione è, invece, rilevante se riguarda i fatti da accertare in giudizio ⁽⁵¹⁾.

Conseguentemente, se il comportamento inattivo della parte assume rilevanza processuale solo se riferita ai

dedotta in giudizio. Così anche F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Milano, rist., 1992, p. 25, per il quale «*la posizione del fatto deve seguire secondo la realtà solo in quanto manchi una concorde disposizione delle parti (non affermazione o affermazione concorde)*».

Ciò comporta, però, l'elevato "rischio" che la decisione si discosti (anche notevolmente) dalla realtà fattuale concretamente verificatasi. Infatti, l'allegazione di determinati fatti ad opera dell'attore e la mancata contestazione di essi da parte del convenuto delimita irrimediabilmente l'ambito di cognizione del giudice, il quale non potrà formarsi alcun convincimento su di essi, ma dovrà considerarli comunque esistenti ai fini della decisione, anche nell'ipotesi in cui essi dovessero essere falsi.

⁽⁵¹⁾ Si legge nel testo della decisione n. 761/2002 che l'assenza di contestazioni rileva sul piano probatorio quando «*si riferisc[e] a fatti e non semplicemente alle regole legali o contrattuali di elaborazione dei conteggi; l'applicazione di queste regole, infatti, si colloca pienamente ed interamente nell'ambito dell'esercizio dei poteri del giudice, tenuto alle necessarie valutazioni, anche in difetto di specifiche contestazioni delle parti; e sempre che si tratti di fatti non incompatibili con le ragioni della contestazione sull'an*».

fatti, l'omessa contestazione dei conteggi assume rilievo processuale ogni volta che essa abbia ad oggetto fatti (e non si riferisca, pertanto, solo all'applicazione di regole giuridiche) la cui esistenza non è esclusa automaticamente dalla contestazione dell'*an* del diritto in contesa.

In secondo luogo, le Sezioni Unite hanno rilevato che la mancata contestazione, così come sopra delineata, assume un ruolo diverso a seconda che riguardi i fatti costitutivi del diritto (quelli posti a fondamento della domanda, e cioè i c.d. fatti principali), ovvero i fatti che vengono dedotti al solo scopo di dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi (i c.d. fatti secondari) ⁽⁵²⁾.

Quando la mancata contestazione investe i fatti costitutivi della domanda, essa assume la fisionomia di un «*comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da*

⁽⁵²⁾ In termini generali, è ben noto che oggetto di prova non sono soltanto i fatti costitutivi della pretesa azionata in via giudiziale, ovvero le circostanze integranti l'oggetto di eccezioni in senso stretto, cioè i fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto fatto valere in giudizio (c.d. fatti giuridici principali), ma anche quelle altre circostanze che non integrano direttamente il diritto in contesa, dalle quali tuttavia può desumersi l'esistenza o l'inesistenza dei fatti principali (c.d. fatti semplici o secondari). Su tale fondamentale distinzione si vedano, per tutti, B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 115; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, pp. 343 ss.; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, pp. 109 ss.; A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, pt. I., p. 605; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, pp. 406 ss.; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009, p. 198.

qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti (...) espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti». Ciò sulla base del disposto degli artt. 167 e 416 cod. proc. civ. i quali, come noto, impongono al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti dedotti dall'attore a fondamento della domanda.

Qualora, invece, la mancata contestazione abbia ad oggetto i fatti secondari, essa si colloca nella categoria dei comportamenti non vincolanti per il giudice, ma da questi apprezzabili liberamente come semplici argomenti di prova ⁽⁵³⁾.

⁽⁵³⁾ Le Sezioni Unite hanno affermato, infatti, che la mancata contestazione «*rileva diversamente, a seconda che risulti riferibile a fatti giuridici costitutivi della fattispecie non conoscibili di ufficio, ovvero a circostanze dalla cui prova si può inferire l'esistenza di codesti fatti: A) nella prima ipotesi il comportamento della parte costituisce manifestazione dell'autonomia riconoscibile alla parte in un processo dominato dal principio dispositivo, con la conseguenza che il fatto non contestato non ha bisogno di prova perché le parti ne hanno disposto vincolando il giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza; si tratta, quindi, di un ambito di incidenza estraneo alla determinazione del thema probandum ed inerente soltanto alla determinazione del tema di fatto che è a base della controversia; B) nella seconda ipotesi (cui può assimilarsi anche quella di difetto di contestazione in ordine all'applicazione delle regole tecnico-contabili), nonostante la mancanza di controversia sulla specifica circostanza, si è fuori del dominio esclusivo dell'autonomia delle parti ed è pur sempre necessario un controllo probatorio, ai fini del quale il comportamento tenuto dalle parti può essere utilizzato dal giudice come argomento di prova ex art. 116, secondo comma, cod. proc. civ.».*

Al riguardo, i giudici di legittimità hanno precisato che la mancata contestazione assume un diverso grado di stabilità, a seconda che investa i fatti principali ovvero quelli secondari. Nel primo caso, in quanto riflesso del potere di allegazione dei fatti, la mancata contestazione soggiace agli stessi limiti preclusivi stabiliti dalla legge per tale potere ⁽⁵⁴⁾. Viceversa, qualora la mancata contestazione abbia ad oggetto i fatti secondari, ovvero le regole su cui si fondano le operazioni di quantificazione del bene in contesa, essa può considerarsi provvisoria, o reversibile, non ravvisandosi limiti o preclusioni al potere

⁽⁵⁴⁾ Se la mancata contestazione «*concerne fatti costitutivi del diritto, [essa] si coordina al potere di allegazione dei medesimi e partecipa della sua natura, sicché simmetricamente soggiace agli stessi limiti apprestati per tale potere; in altre parole, considerato che l'identificazione del tema decisionale dipende in pari misura dall'allegazione e dall'estensione delle relative contestazioni, risulterebbe intrinsecamente contraddittorio ritenere che un sistema di preclusioni in ordine alla modificabilità di un tema siffatto operi poi diversamente rispetto all'uno o all'altro dei fattori della detta identificazione; e, pertanto: Aa) il limite della contestabilità dei fatti costitutivi originariamente incontestati si identifica, nel rito del lavoro, con quello previsto dall'art. 420, primo comma, cod. proc. civ. per la modificazione di "domande eccezioni e conclusioni già formulate"; Ab) trattasi di preclusione argomentabile dal sistema e non di decadenza ex art. 416 cod. proc. civ., norma che commina tale sanzione per le sole domande riconvenzionali e per le eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio e proposte oltre il limite temporale, assegnato alla memoria difensiva; Ac) ai fini della tempestività della contestazione, non rileva la tardività della costituzione in giudizio, potendo un problema di preclusioni alla contestabilità porsi soltanto nel presupposto della rilevanza di un originario atteggiamento di non contestazione».*

di contestazione successiva di ciò che originariamente non era stato contestato ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁵⁾ Allorché la mancata contestazione investa «*circostanze di rilievo istruttorio, trova, invece, più ampia applicazione il principio della provvisorietà, ossia della revocabilità della non contestazione, versandosi in un ambito nel quale il controllo probatorio è, in ogni caso, necessario e l'atteggiamento difensivo del convenuto ed i suoi eventuali mutamenti rilevano solo come "argomenti", da valutarsi, nel concorso delle ulteriori risultanze istruttorie, ai fini della formazione del convincimento del giudice*». La Corte prosegue riferendo che ciò non «*contrasta con la struttura propria del rito speciale in quanto: Ba) una tardiva contestazione dei fatti probatori non comporta alcuna alterazione del sistema difensivo che l'attore deve, in ogni caso, avere approntato secondo il principio di eventualità (vale a dire formulando - già nell'atto introduttivo del giudizio, sotto pena di preclusione - le proprie istanze istruttorie con la completezza che si imporrebbe in presenza di un'integrale contestazione ad opera della controparte) e che, quindi, già appartiene potenzialmente al tema istruttorio della causa; Bb) le sopravvenute contestazioni che implicano modificazioni del tema istruttorio, non essendo colpite da specifica sanzione di decadenza ex art. 416 cod. proc. civ., possono essere assoggettate ad un sistema di preclusioni solo nella misura in cui procedono da modificazioni dell'oggetto della controversia le quali, come si è detto, si correlano al potere di allegazione ed ai limiti che lo governano; Bc) è caratteristica precipua del detto rito speciale il contemperamento del principio dispositivo con le esigenze della ricerca della "verità materiale", di guisa che, quando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza sui fatti costitutivi dei diritti in contestazione, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti*».

Con la decisione in esame si è quindi per la prima volta affermato *expressis verbis* che negli artt. 167 e 416 cod. proc. civ. è ravvisabile un vero e proprio onere di contestazione gravante sul convenuto, tale per cui il fatto non contestato è sottratto dall'ambito degli accertamenti probatori necessari ai fini della decisione.

Come si è letto nella parte motiva della sentenza n. 761/2002, uno dei principali argomenti che giustifica l'abbandono dell'indirizzo consolidato precedente consiste nel rilievo per cui «*a fronte di un onere esplicitamente imposto dal dettato legislativo*», la mancata contestazione «*rappresenta, in positivo e di per sé, l'adozione di una linea difensiva incompatibile con la negazione del fatto*», sicché diviene «*sostanzialmente inavvertibile, ai fini dell'identificazione dei fatti "pacifici", la tradizionale differenza (...) fra ammissione implicita e non contestazione*».

Le conclusioni cui è giunta la Corte sono, all'evidenza, dirompenti.

Infatti, come si è detto, i giudici di legittimità affermano che nella mancata contestazione dei fatti principali si ravvisa «*un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente*». Qualora, invece, a non essere contestati sono i fatti secondari, il relativo comportamento processuale della parte non sarà idoneo a vincolare il giudice ai fini della decisione, ma potrà essere liberamente valutato come semplice argomento di prova.

7. Le reazioni della dottrina e della giurisprudenza al dictum delle Sezioni Unite n. 761/2002

La pronuncia delle Sezioni Unite analizzata nel paragrafo precedente ha stimolato fin da subito l'interesse degli interpreti, stante le notevoli conseguenze sul piano pratico che le conclusioni raggiunte dai giudici di legittimità avrebbero comportato.

I numerosi studi compiuti intorno al fenomeno della specifica contestazione all'indomani della sentenza n. 761/2002 hanno, però, in larga parte dissentito dalle statuizioni della Suprema Corte, evidenziando le lacune e i punti deboli della pronuncia *de qua* che, per tale ragione, è stata abbondantemente criticata e, addirittura, trascurata da una parte della successiva giurisprudenza ⁽⁵⁶⁾.

Procedendo con ordine, occorre riferire che fra i primi commentatori della più volte citata sentenza n. 761/2002, si è dubitato della validità del ragionamento seguito dai giudici di legittimità, con particolare riferimento sia al fondamento delle argomentazioni svolte che - come detto - si rinviene nel principio dispositivo sostanziale, sia alla dicotomia fondamentale che la Suprema Corte ha tracciato fra la rilevanza della mancata contestazione per i fatti principali e per quelli secondari.

⁽⁵⁶⁾ C. M. CEA, *Art. 115 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, p. 799, rileva, infatti, che «*ad onta del conclamato intento nomofilattico, sez. un. n. 761/02 ha fallito l'obiettivo ambizioso di appianare definitivamente i contrasti giurisprudenziali, come risulta dal fatto che, pur dopo la sua pubblicazione, sono intervenute decisioni delle sezioni semplici della S.C. che non solo si sono limitate a propendere per la tesi sconfessata dalle sezioni unite, ma addirittura hanno ignorato persino l'esistenza di quel dictum*».

Al riguardo, si è rilevato che «*l'allegazione dei fatti principali (non indispensabili per l'individuazione del diritto fatto valere in giudizio, o non posti a fondamento di eccezioni in senso stretto "che possono essere proposte solo dalle parti") non è espressione dell'autonomia sostanziale, ma è solo un problema di tecnica processuale, di modello di processo concretamente adottato: ne segue che i fatti, fermo il superiore principio del divieto di utilizzazione del sapere privato da parte del giudice, possono emergere anche dagli atti del processo. Ne segue che il valore della non contestazione non può essere dedotta dal principio dell'autonomia privata. Ne segue, ancora, che la distinzione tra valore della non contestazione dei fatti principali e valore della non contestazione dei fatti secondari non regge: la non contestazione opera allo stesso modo sia riguardo ai fatti principali che riguardo ai fatti secondari. La non contestazione è sempre la stessa cosa: contegno processuale valutato diversamente a seconda che il processo sia relativo a diritti disponibili o a diritti indisponibili*»⁽⁵⁷⁾.

E ancora che «*l'errore fondamentale del leading case testé ricordato consiste nell'aver dato corpo giurisprudenziale al dogma della non contestazione dei fatti principali quale riflesso del principio dispositivo in senso sostanziale, di cui le parti detengono il monopolio. Sol che si rifletta un poco, la non contestazione è mera tecnica di economia processuale, che trova fondamento*

⁽⁵⁷⁾ Così, ineccepibilmente, A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti ... cit.*, p. 604; ID., *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 3134, il quale, richiama, in argomento, gli studi monografici di D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti ... cit.*, e di A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione ... cit.*

nell'autoresponsabilità delle parti e attiene alla prova dei fatti: questi, se non controversi, escono dal thema probandum e determinano una relevatio ab onere probandi, che ne rende superflua la dimostrazione, a prescindere dal carattere principale o secondario di essi»⁽⁵⁸⁾.

Il fondamento della tecnica della specifica contestazione nel principio dispositivo determina, secondo alcuni Autori, due fondamentali conseguenze: «a) la non contestazione esplica i suoi effetti soltanto con riferimento ai fatti principali, b) il fatto non contestato è sottratto al controllo probatorio del giudice, che dovrà considerarlo vero senza possibilità di smentita (...). Nessuna di queste due asserzioni è condivisibile; non certo la prima, ché in tal caso il principio di non contestazione diventerebbe recessivo per la gran parte dei fatti riversati nel processo (quelli secondari); ma neppure la seconda, giacché, a volerle prestar fede, dovremmo arrivare a dire che il giudice è costretto a tenere per vero il fatto non contestato anche quando tale verità sia smentita dalle prove acquisite nel processo»⁽⁵⁹⁾.

Ma, in tal modo, rileva qualcuno che si avrebbe una sorta di «verità negoziata», insindacabile per il giudice e irrevocabile per le parti stesse, «a meno che (...) non sia affetta da vizi di formazione (errore di fatto o violenza: cfr. l'art. 2732 c.c.), peraltro difficilmente prospettabili per un'attività omissiva dei difensori qual è la non contestazione del suo estrinsecarsi in seno al processo»⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁸⁾ Così, esattamente, A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 83.

⁽⁵⁹⁾ In questi termini, C. M. CEA, *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 799.

⁽⁶⁰⁾ Così, A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 83.

Si è osservato, poi, che la concezione negoziale della contestazione dei fatti è discutibile per varie ragioni, ma soprattutto perché essa appare fondata su un equivoco che riguarda la natura e la funzione dell'allegazione dei fatti e della loro contestazione effettuata o mancata. Al riguardo, si è precisato che *«l'allegazione di un fatto consiste nella formulazione di un enunciato descrittivo di quel fatto, compiuta da una parte in uno dei suoi atti. Questo enunciato è caratterizzato da una pretesa di verità, poiché la parte che allega il fatto lo indica come vero. (...) In secondo luogo, va considerato che l'allegazione di un fatto non ha di per sé alcun effetto dispositivo o normativo: solo nel momento in cui la parte lo riconduce ad una fattispecie legale, e attribuisce ad esso una qualificazione giuridica, il fatto allegato diventa "costitutivo" di una situazione giuridica»* ⁽⁶¹⁾. Questa considerazione induce ad escludere l'attendibilità dell'opinione secondo la quale l'allegazione dei fatti sarebbe intimamente connessa al principio dispositivo, anzi costituirebbe uno strumento finalizzato all'attuazione di tale principio, poiché le parti – allegando i fatti – determinerebbero in tal modo l'oggetto delle loro domande e, quindi, vincolerebbero il giudice a decidere solo su ciò che è stato allegato. Ciò posto, si è detto essere evidente che tale tesi *«si fonda sulla confusione di due fenomeni che sarebbe invece utile tener distinti: da un lato l'allegazione in senso proprio, che consiste soltanto nella formulazione di enunciati intorno all'esistenza di determinati fatti, e dall'altro lato la loro qualificazione giuridica nel contesto della formulazione della domanda. Il principio dispositivo va certamente riferito alla formulazione della domanda, ossia agli effetti giuridici che*

⁽⁶¹⁾ Così, M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, pp. 124-126.

si vogliono far derivare dai fatti che si allegano, ma non può essere riferito alla pura e semplice formulazione di enunciati che descrivono questi fatti. In realtà, l'allegazione altro non è che un atto linguistico mediante il quale una parte asserisce che un fatto si è verificato con certe modalità» ⁽⁶²⁾.

Analoghe considerazioni, benché svolte con riferimento al rito del lavoro (ma vevoli anche per il rito ordinario) sono state sviluppate da chi ha rilevato che «*non è sancito in alcun principio di civiltà giuridica, né tanto meno costituisce corollario indispensabile nel modello del rito del lavoro, che l'omissione da parte del convenuto della contestazione doverosa significhi univocamente ammissione del fatto non contestato, con il conseguente effetto di esentare il ricorrente dall'onere della prova di tale fatto costitutivo della propria domanda»* ⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ Cfr., ancora, M. TARUFFO, *La semplice verità ...* cit., pp. 124-126. In considerazione del pensiero di tale Autore è stato correttamente arguito che «*a contare, insomma, è il contesto in cui i fatti vengono dedotti: se è quello degli atti introduttivi, lì si esplica e viene in rilievo il principio dispositivo al senso sostanziale, perché in quel contesto le allegazioni in fatto vengono correlate a effetti giuridici. Viceversa, al fine di stabilirne l'esistenza, non è possibile assegnare un diverso statuto ai fatti principali o a quelli secondari: tutti concorrono, con diverse gradazioni di rilevanza logica rispetto alla fattispecie legale, a provare l'esistenza o meno della situazione sostanziale dedotta in giudizio»*. In questi termini, A. TEDOLDI, *La non contestazione ...* cit., p. 84.

⁽⁶³⁾ Così, A. VALLEBONA, *L'onere di contestazione nel processo del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 431, il quale sottolinea pure che l'effetto di semplificazione e accelerazione processuale derivante dalla riduzione dell'ambito dei fatti controversi non giustifica il correlato aggravamento della posizione del convenuto. In proposito, occorre anche considerare l'iniquità di una soluzione

Ciò nondimeno, occorre segnalare che vi sono stati anche commenti positivi circa la decisione n. 761/2002.

È stato affermato, infatti, che detta pronuncia ha avuto il merito di *«tentare di varcare il recinto processual-lavoristico nel quale era rimasta impigliata la giurisprudenza precedente, per dettare una disciplina tendenzialmente compiuta, valevole per il processo ordinario non meno che per il processo del lavoro»* ⁽⁶⁴⁾.

E, ancora, che *«grazie a sez. un. 761/02, oggi finalmente il principio della non contestazione entra nel processo civile per la porta principale anche alla luce di una lodevole opera di chiarificazione teorica»* ⁽⁶⁵⁾.

Quanto alla giurisprudenza formatasi successivamente alla pronuncia n. 761/2002, va rilevato

che finisce per privilegiare il contumace, per il quale le stesse Sezioni unite (correttamente) escludono la configurabilità di qualsiasi ammissione implicita, rispetto al convenuto costituito, che rischia di esentare l'attore o il ricorrente dall'onere della prova dei fatti costitutivi della domanda ove non specificamente contestati.

⁽⁶⁴⁾ Così, B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it, p. 3, nonché in *Il giusto proc. civ.*, 2010, p. 405.

⁽⁶⁵⁾ Così, C. M. CEA, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 2017, il quale rinviene i "pregi" della decisione in commento nell'aver chiarito che *«il principio di non contestazione è un riflesso del potere di allegazione delle parti e, pertanto, ne partecipa alla natura e ai limiti per questo previsti»*; nell'aver agganciato detto principio *«a solidi riscontri positivi, quali quelli rappresentati dagli artt. 167, 1° comma, e 416, 3° comma, c.p.c.»*; nell'aver *«superato l'ostacolo (la mancata previsione di decadenza negli artt. 167 e 416) che normalmente la precedente elaborazione giurisprudenziale era solita frapporre alla possibilità di configurare la non contestazione come un fenomeno tendenzialmente stabile, e [nel]l'aver per contro fondato la tendenziale stabilità della non contestazione sul concetto di preclusione (desunta sistematicamente dall'essere il nostro principio un riflesso del potere di allegazione delle parti)»*.

fin da subito che i giudici di legittimità non hanno sempre condiviso i principi enunciati dalle Sezioni Unite in merito all'istituto della specifica contestazione.

Infatti, a numerose pronunce che si sono perfettamente adeguate al *dictum* della decisione della Suprema Corte – spesso, addirittura, ampliandone il raggio d'azione – se ne registrano altre che giungono a conclusioni opposte⁽⁶⁶⁾.

Al primo gruppo di decisioni appartengono quelle che hanno valorizzato il principio in esame, rimarcando l'insufficienza di una generica contestazione ed estendendo l'ambito applicativo dell'istituto in discorso anche ai fatti secondari⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶⁾ Si è osservato, tuttavia, che «*della sentenza delle Sezioni Unite, la giurisprudenza largamente maggioritaria ha sostanzialmente accettato il nucleo e che le massime in apparenza contrarie sono prevalentemente frutto di situazioni particolari in cui il comportamento del convenuto aveva finito per lasciare dubbi sulla effettività della non contestazione*». In questi termini, cfr. B. SASSANI, *L'onere della contestazione ... cit.*, p. 3.

⁽⁶⁷⁾ In particolare, Cass. 26 settembre 2002, n. 13972, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 1727; Cass. 15 gennaio 2003, n. 535, *ivi*, 2003, p. 108, e Cass. 3 febbraio 2003, n. 1562, in *Foro it.*, 2003, I, p. 1453, hanno ribadito che nel rito del lavoro la mancata contestazione specifica dei fatti costitutivi del diritto fatto valere dal ricorrente rende i fatti stessi incontrovertibili e, conseguentemente, essi non possono essere contestati nell'ulteriore corso del giudizio, sono sottratti al controllo probatorio del giudice e devono essere ritenuti sussistenti senza necessità di un apposito accertamento istruttorio. Si veda anche, più di recente, Cass. 21 giugno 2013, n. 15658, in *Dejure*, che, proprio come le Sezioni Unite del 2002, qualifica espressamente la mancata contestazione come un «*comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e dovrà,*

*perciò, ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti». Per la giurisprudenza di merito, nello stesso senso, v. App. Milano, 12 ottobre 2009, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce «*Procedimento civile*», n. 278.*

Si veda, poi, Cass. 5 marzo 2003, n. 3245, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 452, la quale precisa che il principio della specifica contestazione è valido anche per l'attore. In tale decisione si legge, infatti, che «*il sistema di preclusioni su cui fonda il rito del lavoro (come il rito civile riformato) comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa, evidenziando con chiarezza gli elementi in contestazione; ne consegue che ogni volta che sia posta a carico di una delle parti (attore o convenuto che sia) un onere di allegazione (e di prova), il corretto sviluppo della dialettica processuale impone che l'altra parte prenda posizione in maniera precisa rispetto alle affermazioni della parte onerata, nella prima occasione processuale utile (e perciò nel corso dell'udienza di cui all'art. 420 c.p.c., se non ha potuto farlo nell'atto introduttivo), atteso che il principio di non contestazione, derivando dalla struttura del processo e non soltanto dalla formulazione dell'art. 416 bis c.p.c., è applicabile, ricorrendone i presupposti, anche con riguardo all'attore, ove oneri di allegazione (e prova) gravino anche sul convenuto». Conformi le successive Cass. 5 dicembre 2003, n. 18598, in *Dejure*; Cass. 13 giugno 2005, n. 12636 in *Foro it.*, 2006, I, p. 492, con nota di A. De Santis e *ivi*, 2006, I, p. 1873, con nota di C. M. Cea; Cass. 8 agosto 2006, n. 17947, in *Dejure*; Cass. 15 maggio 2007, n. 11107 e n. 11108, *ivi*; Cass. 25 maggio 2007, n. 12231, *ivi*; Cass. 14 giugno 2007, n. 13878, in *Guida al diritto*, 2007, fasc. 35, p. 67; Cass. 20 novembre 2008, n. 27596, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 1656; Cass. 2 novembre 2009, n. 23142, *ivi*, 2009, p. 1531.*

Infine, quanto all'estensione del principio della specifica contestazione ai fatti secondari, si veda, in particolare, Cass. 17 aprile 2002, n. 5526, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2017, con nota di C. M. CEA, *Il principio di non contestazione ... cit.*, la quale, sia pure non esplicitamente, ha tenuto in disparte la distinzione operata dalle Sezioni Unite circa i fatti principali e i fatti secondari, giacché, da

Successivamente, rafforzando ulteriormente le conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte nel 2002, si è esplicitato *expressis verbis* che l'onere di contestazione deve ritenersi un «*principio generale che informa il sistema processuale civile*», poggiando le proprie basi non solo su specifiche norme, ma soprattutto (i) sul carattere dispositivo del processo, comportante una struttura dialettica catena; (ii) sulla generale organizzazione del giudizio in fasi, scandite secondo il principio di

un lato, ha affermato che la mancata contestazione rende accertati anche i fatti secondari e, dall'altro, ha ritenuto possibile utilizzare i fatti secondari accertati per mancanza di contestazione quale fonte del ragionamento diretto ad affermare la sussistenza dei fatti costitutivi della domanda. Sempre in ordine all'estensione degli effetti della contestazione ai fatti secondari, si vedano Cass. 13 settembre 2003, n. 13467, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1480; Cass. 8 aprile 2004, n. 6936, in *Dejure*; Cass. 25 maggio 2004, n. 10031, in *Dir. e giust.*, 2004, fasc. 26, p. 32; Cass. 12636/2006 cit.; Cass. 4 dicembre 2007, n. 25269, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 72; Cass. 15 novembre 2007, n. 23638, in *Guida al diritto*, 2008, fasc. 11, p. 53; Cass. 27 febbraio 2008, n. 5191, in *Dejure*; Cass. 21 maggio 2008, n. 13079, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 783.

Con specifico riferimento alla sezione lavoro della Corte di Cassazione, cfr. Cass. 11 febbraio 2002, n. 1902, in *Dejure*; Cass. n. 5526/2002 cit.; Cass. 13 giugno 2002, n. 8502, in *Foro it.*, 2002, I, p. 3359; Cass. n. 13972/2002 cit.; Cass. n. 535/2003 cit.; Cass. n. 1562/2003 cit.; Cass. n. 3245/2003 cit.; Cass. 14 gennaio 2004, n. 405, in *Dejure*; Cass. 5 marzo 2004, n. 4556, *ivi*; Cass. 5 aprile 2004, n. 6663, *ivi*.

Infine, quanto alla giurisprudenza di merito, si vedano Trib. Foggia 7 maggio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2020, con nota di C. M. CEA, *Il principio di non contestazione ... cit.*; Trib. Ivrea 5 novembre 2003, n. 459, in *Giur. merito*, 2004, fasc. 2, p. 272; Trib. Ivrea 13 dicembre 2006, n. 150, in *Guida al diritto*, 2007, fasc. 7, p. 70.

preclusione; (iii) sul dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 cod. proc. civ.; (iv) nonché sul generale principio di economia processuale sancito dall'art. 111 Cost. ⁽⁶⁸⁾.

Come anticipato, però, vi sono state anche decisioni che, discostandosi dal precedente espresso dalle Sezioni Unite, sono tornate ad affermare le conclusioni raggiunte dagli orientamenti più risalenti ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Così, Cass. n. 12636/2005 cit. Nello stesso senso, si vedano le successive Cass. 24 gennaio 2007, n. 1540, in *Dejure*; Cass. n. 23638/2007 cit.; Cass. n. 5191/2008 cit.; Cass. 21 maggio 2008, n. 13078, in *Guida al diritto*, 2008, fasc. 38, p. 80; Cass. n. 27596/2008 cit.; Cass. n. 5356/2009 cit.

⁽⁶⁹⁾ In tale solco interpretativo si collocano Cass. n. 2959/2002, cit.; Cass. 5 marzo 2002, n. 3175, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Prova civile in genere*, n. 17; Cass. 16 gennaio 2003, n. 559 e Cass. 5 febbraio 2003, n. 1672, entrambe in *Foro it.*, 2003, I, p. 2107, con commento di C. M. CEA, *Il principio di non contestazione tra fronda e disinformazione*; Cass. 28 ottobre 2004, n. 20916, *ivi*, 2005, I, p. 728, con nota di C. M. CEA, *La non contestazione dei fatti e la Corte di Cassazione: ovvero un principio poco amato*; Cass. 6 febbraio 2004, n. 2299, in *Dejure*; Cass. 12 febbraio 2004, n. 2699, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Prova civile in genere*, n. 17; Cass. n. 13830/2004 cit.; Cass. n. 2273/2005, cit.; Cass. 14 marzo 2006, n. 5488, in *Dejure*; Cass. 16 giugno 2005, n. 13958, *ivi*; Cass. 27 maggio 2009, n. 12274, *ivi*; Cass. 1° dicembre 2009, n. 25281, *ivi*.

Con particolare riguardo a Cass. n. 559/2003, cit., e Cass. n. 1672/2003, cit., nonché a Cass. n. 20916/2004, cit. – che mostrano di ignorare completamente l'autorevole precedente del 2002 – Cea, nei rispettivi commenti (in *Foro it.*, 2003, I, p. 2107 e in *Foro it.*, 2005, I, p. 728), parla di «tartufismo giurisprudenziale», posto che «si può dissentire su tutto, quindi, anche da una decisione delle sezioni unite (visto che il nostro ordinamento non conosce il vincolo dello stare decisis); ma il dissenso non può tradursi nell'ignoranza degli altrui argomenti, soprattutto quando vengono dal supremo organo nomofilattico e soprattutto quando gli stessi

Ne discende un quadro d'insieme frastagliato e nient'affatto chiaro per gli interpreti e gli operatori del diritto che, fino a tempi recenti – e forse anche tuttora – non sono stati in grado di pervenire a un'accettabile uniformità ricostruttiva del fenomeno della specifica contestazione, come visto fondato su premesse eterogenee e non sempre coerenti, ciò che ne determina il suo carattere magmatico e di incessante assestamento.

sono stati (e lo sono tuttora) oggetto di un'attenzione dottrinarica (...) spasmodica».

Si vedano, ad esempio, Cass. n. 3175/ 2002, cit.; Cass. 5 luglio 2002, n. 9741, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 1164 e Cass. n. 559/2003, cit., le quali affermano che i fatti allegati da una parte possono essere considerati pacifici, esonerando la parte sulla quale grava il relativo onere dalla necessità di fornirne prova, quando l'altra parte li abbia esplicitamente ammessi, ovvero quando abbia impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi.

Con riferimento al tema della genericità della contestazione, si veda Cass. 11 dicembre 2002, n. 17664, in *Dejure*, ove si legge che «*non è necessaria una contestazione specifica e dettagliata. La pur semplice contestazione da parte del resistente conferisce al fatto la natura controversa e la necessità della conseguente pronuncia da parte del giudice: la genericità della contestazione, nel quadro delle prescrizioni dell'art. 416 cod. proc. civ., diventa elemento di valutazione, da parte del giudice, ai fini della decisione sul fatto contestato».*

8. *L'introduzione del rito societario e l'applicazione del meccanismo della mancata contestazione – cenni*

La dissonanza delle opzioni interpretative non si è attenuata nemmeno quando, nel 2003, è stato introdotto il rito societario (D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5).

Benché detto rito non sia, oggi, più in vigore ⁽⁷⁰⁾, vale la pena di richiamarne due disposizioni con le quali era stato introdotto nell'ordinamento processuale un vero e proprio onere di difesa per il convenuto, posto che per la prima volta trovavano espressa disciplina le conseguenze derivanti dalla mancata contestazione dei fatti allegati dall'avversario.

Al riguardo, si segnala anzitutto l'art. 13, 2° comma, il quale introduceva il meccanismo della c.d. *ficta confessio*, per effetto del quale la tardiva notifica della comparsa di risposta da parte del convenuto e la successiva, rapida e pronta richiesta dell'attore di fissare udienza per la discussione, rendeva non contestati i fatti dedotti dall'attore ⁽⁷¹⁾.

⁽⁷⁰⁾ Il rito societario, infatti, è stato abrogato dall'art. 54, 5° comma, della legge di riforma del processo civile n. 69 del 18 giugno 2009.

⁽⁷¹⁾ Disponeva il secondo comma dell'art. 13, D. Lgs. 5/2003, che «*se il convenuto non notifica la comparsa di risposta nel termine stabilito a norma dell'articolo 2, comma 1, lettera c), ovvero dell'articolo 3, comma 2, l'attore, tempestivamente costituitosi, può notificare al convenuto una nuova memoria a norma dell'articolo 6, ovvero depositare, previa notifica, istanza di fissazione dell'udienza; in quest'ultimo caso i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di costituzione, si intendono non contestati e il tribunale decide sulla domanda in base alla conclusione di*

La norma, però, prima ancora dell'abrogazione dell'intero rito, è stata dichiarata incostituzionale⁽⁷²⁾, non soltanto per eccesso di delega, ma anche per difformità rispetto al sistema giuridico vigente, che soleva (e suole) considerare la contumacia un comportamento legittimo quanto neutro, non certo generatore di una *ficta confessio*⁽⁷³⁾.

questa; se lo ritiene opportuno, il giudice deferisce all'attore giuramento suppletorio».

È opportuno, inoltre, ricordare che nell'originaria formulazione della norma l'effetto della mancata contestazione dei fatti allegati dall'attore conseguiva espressamente anche alla tardiva costituzione del convenuto. Tuttavia, il D. Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 ha sostituito, nel testo del secondo comma dell'art. 13, l'inciso «anche quando il convenuto si sia tardivamente costituito» con «anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di risposta».

⁽⁷²⁾ Mi riferisco a Corte Cost. 12 ottobre 2007, n. 340, in *Foro it.*, 2008, I, p. 721, con nota critica di A. BRIGUGLIO, *La Corte Costituzionale e la «ficta confessio» nel processo societario*; in *Corr. giur.*, 2008, p. 331, con nota di M. DE CRISTOFARO, *Dissolvenza sul rito societario di cognizione ordinaria?*; in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 517, con nota critica di B. SASSANI - F. AULETTA, *L'illegittimità costituzionale per «contrasto con la tradizione»: in morte di una (buona) «regola del processo».*

La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma *de qua* nella parte in cui stabiliva che i fatti affermati dall'attore si intendevano non contestati anche quando il convenuto avesse tardivamente notificato la comparsa di costituzione.

⁽⁷³⁾ Qualcuno ricorda, infatti, che l'istituto della *ficta confessio* «*assum[e] un ruolo di assoluta novità nel nostro ordinamento dal momento che sino ad ora nell'ambito dei giudizi a cognizione piena la contumacia era un evento neutro (semmai era qualificabile come ficta contestatio) che certo non esonerava l'attore dal dover dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi della domanda introdotta nel giudizio. (...) Il nuovo scenario impone invece al convenuto l'onere della difesa tecnica perché la sola*

Infatti, è stato rilevato che «*la norma ora dichiarata incostituzionale aveva provocato l'abbandono del principio storicamente adottato dalla legislazione italiana secondo cui la contumacia costituisce una ficta contestatio per approdare all'opposto principio che la medesima dà luogo a una ficta confessio (in forza del primo modello, in caso di contumacia del convenuto, l'attore è tenuto comunque a provare i fatti costitutivi della domanda; al contrario, in base al secondo sistema, se il convenuto resta contumace, l'attore è esonerato dalla prova dei fatti costitutivi del proprio diritto, venendo considerati non contestati, e quindi ammessi)*»⁽⁷⁴⁾.

In secondo luogo, occorre richiamare il disposto del comma 2 *bis* dell'art. 10 del medesimo D. Lgs. n. 5/2003, il quale disponeva espressamente che «*la notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza rende pacifici i fatti allegati dalle parti ed in precedenza non specificamente contestati*».

Dunque, i fatti non contestati in modo specifico venivano ad essere “fissati” in maniera definitiva nel momento in cui una parte avesse notificato alla o alle altre parti l'istanza di fissazione dell'udienza.

Dalla rapida analisi qui svolta ci si accorge come nel 2003 si sia verificato un primo “segnale” del riconoscimento normativo dell'istituto della contestazione – che avverrà compiutamente di lì a pochi anni, con la legge di riforma del processo civile n. 69/2009.

mancata tempestiva notificazione della comparsa di risposta può trasformarsi nella prova di un diritto magari inesistente e comunque non altrimenti provato» (cfr. M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1350).

⁽⁷⁴⁾ Così, B. SASSANI – R. TISCINI, *Il nuovo processo societario*, in www.judicium.it.

Ciò, in un'ottica di evidente continuità con la generalizzata valorizzazione del principio della specifica contestazione effettuata dalla giurisprudenza a partire dalla fondamentale decisione n. 761/2002.

9. Le successive evoluzioni normative e l'approvazione dell'attuale art. 115 cod. proc. civ.

Negli anni trascorsi fra il varo del rito societario e la più volte accennata riforma del 2009, il tema della mancata contestazione non fu dimenticato, anzi nei numerosi progetti di riforma del codice di procedura civile elaborati in tale periodo il comportamento processuale delle parti venne valorizzato più o meno intensamente.

Si ricorda, innanzitutto, l'art. 23 del disegno di legge delega per l'attuazione delle modifiche al codice di procedura civile, approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 ottobre 2003 ⁽⁷⁵⁾, per il quale il Governo era delegato a

⁽⁷⁵⁾ Il disegno di legge, conosciuto anche come “bozza Vaccarella” tendeva, per esigenze di economia processuale e di ragionevole durata del giudizio, ad allargare al processo ordinario a cognizione piena il modello introdotto per il rito societario. Per ulteriori ragguagli sul tema si vedano, in particolare, C. M. CEA, *La bozza Vaccarella tra dubbi e perplessità*, in *Foro it.*, 2003, pt. V, p. 151; G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni sui lavori della commissione Vaccarella per la riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 2002, pt. V, p. 233; A. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione di riforme del processo civile*, in *Foro it.*, 2002, pt. V, p. 191; S. CHIARLONI, *Prime note sulla fase introduttiva del processo di cognizione secondo il disegno di legge delega per la riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 2003, p. 2413.

«prevedere che, nel caso di contumacia della parte avversa, il giudice ritenga ammessi i fatti costitutivi della domanda relativa a diritti disponibili ed emetta ordinanza di condanna esecutiva a seguito di valutazione della concludenza della domanda previo eventualmente, ove il “quantum” non sia adeguatamente documentato, deferimento del giuramento suppletorio o estimatorio, penalmente sanzionato».

Successivamente, l'art. 11 del disegno di legge approvato il 16 marzo 2007 dal Consiglio dei Ministri, recante “Disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile”, mirava a modificare l'art. 88 cod. proc. civ. nel senso che *«le parti costituite debbono chiarire le circostanze di fatto in modo chiaro e veritiero»* e l'art. 115 cod. proc. civ., al quale si proponeva di aggiungere che il giudice avrebbe potuto porre a fondamento della domanda, senza bisogno di prova, le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza *«nonché i fatti non specificamente contestati»* ⁽⁷⁶⁾.

Infine, in tempi molto recenti, autorevole dottrina ha elaborato un progetto di riforma del codice di rito, nel quale viene attribuita notevole rilevanza al principio della

⁽⁷⁶⁾ Nella relazione di accompagnamento al disegno di legge di cui nel testo viene chiarito che *«alla luce di questa modifica – che ben si coordina con il tenore dell'art. 167 comma 1, che impone al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi della domanda – la non contestazione viene considerata un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, posto che in questo caso l'atteggiamento difensivo della parte sottrae il fatto medesimo dall'ambito degli accertamenti richiesti»*. Come si nota, il legislatore utilizza le stesse parole di Cass., Sez. Un., n. 761/2002.

specifica contestazione, anche attraverso la valutazione della contumacia come *ficta confessio* ⁽⁷⁷⁾.

Venendo, ora, all'esame dei lavori preparatori della recente riforma dell'art. 115 cod. proc. civ., va anzitutto osservato che il disegno di legge del 2 luglio 2008 n. 1441

⁽⁷⁷⁾ Mi riferisco al progetto redatto dal Proto Pisani (*Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 1), nel quale espressamente si afferma che la disciplina del processo a cognizione piena di primo e secondo grado è articolata secondo una serie di direttive, fra cui «*chiusura semplificata del processo in prima udienza in caso di contumacia (con disciplina modellata in coerenza con quella dei procedimenti monitori), non contestazione o riconoscimento del diritto da parte del convenuto*».

Nel titolo dedicato ai principi fondamentali, l'art. 0.13 del progetto prevede che nei processi relativi a diritti disponibili i fatti non specificamente contestati (fra i quali si annoverano anche quelli contestati genericamente) o ammessi non abbisognano di essere provati. Nei processi relativi a diritti indisponibili, invece, la mancata contestazione o l'ammissione dei fatti dedotti *ex adverso* sono valutate dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento. Inoltre, l'art. 2.7 prevede che, all'atto della costituzione in giudizio, il convenuto debba prendere posizione specifica sui fatti affermati dall'attore; in mancanza, si applica quanto stabilito dal precedente art. 0.13.

Ancora, sempre in materia di diritti disponibili, l'art. 2.16 prevede che se il convenuto non si costituisce tempestivamente in giudizio, il giudice deve ritenere esistenti i fatti posti a fondamento della domanda e pronunciarsi su di essa sulla base della sola valutazione in diritto. Analoga conseguenza si verifica nel caso di mancata contestazione tempestiva, da parte del convenuto, dei fatti costitutivi allegati a fondamento della domanda e di mancata proposizione di eccezioni di merito.

Infine, quanto al giudizio di secondo grado, l'art. 2.169 dispone che in appello sono ammesse nuove prove e contestazioni di fatti non contestati in primo grado, ma se la contestazione viene formulata per la prima volta in appello il relativo onere della prova si sposta a carico della parte che contesta.

della Camera dei Deputati prevedeva in origine che al primo comma dell'art. 115 fossero aggiunte le parole «*nonché i fatti contestati in modo generico*»⁽⁷⁸⁾.

Successivamente, nella seduta del 22 settembre 2008, è stato approvato un emendamento che, per quanto qui interessa, ha modificato l'aggiunta da apportare al primo comma dell'art. 115, in «*nonché i fatti ammessi o non contestati*»⁽⁷⁹⁾.

Quando il disegno di legge è passato all'esame del Senato, il testo dell'art. 115 ha subito ancora una modifica,

⁽⁷⁸⁾ Anche nella relazione di accompagnamento del disegno di legge citato nel testo si chiarisce che «*la non contestazione è considerato un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, posto che in questo caso l'atteggiamento difensivo delle parti sottrae il fatto medesimo dall'ambito degli accertamenti richiesti*». Si utilizzano, dunque, ancora una volta le medesime espressioni che si rinvengono nel testo della decisione della Suprema Corte n. 761/2002.

⁽⁷⁹⁾ L'Associazione Nazionale Magistrati ha formulato alcune osservazioni sul disegno di legge giunto all'esame del Senato (in www.associazionemagistrati.it).

Con specifico riferimento alla riformulazione dell'art. 115 cod. proc. civ., si è rilevato che «*la modifica proposta dal Governo, che consentiva di porre a fondamento della decisione anche i fatti "contestati in modo generico" (...) era ben più incisiva*» rispetto all'espressione «*fatti ammessi o non contestati*» contenuta nell'emendamento approvato dalla Camera il 22 settembre 2008. Rileva, ancora, l'ANM che «*appare, pertanto, opportuno reintrodurre la precedente previsione, in quanto consentirebbe di non dare rilievo alle formule di stile solitamente inserite dai difensori in chiusura degli atti e che hanno come unico effetto di ingigantire l'istruttoria senza alcuna reale utilità. La necessità di contestazione specifica, invece, costringe il difensore a prendere posizione su ogni fatto per rendere più facile il controllo sul leale comportamento delle parti nel corso del processo*».

poiché le commissioni del Senato, nella seduta del 24 febbraio 2009 n. 51, hanno approvato un emendamento per il quale il giudice deve fondare la decisione anche sui *«fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita»*.

Il testo frutto dell'emendamento è stato in seguito approvato sia dal Senato che dalla Camera, diventando in effetti il nuovo inciso dell'art. 115, 1° comma, cod. proc. civ. entrato in vigore il 4 luglio 2009, il quale attualmente dispone che *«salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza»*.

Se da un lato può apprezzarsi l'intervento normativo che, finalmente, ha riconosciuto *expressis verbis* l'esistenza, nell'ordinamento processuale vigente, del generale principio della specifica contestazione, dall'altro la nuova disposizione contiene null'altro che tale espresso riconoscimento, mentre sarebbe stata di certo largamente apprezzata una disposizione maggiormente completa ed esaustiva quanto alle numerose questioni che risultano essenziali per la corretta applicazione pratica del principio *de quo* da parte di tutti i soggetti processuali, organi giudicanti compresi. Primariamente se si considera che si tratta di materia che presenta ampie zone d'ombra con considerevoli ricadute pratiche.

Il capitolo seguente sarà, dunque, dedicato all'analisi del nuovo primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ., delle problematiche connesse e degli interrogativi che tale norma suscita, specialmente con riguardo a ciò che essa "non dice".

CAPITOLO SECONDO

LA RIFORMA DELL'ART. 115 COD. PROC. CIV. TRA ANTICHI DUBBI E NUOVE INCERTEZZE

«La contraddizione è un cattivo segno di verità: parecchie cose certe sono contraddette; parecchie cose false passano senza contraddizione» (B. PASCAL, Pensieri, 1670; postumo)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. L'art. 115 cod. proc. civ. e il principio del giusto processo regolato dalla legge - 3. La contestazione è un'eccezione o una mera difesa? - 4. La scelta di collocare l'onere di contestazione nel primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ. - 5. Il ruolo del giudice nella valutazione dei fatti non contestati - 6. I fatti oggetto di contestazione – I. Fatti relativi a diritti disponibili – II. Fatti conosciuti e fatti conoscibili – III. Fatti principali, fatti secondari, fatti processuali – IV. Fatti riguardanti contratti redatti per iscritto - 7. La specificità della contestazione – I. I principali comportamenti comunemente tenuti in giudizio e la verifica della loro (eventuale) aderenza alla regola della specifica contestazione - 8. La riserva a favore delle sole parti costituite - 9. Il termine e la stabilità della contestazione.

1. Premessa

L'integrazione apportata al testo dell'art. 115 cod. proc. civ. ad opera della Legge di riforma n. 69/2009 consente oggi di discorrere di un generale "principio di contestazione", o meglio di un "onere di specifica contestazione" gravante sulle parti processuali. In virtù di esso le parti sono onerate, appunto, di prendere posizione in maniera specifica e circostanziata circa le allegazioni fattuali della controparte. In mancanza, il giudice sarà tenuto a considerare le circostanze non investite da una specifica contestazione come dati fattuali non bisognosi di prova, quindi pacifici, e dovrà fondare la decisione della lite (anche) sulla base di esse.

Non si è più, quindi, in presenza di una figura di creazione giurisprudenziale, dai confini incerti e di applicazione tutt'altro che uniforme, bensì ci si deve ora confrontare con un principio generale del processo civile che, in quanto tale, dovrebbe connotarsi per parametri applicativi univoci e interpretazione unanime.

Il condizionale è quanto mai doveroso: la codificazione dell'onere di specifica contestazione è (stata) ben lontana dal rispondere esaurientemente ai numerosi quesiti ermeneutici formulati dagli studiosi in tempi ben antecedenti al 2009. Anzi, il legislatore della riforma ha, per certi aspetti, dato nuova linfa a precedenti dubbi interpretativi e, addirittura, ha finito per generare ulteriori enigmi applicativi, soprattutto in considerazione della concreta applicazione nelle aule di giustizia del principio sancito dall'art. 115 cod. proc. civ.

Non erra, allora, chi afferma che il principio della specifica contestazione è un «*tema tormentato*»⁽⁸⁰⁾. Nessun'altra locuzione, infatti, potrebbe essere più calzante.

Il «tormento» che interessa la materia *de qua* non è certo cosa nuova. Mai, infatti, nella storia degli studi riguardanti la contestazione, si è potuto assistere all'affermazione di una tesi che prevalessesse sulle altre, proposte da pur sempre autorevolissimi processual-civilisti. Il dibattito ha riguardato (e riguarda), anzitutto, la natura dell'attività contestativa – dispositiva o probatoria; poi, il significato da attribuire alla contestazione quale comportamento umano processualmente rilevante – ammissione ovvero confessione; ancora, la qualificazione giuridica da attribuire al fenomeno, dal punto di vista schiettamente processuale – mera difesa o eccezione; inoltre, la delimitazione temporale dell'ambito di operatività dell'onere di contestazione; ancora, i comportamenti integranti in concreto la mancata contestazione – silenzio, contumacia, contestazione generica, parziale, o implicita; infine, le conseguenze da attribuire al contegno contestativo delle parti – obbligo ovvero facoltà per il giudice di tenere conto delle circostanze fattuali non contestate.

Molti di tali interrogativi sono stati sviscerati dagli studiosi del processo civile con grande attenzione e dedizione, incrementati di volta in volta da ulteriori riflessioni ed approfondimenti che hanno finito per

⁽⁸⁰⁾ Sono le parole di I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, p. 239, la quale aggiunge che «*gli aspetti sui quali la novella non ha preso posizione continueranno a costituire oggetto di dibattito, senza che necessariamente si pervenga all'uniformità delle opinioni*».

complicare notevolmente il panorama di riferimento per coloro che si accingono allo studio della materia nell'intento di comprendere con esattezza il valore e la portata del fenomeno della specifica contestazione.

È quasi un paradosso pensare che il principio in esame, benché di acquisizione normativa assai recente, affondi le proprie radici in studi e pensieri molto lontani nel tempo, risalenti addirittura agli anni di approvazione del codice di rito.

Il costante sedimentarsi di studi, tesi, opinioni e interpretazioni del “fenomeno”, il più delle volte assolutamente antitetici fra loro, comporta la necessità di effettuare un grande sforzo ermeneutico per lo studio dello stesso nella sua configurazione attuale, stante la grande varietà di significati, conseguenze e interpretazioni che sono stati attribuiti alla “nuova” norma.

Nel presente capitolo ogni sforzo sarà dedicato, dunque, al tentativo di ricomporre il variopinto quadro di riferimento, cercando di ordinare e coordinare le numerose posizioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza concernenti i diversi aspetti che caratterizzano l'istituto della specifica contestazione.

Pertanto, si procederà all'analisi testuale della norma contenuta nel riscritto art. 115, 1° comma, cod. proc. civ., nel tentativo di chiarire il senso da attribuire alle singole parole formulate dal legislatore del 2009. Si dedicherà, poi, ampio spazio all'esame dei più rilevanti profili applicativi dell'onere *de quo* che, pur se non affrontati dalla riforma, rivestono importanza fondamentale e spesso determinante ai fini del corretto uso sul piano pratico dello strumento contestativo.

2. L'art. 115 cod. proc. civ. e il principio del giusto processo regolato dalla legge

E' ben noto che, al fine di chiarire i dubbi interpretativi posti dalle disposizioni di legge, si procede al raffronto delle possibili letture delle norme di volta in volta in considerazione con i precetti e i principi della Carta costituzionale. E' altrettanto noto che tale operazione ha il compito ed il fine di individuare quale, fra le diverse interpretazioni fornite, sia l'opzione ermeneutica maggiormente aderente al dettato costituzionale. E ciò vale, ovviamente, anche in ambito processuale.

Dunque, se uno dei parametri da utilizzare per interpretare le norme processuali è l'art. 111 Cost. – per il quale, in estrema sintesi, i giudizi devono svolgersi e definirsi in tempi ragionevoli – ogni soluzione ermeneutica che si discosti da tale principio è destinata a non avere fondamento ⁽⁸¹⁾.

⁽⁸¹⁾ Per riportare le parole di autorevole dottrina, «*il fatto che, ora, sussista la testuale garanzia, secondo cui la legge assicura la ragionevole durata di ogni tipo di processo (art. 111, comma 2, inc. fin.) sembra oggi voler dare un riscontro preciso al principio generale di economia processuale (o di economia dei giudizi), cui la dottrina e la giurisprudenza tradizionalmente riconducono la ratio di istituti e di funzioni fondamentali del processo ... Si afferma, quindi, che tale principio – in quanto lo si intenda diretto a vietare o a precludere 'qualsiasi inutile reiterazione di attività processuali' – abbia ormai ricevuto una qualificata 'copertura costituzionale', sia pur attraverso l'interesse, che ne è parte essenziale, ad una 'spedita definizione dei giudizi'».* Così, L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, vol. I, Bologna, 2011, p. 102, i quali richiamano, altresì, Cass. 18 luglio 2003, n. 11228, reperibile in *Dejure*.

In materia processuale, il principio del giusto processo, nella sua particolare accezione della ragionevole durata, è un canone imprescindibile di interpretazione delle norme dettate dal codice di rito; esso, nel tempo, è andato sempre più consolidandosi, divenendo il metro indiscusso di paragone con il quale deve (oggi) misurarsi ogni problema processuale.

In virtù della norma costituzionale sopra richiamata, non solo il legislatore è tenuto a strutturare il processo in modo da assicurare il rispetto del principio della ragionevole durata, ma anche il giudice, nell'interpretazione e applicazione delle norme processuali, deve valutare la conformità delle stesse al parametro costituzionale ⁽⁸²⁾.

⁽⁸²⁾ In verità, anche alle parti è riservato un (minimo) potere di influenza sul concreto rispetto del principio di ragionevole durata del processo. Al riguardo, si veda, per tutte, Cass., Sez. Un., 3 novembre 2008, n. 26373, in *Giur. it.*, 2009, p. 669, con nota di A. DIDONE, *Le Sezioni Unite e la ragionevole durata del "giusto" processo*, secondo la quale «il rispetto del fondamentale diritto ad una ragionevole durata del processo impone, in concreto, al Giudice di evitare ed impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano certamente quelli che si traducono in un inutile dispendio di energie processuali e formalità da ritenere superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo ed in particolare dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio ..., da effettive garanzie di difesa ... e dal diritto alla partecipazione al processo, in condizioni di parità ... dei soggetti, nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato ad esplicare i suoi effetti».

Si veda anche Cass. 15 dicembre 2008, n. 29290, in *Dejure*, che sottolinea l'importanza di un dovere di collaborazione anche in capo alle parti affinché nel processo siano tempestivamente circoscritti i fatti effettivamente controversi.

In altri termini, attraverso la garanzia della ragionevole durata, il principio di economia dei giudizi ha ottenuto espresso riconoscimento costituzionale; esso, cioè, «*impone al legislatore di dettare una disciplina idonea a contenere la durata del processo in tempi ragionevoli. In altre parole, un processo per il quale la legge è tenuta ad assicurare la ragionevole durata deve essere un processo improntato all'inderogabile rispetto del principio di economia processuale*»⁽⁸³⁾. In tal modo è possibile realizzare sia l'economia interna, vale a dire un risparmio di attività, risorse ed energie nell'ambito del singolo processo, sia l'economia esterna, ovvero sia la prevenzione del nascere di nuovi inutili giudizi o gradi di giudizio⁽⁸⁴⁾.

Dunque, il principio della ragionevole durata del processo rappresenta il canone cui devono ispirarsi le disposizioni nelle quali si scandiscono i tempi del processo, quelle cioè che stabiliscono che dopo certi momenti si precludono le attività di allegazione di fatti, di

⁽⁸³⁾ Sono le parole di G. OLIVIERI, *La «ragionevole durata» del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, pt. V, p. 254.

⁽⁸⁴⁾ La distinzione fra economia interna ed esterna risale a L. P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980, p. 71 e, più di recente, ID., *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, p. 85.

G. OLIVIERI, *Il principio della «ragionevole durata»* ... cit., p. 254, precisa però che «*nel verificare se una norma sia compatibile con l'esigenza di contenere in tempi ragionevoli il processo, non è possibile fermarsi al dato immediato della duplicazione di attività, del dispendio di tempo, occorrendo anche verificare se tale immediata diseconomia in realtà non sia utile al fine di prevenire altri e diversi processi*».

rilevazione di questioni, di richieste istruttorie e di deposito di documenti ⁽⁸⁵⁾.

L'inconveniente risiede nel pericolo di un eccessivo sacrificio per le parti, "costrette" a partecipare a un processo finalizzato alla sollecita definizione della controversia piuttosto che al raggiungimento della giustizia del caso concreto ⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁵⁾ Osservazione, questa, di M. BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010, p. 86.

⁽⁸⁶⁾ Con particolare riferimento al principio di specifica contestazione, si rileva in dottrina che «*senza dubbio la funzione sottesa al principio di non contestazione, che in misura più o meno ampia è volto a limitare l'ambito dell'attività istruttoria necessaria ai fini dell'accertamento richiesto, in ogni sua applicazione è sempre quella di realizzare l'effettività della tutela giurisdizionale, garantendo l'economia interna ed esterna dei giudizi e così realizzandone la ragionevole durata che, secondo l'art. 111 Cost., deve essere assicurata dalla legge ... Tuttavia, l'esigenza di realizzare l'effettività della tutela giurisdizionale attraverso un processo che si svolga in tempi ragionevoli, è in potenziale contrasto con il fine di assicurare una decisione il più possibile 'giusta', di garantire la maggior coincidenza possibile tra la verità materiale e quella processualmente accertata*». Così, F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Milano, 2012, p. 195.

In effetti, un tema che anima con vigore alcuni Autori è proprio quello concernente la diversa finalità cui dovrebbe tendere il processo civile: il raggiungimento della verità materiale ovvero la rapida definizione della lite.

Se si ritiene che la finalità del processo sia la risoluzione dei conflitti, al fine di evitare che il conflitto permanga, dovrà essere perseguito il raggiungimento di una decisione che sia quanto più possibile giusta, poiché fondata su un accertamento veritiero dei fatti. Ciò, tuttavia, collide con la visione del processo civile efficiente, in quanto le attività finalizzate alla ricerca della verità

La dicotomia appena riferita non deve, però, trarre in inganno, essendo la stessa più apparente che reale.

sono, nella prevalenza dei casi, costose, sia in termini di tempo, che di spese e attività che le parti e il giudice sono chiamati a compiere. Secondo una diversa impostazione, invece, la celere conclusione della controversia dovrebbe anteporsi alla ricerca della verità storica, e ciò sul presupposto che i valori fondamentali di ogni giudizio sono la libertà, l'autonomia e l'iniziativa individuale delle parti. Secondo questa impostazione, queste ultime sarebbero interessate a una soluzione accettabile della controversia, piuttosto che all'accertamento della verità dei fatti. Conseguentemente, il processo non dovrebbe tendere a una decisione veritiera, quanto piuttosto a una decisione. Pertanto, il giudice dovrebbe essere vincolato dalle versioni dei fatti proposte dalle parti, e limitarsi a scegliere una di queste a fondamento della decisione, senza poterne individuare una differente.

In ogni caso, la ricerca della verità e la rapida definizione del conflitto sono, innegabilmente, valori degni di tutela e meritevoli di attenzione da parte degli studiosi.

Sostenitore della ricerca della verità storica o materiale quale principio primo del processo civile, a fondamento di una decisione che possa dirsi "giusta", è Taruffo. Si vedano, al riguardo, i suoi *Verità negoziata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, suppl. al n. 3, 2008, p. 69 e *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009. A parere dell'Autore una decisione non può mai ritenersi giusta se fondata su un accertamento erroneo o inattendibile dei fatti. Di conseguenza, la veridicità e l'attendibilità del giudizio sui fatti è una condizione necessaria, anche se non sufficiente, perché si possa definire giusta la decisione giudiziale.

Contra, si vedano F. CARNELUTTI, *La prova civile, Parte generale – Il concetto giuridico della prova*, Milano, rist. 1992, p. 26; G. VERDE, *Prova legale e formalismo*, in *Foro it.*, 1990, pt. V, p. 466, ove l'Autore chiarisce che lo scopo del processo civile risiede nella fissazione formale dei fatti e non già nella ricerca della verità storica. Si veda, poi, più di recente, B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 1 ss.

Infatti, la definizione rapida del *casus* non è valore prevalente rispetto alla ricerca della verità storica, mezzo attraverso il quale può giungersi con minori rischi all'emanazione di una decisione giusta. Numerosi sono, infatti, i poteri e gli oneri delle parti finalizzati all'esercizio ampio e concreto del proprio diritto di difesa. E altrettanto numerosi sono gli strumenti pensati dal legislatore per scongiurare il rischio che il raggiungimento della verità ceda del tutto il passo alla celere definizione del giudizio. Si pensi, ad esempio, all'art. 183, 4° comma, e all'art. 101, 2° comma, cod. proc. civ.: si tratta di norme che prevedono l'obbligo, in capo al giudice, di indicare alle parti le questioni che ritiene rilevabili d'ufficio, di modo da stimolare tra esse il contraddittorio ed evitare, dunque, decisioni fondate su questioni mai discusse in causa. È evidente, infatti, che una questione mai trattata, ma comunque decisa dall'organo giudicante, possa celare una realtà materiale anche ampiamente difforme da quella presa in considerazione alla base della decisione e, dunque, inasprire il conflitto tra decisioni giuste e decisioni rapide.

Le norme ora citate sono sintomo della tendenza del legislatore di perseguire un costante bilanciamento tra i principi costituzionali del contraddittorio, di ragionevole durata e dispositivo i quali, per il giudice, devono costituire criteri guida nell'esercizio concreto della funzione giurisdizionale.

Ora, con specifico riferimento al tema della contestazione, ne risulta a mio parere chiara la sua "impronta" efficientista: la corretta applicazione del principio, infatti, consente di evitare lo spreco di attività processuale – in particolare, istruttoria – laddove non vi sia effettivamente contrasto fra le parti sui fatti non investiti da una specifica smentita, esplicita o implicita che sia. La possibilità, legislativamente prevista, di risparmiare una

parte più o meno rilevante dell'attività di raccolta delle prove (ben spesso costituende) credo sia un chiaro segnale legislativo inteso a voler dare concreta ed efficace attuazione ai precetti costituzionali analizzati ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁷⁾ Non mi sembra, pertanto, condivisibile l'opinione di chi ritiene che la mancata contestazione non comporti alcuna riduzione dell'attività istruttoria, quindi non garantisca la realizzazione dell'economia dei giudizi, sul presupposto che «*i mezzi di prova costituendi dedotti per asseverare la verità o non verità di un fatto pacifico devono comunque essere ammessi ed assunti; e non vi è dubbio che la parte onerata della prova della circostanza non contestata sia comunque spinta, quanto meno per cautela, a dedurre tempestivamente il relativo mezzo istruttorio, che dovrà essere ammesso dal giudice, così come la prova costituenda contraria, eventualmente dedotta dalla parte che sarebbe stata onerata della contestazione*». Così, F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali ... cit.*, p. 196.

Se si accogliesse simile tesi, infatti, non dovrebbe attribuirsi alcuna utilità o efficacia potenzialmente deflattiva al precetto contenuto nel nuovo art. 115 cod. proc. civ., in quanto, indipendentemente dall'attività oppositiva delle parti, tutti i fatti allegati, senza distinzione alcuna, dovrebbero essere supportati dalle prove raccolte nel corso della lite. Inoltre, tale lettura della disposizione normativa in esame contrasta palesemente con il suo tenore letterale e semantico, poiché si finirebbe per rendere lettera morta la regola per cui il giudice deve porre a fondamento della decisione i fatti non contestati.

In argomento, si veda anche G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 309, a parere del quale il principio enunciato dal nuovo testo dell'art. 115 cod. proc. civ. – dal quale, secondo l'Autore, emerge chiaramente la propensione del riformatore alla costruzione di un processo che giunga al più presto alla sua conclusione e che ponga (anche in questa prospettiva) degli sbarramenti rigidi alle singole attività delle parti – non può essere letto nel senso di «*abilitare chi, avendone la possibilità, non contesti i fatti allegati*

Il nesso fra il principio di ragionevole durata del processo e l'onere di specifica contestazione è, infatti, molto forte, in particolar modo per quegli Autori che sostengono che la specifica contestazione sia una tecnica di semplificazione processuale volta a perseguire l'economia dei giudizi civili e, come tale, sia dotata di copertura costituzionale proprio nell'art. 111 Cost. ⁽⁸⁸⁾.

Tuttavia, vi è chi – giustamente – avverte che l'art. 111, 2° comma, Cost. riserva il principio di ragionevole durata del processo alla legge e non alle Corti ⁽⁸⁹⁾.

Tale riflessione consente, allora, di non dimenticare un dato fondamentale: deve essere la norma, o meglio il sistema processuale nel suo complesso, a rendere concreta l'osservanza dei precetti costituzionali. Tale rispetto, cioè, non può essere lasciato alla sensibilità dei singoli magistrati. E allora, si ritorna alla questione di partenza, ma con una consapevolezza diversa: non è l'interpretazione "additiva" dell'art. 115 cod. proc. civ. a dover far emergere le caratteristiche dell'istituto della contestazione più in linea con il dettato costituzionale, ma sarà l'analisi del fenomeno *de quo* nel contesto del processo ordinario di cognizione e delle regole che ad esso

rite et recte dalla controparte e non adegui la sua difesa ad uno stesso comportamento processuale».

⁽⁸⁸⁾ In questo senso v., per tutti, C. M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *www.judicium.it*, p. 3, nonché in *Foro it.*, 2011, pt. V, p. 104.

⁽⁸⁹⁾ Così, A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 2011, p. 88, il quale rileva che nelle prime applicazioni del nuovo art. 115 cod. proc. civ. si è utilizzato il principio della specifica contestazione come mezzo a fine di una rapida definizione della lite, ciò «*in ossequio all'invalsa direttiva efficientista promanante dall'uso creativo che la Suprema Corte va facendo del principio di ragionevole durata*».

presiedono che dovrà evidenziare le soluzioni aderenti al dato legislativo e conformi al dato costituzionale.

3. La contestazione è un'eccezione o una mera difesa?

La considerazione della contestazione come un atteggiamento oppositivo nei confronti dell'avversario ha indotto alcuni studiosi a domandarsi in cosa consista, in concreto, una contestazione e, soprattutto, quale sia la qualificazione processuale maggiormente aderente alle caratteristiche dell'istituto.

L'attenzione si è subito polarizzata sulla possibilità di configurare la contestazione come una mera difesa, ovvero come un'eccezione di merito ⁽⁹⁰⁾.

Con riferimento ai poteri difensivi delle parti, è ben noto che il convenuto, nel proporre le sue difese, ha la possibilità di ampliare la materia controversa. Ma, se questi *«nega il fatto costitutivo che l'attore ha posto a fondamento della sua domanda, o nega le conseguenze giuridiche che l'attore pretende ricavarne, il suo contegno non esce dai limiti di una generica attività difensiva, che*

⁽⁹⁰⁾ E' ben nota la differenza che corre fra i concetti di "mera difesa", "eccezione in senso lato" ed "eccezione in senso stretto". In argomento si vedano, *ex pluribus*, F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Vol. I, *Principi generali*, Milano, 2009, pp. 250 ss.; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009, pp. 142 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2012, pp. 16 ss.

non sposta i termini della controversia» ⁽⁹¹⁾. Viceversa, ove il convenuto contrapponga ai fatti costitutivi allegati dall'attore dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi della pretesa avversaria, si configurerà non già una *mera difesa*, bensì un'*eccezione* ⁽⁹²⁾. La conseguenza derivante dalla proposizione di un'*eccezione* consiste in ciò che essa «*allarga la materia della causa, perché introduce nella discussione fatti diversi da quelli che erano stati affermati dall'attore, pur lasciando immutati i limiti della decisione, che sono determinati solo dalle domande delle parti*» ⁽⁹³⁾.

⁽⁹¹⁾ Cfr. E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile – Principi*, Milano, 2007, p. 158.

⁽⁹²⁾ Sul tema specifico dell'*eccezione*, si vedano, in particolare, le riflessioni di Giuseppe Chiovenda, il quale ha più volte avuto modo di riferire che l'*eccezione* costituisce un "controdiritto" tendente ad impugnare ed annullare il diritto di azione, inteso come diritto all'attuazione della legge spettante a chi ha ragione. Chi eccepisce non tende, cioè, a far valere un proprio diritto, ma solo ad annullare l'azione, restando così nei confini della difesa. Dunque, secondo Chiovenda, l'*eccezione* costituisce l'omologo dell'azione ed ha natura di diritto potestativo, rivolto all'impugnazione dell'azione promossa; esso, pertanto, ha una finalità meramente difensiva, atteso che con essa non si introduce alcun nuovo oggetto nel processo. Per ulteriori ragguagli, si vedano G. CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Roma, 1930, p. 147; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1935, p. 288; ID., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 268. Si vedano, inoltre, R. ORIANI, voce «*Eccezione*», in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1991, p. 262; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.

⁽⁹³⁾ Si veda, ancora una volta, E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile ...*, p. 159.

In dottrina si precisa tuttavia che l'allargamento dell'oggetto del processo derivante da un'*eccezione* del convenuto «*non riguarda la domanda stessa, poiché con l'eccezione si vuol soltanto determinare il rigetto di quella sola e medesima domanda*»; si

Tuttavia, nel linguaggio processuale, il termine «eccezione» è utilizzato con significati di varia ampiezza, il più ampio dei quali comprende ogni tipo di istanza con funzione di contrasto rispetto alla domanda, e perciò comprensiva, oltre che delle allegazioni o delle negazioni di fatti, anche del rilievo del difetto di presupposti processuali e persino delle semplici argomentazioni difensive. Si avverte, quindi, che dette eccezioni «*non sono propriamente tali (ossia sono eccezioni in senso improprio) se consistono in semplici negazioni dei fatti costitutivi; sono invece vere e proprie eccezioni (ossia eccezioni di merito in senso proprio) quelle che consistono nella richiesta di una decisione negativa su una domanda altrui sul fondamento di fatti impeditivi modificativi o estintivi*»⁽⁹⁴⁾.

È chiaro, allora, che l'eccezione ad opera del convenuto presuppone un atteggiamento positivo del medesimo, che si manifesti nella forma di opposizione alle allegazioni avversarie, mediante l'introduzione di

tratta, piuttosto, di un «*allargamento che concerne i fatti dei quali il giudice può e deve conoscere*». Così, C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2010, vol. I, p. 88.

⁽⁹⁴⁾ In questi termini, v. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile ... cit.*, p. 87. Cfr. anche F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali ... cit.*, p. 206, il quale chiarisce che la caratteristica ontologica della eccezione di merito consiste «*nell'arricchimento fattuale del giudizio che consegue alla sua proposizione, consistendo essa nell'allegazione di un fatto modificativo, impeditivo o estintivo di una domanda oppure di una eccezione e nella conseguente richiesta di rigetto della domanda o della eccezione*». Da ciò consegue che «*qualsiasi difesa che non si fondi sull'allegazione di un nuovo fatto modificativo, impeditivo o estintivo al giudizio, non può definirsi come eccezione di merito, ma rientra necessariamente in una diversa categoria di atti difensivi*».

enunciati fattuali diversi e ulteriori rispetto a quelli contenuti nell'atto introduttivo della lite.

Risulta evidente, quindi, il labile confine esistente tra l'attività di proposizione di eccezioni di merito e quella di contestazione, caratterizzata anch'essa da un'opposizione più o meno ferma alle narrazioni in fatto svolte *ex adverso*, che talvolta si concreta anche nell'enunciazione di circostanze fattuali nuove rispetto a quelle introdotte dalla controparte al fine di dimostrarne la falsità⁽⁹⁵⁾.

Il rischio di confusione fra le due fattispecie – e la conseguente erronea applicazione delle regole processuali – è, dunque, elevatissimo.

Al riguardo, è stato condivisibilmente rilevato come la contestazione differisca, per sua stessa natura, dall'eccezione di merito, atteso che essa ha ad oggetto circostanze che già appartengono al giudizio perché allegare dalla controparte a fondamento di una domanda o di un'eccezione; dunque, la contestazione ha, in comune con l'eccezione di merito, il fine di ottenere la reiezione della domanda o dell'eccezione ai cui fatti si riferisce, ma, a differenza dell'eccezione, non comporta l'allegazione di nuovi fatti. Peraltro, decisiva ai fini della distinzione fra le due figure è la considerazione dei diversi gli effetti

⁽⁹⁵⁾ Efficace, ai fini del presente studio, è allora la definizione di eccezione fornita da L. P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile ... cit.*, p. 305: «l'eccezione appare, perlopiù, come il mezzo tecnico con cui il convenuto, non accontentandosi della mera allegazione negativa (o della contestazione, sia pur specifica, dei fatti allegati dalla controparte), fa valere, oppone e, quindi, allega sia l'eventuale esistenza di nuovi fatti, da cui derivi l'inefficacia dei fatti costitutivi enunciati dall'attore, sia soprattutto l'esistenza di fatti ulteriori, da cui il diritto azionato possa risultare modificato o estinto (ovvero ne sia impedito l'esercizio)».

prodotti dall'eccezione e dalla contestazione: l'eccezione accresce il giudizio di fatto, nel senso che il giudice dovrà accertare, oltre ai fatti costitutivi, anche quelli modificativi, impediti o estintivi; la contestazione, invece, ha un effetto più "limitato", giacché essa comporta l'inclusione o l'esclusione del fatto sul quale essa è intervenuta dal novero delle circostanze bisognose di prova⁽⁹⁶⁾.

Tuttavia, a ben pensarci, l'attività contestativa può esplicarsi in molteplici forme, atteso che l'opposizione alla ricostruzione in fatto della controparte può avvenire non soltanto con la semplice negazione della verità dei fatti narrati dall'avversario, ma anche mediante l'allegazione di fatti diversi che sostengano e rendano più "seria" la contestazione effettuata. E allora, allorché si verifichi detta "integrazione" fattuale ad opera della parte contestante, non risulta più agevole la qualificazione del fenomeno contestativo come mera difesa, ovvero come eccezione, nei termini sopra chiariti⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁶⁾ Rilievi, questi, di F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali* ... cit., p. 208. Per la giurisprudenza, si veda Cass. 29 novembre 2013, n. 26859, in *Dejure*, che qualifica espressamente la contestazione come mera difesa sul presupposto che «*la difesa è un diritto che si esercita nel processo tanto in negativo, con atteggiamenti silenti, quanto in positivo, attraverso una narrazione dei fatti alternativa a quella svolta dalla parte avversa*».

⁽⁹⁷⁾ Peraltro, la distinzione tracciata fra contestazione ed eccezione porta con sé una evidente quanto notevole conseguenza: il convenuto che, costituendosi, sollevi soltanto eccezioni di merito, omettendo di contestare, anche solo in parte, la ricostruzione dei fatti fornita dall'attore sarà soggetto alla regola di cui all'art. 115 cod. proc. civ. Analogamente, l'attore che, alla prima udienza di trattazione, non si opponga alla veridicità dei fatti posti a fondamento dell'eccezione, subirà le conseguenze previste dalla

Il problema non si supera neppure se si guarda al profilo temporale che distingue la mera difesa dall'eccezione. Senza voler qui anticipare i risultati dello studio sul "tempo" della contestazione, è bene infatti precisare che diverse sono le preclusioni che caratterizzano i due istituti: le eccezioni, se in senso stretto, possono essere rilevate (dal convenuto), al più tardi, con la comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata (art. 167 cod. proc. civ.); viceversa, la mera difesa non è soggetta a un predeterminato limite preclusivo, restando possibile in ogni stato e grado del processo.

Manca, sul punto, un'uniformità di vedute con la conseguenza che il tema resta privo di un univoco parametro ermeneutico utilizzabile nei casi dubbi.

Infatti, secondo una parte della dottrina, *«la contestazione, in quanto negazione del fatto, equivale alla mera difesa, e non all'eccezione (cui pure talora assomiglia, quando la parte, anziché limitarsi alla negazione ... introduce in giudizio fatti di segno contrario rispetto a quelli adottati ex adverso), e perciò soggiace alla stessa assenza di limiti temporali che connota la prima, ciò non implica che la trasformazione della non contestazione in contestazione sia possibile in qualunque stato e grado del processo, e senza conseguenze»* ⁽⁹⁸⁾.

legge in caso di mancata contestazione delle allegazioni della controparte.

⁽⁹⁸⁾ Così, I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari ...* cit., p. 240. L'Autrice precisa, poi, che *«la mera difesa, come tecnica difensiva che dà corpo alla contestazione, deve necessariamente fare i conti, se non con previsioni espresse di decadenza (che tanto nel processo ordinario quanto in quello del lavoro colpiscono soltanto l'eccezione in senso stretto), quantomeno con le preclusioni istruttorie, visto che l'effetto della*

Di segno opposto, invece, è il pensiero di chi sostiene che «*non consistendo nell'allegazione di un fatto nuovo ma nella negazione di un fatto già allegato, la 'contestazione' è cosa ben diversa dall'eccezione in senso lato, costituente difesa di segno positivo, pur se anche quest'ultima si riconnette all'onere di specifica contestazione dei fatti affermati dall'attore, al cui mancato adempimento consegue l'effetto della relativa inopponibilità nelle fasi successive del processo e, sul piano probatorio, quello dell'acquisizione del fatto non contestato ove il giudice non sia in grado di escluderne l'esistenza in base alle risultanze ritualmente assunte nel processo*»⁽⁹⁹⁾. Tale Autore esclude anche che la contestazione possa inquadrarsi nel novero delle mere difese, in considerazione del fatto che il contegno contestativo è assoggettato alle preclusioni assertive e istruttorie, mentre le mere difese sono attivabili dalla parte senza limiti temporali, attenendo questi ultimi «*a fatti giuridici costitutivi della pretesa, la cui eventuale inesistenza il giudice può, e anzi deve rilevare ex officio in ogni stato e grado del giudizio a prescindere dalla formulazione e/o tempestività della contestazione di parte*». In definitiva dunque, secondo la dottrina in

contestazione si gioca tutto sul piano probatorio ... E tuttavia, è evidente che se si vuole accompagnare la contestazione con l'allegazione di circostanze che rendono più credibile la negazione del fatto altrui, occorrerà di nuovo fare i conti con lo stato del giudizio e con la possibilità che in un momento avanzato del processo si modifichi il contesto fattuale su cui il giudice deve basare la propria decisione».

⁽⁹⁹⁾ S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione diventa legge: ne erano maturi i tempi?*, in *Il diritto delle prove – Atti del convegno di Catania, 21-22 novembre 2008* a cura di A. CARIOLA, A. CORSARO, G. D'ALLURA, F. FLORIO, Torino, 2009, p. 86.

commento, «*diversamente dalla mera difesa, la contestazione è comportamento contrappositivo di segno negativo appannaggio esclusivo della parte*».

E allora, la soluzione della problematica in discorso non può che risiedere nella valutazione caso per caso del contegno contestativo delle parti e, dunque, nella verifica se la contestazione sia stata effettuata mediante la negazione di uno o più fatti avversari, ovvero mediante la narrazione di circostanze ulteriori da (e, ovviamente, incompatibili con) quelle avversarie.

Tuttavia, è a mio avviso rischioso collegare la qualificazione della contestazione in termini di eccezione o di mera difesa con gli eventi del singolo caso *sub judice*. Ciò soprattutto in considerazione del problema di individuazione del termine entro il quale l'attività contestativa possa essere utilmente svolta.

In altre parole, laddove dalla disciplina (o dall'interpretazione) del fenomeno della contestazione dovesse inferirsi l'esistenza e, quindi, individuarsi un termine (di preclusione o di decadenza) per la relativa attività, detto limite temporale dovrebbe rivestire i caratteri (quanto meno) della determinatezza e della certezza. Dunque, esso non dovrebbe mai essere legato alla verifica del comportamento (mera negazione o nuova allegazione) tenuto della parte nel caso concreto, elemento, questo, inevitabilmente mutevole; detto limite temporale dovrebbe piuttosto essere ancorato a un momento precisamente individuato dell'*iter* processuale, soprattutto al fine di evitare condotte dilatorie, contrastanti con i principi costituzionali posti a presidio dell'efficace e corretto svolgimento dei giudizi di cognizione.

4. La scelta di collocare l'onere di contestazione nel primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ.

Una delle prime questioni che la riforma del 2009 ha posto all'attenzione degli interpreti riguarda l'inserimento dell'onere di specifica contestazione, sotto forma di principio generale, nel primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ. piuttosto che altrove.

Il tema è stato affrontato dagli studiosi sin dall'entrata in vigore della legge di riforma e l'interesse mostrato per lo stesso è solo apparentemente privo di implicazioni e conseguenze sul piano pratico. Infatti, non è indifferente, da un lato, la sistemazione del principio *de quo* nell'alveo delle disposizioni generali del processo civile; dall'altro lato, ha rilievo fondamentale la scelta di disciplinare l'onere di contestazione specifica proprio al primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ., norma in cui come noto si rinviene il fondamentale principio di carattere generale della disponibilità delle prove.

L'opzione legislativa riguardante la sistemazione del principio di specifica contestazione nell'art. 115 cod. proc. civ. ha posto due fondamentali interrogativi: (i) se l'inserimento della norma all'interno delle disposizioni generali del codice di rito potesse consentire di estendere l'applicabilità del principio ivi dettato anche a riti diversi da quello ordinario di cognizione; e (ii) se la scelta operata dal legislatore di disciplinare l'onere della specifica contestazione all'art. 115 cod. proc. civ. e, in particolare, nel primo comma di detta norma fosse un tratto caratterizzante dell'istituto.

Il discorso merita di essere approfondito.

Quanto alla possibilità di applicare il principio di contestazione anche ai riti distinti e, in qualche modo

“speciali”, rispetto al rito ordinario di cognizione, si registrano opinioni favorevoli a tale lettura della norma, proprio sulla scorta del dettato legislativo che, come anticipato, trova posto nel Libro I del Codice di Procedura Civile dedicato, appunto, alle disposizioni generali applicabili a ogni rito civile ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Si veda, *ex pluribus*, C. CONSOLO, *Una buona «novella» al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi art. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 738, il quale ritiene che il principio in parola possa estendersi non solo ai procedimenti cautelari e sommari, ma anche al procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 bis ss. cod. proc. civ. Analogamente, si vedano M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1173; M. MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.* 2011, p. 325; F. ROTA, *I fatti non contestati e il nuovo art. 115*, in *Il processo civile riformato*, diretto da M. TARUFFO, Bologna, 2010, p. 202; A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 93, il quale in particolare sostiene l'applicabilità del principio della specifica contestazione sia ai procedimenti semplificati e sommari, inclusi quelli camerati, sia ai procedimenti aventi struttura oppositiva (come, ad esempio, le opposizioni a decreto ingiuntivo). L'Autore correttamente osserva che, in tali casi, «*poiché l'opponente è convenuto in senso sostanziale o debitore, il suo onere di specifica contestazione si esplicherà proporzionalmente al contenuto di atti, quali il ricorso monitorio o il precetto o l'ordinanza amministrativa di ingiunzione, per loro natura oltremodo sintetici. Parimenti, specie in riti eccessivamente concentrati come quello del lavoro o di opposizione a sanzioni amministrative, non si potrà non dare agio alle parti, e specialmente all'opponente, di controdedurre, contestare e articolare anche nuovi mezzi di prova o produrre nuovi documenti, allorché le difese svolte nella memoria di costituzione dalla parte opposta, attrice in senso sostanziale, implicino uno sviluppo fattuale e argomentativo tale da esigere ulteriori, specifiche controdeduzioni*». Si veda anche ID., *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2013, pp. 432 ss.

Né potrebbe, a mio avviso, argomentarsi diversamente, a meno che non si voglia incorrere nel rischio di “isolare” l’onere di contestazione e la relativa disciplina dalle restanti norme collocate nelle disposizioni generali, delle quali è indubbia l’applicazione a tutti i riti civili, senza ulteriori distinzioni di sorta.

Il discorso appare più complesso e articolato con riferimento al secondo interrogativo cui i processualisti hanno cercato di dare risposta. Essi, cioè, hanno analizzato le conseguenze sul piano sistematico derivanti dall’inserimento dell’onere della contestazione specifica nel primo comma dell’art. 115 cod. proc. civ. piuttosto che in altro luogo. In particolare, ci si è chiesti se – in considerazione della natura probatoria dell’istituto *de quo* ⁽¹⁰¹⁾ – fosse stata più coerente la sua collocazione al secondo comma del medesimo articolo.

⁽¹⁰¹⁾ Ben presto è stato, infatti, ineccepibilmente sottolineato che la collocazione del principio in parola nella norma rubricata “Disponibilità delle prove” ha reso evidente come – contrariamente all’impianto argomentativo costruito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la decisione n. 761/2002 – l’onere della specifica contestazione non partecipa affatto della natura delle allegazioni e non concorre, quindi, alla determinazione del *thema decidendum*, né tollera artificiose distinzioni tra fatti principali e fatti secondari. All’opposto, «essa è semplice strumento di economia processuale, che consente di risolvere la quaestio facti senza necessità di far luogo all’istruzione probatoria dei fatti non specificamente contestati. La novella, insomma, possiede se non altro una portata semantica negativa, poiché priva di base la ricostruzione, a dir così, ‘dicotomica’ delle Sezioni Unite, restituendo la non contestazione a quel che essa è e determina: una semplice relevatio ab onere probandi, con cui il fatto non specificamente contestato viene espunto dal novero dei fatti bisognosi di prova e deve essere utilizzato dal giudice al fine di risolvere la quaestio facti, nella valutazione complessiva di tutte le

prove acquisite». Così, A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 85, il quale richiama, in argomento, le riflessioni di B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *www.judicium.it* e in *Il giusto proc. civ.*, 2010, p. 401. Nello stesso senso, v. F. ROTA, *I fatti non contestati ... cit.*, p. 197, secondo il quale appare preferibile considerare probatoria la natura dell'onere di contestazione, atteso che ciò consente di dare una lettura dell'art. 115 cod. proc. civ. coerente sul piano logico e sistematico. Difatti, secondo l'Autore, riconoscendo alla regola della specifica contestazione una rilevanza sul piano probatorio (quale elemento idoneo a formare il convincimento del giudice), il fatto non contestato non viene automaticamente escluso dal *thema probandum* e ciò permette di mantenerlo (correttamente) distinto dal fatto notorio.

Si vedano, sul punto, anche G. IANNIRUBERTO, *Lealtà delle parti ed economia del processo ... cit.*, p. 9, nonché A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.* 2003, pt. I, p. 608 secondo cui il fondamento dell'onere di contestazione si rinviene «*in superiori esigenze di semplificazione del processo e di economia processuale, o anche, se si vuole, nella responsabilità o autoresponsabilità delle parti nell'allegazione dei fatti di causa*».

Analogamente, N. SAPONE, *Il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, Milano 2012, p. 9, il quale afferma a chiare lettere che «*il legislatore ha inteso conferire esplicitamente al principio di non contestazione una connotazione probatoria, escludendone così la connotazione in chiave sostanzialistica*».

Contra, M. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *www.judicium.it*, p.24, nonché in *Rass. forense*, 2011, fasc. 3/4, p. 527.

Vi è, tuttavia, una posizione minoritaria, affermata anche dopo la modifica dell'art. 115 cod. proc. civ., secondo cui la mancata contestazione non costituisce una fonte del convincimento giudiziale, né un comportamento valutabile dall'organo giudicante per la risoluzione del caso concreto; essa rappresenta propriamente un mezzo di fissazione formale dei fatti allegati, scaturente non dalla prova dei fatti medesimi, ma dalla mancata necessità di

La questione non è solo teorica o “topografica”: la sistemazione del principio al primo o al secondo comma della norma citata avrebbe riflessi rilevanti in punto di regime giuridico applicabile all'istituto, con particolare riferimento al potere discrezionale del giudice di fronte al fatto non contestato (¹⁰²).

A tal riguardo, occorre ricordare che fra i due commi dell'art. 115 cod. proc. civ. è chiaramente delineato un rapporto di regola ed eccezione: mentre il primo comma fa esclusivo riferimento alle prove, dettando la regola per cui il giudice deve decidere in base a quelle proposte dalle parti o dal pubblico ministero - salvi i casi previsti dalla legge -, il secondo comma individua in via eccezionale l'unico ambito sottratto al bisogno di prova, cioè quello costituito dalle nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza (¹⁰³).

provarne la verità: «*se è in gioco un diritto disponibile, le parti, se così possiamo dire, possono disporre del diritto, non solo per mezzo di atti negoziali, ma anche indirettamente, per mezzo del processo, provocando la fissazione di certi fatti e non di altri*».

Così, M. BOVE, *Il principio della ragionevole durata ... cit.*, p. 88.

(¹⁰²) Discorso, questo, che si intreccia con la stessa formulazione dell'art. 115 cod. proc. civ., ove è disciplinato un apparente obbligo per il giudice, il quale «*deve*» fondare la decisione della controversia, oltre che sulle prove proposte, sui fatti non specificatamente contestati. Sull'argomento, si veda *infra*, par. 5.

(¹⁰³) In tal senso, si veda F. ROTA, *I fatti non contestati ... cit.*, p. 196. In ordine alla distinzione fra il primo e il secondo comma dell'art. 115 cod. proc. civ. si vedano G. VERDE, voce «*Dispositivo (principio)*», in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, vol. XIII; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, p. 414, il quale, con riferimento all'art. 115, 2° comma, cod. proc. civ., chiarisce che «*il notorio è un limite non tanto al difetto di poteri istruttori d'ufficio, quanto al divieto di utilizzazione del sapere privato da parte del giudice*».

In altri termini, la decisione del giudice deve essere sorretta dalle prove introdotte in giudizio ad opera delle parti o del pubblico ministero (art. 115, 1° comma, cod. proc. civ.). Derogano a tale regola generale le nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza (i c.d. fatti notori), le quali sono idonee ad essere poste a fondamento della decisione del merito benché non supportate da alcuna attività probatoria (art. 115, 2° comma, cod. proc. civ.).

Stante tale distinzione, occorre ora volgere lo sguardo alle conseguenze che deriverebbero dalla collocazione dell'onere di contestazione al primo ovvero al secondo comma dell'art. 115 cod. proc. civ.

Secondo alcuni esponenti della dottrina, la contrapposizione fra la disciplina dei due commi dell'art. 115 cod. proc. civ. sarebbe stata alterata dalla sistemazione del principio della specifica contestazione nel primo comma di detta norma. È stato, infatti, affermato che «è inserito al primo comma il riferimento ad un'altra categoria di fatti - quelli 'non specificatamente contestati' - i quali, accanto ai fatti notori, dovrebbero rappresentare un'ulteriore deroga al principio secondo cui la decisione deve essere sorretta da prove (...); in quest'ottica, sembra innegabile che il riferimento ai fatti non contestati avrebbe trovato una più appropriata collocazione al secondo comma dell'art. 115»⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Così, F. ROTA, *I fatti non contestati ... cit.*, sempre a p. 196. L'Autore sostiene, peraltro, che la scelta compiuta dal legislatore sia stata determinata dall'intenzione di stabilire in capo al giudice un vero e proprio obbligo a porre a fondamento della decisione i fatti non contestati. Occorre ricordare, sul punto, la riflessione sul punto di G. Tarzia (*Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009, p. 200), secondo il quale il legame sistematico fra la previsione dell'onere di contestazione nell'ultima parte del primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ. e il resto di quest'ultima

Ma, come si diceva, il tema non è rimasto estraneo a differenti letture interpretative: da alcuni è stata criticata la scelta operata dal legislatore sul presupposto che il primo comma della norma in esame riguarda, lo si ripete, la delimitazione del materiale fattuale che deve essere oggetto di attività istruttoria; da altri è stato, invece, osservato che detta collocazione sia la manifestazione esteriore di un intento legislativo volto a considerare il comportamento delle parti come fatto processualmente significativo e rilevante sul piano probatorio.

Coloro i quali hanno severamente criticato la sistemazione del principio nel primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ. hanno rilevato che detta norma disciplina la prova dei fatti e non già la formazione del *thema probandum*, cui attiene l'onere di specifica contestazione. Secondo tali interpreti, dunque, la disciplina dell'onere in parola avrebbe trovato miglior sede nel secondo comma del medesimo articolo poiché i fatti non contestati, così come quelli contestati in modo generico, sarebbero assimilabili ai fatti notori, in quanto al pari di questi ultimi non necessiterebbero di essere provati (¹⁰⁵).

Di opposta opinione, invece, sono quei processualisti che hanno inteso la mancata contestazione utilizzabile non già come metodo di fissazione formale dei fatti, bensì

disposizione non è coerente né cristallino. Infatti, a suo parere, «accanto a un principio di carattere generale, il legislatore ha collocato una previsione specifica che attiene non alla necessità della iniziativa di parte nella istruzione probatoria, bensì al criterio che il giudice dovrà seguire nella decisione della lite».

(¹⁰⁵) E' questo il pensiero espresso da E. F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1361. In senso analogo, C. PUNZI, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1198.

come comportamento processuale significativo e rilevante sul piano probatorio, di cui il giudice è tenuto a valersi insieme agli altri mezzi di prova complessivamente considerati ⁽¹⁰⁶⁾. Dunque, secondo tali Autori, anche in presenza di attività contestative al giudice sarebbe lasciato il suo “naturale” spazio di discrezionalità nella valutazione delle risultanze istruttorie della causa ⁽¹⁰⁷⁾.

Essi, in definitiva, ritengono che la collocazione del principio in esame «è mera riaffermazione della natura lato sensu probatoria della non contestazione, che rientra nell'ampio spettro della discrezionalità giudiziale in materia di prove, secondo i generali criteri del prudente apprezzamento» ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Così, G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2009, p. 776; B. SASSANI, *L'onere della contestazione ... cit.*, p. 8; M. FABIANI, *Il nuovo volto ... cit.*, p. 1170; F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *www.judicium.it*, parr. 2-3.

⁽¹⁰⁷⁾ Invero, considerare la contestazione come un comportamento dotato di rilevanza sul piano processuale, e in particolare sul terreno probatorio, consente di preservare una certa sfera di discrezionalità in capo all'organo giudicante nell'apprezzare il comportamento non contestativo nell'alveo delle prove raccolte in giudizio. In altri termini, il giudice dovrà, con prudente apprezzamento, valutare quanto l'atteggiamento processuale di una parte, di fronte ad una determinata allegazione dell'avversario, possa reputarsi effettivamente significativo e dunque sufficiente ad escludere il fatto allegato dal *thema probandum*, conseguentemente esonerando la parte allegante dal relativo onere probatorio. Cfr. G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma ... cit.*, ancora a p. 776.

⁽¹⁰⁸⁾ In questi termini, A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 87. L'Autore si spinge a sostenere che «il principio di non contestazione ben avrebbe potuto vedere ingresso, più declamatorio che effettuale, persino nell'art. 116, c. 1, c.p.c. o nell'art. 2697 c.c., restando al giudice [in ogni caso, n.d.r.] serbato il potere-dovere di tener conto di tutti gli elementi di prova che

In definitiva, allora, è ben vero che ai sensi del primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ. la decisione della controversia debba fondarsi sui fatti di cui è fornita dimostrazione nel corso della fase istruttoria del giudizio e che i fatti non contestati, proprio perché non controversi, sono esclusi dalle attività di accertamento probatorio⁽¹⁰⁹⁾. Tuttavia, credo che la mancata necessità della verifica istruttoria che caratterizza i fatti non contestati non può giustificare un loro utilizzo acritico e incondizionato. Essi, invero, non sono equiparabili né ai «*fatti che rientrano nella comune esperienza*», né alle circostanze fattuali emergenti dalle prove legali, che, in effetti, non lasciano all'organo giudicante alcuno spazio di discrezionalità in ordine alla loro valutazione.

contribuiscano alla formazione del suo convincimento, ivi inclusi i fatti non specificamente contestati (...)». A parere dell'Autore, anche l'effetto di *relevatio ab onere probandi* determinato dalla mancata contestazione dei fatti allegati dall'avversario non pregiudica il potere del giudice di valutare, sulla base di tutti gli elementi raccolti in giudizio, se le asserzioni di ciascuna parte corrispondano alla realtà. Egli conclude, quindi, affermando che «*la previsione di un così scontato principio nel testo dell'art. 115, c. 1, piuttosto che altrove, non merita d'essere enfatizzata più di tanto, se non per la portata precipuamente negativa e confutatoria degli erronei indirizzi della Suprema Corte*». L'Autore fa riferimento, evidentemente, alla decisione delle Sezioni Unite n. 761/2002, che tanto è stata criticata (anche) con riguardo ai poteri di valutazione del giudice dei fatti non contestati.

⁽¹⁰⁹⁾ Ciò darebbe ragione alla prima teoria esposta nel testo, atteso che la disciplina del fatto non contestato – che esonera quest'ultimo dall'accertamento istruttoria, ma che, ciononostante, dispone che esso sia posto alla base della decisione della controversia – sarebbe espressione non già della regola generale del principio dispositivo in materia probatoria di cui al primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ., bensì consisterebbe nell'applicazione della "eccezione" a tale regola, contenuta nel secondo comma della medesima norma.

La ragione mi sembra evidente: i fatti sui quali la decisione deve fondarsi non possono essere assoggettati a discipline differenti a seconda della loro provenienza (con la precisazione che, ovviamente, non si tratti di fatti notori e di quelli scaturenti dall'esperimento di prove legali). Perciò, indipendentemente dalla circostanza che la veridicità di un determinato fatto derivi dalla mancata contestazione di esso ovvero dalla verifica probatoria effettuata nel corso del giudizio, il giudice dovrà in ogni caso risolvere la controversia utilizzando e valutando *tutti* i dati fattuali inclusi nel "paniere" delle circostanze acquisite al processo, senza alcuna distinzione circa il mezzo mediante il quale essi hanno trovato ingresso nel giudizio.

Questa riflessione conduce alla condivisione della seconda teoria sopra menzionata senza, però, sconfessare del tutto il primo filone ermeneutico descritto. Difatti, deve a mio avviso ritenersi, da un lato, che la disciplina dei fatti non contestati si discosti dalla regola generale di cui al primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ., ma che, dall'altro lato, essa sia parimenti distante dalla *ratio* e dalla configurazione della "eccezione" al principio dispositivo probatorio contenuta nel secondo comma della citata norma.

In altri termini, anche i fatti non contestati, pur se non provati, devono soggiacere alle regole generali dettate in materia di valutazione delle prove e non possono, quindi, beneficiare del "regime di favore" previsto per i fatti notori ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹¹⁰⁾ Questi ultimi, lo si ricorda, secondo un'autorevole definizione, sono fatti «*noti alla generalità delle persone di media cultura nel tempo e nel luogo della decisione, in tal guisa che non possa aversi alcun dubbio sulla loro esistenza o sul loro modo di essere.*»

Se ne deve dedurre, pertanto, l'esclusione di ogni automatismo nella posizione del fatto non contestato alla base della decisione del merito.

5. *Il ruolo del giudice nella valutazione dei fatti non contestati*

Le considerazioni svolte nel precedente paragrafo in ordine alla valutazione, da parte del giudice, dei fatti di causa aprono la strada ad una ulteriore riflessione, di notevole importanza nello studio dell'onere di specifica contestazione.

Occorre, infatti, chiedersi quale ruolo assume l'organo giudicante dinanzi a uno o più fatti sui quali non sia intervenuta specifica contestazione. Occorre chiedersi,

Appunto perciò la loro prova è superflua: la notorietà che ne ha il giudice non gli viene dalla sua scienza privata ..., bensì dalla notorietà pubblica, che rende assurdo ogni dubbio a loro riguardo». Così, E. T. LIEBMAN, Manuale di diritto processuale civile ... cit., p. 307.

Analoghe considerazioni non possono certamente svolgersi con riguardo ai fatti non contestati: in primo luogo, perché, nella generalità dei casi, si tratta di dati fattuali noti quasi esclusivamente alle parti in causa e non certo di pubblico dominio; in secondo luogo, perché sui fatti non contestati, differentemente da quelli notori, non può affatto escludersi «alcun dubbio sulla loro esistenza», così come non può ritenersi «assurdo ogni dubbio a loro riguardo». Infatti, le circostanze non investite da alcuna contestazione non sono dati oggettivi e indiscutibili, attesa la loro suscettibilità di ricevere smentita da parte di ulteriori risultanze istruttorie, il che è, invece, del tutto escluso per i fatti notori. Sul punto, si veda anche quanto esposto nel prosieguo del presente studio e, segnatamente, al par. 5.

cioè, se il giudice risulti vincolato a ritenere senz'altro veri i fatti sui quali le parti non hanno mostrato disaccordo - benché eventualmente smentiti da altre risultanze istruttorie -, ovvero se la valutazione di tutte le prove raccolte ed espletate consenta al giudicante di superare l'apparente "superiorità" dei fatti non contestati – dovuta all'utilizzo del «*deve*» che si rinviene nel primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ. – nel contesto di una valutazione generale e complessiva di tutte le emergenze istruttorie.

Ciò da cui occorre partire è, senza dubbio, il dato normativo, il cui carattere fondamentale al fine che ci occupa riguarda, come anticipato poc'anzi, l'utilizzo del verbo «*deve*» allorché si disciplina il potere del giudice di valutare i fatti non contestati ai fini della decisione della controversia.

Secondo un primo filone ermeneutico, il giudice avrebbe l'obbligo di ritenere provato il fatto non contestato senza svolgere alcuna istruttoria al riguardo. Tale posizione è, all'evidenza, a favore della equiparazione piena fra il fatto non contestato e il fatto provato: la non contestazione «*non è rimessa alla valutazione caso per caso del giudice circa la effettiva incompatibilità logica tra impostazione difensiva del convenuto e negazione del fatto, ma viene ricavata una volta per tutte direttamente dalla legge, intesa nel senso della automatica equiparazione tra omessa o generica contestazione e ammissione del fatto non contestato*» ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹¹¹⁾ In termini, G. BUFFONE, *L'onere di contestazione*, Relazione all'incontro di studi tenutosi presso il Consiglio Superiore della Magistratura il 21-23 febbraio 2011, p. 17. Analogamente, G. CAMPESE, *La non contestazione*, Relazione all'incontro di studi tenutosi presso il Consiglio Superiore della Magistratura il 7-11 marzo 2011, p. 14.

Opinione, questa – occorre riferirlo – che non conta molti sostenitori.

Si è, infatti, evidenziato che la collocazione della disposizione nel primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ. (dove il «*deve*» va letto quale limite ai poteri del giudice che è autorizzato a giudicare solo *iuxta probata*) autorizza «*anche a giudicare iuxta non oppugnata ma se ed in quanto alia non obstant*»⁽¹¹²⁾.

Tale conclusione è condivisa da numerosi studiosi, i quali ritengono, appunto, che il nuovo testo dell'art. 115 cod. proc. civ. non ponga vincoli all'organo giudicante nella decisione della lite sulla base del fatto non contestato: «*il giudice, preso atto della non contestazione, non potrà mai dire che quel fatto non è provato, ma dirà che quel fatto è vero salvo che non risultino elementi probatori che ne smentiscano la verità*»⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹²⁾ Così, B. SASSANI, *L'onere della contestazione ... cit.*, p. 9. Secondo questa impostazione la mancata contestazione determinerebbe una *relevatio ab onere probandi* in favore della parte originariamente onerata, che beneficerebbe pertanto di un esonero dalla prova. Ciò significa che la mancata contestazione non dà luogo ad una prova intesa nel senso di rappresentazione o dimostrazione. In altre parole, il dato non contestato non può essere considerato come un fatto positivamente accertato nella sua esistenza o inesistenza.

⁽¹¹³⁾ Così, C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, pp. 272-273, il quale avverte che, opinando diversamente, si finirebbe per assimilare negli effetti il fenomeno della mancata contestazione alle prove legali e si trasformerebbe una tecnica di semplificazione processuale «*(finalizzata, in ultima analisi, alla contrazione dei tempi processuali)*» in un modo di fissazione formale dei fatti, «*con l'assurda conseguenza che il giudice dovrebbe tenere per vero il fatto non contestato anche quando le risultanze processuali ne smentiscono la verità*». Dello stesso

Altra parte della dottrina, pur parlando di *relevatio ab onere probandi*, assume che la mancata contestazione diviene essa stessa «*fonte di prova*»⁽¹¹⁴⁾. Per giungere a tale conclusione si osserva che la parte, non contestando specificamente un fatto, dispone in tal modo del *thema probandum*, consentendo in tal modo al giudice «*di poter ritenere quel fatto provato anche senza che (...) sia stata*

avviso S. GIANI, *La non contestazione nel processo civile tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, in *www.ilcaso.it*, p. 11. Si veda, infine, M. MOCCI, *Principio del contraddittorio ... cit.*, p. 330, il quale ritiene che dalla sola lettura del primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ. risulti evidente che il legislatore ha voluto porre il principio della specifica contestazione al di fuori delle ipotesi di valutazione legale (poiché si fanno salvi i casi previsti dalla legge), valorizzando in tal modo l'attività interpretativa del giudice. Dello stesso avviso G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma ... cit.*, p. 779, il quale specifica che «*mentre un'allegazione esplicita e comune delle parti vincolerebbe il giudice (in materia, beninteso, di diritti disponibili) a ritenere senz'altro vero il fatto concordemente allegato, il mero difetto di contestazione (specifica) non esclude affatto ch'egli possa e debba valutare siffatto comportamento omissivo, in relazione all'accertamento del fatto unilateralmente allegato, alla luce del complessivo quadro probatorio, che potrebbe contraddire la verità di tale fatto ed essere ritenuto, in qualche caso estremo, finanche prevalente*». Anche secondo una recente pronuncia della Corte di Cassazione la mancata contestazione non è idonea a vincolare il giudice nel ritenere vero il fatto non contestato. Si veda, al riguardo, Cass. 4 aprile 2012, n. 5363, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, p. 4, ove si legge che la mancata contestazione di un dato fattuale può escludere il fatto non contestato dal tema di indagine solo allorché il giudice non sia in grado, in concreto, di accertarne l'esistenza o inesistenza in base alle risultanze istruttorie altrimenti acquisite. In senso analogo, si veda Cass. 13 marzo 2012, n. 3951, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce «*Prova civile in genere*», n. 6.

⁽¹¹⁴⁾ In questi termini, C. CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 56.

acquisita al giudizio alcuna prova diretta, ad opera della parte a ciò onerata».

Di opposta opinione Pagni, la quale ha avuto cura di precisare che la mancata contestazione di un fatto rende quest'ultimo *pacífico*, non già *provato* ⁽¹¹⁵⁾. Infatti, l'Autrice sostiene che si tratta di un onere il cui significato, nonostante il silenzio della norma sul punto, è unicamente l'esclusione dei fatti non contestati dal *thema probandum* e, con essa, la *relevatio ab onere probandi* della parte che ha allegato il fatto non contestato, senza che sorga un vincolo per il giudice di ritenere che il fatto sia comunque esistente, anche in presenza di elementi che inducano alla valutazione contraria; «*ciò a dispetto di una formulazione solo apparentemente decettiva ..., ma che mira piuttosto a porre una regola di giudizio (di qua il 'deve'), secondo la quale, una volta giunti al momento della decisione, da un lato si dovrà considerare un dato acquisito il fatto che la circostanza non contestata non dovesse costituire oggetto di prove richieste dalle parti o disposte d'ufficio (trattandosi di circostanza pacífica). Dall'altro lato, quel fatto dovrà essere assunto dal giudice a fondamento della propria pronuncia, purché non siano emerse dagli atti di*

⁽¹¹⁵⁾ I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari ... cit.*, p. 238. Analogamente si è espresso M. TARUFFO, *La semplice verità ... cit.*, p. 126, secondo il quale «*il fatto non contestato non è un fatto da considerare provato, ma un fatto che può essere posto a base della decisione ancorché non provato (e così solo se non smentito sicuramente dalle risultanze di altre prove raccolte) in quanto verosimilmente esistente*». Infine, nel medesimo senso, si veda C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni*, Padova, 2011, p. 129.

causa, per altra via, prove in senso contrario all'esistenza del fatto in questione» ⁽¹¹⁶⁾.

Ciò posto, sembra allora corretto dire che la norma di cui all'art. 115 cod. proc. civ. affida al giudice il potere *finale* di valutare quali fatti siano da considerare pacifici (non provati) in quanto effettivamente non contestati all'esito del contraddittorio e avendo presente l'atteggiamento difensivo della parte globalmente considerato ⁽¹¹⁷⁾.

Dello stesso avviso anche Comoglio, il quale – avvertendo anch'egli che il fatto non contestato non equivale a fatto provato e che la verità storica del fatto è indisponibile per volontà di parte – ne ricava il dovere imprescindibile del giudice di sottoporre il fatto non contestato ad un attento controllo probatorio, ogni volta che altre fonti attendibili di prova lo inducano a dubitare della veridicità del dato non smentito o, addirittura, ne dimostrino apertamente la sua falsità ⁽¹¹⁸⁾.

Dunque, il fatto allegato che non sia stato specificamente contestato potrà essere ritenuto decisivo ai fini dell'accertamento del giudice quando ad esso non si contrappongano altre prove di segno contrario, ovvero allorché, a seguito della valutazione complessiva delle prove, il giudice lo riterrà sufficiente per la formazione del

⁽¹¹⁶⁾ Cfr., I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari ...* cit., sempre a p. 238.

⁽¹¹⁷⁾ Oltre alle osservazioni di I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari ...* cit., ancora a p. 238, si veda B. SASSANI, *L'onere della contestazione ...* cit., p. 7.

⁽¹¹⁸⁾ Così, L. P. COMOGLIO, *Art. 115 cod. proc. civ.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI e R. VACCARELLA, Torino, 2012, vol. II, p. 392. Della stessa opinione, S. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 90.

proprio convincimento. In caso contrario, oppure quando nel “bilanciamento” tra il fatto allegato non contestato e gli altri mezzi di prova permarrà il dubbio, il giudice sarà tenuto a risolvere la questione in base alla regola generale di cui all’art. 2697 cod. civ. (¹¹⁹).

Se questo è vero, ne consegue l’indiscussa esattezza, del rilievo per cui «*la non contestazione, in quanto tecnica processuale semplificatrice, si risolve in buona sostanza in una presunzione di verità, che però non può prevalere sulla verità effettuale tutte le volte che le emergenze processuali consentano di accertarla*» (¹²⁰).

Ancora, si è, poi, sottolineato come proprio la collocazione del principio in esame dimostra che il legislatore non ha inteso utilizzare lo strumento della specifica contestazione a mo’ di metodo per la fissazione formale dei fatti, bensì alla stregua di «*comportamento processuale significativo e rilevante sul piano della prova*

(¹¹⁹) Ho esposto nel testo le ineccepibili osservazioni conclusive di S. PATTI, *La disponibilità delle prove ... cit.*, p. 91.

(¹²⁰) Cfr., C. M. CEA, *La modifica dell’art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 273; ID., *Art. 115 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, p. 804. Analogamente, S. PATTI, *La disponibilità delle prove ... cit.*, p. 90, il quale correttamente afferma che «*i principi generali del processo e l’obbligo di perseguire gli scopi ad esso assegnati dall’ordinamento giuridico impongono di evitare un appiattimento dell’attività del giudice, certamente non chiamato soltanto ad un mero controllo di corrispondenza tra fatti allegati e fatti contestati (o meno)*». Della stessa opinione, G. FRUS, *Sul rispetto dell’onere di contestazione anche in caso di incolpevole ignoranza e sugli effetti della mancata contestazione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1671, il quale, al riguardo, parla di «*una sorta di presunzione di verità del fatto non contestato*», presunzione che è destinata a resistere fintanto che non emergano elementi probatori che depongano, invece, per la sua contrarietà al vero.

dei fatti medesimi» ⁽¹²¹⁾. Ciò che, peraltro, ha il considerevole vantaggio di evitare che l'omessa contestazione, implicando in via automatica e necessaria la verità del fatto non contestato, possa eventualmente collidere col risultato dell'istruzione probatoria attribuendo, al contempo, al fatto non contestato la stabilità propria del fatto confessato.

Conseguentemente, a parere della medesima dottrina, *«il giudice conserva una certa discrezionalità (“tecnica”, si potrebbe dire) nell'apprezzare la non contestazione (al pari di qualunque prova “libera”), ossia nel valutare quanto l'atteggiamento processuale di una parte, di fronte a una determinata allegazione dell'avversario, possa reputarsi effettivamente significativo e comunque sufficiente a considerare provato il fatto allegato»* ⁽¹²²⁾.

Secondo questa ricostruzione, la mancanza di contestazione offre al giudice (al pari di quanto accade con le altre prove liberamente valutabili) uno strumento per formare il proprio convincimento in ordine alla sussistenza o all'insussistenza del fatto allegato. Resta, poi, in capo all'organo giudicante il potere di valutare secondo il suo prudente apprezzamento l'idoneità degli elementi acquisiti a fondare la giusta decisione del caso concreto ⁽¹²³⁾.

⁽¹²¹⁾ Così, G. BALENA, *Art. 115 cod. proc. civ.*, in *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, a cura di G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI, Torino, 2009, p. 35.

⁽¹²²⁾ Cfr., ancora, G. BALENA, *Art. 115 cod. proc. civ.* ... cit., sempre a p. 35.

⁽¹²³⁾ Secondo N. SAPONE, *Il principio di non contestazione* ... cit., p. 18, quella citata nel testo deve considerarsi *«la tesi più convincente, quella che meglio rende conto del testo normativo e della collocazione del principio»*.

Difatti, è stato sottolineato come a seguito della nuova formulazione dell'art. 115 cod. proc. civ. il giudice può formare il proprio convincimento *«attingendo elementi da due vettori conoscitivi. Il primo vettore è costituito dalle prove, per così dire, tradizionali, proposte dalle parti; sono queste un vettore propriamente informativo, dato che veicolano vere e proprie notizie, informazioni. Il secondo vettore conoscitivo è appunto rappresentato dalla non contestazione. Essa ontologicamente consiste in un semplice comportamento; ma ad esso la legge attribuisce una idoneità informativa ... La non contestazione viene trattata come se fornisse notizie, e in forza di ciò ad essa viene attribuita una forza di convincimento»* ⁽¹²⁴⁾.

Di conseguenza, l'omessa contestazione di un fatto non espunge quest'ultimo dal novero dei fatti sui quali deve formarsi il convincimento dell'organo giudicante. Resta cioè necessario un convincimento del giudice in ordine alla verità o falsità del fatto non contestato. In altri termini, il giudice, non essendo vincolato alla mancata contestazione di una parte e ben potendo fare utilizzo di ulteriori risultanze probatorie, può ritenere falsa la circostanza allegata e non contestata, non ponendola per ciò solo a fondamento della decisione della controversia.

A conferma di tale conclusione è stato, infatti, sostenuto che gli effetti della mancata contestazione vengono correttamente ricondotti nell'alveo delle regole finali che presiedono alla decisione, cioè nel momento

⁽¹²⁴⁾ Così, ancora, N. SAPONE, *Il principio di non contestazione ...* cit., p. 20.

della valutazione complessiva delle risultanze istruttorie e degli atteggiamenti delle parti ⁽¹²⁵⁾.

Come, però, giustamente avverte Tedoldi la riformulazione dell'art. 115 cod. proc. civ. rischia di essere «*inutile e dannosa, aprendo spazi eccessivi a una discrezionalità giudiziale senza confini e non razionalizzabile a priori*». Secondo l'Autore, essa è inutile perché l'enunciazione vaga e generica del potere-dovere del giudice di tenere conto, ai fini sia dell'ammissione delle istanze istruttorie, sia della decisione della lite, anche dei fatti non contestati, è oltremodo ovvia. La riscrittura normativa di cui si tratta è altresì dannosa poiché la mancata indicazione delle modalità e dei termini per l'efficace assolvimento dell'onere contestativo lascia al giudicante «*un potere discrezionale incontrollabile, che rischia di sconfinare nell'arbitrio, senza guide sicure nell'utilizzo di uno strumento lato sensu probatorio per sua natura sottratto ai criteri applicativi predicabili ex ante*» ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²⁵⁾ Sul punto v. B. SASSANI, *L'onere della contestazione ... cit.*, p. 7. Analogamente, I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari ... cit.*, p. 238, la quale ribadisce che la nuova norma, essendo inserita nel titolo relativo ai poteri del giudice, nel primo libro, affida a questi il «*potere finale di valutare quali fatti siano da considerare pacifici (non, provati) in quanto effettivamente non contestati all'esito del contraddittorio e dell'atteggiamento difensivo globalmente inteso. In questo senso si spiega la necessità della contestazione specifica, perché è l'unica che consente al giudice di sapere quali sono i fatti sui quali dovrà essere svolta l'istruttoria*».

⁽¹²⁶⁾ A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 88. *Contra*, G. MAERO, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 467, il quale ritiene, invece, utile la nuova formulazione dell'art. 115 cod. proc. civ., in quanto essa consente di dare un «*significato positivo*» a comportamenti quali la contestazione generica e il silenzio,

Rilievi, questi, assolutamente ineccepibili. Ed è proprio per tali fondamentali ragioni che occorre “affrontare” la lacunosa e generica disposizione di cui all’art. 115 cod. proc. civ. con vigoroso sforzo ermeneutico, al precipuo fine di limitare quanto più possibile i margini di discrezionalità che la norma lascia all’interprete e che rendono incerto e potenzialmente iniquo il concreto atteggiarsi dell’onere della specifica contestazione.

6. *I fatti oggetto di contestazione*

L’art. 115 cod. proc. civ. dispone che il giudice debba porre a fondamento della decisione «*i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*».

Tralasciando al seguito del presente lavoro l’esame dei caratteri della specificità dell’attività contestativa e della efficacia impeditiva della contumacia ai fini del concreto operare del principio *de quo*, occorre ora analizzare su quali *fatti* la contestazione produca l’effetto di *relevatio ab onere probandi* a beneficio della parte allegante.

Ma prima di addentrarsi in tale analisi va chiarita l’esatta nozione di fatto rilevante dal punto di vista processuale. Potrebbe definirsi tale, in via di prima approssimazione, ogni enunciato di un accadimento in senso naturalistico, ovvero di una circostanza o di uno stato soggettivo, che il diritto prende in considerazione in quanto giuridicamente rilevante ai fini del concreto

«*tradizionalmente considerati neutri*». Sul tema della contestazione generica e del silenzio si veda *infra* nel testo, in particolare par. 6.

esplicarsi dell'azione giurisdizionale da taluno avviata. Pertanto, tutti i fatti sono teoricamente idonei a divenire «fatti giuridici», ma soltanto alcuni di essi diventano tali, nella misura (e nel momento) in cui detti enunciati attengono, più o meno direttamente, all'oggetto di una lite instaurata da taluno a tutela dei propri diritti e interessi.

Ciò precisato, è possibile ora chiedersi quali tra i fatti rilevanti all'interno di un giudizio siano quelli cui deve essere applicato il principio della specifica contestazione, secondo i dettami dell'art. 115 cod. proc. civ.

La norma, è quasi superfluo ricordarlo, non fornisce alcun elemento utile al fine di individuare il novero dei dati fattuali idonei ad essere investiti da tale regola processuale. Il riferimento generico ai «fatti» non è, invero, di alcun aiuto allorché occorra delimitare il reale ambito di applicazione dell'art. 115 cod. proc. civ. e del principio ivi enunciato.

Ancora una volta, dunque, spetta agli interpreti occuparsi della questione.

Numerosi sono gli Autori che si sono preoccupati di individuare l'ambito di applicazione del principio oggetto del presente studio. È stato, anzitutto, precisato che l'effetto tipico della specifica contestazione, cioè la *relevatio ab onere probandi*, investe non tutti i fatti che l'attore allega a proprio favore, ma solo quelli che esso ha l'onere specifico di provare ⁽¹²⁷⁾.

Ciò chiarito, fin dai primi commenti è stato specificato che l'onere di contestazione riguarda i fatti e non la qualificazione giuridica degli stessi: «è infatti pacifico che una mancata contestazione in ordine a quest'ultimo profilo, per come determinato dalla parte che

⁽¹²⁷⁾ Di quest'avviso B. SASSANI, *L'onere della contestazione ...* cit., p. 10.

ha allegato il fatto, non può produrre in favore di quest'ultima alcun effetto, dato che la valutazione in iure della base fattuale della controversia è rimessa unicamente al giudice» ⁽¹²⁸⁾. Il che altro non è che l'applicazione del generale principio *iura novit curia*.

In altre parole, il principio della specifica contestazione si riferisce ai fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda o dal convenuto a supporto dell'eccezione, ovverosia ai fatti materiali che integrano la pretesa sostanziale dedotta in giudizio, e non si estende, perciò, alle circostanze che implicano un'attività di giudizio o comunque a espressioni qualificatorie o definitorie, di esclusivo appannaggio giudiziale ⁽¹²⁹⁾. In

⁽¹²⁸⁾ Così, F. ROTA, *I fatti non contestati ... cit.*, p. 203.

⁽¹²⁹⁾ Così S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione diventa legge ... cit.*, p. 76. Anche la giurisprudenza di legittimità è dello stesso avviso. Si veda, ad esempio, Cass. 15 maggio 2007, n. 11108, in *Dejure*, nella quale si legge che l'onere di specifica contestazione «*si riferisce ai fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, e cioè ai fatti materiali che integrano la pretesa*» sostanziale dedotta in giudizio, «*non, invece, [al]l'applicabilità o meno della clausola dedotta, che non costituisce un fatto, bensì un giudizio*». Dunque, l'onere in parola non si estende alle circostanze che implicano un'attività di giudizio. Si veda anche Cass. 2 maggio 2006, n. 10111, *ivi*, secondo cui la mancata contestazione «*opera al fine di far ritenere ammessi, e quindi pacifici, i fatti posti a fondamento della pretesa di controparte allorquando esso abbia, appunto, ad oggetto dati fattuali e non 'espressioni qualificatorie o definitorie', che nella variegata realtà produttiva ed aziendale possono tradursi in eterogenee e composite esternalizzazioni, suscettibili quindi di diversa valutazione*».

In altri termini, la mancata contestazione è rilevante soltanto se ha ad oggetto *fatti* da accertare nel processo e non la determinazione della loro dimensione giuridica. Dello stesso avviso, *ex multis*, A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 89; G. MAERO, *Il*

definitiva, esso opera solo sul piano della prova e non della qualificazione dei fatti da provare.

Vi è, tuttavia, chi avverte che l'indiscutibile soluzione proposta con riferimento all'interpretazione delle norme di diritto non risulta altrettanto certa allorché si disquisisca dell'applicazione delle disposizioni di un contratto. Al riguardo, si afferma, infatti, che «*la non contestazione può riguardare fatti rilevanti ai fini della interpretazione di un contratto e, dunque, indirettamente, proprio la qualificazione della volontà contrattuale delle parti che ne deriva*»⁽¹³⁰⁾.

principio di non contestazione ... cit., p. 467, secondo il quale la qualificazione giuridica della fattispecie operata dalla controparte è operazione che, essendo «attribuita al monopolio del giudice, non potrà in alcun modo essere influenzata dalla stessa definizione data dalle parti».

⁽¹³⁰⁾ Così, F. DE VITA, *Onere di contestazione ... cit., p. 161*, il quale richiama, in argomento, la pronuncia del Tribunale di Pistoia del 12 maggio 2010, pubblicata in *Foro it.*, 2010, pt. I, p. 2326, con nota di A. D. De Santis, il quale chiarisce che «*nel caso di specie, il datore di lavoro non ha contestato le modalità di svolgimento delle mansioni affermate dal lavoratore ricorrente, sicché il giudice le ha ritenute incontroverse e non bisognose di prova, utilizzando tali circostanze di fatto come criterio interpretativo per qualificare il contratto di collaborazione coordinata e continuativa alla stregua di un contratto di lavoro subordinato*».

Contra, S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 280, secondo il quale il principio della specifica contestazione opera solo sul piano della prova e non della qualificazione dei fatti da provare; conseguentemente esso «*resta assolutamente neutrale in ordine alla interpretazione o all'applicazione di regole giuridiche o di clausole contrattuali*», oltre che, come detto, alle circostanze che implicano un'attività di giudizio, ovvero alle espressioni che qualificano o definiscono una o più situazioni di natura sostanziale.

La ragione di tale posizione risiede in ciò che l'interpretazione del contratto è una questione di fatto e non di diritto. Pertanto, il principio della specifica contestazione opera in relazione ad essa poiché esso è idoneo ad incidere sulla ricostruzione delle circostanze rilevanti per l'ermeneutica contrattuale ⁽¹³¹⁾.

I. Fatti relativi a diritti disponibili

Dopo aver chiarito che, in linea con l'opinione dottrinale prevalente, la contestazione deve riferirsi unicamente ai fatti nella loro accezione storica e non già alla qualificazione giuridica o alle implicazioni di natura

⁽¹³¹⁾ F. DE VITA, *Onere di contestazione ... cit.*, sempre a p. 161, spiega che una conferma della tesi esposta nel testo si ricava dalla norma di cui all'art. 1362 cod. civ. la quale, nell'interpretazione di un contratto, impone di indagare sulla comune intenzione delle parti, senza limitarsi al senso letterale delle parole e valutando il loro comportamento complessivo, anche successivo alla conclusione dell'accordo contrattuale. Inoltre, ulteriore conferma di tale asserzione parrebbe rinvenirsi, secondo l'Autore, nell'orientamento giurisprudenziale per il quale l'interpretazione del contratto, consistendo in un'operazione di accertamento della volontà dei contraenti, si risolve in un'indagine di fatto riservata al giudice del merito, il cui accertamento è incensurabile in Cassazione, ove non viziato da inadeguatezza della motivazione o da violazione delle regole di diritto relative all'interpretazione medesima. In questo senso, tra le tante, si vedano Cass. 27 gennaio 2006, n. 1754, in *Dejure*; Cass. 19 dicembre 2006, n. 27168, *ivi*; Cass. 27 marzo 2007, n. 7500, *ivi*; Cass. 18 settembre 2007, n. 19360, *ivi*; Cass. 3 luglio 2008, n. 18202, *ivi*; Cass. 18 settembre 2009, n. 20140, *ivi*; Cass. 16 dicembre 2010, n. 25517, *ivi*; Cass. 25 ottobre 2011, n. 22084, *ivi*.

sostanziale o processuale degli stessi, occorre indagare *quanti e quali* fatti possano “subire” l’effetto della regola della specifica contestazione.

Anzitutto, gli interpreti si sono domandati se i fatti su cui cada efficacemente la mancata contestazione siano soltanto quelli riferibili a diritti disponibili, ovvero se le conseguenze collegate all’adempimento dell’onere in parola possano verificarsi anche nelle situazioni sostanziali connotate dalla indisponibilità del diritto sotteso (¹³²).

La tesi restrittiva parrebbe essere quella prevalente, anche in giurisprudenza, sul rilievo che potrebbero altrimenti essere agevolmente aggirati dalle parti i divieti che operano in materia di diritti indisponibili (¹³³).

(¹³²) Come correttamente avverte B. Sassani, «*la qualifica di indisponibilità del diritto va presa cum grano salis per evitare di considerare tali diritti che non lo sono affatto*». A tal fine, l’Autore si riferisce non solo «*a cose ovvie quali la disponibilità, per es., dei diritti del lavoratore derivanti da norme inderogabili che vanno considerati disponibili una volta acquisiti*», ma anche «*agli status, dei quali va verificata sempre in concreto l’indisponibilità*», ciò in quanto appare «*sempre più limitata ... la casistica di processi in cui l’oggetto è davvero indisponibile*». Cfr. B. SASSANI, *L’onere della contestazione ... cit.*, p. 8, nt. 42.

(¹³³) Si veda, in questo senso, C. M. CEA, *La modifica dell’art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 273, il quale efficacemente inferisce che «*altrimenti le parti si approprierebbero in maniera surrettizia del potere di disposizione della situazione sostanziale dedotta in giudizio che la legge loro nega*». Dello stesso avviso, A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, pt. I, p. 606 e A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, p. 259. Aderisce a tale tesi anche S. PATTI, *La disponibilità delle prove ... cit.*, p. 88, il quale rileva opportunamente che il principio in esame può comunque considerarsi operante per le situazioni che, benché legate a diritti indisponibili, presentano carattere disponibile, come avviene, ad esempio, per le pretese risarcitorie legate alla

Per comprendere le ragioni di una simile posizione, basti pensare al fatto che il valore del “riconoscimento” del fatto rilevante ai fini della decisione, tacito o esplicito che sia, è subordinato alla disponibilità dei diritti in contesa⁽¹³⁴⁾. Ciò è senz'altro vero e trova conferma principalmente nella norma di cui all'art. 2698 cod. civ., la quale sanziona con la nullità i patti con i quali sia invertito o modificato l'onere della prova in materia di diritti indisponibili. Ciò a riprova dell'impossibilità per le parti di influire sul regime dell'onere probatorio quando si sia in presenza di diritti di cui esse non possono disporre.

violazione di un diritto indisponibile e richiama, a tal uopo, la riflessione di S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge ... cit.*, p. 280. Quest'ultimo Autore, infatti, precisa che sarebbe maggiormente corretto distinguere la situazione primaria, che potrebbe essere indisponibile, da quella secondaria e derivata che potrebbe concretarsi, invece, in una pretesa risarcitoria disponibile. Pertanto, ferma l'inapplicabilità della regola della specifica contestazione ai diritti indisponibili, il principio potrebbe comunque considerarsi operante per le situazioni che, benché legate a diritti indisponibili, presentino carattere disponibile. Sul punto si veda, oltre al precedente contributo, S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione diventa legge ... cit.*, p. 75.

In giurisprudenza si vedano, in particolare, Trib. Varese, 27 novembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, p. 571, con commento di A. CARRATTA, “*Principio della non contestazione*” e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili; Trib. Monza, 29 settembre 2010, in *Giur. merito*, 2011, p. 3115 (s.m.), con nota di V. PAPAGNI, *La non contestazione nei procedimenti per la dichiarazione di fallimento ha valore di argomento di prova*.

⁽¹³⁴⁾ Si tratta della tesi tradizionale e maggiormente accreditata. In argomento, si vedano, *ex multis*, V. ANDRIOLI, Voce «*Prova (dir. proc. civ.)*», in *Noviss. Digesto it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 274; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile ... cit.*, p. 408; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile ... cit.*, p. 55; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile ... cit.*, p. 309.

Ulteriore e definitiva conferma di tale impostazione si rinviene nelle parole di chi chiaramente afferma che la limitazione dell'operatività della regola della specifica contestazione ai diritti disponibili non è espressamente prevista dall'art. 115 cod. proc. civ., ma essa «*si impone in applicazione dei principi generali*», nel senso che «*se le parti non possono disporre di un diritto sul piano sostanziale, non pare ammissibile che ottengano il medesimo effetto con la loro condotta processuale*»⁽¹³⁵⁾.

Di segno completamente antitetico all'opinione finora esposta è la tesi di Balena, a parere del quale il principio della specifica contestazione è applicabile anche ai fatti relativi a diritti indisponibili con la precisazione, però, che in questi casi il principio *de quo* operi con una efficacia minore. Egli ritiene, cioè, che nelle ipotesi considerate non sarebbe certamente possibile ammettere che le allegazioni concordi delle parti vincolino senz'altro il giudice a ritenere veri i fatti che ne sono oggetto. Tuttavia, occorrerebbe comunque attribuire un valore a tali contegni processuali attraverso la valutazione del comportamento non contestativo quale mero argomento di prova *ex art.* 116, 2° comma, cod. proc. civ., anziché quale prova liberamente valutabile *ex art.* 116, 1° comma, cod. proc. civ. In tal modo, secondo l'opinione in discorso, si esclude che il giudice possa fondare la decisione sul solo comportamento omissivo della parte⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³⁵⁾ In questi termini, G. CAMPESE, *La non contestazione*, Relazione all'incontro di studi tenutosi presso il Consiglio Superiore della Magistratura il 7-11 marzo 2011, p. 13.

⁽¹³⁶⁾ Si vedano G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma ... cit.*, p. 779; ID., *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 35; A. CARRATTA, *"Principio della non contestazione" e limiti di applicazione ... cit.*, p. 572. In giurisprudenza, si veda Trib. Varese, 27 novembre 2009, in *Fam.*

A mio sommo avviso, la prima delle tesi evidenziate sarebbe da preferire, sulla considerazione che i diritti di natura indisponibile non tollerano la “incondizionata” disposizione che di essi ne faccia la parte titolare e, dunque, l'utilizzazione della regola della specifica contestazione con riferimento ai diritti in oggetto si tramuterebbe in un illegittimo espediente che avrebbe l'effetto di violare le norme di legge in materia.

Potrebbe allora concludersi sul punto, in linea con quanto sostiene Tedoldi, che la regola di cui all'art. 115 cod. proc. civ. può astrattamente condurre a una decisione fondata sui soli fatti non contestati (poiché, in ipotesi, questi non hanno ricevuto smentita dalle altre risultanze istruttorie), ma ciò può ammettersi solo ove la tutela giudiziale domandata si inserisca nel campo dei diritti disponibili. Nel caso di giudizi vertenti su materie indisponibili, invece, i fatti coinvolti dal concreto operare della regola della specifica contestazione concorreranno con gli altri mezzi di prova a formare il convincimento del giudice, ma mai potranno, anche solo astrattamente, fondare da soli la decisione della lite ⁽¹³⁷⁾.

dir., 2010, p. 571. Analogamente, G. MAERO, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 464.

Parzialmente difforme è la tesi di M. Fabiani che, al fine di estendere l'operatività del principio di specifica contestazione anche alle controversie caratterizzate dalla indisponibilità del diritto, ha ritenuto corretto valorizzare, in tali casi, la presenza di poteri ufficiosi del giudice, i quali, proprio per la peculiarità della materia, possono essere esercitati nonostante l'inerzia delle parti. Si veda, al riguardo, M. FABIANI, *Il nuovo volto ... cit.*, nt. 73.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 94.

II. Fatti conosciuti e fatti conoscibili

Non tutti i fatti introdotti in giudizio dalle parti sono necessariamente inclusi nella sfera di conoscenza delle altre. E, posto che il legislatore non indirizza a questi o a quei fatti la regola dell'onere di specifica contestazione, è importante chiarire che non tutti i fatti allegati possono subire le conseguenze che la legge collega alla loro mancata contestazione.

Anche la logica vuole, infatti, che non si possa contestare o, comunque, non si possa prendere posizione su circostanze di fatto se di esse nulla si conosce, essendo esterne alla sfera di conoscenza o conoscibilità della parte onerata di contestarle.

È allora essenziale (benché forse superfluo) escludere che possa derivare una *relevatio ab onere probandi* per la parte che allega un determinato fatto se quest'ultimo non è o non può essere conosciuto dal soggetto tenuto a contestarlo ⁽¹³⁸⁾.

In altri termini, «*i diversi comportamenti processuali presuppongono a monte una distinzione dei fatti riversati nel processo e, cioè, la distinzione tra fatti che sono propri*

⁽¹³⁸⁾ Va precisato, a questi fini, che l'onere di prendere posizione investe ordinariamente il convenuto, ma può riguardare anche l'attore, ogniqualvolta il convenuto allarghi la base fattuale del giudizio tramite l'allegazione di fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere dall'attore, ovvero tramite la proposizione di una domanda riconvenzionale. Inoltre, l'onere in parola investe entrambe le parti originarie qualora in giudizio intervenga volontariamente un terzo, ponendo una domanda nei confronti di una o di entrambe le parti medesime.

delle parti e fatti che invece fuoriescono dal dominio o dalla sfera di conoscenza delle stesse» ⁽¹³⁹⁾.

Ciò precisato, è agevole ricondurre l'onere di specifica contestazione ai soli fatti che si riferiscono alla parte nei cui confronti sono allegati e che rientrano nella sfera di controllo e conoscenza della medesima ⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁹⁾ Di questa opinione C. M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in www.judicium.it, p. 6.

⁽¹⁴⁰⁾ E', questa, la posizione di A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma sul processo civile*, in *Giust. civ.*, 2009, pt. II, p. 264; C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere ... cit.*, p. 270; P. G. DEMARCHI ALBENGO, *L'onere di contestazione specifica tra rigore formale, contumacia e conoscibilità dei fatti*, in *Giur. merito*, 2011, p. 1046; G. MAERO, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 464; A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 89. Così, ancora, S. GIANI, *La non contestazione nel processo civile ... cit.*, p. 11, secondo la quale «*la non contestazione non è idonea a rendere pacifico il fatto non conoscibile dalla parte nei cui confronti è allegato*». Si veda, però, M. FORNACIARI, *Il contraddittorio ... cit.*, p. 27, secondo cui la rilevanza della conoscenza o meno dei fatti allegati dalla controparte sta in ciò che «*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 in ragione della conoscenza o meno che la parte ne abbia*».

Nel medesimo senso si attesta la giurisprudenza di legittimità: si veda, per tutte, la recente Cass. 13 febbraio 2013, n. 3576, in *Dejure*, ove si afferma espressamente che «*l'onere di contestazione è prospettabile solo in relazione ai fatti noti al convenuto, e non anche ai fatti ignoti*».

Analogamente, per la giurisprudenza di merito, si veda Trib. Monza, 17 marzo 2014 n. 498, *ivi*, ove si chiarisce che il grado di specificità della contestazione «*deve essere valutato in concreto in relazione alle singole controversie, potendo variare a seconda del livello di conoscenza del fatto da parte del soggetto nei cui*

Pertanto, in tali casi, il soggetto a ciò onerato potrà liberarsi dall'onere di contestare quanto allegato *ex adverso* dichiarando di non essere a conoscenza dei fatti esposti dalla controparte, i quali non beneficeranno quindi di alcun esonero dal generale onere della prova (¹⁴¹).

Perciò, quel che rileva non è tanto che il fatto fuoriesca dalla sfera di conoscenza della parte contro cui è allegato, quanto piuttosto che quest'ultima sia in grado di difendersi pienamente ed efficacemente su quel punto (¹⁴²).

In argomento, è opportuno richiamare, a definitiva chiarificazione del tema in esame, le precipue affermazioni di Sassani, il quale ha avuto modo di precisare che «*l'onere si attiva solo rispetto agli eventi (non solo allegati e compiutamente raffigurati, ma) che si è tenuti*

confronti è allegato e a seconda della precisione del fatto allegato dalla controparte».

(¹⁴¹) Cfr. G. MAERO, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 464. Come avverte, però, un giudice di merito, l'onere di cui all'art. 115 cod. proc. civ. non può essere "aggirato" mediante un'immotivata dichiarazione di mancata conoscenza dei fatti allegati dalla controparte. Così, Trib. Cuneo, 5 ottobre 2010, in *Giur. merito*, 2011, p. 1041.

(¹⁴²) Secondo C. M. CEA, *L'evoluzione del dibattito ... cit.*, p. 7, un'efficace difesa «*si sostanzia nella possibilità di rendere il fatto controverso, evento sufficiente per attivare l'onere probatorio di chi allega il fatto».*

La ricostruzione fornita nel testo si giustifica, secondo parte della dottrina, anche in virtù del dovere di lealtà processuale, la cui violazione è essa stessa un limite al principio della specifica contestazione, atteso che sono da escludere dall'ambito di operatività del principio *de quo* i fatti non riferibili alla parte, cioè quei dati fattuali che non sono stati oggetto della sua diretta percezione. Così, L. GUAGLIONE, *Il principio di non contestazione e la definizione del 'thema probandum'. Poteri del giudice e delle parti*, Relazione all'incontro di studi tenutosi presso il Consiglio Superiore della Magistratura il 26-28 novembre 2011, p. 13.

ragionevolmente a conoscere: il silenzio tenuto rispetto a fatti su cui la parte non è in grado di prendere una posizione univoca non può caricarsi di alcun significato, onde l'onere probatorio resta intatto in capo a chi afferma ... In altre parole, il fatto sfavorevole non contestato deve consistere a) in un fatto proprio, ovvero b) in un fatto comune, ovvero c) in un fatto caduto sotto la propria percezione»⁽¹⁴³⁾.

III. Fatti principali, fatti secondari, fatti processuali

La riformulazione dell'art. 115, 1° comma, cod. proc. civ. e, in particolare, il generico riferimento ai «fatti» che ivi si rinviene, ha riportato in auge l'“antica” dicotomia tra fatti principali e fatti secondari, distinzione tracciata dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 761/2002 proprio con riguardo all'ambito di applicabilità dell'onere di contestazione⁽¹⁴⁴⁾.

In quella occasione, lo si ricorda, le Sezioni Unite della Suprema Corte avevano affermato che soltanto i fatti principali – cioè i fatti la cui dimostrazione consente di ottenere una prova diretta della fondatezza o infondatezza del diritto in contesa – possono essere oggetto della regola della specifica contestazione. Viceversa, i fatti secondari, in quanto dedotti e allegati ai soli fini probatori, non sono

⁽¹⁴³⁾ Così B. SASSANI, *L'onere della contestazione ...* cit., p. 10.

⁽¹⁴⁴⁾ Si rinvia, in argomento, al precedente capitolo per ulteriori chiarimenti e indicazioni bibliografiche, spec. par. 6.

da attrarre nell'orbita di applicabilità del principio della specifica contestazione ⁽¹⁴⁵⁾.

La citata bipartizione, per un certo tempo, ha continuato a trovare riscontri sia giurisprudenziali che dottrinali, per essere, però, ben presto abbandonata sulla considerazione che si trattasse di una differenziazione teorica e artificiosa, peraltro difficilmente individuabile nella pratica, stante anche il reciproco condizionamento

⁽¹⁴⁵⁾ Si ricorderà che le Sezioni Unite, sul presupposto che l'onere della specifica contestazione si fondi sul principio dispositivo sostanziale, hanno recepito l'idea per la quale il comportamento contestativo è esso stesso esplicazione del potere dispositivo delle parti allorché riguardi i fatti principali. Con riferimento a questi ultimi, la Suprema Corte aveva, infatti, affermato che il comportamento della parte «*costituisce manifestazione dell'autonomia riconoscibile alla [stessa] in un processo dominato dal principio dispositivo, con la conseguenza che il fatto non contestato non ha bisogno di prova perché le parti ne hanno disposto vincolando il giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza*» (così, Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761).

Diversamente, nelle ipotesi in cui la mancata contestazione ricada su fatti secondari, detto contegno processuale resta rinchiuso nell'ambito strettamente probatorio, con la conseguenza che persiste una discrezionalità in capo al giudice nella valutazione di tali fatti ai fini della decisione del merito (discrezionalità che, secondo le Sezioni Unite, come detto, scompare di fronte alla mancata contestazione di un fatto principale). In tali ipotesi, infatti, secondo la Cassazione «*si è fuori del dominio esclusivo dell'autonomia delle parti ed è pur sempre necessario un controllo probatorio, ai fini del quale il comportamento tenuto dalle parti può essere utilizzato dal giudice come argomento di prova ex art. 116, comma 2, c.p.c.*» (cfr., ancora, Cass., Sez. Un., n. 761/2002 cit.).

dei fatti (principali e secondari) oggetto di un qualunque giudizio (¹⁴⁶).

(¹⁴⁶) Benché minoritaria, una parte della dottrina aveva ritenuto corretta la ripartizione effettuata a chiare lettere dalla decisione della Corte di Cassazione n. 761/2002. Si vedano, ad esempio, M. CATTANI, *Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi al quantum delle spettanze richieste dal lavoratore*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 1909; A. VALLEBONA, *Gli oneri di deduzione e di prova nelle controversie di lavoro: il sistema disegnato dalle sezioni unite*, in *Quad. dir. lav.*, 2006, p. 38. *Contra*, tra i tanti, F. CENTOFANTI, *Il principio di non contestazione nel processo del lavoro: nuove acquisizioni giurisprudenziali*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 817; F. BRIZZI, *Il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, in *Dir. lav.*, 2003, pt. II, p. 146.

Dopo la riforma del 2009 continuano a dare rilievo alla distinzione tracciata dalle Sezioni Unite di cui si è detto nel testo S. PATTI, *Le prove – Parte generale*, Milano, 2010, p. 17; G. ARIETA – F. DE SANTIS – L. MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2013, p. 336; S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Studi in onore di E. Fazzalari*, Milano, 1993, vol. III, p. 30.

In giurisprudenza, nel medesimo senso di Cass., Sez. Un., n. 761/2002, si vedano, Cass. 15 gennaio 2003, n. 535, in *Foro it.*, 2003, pt. I, p. 1453; Cass. 3 febbraio 2003, n. 1562, *ivi*; Cass. 5 dicembre 2003, n. 18598, in *Il lav. nella giur.*, 2004, p. 501; Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004, n. 11353, in *Foro it.*, 2005, pt. I, p. 1135, con nota di E. FABIANI, *Le sezioni unite intervengono sui poteri istruttori del giudice del lavoro*; Cass. 27 febbraio 2008, n. 5191, in *Dejure*; Cass. 9 febbraio 2012, n. 1878, *ivi*. Nella giurisprudenza di merito si veda Trib. Monza, 27 gennaio 2009, n. 40, in *Dejure*.

Nel senso della inopportunità della distinzione tra fatti principali e secondari si veda, in dottrina, F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale – Il concetto giuridico della prova*, Milano, rist. 1992, p. 23, mentre in giurisprudenza si veda Cass. 17 aprile 2002, n. 5526, in *Foro it.*, 2002, pt. I, p. 2017, con nota di C. M. CEA, *Il*

Ciononostante, all'indomani della riforma del 2009 una parte della dottrina, ricordando la citata (e oramai abbandonata) distinzione, si è chiesta se, nella vigenza del nuovo testo normativo, essa potesse dirsi definitivamente superata, ovvero se fosse attualmente (nuovamente) percorribile.

La maggior parte degli interpreti si è espressa in favore dell'applicazione della regola della specifica contestazione non solo ai fatti principali, ma anche a quelli secondari, lasciando definitivamente al passato ogni discriminazione fra gli stessi (¹⁴⁷).

principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite. Quest'ultima decisione, pur condividendo i principi affermati dalle Sezioni Unite, in realtà ha equiparato la mancata contestazione dei fatti principali a quella dei fatti secondari.

(¹⁴⁷) Di questa opinione A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti ...* cit., p. 608, a parere del quale «*la non contestazione opera allo stesso modo sia riguardo ai fatti principali che riguardo ai fatti secondari ... La non contestazione è sempre la stessa cosa: contegno processuale*». Nel medesimo senso si veda anche G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma ...* cit., p. 776, il quale afferma che «*la formulazione dell'art. 115 non offre oggi alcun appiglio ad una siffatta distinzione, che oltretutto si fonderebbe su una classificazione tutt'altro che limpida e inequivoca: poiché oggetto della prova può essere qualunque fatto rilevante (direttamente o indirettamente) per la decisione, identico dev'essere l'ambito di operatività dell'omessa contestazione*». Si vedano, inoltre, B. SASSANI, *Art. 115 c.p.c. ...* cit., p. 70; ID., *L'onere della contestazione ...* cit., p. 11; A. TEDOLDI, *La non contestazione ...* cit., p. 89; S. GIANI, *La non contestazione nel processo civile ...* cit., p. 11; I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari ...* cit., p. 239; C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere ...* cit., p. 271; ID., *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite ...* cit., pp. 2024 e 2026; ID., *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche*, in *Foro it.*, 2006, pt. I, p. 1873; ID., *La tecnica della non contestazione nel*

processo civile, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, p. 204; ID., *L'evoluzione del dibattito ... cit.*, p. 7. Quest'ultimo, poi, ha ritenuto doveroso distinguere tra fatti secondari introdotti dalle parti (tramite i loro scritti difensivi o mediante i documenti prodotti) e quelli riversati nel processo da soggetti diversi, assumendo che «*nel primo caso, sembra che il discrimine passi attraverso la verifica del se i fatti in questione concorrano alla produzione dell'effetto giuridico invocato dalle parti. In caso affermativo ... non [può] dubitarsi del fatto che gli stessi debbano essere investiti dall'onere di contestazione, in quanto la possibilità che essi possano essere determinanti ai fini dell'effetto giuridico invocato è condizione sufficiente per la configurazione dell'onere di contestazione. Analogamente, deve argomentarsi per i fatti secondari introdotti nel processo da soggetti diversi dalle parti (i testimoni o il ctu)*». Anche in questo caso, rileva Cea, non sembra decisivo il fatto che essi siano riversati nel giudizio da terzi, quanto piuttosto il fatto che essi possano concorrere alla produzione di un effetto giuridico che è stato invocato dalle parti. Conclusione diversa si impone, invece, qualora «*i fatti secondari, sia che siano stati riversati nel processo dalle parti, sia da terzi, si prestino alla produzione di un diverso effetto giuridico, cioè, di un effetto giuridico sino ad allora rimasto estraneo al dibattito processuale. In tal caso, infatti, il rispetto di valori costituzionalmente garantiti impone che sugli stessi il giudice, prima di prenderli in considerazione, debba attivare il contraddittorio per verificare se realmente gli stessi siano non contestati*».

Favorevole all'applicazione dell'onere di contestazione sia ai fatti principali che ai fatti secondari è anche G. MAERO, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 464, il quale specifica che il principio di contestazione opera solamente in relazione ai fatti, principali o secondari che siano. Deve, però, trattarsi in ogni caso di fatti che spetta alla parte allegante provare, nel senso che la regola della specifica contestazione non può riferirsi a fatti allegati dall'attore della cui prova costui non sia onerato: «*logica vuole che la relevatio ab oneri probandi presupponga la sussistenza di tale onere in capo a chi ha allegato il fatto*». Così, ancora, G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma ... cit.*, p. 779. Si veda, infine, F. DE VITA, voce «*Non contestazione (principio di)*», in *Digesto it., disc.*

Taluno ha giustificato la generalizzata applicazione del principio di specifica contestazione sulla considerazione che, sebbene la norma di cui all'art. 115 cod. proc. civ. si riferisca ai (soli) fatti idonei ad essere posti «*a fondamento della decisione*», ciò non deve intendersi quale riferimento ai soli fatti principali, in quanto la medesima espressione è utilizzata dal legislatore al secondo comma della medesima disposizione normativa, con riguardo ai fatti notori; quei fatti, cioè, che

priv., sez. civ., Aggiornamento, Torino, 2010, p. 857, il quale sostiene che se la mancata contestazione viene inquadrata «in un ambito strettamente ed esclusivamente probatorio, la distinzione tra fatti principali e secondari non può avere alcun rilievo, dovendosi semplicemente attribuire al fatto non contestato, principale o secondario che sia, il diverso grado di asseverazione (prova libera o argomento di prova) che si riconosce in generale ai fatti non contestati».

In giurisprudenza, si vedano, nel medesimo senso della dottrina menzionata, Cass., 17 aprile 2002, n. 5526, cit., e Cass. 27 febbraio 2008, n. 5191, cit. Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Rovereto, 3 dicembre 2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 1326, con nota di V. PAPAGNI, *La novella dell'art. 115 c.p.c. e il «riconoscimento» del principio di non contestazione.*

Contra, Trib. Catanzaro, 18 gennaio 2011, in *Giur. merito*, 2012, p. 590 e, per la dottrina, S. PATTI, *La disponibilità delle prove ... cit.*, p. 88, il quale ritiene che il principio della specifica contestazione non sia applicabile anche ai fatti secondari. La ragione di tale limitazione risiederebbe in ciò che l'onere della specifica contestazione gravante sul convenuto ha ad oggetto soltanto i fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, e non anche i fatti (secondari) allegati in funzione probatoria, la cui mancata contestazione costituisce soltanto un argomento di prova liberamente valutabile dal giudice ai fini del giudizio circa l'esistenza del fatto (principale) da provare.

nella generalità dei casi si presentano in qualità di fatti secondari ⁽¹⁴⁸⁾.

L'opinione prevalente, tuttavia, può essere a mio avviso efficacemente sintetizzata nel rilievo di Cea: *«se si considera che la non contestazione è una tecnica di semplificazione processuale diretta ad evitare, in presenza di determinati presupposti, la fase della verifica probatoria, è evidente che essa può riferirsi a tutti i possibili fatti allegati nel processo ... e ciò perché tutti questi fatti possono essere oggetto di verifica probatoria e, quindi, in presenza di un comportamento non contestativo, possono beneficiare del privilegio probatorio della pacificità»* ⁽¹⁴⁹⁾.

L'argomentazione ora riferita trova, a sua volta, specificazione nel pensiero di altra dottrina, secondo la quale la diversità di vedute sul punto è speculare a quella sul fondamento dogmatico dell'onere della specifica contestazione, nel senso che, per coloro che la individuano nel principio dispositivo sostanziale, la regola della mancata contestazione opererebbe limitatamente ai fatti principali; all'opposto, per chi sostiene la sua derivazione da tecniche processuali deflative, essa dovrebbe operare

⁽¹⁴⁸⁾ Così, F. ROTA, *I fatti non contestati ... cit.*, p. 206, il quale tuttavia si mostra perplesso per la mancata modifica, ad opera del legislatore del 2009, degli artt. 167 e 416 cod. proc. civ.: *«se è giusto ritenere inoperante la distinzione per la buona ragione che la norma non la pone, ciò che desta più perplessità è semmai la tecnica con cui si sarebbe introdotto l'onere di specifica contestazione anche dei fatti secondari, senza mutare il dettato delle disposizioni in cui esso avrebbe dovuto trovare sede opportuna, ovvero i ricordati artt. 167 e 416 c.p.c. che continuano a far riferimento ai fatti posti (o affermati) dall'attore 'a fondamento della domanda'»*.

⁽¹⁴⁹⁾ Così, per tutti, C. M. CEA, *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 802.

anche in relazione ai fatti secondari. Tale dottrina conclude ritenendo che il legislatore sembra aver aderito alla prima teoria collocando l'onere della specifica contestazione all'interno dell'art. 115 cod. proc. civ. ⁽¹⁵⁰⁾.

Ancora più nel dettaglio, vi è chi osserva come a pronunce per le quali il principio di non contestazione opera con riferimento a tutti i fatti allegati in giudizio, ivi compresi quelli che rilevano sull'andamento del processo, se ne contrappongono altre, ove si afferma che l'effetto tipico della regola della specifica contestazione (espunzione del fatto dal *thema probandum*) si riferisce soltanto ai fatti principali, ma non anche a quelli secondari, precisandosi peraltro che la mancata contestazione dei fatti secondari costituisce argomento di prova valutabile ai sensi dell'art. 116, 2° comma, cod. proc. civ. ⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ Si veda, sul punto, S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione diventa legge ... cit.*, p. 77; ID., *Il principio di non contestazione è diventato legge ... cit.*, p. 273.

Critico, invece, N. SAPONE, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 71, secondo cui «è la premessa minore del ragionamento a non convincere; non appare condivisibile l'asserto secondo cui la collocazione della non contestazione all'interno dell'art. 115 c.p.c. indica che il suo fondamento riposa nel principio dispositivo sostanziale. È invece proprio la collocazione nella norma rubricata 'Disponibilità della prova' ad esprimere l'intendimento del legislatore di condurre la non contestazione fuori dall'orbita del principio dispositivo sostanziale, riportandola sul terreno probatorio, il medesimo sul quale operano 'le prove proposte dalle parti', alle quali la non contestazione viene accostata».

⁽¹⁵¹⁾ Di quest'avviso C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere ... cit.*, p. 269 il quale, con riferimento al primo orientamento citato, ricorda le decisioni Cass. 13 giugno 2005, n. 12636, in *Foro it.*, 2006, pt. I, p. 1873, con nota di C. M. CEA, *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche*; Cass. 4 dicembre 2007, n. 25269, in *Dejure*, e, con riguardo al secondo

È opportuno, al riguardo, riportare il pensiero di Sassani in ordine alla estensione del principio di specifica contestazione a tutti i fatti: *«per poter concludere che il fatto secondario non contestato possa correttamente essere assunto dal giudice a fondamento del suo giudizio storico, deve trattarsi o di un fatto compreso nella allegazione (in senso proprio) della parte o di un fatto che sia stato sottoposto al controllo incrociato del contraddittorio e quindi possa dirsi ragionevolmente contestabile per la sua conoscenza o conoscibilità. Si comprende allora l'imbarazzo di ammettere l'efficacia della non contestazione nei confronti dei fatti secondari, se si tiene conto che, molto spesso, si ha a che fare con circostanze e fatti integrativi dei fatti principali ma non*

filone interpretativo, Cass. 16 giugno 2006, n. 13958, *ivi*, e Cass. 2 maggio 2007, n. 10098, in *Il lav. nella giur.*, 2007, p. 1245. Infine, circa l'applicazione dell'art. 116, 2° comma, cod. proc. civ., Cea ricorda la sentenza Cass. 27 febbraio 2008, n. 5191, *cit.*

Vi è, però, una precisazione degna di rilievo svolta al riguardo da B. Sassani: la contestazione dei fatti secondari, interpretata secondo alcuna parte della giurisprudenza come argomento di prova ai sensi dell'art. 116, 2° comma, cod. proc. civ., non è incompatibile con la norma di cui all'art. 115 cod. proc. civ. Ciò in considerazione del fatto che: *«la non contestazione si limita a rendere pacifico il dato non contestato, ma non ne può certo alterare il peso specifico che resta sempre e solo quello suo proprio, e rispetto al quale è indifferente che la fissazione del fatto emerga da una rappresentazione dimostrativa (esito di fonte materiale di prova), ovvero dalla sua notorietà, o ancora dalla sua non contestazione. In altri termini ... la non contestazione ... può solo e sempre rendere pacifico il fatto specificamente non contestato mentre il significato (il peso) di tale fatto è indipendente dalla sua qualità di fatto dimostrato, riconosciuto, indotto in via logica o non contestato, poiché la funzione nel giudizio storico sarà sempre e solo quella del suo rapporto con la fattispecie»*. Così, B. SASSANI, *L'onere della contestazione ... cit.*, p. 12.

allegati dalla parte, nel senso di non espressamente (e tempestivamente) asseriti quali elementi rilevanti ai fini del giudizio richiesto ... E' evidente che di tali circostanze si può riconoscere l'utilizzabilità da parte del giudice, ma solo se previamente sottoposte al contraddittorio» ⁽¹⁵²⁾.

In ogni caso, a mio parere non può che confermarsi che l'attuale, generalizzata, previsione espressa dell'onere di specifica contestazione nell'art. 115 cod. proc. civ. consente di ritenere definitivamente superato ogni dubbio circa l'assoggettamento alla regola della contestazione anche dei fatti secondari ⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁵²⁾ B. SASSANI, *L'onere della contestazione ... cit.*, sempre a p. 12.

⁽¹⁵³⁾ In linea con la conclusione tracciata nel testo si vedano F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali ... cit.*, p. 172; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 216; M. FABIANI, *Il nuovo volto ... cit.*, p. 1173; I. PAGNI, *La "riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1314; ID., *L'onere di contestazione dei fatti avversari ... cit.*, p. 237; V. PAPAGNI, *La novella dell'art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 1329; G. DEL TORTO, *Il principio non contestazione alla luce della L. 18 giugno 2009, n. 69: un punto di svolta?*, in *Giur. merito*, 2010, p. 983; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma ... cit.*, p. 313; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma ... cit.*, p. 779; F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile ... cit.*, par. 5; M. FORNACIARI, *Il contraddittorio ... cit.*, p. 28; G. MAERO, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 464; M. MOCCI, *Principio del contraddittorio ... cit.*, p. 326; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione ... cit.*, p. 203; A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 86; F. ROTA, *I fatti non contestati ... cit.*, p. 205; B. ZUFFI, *sub art. 115 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. CONSOLO, Milano, 2010, p. 1375; B. SASSANI, *L'onere della contestazione ... cit.*, par. 8; M. BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo ... cit.*, p. 91,

L'operatività del principio in esame anche nei confronti dei fatti dedotti in funzione esclusivamente probatoria parrebbe consentire l'estensione del raggio d'azione dell'onere della specifica contestazione anche ai fatti processuali, la cui rilevanza opera sul piano del rito e non del merito della vicenda giudiziale; essi operano, cioè, solo sul piano delle situazioni di carattere processuale ⁽¹⁵⁴⁾.

secondo il quale «mentre i fatti principali non contestati sono così fissati puramente e semplicemente nella sentenza, i fatti secondari sono sì così fissati, ma non essendo essi parte della fattispecie del diritto fatto valere, essi rappresentano solo la base di una valutazione probatoria (ragionamento presuntivo) che poi porterà ad una fissazione dei fatti rilevanti per la causa non in modo scontato, bensì secondo il prudente apprezzamento del giudicante».

⁽¹⁵⁴⁾ Sull'allegazione del passaggio in giudicato, ad esempio, si veda Cass. 9 luglio 2004, n. 12770, in *Foro it.*, 2005, pt. I, p. 162, secondo la quale il giudicato esterno deve essere provato attraverso la produzione della copia della sentenza munita della certificazione del suo passaggio in giudicato, «non potendosi ritenere né che la mancata contestazione di controparte sull'affermato passaggio in giudicato significhi ammissione della circostanza, né che sia onere di quest'ultima dimostrare il secondo elemento dell'unica fattispecie costituente il giudicato (sentenza non impugnabile)». V. anche Cass., 24 febbraio 2004, n. 3621, in *Foro it.*, 2004, pt. I, p. 2459.

Secondo U. MORCAVALLO, *Rilievo officioso delle nullità e giusto processo: in particolare nelle controversie di lavoro e previdenza*, in AA. VV., *Problemi attuali sul processo del lavoro*, Milano, 2006, p. 305, «l'effetto della non contestazione è escluso per le condizioni dell'azione rilevabili d'ufficio, quali l'interesse ad agire e la *legitimatio ad causam*, nonché per i presupposti processuali, all'esistenza dei quali è subordinata la stessa proponibilità dell'azione giudiziale; quindi, la non contestazione di un presupposto processuale non esclude che la sua inesistenza possa essere dedotta in un momento successivo o rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del processo. È evidente, tuttavia, il riferimento

Ancora una volta, il generico riferimento ai «fatti» operato dall'art. 115 cod. proc. civ. rende dubbia la possibilità di applicare la regola della specifica contestazione anche alle circostanze di fatto che incidono in maniera più o meno penetrante sulle questioni processuali rilevanti in una determinata controversia.

Al riguardo è stato, infatti, ritenuto che non essendoci nella norma alcuna differenziazione tra fatti rilevanti per il rito e fatti riguardanti il merito, deve concludersi nel senso che sussista un onere di specifica contestazione avente ad oggetto tutti gli avvenimenti rilevanti ai fini della decisione, senza differenziazione alcuna ⁽¹⁵⁵⁾.

alle questioni processuali e non ai fatti sui quali esse si fondano, ai quali va applicato il principio di non contestazione». Analogamente, G. SCARSELLI, *Note in tema di eccezione di cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 838, nt. 21, il quale afferma che «*si potrebbe sostenere che l'eccezione di giudicato esterno rilevata dal convenuto può ritenersi non bisognosa di prova qualora sia circostanza non contestata – o addirittura ammessa – dall'attore ... Tuttavia la possibilità di giungere ad una simile soluzione è subordinata al fatto di riuscire a concepire la cosa giudicata come un bene a garanzia dei soli interessi del privato ... e di riuscir a concepire la decisione sulla fondatezza o meno di una eccezione di giudicato come una mera valutazione in punto di fatto, non diversa da altre eccezioni di merito».*

⁽¹⁵⁵⁾ Di tale opinione N. RASCIO, *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1245; C. M. CEA, *La tecnica della non contestazione ... cit.*, p. 178; ID., *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere ... cit.*, p. 271; ID., *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 802; I. PAGNI, *La "riforma" del processo civile ... cit.*, p. 1314; ID., *L'onere di contestazione dei fatti avversari ... cit.*, p. 239, secondo la quale una volta accolta la premessa per cui il principio di specifica contestazione è una tecnica di economia processuale che non ha alcuna attinenza con il principio della domanda, né può

considerarsi un riflesso del monopolio delle parti in tema di allegazione dei fatti, non vi è ragione per escludere che il principio in parola possa operare quando il fatto di cui si discute abbia rilievo sul piano processuale.

Si vedano, ancora, F. ROTA, *I fatti non contestati ... cit.*, p. 206; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma ... cit.*, p. 314; M. FORNACIARI, *Il contraddittorio ... cit.*, p. 28; A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 89.

Si veda, infine, F. DE VITA, voce «*Non contestazione (principio di)*» ... cit., p. 857, secondo il quale «*non sembra opportuno, né logico, né, soprattutto, necessario distinguere ... fra fatti che assumono rilevanza ai fini della decisione nel merito e fatti riferibili a questioni meramente processuali*». Di conseguenza, l'onere di specifica contestazione riguarda tutti i fatti rilevanti, in rito o nel merito. Peraltro, tale dottrina sottolinea che detta tesi consente di superare le difficoltà di individuare i confini tra fatti aventi rilievo meramente processuale e fatti a rilevanza anche sostanziale, «*evitando il dannoso proliferare di questioni sulla natura delle difese avanzate*».

Contra, A. GIUSSANI, *Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 238, secondo il quale il riconoscimento degli effetti della mancata contestazione non può ascriversi alla protezione dell'autonomia privata in materia di presupposti processuali, in quanto «*la ratio della disciplina sembra comunque riconducibile a obiettivi di efficienza del processo, prevalenti su quelli della protezione dell'autonomia privata nel processo in quanto tale*». Analogamente M. MOCCI, *Principio del contraddittorio ... cit.*, p. 325, a parere del quale va escluso che la norma di cui all'art. 115 cod. proc. civ. «*possa riferirsi a norme di carattere processuale, le quali non rientrano nella disponibilità delle parti*».

Anche la giurisprudenza si mostra incline ad ammettere che in ordine ai fatti processuali sussista un onere di specifica contestazione, il cui adempimento è talvolta considerato quale condizione per l'esercizio del potere di rilievo ufficioso. Si veda, in tema di legittimazione processuale, Cass. 13 giugno 2005, n. 12636, cit., ove si afferma che anche i fatti a rilevanza processuale soggiacciono all'onere di specifica contestazione. Secondo i giudici

Qualche precisazione è, però, d'obbligo.

Anzitutto, occorre chiarire che in materia di fatti riguardanti questioni processuali, il principio della specifica contestazione non riguarda direttamente le questioni di rito strettamente intese, ma soltanto i fatti che ne costituiscono il fondamento ⁽¹⁵⁶⁾. In altri termini, la

di legittimità, infatti, «*il principio della non applicabilità dell'onere di contestazione ai fatti processuali non trova riscontro nell'ordinamento e ... la necessità di prestare formale ossequio a tale principio può condurre ad operare distinguo non necessari e poco chiari. L'onere di contestazione tempestiva, infatti, non è desumibile soltanto dagli artt. 166 e 416 c.p.c., ma è principio che informa di sé tutto il sistema processuale posto che, per un verso, il carattere dispositivo del processo ne comporta una ineludibile struttura dialettica a catena e che, per altro verso, l'incalzante organizzazione di preclusioni tende ad attribuire alle parti (ad entrambe ed in ogni caso) l'onere di collaborare fin dalle prime battute processuali a circoscrivere l'ambito controverso. Peraltro, un onere di contestazione è ricavabile anche dai principi di lealtà e probità posti a carico delle parti, ma, soprattutto, dal generale principio di 'economia' che deve sempre informare il processo, soprattutto in relazione al fattore 'tempo', avendo riguardo al novellato art. 111 Cost. e tenuto conto che tutti coloro che partecipano al processo (ivi comprese le parti) devono collaborare alla sua ragionevole durata*».

⁽¹⁵⁶⁾ Si veda, ancora con riferimento alla legittimazione processuale, Cass. 29 dicembre 2004, n. 24103, in *Dejure*, in punto di improponibilità della domanda per mancata presentazione dell'istanza amministrativa di prestazione previdenziale o assistenziale. Con la decisione citata la Suprema Corte, pur affermando che il principio della contestazione non è applicabile ai fatti processuali, specifica che «*occorre distinguere nettamente la questione processuale della proponibilità della domanda giudiziale (rilevabile d'ufficio) e le circostanze di fatto condizionanti la detta proponibilità*». Conseguentemente, «*ove il ricorrente abbia specificato la circostanza di aver presentato domanda amministrativa ... l'ente convenuto è certamente onerato della*

circostanza di fatto sulla quale poggia l'eccezione processuale, ove non contestata, dovrà considerarsi acquisita in giudizio ai fini della decisione; diversamente, l'eccezione di rito attraverso la quale la questione è stata sollevata resta del tutto slegata dall'attività contestativa delle parti, essendo detta questione sempre rilevabile, su istanza di parte o anche d'ufficio, nei limiti processuali di volta in volta previsti dalla legge ⁽¹⁵⁷⁾.

In secondo luogo, è altresì necessario sottolineare che, come per i fatti aventi rilievo sostanziale, anche per i fatti a rilevanza meramente processuale l'onere di specifica contestazione sorge solo ove essi siano stati effettivamente ed espressamente allegati, e non anche quando gli stessi vengano dedotti in via implicita ⁽¹⁵⁸⁾.

relativa contestazione, mancando la quale il fatto stesso deve ritenersi definitivamente comprovato (e dunque la domanda proponibile)».

⁽¹⁵⁷⁾ Si pensi, ad esempio, alla questione della competenza: essa, a prescindere dalla contestazione dei fatti sui quali la competenza del giudice adito si fonda, può essere sollevata, anche d'ufficio, nei termini previsti dall'art. 38 cod. proc. civ. Ebbene, solo in fase di decisione sulla questione tempestivamente sollevata, il giudice dovrà verificare se, ad esempio, la residenza o il domicilio del convenuto – determinanti per la competenza per territorio *ex art. 18 cod. proc. civ.* – siano stati contestati o meno. Secondo Cass. 31 marzo 2011, n. 7530, in *Dejure*, «*in tema di competenza per territorio, la contestazione in ordine all'avvenuto perfezionamento del contratto nel luogo rientrante nella competenza del giudice adito pone a carico di chi sollevi l'eccezione l'onere di provare le circostanze di fatto determinanti la competenza per territorio*».

⁽¹⁵⁸⁾ Per tutte, si veda ancora Cass. 29 dicembre 2004, n. 24103, cit., secondo la quale «*non si può certamente condividere l'affermazione ... secondo cui l'obbligo di contestazione dell'istituto previdenziale non postula la estrinsecazione da parte dell'assicurato di tutti gli elementi costitutivi della pretesa (regolare espletamento della procedura amministrativa, regolarità*

Avendo ben presente tali precisazioni, mi sembra ora opportuno esaminare qualche caso in cui la giurisprudenza di legittimità ha utilizzato la tecnica della mancata contestazione con riferimento a un fatto rilevante ai fini processuali.

Si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui la qualità di erede venga in considerazione in una controversia ai fini della legittimazione ad agire della parte che invochi tale qualità.

In tali casi la giurisprudenza è solita affermare che la questione relativa alla legittimazione della parte nel processo può essere sollevata ed esaminata, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo *«ma solo in quanto in atti risultino i presupposti di fatto che tale legittimazione escludano, con la conseguenza che, qualora non sia contestata la qualità di erede, il giudice non può rilevare ex officio un difetto di legittimazione che non risulti già aliunde desumibile»* ⁽¹⁵⁹⁾.

contributiva, tempo necessario per la maturazione del diritto, assenza di situazioni di incompatibilità e simili), essendo la loro esistenza implicitamente allegata con la rivendicazione di una situazione soggettiva che tali elementi presupponga. Si tratta, infatti, di enunciato smentito dalle precisazioni formulate dalle Sezioni unite della Corte, secondo le quali l'onere di contestazione (il cui mancato assolvimento rende inutile la prova del fatto in quanto non controverso) si correla all'esposizione di specifiche circostanze di fatto, non di regole astratte, legali o negoziali, circa gli elementi costitutivi di un diritto».

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. Cass. 2 luglio 2004, n. 12162, in *Dejure*, la quale ha precisato che *«il controllo della legitimatio ad causam demandato al giudice non implica il dovere di procedere d'ufficio ad atti istruttori ad hoc, allorchando le parti si siano presentate in lite dichiarandosi in possesso delle qualità richieste e nessun contrasto sia insorto in proposito e ancora che la questione relativa alla legittimazione della parte può essere sollevata ed esaminata anche*

d'ufficio in ogni stato e grado del processo, ma solo in quanto siano accertati i presupposti di fatto che la escludono; pertanto quando non sia contestata la qualità di erede del soggetto non può il giudice rilevare d'ufficio un difetto di legittimazione che non risulti accertato». Analogamente, Cass. 13 aprile 2001, n. 5536, in *Dejure*; Cass. 23 febbraio 2009, n. 4381, *ivi*, secondo la quale «*l'onere di provare la qualità di erede gravante sul soggetto che agisce in giudizio in tale veste viene meno quando la controparte abbia sollevato eccezioni in proposito solo tardivamente, dopo avere accettato il contraddittorio senza alcuna contestazione al riguardo*». Si veda anche Cass. 30 gennaio 2006, n. 1848, *ivi*, con la quale pure è stato *expressis verbis* affermato che ove un soggetto si costituisca nella qualità di successore universale di una delle parti, questi ha l'onere di fornire la prova dell'asserita qualità di erede solo in presenza di contestazioni sul punto. Analogamente, più di recente, v. Cass. 30 agosto 2012, n. 14732, *ivi*.

La giurisprudenza perviene ad analoghe conclusioni nelle ipotesi in cui venga in considerazione la qualità di successore a titolo universale *inter vivos*: ad esempio, si ritiene che la società che impugni la sentenza emessa nei confronti di altra società, alla quale afferma di essere succeduta a titolo universale a seguito di fusione per incorporazione, deve provare la sua qualità solo se il fatto (la fusione e la conseguente successione universale) non sia contestato o l'altra parte lo consideri espressamente come accertato. Così, ad esempio, Cass. 23 febbraio 2001, n. 2655, in *Dejure*, la quale precisa che «*ove sia in causa una società persona giuridica ... la persona fisica che sta in giudizio come suo rappresentante non ha l'onere - ove la controparte non lo contesti - di provare tale qualità, che deve invece essere presunta in base all'ordinamento interno dell'ente in quanto reso conoscibile attraverso il regime di pubblicità legale; sicché, in mancanza di contraria risultanza agli atti della causa, l'eventuale difetto di legittimazione processuale non può essere rilevato*».

La medesima situazione si verifica allorché si discuta del potere di rappresentanza processuale della parte. Si veda, *ex pluribus*, Cass. 13 febbraio 2009, n. 3541, in *Dejure*, con la quale i giudici di legittimità esplicitamente affermano che «*è onere della parte che si difende sollevare, nella prima difesa, la contestazione volta a*

*sostenere che la persona fisica, che si è presentata come rappresentante processuale di una persona giuridica, manca del potere di farlo ed è allora onere dell'altra documentare tale qualità», di modo che «se tale documentazione non è offerta o non è dimostrativa, la domanda o l'impugnazione non potranno essere esaminate nel merito». In senso analogo, si vedano Cass. 25 ottobre 2001, n. 13164, in *Dejure*; Cass. 9 gennaio 2002, n. 192, *ivi*; Cass. 28 maggio 2003, n. 8520, *ivi*; Cass. 27 ottobre 2003, n. 16103, *ivi*; Cass. 24 maggio 2004, n. 9927, *ivi*; Cass. 28 gennaio 2005, n. 1750, *ivi*; Cass. 11 aprile 2006, n. 8411, *ivi*; Cass. 16 gennaio 2009, n. 961, *ivi*, ove si legge che «a fronte della contestazione della controparte, è indubbio che sia onere della parte che abbia conferito la procura fornire la prova dell'effettiva sussistenza dei poteri rappresentativi, trattandosi di uno dei presupposti della capacità di stare in giudizio ... Il principio vale ... solo nel caso di specifica contestazione del suddetto presupposto».*

Vi sono, tuttavia, casi nei quali la Corte di Cassazione, oltre ad affermare che la mancata contestazione del fatto rilevante ai fini della legittimazione processuale renda pacifico quel fatto, addirittura ne inverte l'onere della prova: i giudici di legittimità sostengono, infatti, che colui che contesta il potere di rappresentanza abbia anche l'onere di provare la circostanza oggetto della contestazione. Si vedano, al riguardo, Cass. 15 dicembre 2000, n. 15820, in *Dejure*; Cass. 3 ottobre 2003, n. 14813, *ivi*, la quale espressamente afferma che «la persona fisica che si costituisce in giudizio per conto della società ha l'onere di allegare la qualità di legale rappresentante della stessa, ma non anche di provare detta qualità, spettando alla parte che ne contesti la sussistenza fornire la relativa dimostrazione contraria». Ancora, nello stesso senso, v. Cass. 13 giugno 2006, n. 13669, *ivi*; Cass. 13 settembre 2007, n. 19162, *ivi*; Cass. 11 febbraio 2009, n. 3362, *ivi*. Nella giurisprudenza di merito si veda App. Roma, sent. 17 maggio 2012, in www.ilprocessocivile.com, ove si legge che «qualora l'effettiva titolarità del rapporto dedotto in giudizio abbia costituito, nel giudizio di primo grado, fatto pacifico per concorde allegazione di entrambe le parti, quella che in appello la contesti

Pertanto, secondo i giudici di legittimità, l'onere di provare la qualità di erede, gravante sul soggetto che agisce in giudizio in veste di successore universale del *de cuius*, viene a mancare nel momento in cui la controparte processuale abbia omesso di sollevare eccezioni in proposito, ovvero vi abbia tardivamente adempiuto ⁽¹⁶⁰⁾.

Diversa è la situazione nelle ipotesi in cui un fatto rilevi ai fini della titolarità del diritto in contesa e non quale presupposto della legittimazione *ad causam* ⁽¹⁶¹⁾. In

per la prima volta ha l'onere di fornire la prova del suo contrario assunto».

Ma, come esattamente rileva Cea (*Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 796, nt. 13), in questi casi si va ben oltre l'applicazione della tecnica della mancata contestazione, la quale postula solo un onere di contestazione specifica, adempiuto il quale l'onere della prova incombe sulla parte che ha allegato il fatto. Viceversa, *«nella misura in cui si addossa l'onere della prova alla parte che contesta, in buona sostanza si finisce per configurare una presunzione (di origine giurisprudenziale), cui consegue l'inversione dell'onere della prova».*

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. Cass. 23 febbraio 2009, n. 4381, cit., e Cass. 15 dicembre 2010, n. 25341, in *Foro it.*, 2012, pt. I, p. 1570, con commento di C. M. CEA, *Le incertezze della Cassazione in tema di non contestazione ed il bisogno di nomofilachia*. Il rilievo svolto nel testo determina, dunque, l'impossibilità di sollevare la relativa eccezione nei gradi di giudizio successivi al primo: così, ad esempio, Cass. 31 ottobre 2008, n. 26334, in *Dejure*, secondo la quale, infatti, *«qualora l'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa abbia costituito fatto pacifico, per mancata contestazione nel corso del giudizio di primo grado di siffatta titolarità, questa rimane definitivamente acquisita e non può più essere contestata nel successivo grado del giudizio».*

⁽¹⁶¹⁾ Giova ricordare, utilizzando le parole della Suprema Corte, che *«la legittimazione ad agire consiste nella titolarità del potere e del dovere – rispettivamente per la legittimazione attiva e per quella passiva – di promuovere o subire un giudizio in ordine al*

*rapporto sostanziale dedotto in causa, secondo la prospettazione offerta dall'attore, indipendentemente dalla effettiva titolarità, dal lato attivo o passivo, del rapporto stesso. Quando, invece, le parti controvertono sulla effettiva titolarità, in capo al convenuto, della situazione dedotta in giudizio, ossia sull'accertamento di una situazione di fatto favorevole all'accoglimento o al rigetto della domanda attrice, la relativa questione non attiene alla 'legittimatio ad causam', ma al merito della controversia ... con la conseguenza che il difetto di titolarità dev'essere provato da chi lo eccepisce e deve formare oggetto di specifica e tempestiva deduzione in sede di merito ... La 'legittimatio ad causam' è espressione del principio dettato dall'art. 81 c.p.c., secondo il quale nessuno può far valere nel processo un diritto altrui in nome proprio fuori dei casi espressamente previsti dalla legge. Ciò comporta – trattandosi di materia attinente al contraddittorio e mirandosi a prevenire una sentenza 'inutiliter data' – la verifica, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio ... e in via preliminare al merito, dell'astratta coincidenza dell'attore e del convenuto con i soggetti che, secondo la legge che regola il rapporto dedotto in giudizio, sono destinatari degli effetti della pronuncia richiesta». In termini, Cass. 26 settembre 2006, n. 20819, in *Dejure*. Conformi, *ex multis*, Cass. 5 settembre 2003, n. 13016, *ivi*; Cass. 24 marzo 2004, n. 5912, *ivi*; Cass. 2 agosto 2005, n. 16158, *ivi*; Cass. 18 novembre 2005, n. 24457, *ivi*; Cass. 16 maggio 2007, n. 11321, *ivi*; Cass. 10 gennaio 2008, n. 355, *ivi*; Cass. 6 marzo 2008, n. 6132, *ivi*; Cass. 9 aprile 2009, n. 8699, *ivi*; Cass. 10 maggio 2010, n. 11284, *ivi*; Cass. 27 giugno 2011, n. 14177, *ivi*.*

Difatti, si afferma di frequente nella giurisprudenza di legittimità che «il difetto di legittimazione passiva (rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, salvo il limite del giudicato eventualmente formatosi) sussiste quando il convenuto non risulti essere il soggetto nei cui confronti, secondo la legge che regola il rapporto dedotto in giudizio, l'azione può essere esercitata, e attiene pertanto alla verifica, secondo la prospettazione attorea, della regolarità formale del contraddittorio, mentre l'effettiva titolarità passiva del rapporto giuridico controverso attiene al merito della controversia e il suo difetto non può essere rilevato d'ufficio dal giudice, ma deve essere dedotto nei tempi e nei modi

argomento, però, la giurisprudenza è talvolta contrastante: il confine fra legittimazione in senso tecnico e titolarità della situazione sostanziale dedotta in giudizio è talmente labile che le decisioni assunte dalla Suprema Corte non seguono un univoco itinerario interpretativo (¹⁶²).

Infatti, è stato chiarito che vi sono casi in cui «*la tecnica della non contestazione è applicata surrettiziamente ed inconsapevolmente, celata dietro diverse coordinate giuridiche*» (¹⁶³). Il riferimento è proprio alle ipotesi in cui vengono in considerazione le differenze tra legittimazione processuale e titolarità (attiva o passiva) della situazione sostanziale dedotta in giudizio: nel primo caso, si è soliti affermare che la *legittimatio ad causam*, attiva e passiva, è istituto processuale riferibile al soggetto che ha il potere di esercitare l'azione in giudizio ed a quello nei cui confronti tale azione può essere esercitata. Da ciò si deduce il potere del giudice di rilevarne d'ufficio il difetto di ogni stato e grado del giudizio. Diversamente, nel caso di titolarità (attiva o passiva) della situazione sostanziale dedotta in giudizio, questione invece attinente al merito della causa, si ritiene che debba essere oggetto di un'eccezione riservata alla

previsti per le eccezioni di parte». Così Cass. 7 maggio 2003, n. 6935, in *Dejure*.

(¹⁶²) Secondo N. SAPONE, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 95, infatti, la giurisprudenza distingue i fatti attinenti alla titolarità del diritto processuale di adire il giudice dell'impugnazione (attinenti quindi anche alla regolare costituzione del contraddittorio in funzione del giudizio dell'impugnazione) dai fatti relativi alla titolarità della situazione sostanziale. Ma, va ribadito, soltanto i primi «*formano oggetto di questione rilevabile d'ufficio, in relazione alla quale non opera il principio di non contestazione*».

(¹⁶³) C. M. CEA, *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 797.

parte, essendo precluso al giudice ogni rilievo ufficioso al riguardo.

Si pensi, ad esempio, ai casi in cui l'erede subentri nel processo già introdotto dal *de cuius*, impugnando la sentenza emessa nei confronti della parte defunta. In tali fattispecie, la giurisprudenza richiede al successore la dimostrazione non solo del decesso della parte originaria, ma anche della propria qualità di erede; in difetto, l'impugnazione sarebbe dichiarata inammissibile, mancando la prova della legittimazione ad impugnare, non assumendo alcun rilievo la mancata contestazione dei fatti fondanti tale legittimazione ad opera della controparte⁽¹⁶⁴⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ In questo senso, si veda Cass. 27 gennaio 2011, n. 1943, in *Dejure*. Analogamente, Cass. 13 giugno 2006, n. 13685, *ivi*, secondo la quale «*il soggetto che proponga appello – non diversamente da chi proponga ricorso per Cassazione – nell'asserita qualità di erede di colui che ha partecipato al precedente grado di giudizio deve allegare la propria legitimatio ad causam per essere subentrato nella medesima posizione del proprio autore e fornirne, quindi, tramite le opportune produzioni documentali, la necessaria dimostrazione, provando sia il decesso della parte originaria, sia l'asserita qualità di erede della stessa ... ond'è che, in difetto di prova siffatta, resta indimostrato uno dei fatti costitutivi del diritto ad impugnare, dimostrazione il cui onere incombe ex art. 2697 cod. civ. sulla parte che tale diritto esercita ... detta circostanza è rilevabile anche d'ufficio, in quanto attinente alla titolarità del diritto processuale di adire il giudice dell'impugnazione e, come tale, alla regolare costituzione del contraddittorio, per cui resta del tutto ininfluyente che la questione sia stata o meno sollevata dalla controparte*». Analogamente, più di recente, v. Cass. 15 dicembre 2010, n. 25344, *ivi* e Cass. 27 gennaio 2011, n. 1943, *ivi*.

In argomento si veda anche Cass. 11 gennaio 2005, n. 379, in *Dejure*, secondo la quale la successione nel processo di un soggetto alla parte originaria ai sensi dell'art. 111 cod. proc. civ. è un fatto

Non mancano, tuttavia, decisioni che, in casi analoghi, hanno mostrato di propendere per l'opposta soluzione, non richiedendo la prova della titolarità della situazione sostanziale dedotta in giudizio, a meno che detta qualità non sia messa in discussione dalla controparte mediante una contestazione più o meno esplicita ⁽¹⁶⁵⁾.

costitutivo del diritto ad impugnare la sentenza emessa nei confronti della parte originaria. Pertanto, il soggetto che propone l'impugnazione in qualità di erede ha l'onere di provare sia il decesso della parte originaria, sia i fatti da cui deriva quella sua qualità e la mancanza di tale prova è circostanza rilevabile d'ufficio, indipendentemente dalla contestazione della controparte, in quanto attinente alla titolarità del diritto processuale di adire il giudice di seconde cure e non la sola titolarità della situazione sostanziale.

⁽¹⁶⁵⁾ Una parte della giurisprudenza di legittimità si è, infatti, espressa nel senso che qualora la qualità di erede rilevi in giudizio quale fatto costitutivo del diritto azionato, la prova di tale qualità è dovuta soltanto se la stessa è stata contestata dalla controparte. Così, ad esempio, Cass. 2 aprile 1986, n. 2235, in *Dejure*; Cass. 5 giugno 1996, n. 5262, *ivi*; Cass. 23 giugno 1997, n. 5576, *ivi*. Più di recente, si vedano Cass. 23 febbraio 2001, n. 2655, *cit.*, e Cass. 16 gennaio 2009, n. 1074, in *Dejure*, la quale espressamente afferma che la mancata contestazione della qualità di erede, se pur non incide sulla natura della domanda proposta, tuttavia «*produce effetti solo sul piano probatorio, esonerando l'attore dalla prova della sua qualità*».

Ancora, si veda Cass. 3 giugno 2009, n. 12832, in *Dejure*, secondo la quale «*mentre il difetto di legittimazione passiva – rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, salvo il limite del giudicato eventualmente formatosi – sussiste quando il convenuto non risulti essere il soggetto nei cui confronti, secondo la legge che regola il rapporto dedotto in giudizio, l'azione può essere esercitata, e attiene pertanto alla verifica, secondo la prospettazione attorea, della regolarità formale del contraddittorio, l'effettiva titolarità attiva del rapporto giuridico controverso attiene al merito della controversia e il suo difetto non*

Tale seconda lettura della questione è avversata da una parte della dottrina, secondo la quale risulta oltremodo problematico configurare la carenza di titolarità della situazione sostanziale in termini di eccezione vera e propria, laddove sarebbe più corretto parlare di mere difese, visto che la titolarità del diritto o dell'obbligo dovrebbe assurgere a rango di fatto costitutivo. Secondo la dottrina qui richiamata, stante la correttezza del menzionato presupposto, occorrerebbe allora *«giungere alla conclusione che quell'orientamento, ancorché del tutto inconsapevolmente ..., attribuisce alla mancata contestazione della titolarità della situazione sostanziale dedotta in giudizio la relevatio ab onere probandi della parte che allega il fatto e l'ulteriore effetto di vincolare il giudice a ritenere vero quel fatto»* (¹⁶⁶).

può essere rilevato d'ufficio dal giudice ma essendo rimesso al potere dispositivo della parte interessata deve essere dedotto nei tempi e nei modi previsti per le eccezioni di parte». In senso analogo v. Cass. 15 settembre 2008, n. 23670, *ivi* e Cass. 5 agosto 2010, n. 18207, *ivi*.

(¹⁶⁶) Così C. M. CEA, *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 797.

In tema di mancata contestazione della titolarità della situazione sostanziale dedotta in giudizio, si veda, ad esempio, Cass. 5 novembre 1997, n. 10843, in *Dejure*: *«può il convenuto, col suo comportamento processuale, influire, eliminandoli o alleviandoli, sugli oneri probatori incombenti sull'attore anche a proposito della sua asserita titolarità attiva del rapporto, ove non contesti o riconosca espressamente la verità dei fatti da lui allegati a fondamento della domanda. In altri termini, al pari degli altri requisiti di fondatezza della domanda, la titolarità, attiva o passiva, del rapporto controverso soggiace agli ordinari criteri sull'onere della prova dettati dall'art. 2697 c.c., onde, in applicazione del principio per cui 'non egent probatione' i fatti pacifici o incontrovertibili, l'attore non dovrà dimostrarla ogni qual volta il convenuto gliel'abbia esplicitamente riconosciuta o abbia*

Nonostante tali contrastanti orientamenti, vi è chi afferma che l'operatività del principio di specifica contestazione sia «*omogenea*» con riguardo ai fatti di natura processuale, e tale omogeneità escluderebbe ogni interpretazione tendente a distinguere tra gli effetti della mancata contestazione dei fatti relativi alla titolarità del potere (per la legittimazione attiva) e del dovere (per quella passiva) di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, secondo la prospettazione offerta dall'attore, indipendentemente dalla effettiva titolarità, dal lato attivo o passivo, del rapporto stesso e quelli relativi all'effettiva titolarità della situazione dedotta in giudizio (¹⁶⁷).

IV. Fatti riguardanti contratti redatti per iscritto

Un altro aspetto degno di esame nel contesto dello studio dell'onere della specifica contestazione riguarda la possibilità o meno che un comportamento contestativo superi la necessità della prova scritta, *ad substantiam* o *ad probationem*, dei regolamenti contrattuali che richiedono detta forma. In altri termini, l'interrogativo concerne se la contestazione possa avere ad oggetto fatti che devono essere necessariamente provati per iscritto.

Parrebbe esservi concordia in dottrina circa l'inapplicabilità del principio in esame ai contratti per i quali la legge richiede la forma scritta ai fini della validità

impostato la sua difesa su argomenti logicamente incompatibili col suo disconoscimento».

(¹⁶⁷) Per tali rilievi si veda F. DE VITA, *Onere di contestazione ...* cit., p. 185.

dell'atto, benché vi sia un parziale dissenso circa le ragioni sottostanti alla predetta limitazione.

Secondo alcuni, infatti, tale soluzione è inevitabile se si considerano, da un lato, il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1421 cod. civ. e, dall'altro, il divieto assoluto di provare attraverso la testimonianza detto vincolo contrattuale, salvo il caso in cui uno dei contraenti abbia perduto il documento senza sua colpa (artt. 2725, 2° comma, e 2724, n. 3, cod. civ.)⁽¹⁶⁸⁾.

Secondo altri, invece, la ragione dell'inapplicabilità del principio di contestazione ai fatti riferibili a contratti da redigere necessariamente per iscritto risiede nella mancata disponibilità delle parti della materia in parola⁽¹⁶⁹⁾.

La ragione più evidente di una simile limitazione, tuttavia, parrebbe rinvenirsi piuttosto nella considerazione che, in caso di contratti per i quali è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, è l'effetto giuridico sostanziale ad essere impedito in mancanza della forma prescritta dalla legge; di conseguenza, la contestazione o la mancata contestazione, in quanto comportamento meramente endoprocessuale, non può surrogarsi al vizio di forma⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ E' questa la posizione di A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti* ... cit., p. 607.

⁽¹⁶⁹⁾ Così A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione* ... cit., p. 332.

⁽¹⁷⁰⁾ Di tale opinione B. SASSANI, *L'onere della contestazione* ... cit., p. 17. Analogamente S. GIANI, *La non contestazione nel processo civile* ... cit., p. 14; S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge* ... cit., p. 280; F. FESTI, *Riflessioni sul principio di non contestazione nel processo civile*, in *Giur. it.*, 2011, p. 243.

Parzialmente difforme l'opinione di C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere* ... cit., p. 273, il quale, pur

Tale considerazione mi pare inattaccabile. Infatti, nel caso dei contratti da redigere necessariamente per iscritto, non solo la prova eventualmente occorrente in giudizio è condizionata alla forma scritta, ma la stessa esistenza del contratto dipende da tale precipua forma documentale. Pertanto, come i contraenti non possono stragiudizialmente determinare validamente un determinato effetto giuridico esprimendo la propria volontà in forma diversa da quella scritta, così in giudizio essi non possono raggiungere tale risultato mediante un comportamento processuale.

Da quanto riferito emerge, quindi, con chiarezza che la mancata contestazione – indipendentemente dalla natura dispositiva o sostanziale che si intende attribuire all'istituto – non può mai riguardare contratti per i quali la

ritenendo che la mancata contestazione non possa risolversi in un espediente per rimediare alla carenza di forma scritta richiesta per la validità del regolamento contrattuale, sostiene tuttavia che ciò non si verifica quando la parte afferma l'esistenza di un contratto scritto senza produrlo in giudizio, mentre si verifica quando la parte afferma l'esistenza di un contratto concluso verbalmente e il convenuto non contesti tale assunto.

Critico nei confronti dell'orientamento da ultimo citato N. SAPONE, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 104, il quale richiama altresì una risalente pronuncia della Suprema Corte che sembra sposare la tesi più restrittiva citata nel testo. Il riferimento è a Cass. 14 gennaio 1981, n. 326, in *Dejure* (s.m.), secondo la quale «*ai sensi degli artt. 2725 e 2729 c.c., quando per un negozio giuridico è richiesta la forma scritta ad substantiam, non è ammessa la prova orale o presuntiva, salvo il caso della perdita incolpevole del documento e, pertanto, se non risulta la ricorrenza di tale ipotesi, non è consentito al giudice di desumere l'esistenza del negozio dalla mancanza di contestazioni al riguardo*».

forma scritta è richiesta dalla legge ai fini della validità dell'atto negoziale ⁽¹⁷¹⁾.

Il discorso è destinato a mutare con riferimento ai fatti che si riferiscono ai contratti per i quali il legislatore prevede la forma scritta ai soli fini probatori.

In tali ipotesi, però, la soluzione appare diversa a seconda della teoria circa la natura della contestazione che

⁽¹⁷¹⁾ Occorre richiamare l'opinione di chi sostiene che la soluzione fornita al problema della limitazione dell'onere di contestazione con riferimento ai contratti dotati di forma scritta *ad substantiam* parrebbe atteggiarsi diversamente a seconda della natura che si intende attribuire al fenomeno della contestazione. Tuttavia, tale dottrina finisce per condividere l'orientamento citato nel testo, che prescinde dal fondamento del principio della specifica contestazione. Si veda, in argomento, F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali ... cit.*, p. 186.

Quanto alla dottrina che sostiene, in termini generali, la tesi della inapplicabilità del principio della specifica contestazione ai fatti riguardanti contratti redatti necessariamente per iscritto si vedano, fra i tanti, A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 332; A. PROTO PISANI, *Lezioni ... cit.*, p. 408; C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 273; M. FABIANI, *Il nuovo volto ... cit.*, p. 1174; I. PAGNI, *La "riforma" del processo civile ... cit.*, p. 1314; ID., *L'onere di contestazione ... cit.*, p. 239; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma ... cit.*, p. 314; B. SASSANI, *L'onere della contestazione ... cit.*, p. 17; F. ROTA, *I fatti non contestati ... cit.*, p. 207; A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 94.

Quanto alla giurisprudenza di merito, si veda Trib. Lamezia Terme, 30 giugno 2010, in *Dejure*, che si segnala per aver stabilito che «*se ... il fatto non contestato è fatto che non ha bisogno di prova è evidente che diventa irrilevante la modalità con cui il fatto stesso deve essere dimostrato secondo le ordinarie regole istruttorie, prendendo queste ultime ad operare solo nel caso in cui vi sia necessità in giudizio di provare una determinata circostanza e, quindi, nel caso in cui quella circostanza sia contestata dal soggetto gravato dal relativo onere*».

si intende sposare. Infatti, se si parte dal presupposto che la contestazione è espressione del principio dispositivo sostanziale, si perviene alla soluzione per cui la mancata contestazione sarebbe idonea ad escludere la necessità della prova scritta *ad probationem*: «*infatti, solo se la prova di un contratto si rende necessaria, se il legislatore ne esclude la prova orale (ma non richiede la forma scritta a pena di nullità del contratto), è necessario fornire una asseverazione documentale del fatto stesso; se, invece, la necessità della prova è esclusa dalla scelta difensiva della parte contro la quale il fatto-contratto è dedotto in giudizio, la necessità della prova non si pone proprio ed il contratto (o la clausola) deve considerarsi come sussistente, non solo in difetto della prova documentale, ma anche in mancanza di una qualsiasi forma di asseverazione*»⁽¹⁷²⁾.

Invece, se ci si attesta sulla concezione meramente probatoria del fenomeno contestativo – a mio avviso preferibile –, dovrebbe ritenersi che il comportamento processuale delle parti non possa sostituirsi alla necessità della prova scritta, sia nel caso in cui essa è richiesta *ad substantiam*, sia in quello ove lo scritto è previsto dalla legge *ad probationem*⁽¹⁷³⁾.

Ciononostante, secondo parte della dottrina la forma scritta *ad probationem* non esclude la rilevanza della

⁽¹⁷²⁾ F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali ...* cit., p. 186. Tuttavia, come giustamente specifica A. TEDOLDI, *La non contestazione ...* cit., p. 94, il giudice, nel valutare la mancata contestazione di un contratto per il quale è prevista la forma scritta *ad probationem*, dovrebbe essere particolarmente cauto, ritenendo sufficiente solo una contestazione assolutamente univoca.

⁽¹⁷³⁾ Cfr., ancora, F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali ...* cit., p. 186, nonché ID., voce «*Non contestazione (principio di)*» ... cit., p. 859.

mancata contestazione, rendendo quindi, di fatto, compatibile la regola di cui all'art. 115 cod. proc. civ. con i contratti redatti per iscritto ai soli fini probatori. Al riguardo, è stato infatti specificato che l'esclusione dell'onere probatorio «rende irrilevanti le modalità della prova che ne costituisce l'oggetto e nulla impedisce di considerare che l'astratta necessità dello scritto ad probationem viga in concreto solo in caso di contestazione: il fatto diviene pacifico per non contestazione, in maniera non dissimile da come potrebbe essere confessato o ammesso»⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁷⁴⁾ Così, B. SASSANI, *L'onere della contestazione ... cit.*, p. 16. Analogamente I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari ... cit.*, p. 239, secondo la quale nelle ipotesi di contratti con forma scritta *ad probationem* «il problema della prova non si porrà affatto, non essendo necessario dare dimostrazione alcuna dell'esistenza di un fatto che dovrà considerarsi pacifico».

A parere di qualcuno, tuttavia, dovrebbe preferirsi la seconda delle letture citate nel testo. Infatti, la mancata contestazione non elimina la necessità che il giudice si formi un convincimento circa il fatto, motivo per cui il fatto continua a dover esser provato. Ciò comporta che resta invariato l'originario onere della prova, «*ma se così è, allora non si può, per così dire, far giocare in anticipo la non contestazione sulla prova scritta*». In altri termini, «*quando la legge pretende una prova scritta, la non contestazione non può più essere sufficiente, non potendo essere equiparata alla prova documentale del contratto. Delle due l'una: o la non contestazione fa venir meno l'esigenza probatoria (intesa come verifica di veridicità); ed allora opera anche in caso di contratti a forma scritta ad probationem, in quanto opera in anticipo, nel senso che rende superflua la prova. Oppure, la non contestazione non fa venir meno l'esigenza della verifica probatoria, operando come una qualunque prova normale; ed allora, quando occorre la prova scritta del contratto, la non contestazione non può tenere luogo del documento contrattuale*». In termini, N. SAPONE, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 105, il quale richiama, in proposito,

In conclusione, può allora affermarsi che nelle ipotesi in cui si voglia dare prova dell'esistenza di fatti che si riferiscono a contratti redatti per iscritto *ad probationem*, l'"utilità" di acquisire in giudizio il testo contrattuale dipenderà dal comportamento delle parti: se i fatti in questione sono contestati, non sarà necessario procedere alla produzione in giudizio del contratto concluso per giungere alla dimostrazione dell'esistenza del fatto non (più) bisognoso di prova; diversamente, ove detti fatti non siano contestati dalla parte a ciò onerata, l'acquisizione in giudizio del testo contrattuale redatto per iscritto a fini probatori rivestirà notevole importanza per raggiungere la prova dell'esistenza del fatto (ancora) controverso.

7. *La specificità della contestazione*

Proseguendo con l'esegesi del nuovo testo dell'art. 115 cod. proc. civ., occorre ora interrogarsi sul grado di specificità che deve essere osservato nel contestare le altrui allegazioni. Si ricordi, in primo luogo, il dato normativo: il giudice deve porre a fondamento della decisione i fatti «*non specificatamente contestati*» dalla parte costituita.

La disposizione menzionata consente di porre un freno ai dubbi interpretativi che interessavano in passato la materia, con particolare riferimento al dibattito circa l'idoneità del silenzio o della contestazione generica a rendere un fatto contestato ovvero pacifico.

È stato, infatti, correttamente osservato che il nuovo testo dell'art. 115 cod. proc. civ. consente, anzitutto, di

anche la decisione del Tribunale di Lamezia Terme del 30 giugno 2010, cit.

risolvere testualmente alcuni problemi. *In primis*, scompaiono i dubbi circa il valore da attribuire al silenzio e alla contestazione generica posto che, come emerge chiaramente dalla lettera della legge, la contestazione idonea ad evitare che il fatto diventi non bisognoso di prova deve essere specifica e tali non possono evidentemente essere il silenzio o la contestazione generica (175).

Ora, però, sebbene risulti inequivocabile che la norma richieda alle parti una contestazione specifica e analitica se si vuole evitare che operi il meccanismo della *relevatio ab onere probandi*, la questione si complica e i problemi applicativi iniziano ad affacciarsi all'attenzione dell'interprete allorché si voglia cercare di riempire di contenuto, magari con indicazioni o esemplificazioni pratiche, l'avverbio «*specificatamente*» utilizzato nel primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ.

Al di là dell'indubbia necessità, sotto il profilo teorico, che la contestazione sia specifica, è stato acutamente rilevato come rimangano in ombra alcuni profili fra cui, appunto, quello delle modalità con le quali deve avvenire la contestazione perché questa possa considerarsi davvero specifica (176).

L'attenzione dei processualisti su questo tema è stata, infatti, determinata prevalentemente dalla preoccupazione di comprendere e far comprendere il confine della specificità del comportamento contestativo richiesto ai fini

(175) Di quest'avviso C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere ... cit.*, p. 270. Analogamente, G. F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, p. 40; B. ZUFFI, *Art. 115 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. CONSOLO, Milano, 2010, p. 1374.

(176) In questo senso I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari ... cit.*, p. 239.

del concreto esplicitarsi del principio in esame, rispetto a figure apparentemente non del tutto dissimili.

Dunque, ci si è interrogati, anzitutto, sul significato letterale del termine utilizzato dal legislatore al fine di raccogliere elementi utili ad intendere l'esatto atteggiarsi del meccanismo della contestazione nella dinamica processuale. Ebbene, la (sola) analisi letterale ha condotto a ritenere specifica una contestazione che sia analiticamente circoscritta ai singoli dati di fatto esposti dalla controparte processuale; una contestazione, cioè, circostanziata, precisa, puntuale, pertinente, univoca. Specifica, allora, può dirsi una contestazione che sia il contrario di generica.

Ora, se è vero che i caratteri appena menzionati possono in qualche modo fornire un supporto per delimitare il perimetro applicativo dell'onere di specifica contestazione, è pur vero che resta pressoché sconosciuto quale comportamento contestativo potrà essere, in concreto, ritenuto integrante il requisito della specificità e quale invece essere considerato generico.

Ma, se da un lato non occorre – e forse sarebbe addirittura controproducente – un'elencazione più o meno analitica dei comportamenti esattamente integranti una contestazione specifica, inidonea a sollevare la parte allegante dal proprio onere probatorio ⁽¹⁷⁷⁾, dall'altro,

⁽¹⁷⁷⁾ Rileva, infatti, M. FORNACIARI, *Il contraddittorio ... cit.*, p. 27 che «al di là della constatazione ... 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». Si tratta, infatti, di «una valutazione inevitabilmente legata alla peculiarità della situazione di volta in

però, una norma così vaga e indeterminata nel suo precetto presta il fianco a interpretazioni e applicazioni difformi, contraddittorie o addirittura contrarie alla finalità che la norma stessa si propone di perseguire.

Nondimeno, senza alcuna pretesa di analiticità, è stato rilevato che una contestazione generica potrebbe rinvenirsi, ad esempio, allorché la parte contesti in modo indifferenziato una molteplicità di fatti allegati *ex adverso* ⁽¹⁷⁸⁾, magari con l'utilizzo di formule di stile ⁽¹⁷⁹⁾, ovvero

volta in questione e che non può pertanto che essere operata in concreto».

Vi è, tuttavia, chi tenta di enumerare le espressioni di maggiore utilizzo nella pratica che integrano sicuramente una contestazione non specifica: «sicuramente sono generiche espressioni del tipo: si contesta quanto *ex adverso* dedotto; i fatti allegati sono falsi; oppure sono tutti sforniti di prova; la domanda non è fondata». Così, S. GIANI, *La non contestazione nel processo civile ... cit.*, p. 11. Analoga operazione è stata compiuta anche da altra dottrina, la quale ravvisa nelle seguenti espressioni difensive contestazione generica, proprio alla luce del nuovo art. 115 cod. proc. civ.: «*la parte impugna e contesta quanto ex adverso dedotto; le deduzioni avverse sono sfornite di prova; quanto dedotto da parte avversa è falso e non corrisponde a verità; si contesta sotto ogni aspetto quanto dedotto da parte avversa; la domanda è inammissibile, improcedibile, improponibile e, comunque, infondata in fatto e in diritto*». Così, G. BUFFONE, *L'onere di contestazione ... cit.*, p. 22.

⁽¹⁷⁸⁾ Così B. SASSANI, *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 70. In argomento, si veda anche Cass. 21 maggio 2008, n. 13079, in *Dejure*, che, in un caso di fatto costitutivo complesso – cioè connotato da una concomitante ricorrenza di più circostanze – ha affermato che occorre che la contestazione del convenuto si appunti esplicitamente su una o più caratteristiche del fatto, essendo altrimenti priva della specificità necessaria a radicare, per un verso, l'onere dell'altra parte di offrire la prova, e, per altro verso, il dovere del giudice di procedere ad uno specifico esame.

manifesti laconicamente di opporsi alla ricostruzione fattuale operata dalla controparte ⁽¹⁸⁰⁾.

Cfr. nella giurisprudenza di merito Trib. Bari, 3 novembre 2010, n. 3282, anch'essa in *Dejure*, ove è stato stabilito che «*la contestazione limitata solo ad alcuni dei fatti 'ex adverso' allegati, pur se ritenuta decisiva dalla parte interessata, non riveste carattere assorbente, e non rende superflua qualsiasi contestazione sulle allegazioni relative a fatti ulteriori che, in caso di rigetto della contestazione ritenuta pregiudiziale e dirimente, potrebbero assumere carattere rilevante ai fini della decisione*». Sotto altro profilo, Trib. Varese, 1° ottobre 2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 1328, ha ritenuto specifica la contestazione consistente nell'eccezione di intervenuto pagamento del debito qualora il debitore abbia dedotto un fatto estintivo dell'altrui diritto, quale ad esempio la *solutio*.

In ogni caso, secondo D. DALFINO, *Le novità per il processo civile ... cit.*, p. 328, non sarà comunque sufficiente, a fronte di una molteplicità di fatti o di circostanze allegati dall'attore nella domanda, che il convenuto si limiti a contrapporre in riferimento a ciascuno di essi una semplice negazione formale, giacché si avrebbe anche in tal caso una contestazione generica, seppur singolarmente formulata per ogni distinta allegazione avversaria.

⁽¹⁷⁹⁾ Così S. PATTI, *La disponibilità delle prove ... cit.*, p. 87. Cfr. anche ID., *Le prove ... cit.*, p. 18, ove viene chiarito che requisiti essenziali e sufficienti al fine di non incorrere in una contestazione generica sono «*la individuazione dei singoli fatti e l'uso di espressioni idonee a negare senza possibilità di dubbio o d'equivoco che il fatto allegato dalla controparte sia vero*».

⁽¹⁸⁰⁾ Non può considerarsi specifica, ad esempio, la contestazione rivolta direttamente alla situazione giuridica dedotta in giudizio, piuttosto che ai fatti oggetto di allegazione. Infatti, oggetto della contestazione – come riferito *supra*, par. 5 – sono soltanto i fatti; di conseguenza, la contestazione del rapporto giuridico non permetterebbe di individuare quali elementi della fattispecie concreta siano davvero controversi fra le parti e, quindi, necessitino di istruzione probatoria. Di questo avviso, A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione ... cit.*, p. 263.

Come opportunamente precisa una parte della dottrina *«da un lato, sarebbe eccessivamente formalistico sostituire la contestazione generica del passato, che si traduceva nella clausola di stile con la quale si negavano ‘tutti i fatti allegati ex adverso’, con una contestazione solo apparentemente specifica, perché riferita alle singole circostanze, ma in realtà non meno generica e di stile dell’altra, se limitata alla ripetuta negazione di ciascun fatto della narrativa altrui ... Dall’altro lato, è vero anche che il giudice è chiamato a valutare se la contestazione sia più o meno specifica, non per accertare se il fatto cui la stessa si riferisce sia vero, ma per stabilire se su di esso dovranno svolgersi o meno le prove. Poiché l’art. 115 c.p.c. pone una regola di giudizio destinata ad operare quando un fatto non sia contestato, una volta che la parte abbia espresso in modo chiaro che intende negare la verità della circostanza dedotta ex adverso, la norma in questione, e il principio che la stessa esprime, lascia la scena, e il gioco si sposta sul piano dell’istruttoria, dove non sarà più questione di specificità della contestazione, ma soltanto la verità del fatto in parola»*. Cfr., I. PAGNI, *L’onere di contestazione dei fatti avversari ... cit.*, p. 240. In giurisprudenza, si veda Cass. 15 aprile 2009, n. 8933, in *Dejure*, secondo cui, nel caso di specie, *«era stata ... operata una contestazione meramente apparente, che senza escludere i fatti allegati, aveva omissso di prendere puntuale posizione su circostanze che, comunque, erano nella sfera di conoscenza e di disponibilità [della convenuta; n.d.r.]. Così contravvenendo alla necessità che la contestazione assuma carattere di specificità ..., dovendosi la contestazione generica, in presenza di fatti ritualmente allegati dalla controparte in modo preciso e puntuale, equiparare alla mancanza di contestazione, per potersi assegnare alla contestazione un effettivo rilievo processuale solo ove vengano con la stessa richiamate circostanze fattuali a tal fine pertinenti e significative»*. In tema di insufficienza della contestazione generica dei fatti costitutivi allegati dall’attore si vedano, inoltre, Cass. 11 febbraio 2002, n. 1902, in *Arch. civ.*, 2002, p. 685; Cass. 13 febbraio 2003, n. 2165, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 325; Cass. 10 giugno 2003, n. 9285, *ivi*, 2003, p. 6; Cass. 3 maggio 2007 n. 10182, in *Dejure*; Cass. 25 maggio 2007, n. 12231, *ivi*; Cass. 21 maggio 2008, n. 13079, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 783; Cass. 3

Nello sforzo di riempire di contenuto il carattere della contestazione richiesto dalla norma, una parte della dottrina ha perentoriamente affermato che la contestazione più radicale di un fatto consiste nella sua decisa e ferma negazione; conseguentemente, si è ritenuto che «*i requisiti di precisione e non genericità prescritti dalla legge non escludono la sufficienza della mera secca negazione del fatto, che è un modo estremamente preciso di prendere posizione*»⁽¹⁸¹⁾.

luglio 2008, n. 18202, in *Guida al diritto*, 2008, fasc. 43, p. 55; Cass. 5 marzo 2009, n. 5356, *ivi*, 2009, fasc. 14, p. 60. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Catanzaro 29 settembre 2009, *ivi*. Analogamente, Trib. Catanzaro, 30 ottobre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 1666, con nota di G. FRUS, *Sul rispetto dell'onere di contestazione anche in caso di incolpevole ignoranza e sugli effetti della mancata contestazione*. Si veda anche Trib. Piacenza, 2 febbraio 2010, in *www.ilcaso.it*. In particolare, secondo Cass. n. 5356/2009 cit., «*l'assunto di aver "impugnato e contestato la domanda formulata dalla controparte perché infondata in fatto ed in diritto", riguarda una affermazione difensiva assolutamente generica*», come tale inidonea ad evitare l'applicazione del principio di non contestazione.

⁽¹⁸¹⁾ In questi termini A. VALLEBONA, *L'onere di contestazione nel processo del lavoro*, in *www.judicium.it*, p. 4, nonché in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 434. Dello stesso avviso G. MAERO, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 465, secondo il quale riuscirebbe difficile pensare ad una diversa soluzione, sostenendo che «*se, in ipotesi, non dovesse essere ritenuta sufficiente una mera secca negazione di ciascun singolo fatto, si dovrebbe ritenere necessario un comportamento in positivo, da parte del convenuto, in relazione ai fatti posti a fondamento della domanda anche solo in funzione probatoria ... Ma una tale pretesa contrasta con la struttura stessa del processo, che consente alla parte di difendersi proponendo delle eccezioni ... ma, anche solo, rappresentando delle mere difese. Mere difese che possono consistere o nella secca negazione*

Prevalente (e preferibile) parrebbe, invece, l'opposta opinione⁽¹⁸²⁾.

Infatti, secondo alcuni, il carattere della specificità della contestazione, lungi dall'essere rispettato con la semplice negazione del fatto allegato dalla controparte, dovrebbe essere inteso nel senso che la contestazione «*non potrà mai limitarsi ad affermare puramente e semplicemente che il fatto non è vero, ma dovrà dettagliare tale negazione*»⁽¹⁸³⁾.

Tesi, quest'ultima, che trova consensi anche nella giurisprudenza di legittimità: la Suprema Corte si è espressa, difatti, proprio ritenendo insufficiente la negazione pura e semplice del fatto allegato

dei singoli fatti allegati dalla controparte o nella allegazione di fatti incompatibili o contrastanti».

⁽¹⁸²⁾ *Contra*, ad esempio, F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile ... cit.*, par. 8; G. BUFFONE, *L'onere di contestazione ... cit.*, p. 24. Solo parzialmente contraria V. BATTAGLIA, *Le preclusioni nel processo ordinario di cognizione in tribunale*, Torino, 2012, p. 292, secondo la quale la negazione secca avrebbe valore di specifica contestazione solo in due ipotesi: fatti ignoti al destinatario e fatti descritti in maniera vaga e imprecisa. In tutti gli altri casi, invece, «*sarà necessario prendere una posizione precisa sui fatti dedotti ex adverso, poiché altrimenti essi verranno espunti dal thema probandum e posti a base della sentenza*». Si veda anche A. D. DE SANTIS, *Sul concetto di «non inequivocabilità» della non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 565.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. M. FORNACIARI, *Il contraddittorio ... cit.*, p. 27 il quale conclude sostenendo che «*il criterio di valutazione da adoperare con riferimento al requisito in discorso ... sia in sostanza quello per il quale è dovuta tutta la specificità che, in relazione ... alla situazione concreta, può ragionevolmente pretendersi da una parte non reticente*».

dall'avversario al fine di integrare il requisito della specificità della contestazione (¹⁸⁴).

Anche la giurisprudenza di merito successiva alla riforma del 2009 ha espresso il medesimo principio: «*la parte non può limitarsi a negare i fatti affermati dalla controparte, ma deve contrastarli indicando altri ed ulteriori fatti positivi che siano con essi incompatibili. Se manca tale indicazione, la contestazione è generica, e pertanto il fatto genericamente contestato non ha necessità di prova*» (¹⁸⁵).

In ogni caso, indipendentemente dal concreto atteggiarsi del contegno processuale ai fini contestativi, è stato opportunamente rilevato che, prima ancora di

(¹⁸⁴) Si veda Cass. 15 aprile 2009, n. 8933, cit., secondo la quale la negazione *tout court* di un fatto equivarrebbe alla sua contestazione generica, sempre che si sia in presenza di fatti allegati ritualmente e in modo preciso e puntuale. La decisione *de qua* merita di essere ricordata anche perché essa, oltre ad equiparare la semplice negazione alla contestazione generica, ha aggiunto che l'onere di specifica contestazione può assolversi solo se: a) i fatti che ne costituiscono oggetto rientrano nella sfera di conoscibilità e disponibilità della parte contro cui sono stati allegati; b) i fatti medesimi siano stati puntualmente esplicitati dalla parte allegante, non consentendosi altrimenti una loro efficace contestazione ad opera di controparte.

(¹⁸⁵) Così, Trib. Catanzaro, ord. 29 settembre 2009, in *Dejure*. Si vedano, inoltre, Trib. Piacenza, 2 febbraio 2010, in *Giur. merito*, 2010, p. 1322, con commento di V. PAPAGNI, *La novella dell'art. 115 c.p.c.* ... cit.; Trib. Monza, 24 novembre 2010, in *Dejure*. Si vedano anche Trib. Modena 3 luglio 2009, nn. 761 e 763, in *Dejure*, nelle quali si afferma l'insufficienza della formula «*si contesta integralmente quanto avversariamente dedotto*». Nello stesso senso, più di recente, si veda App. Napoli, ord. 30 gennaio 2013, in *Foro it.*, 2013, pt. I, p. 2630, la quale ha ritenuto inefficace una contestazione consistente in una «*generica impugnazione dell'atto di citazione*».

qualsivoglia indagine circa il grado di specificità dell'attività contestativa, nessuna contestazione può dirsi specifica laddove il fatto su cui l'onere *de quo* ricade non sia, esso stesso, sufficientemente e analiticamente descritto dalla parte allegante. Non può, infatti, pretendersi che «*a taluno sia imputato di aver taciuto su eventi o dati inespressi dalla controparte*»⁽¹⁸⁶⁾.

A mio avviso, correttamente allora si ritiene che il requisito della specificità non può che essere inteso in senso relativo, atteso che «*il grado di specificità della contestazione che può essere richiesto va valutato in un'ottica di proporzionalità, trovando il suo limite nel corrispondente grado di specificità che assume il fatto oggetto di contestazione*»⁽¹⁸⁷⁾.

⁽¹⁸⁶⁾ Si veda B. SASSANI, *L'onere della contestazione ... cit.*, p. 13. Si veda, sul punto, Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004, n. 11353, in *Dejure*, la quale ha statuito che la mancata contestazione da parte del convenuto dei fatti allegati dall'attore intanto può avere gli effetti previsti in quanto i suddetti fatti siano esplicitati in modo esaustivo in ricorso, dovendosi escludere che si possa contestare o richiedere l'assunzione di prove - oltre il termine di preclusioni stabilite dal codice di rito - su fatti non allegati, nonché su circostanze che non siano state esplicitate in modo espresso e specifico nel ricorso introduttivo. Analogamente, più di recente, Cass. 15 aprile 2009, n. 8933, *ivi*.

⁽¹⁸⁷⁾ Così F. ROTA, *I fatti non contestati ... cit.*, p. 209. Analogamente G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma ... cit.*, p. 778, il quale espressamente afferma che «*nell'apprezzare l'effettiva valenza processuale della contestazione omessa o generica non è possibile prescindere, preliminarmente, dal contenuto dell'allegazione e dal suo grado di specificità*», in quanto anche logica vuole che sia «*lecito pretendere che la specificità della contestazione (da intendersi come necessità che quest'ultima non si risolva nella mera negazione formale dell'avversa allegazione, ma espliciti, ove sia materialmente esigibile, una diversa e contrapposta versione dei fatti) sia direttamente proporzionale, in*

*un certo senso, alla specificità dell'allegazione che ne costituisce l'oggetto». Si vedano, altresì, M. FORNACIARI, *Il contraddittorio ... cit.*, p. 27; F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile ... cit.*, par. 8; B. SASSANI, *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 70. Ancora, si veda S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione diventa legge ... cit.*, p. 69, a parere del quale «in tanto può assumere rilievo la non contestazione, in quanto l'allegazione del fatto, con tutti gli elementi costituenti il suo contenuto variabile e complesso, risulti connotata da precisione e specificità tali da renderla conforme al modello postulato dalla regola legale o contrattuale per l'attribuzione del diritto; altrimenti, il fatto resta per ciò stesso estraneo al potere-dovere di contestazione».*

Efficace anche la riflessione di S. GIANI, *La non contestazione nel processo civile ... cit.*, p. 12, secondo la quale «il grado di specificità [della contestazione, n.d.r.] deve però essere valutato in concreto in relazione alle singole controversie perché può variare a seconda del livello di conoscenza del fatto da parte del soggetto nei cui confronti è allegato e a seconda della precisione dei fatti allegati dalla controparte».

Anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione è orientata nel senso che la mancata contestazione produca l'effetto della *relevatio ab onere probandi* soltanto nella misura in cui i dati fattuali contenuti nella domanda siano esplicitati tutti in modo esaustivo, proprio perché ciò che non è stato detto non può essere replicato. La Suprema Corte parla, al riguardo, di «circolarità tra oneri di allegazione, di contestazione e di prova», dalla quale discende «l'impossibilità di contestare o richiedere prova ... su fatti non allegati nonché su circostanze che, pur configurandosi come presupposti o elementi condizionanti il diritto azionato, non siano stati esplicitati in modo espresso e specifico nel ricorso introduttivo del giudizio». In questi termini Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004, n. 11353, in *Foro it.*, 2005, p. 1135, con nota di E. FABIANI, *Le sezioni unite intervengono sui poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro*. Conformi, Cass. 14 aprile 2005, n. 7746, in *Dejure*; Cass. 10 settembre 2005, n. 17603, *ivi*; Cass. 11 luglio 2007, n. 15486, *ivi*.

In altri termini, non può considerarsi ragionevole, né logico, pretendere da taluno l'assolvimento di un onere di natura processuale – quello di contestazione, appunto – in presenza di una controparte che, dal canto suo, non ha assolto il proprio onere processuale, quello di allegazione. In questa situazione, dunque, ritengo ineccepibile la conclusione per la quale *«la mancata contestazione, per essere invocata, implica l'adempimento dell'onere di allegazione, di cui costituisce riflesso processuale»* ⁽¹⁸⁸⁾.

In senso ancor più esplicito, si è detto che l'onere della contestazione è *«preceduto dall'onere di specificazione delle ragioni di fatto e di diritto»*, specificazioni queste ultime che, come noto, sostanziano l'onere di allegazione incombente sull'attore ⁽¹⁸⁹⁾.

Quanto alla giurisprudenza di merito, si vedano Trib. Monza, 24 novembre 2010; Trib. Catanzaro, 29 marzo 2012 e Trib. Santa Maria Capua Vetere, 24 aprile 2012, tutte in *www.ilcaso.it*. Degne di rilievo sono pure le argomentazioni contenute nell'impianto decisionale di Trib. Monza, 5 gennaio 2011, *ivi*, secondo la quale *«la parte nei cui confronti vengano allegati determinati fatti in modo analitico e specifico ha l'onere, qualora detti fatti rientrino nella sua sfera di conoscibilità, di contestarli in modo altrettanto specifico, fornendo la propria versione ed indicando fatti diversi, contenenti precisi riferimenti, che li smentiscano. Tenendo presente che il grado di specificità della contestazione deve essere valutato in concreto in relazione alle singole controversie – potendo variare a seconda del livello di conoscenza del fatto da parte del soggetto nei cui confronti è allegato e a seconda della precisione del fatto allegato dalla controparte – una contestazione generica produce l'effetto, proprio per la sua genericità, di determinare una *relevatio ab onere probandi* e di rendere i fatti allegati pacifici»*.

⁽¹⁸⁸⁾ Così S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione diventa legge ... cit.*, p. 70.

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. ancora S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione diventa legge ... cit.*, sempre a p. 70, ove è altresì chiarito che, ove

Posta questa fondamentale premessa, rimane comunque il problema di stabilire come potrebbe, in concreto, svolgersi la difesa della parte che non intenda incorrere nella *relevatio ab onere probandi* a beneficio dell'avversario.

In questa accezione e a questo fine, specificità potrebbe allora significare, per dirla come Sassani, che «*di fronte alla raffigurazione di più fatti in domanda, il convenuto che, pur contestando, non voglia favorire l'attore, è onerato della diversificazione [da fatto a fatto, n.d.r.]; diversamente egli corre il rischio di vedere una negazione complessiva trattata alla stregua di contestazione generica e, quindi, idonea a sollevare la controparte dai propri oneri probatori*» ⁽¹⁹⁰⁾. In alternativa, potrebbe ritenersi specifica l'esposizione di una «*diversa e contrapposta (oltre che analitica) prospettazione dei fatti, oggettivamente incompatibile con quelli adottati dall'allegante*» ⁽¹⁹¹⁾. Oppure, ancora,

l'onere di allegazione non sia assolto «*nella estensione dovuta, il fatto viene restituito al thema probandum come disciplinato dall'art. 2697 c.c.*».

⁽¹⁹⁰⁾ Si veda B. SASSANI, *L'onere della contestazione ... cit.*, p. 13.

⁽¹⁹¹⁾ Così F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile ... cit.*, par. 8, a parere del quale, anzi, qualora la parte contestante si limiti a negare puramente e semplicemente un determinato fatto, ovvero le modalità di esistenza dello stesso, senza però fornire alcuna ricostruzione alternativa alle circostanze addotte dall'avversario, vi sarebbe il rischio che l'assolvimento dell'onere contestativo nella maniera descritta risulti «*svuotato di qualsiasi valenza sostanziale ed effettività, potendosi in questo modo facilmente evitare le conseguenze di cui all'art. 115 c.p.c. attraverso una corretta e puntuale tecnica di redazione degli atti difensivi ... Risulta, quindi, estremamente arduo non ravvisare una sostanziale identità tra la contestazione generica (equivalente alla mancata contestazione) ed*

«perché la contestazione sia specifica, occorre che essa sia circostanziata, ovvero introduca degli elementi fattuali idonei a contrastare nel merito quanto asserito dalla controparte»⁽¹⁹²⁾.

In definitiva, credo che vada condivisa l'opinione di chi sostiene che l'unico senso possibile da attribuire alla formula legislativa è quello di imporre al giudice una «*valutazione di ragionevole certezza della non contestazione*», nel senso che il giudicante dovrà verificare con prudente apprezzamento se residuino margini di ambiguità, ovvero se si possa giungere a un giudizio di effettiva pacificità del fatto, e ciò indipendentemente dall'utilizzo o meno di formule di stile⁽¹⁹³⁾.

E allora, considerata la miriade di possibili interpretazioni che possono ragionevolmente riguardare il requisito della specificità della contestazione e, soprattutto, stante l'assenza di validi parametri legislativi idonei a separare idealmente ciò che è contestazione specifica da ciò che non lo è, vi è chi auspica una nuova "educazione" per gli operatori del diritto, tentando di «*esigere dagli atti difensivi una schematicità tale da consentire alle controparti e al giudice l'agevole identificazione dei fatti allegati e di quelli non controversi o contestati in modo assolutamente generico*»⁽¹⁹⁴⁾.

una contestazione solo apparentemente specifica che, pur formalmente riferita alle singole circostanze, è del tutto sprovvista delle necessarie precisazioni che consentono di avvalorare la tesi dell'inesistenza delle allegazioni avversarie».

⁽¹⁹²⁾ Cfr. F. ROTA, *I fatti non contestati ... cit.*, p. 209, il quale richiama lo studio svolto da I. PAGNI, *La "riforma" del processo civile ... cit.*, p. 1313.

⁽¹⁹³⁾ Così B. SASSANI, *L'onere della contestazione ... cit.*, p. 13.

⁽¹⁹⁴⁾ Si veda A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 89. Dello stesso avviso S. GIANI, *La non contestazione nel processo civile ...*

I. I principali comportamenti comunemente tenuti in giudizio e la verifica della loro (eventuale) aderenza alla regola della specifica contestazione

Nelle (molteplici, ma tassative) ipotesi nelle quali il legislatore espressamente prevede l'applicazione del principio della specifica contestazione – disciplinando compiutamente sia l'attività necessaria affinché quel principio effettivamente si applichi, sia le conseguenze derivanti dallo svolgimento o meno di detta attività – neppure si pone il problema di individuare cosa, in concreto, le parti debbano fare al fine di raggiungere lo

cit., p. 12, secondo la quale *«sarebbe necessario uno stylus curiae, in cui i fatti venissero elencati e numerati in una parte a sé dell'atto difensivo, affinché le altre parti potessero prendere posizione sulle circostanze ad esse riferibili, senza doverle trovare in una miscellanea difficilmente comprensibile»*.

Si segnala anche l'opinione di chi rileva che, indipendentemente dallo stile redazionale utilizzato in giudizio, *«la corretta gestione dell'espedito è affidata alla capacità collaborativa delle parti, nonché al potere-dovere del giudice di direzione del procedimento e di prudente valutazione delle prove»*. Così, B. ZUFFI, *Art. 115 c.p.c.* ... cit., p. 1374.

Si veda, infine, A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario* ... cit., p. 264, il quale, benché osservi che *«il nuovo art. 115 consacra principio poco adatto al costume italico perché tale da indurre l'attore a prolissità idonea a 'nascondere', in una narrativa confusa e minuta, i fatti davvero rilevanti ed il convenuto a parallela prolissità di replica con contestazione pedante e minuziosa di ogni virgola»*, afferma ciononostante che *«non è evocando una simile patologia ... che si sminuisce la funzionalità di un principio che dipende specialmente dalla ocularità del giudice»*.

scopo, o meglio l'effetto, sotteso alla norma di volta in volta in considerazione (¹⁹⁵).

Diversamente, se l'onere della specifica contestazione è sancito in termini generali e approssimativi, come avviene nel caso dell'art. 115 cod. proc. civ., esso risulta ineluttabilmente applicabile a una gamma indefinita e indefinibile di comportamenti processuali che le parti possono tenere, con la conseguenza che ci si trova dinanzi alla difficoltà di determinare quali siano le condotte integranti la specifica contestazione richiesta dalla norma (¹⁹⁶).

È allora essenziale effettuare qualche riflessione in ordine agli atteggiamenti che, con qualche probabilità, potranno essere tenuti nella generalità dei giudizi, e ciò al precipuo fine di verificare la loro effettiva aderenza al precetto contenuto nell'art. 115 cod. proc. civ.

Vengono in considerazione, in primo luogo, le ipotesi in cui va esclusa in radice la configurabilità di una, pur minima, attività contestativa. Ci si riferisce, in particolare, ai casi in cui la parte espressamente aderisce all'allegazione in fatto dell'avversario (¹⁹⁷), ovvero

(¹⁹⁵) Il riferimento è alle ipotesi normative tipiche di utilizzo del meccanismo della contestazione, argomento al quale sarà dedicato spazio nel successivo capitolo.

(¹⁹⁶) Si rileva in dottrina che con il generale onere di specifica contestazione coesiste una serie eterogenea di effetti tipizzati, collegati a fattispecie tipiche, al di fuori delle quali non si riescono ad individuare criteri legislativi predefiniti, che siano generali ed astratti, per l'individuazione di comportamenti in presenza dei quali l'onere possa dirsi certamente assolto o disatteso. Cfr. sul punto F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali ...* cit., p. 94.

(¹⁹⁷) Si veda, ad esempio, S. CENTOFANTI, *Accertamento della realtà sostanziale e principio di non contestazione nel processo del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2003, p. 518, a parere del quale la mancata

contestazione consente di ritenere provato il fatto nelle sole ipotesi di confessione giudiziale ovvero di ammissione esplicita del difensore, atteso che al di fuori di tali ipotesi *«non può che riprendere vigore il principio generale dell'art. 2697 c.c., per cui sarà l'attore a dover farsi carico di provare ciò che non è stato esplicitamente confessato dal convenuto o comunque ammesso dal suo difensore»*. Analogamente, più di recente, si veda V. BATTAGLIA, *Sull'onere del convenuto di «prendere posizione» in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1523.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha spesso ritenuto che la mancata contestazione possa configurarsi allorché intervenga un'ammissione esplicita del fatto o sia predisposta una linea di difesa fondata su una ricostruzione in fatto incompatibile con quella dell'avversario (c.d. ammissione implicita, su cui si tornerà *infra* nel testo). Al riguardo, si vedano, fra le tante, Cass. 5 marzo 2002, n. 3175, in *Dejure*; Cass. 11 marzo 2002, n. 3500, *ivi*; Cass. 1° aprile 2003, n. 4909, *ivi*; Cass. 30 maggio 2003, n. 8764, in *Giust. civ.*, 2004, p. 3115; Cass. 17 novembre 2003, n. 17371, in *Dejure*; Cass. 12 febbraio 2004, n. 2699, *ivi*; Cass. 8 giugno 2004, n. 10815, in *Giust. civ.*, 2005, p. 2442; Cass. 23 luglio 2004, n. 13830, in *Dejure*; Cass. 24 settembre 2004, n. 19260, *ivi*; Cass. 28 ottobre 2004, n. 20916, *ivi*; Cass. 14 marzo 2006, n. 5488, *ivi*; Cass. 24 novembre 2010, n. 23816, *ivi*.

Si segnala, in particolare, Cass. 28 ottobre 2004, n. 20916, cit., la quale ha escluso la generale operatività del principio di specifica contestazione sul presupposto che, affinché un fatto possa dirsi pacifico, *«occorre ... che lo stesso sia esplicitamente ammesso da controparte ovvero che questa, pur non contestandolo in modo specifico, abbia impostato il proprio sistema difensivo su circostanze ed argomentazioni logicamente incompatibili con il suo disconoscimento ... I fatti allegati - in altri termini - possono essere considerati 'pacifici', esonerando la parte dalla necessità di fornirne la prova, solamente quando l'altra parte abbia impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi, ovvero quando si sia limitata a contestarne esplicitamente e specificamente taluni soltanto,*

dichiara esplicitamente di non contestare le circostanze di fatto enunciate dalla controparte (¹⁹⁸), ovvero, infine, alle fattispecie in cui entrambe le parti alleghino di comune accordo il medesimo fatto in maniera esplicita (¹⁹⁹).

Per agevolare l'analisi delle fattispecie descritte è possibile raggruppare i citati atteggiamenti processuali nella categoria della contestazione inesistente o, meglio, nell'ammissione esplicita della verità dei fatti allegati *ex adverso*.

Detti comportamenti, è bene specificarlo, possono essere assunti non solo dalla parte, titolare del diritto sostanziale in contesa, ma anche dal proprio difensore nel corso del giudizio in virtù del mandato difensivo ricevuto.

In particolare, qualora l'ammissione sia contenuta in un atto processuale scritto, sottoscritto dalla parte o dal suo rappresentante legale, la dichiarazione ammissiva si

evidenziando in tal modo il proprio non interesse ad un accertamento degli altri».

(¹⁹⁸) E', questo, un caso meno frequente che pur tuttavia merita una considerazione nell'alveo delle ipotesi di "contestazione inesistente". Ad esso si riferiva, ad esempio, Virgilio Andrioli, voce «*Prova (dir. proc. civ.)*» ... cit., p. 275, qualificandolo un caso "di scuola": quello «*cui dan vita i difensori freschi di studi*», i quali svolgono difese soltanto in diritto, tralasciando il fatto, ovvero dichiarando di non contestare i fatti costitutivi allegati dalla controparte.

(¹⁹⁹) Tale evenienza, anch'essa di rara verificaazione nella pratica forense, lascia in qualche modo intravedere il suo fondamento, rinvenibile nella teoria dispositiva del fenomeno della contestazione. Al riguardo è stato, infatti, evidenziato che questa fattispecie sarebbe l'unica che, se riferita a diritti disponibili, vincolerebbe il giudice a ritenere vero il fatto allegato concordemente dalle parti. Di questa opinione G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma* ... cit., p. 778; ID., *Art. 115 c.p.c.* ... cit., p. 71; ID., *Onere di contestazione* ... cit., p. 112.

considera proveniente dalla parte e non dal proprio difensore. La stessa considerazione va svolta con riferimento alle ipotesi in cui la dichiarazione viene resa attraverso un'attività che non potrebbe essere che propria e personale della parte, come le risposte fornite in sede di interrogatorio libero, ovvero in occasione della eventuale comparizione personale in udienza.

Diversamente, le ammissioni o contestazioni si considerano provenienti dal difensore quando l'ammissione o le altre fattispecie non contestative siano formulate oralmente in udienza, oppure quando siano contenute in uno scritto difensivo sottoscritto dal solo difensore, al quale non sia stata conferita procura anche per la disposizione del diritto dal punto di vista sostanziale⁽²⁰⁰⁾.

⁽²⁰⁰⁾ Sul tema all'attenzione, occorre ricordare l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo il quale le dichiarazioni del difensore contenute negli atti di causa possono avere solo valore indiziario o, tutt'al più, possono costituire una fonte, anche unica, della prova e del libero convincimento del giudice, ma mai possono avere efficacia e natura confessoria o, comunque, ammissiva. Pertanto, esse non hanno valore vincolante per il giudice, salvo che la dichiarazione sia contenuta in un atto sottoscritto, oltre che dal difensore, anche dalla parte personalmente. Si veda, ad esempio, Cass. 26 marzo 1999, n. 2894, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 374, per la quale «*occorre nettamente distinguere a seconda che le ammissioni siano contenute in scritti difensivi sottoscritti - in calce o a margine - oltre che dal difensore ad litem, anche dalla parte, dalla eventualità che lo scritto provenga esclusivamente dal procuratore ... mentre nella prima ipotesi ben può essere attribuito dal giudice valore confessorio a tali dichiarazioni, dovendo presumersi che la parte abbia avuto la piena conoscenza delle stesse e ne abbia assunto - anch'essa - la titolarità, nella seconda le dichiarazioni sfavorevoli alla parte, pur non avendo valore confessorio,*

costituiscono elementi indiziari che possono essere liberamente valutati dal giudice per la formazione del suo convincimento».

Si vedano, inoltre, *ex multis*, Cass. 30 marzo 2001, n. 4727, in *Dejure*; Cass. 19 luglio 2002, n. 10568, *ivi*; Cass. 10 agosto 2002, n. 12145, *ivi*; Cass. 16 ottobre 2003, n. 15515, *ivi*; Cass. 27 gennaio 2005, n. 1658, *ivi*; Cass. 4 marzo 2005, n. 4744, *ivi*; Cass. 13 giugno 2005, n. 12636, *cit.*; Cass. 16 maggio 2008, n. 12411, in *Foro it.*, 2009, pt. I, p. 484; Cass. 10 luglio 2009, n. 16215, in *Dejure*. Si veda anche Cass. 15 maggio 1997, n. 4284, in *Foro it.*, 1997, pt. I, p. 3257, con commento di E. FABIANI, *Le ammissioni del difensore nella giurisprudenza della Cassazione*, la quale estende il valore indiziaro delle dichiarazioni del difensore anche a quelle contenute negli atti stragiudiziali, la cui utilizzabilità ai fini della decisione è subordinata al rispetto delle condizioni poste dall'art. 2729 cod. civ.

Contra, Cass. 1° dicembre 1992, n. 12830, in *Dejure*, e Cass. 17 dicembre 2004, n. 23505, *ivi*, secondo le quali le dichiarazioni del difensore sfavorevoli al proprio assistito, contenute in atti di parte, hanno valore di confessione giudiziale e, come tali, vincolerebbero il giudice a ritenerle vere, alla stregua di quanto avviene per le prove legali.

Quanto alla posizione della dottrina, si segnalano gli studi di G. VERDE, voce «Prova» ... *cit.*, p. 617, secondo il quale nel valutare il sistema difensivo della parte (anche al fine di verificare quali circostanze siano da intendere contestate) non vanno dissociati le dichiarazioni e gli atteggiamenti delle parti da quelli dei loro difensori. Dello stesso avviso G. A. MICHELI, *L'onere della prova* ... *cit.*, p. 116, nt. 23; C. FURNO, *Contributo alla teoria* ... *cit.*, p. 85. Ritiene, invece, necessaria una soluzione del comportamento delle parti dalle dichiarazioni dei rispettivi difensori G. GORLA, *Comportamento processuale delle parti e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1935, p. 28. Cfr. anche E. REDENTI – M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011 p. 170, secondo i quali la parte può, nel corso del processo, smentire le ammissioni o le mancate contestazioni effettuate dal proprio difensore, ma tale contegno può essere valutato dal giudice come argomento di prova e, inoltre, può incidere sul regime delle spese di causa, in quanto comportamento contrario alla lealtà e probità processuale.

Altra importante ipotesi nella quale la contestazione si considera inesistente consiste nella c.d. ammissione implicita, che si verifica qualora la parte, pur non riconoscendo espressamente la verità dei fatti allegati dall'avversario, ovvero, mancando di dichiarare espressamente di non contestare quanto *ex adverso* dedotto, ponga in essere un'attività difensiva incompatibile con la volontà di contestare l'impianto fattuale della controparte ⁽²⁰¹⁾.

⁽²⁰¹⁾ Si ricordi, in proposito, la posizione di V. ANDRIOLI, voce «Prova (*dir. proc. civ.*)» ... cit., p. 274, a parere del quale l'attività contestativa «nasce da un sistema di argomentazioni del difensore o della parte, comparsa di persona, che sia conciliabile con la verità dei fatti allegati dall'altra parte o dal difensore di questa, né importa che la conciliabilità sia esplicita o implicita». Si veda, poi, G. VERDE, voce «Prova» ... cit., p. 618, secondo cui l'ammissione o la contestazione sono necessariamente legate a comportamenti inequivoci delle parti, che siano desumibili dal complessivo atteggiamento difensivo assunto da ciascuna di esse. Nello stesso senso si vedano L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 124; G. A. MICHELI, *L'onere della prova* ... cit., p. 115; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile* ... cit., p. 53.

Quanto alla giurisprudenza, si vedano, fra le tante, Cass. 6 febbraio 2004, n. 2299, in *Dejure*; Cass. 13 giugno 2005, n. 12636, cit.; Cass. 10 marzo 2006, n. 5161, in *Dejure* e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Monza, 29 settembre 2010, cit.

Si segnala che costituisce un comportamento opposto all'ammissione implicita la contestazione implicita, la quale si verifica allorché la parte predisponga una linea difensiva che poggi su una ricostruzione fattuale del tutto incompatibile con quella dell'avversario. In tal modo, infatti, il soggetto processuale dimostra di non condividere la veridicità delle circostanze fattuali esposte dalla controparte, e ciò farebbe "saltando" idealmente il passaggio "contestazione", per giungere in via diretta alla diversa narrazione dei fatti ritenuti rilevanti ai fini della decisione. Tale ipotesi, del tutto legittima e condivisibile in via teorica, si scontra

Ultima ipotesi degna di nota riguarda il silenzio mero, serbato da una parte in ordine a uno o più fatti allegati dall'avversario.

Si tratta di un'ipotesi differente dalle attività difensive incompatibili con la volontà di contestare – fra le quali, lo si è visto, si annovera l'ammissione implicita – alle quali può accompagnarsi (e normalmente si accompagna) il silenzio su uno o più fatti rilevanti ai fini della decisione. Il mero silenzio, difatti, si sostanzia nell'assoluta mancanza di presa di posizione su una o più circostanze introdotte in giudizio dalla controparte, ma tale atteggiamento non è, di per sé, incompatibile con la volontà di contestarle ⁽²⁰²⁾.

però con la difficoltà, in concreto, di valutare se una determinata ricostruzione fattuale operata da una parte sia effettivamente antitetica a quella dell'avversario processuale. Detta difficoltà, poi, parrebbe incrementare quando si cerchi di verificare se quella forma di contestazione abbia rispettato il requisito della specificità richiesto dall'art. 115 cod. proc. civ. Sul punto si veda, in particolare, B. SASSANI, *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 70, secondo il quale è ben possibile e del tutto legittimo che la difesa si esprima attraverso la deduzione di fatti oggettivamente incompatibili con quelli allegati dalla controparte. In simili ipotesi, allora, dovrebbe darsi per assoluto l'onere di contestazione specifica, sotto forma, però, di contestazione implicita.

⁽²⁰²⁾ Secondo una parte della giurisprudenza l'omissione del convenuto sarebbe idonea ad esonerare l'attore dall'onere di provare i fatti rispetto ai quali l'avversario non abbia preso alcuna posizione. Così, in particolare, Cass. 10 aprile 2000, n. 4533, in *Foro it.*, 2000, pt. I, p. 2196; Cass. 8 maggio 2003, n. 7026, in *Dejure*; Cass. 14 gennaio 2004, n. 405, *ivi*. In senso contrario, v. Cass. 17 novembre 2003, n. 17371, *cit.*, secondo la quale il mero silenzio non è sufficiente a esimere l'attore dal proprio carico probatorio, essendo invece necessaria l'esplicita ammissione, ovvero l'adozione di difese incompatibili con il disconoscimento della verità dei fatti allegati dall'altra parte: «*il comportamento*

Con riferimento al valore da attribuire a simile contegno processuale, antecedentemente alla riformulazione dell'art. 115 cod. proc. civ. si ponevano, in astratto, notevoli dubbi. In particolare, non vi era concordia fra chi riteneva che il silenzio mero dovesse essere equiparato alla figura dell'ammissione e chi, all'opposto, riteneva che esso fosse inquadrabile nel fenomeno della contestazione.

In particolare, chi propendeva per la teoria dispositiva sostanziale quale fondamento dell'istituto della specifica contestazione, escludeva che il silenzio avesse i medesimi effetti della mancata contestazione, posto che l'omissione della parte a ciò onerata non poteva considerarsi espressione di una determinata (o facilmente determinabile) volontà ⁽²⁰³⁾.

*extraprocessuale delle parti ... quando naturalmente non integri una confessione stragiudiziale (art. 2735 C.c.), per poter esser posto a base della decisione, deve consistere non già nel mero silenzio (o, che è lo stesso, nell'assenza di contestazioni), di per sé neutro ed equivoco al pari di quello osservato nel corso del processo, ma bensì in atti o fatti obiettivi di concludenza e serietà tali, se non da sollevare addirittura, da soli, l'attore dall'onere della prova, per lo meno da assurgere a indizi non equivoci, idonei, in concorso con altri, a fondare il convincimento del giudice». Conformi Cass. 28 marzo 2001, n. 4457, in *Dejure*; Cass. 6 luglio 2001, n. 9152, *ivi*; Cass. 30 maggio 2003, n. 8764, *cit.**

⁽²⁰³⁾ Era di quest'avviso G. VERDE, voce «Prova» ... *cit.*, p. 616, il quale, però, "mitigava" la nettezza della sua posizione ritenendo che il silenzio non sia di per sé decisivo, potendo comunque dare vita alla mancata contestazione solo se «coerente a un complessivo comportamento univoco della parte». Si veda anche G. SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, p. 435, secondo il quale, ove il convenuto non assuma alcun atteggiamento esplicito sui fatti asseriti dall'avversario, «la non contestazione tacita di questi va eventualmente desunta per (in)compatibilità logica dal sistema

Per coloro che, invece, si mostravano sostenitori della natura probatoria del fenomeno contestativo, il silenzio poteva integrare un'ipotesi di mancata contestazione – e, quindi, rilevare ai fini della decisione del giudizio – solo se apprezzato quale violazione di una specifica regola comportamentale che imponesse alle parti di non tacere ⁽²⁰⁴⁾.

difensivo globalmente inteso». In queste ipotesi, allora, si rende «necessaria l'attività interpretativa del giudice, il quale da una parte deve individuare con precisione quali siano i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, e dall'altra deve valutare se le eccezioni sollevate siano o meno incompatibili con i fatti stessi dedotti dall'attore». Va, poi, ricordato il pensiero di F. BRIZZI, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 141, secondo il quale il silenzio è normalmente imputabile al solo difensore e non anche direttamente alla parte, titolare della situazione azionata in giudizio. L'Autore, infatti, si mostra perplesso circa l'opzione di estendere al mero silenzio gli effetti della mancata contestazione, in considerazione del fatto che l'ordinamento, di regola, non attribuisce valore a tale forma di omissione. Diversamente, si introdurrebbe una prova atipica, poiché il silenzio integrerebbe un'ipotesi di confessione fatta dal difensore in luogo della parte; senza considerare che una simile estensione finirebbe per diversificare il silenzio dalla contumacia che, invece, costituirebbe un'ipotesi, di fatto, non differente dalla omessa asserzione. Infine, nel senso che il silenzio sia sufficiente a ottenere l'emanazione di un'ordinanza-ingiunzione *ex art. 186 bis cod. proc. civ.* si vedano E. MERLIN, *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate (dall'art. 423 all'art. 186 bis)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 1033; C. CONSOLO – F. P. LUISO – B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 173. Sul punto si veda, per ulteriori ragguagli, *infra* nel testo, par. 7.

⁽²⁰⁴⁾ Tale specifica regola, però, non esisteva. Semmai, poteva considerarsi un vacuo precetto normativo in tal senso la norma contenuta nell'art. 88 cod. proc. civ., che imponeva (e impone tuttora) alle parti e ai rispettivi difensori il rispetto di un generale onere di lealtà e probità nel corso dell'intero giudizio. Ma,

preferibilmente, la norma che poteva essere letta nel senso di imporre alle parti di non tacere era quella che, a seconda del rito in considerazione, richiedeva alla parte una presa di posizione più o meno specifica sulle allegazioni dell'avversario. Fra i processualisti che negano che il mero silenzio possa produrre i medesimi effetti della mancata contestazione si annoverano, in particolare, G. A. MICHELI, *L'onere della prova ... cit.*, p. 115, nt. 22; B. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, Milano, 1992, vol. I, p. 159. Cfr., invece, M. TARUFFO, *Verità negoziata? ... cit.*, p. 87; ID., *La semplice verità ... cit.*, p. 127, il quale considera il mero silenzio idoneo a determinare gli effetti previsti dalla legge per la mancata contestazione. Equipara, inoltre, il silenzio mero alla mancata contestazione C. M. CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite ... cit.*, p. 2024; ID., *La tecnica della non contestazione ... cit.*, p. 189, secondo cui le violazioni dell'onere generale di contestazione dei fatti allegati dall'avversario si manifestano non solo nell'ammissione (esplicita o implicita), ma anche nel silenzio. L'Autore ha confermato, poi, tale conclusione anche a seguito della riforma del 2009: cfr. C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 270; ID., *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 801. Si vedano, infine, N. RASCIO, *Note brevi sul «principio di non contestazione» (a margine di una importante sentenza)*, in *Dir. e giur.*, 2002, p. 86 e in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, vol. I, p. 751; ID., *La non contestazione come principio ... cit.*, p. 1246; M. FABIANI, *Il valore probatorio ... cit.*, p. 1349; ID., *Il nuovo volto ... cit.*, p. 1171; I. PAGNI, *La "riforma" del processo civile ... cit.*, p. 1313; ID., *L'onere di contestazione ... cit.*, p. 238; S. PATTI, *Le prove ... cit.*, p. 16.

Quanto alla giurisprudenza, si veda la recente pronuncia del Tribunale di Mondovì del 12 marzo 2010, in www.ilcaso.it, secondo la quale al silenzio, e comunque alla mancata contestazione perfezionatasi, consegue l'effetto dispositivo di un tacito accordo fra le parti sul fatto. In altre parole, dal silenzio deriverebbe una presunzione di non contestazione, invincibile da una prova contraria, sempre che, però, entrambe le parti abbiano allegato il medesimo fatto. Ciò si giustifica nella considerazione che «*il principio di economia processuale (che trova il suo*

In ogni caso, al giorno d'oggi, indipendentemente dalla concezione che si intende privilegiare circa il fondamento della contestazione, occorre fare i conti con la norma contenuta nel riformato art. 115 cod. proc. civ. E da questa non mi sembra possa residuare alcuno spazio per dubbi di sorta, posto che la necessaria specificità che deve connotare la contestazione rende quest'ultima assolutamente inaccostabile al comportamento omissivo per eccellenza, quale è proprio il silenzio mero ⁽²⁰⁵⁾.

fondamento nella ragionevole durata del processo, sancita dall'art. 111 Cost.) è la vera ragione sottesa all'onere di contestazione. La legge, imponendo un onere di contestazione a carico delle parti, consente di dare un'interpretazione giuridicamente rilevante al silenzio, sul presupposto che ove la parte non ottemperi al suddetto onere, manifesta una sostanziale acquiescenza alle allegazioni in fatto della controparte. Tenuto conto del principio dispositivo, che informa il nostro diritto processuale civile, ne consegue la formazione, tra le parti, di un tacito accordo sul fatto. Ad evitare che il principio di non contestazione, introdotto per diminuire i costi e i tempi del processo, possa avere conseguenze opposte, una volta che la non contestazione si è perfezionata, non si può più tornare indietro, né è ammessa la prova che la parte non intendeva prestare acquiescenza alle allegazioni avversarie. La presunzione di non contestazione, cioè, è una presunzione iuris et de iure, che non ammette prova contraria, una volta che si è perfezionata attraverso la mancata specifica contestazione dei fatti allegati dalla controparte processuale. Ciò non significa, peraltro, che il principio di non contestazione debba avere solo un sostrato formale (o formalistico), in quanto è necessario che la presunzione di non contestazione corrisponda ad un concreto atteggiamento della parte e, dunque, all'assenza di contrasto tra l'allegazione in fatto di una parte e le allegazioni dell'altra».

⁽²⁰⁵⁾ In argomento si vedano, ancora, C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 270; ID., *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 801; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile ... cit.*, vol. I,

8. *La riserva a favore delle sole parti costituite*

La norma di cui all'art. 115, 1° comma, cod. proc. civ. nella formulazione *post* 2009 dispone che il principio della specifica contestazione operi solo laddove il contegno processuale integrante l'attività contestativa provenga «*dalla parte costituita*».

Chiaro dunque il “messaggio” del legislatore: non può attribuirsi alcun rilievo, sul piano processuale, alla parte che resti (volontariamente) contumace, la cui ovvia inattività in giudizio non potrà mai essere apprezzata quale confessione, ammissione, ovvero mancata contestazione delle circostanze di fatto allegare dalla controparte.

In altre parole, quindi, il principio della specifica contestazione – e, di conseguenza, l'effetto della *relevatio ab onere probandi* ad esso conseguente – è destinato a non operare ogni qualvolta in giudizio siano presenti una o più parti non costituite.

L'opzione legislativa in parola rappresenta l'ennesima conferma dell'orientamento assolutamente

p. 216 e vol. III, p. 129; N. RASCIO, *La non contestazione come principio ... cit.*, p. 1246; S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge ... cit.*, p. 279; M. FABIANI, *Il nuovo volto ... cit.*, p. 1171; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma ... cit.*, p. 315; A. D. DE SANTIS, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 140; M. MOCCI, *Principio del contraddittorio ... cit.*, p. 325; B. ZUFFI, *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 1374; I. PAGNI, *La “riforma” del processo civile ... cit.*, p. 1313; ID., *L'onere di contestazione ... cit.*, p. 239; G. F. RICCI, *La riforma del processo civile ... cit.*, p. 40; G. DEL TORTO, *Il principio della non contestazione alla luce della L. 18 giugno 2009, n. 69 ... cit.*, p. 983; M. ACIERNO – M. GRAZIOSI, *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo sisma?*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 169; S. PATTI, *Le prove ... cit.*, p. 18.

prevalente in dottrina ⁽²⁰⁶⁾ e in giurisprudenza ⁽²⁰⁷⁾ secondo il quale la contumacia rappresenta un comportamento dotato di neutralità dal punto di vista processuale.

Ciononostante sul fronte legislativo, in un'occasione non molto remota, era stato attribuito alla contumacia il valore di mancata contestazione delle asserzioni avversarie. Ciò che avveniva nel vigore dell'abrogato rito societario (D. Lgs. n. 5/2003) il cui art. 13, 2° comma, stabiliva, appunto, che la tardiva notificazione della comparsa di costituzione ad opera del convenuto determinava l'effetto di considerare non contestata la

⁽²⁰⁶⁾ La tesi della neutralità della contumacia risale a tempi piuttosto lontani. Si pensi, ad esempio, al pensiero di V. ANDRIOLI, voce «*Prova*» ... cit., p. 275, il quale, appunto, escludeva che la contumacia costituisse un comportamento in qualche modo rilevante sul piano probatorio. Si vedano anche L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. III, Milano, 1905, p. 542; B. CIACCIA CAVALLARI, voce «*Contumacia*», in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, vol. IV, Torino, 1989, p. 320. Più di recente, si veda, per tutti, F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 2009, p. 54.

⁽²⁰⁷⁾ La decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte n. 761/2002 ha condiviso la teoria citata nel testo. Successivamente a tale pronuncia, nello stesso senso, si registrano, *ex pluribus*, Cass. 28 novembre 2003, n. 18263, in *Dejure*; Cass. 18 marzo 2004, n. 5487, *ivi*; Cass. 10 febbraio 2005, n. 2707, *ivi*; Cass. 20 febbraio 2006, n. 3601, *ivi*; Cass. 12 luglio 2006, n. 15777, *ivi*; Cass. 2 maggio 2007, n. 10098, cit.; Cass. 3 maggio 2007, n. 10182, *ivi*; Cass. 23 giugno 2009, n. 14623, *ivi*. Precedentemente all'arresto giurisprudenziale del 2002, si vedano, tra le tante, Cass. 22 luglio 1981, n. 4722, in *Dejure* (s.m.); Cass. 17 maggio 1982, n. 3056, *ivi* (s.m.); Cass. 11 aprile 1985, n. 2410, *ivi* (s.m.); Cass. 7 marzo 1987, n. 2427, *ivi*; Cass. 9 marzo 1990, n. 1898, *ivi*; Cass. 9 dicembre 1994, n. 10554, *ivi*; Cass. 2 marzo 1996, n. 1648, *ivi*; Cass. 28 marzo 2001, n. 4457, cit.

domanda avversaria, tanto che «*il tribunale decide[va] sulla domanda e in base alla concluzione di questa*». Detta norma, si ricorderà, prima ancora che abrogata ad opera della riforma del 2009, era stata dichiarata incostituzionale con la decisione della Consulta n. 340/2007, nella quale – con specifico riferimento al tema della contumacia – si legge che l'attribuzione alla contumacia di valore non neutrale è del tutto estranea alla «*tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito valore di confessione implicita*»⁽²⁰⁸⁾.

La previsione societaria sopra menzionata aveva dato l'occasione per ribadire come la mancata attribuzione di un valore positivo al comportamento processuale inattivo per eccellenza integrasse un'ingiustificata disparità di trattamento tra le parti in lite. Si auspicava, pertanto, un intervento legislativo volto a “sanzionare” la mancata costituzione in giudizio, eventualmente considerando non contestate le circostanze di fatto enunciate dalla parte costituita, proprio come era avvenuto con il D. Lgs. n. 5/2003⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰⁸⁾ Con specifico riferimento al tema della non neutralità della contumacia va segnalato che le argomentazioni della Corte Costituzionale sono state criticate da F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali ... cit.*, p. 138, nt. 102, il quale osserva come sia «*fuorviante ... utilizzare la 'tradizione' come parametro di valutazione della conformità di una norma delegata a quella delegante*».

⁽²⁰⁹⁾ Fra gli esponenti della dottrina che si sono mostrati concordi all'introduzione di meccanismi attributivi di un valore positivo, più o meno decisivo, alla contumacia va menzionata la posizione di Proto Pisani, il quale proponeva – già prima del suo progetto di riforma del codice di rito (cfr. A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, pt. V, p. 1) – la previsione di un procedimento semplificato nel caso, *inter alia*,

Ma a seguito della dichiarazione di incostituzionalità del citato art. 13 del D. Lgs. n. 5/2003 non vi era stato alcun segnale sul fronte legislativo che mostrasse l'intenzione di dar voce alle istanze degli studiosi.

Anzi, la concezione neutrale della contumacia può dirsi, oggi, definitivamente consacrata dal nuovo art. 115 cod. proc. civ. ove, come detto, il legislatore della riforma ha inteso escludere espressamente dall'ambito di applicazione del principio di specifica contestazione il contegno processuale inattivo per antonomasia quale è, appunto, la mancata partecipazione al giudizio ⁽²¹⁰⁾.

della mancata contestazione dei fatti costitutivi della domanda. Egli, inoltre, rilevava l'opportunità di attribuire alla contumacia efficacia generalizzata di *ficta confessio*, sulla scorta di quanto era previsto per il rito societario. In argomento si veda, in particolare, A. PROTO PISANI, *I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2006*, in *Foro it.*, 2006, pt. V, p. 386. Dubbiosi o comunque critici circa l'opportunità di introdurre meccanismi di tal fatta nel processo civile sono, invece, B. SASSANI, *Sulla riforma del processo societario*, in *La riforma delle società – Il processo*, a cura di B. Sassani, Torino, 2003, p. 13, il quale ha sottolineato che la regola della neutralità della contumacia, sebbene costantemente affermata nel diritto vivente, non sia mai stata effettivamente spiegata nelle sue origine storiche e normative; nonché F. CIPRIANI, *Lodovico Mortara e il silenzio delle parti*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, p. 225, che ha affermato di non comprendere «che cosa ci impedisca, nelle cause su diritti disponibili, di vedere nella contumacia del convenuto una *ficta confessio*, che è ciò che propose Mortara nel suo progetto di riforma del c.p.c.».

⁽²¹⁰⁾ Di tale opinione C. M. CEA, *L'evoluzione del dibattito ... cit.*, p. 8; ID., *La modifica dell'art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 270; ID., *Commento all'art. 115 ... cit.*, p. 801; A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione ... cit.*, p. 263; N. RASCIO, *La non contestazione come principio ... cit.*, p. 1246; M. FORNACIARI, *Il contraddittorio ... cit.*, pp. 11 e 23; F. FESTI, *Riflessioni sul*

Non credo si possa dubitare del fatto che la norma intenda delimitare il campo di applicazione dell'onere di contestazione soltanto ai casi di costituzione delle parti. Al riguardo, una parte della dottrina ha infatti efficacemente affermato che «*la nettezza della scelta legislativa non lascia adito a dubbi ermeneutici di alcun genere*»⁽²¹¹⁾.

Tuttavia, qualche considerazione si rivela opportuna, soprattutto se si vuole dare qualche seguito al pensiero di coloro i quali hanno fin da subito evidenziato una disparità di trattamento abbastanza evidente fra il convenuto che decida di costituirsi e quello che, all'opposto, decida di restare contumace.

Invero, solo sul primo di essi incombe l'onere di contestare «*specificatamente*» quanto allegato dalla controparte, con la notevole conseguenza di alleviare l'onere della prova in capo alla parte allegante. Viceversa, il convenuto contumace non solo non dovrà “preoccuparsi” di partecipare attivamente al giudizio, ma la sua condotta volontariamente negligente non determinerà alcuno snellimento dell'attività istruttoria; al

principio ... cit., p. 242; G. MAERO, Il principio di non contestazione ... cit., p. 463. Secondo S. DEL CORE, Il principio di non contestazione è diventato legge ... cit., p. 273, nonché ID., Il principio di non contestazione diventa legge ... cit., p. 72, non è ammissibile far discendere la mancata contestazione dalla contumacia, stante il fatto che «l'art. 167 c.p.c. colloca l'onere di prendere posizione sui fatti nella comparsa di risposta, presupponendo evidentemente la costituzione della parte, prevista dall'articolo immediatamente precedente (art. 166)». Il medesimo Autore, inoltre, sottolinea che il principio di autoresponsabilità delle parti in giudizio (il quale sarebbe sotteso all'onere di specifica contestazione) «può operare solo rispetto a un comportamento processuale, mentre la contumacia è la scelta di astenersi da qualsiasi comportamento processuale».

⁽²¹¹⁾ Così C. M. CEA, *L'evoluzione del dibattito ... cit., p. 8.*

contrario, la parte costituita non beneficerà di alcuna *relevatio* del proprio onere della prova.

Vi è, quindi, una folta schiera di studiosi mostratisi critici nei confronti della nuova disposizione nella parte in cui il legislatore non ha esteso l'ambito di applicazione del principio della specifica contestazione anche alla parte contumace ⁽²¹²⁾.

⁽²¹²⁾ Si mostrano critici sulla scelta legislativa M. FABIANI, *Il nuovo volto ... cit.*, p. 1169; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2009, vol. I, p. 123 e vol. II, pp. 196 e 332; G. TARZIA, *Lineamenti ... cit.*, p. 201; B. ZUFFI, *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 1373; F. ROTA, *I fatti non contestati ... cit.*, p. 217; S. PATTI, *La disponibilità delle prove ... cit.*, p. 87, il quale dichiara di avvertire «un certo disagio, poiché ... diventa sempre più favorevole la posizione di chi – da contumace – si disinteressa del processo, rispetto a quella della parte che, a volte per insufficiente attenzione, non contesta in modo adeguato le allegazioni della controparte». Si veda, poi, G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma ... cit.*, p. 313, il quale arriva a dubitare della costituzionalità della nuova disposizione di cui all'art. 115 cod. proc. civ. in considerazione del trattamento favorevole riservato alla parte non costituita (che quindi trascuri di difendersi) rispetto al trattamento deteriore previsto per la parte che, più diligentemente, mostra interesse al giudizio partecipandovi attivamente, con la conclusione che «o è irragionevole il trattamento più favorevole che viene riservato a chi trascuri del tutto di difendersi, oppure è irragionevole il trattamento più penalizzante per chi, comunque, costituendosi si mostra più diligente». In considerazione di ciò, la dottrina in esame addirittura giunge ad affermare che la domanda dell'attore che si renda contumace può essere accolta se il convenuto non contesti i fatti posti a fondamento della stessa. Dello stesso avviso, M. ACIERNO – C. GRAZIOSI, *La riforma del 2009 ... cit.*, p. 169, secondo le quali la limitazione dell'operatività del principio di specifica contestazione alle sole parti costituite permette l'utilizzo di una tattica dilatoria per la parte che, nella maggior parte dei casi, non si costituisce solo perché non ha difese da contrapporre. Analogamente si veda A.

TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 85, il quale rileva come sia paradossale introdurre una norma che contenga un «*implicito invito a restare contumaci, piuttosto che a partecipare al giudizio quando si abbia ben poco da dire e da contestare*». Nella medesima prospettiva, si sostiene che il legislatore è rimasto sordo alle sollecitazioni provenienti dalla dottrina, che metteva in risalto l'irrazionalità (o quanto meno l'inopportunità) di una soluzione che si risolve, in ultima analisi, in un incentivo a non costituirsi in giudizio, soprattutto quando si hanno poche ragioni da spendere. V., sul punto, N. SAPONE, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 110.

Analoghi rilievi critici erano stati mossi anche precedentemente alla riforma del 2009, in particolare in occasione del dibattito sul progetto Mastella. In argomento si vedano, per tutti, F. P. LUISO, *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 609; M. C. GHIRGA, *La riforma della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 459. Critico, poi, anche L. P. COMOGLIO, *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 387, il quale osserva che la limitazione operata dalla norma non sia da condividere, non solo alla luce delle indicazioni comparatistiche (gli ordinamenti tedesco ed austriaco, ad esempio, attribuiscono alla contumacia l'efficacia di *ficta confessio*), ma soprattutto nell'ottica di una effettiva responsabilizzazione del convenuto o, in genere, di ogni parte. Si veda, ancora, F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. II ... *cit.*, pp. 55 e 214, il quale, a dimostrazione dell'inopportunità della previsione legislativa in esame, riferisce un esempio paradossale: il convenuto ammette l'esistenza dei fatti costitutivi, ma ne contesta le conseguenze giuridiche; dunque, l'attore non formula le relative istanze istruttorie. In fase di decisione il giudice rileva d'ufficio un difetto nella costruzione del convenuto e lo dichiara contumace, ed è altresì costretto a respingere la domanda dell'attore per mancanza di prova dei fatti che il convenuto aveva dichiarato esistenti.

Sul punto, tuttavia, la Corte di Cassazione ha avuto modo di chiarire che la contumacia c.d. formale – quella, cioè, derivante dalla invalida costituzione della parte – non incide sull'idoneità della difesa della parte stessa a escludere l'applicazione del principio della specifica contestazione. In particolare, la Suprema

Corte ha affermato che *«anche se si volesse attribuire alla contumacia lo stesso significato o effetto quale comportamento processuale suscettibile di valutazione probatoria, di certo ne resterebbe esclusa la contumacia “formale”, determinata cioè dalla irregolarità formale della costituzione della parte che pure ha, sia pure invalidamente, partecipato al giudizio: il principio di non contestazione, infatti, si basa sulla interpretazione del comportamento processuale della parte quale elemento di convincimento razionale cerca la verità della vicenda storica oggetto del giudizio, nel senso che chi non contesta una circostanza contro di lui dedotta dalla controparte, pur avendo l’onere di farlo in modo specifico e fornendo la propria versione dei fatti ai sensi dell’art. 167 c.p.c., ammette implicitamente la verità del fatto esposto dalla controparte»* (cfr. Cass., 17 settembre 2010, n. 19732).

La critica più severa, tuttavia, proviene da Sassani (*L’onere della contestazione ... cit.*, p. 17), a parere del quale *«la stretta e puntigliosa limitazione del valore della non contestazione alle parti costituite costituisce un difetto che doveva essere evitato»*, risultando *«veramente difficile vedere nella invocata ‘tradizione del diritto processuale italiano’ un vero impedimento a riconsiderare il senso della contumacia volontaria del convenuto. La ‘risalente tradizione’ è veramente solo l’incrostazione delle abitudini, nessuno essendo in grado di provare che il sistema del diritto processuale italiano imponeva di dare valore di ficta contestatio all’inerzia del convenuto ... E vale poco ricordare che la ‘neutralità’ della contumacia – l’accettazione cioè del fatto che essa non abbia, non possa e non debba ricevere alcun significato – è formula che la dottrina ripete, e che la giurisprudenza estremizza, senza che nessuno abbia mai saputo spiegare perché»*.

Interessante, infine, il pensiero di G. F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, p. 40, secondo cui il riferimento alla parte costituita è del tutto superfluo, in quanto assorbito dalla previsione della necessaria specificità della contestazione, ciò che all’evidenza rende necessario un comportamento attivo della parte, di per sé non individuabile nella contumacia.

Degna di nota è, in particolare, l'aspra critica mossa da Sassani, il quale ha ricordato che *«nessuna attenzione è stata mai data al fatto che nella 'Relazione' che accompagnava il codice di procedura civile si trova che 'generale principio' è quello per il quale 'l'inattività va a carico della parte inerte' ... nel senso che la negligenza della parte volontariamente assente 'non deve in nessun caso costituire un espediente per mandare in lungo il processo a danno della parte comparsa e diligente'»* ⁽²¹³⁾.

Se questo è vero mi pare evidente, allora, lo stridore della nuova norma, da un lato, con i (decennali, antichi) valori fondanti il processo civile di cognizione e, dall'altro, con le esigenze sottostanti le riforme processuali degli ultimi anni, caratterizzate quasi prevalentemente dalla necessità di abbreviare i tempi processuali mediante l'introduzione di istituti e meccanismi aventi efficacia deflattiva più o meno penetrante.

Difatti, la mancata attribuzione di qualsivoglia valore al comportamento volontariamente omissivo della parte chiamata in causa si scontra con la stessa finalità che il legislatore del 2009 ha inteso perseguire: vi è, invero, una assoluta antitetività tra il dato normativo – la contumacia non consente di liberare la controparte del carico probatorio su di essa incombente, con il conseguente, ovvio, allungamento dei tempi processuali – e il dichiarato fine di ridurre la durata dei giudizi di cognizione ⁽²¹⁴⁾.

⁽²¹³⁾ Cfr. B. SASSANI, *L'onere della contestazione ... cit.*, p. 18.

⁽²¹⁴⁾ Rileva efficacemente B. ZUFFI, *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 1373 che *«l'intento moralizzatore che sorregge la riforma del 2009 e che ispira senz'altro, accanto all'esigenza di semplificazione e accelerazione del processo ordinario, la scelta di 'sanzionare' la carenza difensiva della parte costituita si innesta così in un sistema che al contempo non conosce disvalore per chi rimane totalmente*

Ritengo necessario precisare che le argomentazioni sin qui svolte possono riferirsi soltanto alle ipotesi di contumacia volontaria; diversamente, si rischierebbe di ledere uno dei diritti fondamentali per eccellenza, il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. Infatti, l'effettivo e concreto esercizio del diritto di difendersi in giudizio non può mai essere negato. Neppure ci si può ingerire circa le scelte difensive concretamente effettuate da taluno, nel senso che ciascuno può difendersi in giudizio con le modalità che ritiene più opportune per la tutela dei propri diritti e interessi. Da questo punto di vista, anche la contumacia va intesa come una forma di manifestazione del diritto fondamentale di difendersi. Tuttavia, ciò che va tutelato – e che, infatti, riceve protezione costituzionale – è il diritto di scegliere se difendersi attivamente oppure passivamente in giudizio. E solo tale lucida scelta può, anzi deve, subire le conseguenze stabilite dalla legge nel caso si ponga in antitesi con i principi ispiratori delle norme processuali. Differentemente, qualora la contumacia non sia determinata da una cosciente e volontaria opzione della parte cui si riferisce, il comportamento inattivo non può subire le conseguenze pregiudizievoli che verrebbero causate, ad esempio, dalla valutazione della mancata costituzione come mancata contestazione dei fatti allegati dalla parte costituita. Sarebbe fin troppo evidente, in tal caso, la violazione del precetto di cui al citato art. 24 Cost. Ed è la ragione, questa, che induce i processualisti a specificare, a mio avviso opportunamente, che la critica mossa al nuovo art. 115 cod. proc. civ. in ordine alla

inerte e indifferente all'azione giurisdizionale intrapresa, evidenziando un'aporia difficile da sanare in via interpretativa».

necessaria costituzione delle parti riguarda soltanto la parte volontariamente astenutasi dal partecipare alla lite ⁽²¹⁵⁾.

Ritornando, ora, all'esegesi della norma, occorre interrogarsi sul concetto di «*parte*» cui fa riferimento il nuovo art. 115 cod. proc. civ. La disposizione, secondo la maggioranza degli studiosi, non darebbe adito a dubbi circa l'applicabilità del principio di specifica contestazione a *tutte* le parti in giudizio, convenuto, attore o terzo intervenuto che sia.

Dunque, il principio della contestazione ha oggi acquisito il carattere della *reciprocità*, nel senso che l'effetto collegato all'adempimento dell'onere in questione può giovare non solo all'attore, ma anche al convenuto o al terzo, nelle ipotesi in cui siano questi ultimi ad allegare una o più circostanze di fatto, la cui contestazione spetterebbe, quindi, alla parte attrice ⁽²¹⁶⁾.

⁽²¹⁵⁾ Si veda, in particolare, C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c.* ... cit., p. 270, secondo cui «*la verità è che non c'è alcun divieto d'ordine costituzionale che possa impedire l'estensione della tecnica della non contestazione anche alla parte rimasta contumace (ovviamente si allude alla contumacia volontaria) ... Si potrà discutere dell'opportunità di tale scelta, ma nulla più*».

⁽²¹⁶⁾ Come ricorda N. SAPONE, *Il principio di non contestazione* ... cit., p. 109, il carattere della reciprocità dell'onere di prendere posizione (ovvero quello di specifica contestazione, come lo chiameremmo oggi) è un assunto che poteva dirsi acquisito anche prima della nuova formulazione dell'art. 115 cod. proc. civ., benché a rigore l'onere posto dagli artt. 167 e 416 cod. proc. civ. fosse riferibile al solo convenuto. Già in passato vi era, infatti, la consapevolezza della contraddizione rispetto al principio di parità della limitazione dell'onere della specifica contestazione al solo convenuto. A tal fine, la dottrina in parola richiama quella giurisprudenza che – partendo dal presupposto che il sistema di preclusioni sul quale si fonda il rito del lavoro comporta per entrambe le parti il dovere di collaborare nella circoscrizione della

In altre parole, gli effetti della mancata contestazione si producono bilateralmente, tanto per il convenuto rispetto ai fatti dedotti dall'attore a fondamento della propria domanda, quanto per l'attore rispetto ai fatti impeditivi, modificativi o estintivi eccepiti dal convenuto, ovvero rispetto ai fatti dedotti a supporto di eventuali domande riconvenzionali ⁽²¹⁷⁾.

Si assiste, così, a una evidente “soluzione di continuità” con le previsioni finora caratterizzanti i poteri del convenuto in fase di costituzione: gli artt. 167 e 416 cod. proc. civ., nel prevedere l'onere per il convenuto di prendere posizione sui fatti affermati dall'attore nel momento di costituzione in giudizio, si riferiscono, appunto, al solo convenuto. In altre parole, la presa di posizione richiesta dalle citate norme non è, secondo lo stretto dettato normativo, estensibile anche all'attore, benché sia previsto che il convenuto possa allargare il *thema decidendum* mediante la formulazione di una domanda riconvenzionale, con la conseguente necessità per l'attore di prendere a sua volta posizione sulla medesima.

Ora, il riformato art. 115 cod. proc. civ. ha ristabilito l'equilibrio fra le parti, menzionando genericamente la «*parte costituita*» quale quella soggetta alla regola della

materia del contendere – riconosceva che il principio di contestazione specifica, «*derivando dalla struttura del processo e non soltanto dalla formulazione dell'art. 416 c.p.c., [era] applicabile, ricorrendone i presupposti, anche con riguardo all'attore, ove oneri di allegazione (e prova) gravino anche sul convenuto*». Così, Cass. 5 marzo 2003, n. 3245, in *Dejure*.

⁽²¹⁷⁾ Occorre precisare che alla medesima conclusione era già giunta la giurisprudenza di legittimità ben prima della legge n. 69/2009. Si vedano, fra le tante, Cass. 4 dicembre 2007, n. 25269, cit.; Cass. 16 febbraio 2010, n. 3604, in *Dejure*.

specifica contestazione, con ciò “proseguendo” idealmente le previsioni di cui ai succitati artt. 167 e 416 cod. proc. civ.: fino al 2009 poteva affermarsi senza rischiare di cadere in errore che il convenuto è tenuto a prendere posizione sul contenuto della domanda attorea con la comparsa di costituzione e risposta, ma, com'è noto, a tale previsione non era collegata alcuna “sanzione” circa le conseguenze della mancata presa di posizione. Attualmente è invece possibile sostenere, ancora una volta senza incorrere in errori o imprecisioni, che il convenuto deve, così come in passato, espressamente prendere posizione sui fatti affermati dall'attore a fondamento della sua domanda (artt. 167 e 416 cod. proc. civ.); ma si prevede altresì che, in mancanza, le circostanze di fatto sulle quali non sia intervenuta specifica contestazione saranno considerate pacifiche, nel senso che l'attività istruttoria eventualmente richiesta con riferimento a quelle dovrà essere dichiarata superflua e irrilevante (art. 115 cod. proc. civ.).

Tale soluzione, però, non appare un'assoluta novità nel nostro sistema processuale. Difatti, da più parti si ritiene che l'art. 115 cod. proc. civ., come attualmente formulato, ha un precedente nella disciplina degli artt. 186 *bis* e 423 cod. proc. civ., i quali prevedono, rispettivamente per il rito ordinario e per quello del lavoro, che il giudice possa, su istanza di parte e fino al momento della precisazione delle conclusioni, emanare un'ordinanza esecutiva di condanna al pagamento delle somme non contestate ⁽²¹⁸⁾.

⁽²¹⁸⁾ E' opportuno rilevare che l'art. 186 *bis* cod. proc. civ. dispone espressamente che la mancata contestazione delle somme oggetto dell'ordinanza di pagamento debba provenire dalle «*parti costituite*». Tale precisazione manca, invece, nella norma di cui

all'art. 423 cod. proc. civ. Si ritiene, però, che nonostante tale omissione «*l'evidente analogia dei due istituti, in mancanza di ragioni che giustifichino un'interpretazione divergente, deve far ritenere che anche l'ordinanza di pagamento di somme non contestate del rito del lavoro, nel quale pure c'è un onere di contestazione entro un termine di preclusione, pur essendo scaduto questo termine possa essere emanata nei confronti del contumace*». Così F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali ... cit.*, p. 147. Analogamente, nel senso della necessaria costituzione della parte contro la quale debba essere emessa l'ordinanza di pagamento nel rito laburistico, si vedano, fra gli altri, G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008, p. 256; F. P. LUISO, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, p. 226. Si veda, ancora una volta, F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali ... cit.*, p. 148, secondo il quale lo sforzo interpretativo volto a limitare l'operatività della norma di cui all'art. 423 cod. proc. civ. alle sole parti costituite rappresenta «*un falso problema, da un lato perché ... la non contestazione (compresa la contumacia) può aprire la strada ad altri provvedimenti anticipatori di condanna, anche quando non sia possibile concedere l'ordinanza di pagamento di somme non contestate; dall'altro perché quando tutti i fatti costitutivi non sono contestati, e quindi non sono bisognosi di prova, non essendo necessaria attività istruttoria, si può passare direttamente alla fase decisoria ed alla emanazione della sentenza. In definitiva, le ordinanze anticipatorie ex art. 186 bis e 423, primo comma, c.p.c. presuppongono una non contestazione necessariamente parziale, quindi diversa da quella del contumace ... che invece è inevitabilmente ed oggettivamente totale*».

In termini più generali sul tema delle ordinanze anticipatorie di condanna si vedano, *ex multis*, A. CARRATTA, voce «*Ordinanze anticipatorie di condanna (diritto processuale civile)*», in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995, vol. XXII; C. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 551; B. SASSANI – R. TISCINI, voce «*Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*», in *Enc. dir.*, Milano, Aggiornamento, 2002, p. 872; R. TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009; L.

Le norme *de quibus* sono considerate fattispecie tipiche di non contestazione ⁽²¹⁹⁾. Peraltro, in esse si utilizza il fenomeno della contumacia quale evento escludente l'applicazione della regola ivi contenuta, proprio come avviene nella nuova disposizione dell'art. 115 cod. proc. civ. ⁽²²⁰⁾.

Vi è, tuttavia, chi avverte che occorre essere cauti nel parlare di un parallelismo così netto fra le ordinanze di pagamento di somme non contestate e il principio generale della specifica contestazione. Si sostiene, infatti, che nell'individuazione della mancata contestazione quale presupposto dell'emanazione di ordinanze di pagamento di somme non contestate, bisogna chiarire che, pur essendo necessario, non è sufficiente che il convenuto ponga in essere un comportamento difensivo qualificabile come omessa contestazione, tale da escludere la necessità della prova del fatto ai fini della decisione definitiva, atteso che è altresì necessario che al comportamento medesimo si accompagni il mancato rilievo (eventualmente anche d'ufficio) di eccezioni processuali e/o di merito volte alla

QUERZOLA, voce «*Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*», in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, Torino, Aggiornamento, 2009, p. 414.

⁽²¹⁹⁾ La descrizione e l'analisi delle fattispecie contestative tipizzate saranno trattate, come detto, nel successivo capitolo.

⁽²²⁰⁾ Secondo S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione diventa legge ... cit.*, p. 72, la soluzione di considerare la contumacia un atteggiamento neutro sul fronte della contestazione sarebbe coerente con il sistema processuale, tenuto conto che l'ordinamento ha già mostrato di adottare una tale distinzione in relazione all'ordinanza per il pagamento di somme non contestate, di cui all'art. 186 *bis* cod. proc. civ., richiedente come presupposto che la mancata contestazione provenga dalle parti costituite.

dichiarazione di inammissibilità oppure al rigetto della domanda ⁽²²¹⁾.

Anche altra parte della dottrina rileva che gli istituti previsti dagli artt. 186 *bis* e 423 cod. proc. civ. siano eccezionali e tale loro eccezionalità risieda nel fatto che mentre, di norma, la regola della specifica contestazione comporta la sola *relevatio ab onere probandi* a favore dell'avversario, nelle ipotesi delle ordinanze anticipatorie di condanna la medesima regola viene utilizzata anche come presupposto per la pronuncia, già nella fase di trattazione della causa, di un provvedimento anticipatorio della condanna finale, fondato sull'accertamento del diritto di credito "per mancata contestazione", destinato peraltro ad acquistare efficacia piena di giudicato a seguito dell'eventuale estinzione del giudizio ⁽²²²⁾.

Altro aspetto degno di menzione nello studio della limitazione soggettiva del principio di contestazione concerne l'atteggiarsi dell'istituto della contumacia nei giudizi plurisoggettivi.

In effetti, la norma di cui all'art. 115 cod. proc. civ., riferendosi genericamente alla «*parte*», lascia irrisolto il

⁽²²¹⁾ F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali ... cit.*, p. 148 rileva al riguardo che «una soluzione diversa finirebbe per attribuire alle ordinanze di pagamento di somme non contestate una natura ed una funzione che non sembrano loro appartenere: oltre che la natura anticipatoria finalizzata alla ragionevole durata come effettività della tutela giurisdizionale, avrebbero natura di condanna con riserva delle eccezioni, volta anche ad evitare abusi del processo da parte del convenuto; ma poiché gli artt. 186 *bis* e 423 c.p.c. non fanno alcun riferimento ad una valutazione, neanche sommaria, delle difese del convenuto diverse dalla contestazione, questo sembra doversi escludere».

⁽²²²⁾ Così A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile ... cit.*, p. 399.

problema della concreta operatività del meccanismo della contestazione nelle ipotesi in cui in giudizio siano costituite più di due sole parti.

Al riguardo, occorre premettere che il comportamento integrante la contestazione richiesta dalla disciplina processualistica sembrerebbe dotato dei caratteri della soggettività e della intrasmissibilità: in quanto contegno destinato a ripercuotersi sull'estensione dell'onere della prova gravante sulla controparte, a svantaggio del soggetto non contestante, detto atteggiamento dovrebbe essere connotato da consapevolezza e individualità, nel senso che gli effetti scaturenti dalla regola della specifica contestazione non potrebbero esplicarsi, a rigore, nei confronti di soggetti diversi dalla parte che ha posto in essere una mancata contestazione.

E allora si comprende quale sia, esattamente, l'interrogativo cui si cerca di dare risposta: se vi sono più parti in causa, la mancata contestazione di una di esse produce effetti anche nei confronti delle altre? Bisogna, cioè, chiedersi se la contestazione di alcune parti su determinati fatti allegati, che siano comuni anche ad altre parti nel medesimo giudizio, sia sufficiente o meno ad evitare gli effetti della mancata contestazione anche per i soggetti che tale contestazione non hanno effettuato.

Una risposta errata a tale interrogativo comporterebbe, in concreto, il rischio non banale di ritenere una medesima circostanza pacifica (e, quindi, potenzialmente vera) in relazione a una parte e non provata in relazione ad altro contraddittore. È evidente, a mio avviso, che si tratta di un rischio da evitare assolutamente.

In ogni caso, occorre specificarlo, il problema si pone in entrambi i sensi: l'estensione dell'efficacia della mancata contestazione anche alla parte che ha contestato in

modo specifico comporterebbe un'indebita espansione degli effetti della volontà della parte non contestante nei confronti dell'altra. Analogamente, si verificherebbe un'indebita intromissione nella sfera dispositiva di un soggetto qualora una circostanza di fatto fosse contestata da un'altra parte in causa e, quindi, messa in discussione sul piano probatorio quando, invece, la parte non contestante aveva scelto con il proprio comportamento di escludere quel fatto dal novero degli elementi da sottoporre a verifica probatoria.

Il dubbio sussiste sia quando il litisconsorzio è necessario, sia quando è facoltativo, sia quando è originario, sia quando è frutto di un intervento in causa da parte di un terzo, sia, infine, quando è frutto di una riunione di cause.

La ragione è manifesta: l'imprescindibile soggettività del comportamento contestativo potrebbe, teoricamente, essere di ostacolo alla necessaria unitarietà che caratterizza l'accertamento nelle ipotesi di giudizio cumulato o litisconsortile.

Infatti, in caso di litisconsorzio non potrebbe mai giungersi alla conclusione che un medesimo fatto, contestato da un litisconsorte e non dall'altro, sia valutato in modo diverso per l'uno e per l'altro. Dovrebbe piuttosto inferirsi che in ipotesi di processi litisconsortili non sia possibile limitare l'effetto della mancata contestazione o della specifica contestazione a una sola delle parti in causa, ma la valutazione di simili contegni e dei fatti che ne sono oggetto dovrebbe essere necessariamente unitaria ⁽²²³⁾.

⁽²²³⁾ Si fa, qui, riferimento all'istituto del litisconsorzio necessario che come noto, ai sensi dell'art. 102 cod. proc. civ., si verifica qualora la decisione della lite debba pronunciarsi necessariamente nei confronti di più parti. Secondo autorevole dottrina «*la presenza*

Ancora una volta, la soluzione che viene fornita presuppone una chiara presa di posizione in ordine alla natura – dispositiva o probatoria – del fenomeno della contestazione.

Infatti, ove si accedesse alla teoria per la quale la contestazione costituisce un comportamento espressivo della volontà della parte di disporre della situazione sostanziale controversa, si manifesterebbe un contrasto fra la volontà della parte che, contestando, ha manifestato il proprio interesse a che il fatto venga sottoposto a verifica probatoria e quella di un'altra parte che, invece, mediante la mancata contestazione ha reso incontrovertito il medesimo fatto.

In tali ipotesi si dovrebbe concludere che la circostanza di fatto necessiterebbe di verifica probatoria solo per la parte che ne ha contestato la verità, mentre sarebbe pacifica nei confronti della parte non contestante. Tale soluzione, tuttavia, mi sembra evidentemente inaccettabile posto che nel medesimo giudizio, benché cumulato, una medesima circostanza non può essere considerata, al contempo, pacifica e controversa, a seconda della parte che ha o meno dubitato della sua verità. Parimenti inaccettabile è che il giudice, nella stessa pronuncia, consideri per la decisione un unico fatto come vero e, allo stesso tempo, come non provato ovvero addirittura smentito da altre risultanze istruttorie.

Per venire a capo del problema, allora, va sacrificato l'argomento per il quale la volontà manifestata da una parte – contestando o non contestando un dato fatto – non

di più parti nel processo non può dipendere che dal fatto che il rapporto sostanziale fatto valere abbia (o, più esattamente, sia affermato come avente) più di due soggetti». Così, C. MANDRIOLI, Corso di diritto processuale ... cit., vol. I, p. 212.

possa produrre effetti nella sfera di disponibilità di un altro soggetto. Infatti, una circostanza di fatto specificamente contestata da una sola parte deve essere, per ciò solo, bisognosa di essere provata, indipendentemente dalla eventuale mancata contestazione degli altri litisconsorti.

In altre parole, dovrebbe risultare sufficiente la contestazione di una sola delle parti contro le quali è allegato il fatto comune affinché gli effetti dell'omessa contestazione non si verificino, di modo che l'onere della prova per il soggetto allegante resti invariato⁽²²⁴⁾.

Coloro che sostengono la tesi appena menzionata giustificano il proprio pensiero in considerazione della regola prevista dall'art. 2733, 3° comma, cod. civ., a norma del quale, in caso di litisconsorzio necessario, la confessione resa da alcune soltanto delle parti non assume valore di prova legale, bensì è oggetto di prudente apprezzamento da parte del giudice. Dunque, traslando il medesimo principio nell'area di applicazione dell'onere di specifica contestazione, si ritiene che in caso di litisconsorzio necessario la mancata contestazione da parte di alcuni soltanto dei litisconsorti necessari non espunge,

⁽²²⁴⁾ Così A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 89; M. MOCCI, *Principio del contraddittorio ... cit.*, p. 331; F. ROTA, *I fatti non contestati ... cit.*, p. 208; F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile ... cit.*, par. 5.2; G. MAERO, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 468; C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 ... cit.*, p. 271; ID., *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 802. Quest'ultimo, in particolare, specifica che se l'intervento in giudizio determina un ampliamento della base fattuale della controversia, in caso di intervento principale l'onere di contestazione investe sia l'attore che il convenuto e la contestazione di uno solo di essi rende il fatto bisognoso di essere provato; diversamente, nel caso di intervento adesivo, l'onere di contestare riguarda esclusivamente la parte contro la quale si è schierato il terzo intervenuto.

nei confronti degli altri contraddittori, il fatto medesimo dalla gamma di quelli da sottoporre a controllo probatorio, attribuendo in questo modo al contegno contestativo delle parti un'efficacia "minore" e più attenuata rispetto all'effetto tipico collegato alla regola di cui all'art. 115 cod. proc. civ. ⁽²²⁵⁾).

⁽²²⁵⁾ Ha aderito a questo orientamento anche una recente pronuncia di merito (Trib. Varese, 19 gennaio 2010, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 858, con nota di G. BUFFONE, *Sinistri stradali: di rara applicabilità, di fatto, il principio di non contestazione*) la quale – con la necessaria premessa che «*in presenza di un unico fatto generatore della responsabilità, l'accertamento dello stesso non può condurre a risultati differenti a seconda che la statuizione produca effetto nei confronti di un litisconsorte ovvero di un altro*» – ha stabilito che, una volta accertata o negata la responsabilità nel giudizio promosso dal danneggiato nei confronti dell'assicuratore, in contraddittorio con l'assicurato, la medesima responsabilità è accertata o negata anche nei rapporti fra assicurato e danneggiato. Ne consegue, secondo il Tribunale di Varese, che «*operando il principio di non contestazione sull'accertamento dei fatti posti a fondamento della responsabilità, questo non può trovare applicazione nel giudizio litisconsortile ove uno dei litisconsorti sia contumace. In questa ipotesi, l'attore avrà l'onere di provare il fatto pur di fronte alla mancanza di contestazione da parte del convenuto costituito (sulla falsariga di quanto già avviene per l'ipotesi della confessione, v. Sez. Un. civ. n. 10311/2006)*».

In dottrina, mostra di preferire questa soluzione N. SAPONE, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 115, il quale menziona anche la particolare ipotesi di contumacia di uno dei litisconsorti, giungendo alla conclusione che in simili circostanze la mancata costituzione di uno di essi non vanificherebbe, di per sé, la contestazione svolta da una delle parti costituite. Di conseguenza, l'effetto della mancata contestazione ad opera del litisconsorte costituito si estenderebbe anche al litisconsorte contumace. Anche simile interpretazione troverebbe avallo nella norma di cui all'art. 2733 cod. civ., nella quale, come ricordato nel testo, «*si estende l'effetto di prova liberamente apprezzabile nei confronti di soggetti*

Diversamente, coloro che aderiscono all'opzione probatoria quale fondamento del principio della contestazione ritengono che i comportamenti delle diverse parti in giudizio non si influenzino tra loro. Ciò in quanto, essendo l'effetto della mancata contestazione assimilabile a una prova liberamente valutabile dall'organo giudicante, non si rinviene alcuna espansione della volontà di una parte nei confronti della sfera dispositiva delle altre. Il contegno di ciascuna parte sarà, pertanto, oggetto di autonoma e separata valutazione da parte del giudice ⁽²²⁶⁾.

Mi sembra, però, che tale posizione strida con l'unitarietà dell'accertamento di fatto quale presupposto per l'emanazione di una qualsiasi decisione, indipendentemente dalla tipologia del cumulo concretamente verificatosi. In altri termini, come già riferito, un medesimo fatto non può considerarsi al contempo pacifico e controverso, a seconda dell'atteggiamento assunto da ciascuna parte nei confronti di esso. Una simile evenienza, infatti, comprometterebbe la correttezza della decisione e manifesterebbe, quanto meno, la fallacia della ricostruzione in fatto sulla quale deve poggiare l'intero impianto motivazionale della pronuncia.

che non hanno confessato. Ed è proprio quello che si propone in caso di contumacia e di non contestazione del litisconsorte costituito. Dunque l'art. 2733 comma 3 c.c. diviene l'elemento che autorizza in via sistematica una simile interpretazione».

⁽²²⁶⁾ Secondo S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, Milano, 1993, p. 318, la regola della specifica contestazione «non ha niente a che vedere con il principio dispositivo ... ma risponde, piuttosto, ad esigenze di economia processuale». Aderisce alla tesi probatoria del principio di specifica contestazione anche G. MAERO, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 469.

Ancora diverso è il concreto atteggiarsi dell'onere della specifica contestazione nelle ipotesi di litisconsorzio facoltativo ⁽²²⁷⁾.

Quando si verifica un cumulo di cause nel medesimo giudizio ciò che viene valorizzato è, lo ripeto, l'unitarietà della cognizione e dell'accertamento da compiersi ai fini della decisione del merito. Ciò che caratterizza il litisconsorzio facoltativo, allora, è proprio la possibilità lasciata alle parti di "accorpare" l'attività giurisdizionale necessaria per la soluzione di più controversie tra loro connesse per l'oggetto o per il titolo.

⁽²²⁷⁾ Si ricorda che nelle ipotesi di litisconsorzio facoltativo «*si ha la possibilità della trattazione unitaria di più cause senza che questa sia, però, necessaria*». Così, F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, ... cit., p. 306. Come direbbe altri, «*quando il litisconsorzio non è necessario, esso può tuttavia essere facoltativo nel senso che, esistendo ragioni di opportunità per la partecipazione congiunta di più soggetti al medesimo processo, la legge consente, senza imporlo, che più soggetti agiscano o siano convenuti nello stesso processo*». In questi termini C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale* ... cit., vol. I, p. 216.

Per la "definizione" del fenomeno in esame costantemente fornita dalla giurisprudenza si veda, ad esempio, Cass. 22 gennaio 2004, n. 1103, in *Dejure*, secondo la quale nei casi di litisconsorzio facoltativo «*le cause ... restano distinte, con una propria individualità in relazione ai legittimi contraddittori e con l'ulteriore conseguenza che la sentenza che le definisce - sebbene formalmente unica - consta in realtà di tante pronunzie quante sono le cause riunite, le quali conservano la loro autonomia anche ai fini delle successive impugnazioni, che ben possono svolgersi separatamente le une dalle altre, senza che ne derivino interferenze reciproche fra i diversi giudizi susseguenti e senza che venga compromesso l'interesse all'unitaria trattazione di questioni di identico oggetto, atteso che lo stesso ben può trovare soddisfazione nell'esame delle separate impugnazioni nella medesima udienza*».

In tali ipotesi, il principio di unitarietà opera essenzialmente con riferimento all'istruzione e alla trattazione delle diverse controversie, mentre in relazione agli atti impicanti la disposizione del processo o del diritto e alla fase di decisione prevale il principio dell'autonomia sostanziale dei giudizi riuniti. Infatti, l'unitarietà della decisione nel cumulo facoltativo è soltanto eventuale e ulteriore rispetto alle finalità proprie dell'istituto, benché sia innegabile che proprio il cumulo consente di addivenire a una decisione coerente e armonica delle diverse controversie ⁽²²⁸⁾.

Ora, con specifico riferimento al tema della contestazione in controversie caratterizzate da un cumulo di natura facoltativa, si è sostenuto che partendo dal presupposto che il principio di contestazione operi sul piano probatorio, quale filtro che consente di ridurre l'ampiezza dell'istruzione probatoria, la mancata contestazione dovrebbe rientrare tra quei profili per i quali prevale il principio di unitarietà, con la conseguenza che *«l'effetto di prova (liberamente apprezzabile) della non contestazione può essere esteso anche al litisconsorte che ha contestato ... In sostanza, la contestazione di un litisconsorte dovrebbe essere sufficiente di solito a rendere (se non necessaria almeno) opportuna l'istruttoria. E la non contestazione diventa uno tra gli elementi di convincimento in sede di decisione»* ⁽²²⁹⁾.

⁽²²⁸⁾ Secondo Cass. 10 febbraio 2003, n. 1954, in *Dejure*, «in caso di litisconsorzio facoltativo, pur nell'identità delle questioni dibattute, permane autonomia dei rispettivi titoli, dei rapporti giuridici e delle singole causae petendi, con la conseguenza che le cause, per loro natura scindibili, restano distinte, con una propria individualità in relazione ai rispettivi legittimi contraddittori».

⁽²²⁹⁾ In termini N. SAPONE, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 117. Da altri è stato addirittura sostenuto che *«il principio*

Ma questo è esattamente ciò che avviene nel caso di contestazioni o mancate contestazioni in giudizi caratterizzati da litisconsorzio necessario. Se è così, non vi sarebbe in apparenza alcuna differenza fra le due ipotesi di cumulo processuale.

Vi è, nondimeno, chi precisa che occorre distinguere a seconda che il processo cumulato abbia ad oggetto un medesimo fatto storico ovvero circostanze fattuali differenti: solo nel primo caso dovrebbe prevalere l'esigenza di non contraddizione, o unitarietà, con la conseguenza che il contegno contestativo di una delle parti renda comunque necessario l'accertamento probatorio del fatto cui esso si riferisce, indipendentemente dalla mancata

*secondo cui un fatto non contestato si ritiene ammesso e non necessita quindi di prova non trova applicazione nel litisconsorzio facoltativo ove si tratti di fatto comune a più parti, e il fatto di una delle cause cumulate nello stesso processo sia stato ammesso e nell'altra sia stato contestato». Così, A. PROTO PISANI, Art. 103 c.p.c., in Commentario del codice di procedura civile, diretto da Allorio, vol. I, Torino, 1973, p. 1140. Nello stesso senso, si veda G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, p. 363, il quale precisa, tuttavia, che il problema non risiede nello stabilire se debba prevalere l'ammissione di un litisconsorte o la contestazione dell'altro, quanto piuttosto nella possibilità di trarre le debite conseguenze dall'unità del fatto dedotto: «riconosciuto che esso eget probatione anche se è negato da uno solo dei litisconsorti, e attribuito così alla contestazione il normale effetto di rendere necessaria la prova, non perciò l'ammissione dell'altro litisconsorte rimarrà inefficace: che anzi essa potrà e dovrà essere valutata come fonte di prova, alla stregua delle regole che si riterrà di accogliere sul valore probatorio spettante anche nel processo bilaterale». Di opposto avviso G. MAERO, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 468, il quale ritiene preferibile affermare che, trattandosi di domande diverse (quindi di fatti diversi), il principio di contestazione operi autonomamente con riferimento a ciascuna domanda.*

contestazione degli altri litisconsorti. Al contrario, qualora il giudizio abbia ad oggetto più fatti, parrebbe possibile far valere la mancata contestazione solo nei confronti della parte che ometta di adempiere al relativo onere ⁽²³⁰⁾.

⁽²³⁰⁾ Così G. BUFFONE, *L'onere di contestazione ... cit.*, p. 28, secondo il quale in caso di pluralità di parti nello stesso processo può aversi che a tale situazione corrisponda una pluralità di rapporti processuali (connessi per l'oggetto o per il titolo o per le ragioni di mera affinità, e non di necessità), oppure che, invece, ad essa faccia riscontro un unico inscindibile rapporto processuale. Nella seconda ipotesi menzionata, essendo il rapporto processuale sostanzialmente unico, ad esso non possono essere applicati regimi giuridici differenti. Nella prima ipotesi, invece, essendo i singoli rapporti processuali sostanzialmente autonomi (anche nelle loro vicende) e perciò scindibili, nulla impedisce che, nonostante la formale unicità del processo, le distinte domande giudiziali possano essere governate da regimi giuridici diversi, atteso che l'occasione della trattazione unitaria non ne cancella l'autonomia ontologica e strutturale. Alla luce di simili considerazioni, la dottrina in commento conclude nel senso di «ritenere che, nel processo litisconsortile facoltativo, la non contestazione di uno dei convenuti può essere fatta valere verso lo stesso ai sensi dell'art. 115 c.p.c. Vi è, però, che sorgono indubbi problemi di ordine tecnico, quantomeno nei casi di connessione determinata dalla solidarietà in cui, cioè, la pluralità dei convenuti si lega ad uno stesso fatto storico. In tali casi, in effetti, dovrebbe comunque prevalere l'esigenza di non contraddizione e, quindi, l'efficacia della non contestazione dovrebbe residuare per il processo cumulato con rapporti processuali aventi ad oggetto fatti storici diversi (es. rapporto di garanzia tra convenuto e terzo)».

9. Il termine e la stabilità della contestazione

La norma di cui all'art. 115, 1° comma, cod. proc. civ. nella sua attuale formulazione non si occupa – né espressamente, né implicitamente – di un cruciale aspetto concernente la regola della contestazione, che riveste fondamentale rilievo sia dal punto di vista scientifico, sia, soprattutto, sul piano della pratica applicazione del meccanismo contestativo.

Ci si riferisce al tema dell'esistenza di eventuali limiti temporali che assistono il principio sancito dalla norma sopra citata.

La questione del termine per l'assolvimento dell'onere della specifica contestazione risulta, poi, intimamente collegato al diverso tema della eventuale irreversibilità del comportamento processuale inizialmente non contestativo.

Le due questioni sono fra loro fortemente interconnesse, poiché nell'ipotesi in cui si considerasse irrevocabile un atteggiamento inizialmente qualificabile come non contestativo, ciò presupporrebbe giocoforza l'individuazione di un preciso momento della dialettica processuale oltre il quale non potrebbe più essere ammessa alcuna possibilità di avversare i fatti allegati dalla controparte ⁽²³¹⁾.

⁽²³¹⁾ Diametralmente opposta pare, invece, l'impostazione di M. FORNACIARI, *Il contraddittorio ... cit.*, p. 33, il quale ritiene che occorre stabilire, in primo luogo, se per la contestazione esista o meno un limite temporale e, solo in caso di risposta affermativa a tale quesito, occorrerà chiedersi se sia possibile revocare una contestazione precedentemente omessa.

Pertanto, qualora fosse individuato un termine preclusivo ⁽²³²⁾ per l'attività contestativa, non vi sarebbe spazio alcuno per la c.d. contestazione tardiva ⁽²³³⁾.

Dunque, i passaggi logici da effettuare sarebbero i seguenti: se si risponde positivamente alla domanda circa l'irrevocabilità della contestazione, occorre allora domandarsi quale sia il termine di preclusione oltre il quale l'attività contestativa omessa non possa più essere modificata mediante un atteggiamento di segno contrario. È, allora, evidente che se la barriera preclusiva è posta nel tempo più lontano possibile agli atti difensivi iniziali ⁽²³⁴⁾, fino a quel momento non potrà mai parlarsi di irretrattabilità della mancata contestazione, in quanto, qualora la parte decidesse di rendere controverso un determinato fatto in precedenza non contestato, potrebbe legittimamente farlo purché ciò avvenga entro il termine di preclusione stabilito. In tale ipotesi, infatti, potrebbe sì parlarsi di contestazione tardiva, ma in maniera forse

⁽²³²⁾ E' bene precisare che quando si discorre del termine entro cui svolgere la contestazione ci si riferisce, correttamente, a un termine di preclusione e non di decadenza. In effetti, non potrebbe essere altrimenti, atteso che, come noto, la decadenza è un fenomeno che consegue al mancato compimento di un determinato atto nel termine finale previsto dalla legge. Diversamente, la preclusione consiste nella perdita, estinzione o consumazione di una facoltà processuale la quale si verifica allorché un atto non sia stato compiuto nel momento previsto per esso dalla legge.

⁽²³³⁾ Come si vedrà, alcuni autori ritengono tardiva sia la contestazione avvenuta, in primo grado, oltre il termine preclusivo, sia quella effettuata per la prima volta nel corso del giudizio d'appello. Sul tema, si vedano i rilievi svolti sulla contestazione nel giudizio di impugnazione, di cui si tratterà nel prossimo capitolo.

⁽²³⁴⁾ Dalla parte diligente ci si aspetterebbe, infatti, una contestazione nella prima occasione utile, successiva all'allegazione del fatto che si intende smentire.

impropria, atteso che essa avverrebbe comunque nel rispetto del termine ultimo previsto per tale attività. Viceversa, nel caso in cui il termine di preclusione fosse molto vicino o addirittura coincidente con i tempi degli atti difensivi iniziali, allora il problema della irretrattabilità di una iniziale mancata contestazione neppure si porrebbe, in quanto la preclusione scatterebbe immediatamente, non lasciando spazio per alcun cambio di atteggiamento processuale in corso di causa ⁽²³⁵⁾.

Tornando al fulcro della questione, il legislatore, come detto, ha completamente omesso di dettare una specifica disciplina sul termine ultimo per effettuare le contestazioni, lasciando così gli interpreti e gli operatori in balia delle più disparate opzioni ermeneutiche che la scarna disposizione del nuovo art. 115 cod. proc. civ. teoricamente consente. Condivisibilmente, Cea parla di un «*problema colpevolmente ignorato dal nuovo legislatore*» ⁽²³⁶⁾.

⁽²³⁵⁾ Le considerazioni appena svolte mi conducono a considerare ridondante l'indagine circa l'eventuale reversibilità della contestazione: l'atteggiamento processuale dovrebbe considerarsi, difatti, modificabile fintantoché non scattino le preclusioni per l'esercizio di quel potere e, solo dopo tale momento, potrà correttamente parlarsi di irretrattabilità o, per meglio dire, di decadenza dall'assolvimento di un onere processuale per il quale è intervenuta preclusione.

⁽²³⁶⁾ Cfr. C. M. CEA, *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 803; ID., *La modifica dell'art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 271. L'Autore richiama, in argomento, il progetto redatto da Proto Pisani, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, pt. V, p. 1, nel quale trova espressa disciplina la regola dell'irreversibilità della contestazione in primo grado, ammessa invece nel giudizio di appello. I. Pagni (*L'onere di contestazione dei fatti avversari ... cit.*, 239) specifica, però, che «*la norma novellata si preoccupa della prospettiva temporale soltanto guardandola dal lato del giudice ... e non da*

Intanto, non si può assolutamente restare inerti dinanzi al *vulnus* della disciplina codicistica, in quanto un comportamento processuale che, come la contestazione, è idoneo ad incidere – potenzialmente pesantemente – sull'estensione quantitativa e temporale della fase istruttoria, non può essere lasciato alla mercé delle parti e dei loro interessi.

L'assenza di un termine per la contestazione metterebbe, dunque, gravemente a rischio il concreto rispetto dei precetti, anche costituzionali, fondanti il corretto esercizio della funzione giurisdizionale.

È evidente, infatti, che l'assenza di limiti temporali per lo svolgimento dell'attività contestativa comporterebbe che quest'ultima potrebbe avvenire in ogni stato e grado del giudizio e ciascuna parte potrebbe, del tutto arbitrariamente, scegliere il momento in cui effettuarla.

Una simile impostazione condurrebbe alla paradossale situazione nella quale ciascuna parte, anche nel corso della fase decisoria della causa, potrebbe mettere in discussione la verità di un fatto precedentemente non contestato, con ciò rendendo necessario l'accertamento dello stesso e la conseguente regressione del giudizio alla fase istruttoria. Si tratta di una soluzione, quindi, da scongiurare ad ogni costo, anche al fine di salvaguardare l'effettivo rispetto del canone costituzionale del giusto processo, nella particolare accezione di ragionevole durata del giudizio ⁽²³⁷⁾.

quello delle parti, che intanto su quei fatti debbono prendere posizione».

⁽²³⁷⁾ Al riguardo, benché con specifico riferimento al processo del lavoro, si è rilevato che «*si potrebbe contestare, per la prima volta, nel corso della fase istruttoria in senso stretto ovvero nel corso della discussione, oppure nelle note difensive autorizzate ai sensi dell'art. 429, 2° co., c.p.c., così rendendo bisognoso di prova un*

Mi sembra oltremodo evidente come tutto ciò contrasta apertamente con un modello processuale caratterizzato dal sistema delle preclusioni nell'allegazione di fatti e nell'indicazione dei mezzi di prova, il quale aspiri ad essere efficiente anche attraverso l'imposizione di un onere di contestazione.

*fatto per il quale, essendo fino a quel momento pacifico, non erano stati ammessi mezzi istruttori: tanto comporterebbe il necessario – ma paradossale e deleterio per l'economia processuale – regresso del giudizio alla fase di ammissione delle prove, determinato ... da una scelta arbitraria di una parte, anche di quella che potrebbe avere interesse a ritardare l'emanazione della sentenza e comunque la formazione del titolo esecutivo, prima, e del giudicato, poi». Così, F. DE VITA, voce «Non contestazione (principio di)» ... cit., p. 848, il quale precisa che le considerazioni svolte per il rito del lavoro sono da ritenersi valide anche per il giudizio ordinario di cognizione. Con particolare riferimento al rito del lavoro, cfr. anche N. SAPONE, *Il principio di non contestazione* ... cit., p. 124, a parere del quale «il processo del lavoro può raggiungere il requisito della celerità solo se cadenzato da preclusioni, che garantiscono la non regressione del procedimento. La celerità – quindi la ragionevole durata del processo – sarebbe irrealizzabile se fosse consentita la regressione del procedimento a fasi già superate». Si veda, infine, M. FORNACIARI, *Il contraddittorio* ... cit., p. 33, secondo cui il fatto che l'onere della specifica contestazione debba incontrare un limite temporale pare ineliminabile e ciò sia perché sarebbe squilibrato un modello processuale nel quale una parte è onerata di allegare subito tutti i fatti sui quali intende fondare la sua azione, mentre l'altra può dilazionare a piacimento la propria presa di posizione in merito ad essi; sia, più in particolare, perché un siffatto assetto si scontra apertamente con la ratio di chiarezza nella strategia processuale che concorre ad improntare la modifica dell'art. 115 cod. proc. civ.; sia, infine, perché esso, rappresentando un innegabile fattore di dilatazione dei tempi processuali, si pone in netta antitesi con l'imperativo del giusto processo e, segnatamente, della ragionevole durata di questo, sancito dall'art. 111 Cost.*

Credo, quindi, di poter considerare assodata la vitale necessità di un termine di preclusione per l'adempimento dell'onere della contestazione. Non foss'altro perché «*le preclusioni sono connaturate allo svolgersi del processo, il quale ad un certo punto deve potere chiudere la fase assertiva e probatoria al fine di decidere la controversia*»⁽²³⁸⁾.

Occorre, tuttavia, segnalare l'opposta opinione di chi sostiene che non vi sarebbe alcuna esigenza di individuare un termine per la contestazione sull'assunto che «*ricostruita la non contestazione come comportamento significativo e rilevante sul piano probatorio ... appare agevole dedurne che l'assolvimento dell'onere di contestazione deve apprezzarsi, da parte del giudice, in concreto, avendo riguardo al complessivo e reciproco comportamento processuale delle parti, escludendo qualunque automatismo e disancorando la contestazione, comunque, da specifici termini di decadenza*»⁽²³⁹⁾.

⁽²³⁸⁾ Cfr. V. ANDRIOLI, voce «*Preclusione (dir proc. civ.)*», in *Novissimo Digesto it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 568.

⁽²³⁹⁾ Così G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma ... cit.*, p. 779, secondo il quale «*appurato ... che la contumacia non equivale a non contestazione dei fatti allegati dall'avversario, deve senz'altro escludersi che la contestazione (id est l'allegazione di segno negativo) sia soggetta ad una vera e propria preclusione; ché, altrimenti, sarebbe assai arduo spiegare e giustificare la deroga in favore della parte non costituita (la quale, per principio, soggiace ovviamente a tutte le preclusioni previste a carico delle parti costituite e, dunque, in caso di tardiva costituzione, deve accettare il processo nello stato cui oramai è pervenuto)*». Si veda anche ID., *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 37; ID., *Onere di contestazione ... cit.*, p. 113. Della stessa opinione B. SASSANI, *L'onere della contestazione ... cit.*, p. 15, secondo cui «*la riscrittura dell'art. 115 c.p.c. riporta fortunatamente il giudizio di non contestazione alla sua natura di risultato dell'indagine sul sistema difensivo nel suo complesso ...*

La posizione assunta da coloro che escludono la necessità di un termine per la contestazione si fonda sulla considerazione che, in caso di contestazione successiva ad un fatto originariamente incontestato, è necessario garantire alla parte che “subisce” la contestazione tardiva la possibilità di avanzare controallegazioni e controdeduzioni probatorie.

Tuttavia, se vuole attribuirsi efficacia deflattiva al principio della contestazione, l'eliminazione della necessità che l'attività contestativa si svolga entro e non oltre un preciso limite temporale comporterebbe che il processo, anziché semplificarsi e snellirsi, finirebbe con il complicarsi ancora di più, e l'inutilità dell'istruttoria sui fatti non contestati derivante dalla regola sancita dall'art. 115 cod. proc. civ. resterebbe lettera morta ⁽²⁴⁰⁾.

Peraltro, non può ignorarsi il rischio che il concreto operare del meccanismo della contestazione slegato da vincoli di natura temporale renda altamente probabile un utilizzo strumentale dell'istituto *de quo*.

Conseguentemente, l'individuazione di un termine è un momento essenziale nell'operazione di delimitazione dell'estensione e dell'oggetto dell'onere della specifica contestazione.

Ora, nel tentativo di sistemare il frammentario e disorganico panorama dei limiti temporali del principio

E' evidente che buona parte della rilevanza della non contestazione si gioca nel primo atto difensivo (o comunque nel primo atto successivo alla deduzione di un fatto), ma parlare di irrevocabilità non ha propriamente senso, il problema essendo sempre quello dell'interpretazione globale, e finale, del comportamento della parte».

⁽²⁴⁰⁾ Di questo avviso, in dottrina, v. N. SAPONE, *Il principio di non contestazione ... cit.*, p. 123 e F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile ... cit.*, par. 3.

oggetto del mio studio, in assenza di dati normativi certi, credo sia opportuno partire dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 761 del 23 gennaio 2002 che, si ricorderà, aveva aperto la strada al riconoscimento generalizzato del principio della contestazione specifica nell'ambito dei processi ordinario e del lavoro ⁽²⁴¹⁾.

In quella occasione, la Suprema Corte aveva affermato la «*tendenziale irreversibilità*» dell'attività contestativa, salvo che per i fatti dedotti in esclusiva funzione probatoria (i c.d. fatti secondari). Dunque, secondo i giudici di legittimità, la contestazione è un'attività stabile, destinata a produrre l'effetto di vincolare l'organo giudicante a ritenere vere le circostanze non investite dalla tempestiva contestazione della parte a ciò onerata ⁽²⁴²⁾.

⁽²⁴¹⁾ Giova riportare nuovamente le statuizioni della Suprema Corte in punto di stabilità della contestazione: essa è, secondo le Sezioni Unite, tendenzialmente irrevocabile, «*in piena coerenza con la struttura del processo che, nel rito del lavoro, è finalizzata a far sì che all'udienza di discussione la causa giunga delineata in modo compiuto, quanto ad oggetto e ad esigenze istruttorie, secondo un modello non estraneo, ormai ... neanche al rito ordinario, improntato, dopo la riforma del 1990, a finalità di chiarezza e semplificazione rese palesi dal concatenamento fra la fase diretta alla chiarificazione della posizione delle parti e la fase della formulazione delle richieste istruttorie*». Così Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761.

⁽²⁴²⁾ Si ricorderà che uno dei principali rilievi critici mossi alla decisione n. 761/2002 è consistito proprio nel fatto che la sentenza *de qua* aveva ritenuto che la mancata contestazione vincolasse il giudice nella valutazione del fatto e, quindi, nella decisione della lite. Infatti, l'assunto delle Sezioni Unite si inseriva in un complessivo inquadramento dell'istituto quale espressione del principio dispositivo sostanziale. Si è visto, invece, che

Detta tendenziale irreversibilità costituisce, come detto, il presupposto per definire il termine ultimo entro il quale è ammissibile la contestazione dei fatti avversari. Sul punto le Sezioni Unite, operando un chiaro *distinguo* tra fatti principali e fatti secondari, avevano stabilito che solo i primi soggiacciono a un limite temporale, individuabile nel momento ultimo in cui è ammessa la modificazione delle domande e delle eccezioni già formulate dalle parti, mentre i fatti secondari possono essere investiti dalla contestazione anche in un momento successivo a tale termine, essendo valutati dal giudice unitamente al complessivo atteggiamento difensivo della parte ⁽²⁴³⁾.

l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale successiva ha preferito optare per una diversa "efficacia" del comportamento contestativo nell'alveo dei poteri di valutazione del giudice, il quale, lungi dall'essere vincolato dal contegno processuale delle parti, deve in ogni caso valutare le risultanze istruttorie (fra cui sono comprese le circostanze di fatto non investite da una specifica contestazione) nel loro complesso e mediante il suo prudente apprezzamento. Per maggiori ragguagli, si veda *supra*, par. 4.

⁽²⁴³⁾ Ancora una volta, considero utile riportare i passaggi della decisione n. 761/2002 concernenti lo specifico tema della irreversibilità dell'attività contestativa: sussiste «*un diverso grado di stabilità a seconda che [la contestazione] investa fatti dell'una o dell'altra categoria [fatti principali o fatti secondari, n.d.r.], perché: A) se concerne fatti costitutivi del diritto, si coordina al potere di allegazione dei medesimi e partecipa della sua natura, sicché simmetricamente soggiace agli stessi limiti apprestati per tale potere; in altre parole, considerato che l'identificazione del tema decisionale dipende in pari misura dall'allegazione e dall'estensione delle relative contestazioni, risulterebbe intrinsecamente contraddittorio ritenere che un sistema di preclusioni in ordine alla modificabilità di un tema siffatto operi poi diversamente rispetto all'uno o all'altro dei fattori della detta identificazione; e, pertanto: Aa) il limite della contestabilità dei fatti costitutivi originariamente incontestati si identifica, nel rito*

Secondo le Sezioni Unite, dunque, esiste una preclusione per lo svolgimento delle contestazioni che, tuttavia, non si ricava dalle norme codicistiche, bensì sarebbe «*argomentabile dal sistema*».

In altri termini, secondo i giudici di legittimità, «*il potere di contestare i fatti allegati dall'avversario non è cronologicamente illimitato, ma è destinato a consumarsi irreversibilmente, se non esercitato entro un determinato lasso di tempo*». Invero, «*perché la contestazione possa produrre i suoi effetti tipici, è necessario che operi all'interno di un processo che si ispiri, in misura più o meno variabile, al principio di preclusione*»⁽²⁴⁴⁾.

E i modelli processuali del rito ordinario e del rito del lavoro sono caratterizzati proprio da una struttura di preclusioni definite⁽²⁴⁵⁾.

del lavoro, con quello previsto dall'art. 420, primo comma, cod. proc. civ. per la modificazione di "domande eccezioni e conclusioni già formulate" ... B) se investe circostanze di rilievo istruttorio, trova, invece, più ampia applicazione il principio della provvisorietà, ossia della revocabilità della non contestazione, versandosi, come si è detto, in un ambito nel quale il controllo probatorio è, in ogni caso, necessario e l'atteggiamento difensivo del convenuto ed i suoi eventuali mutamenti rilevano solo come "argomenti", da valutarsi, nel concorso delle ulteriori risultanze istruttorie, ai fini della formazione del convincimento del giudice».

⁽²⁴⁴⁾ Così C. M. CEA, Art. 115 c.p.c. ... cit., p. 803.

⁽²⁴⁵⁾ Si veda F. DE VITA, voce «*Non contestazione (principio di)*» ... cit., p. 848: «*l'onere di contestare può anche non essere previsto, ma se lo è e si inquadra in un sistema nel quale per l'allegazione e la prova sono previsti termini preclusivi, anch'esso deve necessariamente soggiacere a decadenza, il cui termine, se non espressamente individuato dal legislatore, va graduato rispetto a quelli per le attività assertive ed asseverative*». Cfr. anche ID., *Onere di contestazione e modelli processuali* ... cit., p. 203.

Ciò conferma ulteriormente e ancora una volta l'assoluta necessità di vincolare temporalmente le parti alla scelta di contestare o meno quanto dedotto dagli avversari.

Ma, al fine di individuare correttamente la barriera preclusiva per la contestazione, occorre in primo luogo sgombrare il campo dalla qualificazione del comportamento contestativo come mera difesa ovvero come eccezione, essendo chiaro che l'attribuzione dell'una o dell'altra natura alla contestazione comporta conseguenze differenti in ordine al problema del regime delle preclusioni.

Benché, come visto, le opinioni degli studiosi non sono univoche sull'argomento ⁽²⁴⁶⁾, dovrebbe attribuirsi maggiore credito alla posizione di coloro che sostengono che la contestazione sia un istituto dotato di caratteri ed effetti distinti rispetto a quello dell'eccezione e, pertanto, che alle due attività non possa attribuirsi uguale natura. Ciononostante, la contestazione dovrebbe "partecipare" del regime delle preclusioni che assistono le eccezioni, proprio al fine di scongiurare i rischi segnalati, conseguenti all'assenza di un qualsivoglia termine per l'adempimento dell'onere contestativo ⁽²⁴⁷⁾.

In giurisprudenza si vedano, Cass. 5 marzo 2009, n. 5356, in *Giust. civ.*, 2009, p. 1252; Cass. 5 agosto 2010, n. 18207, cit.; Cass. 18 maggio 2011, n. 10860, in *Dejure*, ove si legge che il «*potere di contestazione, concorrendo con quello di allegazione nell'individuazione del thema decidendum e probandum, soggiace agli stessi limiti preclusivi di quest'ultimo, costituiti dall'udienza di trattazione, di cui agli artt. 183 e 420, per il processo del lavoro*».

⁽²⁴⁶⁾ Si veda quanto detto *supra*, par. 3.

⁽²⁴⁷⁾ Così F. ROTA, *I fatti non contestati ... cit.*, p. 201, il quale sostiene che «*è bene attenersi all'accezione più ristretta di contestazione come negazione del fatto allegato ex adverso*», benché egli stesso prospetti «*un'impostazione alternativa*»,

Quanto fin qui esposto mi permette di affermare con discreta serenità che la possibilità di contestare i fatti avversari «*in ogni caso ... si chiude con il passaggio alla fase istruttoria in senso stretto o alla discussione*»⁽²⁴⁸⁾.

consistente nel «*distinguere caso per caso se la contestazione si realizzi attraverso la proposizione di mere difese oppure attraverso la proposizione di eccezioni in senso stretto*». Analogamente, I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari ... cit.*, p. 240, a parere della quale «*se anche è vero che la contestazione, in quanto negazione del fatto, equivale alla mera difesa e non all'eccezione ..., e perciò soggiace alla stessa assenza di limiti temporali che connota la prima, ciò non implica che la trasformazione della non contestazione in contestazione sia possibile in qualunque stato e grado del processo, e senza conseguenze*». Secondo tale dottrina, infatti, «*la mera difesa, come tecnica difensiva che dà corpo alla contestazione, deve necessariamente fare i conti, se non con previsioni espresse di decadenza (che tanto nel processo ordinario quanto in quello del lavoro colpiscono soltanto l'eccezione in senso stretto), quantomeno con le preclusioni istruttorie, visto che l'effetto della contestazione si gioca tutto sul piano probatorio*». Per tali ragioni, «*se per rafforzare la contestazione si vogliono allegare circostanze di fatto opposte a quelle che si contestano, una limitazione indiretta al pieno dispiegarsi della negazione del fatto altrui non potrà non discendere dai limiti all'allegazione (e alla prova) che il sistema del processo, seppure implicitamente, riconosce*». In altri termini, se si vuole accompagnare la contestazione con l'allegazione di circostanze che rendano più credibile la negazione del fatto altrui, occorrerà fare i conti con lo stato del giudizio e con la possibilità che in un momento avanzato del processo si modifichi il contesto fattuale su cui il giudice deve basare la propria decisione.

⁽²⁴⁸⁾ Cfr. F. DE VITA, voce «*Non contestazione (principio di)*» ... cit., p. 849 il quale precisa, tuttavia, che in tutte le ipotesi in cui la vicenda impeditiva, modificativa o estintiva può essere allegata anche nel prosieguo del giudizio, il termine per la sua contestazione va individuato nella prima istanza o difesa successiva alla effettiva deduzione del fatto.

Ciò posto, non vi è tuttavia per nulla concordia fra gli interpreti circa l'esatto momento in cui la preclusione dovrebbe scattare ⁽²⁴⁹⁾.

Quanto a un primo filone interpretativo, si ritiene necessario operare un coordinamento fra il nuovo art. 115 cod. proc. civ. e gli artt. 167 e 183, quinto comma, cod. proc. civ. i quali, come ben noto, sanciscono l'onere di prendere posizione sui fatti introdotti rispettivamente dall'attore e dal convenuto già nelle fasi introduttive del giudizio. Per l'effetto, *«il convenuto ha l'onere di contestare i fatti affermati dall'attore in citazione con la comparsa di costituzione e risposta, mentre l'attore ha l'onere di contestare i fatti contenuti nella comparsa del convenuto o all'udienza di trattazione, ovvero con la prima memoria ex art. 183, sesto comma c.p.c.»* ⁽²⁵⁰⁾.

⁽²⁴⁹⁾ La difficoltà di individuare un preciso termine per la contestazione risiede, secondo A. PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, pt. I, p. 3145, nella *«parziale sincronicità tra poteri di determinazione del thema decidendum e probandum e poteri istruttori prevista dal 6° comma dell'art. 183»*, nonché nella *«soppressione della obbligatorietà dell'interrogatorio libero delle parti, cioè dello strumento principale tramite il quale verificare l'effettività delle non contestazioni (e provocare la loro trasformazione in ammissioni)»*.

⁽²⁵⁰⁾ Così F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile ... cit.*, par. 3. Analogamente F. DE VITA, voce *«Non contestazione (principio di)» ... cit.*, p. 850, il quale specifica che l'attore, nel corso dell'udienza di trattazione ed entro la stessa a pena di decadenza, può proporre le domande riconvenzionali e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto. In quella stessa sede il convenuto, se è in grado di farlo, può contestare queste circostanze, *«ma anche se non può, o non vuole, non è necessaria, nonostante la proposizione di una domanda o di*

Una seconda opzione interpretativa si attesta, invece, nel senso che la contestazione sarà possibile fino a quando

un'eccezione nuova, la fissazione di una nuova udienza di trattazione per permettere al convenuto di difendersi in relazione ad essa, perché queste rientrano tra le domande ed eccezioni nuove, alle quali si può replicare entro il termine, da concedere su istanza di parte, di cui al n. 1 dell'art. 183, 6° co.». Nello stesso senso anche A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione ... cit.*, p. 264, a parere del quale una diversa opinione «*significherebbe costringere l'altra parte ad un ossequio innaturale al principio di eventualità ..., svilendo la condivisibile connotazione di serio monito nonché la valenza in termini di economia processuale insite nel nuovo art. 115»* cod. proc. civ. Dello stesso avviso, infine, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile ... cit.*, vol. I, p. 217; G. TARZIA, *Lineamenti ... cit.*, p. 203; M. FABIANI, *Il nuovo volto ... cit.*, p. 1172.

Contra, in particolare, A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 91, per il quale «*quanto all'attore, la prima memoria ex art. 183, c. 6, pare inadatta a ospitare la specifica contestazione dei fatti allegati dal convenuto nella comparsa di risposta, ché essa dovrebbe servire soltanto a mettere a punto l'oggetto sostanziale del processo, attività questa che nulla ha da spartire con la finalità lato sensu probatoria dell'onere di specifica contestazione. Ancor meno potrebbe astringersi l'attore a contestare specificamente le deduzioni in fatto del convenuto già nella prima udienza, dacché il verbale è certamente inidoneo a recepire articolate controdeduzioni».*

Quanto alla giurisprudenza, si veda App. Milano, 12 ottobre 2009, cit., secondo cui «*l'assenza di contestazione da parte del convenuto – in comparsa di risposta o comunque entro lo stesso termine previsto dal codice di rito per la modificazione di domande e conclusioni già formulate – dei fatti posti dall'attore a fondamento della sua pretesa rappresenta un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio e produce effetti vincolanti per il giudice, che deve pertanto astenersi da qualsivoglia controllo probatorio dei fatti non contestati».*

non sia avvenuta la definitiva fissazione del *thema probandum* e, dunque, nel rito del lavoro, fino alla memoria di costituzione per il convenuto, salvo quanto dispone l'art. 420, e fino all'udienza, per l'attore; nel rito ordinario, fino al momento in cui per la controparte sarà possibile articolare le proprie richieste istruttorie, *ex art. 183, comma 6, n. 2*, e perciò fino alla prima memoria di appendice scritta ⁽²⁵¹⁾.

⁽²⁵¹⁾ Si veda, sul punto, I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari ... cit.*, p. 240.

Quanto alla giurisprudenza, si veda Cass. 29 novembre 2011, n. 26859, *cit.*, ove è stato stabilito che *«depositate le memorie assertive e quelle istruttorie, si definiscono irretrattabilmente i rispettivi ambiti del thema decidendum e del thema probandum. E' in tale momento che, stabilizzatisi i limiti della contestazione, si determina la preclusione corrispondente, che non consente alla parte contro cui si è formata di proporre una narrazione dei fatti alternativa e incompatibile rispetto a quella su cui aveva impostato la propria difesa. Diversamente, si provocherebbe un'inammissibile regressione dello stato del processo, del tutto inconciliabile con il sistema attuale che, prevedendo una perfetta sequenzialità fra oneri assertivi, di contestazione e probatori, non consente di riaprire la trattazione dopo l'istruzione della causa»*. Nella giurisprudenza di merito, si vedano Trib. Varese, 14 ottobre 2011, in *Giur. merito*, 2012, p. 94 e App. Napoli, ord. 30 gennaio 2013, *cit.*, la quale individua il termine per una valida contestazione entro e non oltre il deposito della seconda memoria *ex art. 183, 6° comma, cod. proc. civ.* in considerazione del fatto che, a fronte di una contestazione avvenuta oltre il suddetto termine, l'altra parte si troverebbe costretta a dover offrire la prova dei fatti contestati, prova fino ad allora non richiesta in virtù dell'applicazione della regola di cui all'art. 115 cod. proc. civ. Una soluzione diversa comporterebbe, secondo la decisione in questione, un inammissibile *«stravolgimento delle ordinarie scansioni processuali ... a discapito dell'obiettivo prioritario di assicurare una durata ragionevole ai processi»*.

A parere di altra dottrina deve essere perseguita, piuttosto, una terza e più corretta soluzione ermeneutica del problema. Difatti, si sostiene espressamente che «*se si riflette sull'efficacia lato sensu probatoria della non contestazione e sulla sua appartenenza al novero dei mezzi mediante i quali il giudice forma il proprio convincimento, senza necessità di far luogo a istruttoria sui fatti non specificamente contestati, il momento in cui meglio potrà e dovrà esplicitarsi la specifica e reciproca contestazione delle parti sui fatti adottati dall'avversario cadrà in coincidenza con le terze memorie di cui all'art. 183, c. 6*»⁽²⁵²⁾. Difatti, nella terza memoria ex art. 183, 6° comma, cod. proc. civ. ciascuna parte dovrà non solo argomentare l'irrilevanza o l'inammissibilità delle istanze istruttorie dedotte dall'avversario, ma dovrà anche esprimersi sulla verità o falsità delle allegazioni della controparte, con specifica contestazione dei fatti narrati.

Infine, un'ultima e ancora diversa ipotesi di soluzione al quesito cui si cerca di dare risposta è stata

⁽²⁵²⁾ Così A. TEDOLDI, *La non contestazione ... cit.*, p. 90. Dello stesso avviso C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 272, il quale sottolinea che, trascorso inutilmente il termine di cui all'art. 420 cod. proc. civ. per il rito del lavoro e quello di cui all'art. 183, 6° comma, n. 3, cod. proc. civ. per il rito ordinario, la mancata contestazione produce irreversibilmente il suo effetto tipico e cioè l'esonazione del fatto dalla verifica probatoria. Si veda anche, ID., *Art. 115 c.p.c. ... cit.*, p. 803, nt. 47, ove viene specificato che «*il potere di contestazione di un fatto può esercitarsi anche con la formulazione di istanze probatorie*». Analogamente S. GIANI, *La non contestazione nel processo civile ... cit.*, p. 9, a parere della quale «*tale soluzione ... presenta il vantaggio di richiedere una specifica risposta confutatoria sui nudi fatti articolati dalle altre parti in funzione probatoria, e non frammisti a valutazioni, entro un termine comune a tutte le parti, senza disparità di trattamento*».

avanzata dalla giurisprudenza, secondo la quale «ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte da relativo onere probatorio»⁽²⁵³⁾.

⁽²⁵³⁾ In termini, Cass. 27 febbraio 2008, n. 5191, cit. Analogamente, Cass. 13 maggio 2005, n. 12636, cit.; Cass. 21 maggio 2008, n. 13079, cit.

Quanto alla giurisprudenza di merito si vedano, in particolare, Trib. Rovereto, 3 dicembre 2009, cit.; Trib. Roma, 27 gennaio 2011, in *www.ilcaso.it* e Trib. Varese, ord. 14 ottobre 2011, *ivi*. Quest'ultima, ad esempio, ha ritenuto tardiva la contestazione delle allegazioni avversarie introdotte nella memoria *ex art.* 183, 6° comma, n. 2, cod. proc. civ., svolta nell'udienza di discussione dei mezzi istruttori piuttosto che nella terza memoria di cui al medesimo art. 183, quale prima difesa utile. Da ultimo, v. Trib. Trento, 9 febbraio 2012, in *www.ilprocessocivile.com*, Trib. Arezzo, 2 luglio 2012, in *Dejure* e App. Milano, 29 giugno 2011, in *Resp. civ.*, 2012, p. 271.

Quanto alla dottrina che adotta tale soluzione, si precisa che la tesi in discorso è preferita al precipuo fine di privilegiare la celerità e la concentrazione del processo. Si veda, al riguardo, C. CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato ... cit.*, p. 59. Va precisato altresì che alcuni processualisti hanno esteso la tesi in esame anche la caso della proposizione di eccezioni rilevabili d'ufficio successivamente alla scadenza dei termini di cui all'art. 183, 6° comma, cod. proc. civ. Così, F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali ... cit.*, p. 234; C. CONSOLO, *La trattazione della causa: gli artt. 167, 180, 183 e 184 – e altre disposizioni sul processo di cognizione – così come novellati dalle leggi n. 80 e n. 263 del 2005*, in *Il processo civile di riforma in riforma*, di C. CONSOLO, F. P. LUISO, S. MENCHINI, L. SALVANESCHI, Milano, 2006, p. 50; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile ... cit.*, vol. I, p. 217.

Come si vede, lo stato dell'arte è tale e tanto magmatico e incerto che non risulta possibile attualmente determinare con un pur minimo grado di sicurezza quale sia, in concreto, il termine entro il quale la parte è tenuta ad assolvere utilmente l'onere di contestazione su di essa gravante. Nella pratica, allora, in presenza di simili considerevoli dubbi interpretativi, le parti tenderanno ad essere quanto più caute possibile; esse si adatteranno presumibilmente a quella tra le soluzioni proposte che si presenta maggiormente restrittiva, dunque tenderanno a contestare gli assunti avversari alla «*prima occasione utile*», e ciò al fine di allontanare il pericolo che la propria presa di posizione sui fatti avversari, se non effettuata “subito”, possa essere tacciata di tardività e, perciò, di inefficacia.

In ogni caso, indipendentemente da quale comportamento concretamente “convenga” adottare nella prassi giudiziaria, ritengo che fra le numerose opzioni interpretative proposte, la tesi che individua il termine per la contestazione nella «*prima difesa utile*» (comprensiva, questa, eventualmente – a seconda del caso concreto – anche della prima memoria *ex art. 183, 6° comma, cod. proc. civ.*) sembrerebbe quella che meglio si adatta alle peculiarità della controversia di volta in volta considerata. In tal modo, invero, l'attività contestativa delle parti risulterebbe sì svincolata da un termine specifico e fisso, ma una contestazione effettuata “appena possibile” consentirebbe di salvaguardare l'*affidamento* che, in ogni caso, verrebbe ingenerato nelle altre parti da un comportamento processuale inizialmente non contestativo. Infatti, volendo immaginare un esempio pratico a chiarificazione del mio pensiero, laddove il convenuto non contestasse alcuni fatti nella comparsa di risposta, l'attore sarebbe legittimato a ritenere che su quelle circostanze non

vi sia controversia, con la conseguenza che su quegli stessi assunti non domanderebbe l'ammissione di mezzi istruttori per ottenerne una verifica di veridicità. Lasciare, invece, che l'attore "resti nel dubbio" e, per l'effetto, consentire a costui di articolare le proprie difese, in punto di istanze istruttorie, sino addirittura al termine ultimo per lo scambio delle memorie di cui all'art. 183, 6° comma, cod. proc. civ., rischierebbe di dilatare, non certo i tempi, ma indubbiamente l'entità dell'appendice scritta della prima udienza di trattazione e la mole di istanze sottoposte al vaglio dell'organo giudicante, mentre tale attività potrebbe essere ben ridotta se fosse già in precedenza definito il novero dei fatti che occorre verificare nella fase probatoria. In realtà, nell'ipotesi da ultimo considerata, una dilatazione dei tempi processuali potrebbe, in astratto, esservi. Basti pensare, infatti, alla necessità per l'attore – il quale fino al momento in cui è sorta la contestazione avversaria aveva confidato nell'altrui mancata contestazione – di essere posto in grado di reagire con pienezza di poteri al mutato atteggiamento processuale della controparte.

Questa riflessione consente di agganciare idealmente il discorso sul termine di preclusione a un importante, ulteriore, profilo della questione. Mi riferisco, in particolare, al rilievo che l'individuazione per via interpretativa di un termine preclusivo per l'assolvimento dell'onere di contestazione non è – e non deve essere – sancito in maniera perentoria e inflessibile.

Infatti, pressoché tutti i commentatori della nuova norma di cui all'art. 115 cod. proc. civ., indipendentemente dalle rispettive e differenti opinioni circa lo specifico termine ritenuto idoneo a cristallizzare l'estensione dei fatti da sottoporre a controllo istruttorio, sono favorevoli all'utilizzo dell'istituto della rimessione in

termini, di cui all'art. 153 cod. proc. civ., qualora fosse necessario "porre rimedio" tardivamente a un comportamento inizialmente non contestativo.

In particolare, essi ritengono che successivamente alla scadenza del termine di preclusione per la contestazione di un fatto allegato dall'avversario, *«visto il prezzo che il processo dovrebbe pagare ad una contestazione tardiva della parte (la riapertura del potere istruttorio altrui, resa inevitabile dal corretto dispiegarsi del principio del contraddittorio), è corretto ritenere, in ossequio alla norma sulla ragionevole durata del processo, che la trasformazione dell'iniziale non contestazione in contestazione sia possibile solo quando la parte scopra, senza propria colpa, che il fatto che credeva si atteggiasse in una certa maniera doveva essere inteso, in realtà, in modo diverso. Saranno ipotesi analoghe a quelle della rimessione in termini, anche perché, in questi casi, si avrà la necessità di una riammissione alla prova della controparte, irrimediabilmente decaduta dal potere di avanzare le proprie richieste istruttorie»* ⁽²⁵⁴⁾.

⁽²⁵⁴⁾ Così I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari ...* cit., p. 240. Si veda, inoltre, M. FORNACIARI, *Il contraddittorio ...* cit., p. 34, a parere del quale a fronte di una contestazione successiva alla controparte deve in ogni caso essere consentita piena possibilità di replica, vuoi sul piano istruttorio, vuoi su quello della trattazione. Favorevoli all'applicazione dell'art. 153 cod. proc. civ. nelle ipotesi di tardiva, incolpevole, contestazione sono anche C. M. CEA, *Art. 115 ...* cit., p. 803; ID., *La modifica dell'art. 115 ...* cit., p. 272; A. TEDOLDI, *La non contestazione ...* cit., p. 92, secondo il quale *«la riconduzione della non contestazione all'alveo dei fenomeni lato sensu probatorii non significa che essa sia in qualunque tempo reversibile ad nutum. La parte che non ha contestato un fatto almeno nell'ultima memoria ex art. 183, comma 6°, dovrà giustificare il successivo revirement, fornendone persuasiva spiegazione ... Soltanto una causa non imputabile, nel*

Non credo possa dubitarsi intorno all'esattezza di simile impostazione, atteso che occorre pur sempre rimediare a condotte *involontariamente* tenute dalle parti e potenzialmente idonee a ledere l'effettivo e pieno esplicarsi del proprio diritto di difesa.

Sul punto, è necessario, però, puntualizzare che la possibilità di "annullare" l'effetto che la contestazione oramai non effettuata ha esercitato sulla mappa fattuale del giudizio non può essere riconosciuta senza limiti né riserve, atteso che è sempre indispensabile, a tal uopo, che la parte si sia trovata nella impossibilità di contestare

*senso voluto dall'art. 153, consentirà a chi non abbia contestato nei termini di far marcia indietro, con l'onere altresì di provare che il fatto anteriormente dato per pacifico, in realtà, non esiste ... Per esigenze di pari trattamento, di fronte a codesti eccezionali casi di ammissibilità di una contestazione tardiva, i termini per deduzioni istruttorie dovranno riaprirsi anche per la parte cui la mancata o generica contestazione abbia anteriormente giovato». Analogamente S. GIANI, *La non contestazione nel processo civile ... cit.*, p. 10; F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile ... cit.*, par. 4, il quale afferma che il meccanismo "correttivo" di cui all'art. 153 cod. proc. civ. può essere azionato allorché, come richiesto proprio da tale ultima disposizione, la parte dimostri di non aver potuto contestare tempestivamente i fatti allegati dalla controparte per causa ad essa non imputabile. Secondo tale dottrina, quest'ultima ricorre qualora, ad esempio, «*il convenuto ometta di contestare le allegazioni fattuali dell'attore, a causa di un'errata (o meglio falsata) rappresentazione e cognizione degli accadimenti provocata dal fatto illecito posto in essere da un terzo o dallo stesso attore, e successivamente scoperto dal convenuto*». *Contra*, M. FABIANI, *Il nuovo volto ... cit.*, p. 1172.*

Per la giurisprudenza di merito si veda Trib. Varese, 14 ottobre 2011, cit., ove si chiarisce che la contestazione tardiva è ammessa, esaurita la fase di ammissione delle prove, solo in presenza dei presupposti per la rimessione in termini.

precedentemente una circostanza di fatto e che ciò abbia sì determinato per quel soggetto la decadenza dall'attività contestativa, ma senza sua colpa ⁽²⁵⁵⁾).

⁽²⁵⁵⁾ Basterà, allora, “semplicemente” applicare l’istituto della restituzione in termini, di cui al (nuovo) art. 153, 2° comma, cod. proc. civ. (*«la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini»*), cui sono evidentemente sottese esigenze di giustizia che permettono di ovviare alle eventuali decadenze nelle quali le parti sono incorse per ragioni estranee alla loro sfera di controllo.

CAPITOLO TERZO

LA CONTESTAZIONE NEI GIUDIZI DI IMPUGNAZIONE, NEL PROCESSO ESECUTIVO E NELLE ALTRE FATTISPECIE NORMATIVE CHE NE APPLICANO IL MECCANISMO

SOMMARIO: 1. Il tempo del principio di specifica contestazione nel giudizio di appello - 2. Il controllo della decisione che poggia sull'erronea applicazione del principio di specifica contestazione - 3. La contestazione specifica nella nuova espropriazione presso terzi - 4. Le ulteriori ipotesi normative ove si utilizza la tecnica della mancata contestazione

1. Il tempo del principio di specifica contestazione nel giudizio di appello

L'operatività del principio di specifica contestazione nei giudizi di impugnazione non può essere messa in discussione. Si è visto ⁽²⁵⁶⁾, infatti, che esso è stato recentemente elevato a rango di principio generale del processo civile, non solo perché collocato nel Libro I del Codice di rito – dedicato alle Disposizioni generali

⁽²⁵⁶⁾ Si rinvia al precedente capitolo, spec. par. 4 .

applicabili ad ogni grado di giudizio civile – ma anche per la fondamentale circostanza che la funzione ad esso generalmente riconosciuta, cioè l'accelerazione delle tempistiche processuali, è ontologicamente riferibile (e riferita) al processo civile nella sua interezza e non certo a una sola porzione dello stesso ⁽²⁵⁷⁾.

Il tema della contestazione nei giudizi di appello deve essere esaminato sotto un duplice profilo.

Da un lato, occorre domandarsi se l'assenza di una disciplina positiva circa il termine per la contestazione delle asserzioni avversarie consente di procedere alla negazione dei fatti allegati dalla controparte anche nei gradi di giudizio successivi a quello nel quale l'allegazione è stata compiuta. Ci si chiede, cioè, se sia possibile contestare (per la prima volta) in appello i fatti allegati in primo grado, oltre ai fatti eventualmente introdotti nel giudizio di seconde cure.

⁽²⁵⁷⁾ «Il principio di non contestazione è applicabile anche in sede di appello, sia perché ne è stata rilevata dalla giurisprudenza una valenza generale nel processo, sia, più specificamente, perché ragioni analoghe a quelle alla base dell'onere di contestazione operante nella fase introduttiva del giudizio di primo grado sono rilevanti anche nella fase introduttiva del giudizio di appello. In quest'ultimo, ferma la non modificabilità della domanda, continuano ad operare i principi sulla valorizzazione della leale cooperazione delle parti, e il giudice può essere chiamato a valutazioni anche discrezionali circa l'ammissione di nuove prove (tanto più nel rito del lavoro, in cui le prove sono ammissibili anche d'ufficio), sicché la previa trasparente presa di posizione delle parti sui fatti dedotti è - come appena accennato - funzionale all'operatività del principio di economia processuale e può rilevare anche ai fini delle valutazioni che il giudice deve adottare». Queste le chiarissime parole di Cass. 8 aprile 2010, n. 8335, in *Dejure*.

Dall'altro lato, dovrà essere indagato se vi sia possibilità, per la parte che ne abbia interesse, di richiedere un controllo della decisione resa dal giudice di prime cure nelle ipotesi in cui essa si dolga dell'erronea valutazione dei fatti, posti a fondamento della decisione, investiti dal meccanismo della specifica contestazione. La risposta affermativa a tale quesito sembrerebbe ovvia – e dovrebbe in effetti esserlo; tuttavia, a seguito delle recentissime riforme dei giudizi di impugnazione, l'estensione dei poteri delle parti processuali di censurare le decisioni che esse ritengono ingiuste si assottiglia sempre più, atteso che il legislatore è ormai intento ad operare una progressiva, considerevole, restrizione del contenuto della motivazione delle sentenze di merito ⁽²⁵⁸⁾.

Con riferimento al primo profilo evidenziato, è opportuno ricordare che sino alla pronuncia n. 761/2002 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la contestazione in appello era considerata ammissibile con riferimento a qualunque circostanza di fatto, ivi comprese quelle allegate in primo grado e non avversate immediatamente ⁽²⁵⁹⁾.

⁽²⁵⁸⁾ Come si vedrà, la motivazione delle decisioni giudiziali rappresenta il momento centrale del giudizio, atteso che solo dall'esternazione del ragionamento logico e giuridico che ha compiuto l'organo giudicante è possibile ricostruirne il percorso ed eventualmente sottoporlo al controllo del giudice superiore. Mancando invece tale imprescindibile elemento, non vi saranno "basi" sulle quali ricostruire l'*iter* decisionale del giudice, con la conseguenza di privare le parti della fondamentale possibilità di impugnare la decisione emessa nei loro confronti, senza considerare che ciò costituisce (ed è oggetto di) una fondamentale garanzia di rango costituzionale (art. 111, 6° comma, Cost.).

⁽²⁵⁹⁾ Così, ad esempio, G. VERDE, *L'onere della prova e il processo del lavoro*, Relazione all'incontro di studio tenutosi a Roma presso il CSM in data 25 giugno 2007, p. 12, il quale afferma, appunto, di

La citata decisione della Suprema Corte, invece, sul presupposto che la contestazione dei fatti fosse qualificabile non già come mera difesa – dunque, non soggetta a preclusioni – ma come un’eccezione in senso stretto, ha agganciato l’operatività del principio alla scansione dei tempi del processo nel quale la contestazione si inserisce e trova applicazione. Benché i giudici di legittimità non affrontino in modo esplicito la questione in discorso, dall’impianto motivazionale predisposto può desumersi che, a loro parere, la contestazione sia dotata di quella irreversibilità che impedisce il suo esercizio nel giudizio di appello, ove riguardi fatti allegati in primo grado e non contestati tempestivamente.

Tale enunciazione non mi sembra criticabile, giacché anche dal punto di vista razionale, se vuole attribuirsi efficacia deflattiva al meccanismo della mancata contestazione non può ammettersi un discrezionale e incontrollabile *dietrofront* delle parti che, addirittura dopo l’emanazione della decisione di primo grado, ritornino a rendere controversi fatti inizialmente allontanati dalla propria attenzione e qualificati, pertanto, come pacifici.

Dal 2009, però, tornando in primo piano il tema della contestazione specifica e del limite temporale per il suo legittimo esercizio, i processualisti interessatisi, in particolare, all’operatività del principio *de quo* nel giudizio di secondo grado hanno assunto posizioni antitetiche.

Su di un fronte si sono attestati coloro i quali, sulla scorta dell’inesistenza di una preclusione legislativa per le

non vedere «*quale sia la norma che impedisca di esercitare in appello lo ius poenitendi, in ordine ai fatti non contestati in primo grado*». A parere di tale dottrina in simili evenienze «*il problema sarà di valutazione del comportamento ondivago della parte, se del caso sarà un problema di prova; non di ammissibilità*».

contestazioni, hanno esteso l'operatività del principio di cui all'art. 115 cod. proc. civ. al grado d'appello, ritenendolo altresì applicabile a tutti i fatti, inclusi quelli originariamente non contestati, con la conseguente possibilità di offrire prove nuove ogni volta che diventi attuale l'onere probatorio, in relazione cioè alla sopravvenuta contestazione di fatti in precedenza considerati pacifici ⁽²⁶⁰⁾.

⁽²⁶⁰⁾ Così G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Il giusto proc. civ.*, 2009, fasc. 3, p. 749 ss., spec. par. 12; ID., *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in *La riforma della giustizia civile – Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, di GIAMPIERO BALENA, REMO CAPONI, AUGUSTO CHIZZINI, SERGIO MENCHINI, Torino, 2009, p. 37; ID., *Onere di contestazione delle avverse allegazioni*, in *Guida al diritto*, n. 27/2009, p. 113; R. ORIANI, *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello di eccezioni in senso lato?*, in *Foro it.*, 2003, pt. I, p. 1518; M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1348; G. TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2007, p. 341. Nello stesso senso F. ROTA, *I fatti non contestati e il nuovo art. 115*, in *Il processo civile riformato*, diretto da M. TARUFFO, Bologna, 2010, p. 214, a parere del quale la contestazione svolta per la prima volta in appello, sebbene non vietata, potrebbe avere un'incidenza sulla pronuncia in punto di spese di lite e sulla valutazione del comportamento della parte ai sensi dell'art 116, 2° comma, cod. proc. civ.

Peculiare la posizione di Proto Pisani, che in un primo momento inammissibili contestazioni intervenute per la prima volta nel giudizio di secondo grado: cfr. A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile – Commento a Cass. Sez. Un. 23 gennaio 2002 n. 761*, in *Foro it.*, 2003, pt. I, p. 606. Successivamente, però, egli afferma che «ove l'appello sia considerato come uno degli strumenti principali per assicurare il valore della giusta decisione della controversia, si

Ad opposta conclusione sono giunti, invece, quegli studiosi che, valorizzando il sistema di preclusioni che caratterizza e organizza il processo civile vigente, hanno ritenuto inammissibile nel giudizio d'appello qualsivoglia contestazione di fatti allegati in primo grado e non confutati tempestivamente ⁽²⁶¹⁾.

dovrebbe concludere per l'ammissibilità di contestazioni per la prima volta in appello (anche in considerazione della circostanza che la provvisoria esecutività ex lege della sentenza di primo grado è strumento idoneo a combattere o escludere del tutto il carattere meramente dilatorio di tali contestazioni in appello)». Cfr. A. PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena – Commento a Cass. 20 marzo 2006 n. 6092; Cass. 6 febbraio 2006 n. 2468; Cass. 30 gennaio 2006 n. 2035, in Foro it., 2006, pt. I, p. 3145.*

In giurisprudenza si vedano Cass. 7 giugno 1996, n. 5317, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, n. 834; Cass. 19 agosto 1996, n. 7630, in *Il lavoro nella giur.*, 1997, p. 257; Cass. 14 aprile 1997, n. 3199, in *Dejure*; Cass. 25 febbraio 1999, n. 1655, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, n. 406; Cass. 12 agosto 2000, n. 10758, in *Dejure*; Cass. 8 aprile 2002, n. 5007, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, n. 603; Cass. 18 giugno 2002, n. 8855, *ivi*, n. 1042; Cass. 24 febbraio 2003, n. 2802, in *Dejure*; Cass. 5 giugno 2003, n. 9005, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, n. 6; Cass. 21 agosto 2003, n. 12317, in *Dejure*; Cass. 1° dicembre 2009, n. 25281, *ivi*.

⁽²⁶¹⁾ Si veda, ad esempio, C. M. CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2002, p. 2026; ID., *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, pt. V, p. 272; ID., *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, p. 804, il quale condivisibilmente osserva che «*intervenuta la sentenza, non ha più senso parlare di contestazione tardiva dei fatti, in quanto, dopo la sentenza, si è in presenza di fatti accertati per veri o per inesistenti; sicché, la parte che si duole perché il giudice ha messo a fondamento della decisione che l'ha vista soccombente un fatto non contestato, si trova di fronte ad*

un'alternativa secca: o impugna la sentenza deducendo il vizio processuale consistente nell'erronea valutazione di non contestazione del fatto; ovvero afferma che quel fatto è inesistente: in tal caso, però, è gravata dall'onere di dimostrare tale assunto», chiaramente nei limiti di ammissibilità delle richieste istruttorie formulate in appello (cfr. art. 345, 3° comma, cod. proc. civ. per il rito ordinario e art. 437, 2° comma, cod. proc. civ. per il rito del lavoro). Si veda anche A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 92, secondo cui «*in appello nuove prove non potranno di regola entrare (v. l'art. 345) né prove contrarie a fatti in precedenza non contestati potrebbero di per sé venire addotte ex novo, se non spiegando le ragioni della pregressa non contestazione e mostrando altresì l'indispensabilità del nuovo mezzo richiesto ovvero che la parte ne era decaduta per causa non imputabile*». Analogamente, M. MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 331; L. DE ANGELIS, *La prova nel processo del lavoro e la Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, p. 325; G. VIDIRI, *La contumacia ed il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2005, p. 500; S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.*, 2009, pt. II, p. 285; ID., *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, pt. II, p. 131; M. FABIANI, *Il valore probatorio ... cit.*, p. 1172; I. PAGNI, *La "riforma" del processo civile: la dialettica fra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 1314; ID., *L'onere di contestazione dei fatti avversari dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, p. 240. In quest'ultimo scritto si sostiene che l'apertura ai *nova* in sede di gravame è finalizzata a rimediare agli eventuali errori del giudice di prime cure più che alla carenza difensiva delle parti. Ciò, peraltro, spiega la restrizione normativa all'introduzione di prove e documenti nuovi in appello, limitata ai soli casi di indispensabilità degli elementi che legittimano la richiesta di riapertura dell'istruttoria. Si segnala, però, che attualmente la predetta indispensabilità non appare più fra i requisiti cui è subordinato

Questa seconda ricostruzione del fenomeno mi sembra maggiormente in linea con il sistema processuale nel suo complesso considerato. Difatti, ove si aprisse la strada a contestazioni tardive in appello, ne deriverebbe inevitabilmente un notevole allungamento dei tempi di definizione della lite, poiché il giudizio arretrerebbe alla

l'ingresso di prove nuove nel giudizio di secondo grado. Sul punto, si veda *infra* nel testo. Peculiare, poi, la posizione di M. Fabiani (*Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 1172) a parere del quale la contestazione dovrebbe limitarsi «*nel giudizio di appello a quei soli casi in cui ci si dolga della valutazione del giudice di primo grado in ordine alla qualificazione di non contestazione di un determinato comportamento*».

Quanto alla giurisprudenza che sposa la teoria di cui nel testo si vedano Cass. 18 gennaio 1988, n. 328, in *Dejure*; Cass. 8 aprile 2000, n. 4482, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 758; e, dopo la pronuncia delle Sezioni Unite del 2002, Cass. 5 marzo 2003, n. 3245, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 452; Cass. 10 giugno 2003, n. 9285, in *Dejure*; Cass. 13 settembre 2003, n. 13467, in *Foro it.*, 2004, pt. I, p. 1480; Cass. 5 novembre 2003, n. 16624, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 11; Cass. 19 gennaio 2005, n. 996, in *Dejure*; Cass. 28 luglio 2005, n. 15810, *ivi*; Cass. 22 dicembre 2005, n. 28381, *ivi*; Cass. 8 agosto 2006, n. 17947, in *Il civilista*, 2010, p. 36; Cass. 15 maggio 2007, n. 11108, in *Il lavoro nella giur.*, 2007, p. 1244; Cass. 28 maggio 2007, n. 12363, in *Dejure*; Cass. 21 marzo 2008, n. 7697, *ivi*; Cass. 5 marzo 2009, n. 5356, in *Giust. civ.*, 2009, pt. I, p. 1252; Cass. 10 luglio 2009, n. 16201, in *Dejure*; Cass. 10 febbraio 2011, n. 3236, *ivi*; Cass. 18 febbraio 2011, n. 4051, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 272; Cass. 29 novembre 2013, n. 26859, cit. Si veda, per la giurisprudenza di merito, App. Napoli, ord. 30 gennaio 2013, cit., che ha dichiarato tardiva una contestazione effettuata solo in appello e di conseguenza, ritenendo applicabile al caso *sub specie* il nuovo art. 348 *bis* cod. proc. civ., ha dichiarato l'appello inammissibile perché non dotato di una ragionevole probabilità di essere accolto in quanto fondato su una altrettanto inammissibile contestazione tardiva.

fase istruttoria, dovendo la Corte d'Appello ammettere le prove della circostanza contestata, magari tempestivamente dedotte in primo grado e non espletate per pacificità di quel fatto sul quale era caduta non contestazione⁽²⁶²⁾. Si assisterebbe, cioè, all'allargamento del *thema probandum* relativamente a un fatto in origine escluso dalle verifiche istruttorie e ciò porta con sé il protrarsi della lite per un tempo indeterminato e indeterminabile. E', dunque, evidente lo stridore di una simile soluzione con l'esigenza di ordinato, razionale e celere svolgimento del processo civile, la cui organizzazione in fasi distinte, scandite da termini prestabiliti e tendenzialmente irreversibili, è volta proprio a scongiurare la regressione del processo a una fase già superata.

E' necessario, poi, ricordare una terza posizione dottrinale secondo cui, non ravvisandosi nel sistema attuale una necessaria correlazione fra preclusioni in primo grado e divieto di *nova* in secondo grado, sarebbe astrattamente possibile che il legislatore consenta di svolgere per la prima volta in fase di impugnazione attività che in primo grado non sono state svolte entro il relativo termine di preclusione⁽²⁶³⁾.

⁽²⁶²⁾ Condivisibili, in quest'ottica, sono i rilievi di F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012, p. 253, secondo cui consentire che in appello venga espletata l'istruttoria negata in primo grado per pacificità dei fatti cui essa si riferisce «comporterebbe una (semi-occulta) generalizzata ed automatica rimessione nei due termini per la contestazione e per la deduzione di prova contraria».

⁽²⁶³⁾ Così G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994 p. 427; V. BATTAGLIA, *Sull'onere del convenuto di «prendere posizione» in ordine ai fatti posti a fondamento della*

A tale corrente di pensiero, però, giustamente si obietta che affinché le parti abbiano il potere di svolgere in appello attività già precluse, risulta necessaria un'espressa previsione legislativa in tal senso ⁽²⁶⁴⁾. Disposizione normativa, questa, che nei principali riti a cognizione piena vigenti nel nostro ordinamento non esiste ⁽²⁶⁵⁾.

In definitiva, credo possa ritenersi che la prova contraria di un fatto non contestato possa essere ammessa in appello soltanto se risulti indispensabile ai fini della risoluzione della controversia (nei riti in cui questa prova

domanda (riflessioni sull'onere della prova), in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 1527 ss.

⁽²⁶⁴⁾ Cfr. F. DE VITA, *Onere di contestazione ... cit.*, p. 254.

⁽²⁶⁵⁾ Al riguardo, si ricorda nuovamente il progetto redatto da Proto Pisani che, ove fosse stato accolto dal legislatore, avrebbe consentito di parlare di una espressa previsione normativa circa la contestabilità in appello di fatti allegati in primo grado. Nel progetto suddetto, infatti, si ammette la deduzione in appello di prove nuove e di contestazioni di fatti non confutati in primo grado. A tale possibilità, tuttavia, consegue un'inversione dell'onere della prova: la parte che contesta per la prima volta in appello fatti allegati dalla controparte in primo grado si carica dell'onere di provare i fatti della cui contestazione si tratta. Così, A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, pt. V, p. 1 (art. 2.169). Propende per l'operatività di un meccanismo di inversione dell'onere della prova a carico della parte che contesta tardivamente (cioè solo in appello) un determinato fatto allegato in primo grado, M. MOCCI, *Principio del contraddittorio ... cit.*, p. 331, nonché F. ROTA, *I fatti non contestati ... cit.*, p. 215, il quale non considera accettabile che in simili ipotesi si verifichi una regressione dell'effetto di *relevatio ab onere probandi* cui ha beneficiato la parte allegante a causa della mancata contestazione di quel determinato fatto avvenuta nel giudizio dinanzi al tribunale. Sull'argomento, in giurisprudenza, si vedano Cass. 7 aprile 2009, n. 8389, in *Dejure*; Cass. 23 giugno 2009, n. 14623, *ivi*.

nuova è ancora ammissibile: sul punto, si veda *infra*) e la parte dimostri di non aver potuto introdurla in giudizio in primo grado per una causa ad essa non imputabile ⁽²⁶⁶⁾.

In altri termini, salve situazioni eccezionali (di cui occorrerà dare adeguato riscontro probatorio), la contestazione dei fatti allegati in primo grado e non effettuata nel medesimo giudizio di prime cure resta preclusa nei successivi gradi del processo, con la conseguenza che un fatto non contestato era e sarà considerato incontrovertito, mentre un fatto contestato era e sarà bisognoso di prova in ogni stato e grado del giudizio.

Con riferimento, ora, a un aspetto ancora diverso dell'operatività del principio di specifica contestazione in sede di gravame, occorre riferire che, quanto ai fatti contestati tempestivamente in primo grado, si è posto il dubbio se la negazione di essi effettuata nel giudizio dinanzi al tribunale vada replicata anche nel giudizio d'appello.

Secondo un primo orientamento, l'appellato sarebbe tenuto con la memoria di costituzione in appello a riproporre espressamente e tempestivamente le

⁽²⁶⁶⁾ Sul punto A. TEDOLDI, *La non contestazione ...* cit., p. 92, esclude la deduzione di nuove prove riferite a fatti in precedenza non contestati, a meno che venga fornita una spiegazione circa le ragioni della precedente mancata contestazione e la dimostrazione della loro indispensabilità, ovvero che la parte ne era decaduta per causa ad essa non imputabile. Dello stesso avviso S. GIANI, *La non contestazione nel processo civile tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, in *www.ilcaso.it*, p. 11, la quale specifica che non vi è altro spazio per effettuare contestazioni in appello se non quello della censura di falsità del fatto considerato pacifico dal giudice di prime cure e posto a fondamento della decisione (nei limiti in cui ciò sia consentito dalle regole sui *nova* in appello).

contestazioni svolte dinanzi al tribunale, seppure mediante la mera segnalazione dell'esigenza che si raggiunga un'adeguata prova al riguardo ⁽²⁶⁷⁾.

A tale orientamento, tuttavia, si replica che se un fatto è stato tempestivamente contestato in primo grado esso risulta bisognoso di prova, e tale sua "qualità" viene conservata anche in appello, senza che la parte contro la quale quel fatto è stato allegato abbia l'onere di rinnovarne espressamente la contestazione ⁽²⁶⁸⁾.

Mi sembra, allora, preferibile l'opposta tesi secondo la quale l'onere a carico della parte appellata di «*prendere posizione, in maniera precisa e non limitata a una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda*» (per richiamare le espressioni utilizzate dall'art. 416 cod. proc. civ. per il primo grado del giudizio laburistico) non riguarda tutto l'impianto

⁽²⁶⁷⁾ Così, ad esempio, Cass. 6 maggio 1995, n. 4933, in *Dejure*; Cass. 5 aprile 2004, n. 6663, *ivi*.

⁽²⁶⁸⁾ Così F. DE VITA, *Onere di contestazione ... cit.*, p. 255.

Critici nei confronti del primo orientamento citato nel testo anche G. BALENA, N. ORIANI, A. PROTO PISANI, N. RASCIO, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, pt. I, p. 1437, i quali, commentando la pronuncia delle Sezioni Unite n. 28498 del 23 dicembre 2005, affermano che i documenti allegati in primo grado e non prodotti nuovamente in appello (per contumacia volontaria della parte) dovrebbero essere «*tenuti fermi (così da permettere la rivalutazione della loro idoneità a far presumere l'esistenza del fatto principale) in appello: e ciò, se non persino in applicazione del meccanismo dell'acquiescenza tacita qualificata regolato dal 2° comma dell'art. 329 c.p.c. ... quantomeno ... per l'effetto della regola di non contestazione*». In altre parole, l'impugnazione dovrebbe avere il solo scopo di «*censurare le deduzioni logiche operate dal tribunale sulla scorta dei fatti (ormai) incontrovertibili*».

difensivo dell'appellante, bensì esclusivamente i fatti che quest'ultimo ha affermato nell'atto introduttivo del giudizio di appello ⁽²⁶⁹⁾, restando per i fatti già affermati in primo grado e ivi già contestati necessaria e sufficiente la contestazione di essi avvenuta tempestivamente nel giudizio di prime cure.

Per concludere sul punto, ritengo che si possa definitivamente affermare che nel giudizio di appello ordinario e del lavoro l'onere di specifica contestazione ha ad oggetto esclusivamente le circostanze legittimamente allegate in esso per la prima volta, perché quelle già dedotte in primo grado o sono state tempestivamente, sufficientemente e definitivamente contestate (senza alcuna necessità di ribadire la contrarietà al vero), oppure sono pacifiche e, per questo motivo, non possono essere contestate per la prima volta in appello. Da ciò consegue che l'onere di contestazione specifica assolvibile in appello può riguardare solo le circostanze costitutive poste a fondamento delle domande nuove ammissibili, di quelle sulle quali si poggia una eccezione rilevabile d'ufficio (che sia rilevata solo in sede di gravame) e, infine, dei fatti sopravvenuti al giudizio di primo grado e di quelli che hanno assunto rilievo a seguito di *jus superveniens* ⁽²⁷⁰⁾.

⁽²⁶⁹⁾ Cfr. Cass. 8 novembre 2002, n. 15706, in *Dejure*, che, benché riferita al rito del lavoro, contiene enunciazioni estensibili anche al rito ordinario.

⁽²⁷⁰⁾ Si veda F. DE VITA, *Onere di contestazione ... cit.*, p. 255. Così anche ID., voce «*Non contestazione (principio di)*», in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, Torino, 2010, p. 850, ove viene specificato che la sola possibilità di effettuare contestazioni “nuove” in appello va riferita alle circostanze allegate per la prima volta in sede di gravame, ad esempio quelle poste a fondamento di eccezioni rilevabili d'ufficio.

Tuttavia, la possibilità di introdurre in fase di gravame domande e prove nuove – che siano ammissibili – non è affatto ampia, tutt’altro.

Difatti, l’art. 54 del Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83 convertito, con modificazioni, nella Legge 7 agosto 2012, n. 134 ha soppresso nel terzo comma dell’art. 345 cod. proc. civ. le parole «*che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero*». Pertanto, la norma attualmente vigente recita «*Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio*». Dunque, attualmente non trovano più ingresso in fase di gravame nemmeno le domande e i mezzi di prova che la parte dimostri essere «*indispensabili*» ai fini della decisione della lite ⁽²⁷¹⁾.

⁽²⁷¹⁾ Il tema delle nuove prove deducibili nel giudizio d’appello è stato oggetto di numerosi studi. Si vedano, in argomento, i fondamentali scritti di G. RUFFINI, *La prova nel giudizio civile di appello*, Padova, 1997; A. TEDOLDI, *L’istruzione probatoria nell’appello civile*, Padova, 2000; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.

Con specifico riferimento al requisito della indispensabilità accennato nel testo, basterà in questa sede ricordare che sono «*indispensabili*» soltanto le prove afferenti agli aspetti della controversia emersi nel giudizio di secondo grado. Sul punto, si veda G. TARZIA, *Lineamenti ... cit.*, p. 397 a parere del quale deve essere ammessa la prova nuova dei fatti legittimamente introdotti in sede di gravame. Analogamente, M. BOVE, *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 305; C. M. CEA, *Principio di preclusione e nuove prove in appello*, in *Foro it.*, 2005, pt. I, p. 2723; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2006, p. 385.

Conseguentemente, nel rito ordinario attualmente in vigore le prove e i documenti nuovi sono ammissibili in appello solo se la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli in primo grado per causa ad essa non imputabile, indipendentemente da qualsivoglia giudizio in ordine alla necessità di introdurre in causa una determinata domanda ovvero di acquisire agli atti una determinata risultanza istruttoria.

Con il citato intervento normativo è stato altresì modificato l'art. 702 *quater* cod. proc. civ., recante la disciplina dell'appello avverso le ordinanze rese in esito al procedimento sommario di cognizione, il cui testo ora vigente prevede che sono «*ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene indispensabili ai fini della decisione, ovvero la parte dimostri di non aver potuto produrli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile*». La modifica normativa, anche in questo caso, ha comportato una restrizione per i *nova* introducibili in appello, legittimando la precedente disposizione l'ingresso di nuove prove che risultassero «*rilevanti*», concetto questo di ampiezza maggiore di «*indispensabili*», anche nel senso comunemente inteso dei due aggettivi ⁽²⁷²⁾. Allo stesso modo, nel secondo grado

⁽²⁷²⁾ Si consideri che nell'ipotesi di cui all'art. 702 *quater* cod. proc. civ. l'appello segue un giudizio a cognizione piena, ma ad istruzione sommaria o semplificata, sicché dovrebbe essere consentita una rilevante attività di assestamento istruttorio in secondo grado, proprio al fine di recuperare in fase di gravame una decisione "frettolosa" e per certi aspetti superficiale emessa dal giudice di prime cure. E' pur vero che l'ingresso di prove «*indispensabili*», riconosciuto dall'art. 702 *quater* cod. proc. civ., è più ampio rispetto alla negazione di qualsivoglia integrazione istruttoria, di cui al nuovo art. 345 cod. proc. civ.; tuttavia la notevole restrizione della proponibilità di nuove prove in secondo

del rito del lavoro (art. 437 cod. proc. civ.), pur non essendo intervenute modifiche normative, sono ammesse domande e prove nuove purché ritenute dal collegio «*indispensabili*» ai fini della decisione della causa.

Tornando, adesso, al rito ordinario va detto che la disposizione dell'art. 345 cod. proc. civ. risultante dalla riforma del 2012 non registra numerose condivisioni, soprattutto in considerazione che, come è stato correttamente rilevato, l'eliminazione della possibilità per

grado operata dall'ultima riforma si atteggia a mio avviso quale riduzione delle garanzie che caratterizzavano, nel disegno originario, il modello del processo sommario di cognizione. Si ricordi, infatti, che con l'introduzione di questo rito, il legislatore del 2009 aveva inteso costruire un procedimento snello, di rapida soluzione e destinato a trovare applicazione nei casi di procedimenti "semplici" e bisognosi di minima istruttoria che, in primo grado, beneficiavano dell'accelerazione dei tempi di definizione della lite a scapito della pienezza della fase istruttoria e che, in secondo grado, potevano recuperare la completezza dell'accertamento in qualche modo perduta nella sommarietà del primo grado con una più o meno larga ammissibilità di nuovi mezzi istruttori. E' evidente che con l'ultima riforma venga compromessa proprio questa possibilità di ristabilire l'equilibrio fra celerità e pienezza della cognizione, con l'immaginabile conseguenza che il rito sommario di cognizione, già poco utilizzato, rischi di restare definitivamente lettera morta. In argomento si veda, per tutti, C. CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2012, p. 344, il quale auspica che la giurisprudenza elabori criteri nuovi e più duttili per valutare l'indispensabilità della prova (principalmente con riferimento al giudizio sommario di cognizione), altrimenti si corre seriamente il rischio che il rito in parola «*cada in desuetudine, per paura (per lo più infondata, ma comunque rilevante nella scelta del rito) delle parti di troppo rigide preclusioni in appello, a valle di una istruttoria destrutturata in primo grado*».

il giudice dell'appello di ammettere nuove prove indispensabili per la decisione della causa elimina a sua volta una "valvola di sicurezza", evidentemente prevista per colmare in appello qualche lacuna istruttoria del giudizio di prime cure. Invero, la clausola generale ed elastica della indispensabilità delle nuove prove si era mostrata utile per rimediare a situazioni di incompletezza della prova difficilmente imputabili alla parte ⁽²⁷³⁾.

In considerazione della mutata normativa processuale, pur volendo in ipotesi condividere le opinioni di chi prospetta la sostanziale inutilità della riforma in discorso, mi sembra oggi il caso di esigere con ancor più vigore un comportamento ispirato a serietà, perizia e responsabilizzazione da parte, primariamente, dei

⁽²⁷³⁾ Critici sulla riforma, fra i tanti, M. COMASTRI, *Note sulla recente riforma della cassazione e dell'appello*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 712; I. PAGNI, *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *Foro it.*, 2012, pt. V, p. 299; C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1134; ID., *Il processo di primo grado ... cit.*, p. 343, a parere del quale, invece, la modifica normativa non procurerà grandi vantaggi e sgravi alle Corti, atteso che molto raramente i giudici dell'appello riaprono l'istruttoria e che «*non certo per raccogliere prove (indispensabili o frutto di decadenze incolpevoli che siano) impiegano quattro anni per decidere*».

Parimenti scettico circa l'utilità della riforma in parola si mostra R. CAPONI, *La riforma dell'appello civile*, in *Foro it.*, 2012, pt. V, p. 294, il quale afferma la modifica *de qua* «*desta poche preoccupazioni*» e ciò in quanto alle esigenze di tutela effettive in questa materia (fatti e prove sopravvenute, tardivo rilievo di una questione rilevabile d'ufficio che renda rilevanti nuovi fatti da provare, nullità di atti di istruzione probatoria che impongano una rinnovazione dei mezzi di prova) dovrà rispondere una ragionevole interpretazione della norma sulla rimessione in termini per causa non imputabile.

difensori. Essi, infatti, ove commettano errori od omissioni dal punto di vista fattuale, non potranno più “sperare” nella valutazione di indispensabilità di nuovi fatti introdotti per la prima volta in grado di appello, come finora teoricamente poteva accadere. Dunque, credo che d’ora in avanti, più che mai, occorrerà notevole professionalità e competenza nella gestione della controversia da parte dei difensori, essendo sempre più ridotte le possibilità di rimediare a eventuali errori commessi nel primo grado.

2. Il controllo della decisione che poggia sull’erronea applicazione del principio di specifica contestazione

Come si è anticipato l’operatività del principio della specifica contestazione in appello – o, più in generale, nei gradi di giudizio successivi al primo – può essere esaminata sotto un profilo del tutto distinto da quello del termine entro cui l’attività contestativa della parte potrebbe utilmente essere svolta in sede di gravame.

Se si guarda, infatti, al momento centrale della specifica contestazione, ci si avvede che si tratta di un meccanismo operante sul giudizio di fatto della controversia: esso consente al giudice di selezionare le diverse e sovente numerose circostanze allegare dalle parti, categorizzandole come pacifiche ovvero controverse. Questa attività è fondamentale per definire la vittoria o la soccombenza di ciascuna parte processuale, atteso che non di rado è già solo dallo svolgimento dei fatti che si determina la ragione o il torto di ogni litigante.

Ora, la valutazione di un fatto come pacifico ovvero controverso poggia interamente sul corretto utilizzo del meccanismo della specifica contestazione, tanto da parte dell'organo giudicante, quanto dalle parti in lite, o meglio dai loro difensori. Pertanto, occorre garantire alla parte che ne abbia interesse un controllo sulla decisione del giudice di prime cure che, a parere di quella risultata soccombente, sia errata in punto di applicazione del meccanismo della specifica contestazione. Le parti, cioè, dovrebbero avere la possibilità di reagire alle statuizioni contenute nella decisione resa all'esito del primo grado di giudizio sia nell'ipotesi in cui il giudice abbia assunto per non contestati determinati fatti, la cui pacificità sia stata determinante per addivenire a una data decisione della lite, sia nell'ipotesi inversa, in cui il giudicante abbia considerato controverse circostanze che, invece, una parte sostiene non contestate e, quindi, pacifiche.

Ciò funziona, evidentemente, nelle ipotesi in cui il ragionamento logico-giuridico effettuato dal giudice sia reso conoscibile alle parti e, quindi, sia manifestato attraverso la motivazione di ogni decisione ⁽²⁷⁴⁾. Solo in

⁽²⁷⁴⁾ E' ben noto che il percorso "naturale" di ogni giudizio civile si esaurisce – salva l'occorrenza delle c.d. vicende anomale del processo – con la decisione giurisdizionale che rinviene nella motivazione la sua struttura portante ed essenziale, in conformità con il precetto costituzionale di cui all'art. 111, 6° comma, Cost. a tenore del quale «*tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*». Sebbene non sia possibile in questa sede affrontare in maniera esaustiva il tema della motivazione delle sentenze, occorre tuttavia richiamare qualche elemento utile al fine di inquadrare esattamente questo cruciale momento dell'attività giurisdizionale.

In termini generali, la motivazione potrebbe essere intesa quale una sintesi delle attività compiute dall'organo giudicante con riferimento alla controversia di volta in volta considerata. Infatti,

spetta al giudice di merito, in via esclusiva, il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di assumere e valutare le prove, di controllarne l'attendibilità e la concluzione, di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad essi sottesi, dando così liberamente prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova acquisiti. Secondo Taruffo, la motivazione delle decisioni costituisce un coacervo di enunciazioni, argomentazioni e riflessioni di natura logica e giuridica che, però, solo in parte rende manifesto il complessivo *iter* mediante il quale il giudice è pervenuto alla decisione della controversia. Difatti, risulta impossibile concepire la motivazione come una specie di *reportage* dei meccanismi psichici del giudicante in rapporto alla decisione e ciò sia perché essi non possono esaurirsi nei limiti della motivazione, sia perché molto di frequente si verifica l'incidenza di atteggiamenti e condizionamenti di natura inconscia. Peraltro, secondo la dottrina in discorso, neppure sarebbe auspicabile una simile costruzione delle motivazioni giurisdizionali, in quanto il mero resoconto psicologico del giudice, se da un lato fornirebbe una spiegazione della sentenza, dall'altro non darebbe adeguata giustificazione giuridica alla decisione assunta. Per tali rilievi si veda, in particolare, M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 121 ss., nonché ID., voce «*Motivazione - III) Motivazione della sentenza – Dir. Proc. Civ.*», in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.

Delineata in questo modo la struttura essenziale della motivazione delle decisioni, occorre ora ricordare che essa possiede una tipica funzione giustificativa della sentenza, dovendo essere intesa come discorso elaborato dal giudice nell'intento di rendere manifesto un certo insieme di significati, ovvero anche come strumento di comunicazione diretto a informare le parti (e anche il pubblico in genere) intorno a ciò che il giudice intende esprimere. A tal fine, essa è (o meglio, dovrebbe essere) costruita come un insieme di proposizioni che si dispongono secondo un ordine logico di carattere, appunto, giustificativo e perciò concatenate al fine di sviluppare un discorso in vista di una determinata soluzione del caso. Se questo è vero, allora il significato proprio della motivazione può essere individuato soltanto tenendo in

considerazione l'intera struttura logica e giustificativa che la caratterizza. Non bisogna dimenticare, peraltro, che la motivazione, oltre alla sua tipica funzione esplicativa della decisione, riveste anche una funzione argomentativa e persuasiva, nel senso che le enunciazioni ivi contenute devono possedere la capacità di persuadere le parti e il pubblico circa la correttezza delle argomentazioni e delle scelte interpretative effettuate dal giudice all'atto del decidere. Difatti, alla luce del principio del giusto processo regolato dalla legge, sancito dall'art. 111, 1° comma, Cost., la motivazione assolve anche il cruciale compito di garantire a tutti i cittadini la possibilità di effettuare un efficace controllo sull'esercizio del potere giurisdizionale. A tal fine, risulta necessario che la motivazione non solo enunci i fatti rilevanti per la risoluzione della controversia, le norme e i principi applicati e le questioni risolte, ma occorre altresì che le scelte del giudice siano giustificate nel senso propriamente inteso del termine. Ciò significa che è necessario che il giudice espliciti per quali ragioni, dinanzi alle plurime alternative possibili per addivenire alla soluzione delle questioni di fatto e di diritto, ha scelto di volta in volta quelle che hanno condotto alla decisione della lite in un senso piuttosto che in un altro. Peraltro, la norma di cui all'art. 132, 2° comma, n. 4, cod. proc. civ., prevedendo che fra i necessari requisiti di forma-contenuto della decisione vi sia la «*concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*», consente di desumere che la motivazione abbia anche la fondamentale funzione di fungere da tramite per un controllo razionale della pronuncia nelle fasi di impugnazione. La motivazione, infatti, è necessaria sia per le parti, affinché queste possano verificare il fondamento fattuale, logico e giuridico della decisione, sia per il giudice dell'impugnazione, il quale può razionalmente ed efficacemente decidere solo se è posto in grado di conoscere le ragioni di fatto e di diritto che sorreggono la sentenza impugnata.

Può, allora, affermarsi che la motivazione abbia sostanzialmente una duplice funzione: da un lato, essa svolge una funzione interna al processo e rivolta alle parti, oltre che al giudice dell'impugnazione; dall'altro, essa esplica una funzione esterna al giudizio al quale è riferita, poiché è volta a "testimoniare" la correttezza del ragionamento sul quale poggia e a consolidare la

fiducia dei cittadini nell'amministrazione della giustizia. Si veda, sul punto, P. PORRECA, *La cosiddetta motivazione a richiesta nei giudizi civili*, Relazione all'incontro di studi tenutosi presso il Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 14 febbraio 2011, p. 3. Dello stesso avviso C. DI IASI, *Il vizio di motivazione*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, a cura di M. ACIERNO, P. CURZIO e A. GIUSTI, Bari, 2011, p. 167, a parere della quale la motivazione rappresenta uno «strumento di controllo democratico della giurisdizione» perché tutela la parte, garantendole la conoscenza delle ragioni per le quali il suo diritto è stato affermato o negato, nonché un concreto riscontro del principio costituzionale in tema di necessità della motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali sopra richiamato.

Nonostante i succinti rilievi fin qui svolti, credo che non possa dissentirsi in ordine al ruolo nevralgico che la motivazione riveste nel complessivo quadro della decisione della controversia, in particolare, e della giustizia civile, più in generale. Essa, come visto, costituisce il fondamentale e indispensabile strumento di controllo dell'operato del giudice da parte dei litiganti e del pubblico affinché il sistema giustizia complessivamente considerato possa sempre aspirare all'emissione di decisioni *giuste*. Ora, se tutto quanto fin qui affermato è corretto, non vedo come si possa restare indifferenti dinanzi ai recenti interventi riformatori del processo civile che via via assottigliano l'estensione della motivazione delle sentenze. Mi riferisco, anzitutto, alla riforma del 2009 operata dalla legge n. 69 la quale ha previsto, *inter alia*, che l'impianto motivazionale delle decisioni debba essere più snello e semplificato. Difatti, è oggi scomparso dall'art. 132, 2° comma, n. 4, cod. proc. civ. sopra richiamato l'obbligo per il giudice di effettuare una «*concisa esposizione dello svolgimento del processo*», essendo richiesta ora, sì una concisa esposizione, ma soltanto delle «*ragioni di fatto e di diritto della decisione*». Precisa, poi, l'art. 118 disp. att. cod. proc. civ. (pure riformato nel 2009) che «*la motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi*». Appare

questo modo, infatti, è possibile dotare le parti della “base” sulla quale fondare le proprie eventuali censure e chiedere quindi al giudice superiore una riforma della decisione impugnata.

Difatti, assolutamente centrale è il ruolo che svolge la motivazione delle decisioni giudiziali, unico e imprescindibile elemento che consente alle parti in causa di conoscere il percorso logico e giuridico compiuto dall’organo giudicante per giungere alla definizione della controversia.

evidente l’intento del riformatore di consentire un deciso snellimento delle motivazioni, soprattutto nelle ipotesi in cui il giudicante intenda richiamare casi (analoghi) precedentemente già giudicati al cui impianto decisionale intende aderire anche per la risoluzione della controversia *sub specie*. Altrettanto evidente appare la necessità che, in casi come quello appena menzionato, il giudice espliciti compiutamente le ragioni che lo inducono ad accomunare il giudizio che si trova a dover decidere con una precedente controversia già risolta, pena l’emanazione di una decisione contenente un vuoto incolmabile e, dunque, inidonea a rispondere alle esigenze di celerità e snellimento immaginate dal legislatore del 2009.

Altro intervento normativo degno di nota in tema di “evoluzione” (ma sarebbe notevolmente più corretto discorrere di “involuzione”) delle norme concernenti la motivazione delle decisioni consiste nella recente legge di stabilità per il 2014, la quale contiene anche proposte di modifica del processo civile e che, per quanto qui di interesse, vorrebbe introdurre la c.d. motivazione a richiesta e a pagamento, di modo che i giudici non siano più onerati di stilare compiutamente le ragioni in fatto e in diritto delle proprie decisioni, ma possano “permettersi” di rendere manifesto il solo dispositivo della sentenza, lasciando alle parti la scelta se accontentarsene, ovvero pagare e conoscere compiutamente le ragioni per le quali il proprio diritto è stato negato oppure riconosciuto. Sull’argomento, si veda più ampiamente *infra* nel testo.

Se, però, è vero che il moderno servizio di giustizia civile non possa permettere (e permettersi) che le sentenze pronunciate dai giudici nazionali manchino proprio di quella “giustificazione” – poiché ciò comporterebbe che le parti si trovino dinanzi a provvedimenti arbitrari o quanto meno incomprensibili – tuttavia, la crisi della giustizia civile cui si assiste negli ultimi anni, per l’incrementarsi esponenziale del numero dei processi e per il conseguente aumento dell’arretrato, ha condotto all’emanazione di riforme spesso improvvisate e poco ragionate, talvolta inutili, sovente dannose per l’introduzione di ulteriori fattori di complicazione e per l’inconsapevole compressione delle garanzie processuali. Ciò che accade nel diritto processuale è, cioè, frutto di scelte contingenti, giustificate dal solo fine di alleggerire il peso che la macchina della giustizia contemporanea ha sull’economia e sul sistema nel suo complesso ⁽²⁷⁵⁾.

Nel caso del principio della specifica contestazione, poi, l’importanza che il controllo sulla decisione del giudice di prime cure sia potenzialmente pieno ed efficace è ancora più avvertita (o quantomeno, dovrebbe esserlo) posto che le numerose e rilevate incertezze che circondano il meccanismo disciplinato dall’art. 115 cod. proc. civ. rendono il suo concreto operare più sensibile ad errori di applicazione ⁽²⁷⁶⁾.

⁽²⁷⁵⁾ A mio avviso i giudizi di impugnazione, pur essendo indubbiamente fattori di allungamento dei tempi processuali e di sovraccarico delle Corti superiori, rispondono alla funzione di garanzia che le decisioni giurisdizionali siano effettivamente “corrette”.

⁽²⁷⁶⁾ Mi sembra chiaro che senza alcuna idonea motivazione l’asserita erronea applicazione del principio della specifica contestazione non avrebbe quale immediato e diretto riferimento il fondamentale elemento dell’esplicazione delle ragioni che hanno

E' allora comprensibile, a mio avviso, avvertire preoccupazione allorché si pensi alle recenti modifiche normative che hanno interessato i giudizi di appello e cassazione ⁽²⁷⁷⁾, e ancor di più alle proposte di riforma del processo civile contenute nella legge di stabilità per il 2014.

E' proprio da quest'ultima che voglio partire, poiché si tratta di una riforma potenzialmente molto pericolosa, la quale comporta una progressiva e notevole restrizione delle ipotesi in cui il giudice sarà obbligato a redigere la motivazione delle proprie decisioni, ciò che rende ancor più ristrette le possibilità per le parti di dolersi di un'asserita erronea applicazione del principio della specifica contestazione, venendo in sostanza a mancare

determinato l'organo giudicante a decidere la controversia in un determinato senso. E' evidente che in assenza di motivazione, ovvero nei casi di motivazione *per relationem*, ovvero ancora nelle ipotesi in cui la motivazione è limitata al richiamo di precedenti giurisprudenziali conformi, l'enunciazione del percorso logico-giuridico seguito dal giudice per addivenire alla sentenza è del tutto assente o, nella migliore delle ipotesi, scarno e impalpabile. In tali evenienze, allora, non è possibile effettuare alcun controllo, poiché non risulta possibile esprimere giudizi di valore su di un'operazione che resta nell'intimità del giudicante.

⁽²⁷⁷⁾ Come si vedrà *infra* nel testo, il legislatore è intervenuto tanto sulla disciplina del processo d'appello quanto su quella del ricorso per cassazione. Quanto alla prima di esse, l'intervento normativo ha avuto ad oggetto la riforma della disciplina degli atti introduttivi, l'introduzione di un meccanismo di filtro molto simile a quello introdotto per il giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione dalla riforma del 2009 e, infine, la riforma della disciplina dei *nova* istruttori in sede di gravame. Quanto al giudizio di legittimità, la riforma ha riguardato il sindacato indiretto sul giudizio di fatto, il cui ambito di applicazione è stato notevolmente ristretto.

l'unico strumento che rende conoscibile una simile attività giudiziale.

Il 17 dicembre 2013 il Consiglio dei Ministri ha approvato un disegno di legge delega al Governo recante *“Disposizioni per l’efficienza del processo civile, la riduzione dell’arretrato, il riordino delle garanzie mobiliari, nonché altre disposizioni per la semplificazione e l’accelerazione del processo di esecuzione forzata (Collegato alla legge di stabilità 2014)”*. Il testo contiene norme di delega e norme immediatamente precettive, con misure di ordine processuale e sostanziale che vorrebbero recuperare l’efficienza del processo di cognizione e di esecuzione, nonché misure finalizzate alla riforma della disciplina delle garanzie reali mobiliari, col dichiarato fine di agevolare le imprese nell’accesso al credito ⁽²⁷⁸⁾.

Fra gli aspetti maggiormente interessanti ai fini del presente studio si annovera la proposta di modificazione della disciplina in tema di motivazione delle sentenze nei giudizi civili. Uno dei criteri enunciati a tal fine dalla citata legge di stabilità prevede, infatti, che *«il giudice possa definire i giudizi di primo grado mediante dispositivo corredato dall’indicazione dei fatti e delle norme che fondano la decisione e delimitano l’oggetto dell’accertamento, riconoscendo alle parti il diritto di ottenere la motivazione della decisione da impugnare, a*

⁽²⁷⁸⁾ Fin dalla pubblicazione del disegno di legge di cui nel testo numerose sono state le critiche sollevate allo stesso, a partire dall’Organismo Unitario dell’Avvocatura, che parla di percorso inesorabile verso un *«processo incivile»*, all’Associazione Nazionale Forense e, infine, al Consiglio Nazionale Forense, tutti disponibili su www.altalex.it.

richiesta e previo versamento di una quota del contributo unificato dovuto per l'impugnazione» ⁽²⁷⁹⁾.

⁽²⁷⁹⁾ Si legge nella Relazione del disegno di legge in questione (disponibile sul sito istituzionale del Ministero della Giustizia: www.giustizia.it) che «*il criterio di delega in parola è volto ad innestare un nuovo modulo decisionale sugli attuali moduli regolati dal codice di rito civile ... con lo scopo di consentire al giudice di primo grado, quando lo ritenga opportuno, di emettere sentenza, tale a tutti gli effetti, con un dispositivo corredato delle specificazioni necessarie a fondare la decisione – fatti costitutivi, modificativi, impeditivi o estintivi e norme che indichino la finalità del deciso – e delimitare l'oggetto dell'accertamento*». Ciascuna parte ha ovviamente diritto a richiedere la motivazione della sentenza ma, «*al fine di evitare richieste meramente emulative*», è previsto che la parte versi anticipatamente una quota del contributo unificato dovuto per il giudizio di appello. La ragione ispiratrice di una simile previsione è spiegata dal delegante in questi termini: «*considerato il tasso di impugnazione dei provvedimenti civili di primo grado, che risulta essere relativamente basso (pari al 20% circa) e i tempi per la redazione delle motivazioni delle relative decisioni (che costituiscono come noto il maggior impegno per il magistrato giudicante), si può stimare che l'esercizio della delega consentirà una rilevantissima riduzione dei tempi dei processi civili coinvolti*». Dunque, risparmiando i tempi per la stesura di decisioni “complete” si realizzerebbe una maggiore efficienza della giustizia civile nel suo complesso.

A mio sommo avviso, non è questa la strada per garantire l'efficienza del sistema: non certo privando le parti dell'unico strumento idoneo a rendere conoscibile il ragionamento logico-giuridico effettuato dal giudice e culminato nella decisione. In questo modo potrà anche abbreviarsi la durata delle controversie, ma il prezzo da pagare è eccessivamente alto: l'eliminazione del controllo delle decisioni giudiziali. Certo, la motivazione non scompare del tutto, ma per conoscerla occorrerà versare una somma di denaro, quasi come se un ineliminabile diritto (di rango costituzionale – è bene ricordarlo) del soggetto fosse trattato alla stregua di una sterile controprestazione contrattuale. Mi associo in

Occorrerà, ovviamente, vedere come tali indicazioni saranno recepite dal legislatore e tramutate in norme processuali da osservare; tuttavia, a me sembra già il caso di rilevare che l'obliterazione di un elemento decisivo della decisione della controversia – quale è la motivazione della pronuncia giudiziale – mi pare potenzialmente idonea a ridurre notevolmente le garanzie poste a presidio dei valori costituzionali che circondano lo svolgimento dei giudizi civili ⁽²⁸⁰⁾.

pieno, quindi, alla constatazione di Taruffo (*Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 388), per il quale è ovvio «*che l'attuazione delle garanzie [costituzionali] abbia dei costi in termini di tempo e di attività processuali, ma non è lecito pensare che il rimedio consista semplicemente nella soppressione delle garanzie, invece che in una migliore e più funzionale disciplina delle modalità con cui esse vengono realizzate*».

Radicali (ovviamente) sono i dissensi nei confronti di tale previsione: secondo l'OUA essa crea, da un lato, maggiori ostacoli (e spese) per i cittadini e, dall'altro, più potere accompagnato da minori responsabilità per i magistrati. Difatti, si legge nel comunicato stampa del 18 dicembre 2013 che l'intervento del Governo dimostra l'assenza di una strategia di riforma efficace del processo civile e una totale ignoranza sui reali problemi che investono imprese e cittadini. Ancora più serrata la critica, in particolare, nei confronti della c.d. motivazione a richiesta e a pagamento. Secondo l'OUA, essa appare inaccettabile e assolutamente in contrasto con l'art. 111, 6° comma, Cost., poiché in tal modo si limita la possibilità di un soggetto di ricorrere avverso una sentenza sbagliata, se non pagando ulteriormente per la tutela di un proprio diritto. Anche secondo il CNF desta sconcerto la previsione per cui il giudice motivi la sentenza solo se chi lo richiede versa un importo a titolo di contributo unificato previsto per l'appello.

⁽²⁸⁰⁾ Molto critico nei confronti del disegno di legge di cui nel testo è M. TARUFFO, *Addio alla motivazione?* ... cit., pp. 384 ss., il quale afferma a chiare lettere che «*la proposta contenuta nel progetto di*

A rendere ancora più allarmante il sistema che viene delineandosi – sempre ove le modifiche proposte trovassero approvazione in sede legislativa – è il successivo criterio fornito al Governo per le modifiche normative in parola. Mi riferisco alle modifiche riguardanti il giudice dell'appello, poiché si vuole che ove quest'ultimo intenda confermare il provvedimento di primo grado, possa «*rifarsi alla motivazione già esposta dal giudice del provvedimento impugnato*», richiamandola⁽²⁸¹⁾.

legge delega è radicalmente viziata da incostituzionalità: l'art. 111, comma 6°, dice – è utile ribadirlo – che tutte le sentenze debbono essere motivate, ma non dice che non possono esserlo, salvo che il giudice decida altrimenti o le parti lo richiedano». Mostra netta avversione al disegno di legge in questione anche B. CAPPONI, *A prima lettura sulla delega legislativa al Governo «per l'efficienza della giustizia civile» (Collegato alla legge di stabilità 2014)*, in *www.judicium.it*, p. 2, nonché in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 362, il quale rileva che comunque non vi è garanzia che il pagamento a fronte del quale le parti potrebbero conoscere le motivazioni della decisione sia un'anticipazione del contributo unificato dovuto per il successivo grado di giudizio (sempre che, a me sembra di dover aggiungere, la parte intenda effettivamente impugnare quella decisione).

⁽²⁸¹⁾ Richiamando nuovamente la Relazione al disegno di legge in esame, è stato ivi riferito che la proposta di introdurre una motivazione del giudizio di appello resa rinviando, in tutto o in parte, alla decisione emessa all'esito del primo grado trova giustificazione nella prassi dei Tribunali, ove è emerso che «*quando l'appello viene respinto la motivazione della sentenza d'appello ribadisce, nella gran parte dei casi, la motivazione della sentenza di primo grado*». Perciò, «*considerando che il 77% circa degli appelli proposti sono respinti, è evidente l'utilità di questa proposta normativa, che consentirà al giudice di appello, in un rilevante numero di procedimenti, di ricorrere a questa forma di*

Qualora tali innovazioni legislative divenissero legge, dunque, ben potrebbero aversi casi in cui il giudice di primo grado decida la controversia limitandosi a richiamare fatti e norme risolutive del caso di specie, le parti non richiedano la motivazione della decisione e, dunque, non avrebbero basi sulle quali costruire un'eventuale impugnazione, sicché non avrebbero più possibilità di ottenere un controllo sulla decisione emessa dal primo giudice. Peraltro, senza la motivazione "estesa" non sarebbe neppure possibile impugnare la decisione, atteso che l'ultima (ennesima) riforma del giudizio di appello impone una ancora maggiore specificità degli atti introduttivi che, quindi, risulta assolutamente inconciliabile con un dispositivo sintetico e immotivato.

Se si considera, poi, l'evenienza che la decisione resa all'esito del primo grado di giudizio sia fondata sull'applicazione della regola della specifica contestazione, la carenza della motivazione rende oscuro il percorso logico-giuridico seguito dal giudice e, conseguentemente, non consente alle parti di conoscere il peso attribuito dal giudicante alle circostanze fattuali e all'influenza esercitata sulle stesse dal comportamento dei litiganti. Per evitare ciò, come detto, sarebbe necessario pagare e "obbligare" in tal modo il giudicante a redigere la motivazione completa della sua decisione. Soluzione, questa, che credo di poter definire aberrante, poiché un sistema giurisdizionale moderno non può, a mio avviso, accontentarsi di un solo grado di giudizio, né può lasciare che le parti debbano subire una limitazione così rilevante alle proprie garanzie processuali in vista delle "superiori" esigenze di snellimento dei tempi dei giudizi civili.

motivazione semplificata (richiamando quella della sentenza oggetto di impugnazione e confermata)».

Pertanto, inserendomi inevitabilmente nel filone di aspre critiche mosse all'intervento legislativo previsto dalla legge di stabilità per il 2014 (oltre alle riforme già realizzate negli ultimi anni), la conclusione cui credo di dover giungere è che l'accelerazione dei tempi processuali e lo smaltimento dell'arretrato civile – che, oramai, costituisce la costante giustificazione delle riforme processuali degli ultimi anni ⁽²⁸²⁾ – mi sembra siano in realtà soltanto espedienti neppure ben celati per realizzare, *di fatto*, una rilevante restrizione delle garanzie processuali a favore degli utenti del sistema giustizia.

La prospettata scomparsa della motivazione delle decisioni non è, però, l'unica novità destinata ad impattare, seppure indirettamente, sulla concreta operatività del principio della specifica contestazione – o meglio, sulla possibilità di ottenere un controllo sull'applicazione della regola di cui all'art. 115, 1° comma, cod. proc. civ. operata dal giudice di prime cure. Un influsso non poco rilevante deriva anche dalla recente riforma riguardante il giudizio di appello con la quale il legislatore, modificando gli artt. 342 e 434 cod. proc. civ., ha ridisegnato, sia per il rito ordinario che per quello del lavoro, i contenuti degli atti introduttivi dei giudizi di impugnazione, al fine di rendere maggiormente certa e prevedibile l'applicazione del

⁽²⁸²⁾ Come efficacemente sintetizzato da C. CAVALLINI, *Verso una giustizia «processuale»: il «tradimento» della tradizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 327, «*il filo rosso che lega ... le recenti modifiche processuali è dato dalla progressiva irrilevanza del quomodo viene esplicitata la ratio decidendi, cioè la giustificazione giuridica della decisione sulla base di una corretta e completa ricostruzione dei fatti della causa ... Perché l'importante è andar di fretta per recuperare la ragionevole durata del processo; poi come si va (di fretta) e dove si arriva (con la fretta), sembra poco importare*».

meccanismo del filtro di ammissibilità del gravame, pure introdotto nel 2012.

Quanto agli atti introduttivi del giudizio di seconde cure, gli artt. 342 e 434 cod. proc. civ. sono stati modificati nel senso di prevedere oggi che l'appello deve essere motivato e che *«la motivazione dell'appello deve contenere, a pena di inammissibilità: 1) l'indicazione delle parti del provvedimento che si intendono appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado; 2) l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione di legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata»*.

Alla luce delle nuove disposizioni normative, quindi, la parte appellante ha due precisi oneri cui assolvere a pena di inammissibilità del gravame: da un lato, quello di individuare i capi e i punti della sentenza da sottrarre al giudicato formale (art. 329, 2° comma, cod. proc. civ.); dall'altro, di enunciare i motivi specifici d'appello. Detti oneri appaiono funzionali alla delimitazione dell'oggetto della cognizione del giudice dell'impugnazione. Ciò, peraltro, risponde perfettamente alla natura del giudizio di appello, se si considera che esso consiste in un mezzo di gravame a efficacia devolutiva piena e immediata, benché con cognizione limitata alle sole questioni devolute dalle parti o rilevabili d'ufficio⁽²⁸³⁾.

La reale novità che ha investito il giudizio di appello riguarda, però, due particolari profili. In primo luogo, oggi la parte che intenda censurare l'accertamento del fatto compiuto dal giudice di prime cure non potrà limitarsi a

⁽²⁸³⁾ Si vedano per tutti N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, p. 65 ss. e, più di recente, C. CONSOLO, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2012, p. 308 ss.

coltivare in appello le questioni giuridiche che sottendono tale accertamento, ma dovrà indicare in modo specifico le modifiche da apportare alla ricostruzione del fatto compiuta dal tribunale.

In pratica, esaminando questo tema tenuto conto del principio di specifica contestazione, la parte appellante dovrà preoccuparsi di indicare analiticamente quali fatti siano stati inclusi ovvero esclusi (a suo parere erroneamente) dall'alveo applicativo della regola dettata dall'art. 115 e, conseguentemente, dovrà indicare come quelle o altre circostanze di fatto dovevano essere interpretate e, dunque, valorizzate ai fini della corretta decisione della controversia. In secondo luogo, l'appellante dovrà non solo indicare specifici motivi di appello, ma dovrà anche allegare con precisione le circostanze da cui deriva la presunta violazione di legge e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata ⁽²⁸⁴⁾.

⁽²⁸⁴⁾ Quanto al primo profilo di cui nel testo, penso che la norma debba essere intesa nel senso che sulla parte appellante incombe l'onere di chiedere al giudice superiore un "rovesciamento" dell'accertamento di fatto, indicando quale sia, secondo il proprio punto di vista, la corretta ricostruzione dei fatti sulla base del materiale istruttorio acquisito al giudizio di primo grado. In mancanza, l'accertamento del fatto contenuto nella sentenza emessa dal giudice di prime cure non potrà essere modificato, con la conseguenza che il giudice del gravame dovrà interpretare e applicare la norma giuridica al fatto così come accertato dal giudice di primo grado, senza poter procedere ad un nuovo ed autonomo accertamento sulla base delle risultanze di causa.

Quanto al secondo profilo, la nuova norma, come detto, attribuisce alla parte impugnante l'onere di indicare le circostanze dalle quali deriva la lamentata violazione di legge e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata. L'espressione normativa non mi sembra di agevole comprensione, principalmente in considerazione della vaghezza delle espressioni utilizzate; si potrebbe tuttavia ipotizzare

E allora, analizzando la riforma in parola alla luce della regola della specifica contestazione, si può ipotizzare che la censura della valutazione finale del giudice di primo grado possa verosimilmente riguardare il peso in concreto attribuito alle prove. In altre parole, l'impugnante dovrà chiedere la riforma della sentenza resa all'esito del primo grado di giudizio perché si fonda su (o comunque contiene) un errato accertamento dei fatti rilevanti per la risoluzione della controversia, per l'asserita erronea applicazione del principio della specifica contestazione.

Ulteriore impatto sulla regola della specifica contestazione ha, infine, la recente riscrittura dell'art. 360, 1° comma, n. 5, cod. proc. civ., norma come noto riferita ai motivi di accesso al giudizio dinanzi la Corte di Cassazione ⁽²⁸⁵⁾, realizzata allo scopo di ridurre il numero dei ricorsi in sede di legittimità e, per tale via, "recuperare"

che il legislatore abbia inteso onerare l'appellante di dimostrare, argomentandola, la causalità dell'errore denunciato rispetto alla decisione impugnata. La parte, cioè, dovrebbe dimostrare non che la decisione appellata, senza l'errore indicato, sarebbe stata diversa e favorevole a sé stessa, ma che l'*error in procedendo* o *in iudicando* compiuto dal giudice di prime cure ha avuto una concreta incidenza sul contenuto della decisione impugnata.

⁽²⁸⁵⁾ L'impatto della riforma citata nel testo sulla regola della specifica contestazione si evince dalla considerazione che, sino alla modifica del 2012, la giurisprudenza di legittimità riteneva che la valutazione della mancata contestazione dei fatti di causa da parte di chi ne aveva l'onere fosse un tipico accertamento di fatto, dunque riservato al giudice del merito e sindacabile in Cassazione solo sotto il profilo del vizio di motivazione (e dunque ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 5 cod. proc. civ. vecchio testo). Si vedano, per tutte, Cass. 14 gennaio 2004, n. 405, in *Dejure*; e Cass. 16 dicembre 2005, n. 27833, *ivi*.

la funzione nomofilattica istituzionalmente attribuita alla Suprema Corte ⁽²⁸⁶⁾.

Il c.d. decreto sviluppo del 2012 (D. L. 22 giugno 2012 n. 83, convertito nella L. 7 agosto 2012 n. 134) ha operato una rilevante modifica al testo dell'art. 360, 1° comma, n. 5, cod. proc. civ., prevedendo che d'ora in poi si potrà denunciare la decisione del giudice inferiore unicamente per «*omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*», e non più, quindi, per «*omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio*» ⁽²⁸⁷⁾.

⁽²⁸⁶⁾ In verità, sembrerebbe che i casi di vizio di motivazione sottoposti fino ad oggi all'esame della Cassazione siano ben pochi, sicché pur se fossero del tutto espunti dall'ambito della cognizione della Corte di legittimità, non si realizzerebbe in ogni caso una rilevante diminuzione del numero di ricorsi. Per tali valutazioni, si vedano in particolare M. DE CRISTOFARO, *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in *www.judicium.it*, p. 1; R. CAPONI, *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, in *www.judicium.it*, p. 11, nonché in *Giur. cost.*, 2012, p. 1539; M. BOVE, *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *www.judicium.it*, p. 7; G. IMPAGNATIELLO, *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del d.l. 83/2012*, in *www.judicium.it*, p. 7.

⁽²⁸⁷⁾ E' opportuno rilevare che la modifica del 2012 ha interessato anche un altro profilo delle impugnazioni dinanzi alla Suprema Corte. Difatti, si è previsto che il nuovo motivo di cui all'art. 360, 1° comma, n. 5, cod. proc. civ. non possa essere utilizzato ove in grado di appello si sia confermato il giudizio di fatto formulato dal giudice di prime cure, e ciò emerga alternativamente dalla dichiarazione di inammissibilità dell'appello (a causa del rilievo che questo non aveva alcuna ragionevole probabilità di essere

Appare subito il caso di notare che la nuova previsione dell'art. 360 è quasi identica a quella che compariva nell'originario 1° comma, n. 5 del medesimo articolo. Come noto, infatti, il codice di rito del 1940 introdusse il controllo sulla motivazione delle decisioni giudiziali, ma limitò il relativo motivo di ricorso al caso di «*omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*». Dall'omesso esame «*di*» un fatto decisivo si è, ora, passati all'omesso esame «*circa*» un fatto decisivo, ma per il resto le due disposizioni sembrano esattamente corrispondere ⁽²⁸⁸⁾.

accolto), ovvero dalla reiezione dell'impugnazione in secondo grado mediante una decisione che conferma quella di primo grado in riferimento alle ragioni in fatto. In altre parole, il ricorso in Cassazione ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 5, cod. proc. civ. non può essere proposto se sulla *quaestio facti* si abbia una c.d. doppia conforme, qualora cioè la decisione resa all'esito del giudizio di primo grado sia confermata da quella del giudice dell'impugnazione.

⁽²⁸⁸⁾ Ritengo opportuno dare brevemente conto dell'evoluzione storica che ha interessato il vizio di motivazione e la sua censurabilità in Cassazione. Il codice di rito del 1865 non contemplava espressamente, fra i motivi di ricorso, il c.d. vizio di motivazione; esisteva soltanto la doglianza relativa alla nullità della sentenza, e si considerava fra le ipotesi di nullità anche la mancanza della motivazione (omissione dei «*motivi in fatto e in diritto*»: art. 361 del codice di procedura civile del 1865). Ciononostante, attraverso l'elaborazione del c.d. vizio logico o insufficienza della motivazione, la Suprema Corte aveva finito per ammettere i ricorsi nei quali venivano dedotti vizi non già solo di nullità della sentenza, ma anche vizi di carenza della motivazione, aprendo così la strada a un sindacato sulla *quaestio facti* che andava oltre la (mera) formale mancanza della motivazione delle decisioni. In questo modo, i giudici di legittimità riuscivano ad effettuare un sindacato indiretto: pur non potendo esprimere un giudizio sulla *quaestio facti*, la Suprema Corte aveva (creato) la

possibilità di rinvenire “sintomi” di ingiustizia, incoerenza, illogicità delle decisioni emesse dai giudici di merito. Questa situazione, com'è ovvio, rendeva molto più agevole l'accesso in Cassazione la quale finiva, quindi, per essere invasa da un carico di lavoro enorme. Per arginare questo fenomeno, si pensò di riscrivere l'art. 360 del codice di rito, restringendo i motivi di ricorso ai soli fatti decisivi che il giudice inferiore aveva ommesso di esaminare. Le ragioni di una simile riforma erano state esplicitate nella relazione al Re del ministro guardasigilli Grandi nei seguenti termini: *«durante i lavori preparatori si era manifestata un'autorevole tendenza a eliminare del tutto dal giudizio di cassazione quel motivo di difetto di motivazione, al quale la pratica giudiziaria aveva dato, com'è noto, un'estensione così esorbitante e così lontana dalle sue origini testuali. Ma piuttosto che sopprimerlo, si è preferito conservarlo ristretto e precisato nella nuova formula, che lo ammette non nella quasi illimitata ampiezza alla quale la pratica era arrivata nell'adattamento delle norme del codice del 1865, ma nei limiti precisi di un ommesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio del quale le parti avevano discusso»*. Alla luce di tali considerazioni, nel codice di procedura civile del 1940 trovò ingresso il motivo di ricorso per Cassazione per *«omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti»*. Dunque, in tal modo le censure alle sentenze rese in grado di appello venivano limitate alla sola ipotesi di motivazione carente in punto di fatti decisivi per la risoluzione della lite, sui quali le parti avevano preso posizione e che, invece, il giudice aveva tralasciato all'atto del decidere. Successivamente, con l'entrata in vigore della Costituzione che, *inter alia*, sanciva in termini assoluti la centralità di numerose garanzie processuali e, in particolare, della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (cfr. art. 111, 6° comma, Cost.), si avvertì la necessità che la Corte di Cassazione giudicasse non soltanto sui casi in cui la motivazione della decisione fosse carente in uno o più punti, ma anche sulle (più numerose) ipotesi in cui tale imprescindibile elemento decisionale fosse contraddittorio, incongruo o illogico. Cosa che, però, era già in qualche modo concretamente praticata, atteso che assai raramente le sentenze impugnate non tenevano conto di un fatto decisivo della controversia, sicché il controllo operato dalla

Il ritorno al passato è, dunque, evidente. Il legislatore della riforma ha giustificato tale scelta in considerazione dell'esigenza di «*evitare l'abuso dei ricorsi in cassazione basati sul vizio di motivazione non strettamente necessitati dai precetti costituzionali, supportando la generale funzione nomofilattica propria della Suprema corte di cassazione quale giudice dello ius constitutionis e non, se non nei limiti della violazione di legge, dello ius litigatoris*»⁽²⁸⁹⁾.

Suprema Corte, più che sull'omesso esame di un fatto «*decisivo*», si incentrava sulla sufficienza e sulla correttezza di tale esame. Ma, ancora una volta, in mancanza di precisi limiti legislativi a questo tipo di controllo (che nuovamente travalicava i limiti imposti dalla lettera della legge processuale), il ricorso ai giudici di legittimità era cresciuto in maniera esponenziale, sicché si avvertì l'esigenza di individuare i confini entro i quali poteva ammettersi il controllo del vizio logico delle decisioni di merito. Si giunse, così, alla modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5 cod. proc. civ. con la legge n. 581 del 14 luglio 1950, la quale mutò il testo originario con la formula «*omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio*»; formula, lo si riconoscerà, molto simile a quella vigente fino al 2012.

Per ulteriori ragguagli circa l'evoluzione storica del vizio di motivazione censurabile in Cassazione qui brevemente ripercorsa si vedano, *ex multis*, G. TRISORIO LIUZZI, *Il ricorso in Cassazione – Le novità introdotte dal D.L.83/2012*, in www.judicium.it; M. BOVE, *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in www.judicium.it.

⁽²⁸⁹⁾ Cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *Il ricorso in Cassazione ... cit.*, p. 13, il quale mostra criticità nei confronti della modifica normativa da ultimo realizzata dal legislatore, sulla considerazione che la Suprema Corte, nell'opera di controllo della motivazione delle decisioni impugnate, si è sempre limitata a verificare la correttezza del ragionamento effettuato dal giudice inferiore e la coerenza delle argomentazioni spese, senza mai entrare nel merito della

Anzitutto, occorre domandarsi cosa voglia intendere il legislatore per «*omesso esame circa un fatto decisivo per la controversia*»⁽²⁹⁰⁾. La lettera della norma condurrebbe a

ricostruzione dei fatti già operata nei gradi precedenti e, quindi, senza mai sostituire il proprio apprezzamento a quello del giudice del merito. E', infatti, stato rilevato che il controllo sulla logicità della motivazione è un aspetto centrale del giudizio dinanzi alla Cassazione, esso costituisce il «*cuore delle funzioni di controllo di legittimità affidate ad una Corte suprema*». Così, R. CAPONI, *La modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5 c.p.c.*, in *www.judicium.it*, p. 3, pubblicato anche in *Foro it.*, 2013, pt. V, p. 150, col titolo *Norme processuali «elastiche» e sindacato in Cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c.)*, il quale tuttavia sostiene che, stante l'infelice formulazione del nuovo art. 360, 1° comma, n. 5, cod. proc. civ. (che sembrerebbe «*abbandonare il terreno del controllo sulla motivazione per varcare quello del riesame del merito*»), si potrebbe operare una «*semplice correzione letterale: si deve discorrere di omissione della motivazione circa un fatto decisivo*». Ci si troverebbe, quindi, dinanzi a ipotesi di «*omissione parziale della motivazione, che riguarda cioè uno specifico punto di fatto, decisivo per la controversia (non necessariamente controverso: la norma richiede solo che il fatto sia stato oggetto di discussione tra le parti)*». Fortemente critico nei confronti della riforma in esame è, infine, G. VERDE, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *www.judicium.it*, p. 11, nonché in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 511, secondo il quale il legislatore è stato mosso da un equivoco di fondo, e cioè dal voler separare la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione da quella del rendere giustizia. Questa, secondo tale esponente della dottrina, è un proposito irrealizzabile, poiché è impossibile separare, in una controversia, il fatto dal diritto, atteso che quest'ultimo funge da elemento di qualificazione del primo, sussunto nell'ipotesi definita dal legislatore.

⁽²⁹⁰⁾ Allo scopo di determinare cosa si intenda esattamente per «*omesso esame*», è forse utile ricordare un'importante pronuncia della Suprema Corte ove si chiarisce che «*la differenza fra l'omessa pronuncia di cui all'art. 112 c.p.c. e l'omessa*

motivazione su un punto decisivo della controversia di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. si coglie nel senso che nella prima l'omesso esame concerne direttamente una domanda od un'eccezione introdotta in causa (e, quindi, nel caso del motivo d'appello uno dei fatti costitutivi della "domanda" di appello), mentre nel caso dell'omessa motivazione l'attività in esame del giudice che si assume omessa non concerne la domanda o l'eccezione direttamente, bensì una circostanza di fatto che, ove valutata, avrebbe comportato una diversa decisione su uno dei fatti costitutivi della domanda o su un'eccezione e, quindi, su uno dei fatti cd. principali della controversia». Così, Cass. 14 marzo 2006, n. 5444, in *Dejure*. Nello stesso senso, fra le tante, v. Cass. 20 febbraio 2007, n. 3983, *ivi*; Cass. 5 aprile 2004 n. 6656, *ivi* e Cass. 23 gennaio 2004 n. 1170, *ivi*.

Quanto, poi, al più specifico requisito dell'«*omesso esame circa un fatto decisivo per la controversia*», di recente i giudici di legittimità hanno avuto modo di affermare chiaramente che «*la nozione di punto decisivo della controversia, di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c., sotto un primo aspetto si correla al fatto sulla cui ricostruzione il vizio di motivazione avrebbe inciso e implica che il vizio deve avere inciso sulla ricostruzione di un fatto che ha determinato il giudice all'individuazione della disciplina giuridica applicabile alla fattispecie oggetto del giudizio di merito e, quindi, di un fatto costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo del diritto. Sotto un secondo aspetto, la nozione di decisività concerne non il fatto sulla cui ricostruzione il vizio stesso ha inciso, bensì la stessa idoneità del vizio denunciato, ove riconosciuto, a determinarne una diversa ricostruzione e, dunque, asserisce al nesso di casualità fra il vizio della motivazione e la decisione, essendo, peraltro, necessario che il vizio, una volta riconosciuto esistente, sia tale che, se non fosse stato compiuto, si sarebbe avuta una ricostruzione del fatto diversa da quella accolta dal giudice del merito e non già la sola possibilità o probabilità di essa. Infatti, se il vizio di motivazione per omessa considerazione di punto decisivo fosse configurabile sol per il fatto che la circostanza di cui il giudice del merito ha omesso la considerazione, ove esaminata, avrebbe reso soltanto possibile o probabile una ricostruzione del fatto diversa da quella adottata dal giudice del merito, oppure se il*

pensare che possano essere censurate in Cassazione soltanto quelle decisioni che mancano del tutto di prendere in considerazione determinate circostanze di fatto sulle quali le parti hanno avuto modo, nei precedenti gradi di giudizio, di prendere posizione e che siano, ai fini della decisione della lite fra queste insorta, *decisive*, cioè

*vizio di motivazione per insufficienza o contraddittorietà fosse configurabile sol perché su uno specifico fatto appaia esistente una motivazione logicamente insufficiente o contraddittoria, senza che rilevi se la decisione possa reggersi, in base al suo residuo argomentare, il ricorso per cassazione ai sensi del n. 5 dell'art. 360 si risolverebbe nell'investire la Corte di cassazione del controllo "sic et simpliciter" dell'iter logico della motivazione, del tutto svincolato dalla funzionalità rispetto a un esito della ricostruzione del fatto idoneo a dare luogo a una soluzione della controversia diversa da quella avutasi nella fase di merito». Così, Cass. 30 agosto 2013, n. 19973, in *Guida al diritto*, 2013, fasc. 45, p. 46. In altri termini, per potersi configurare il vizio di motivazione su un asserito punto decisivo della controversia, è necessario un «rapporto di causalità fra la circostanza che si assume trascurata e la soluzione giuridica data alla controversia, tale da far ritenere che quella circostanza, se fosse stata considerata, avrebbe portato ad una diversa soluzione della vertenza con un giudizio di certezza e non di mera probabilità».*

Si veda anche Cass., 5 marzo 2014, n. 5133, in *Dejure*, ove si chiarisce che «l'omesso esame del fatto decisivo oggetto di discussione nel giudizio afferisce a dati materiali, ad episodi fenomenici rilevanti, ed alle loro ricadute in termini di diritto, aventi portata idonea a determinare direttamente il giudizio».

Pertanto il mancato esame di elementi probatori costituisce vizio di omesso esame di un punto decisivo solo se le risultanze processuali non esaminate siano tali da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia probatoria delle altre circostanze sulle quali il convincimento è fondato, onde la *ratio decidendi* venga a trovarsi priva di base. Così, *ex multis*, Cass. 14 novembre 2013, n. 25608, in *Dejure*; Cass. 24 ottobre 2013, n. 24092, *ivi*; Cass. 3 settembre 2013, n. 20132, *ivi*.

assolutamente dirimenti ai fini della risoluzione del caso concreto ⁽²⁹¹⁾.

⁽²⁹¹⁾ Si veda, in particolare, A. TEDOLDI, *Aporie e problemi applicativi sul "filtro" in appello*, in *Il filtro dell'appello – Saggi, materiali e provvedimenti*, a cura di D. MAFFEIS, C. R. RAINERI, A. MANIACI, A. TEDOLDI, Torino, 2013, p. 70, che, con specifico riferimento al tema della impraticabilità del ricorso per cassazione ai sensi del numero 5 dell'art. 360 cod. proc. civ. nei casi in cui la sentenza d'appello abbia confermato la decisione di primo grado per le stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste alla base della decisione appellata (c.d. doppia conforme), chiarisce che la formula impiegata dal legislatore del 2012 nella riscrittura dell'art. 360, 1° comma, n. 5, cod. proc. civ. «*significa esattamente che un fatto decisivo, appartenente al nucleo essenziale della quaestio facti controversa e risultante da prove, anche indiziarie, acquisite al giudizio ma, ciò nonostante, obliterato dal giudice del merito, potrà di regola essere denunciato alla Suprema Corte, salvo che l'omessa considerazione sia duplice, in primo grado e in appello, dacché ciò dimostrerebbe la non decisività del fatto trascurato da ambedue i giudici del merito*».

Al fine di valorizzare la formulazione della nuova norma, si è argomentata l'ammissibilità di un motivo di ricorso con il quale si lamenti l'omessa considerazione da parte del giudice inferiore «*di una risultanza istruttoria determinante per ritenere esistente o inesistente un fatto decisivo per il giudizio*». Così, M. DE CRISTOFARO, *Appello e cassazione ... cit.*, p. 2. Secondo altri, l'esame «*circa*» un fatto decisivo per la risoluzione della controversia può dirsi omesso sia quando il giudice non lo abbia preso affatto in considerazione, sia quando quel fatto non sia stato esaminato in tutte le sue articolazioni come emerse in sede istruttoria (così, ad esempio, gli estremi della censura *ex art.* 360, 1° comma, n. 5 cod. proc. civ., potrebbero continuare a sussistere sia nel caso in cui siano violate le regole sull'interpretazione dei contratti o sia disattesa una prova legale - in tali fattispecie congiuntamente al motivo di cui all'art. 360, 1° comma, n. 3 -, sia allorché il giudice abbia reputato irrilevante un mezzo istruttorio oppure abbia valutato illogicamente e/o contraddittoriamente le

Una lettura superficiale e isolata della norma come da ultimo modificata condurrebbe a pensare che si sia voluto eliminare il controllo della logicità della motivazione delle sentenze e, conseguentemente, del

deposizioni testimoniali o gli esiti della consulenza tecnica d'ufficio). Così, G. IMPAGNATIELLO, *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del d.l. 83/2012*, in *www.judicium.it*, p. 7. A parere di M. BOVE, *Giudizio di fatto ... cit.*, p. 7, l'«omesso esame» dovrebbe riferirsi esplicitamente alla violazione delle regole metodologiche che la legge fornisce al giudicante al fine di effettuare un ragionamento giuridico corretto. Così, ad esempio, l'interpretazione del giudice sul contratto deve seguire un «metodo», quello che è fornito dagli artt. 1362 ss cod. civ. Così, ancora, la valutazione dei mezzi di prova può essere correttamente effettuata soltanto se il giudicante fa esatta applicazione del canone del «*prudente apprezzamento*» di cui all'art. 116 cod. proc. civ., ovvero – a seconda dei casi – delle norme sulle prove c.d. legali. Si veda anche G. MONTELEONE, *Appendice di aggiornamento al manuale di diritto processuale civile*, Padova, 2012, p. 6, il quale sintetizza la questione affermando che la nuova dizione legislativa dovrebbe segnare il tramonto della possibilità di un controllo diffuso da parte dei giudici di legittimità sull'*iter* logico-giuridico seguito dal giudice del merito, per cui il vizio di motivazione si restringerebbe al solo caso in cui il giudice *a quo* sia incorso in una omissione particolarmente grave, cioè non aver preso affatto in considerazione un fatto «*decisivo*» emerso nei gradi di giudizio precedenti. Quindi, il vizio che ora è stato delineato dal legislatore assume l'aspetto di un *error in procedendo*, poiché sembrerebbe che alla Suprema Corte non sia permesso di effettuare alcuna altra indagine se non quella del rilievo del difetto formale dell'omissione contestata, senza poter procedere al riesame della motivazione nei casi in cui questa sussista: «*se il provvedimento impugnato dia conto dei fatti decisivi, esso non può essere annullato in base all'art. 360 n. 5 anche se la motivazione è intrisa da palesi assurdità, perché essa, per quanto illogica, contraddittoria, errata, ecc. ecc., non manca*».

giudizio sul fatto. Se ciò fosse vero, saremmo dinanzi a uno scenario a dir poco allarmante, atteso che la decisione del giudice del merito potrebbe non essere più soggetta a revisione pur avendo, ad esempio, fatto erronea applicazione delle regole in tema di valutazione del materiale istruttorio ⁽²⁹²⁾. Difatti, limitare il controllo della Suprema Corte alle sole ipotesi di «*omesso esame*» di fatti decisivi della lite comporterebbe per le parti una inaccettabile privazione di una garanzia costituzionale quale è ottenere una motivazione logica e coerente ⁽²⁹³⁾.

Nondimeno, non può escludersi aprioristicamente che si faccia strada un'interpretazione letterale del nuovo n. 5 dell'art. 360; se ciò accadesse, è verosimile pensare che non verrebbero più ammessi ricorsi che, per la

⁽²⁹²⁾ A parere di G. IMPAGNATIELLO, *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Il giusto proc. civ.*, 2012, p. 756, invece, la formulazione di cui al nuovo numero 5 dell'art. 360 cod. proc. civ. non impedisce in ogni caso alla Corte di Cassazione di sindacare «*le regole logico-giuridiche di accertamento del fatto, a cominciare da quelle relative alla valutazione delle prove*». Cioè, si può parlare di «*omesso esame*» circa un fatto decisivo ogni volta che il giudice del merito non abbia preso in esame un determinato fatto emerso in sede istruttorie oppure lo abbia valutato illogicamente. Si veda, poi, I. PAGNI, *Gli spazi per le impugnazioni ... cit.*, p. 304, secondo la quale la riforma del vizio di motivazione appare «*pericolosa*», non solo perché si reintroduce nel sistema processuale una norma vecchia di settant'anni in un contesto generale completamente mutato, ma soprattutto perché «*se abbinata al filtro all'appello, ... non consente di rivedere, sia pure attraverso la lente del difetto di motivazione, quell'errore sul fatto che il giudice d'appello potrebbe aver trascurato, in una valutazione troppo rapida dell'inammissibilità dovuta al carico eccessivo di lavoro*».

⁽²⁹³⁾ Rilievi, questi, di G. TRISORIO LIUZZI, *Il ricorso in Cassazione ... cit.*, p. 15.

risoluzione del giudizio, richiedano una nuova valutazione dei fatti così come emersi dalla motivazione della decisione impugnata, che si assume incongrua, illogica, apodittica, contraddittoria. In altre parole, può ben aprirsi uno scenario nel quale le uniche ipotesi di accesso in Cassazione – ai sensi, beninteso, dell'art. 360, 1° comma, n. 5 cod. proc. civ. – sarebbero quelle nelle quali ci si lamenti che il giudice inferiore abbia immotivatamente trascurato di prendere in considerazione determinate circostanze di fatto discusse fra le parti, mentre non potrebbero essere esaminati ricorsi nei quali ci si dolga dell'erronea valutazione compiuta dal giudice del merito dei fatti di causa ⁽²⁹⁴⁾.

⁽²⁹⁴⁾ Un'apertura all'interpretazione letterale della norma in esame è stata (purtroppo) manifestata dal dott. Lupo, Primo Presidente della Corte di Cassazione, il quale, in occasione della relazione sull'amministrazione della giustizia relativa all'anno 2012 svolta all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013, ha riferito che *«l'intento, del tutto condivisibile, dell'intervento normativo è evidentemente di restringere l'ambito del controllo esercitabile in Cassazione sui vizi di motivazione dell'accertamento dei fatti compiuto dal giudice del merito. Lo strumento opportunamente predisposto dal legislatore dovrà certamente essere utilizzato in conformità, non tanto con la voluntas legislatoris in sintonia con gli auspici che larga parte di teorici e pratici hanno da tempo espresso, quanto con la ratio legis, fatta palese dai termini utilizzati. Né è prevedibile, e tanto meno auspicabile, che possa ripetersi quanto avvenne nel vigore del codice di procedura civile del 1865 (che non prevedeva uno specifico motivo di ricorso) e di quello del 1942 e cioè che, sotto la spinta delle parti che chiedono di rimettere in discussione il giudizio di fatto, si formarono orientamenti di giurisprudenza che, andando oltre una rigorosa interpretazione del dettato normativo, hanno consentito, ancor prima delle modifiche introdotte nel 1950, il sindacato sul vizio logico e sull'insufficienza della motivazione. L'entità della domanda e la dimensione della pendenza, in particolare*

Mi sembra oltremodo evidente che questa interpretazione letterale debba essere avversata con vigore, proprio al fine di scongiurare l'obliterazione delle garanzie costituzionali cui si è fatto cenno in precedenza ⁽²⁹⁵⁾.

Se, tuttavia, si effettua un più attento esame del nuovo testo dell'art. 360, 1° comma, n. 5 cod. proc. civ., soprattutto nel più ampio contesto del sistema delle impugnazioni dinanzi alla Suprema Corte, emerge la possibilità di interpretare la nuova disposizione in linea con le garanzie riconosciute dalla Carta costituzionale e

*dell'arretrato, uniche nel panorama europeo delle corti di ultima istanza, sono corpose ragioni che debbono spingere ad adottare una interpretazione della nuova disposizione coerente con le esigenze sistematiche e funzionali che dovrebbero riportare la Corte a sviluppare le sue funzioni di nomofilachia, depresse o quanto meno fortemente ridotte dall'enorme numero dei ricorsi». Il testo della relazione è reperibile sul sito istituzionale della Corte di Cassazione, sezione Documenti (www.cortedicassazione.it/documenti), nonché in *Giust. civ.*, 2013, p. 343 ss.*

⁽²⁹⁵⁾ Il rischio che una simile interpretazione restrittiva trovi spazio nella pratica è particolarmente avvertito da B. SASSANI, *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 640, secondo il quale «*la disinvolta eliminazione dell'ampio controllo del n. 5 non elimina solo il controllo sulla rappresentazione/ricostruzione dei fatti storici ..., ma taglia alla radice la possibilità di verifica di quella miriade di giudizi la cui rappresentazione nella sentenza forma la base della piramide sulla quale si assidono ricognizione ed interpretazione della norma*». Si veda, sul punto, anche C. CONSOLO, *Lusso o necessità nelle impugnazioni delle sentenze?*, in www.jidicium.it, p. 4, il quale paventa il rischio che la nuova disposizione di cui all'art. 360, 1° comma, n. 5, cod. proc. civ. possa essere impiegata per «*spegnere la luce*» in maniera definitiva sulle motivazioni delle decisioni dei giudici di merito di secondo grado.

con i principi ispiratori di quest'ultima in ambito processuale.

Invero, fra i commentatori della modifica normativa in parola si è ben presto diffusa l'idea che vi siano comunque spazi per consentire il controllo sulla motivazione delle decisioni impugnate dinanzi alla Suprema Corte, riconducibile in qualche modo al vizio di violazione di legge, di cui all'art. 360, 1° comma, n. 4, cod. proc. civ. E' stato, infatti, rilevato che la motivazione contraddittoria comporta la violazione dell'art. 132 cod. proc. civ. (relativo, come noto, ai requisiti di forma-contenuto della sentenza), così da consentire il ricorso all'impugnazione dinanzi alla Suprema Corte ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 4 cod. proc. civ. ⁽²⁹⁶⁾. In effetti,

⁽²⁹⁶⁾ Si vedano, in tal senso, C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Corr. Giur.*, 2012, p. 1140; I. PAGNI, *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *Foro it.*, 2012, pt. V, p. 304; M. DE CRISTOFARO, *Appello e cassazione ... cit.*, p. 2. Si veda, altresì, M. FORNACIARI, *Ancora una riforma dell'art. 360¹ n. 5 cpc: basta, per favore, basta!*, in *www.judicium.it*, p. 4 (in corso di pubblicazione anche in *Riv. dir. proc.*, 2014), secondo il quale, nella nuova situazione normativa, caduto il riferimento alla motivazione carente, contraddittoria od omessa, si potrebbe far strada l'impiego dell'art. 132 cod. proc. civ. – interpretato nel senso che la motivazione idonea sia trattata quale requisito di validità delle decisioni – e quindi si faccia strada un controllo pieno della motivazione, consentendo la censurabilità di qualunque tipo di vizio logico. Secondo A. PANZAROLA, *Commento agli artt. 360 – 348 ter c.p.c.*, in R. MARTINO – A. PANZAROLA, *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, p. 697, nt. 48, soltanto la motivazione mancante e quella contraddittoria possono essere ricondotte a un vizio di violazione di legge, non anche la motivazione insufficiente. Quest'ultima potrebbe essere impugnata ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 4, cod. proc. civ. se viene

considerata sintomatica di una violazione delle norme relative al metodo legale che sovrintende al giudizio di fatto. Si veda anche B. SASSANI, *La logica del giudice ...* cit., p. 641, a parere del quale la riconduzione alla «*falsa applicazione di norma di diritto*» sarebbe la strada che non solo permetterebbe a chi subisce un abuso di non perdere il diritto al controllo della decisione in Cassazione, ma consentirebbe di dare un senso alla funzione nomofilattica della Suprema Corte, trattandosi di individuare soluzioni applicative poco o nulla esplicitate dalle norme scritte. In senso analogo, R. CAPONI, *Norme processuali «elastiche» ...* cit., p. 152, secondo il quale l'applicazione di una norma processuale, tanto più quando questa abbia un contenuto elastico, costituisce immancabilmente l'occasione per impartire una direttiva ai giudici di merito e, quindi, offre sempre alla Suprema Corte lo spunto per l'esercizio della sua funzione tipica. Si veda, poi, M. TARUFFO, *Addio alla motivazione? ...* cit., p. 382, secondo il quale la Cassazione tornerà agli orientamenti che seguiva prima del codice, sanzionando i vizi della motivazione come ragioni di nullità della sentenza per violazione dell'art. 132, n. 4, cod. proc. civ. e, quindi, sulla base dell'art. 360, n. 4, cod. proc. civ. Si veda, infine, F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *www.judicium.it*, par. 10, il quale, già prima della riforma del 2012, affermava di ritenere che ogni volta che il giudice del merito fondava la propria decisione su un fatto erroneamente qualificato come non contestato (a fronte, invece, della specifica contestazione dello stesso), ovvero ometteva di contemplare, ai fini della determinazione del proprio convincimento, la mancata contestazione di un fatto allegato, si verificava un *error in procedendo* in conseguenza della violazione dell'art. 115 cod. proc. civ. che, perciò, era censurabile in Cassazione ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 4, cod. proc. civ. Si rilevava, poi, che nella diversa ipotesi in cui il giudice, pur avendo correttamente qualificato il fatto come non contestato, ovvero pronunciandosi correttamente circa la sua pacificità, inferiva una conclusione logicamente incompatibile con la valutazione effettuata, la relativa doglianza doveva qualificarsi come vizio di motivazione e, come tale, censurabile dinanzi alla Suprema Corte ai sensi del vecchio art. 360, 1° comma, n. 5, cod. proc. civ.

nonostante la forzatura operata sul testo della norma di cui all'art. 132 cod. proc. civ., non credo possa giungersi a diversa soluzione, in quanto la garanzia della motivazione – che, come visto, è elemento essenziale del provvedimento giudiziale – si ha non solo quando essa esiste, ma anche se e quando essa, oltre che esistente, è anche logica e coerente⁽²⁹⁷⁾. Pertanto, a meno di non voler considerare la norma di cui al nuovo art. 360, 1° comma, n. 5, cod. proc. civ. in contrasto con i precetti costituzionali, occorrerà procedere a un'interpretazione della stessa costituzionalmente orientata, riconducendo la fattispecie della motivazione contraddittoria al paradigma dell'art. 360, 1° comma, n. 4, cod. proc. civ., e a tale traguardo si giunge attraverso la valorizzazione dei requisiti di forma-contenuto della sentenza, ritenendo che la decisione possa ben essere succinta, ma mai incoerente, illogica, apodittica o contraddittoria⁽²⁹⁸⁾.

Tuttavia, non può mettersi in dubbio che può essere (e sarà) solo la Cassazione – nella migliore delle ipotesi – ad avvalorare la nuova disposizione nel più ampio sistema dei motivi di ricorso dinanzi alla Suprema Corte. In altri

⁽²⁹⁷⁾ Cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *Il ricorso in Cassazione ... cit.*, p. 14.

⁽²⁹⁸⁾ Di quest'avviso, in particolare, T. GALLETTO, *“Doppio filtro” in appello, “doppia conforme” e danni collaterali*, in *www.judicium.it*, p. 12. Nello stesso senso, I. PAGNI, *Gli spazi per le impugnazioni ... cit.*, p. 304, secondo la quale occorre insistere affinché la Cassazione non trascuri la possibilità di recuperare un controllo sulla motivazione attraverso l'art. 132 cod. proc. civ. e ciò non solo nei casi in cui la motivazione sia formalmente mancante, ma anche in tutte quelle ipotesi nelle quali, pur esistendo formalmente un'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, il giudice del merito abbia indicato quelle ragioni senza compierne approfondita disamina, rendendo pertanto la motivazione del tutto inidonea a consentire il controllo degli elementi posti a fondamento della domanda.

termini, solo la Suprema Corte potrà decidere di assumere una posizione maggiormente garantista – aderendo a un’interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disposizione – ovvero si attesterà sulla valorizzazione del solo dato letterale emergente dal nuovo n. 5 dell’art. 360 cod. proc. civ., impedendo in concreto un giudizio sul fatto, con ciò “alleggerendosi” di un notevole carico di lavoro e abbattendo enormemente il numero di ricorsi da decidere ⁽²⁹⁹⁾.

⁽²⁹⁹⁾ Secondo A. PANZAROLA, *Commento agli artt. 360 – 348 ter c.p.c.* ... cit., p. 701, il concreto funzionamento della Corte di Cassazione si è sovente distaccato dalla lettera della legge. Per tale ragione, sarà la Corte medesima, nel vigore della nuova norma, a “scegliere” come concretamente attuare la modifica normativa, sebbene nel far ciò è presumibile che essa terrà conto dell’obbiettivo del contenimento del numero dei ricorsi.

Come correttamente avverte G. TRISORIO LIUZZI, *Il ricorso in Cassazione* ... cit., p. 16, se in Cassazione dovesse affermarsi la lettura restrittiva dell’art. 360, 1° comma, n. 5, cod. proc. civ., troverebbe spazio nella giurisprudenza dei giudici di merito – adducendo l’esigenza di assicurare una ragionevole durata del processo – il ricorso a un accertamento dei fatti non adeguatamente motivato che sarebbe comunque insindacabile in Cassazione, «*con la conseguenza che il diritto alla motivazione di cui all’art. 111 cost. non sarebbe più assicurato e si assisterebbe ad un fiorire di motivazioni illogiche, non coerenti e, persino, contraddittorie*». Dello stesso avviso, ancora, A. PANZAROLA, *Commento agli artt. 360 – 348 ter c.p.c.* ... cit., p. 711, il quale rileva che se sino ad oggi la latitudine dello scrutinio condotto ai sensi del n. 5 dell’art. 360 avrebbe potuto funzionare da sprone per il giudice inferiore a confezionare una sentenza ben motivata in fatto, inversamente adesso il restringimento di quel motivo di ricorso potrebbe indurre a pensare che d’ora in avanti sia sufficiente una «*motivazione qualsiasi, non importa se buona o cattiva*», di modo da sottrarre la sentenza alle censure. Si veda anche B. SASSANI, *La logica del giudice* ... cit., p. 641, secondo il quale è altamente probabile che la

La Suprema Corte, per la verità, è già intervenuta sul punto con una recentissima decisione resa a Sezioni Unite nella quale – come prevedibile – ha esplicitato che la riformulazione dell’art. 360, 1° comma, n. 5, cod. proc. civ. «*deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall’art. 12 preleggi, come riduzione al minimo costituzionale del sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità*» e, di conseguenza, «*l’anomalia motivazionale denunciabile in sede di legittimità è solo quella che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante e attiene all’esistenza della motivazione in sé, come risulta dal testo della sentenza e prescindendo dal confronto con le risultanze processuali*». Secondo i giudici di legittimità, indipendentemente dall’eventuale insufficienza della motivazione, il nuovo n. 5 dell’art. 360 cod. proc. civ. consentirebbe di adire la Cassazione soltanto nel caso di «*mancaza assoluta di motivi sotto l’aspetto materiale e grafico, ... motivazione apparente, ... contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili, ... motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile*»⁽³⁰⁰⁾.

Corte di Cassazione legga nell’intervento legislativo «*l’attesa autorizzazione a sbarazzarsi all’ingrosso della massa dei ricorsi*». A mio avviso, quello appena segnalato è un rischio concreto che, però, va scongiurato ad ogni costo, poiché il rispetto delle garanzie costituzionali e la correttezza del funzionamento del sistema giurisdizionale nel suo complesso (mediante l’emanazione di decisioni giuste) non può mai cedere il passo dinanzi al canone della ragionevole durata dei giudizi civili.

⁽³⁰⁰⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053, in *Dejure*, nella quale si specifica altresì che «*il nuovo testo dell’art. 360 c.p.c., n. 5), introduce nell’ordinamento un vizio specifico che concerne l’omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia*

3. La contestazione specifica nella nuova espropriazione presso terzi

La legge 24 dicembre 2012, n. 228 (c.d. legge di stabilità per il 2013) ha introdotto il meccanismo della specifica contestazione anche nel processo esecutivo ⁽³⁰¹⁾, in particolare nel procedimento espropriativo presso terzi, avendo il legislatore provveduto alla integrale riscrittura degli articoli 548 e 549 cod. proc. civ. riguardanti, rispettivamente, la mancata dichiarazione del terzo

carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia)». Conseguentemente, secondo la Cassazione, «l'omesso esame di elementi istruttori non integra di per sé vizio di omesso esame di un fatto decisivo, se il fatto storico rilevante in causa sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, benché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie. La parte ricorrente dovrà quindi indicare ... il "fatto storico", il cui esame sia stato omesso, il "dato", testuale o extratestuale, da cui ne risulti l'esistenza, il "come" e il "quando" (nel quadro processuale) tale fatto sia stato oggetto di discussione tra le parti, e la "decisività" del fatto stesso».

⁽³⁰¹⁾ Per completezza, si segnala che l'intervento legislativo in esame ha anche proseguito l'opera di informatizzazione del processo esecutivo iniziata nel 2010. Difatti, la legge n. 228/2012 citata ha introdotto la possibilità di notificare gli atti esecutivi (con riferimento a tutti i tipi di esecuzioni) a mezzo posta elettronica certificata. Inoltre, con riferimento al solo procedimento espropriativo presso terzi, l'ultima riforma ha disposto non solo che l'atto di pignoramento debba contenere, *inter alia*, l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata del creditore procedente, ma anche che il terzo pignorato possa rendere la propria dichiarazione utilizzando la p.e.c., ovviamente nei casi in cui tale soggetto può rendere la dichiarazione per iscritto e non mediante comparizione personale in udienza.

pignorato e la risoluzione dei contrasti insorti sulla dichiarazione effettuata dal *debitor debitoris* ⁽³⁰²⁾.

Più nello specifico, oltre a un'accelerazione del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo pignorato (art. 549 cod. proc. civ.), la legge prevede ora che se il *debitor debitoris* non si presenti in udienza a rendere la dichiarazione nei casi di cui all'art. 545, 3° e 4° comma, cod. proc. civ. ⁽³⁰³⁾, il credito oggetto di pignoramento si considera non contestato nei termini indicati dal creditore. Diversamente, nei casi in cui la dichiarazione del terzo può essere effettuata per iscritto e comunicata in tal modo al creditore procedente, se all'udienza fissata a norma dell'art. 543 cod. proc. civ. il pignorante affermi di non aver ricevuto la dichiarazione scritta del terzo ⁽³⁰⁴⁾, il

⁽³⁰²⁾ Sulle ragioni per le quali una pretesa espropriativa può rivolgersi a un soggetto terzo rispetto alle parti fra le quali è sorta l'obbligazione rimasta insoddisfatta si veda, per tutti, B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2012, p. 201 ss.

⁽³⁰³⁾ Come noto, si tratta delle somme dovute dai privati a titolo di stipendio, salario, o altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego, comprese quelle dovute a causa di licenziamento, le quali sono pignorabili nei limiti indicati dallo stesso art. 545, 3° e 4° comma, cod. proc. civ.

⁽³⁰⁴⁾ G. MONTELEONE, *Semplificazioni e complicazioni nell'espropriazione presso terzi*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 5, acutamente osserva che la disposizione riformata apre la strada a comportamenti opportunistici del creditore procedente, in quanto quest'ultimo ben potrebbe mentire in udienza, dichiarando di non aver ricevuto alcuna dichiarazione da parte del terzo quando essa non sia per lui positiva. Analoghe considerazioni sono svolte da A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 12, il quale spiega che, proprio al fine di evitare condotte opportunistiche del creditore pignorante, la legge ha previsto la fissazione di una nuova udienza, ciò per consentire al giudice di avere cognizione diretta della mancata dichiarazione del terzo. Difatti, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 548, 1° comma, cod.

giudice dell'esecuzione è tenuto a fissare una nuova udienza, alla quale, in assenza del terzo, il credito pignorato si considera non contestato nei termini indicati dal precedente ⁽³⁰⁵⁾.

In entrambe le ipotesi, è comunque riconosciuta al terzo la possibilità di impugnare l'ordinanza di assegnazione del bene o del credito emessa a seguito della sua mancata dichiarazione nelle forme e nei termini dell'opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 cod. proc. civ.* (art. 548, 3° comma, cod. proc. civ.) ⁽³⁰⁶⁾.

proc. civ. il terzo è tenuto a comparire all'udienza fissata con l'atto di pignoramento (e il giudice ha, quindi, immediata percezione del comportamento eventualmente inerte del *debitor debitoris*), nell'ipotesi dell'art. 548, 2° comma, cod. proc. civ. le informazioni circa la mancata dichiarazione del terzo provengono unicamente dalle affermazioni fatte in udienza dal creditore precedente, le quali potrebbero ben essere mendaci o anche semplicemente inesatte. Per tale ragione, il legislatore ha voluto che la mancata contestazione del terzo fosse verificata direttamente dal giudice in una successiva udienza appositamente fissata per la comparizione del *debitor debitoris*. Le medesime riflessioni sono svolte da A. STORTO, *Riforma natalizia del pignoramento presso terzi: le instabili conseguenze della "stabilità"*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 40 e da G. TOTA, *Commento all'art. 548 cod. proc. civ.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, vol. VI, Torino, 2013, p. 868.

⁽³⁰⁵⁾ Per approfondimenti circa la natura giuridica della dichiarazione del terzo si vedano, in particolare, A. MAJORANO, *L'espropriazione presso terzi*, in AA. VV., *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di G. MICCOLIS e C. L. PERAGO, Torino, 2009, p. 226, nonché il fondamentale studio di R. VACCARELLA, voce «*Espropriazione presso terzi*», in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, pp. 113 ss.

⁽³⁰⁶⁾ Mi sembra opportuno riportare il testo delle norme interessate dalla riforma, entrate in vigore il 1° gennaio 2013. Attualmente

l'art. 548 cod. proc. civ. dispone al primo comma che *«se il pignoramento riguarda i crediti di cui all'articolo 545, terzo e quarto comma, quando il terzo non compare all'udienza stabilita, il credito pignorato, nei termini indicati dal creditore, si considera non contestato ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione, e il giudice provvede a norma degli articoli 552 o 553»*. La norma di cui all'art. 548 cod. proc. civ. prevede, poi, che qualora all'udienza di comparizione il creditore riferisca di non aver ricevuto la dichiarazione da parte del terzo, il giudice debba fissare una nuova udienza con ordinanza da notificare al *debitor debitoris* almeno dieci giorni prima della data fissata. Ove il terzo non compaia neppure a tale udienza, *«il credito pignorato o il possesso del bene di appartenenza del debitore, nei termini indicati dal creditore, si considera non contestato a norma del primo comma»*. L'ultimo comma dell'art. 548 cod. proc. civ. dispone, poi, che il terzo può impugnare nelle forme e nei termini di cui all'art. 617, 1° comma, cod. proc. civ. l'ordinanza di assegnazione emessa dal giudice dell'esecuzione, a condizione che provi di non averne avuto tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione, ovvero per caso fortuito o forza maggiore. Infine, l'art. 549 cod. proc. civ. dispone che *«se sulla dichiarazione del terzo sorgono contestazioni, il giudice dell'esecuzione le risolve, compiuti i necessari accertamenti, con ordinanza. L'ordinanza produce effetti ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione ed è impugnabile nelle forme e nei termini di cui all'articolo 617»*. Come noto, nel sistema previgente il giudizio di accertamento dell'esistenza e dell'entità del debito del terzo pignorato si svolgeva nelle forme del rito ordinario di cognizione, da instaurarsi a cura del creditore procedente mediante la proposizione di un'apposita domanda giudiziale. E' evidente, perciò, il divario rispetto al sistema attualmente in vigore: oggi, ove sorgano contestazioni in ordine alla dichiarazione resa dal terzo, è il medesimo giudice dell'esecuzione a conoscere di tali contrasti e a risolverli con ordinanza, impugnabile nelle forme e nei termini stabiliti per l'opposizione agli atti esecutivi (art. 617 cod. proc. civ.).

Questo, in breve, il panorama delle modifiche normative che si andranno appresso a esaminare compiutamente.

Come si può agevolmente dedurre dalle disposizioni riformate, e in particolare dalla norma contenuta nell'art. 548 cod. proc. civ., l'onere della specifica contestazione in sede esecutiva è destinato a produrre effetti oltremodo rilevanti ai fini della determinazione del credito pignorabile e, quindi, del perfezionamento del pignoramento: la mancata contestazione del credito da parte del terzo è del tutto parificata alla sua dichiarazione positiva, dalla quale discende la possibilità per il creditore procedente di soddisfarsi nelle forme previste dagli articoli 543 e seguenti cod. proc. civ. ⁽³⁰⁷⁾.

In altri termini, l'omessa contestazione del *debitor debitoris* impone al giudice dell'esecuzione di procedere all'assegnazione del credito o del bene pignorato, così da "sanzionare" in un certo senso il terzo che non presti la propria collaborazione alla definizione dell'oggetto dell'esecuzione e al perfezionamento del pignoramento.

Al riguardo, è stato perciò efficacemente osservato che l'onere della specifica contestazione è, nel caso del

⁽³⁰⁷⁾ Occorre segnalare, tuttavia, che il comportamento del terzo non avrà alcun rilievo nel caso in cui oggetto di esecuzione siano beni assolutamente impignorabili, atteso che il regime legale del bene sottoposto a esecuzione deriva direttamente dalla legge e non può essere lasciato nella disponibilità dei privati. Nel caso, invece, dei beni relativamente impignorabili i dubbi eventualmente sorti dalla mancata dichiarazione del terzo possono essere risolti attraverso l'ordinanza di assegnazione ovvero il potere di reazione riconosciuto al debitore esecutato. Simili riflessioni sono state efficacemente svolte da A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi* ... cit., p. 22, al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti.

processo esecutivo presso terzi, utilizzato con «*effetti dirompenti*» che rovesciano il sistema previgente ⁽³⁰⁸⁾. Difatti, in passato la legge non faceva discendere dalla mancata dichiarazione del terzo alcuna conseguenza in ordine all'esistenza del debito di quest'ultimo nei confronti dell'esecutato ⁽³⁰⁹⁾.

Può convenirsi sul fatto che la logica ispiratrice dell'intervento riformatore parrebbe la medesima, acceleratoria, che ha mosso l'introduzione nel codice di

⁽³⁰⁸⁾ Così, A. ATTERITANO, *Note minime in tema di onere della contestazione e tecniche di accelerazione del processo*, in *www.judicium.it*, p. 8, che richiama sul punto lo scritto di A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 9, il quale riferisce che l'intervento riformatore in esame ha mutato sostanzialmente la posizione del terzo – rendendola «*sempre più delicata*» – nel quadro della procedura espropriativa di cui agli artt. 543 ss. cod. proc. civ. Sul punto, si vedano anche G. TOTÀ, *Commento all'art. 548 ... cit.*, p. 858; P. FARINA, *L'espropriazione presso terzi dopo la legge n. 228 del 24 dicembre 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 240; A. BRIGUGLIO, *Note brevissime sull'onere di contestazione per il terzo pignorato (nuovo art. 548 c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 30, nonché in *www.judicium.it*, p. 1, il quale sostiene che occorre ridimensionare con razionalità la novità normativa in questione.

⁽³⁰⁹⁾ Molto critico sulla modifica normativa A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ... cit.*, ancora a p. 9, secondo il quale l'esigenza di salvaguardare gli interessi del terzo sembra essere stata totalmente assente nelle considerazioni del legislatore. Tale dottrina ricorda, poi, che nella vigenza del vecchio art. 548 cod. proc. civ. la mancata dichiarazione del terzo era circostanza impeditiva del perfezionarsi del pignoramento per difetto dell'oggetto (salva la possibilità di esperimento del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo). Oggi, all'opposto, il silenzio del terzo vale come riconoscimento della debenza delle somme indicate dal creditore procedente o della sussistenza delle cose pignorate.

rito del principio di specifica contestazione ⁽³¹⁰⁾. Ciò in quanto, in assenza della dichiarazione del *debitor debitoris*, non si farebbe più luogo (quasi automaticamente) al giudizio di cognizione per l'accertamento dell'obbligo del terzo pignorato, ma l'incertezza circa l'esistenza del credito dell'esecutato si risolverebbe in seno alla stessa udienza di comparizione delle parti (o, al più tardi, in quella successiva fissata dal giudice ai sensi del secondo comma del nuovo art. 548 cod. proc. civ.).

L'accelerazione della procedura conseguente all'applicazione delle nuove regole non può essere messa in discussione. Tuttavia, le modifiche riguardanti la mancata dichiarazione del terzo pignorato incidono in maniera più pervasiva (e, quindi, più pericolosa) sull'esito

⁽³¹⁰⁾ In argomento, G. MONTELEONE, *Semplificazioni e complicazioni* ... cit., p. 1 afferma che lo scopo dell'intervento legislativo è stato quello di agevolare per il creditore procedente il buon esito dell'espropriazione di crediti di denaro o di beni mobili nella detenzione giuridicamente qualificata di terzi, permettendogli di ottenere rapidamente l'ordinanza di assegnazione del bene pignorato anche in caso di inerzia o di ostruzionismo del *debitor debitoris*. Pertanto, il risultato delle nuove norme consiste nello snellimento del procedimento di espropriazione presso terzi, il quale viene liberato dall'incidenza necessaria di un processo di cognizione piena tutte le volte in cui il terzo pignorato non cooperi attivamente alla sua positiva conclusione in difetto di valide ragioni. Anche a parere di S. VINCRE, *Brevi osservazioni sulle novità introdotte dalla l. 228/2012 nell'espropriazione presso terzi: la mancata dichiarazione del terzo (art. 548 c.p.c.) e la contestazione della dichiarazione (art. 549 c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 54, le novità in esame sono state introdotte con il «lodevole intento di accelerare e semplificare il procedimento di espropriazione presso terzi», benché alcuni profili suscitino qualche perplessità.

del procedimento rispetto alle conseguenze collegate alla mancata contestazione dei fatti nel processo di cognizione. L'utilizzo della regola della specifica contestazione in ambito esecutivo comporta effetti rilevanti a danno di un soggetto che non è parte del processo ⁽³¹¹⁾, il quale può diventare debitore per la disciplina processuale, pur non essendolo nella dimensione sostanziale, per il semplice

⁽³¹¹⁾ Così, S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 57, la quale chiarisce che il terzo nel sistema espropriativo «non assume mai il ruolo di “controparte” del creditore procedente, [cioè, n.d.r.] di parte eseguita». Difatti, il *debitor debitoris* viene chiamato nel processo esecutivo al solo scopo di rendere certa, mediante la sua dichiarazione, l'assoggettabilità di determinati beni o crediti all'esecuzione forzata, in quanto egli è tenuto a specificare esattamente di quali beni o crediti si tratta e in quale situazione giuridica essi si trovano. Ma, a tal fine, non acquista mai la qualità di parte nell'espropriazione. Analogamente, A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 13, rileva che fino ad oggi l'obbligo di contestazione gravava sulla controparte processuale e non su un soggetto che non era parte di quel giudizio, come nel caso del *debitor debitoris*. Tuttavia, nella formula legislativa la locuzione «non contestato» sembrerebbe coincidere con quella di “riconoscimento” da parte del terzo di quanto affermato dal pignorante. In considerazione di simili evoluzioni normative, si afferma in termini provocatori, potrebbe forse attendersi una futura riforma nella quale il principio della specifica contestazione verrà applicato ai testimoni, prevedendo che la mancata comparizione di costoro possa essere parificata alla conferma dei capitoli di prova dedotti.

Per approfondimenti circa l'estraneità del terzo al processo esecutivo si vedano, per la dottrina, V. COLESANTI, *Il terzo debitore nel pignoramento di crediti*, Milano, 1967 e, per la giurisprudenza, per tutte, Cass. 5 giugno 2007, n. 13069, in *Riv. esec. forz.*, 2007, p. 394.

fatto di non aver reso la propria dichiarazione (³¹²). In altre parole, il comportamento del terzo pignorato produce effetti immediati sull'esito della decisione del giudice dell'esecuzione; diversamente, nel processo ordinario di cognizione, la mancata contestazione di una delle parti trova, comunque, un "filtro" nell'attività del giudice consistente nella valutazione dell'intero paniere istruttorio.

Per tali fondamentali rilievi, buona parte della dottrina interessata al tema ha concluso che l'istituto della mancata contestazione nel processo esecutivo abbia ben poco in comune con il relativo principio la cui generale enunciazione si rinviene nel riformato art. 115 cod. proc. civ. Invero, lo scostamento fra le due "figure" di non contestazione è evidente: sono differenti il ruolo processuale del soggetto il cui comportamento rileva quale mancata contestazione, il comportamento medesimo e, soprattutto, gli effetti che scaturiscono da simili contegni (³¹³).

Si ritiene, infatti, che l'applicazione nel processo esecutivo del principio di specifica contestazione sia dotata

(³¹²) Sul punto, A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 11, acutamente osserva che la posizione sostanziale del terzo perde ogni rilevanza di fronte alla disciplina processuale, che può trasformare in un debitore un terzo che non lo è affatto, per il semplice fatto che non ha reso, scientemente o meno, la propria dichiarazione.

(³¹³) Sul punto si vedano, in particolare, S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 57 e G. TOTA, *Commento all'art. 548 ... cit.*, p. 862, la quale conclude nel senso che il richiamo operato alla specifica contestazione di cui all'art. 115 cod. proc. civ. «*abbia una valenza più che altro descrittiva*», nel senso che, come rilevato da A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 13, «*nell'intento legislativo tale formula sembra dover coincidere con quella di "riconoscimento" da parte del terzo di quanto affermato dal creditore*».

di caratteristiche diverse rispetto a quelle che avvolgono l'istituto *de quo* nel giudizio ordinario di cognizione. In primo luogo, infatti, l'art. 115 cod. proc. civ. fa riferimento espresso alle parti costituite, mentre nella logica del processo esecutivo presso terzi il *debitor debitoris* non è parte in causa, sicché egli non è la controparte del creditore procedente, ma dovrebbe essere considerato una figura *sui generis* ⁽³¹⁴⁾, né, conseguentemente, potrà mai essere considerato contumace in assenza di comparizione all'udienza. In dottrina si afferma, al riguardo, che la valorizzazione della regola della specifica contestazione nel processo esecutivo presso terzi costituisce «una declinazione che ha spiccati caratteri di originalità e che poco o nulla ha a che vedere con quella non contestazione della quale si è soliti trattare e che ha recentemente avuto un esplicito riconoscimento in via generale nell'art. 115 c.p.c.» ⁽³¹⁵⁾.

L'art. 548 cod. proc. civ., allora, produce nella sostanza un effetto confessorio che prescinde dal concetto di contumacia, che non trova un equivalente nel processo esecutivo e che, peraltro, si riferisce al comportamento di un soggetto estraneo al relativo procedimento ⁽³¹⁶⁾.

⁽³¹⁴⁾ Così, S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 58.

⁽³¹⁵⁾ Così, ancora, S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 56. Stante la diversità fra le due forme di contestazione, una parte della dottrina propone di considerare quella operante nel processo di esecuzione come un riconoscimento presunto da parte del terzo di quanto affermato dal creditore procedente, e non una vera e propria applicazione del principio di specifica contestazione di cui all'art. 115 cod. proc. civ. In questo senso, si veda G. TOTA, *Commento all'art. 548 ... cit.*, p. 861, nonché il già richiamato rilievo di A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 13.

⁽³¹⁶⁾ Si veda A. STORTO, *Riforma natalizia del pignoramento presso terzi ... cit.*, p. 45.

Queste, tuttavia, non sono le uniche critiche da muovere alla riforma in commento. Numerose sono, infatti, le questioni analizzate dalla dottrina che ha a mio avviso efficacemente messo a fuoco le criticità del sistema delineato dalla legge di stabilità per il 2013.

Si consideri, ad esempio, che nel sistema previgente il terzo riceveva maggiore tutela, non solo perché in caso di assenza della sua dichiarazione non si faceva luogo a un'automatica ordinanza di assegnazione, ma anche perché le conseguenze della sua inattività rilevavano, semmai, nel successivo giudizio di cognizione che si svolgeva al fine di accertare l'esistenza e l'entità del suo debito nei confronti del soggetto esecutato. Solo in quella sede, infatti, ove il terzo continuava a disinteressarsi dell'esecuzione in corso, potevano applicarsi nei suoi confronti le conseguenze di cui all'art. 232 cod. proc. civ., e cioè le sue omesse dichiarazioni erano trattate alla stregua delle mancate risposte all'interrogatorio formale. Ma ciò era consentito e perfettamente legittimo, atteso che con l'instaurazione del giudizio di accertamento il *debitor debitoris* assumeva la qualità di parte a tutti gli effetti, sicché poteva trovare applicazione nei suoi confronti la norma in materia di interrogatorio formale secondo la quale è rimesso al prudente apprezzamento del giudice ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio sui quali è mancata senza motivo la risposta della parte ⁽³¹⁷⁾. Nel sistema attuale, invece, l'originaria mancata dichiarazione del terzo, avente efficacia di omessa contestazione, potrà essere considerata nell'eventuale opposizione da questi

⁽³¹⁷⁾ In questo senso, in particolare, A. STORTO, *Riforma natalizia del pignoramento presso terzi ... cit.*, p. 38. Così anche S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 55 e 59.

proposta e valutata dal giudice ai sensi dell'art. 116 cod. proc. civ. ⁽³¹⁸⁾.

Altra questione analizzata dai processualisti concerne la mancanza, nel nuovo testo dell'art. 548 cod. proc. civ., di alcun riferimento all'ipotesi del terzo che rifiuti di rendere la propria dichiarazione (possibilità, invece, prevista dal vecchio testo della norma). Sul punto è stato osservato che, nonostante il silenzio del riformatore, la regola enunciata dalla disposizione citata dovrebbe applicarsi anche al terzo silente e ciò in considerazione della finalità sottesa alle nuove disposizioni, nel senso di "imporre" al *debitor debitoris* la collaborazione per la rapida definizione della procedura esecutiva ⁽³¹⁹⁾. Una

⁽³¹⁸⁾ Così, A. BRIGUGLIO, *Note brevissime sull'onere di contestazione ... cit.*, p. 32.

⁽³¹⁹⁾ Sul punto, v. S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 59 a parere della quale la mera presenza del terzo non ha rilievo ai fini della procedura: «*se, pur comparendo, egli non ammette e non contesta di essere debitore o possessore di beni dell'esecutato, né specifica alcunché riguardo ai medesimi, è evidente che egli non fornisce al pignorante alcuna collaborazione. Non vi è quindi alcun motivo per attribuire solo all'assenza del terzo e non al silenzio del medesimo il significato della non contestazione del credito pignorato o del possesso di beni del debitore*». *Contra*, A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 14; G. TOTA, *Commento all'art. 548 ... cit.*, p. 873; A. STORTO, *Riforma natalizia del pignoramento presso terzi ... cit.*, p. 43, il quale, però, rileva che «*il riconoscimento dell'eccentricità di questa norma (l'art. 548 cod. proc. civ.) rispetto alla sistematica della "non contestazione", con conseguente mancata applicazione della stessa al caso del rifiuto di dichiarare, produrrebbe un irragionevole assetto ultimo del processo in esame nel quale il non comparire per dichiarare significa riconoscere il credito pignorato, nei termini indicati dal creditore, mentre il comparire e rifiutare di dichiarare equivarrebbe ad una sorta di dichiarazione negativa da contestare ai sensi dell'art. 549 c.p.c., laddove invece*

diversa conclusione, secondo una parte della dottrina, rischierebbe di condurre a una pronuncia di incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 3 Cost. ⁽³²⁰⁾.

Si pensi, poi, al fatto che la norma di cui all'art. 548 cod. proc. civ. nulla prevede neppure in ordine ad una eventuale (ma quanto mai opportuna) informativa da dare al terzo circa le conseguenze della sua mancata dichiarazione o comparizione in udienza. Informazioni che, invece, sarebbero doverose, attese le già rilevate notevoli conseguenze derivanti dall'inerzia del *debitor debitoris*. Al riguardo, è stato infatti osservato che si assiste a una eclatante disparità di trattamento fra il terzo pignorato e il convenuto nel processo ordinario di cognizione. A favore di quest'ultimo, come noto, la legge prevede precisi obblighi di informazione, ad opera della parte attrice, circa le conseguenze della tardiva costituzione in giudizio, sicché si è posta in discussione la legittimità costituzionale della norma da ultimo modificata ⁽³²¹⁾.

la sostanza delle cose sembrerebbe realizzare un'assimilazione delle due ipotesi sotto il marchio del silenzio non significativo».

⁽³²⁰⁾ Così, ancora, S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 60.

⁽³²¹⁾ Sul punto, si vedano le riflessioni di A. STORTO, *Riforma natalizia del pignoramento presso terzi ... cit.*, p. 41 e di A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ... cit.*, pp. 12-13, il quale si domanda appunto quale sia la ragione per la quale il terzo pignorato non debba essere informato che la mancata comparizione all'udienza comporta la mancata contestazione di quanto affermato dal creditore precedente circa le somme o le cose pignorate, quando invece numerose disposizioni prevedono un tale onere per la parte istante: (i) l'art. 163, 3° comma, n. 7, cod. proc. civ. prevede che il convenuto debba essere avvertito (a pena di nullità della domanda giudiziale ex art. 164 cod. proc. civ.) delle decadenze in cui incorre se non si costituisce in giudizio

tempestivamente; (ii) l'art. 641, 1° comma, cod. proc. civ. dispone che l'ingiunto debba essere avvertito della possibilità di fare opposizione; (iii) l'art. 660, 3° comma, cod. proc. civ. impone che l'intimato di sfratto debba essere informato che la sua mancata comparizione comporterà la convalida del provvedimento richiesto nei suoi confronti. Per le ragioni esposte, si ravvisa una differenza di trattamento macroscopica fra il terzo pignorato e il convenuto in un giudizio ordinario di cognizione non tollerabile, né giustificabile alla luce dei precetti costituzionali contenuti negli artt. 3, 24 e 111 Cost. Invero, l'art. 548, 1° comma, cod. proc. civ., considerato il radicale cambiamento di prospettiva introdotto da tale disposizione circa gli effetti della mancata dichiarazione del terzo, avrebbe dovuto imporre sul punto la massima cautela, con una riformulazione dell'art. 543, 2° comma, n. 4, cod. proc. civ., per dare conto delle conseguenze della mancata comparizione all'udienza. Analogamente, l'art. 548, 2° comma, cod. proc. civ. difetta di un'adeguata formulazione, atteso che esso, ad oggi, si limita a prevedere la semplice notificazione al *debitor debitoris* dell'ordinanza che fissa una nuova udienza di comparizione, senza disporre che vengano esplicitate la portata e le conseguenze della sua mancata comparizione all'udienza così fissata. Analoghe considerazioni sono svolte da G. TOTA, *Commento all'art. 548 ... cit.*, p. 860, secondo la quale la mancata previsione di cui nel testo suscita notevoli perplessità, atteso che è agevole ipotizzare che il terzo, confidando nella possibilità di rendere la propria dichiarazione in epoca successiva, non compaia in udienza. Tale considerazione rende ancor più evidente l'opportunità di modificare l'art. 543 cod. proc. civ. nel senso di rendere obbligatorio per il creditore procedente avvertire il *debitor debitoris* delle conseguenze che la legge ricollega al suo disinteressamento. Si veda, infine, P. FARINA, *L'espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 242, che ritiene necessario l'avvertimento al terzo che, se manca di comparire all'udienza, le affermazioni del creditore pignorante si hanno per riconosciute, alla stregua di quanto è previsto per l'intimato nella convalida di sfratto *ex art. 660, 3° comma, cod. proc. civ.*; in difetto di tale avvertimento, si afferma che il giudice non possa ordinare l'assegnazione del

Occorre poi considerare che risulta difficile raccordare le conseguenze della mancata dichiarazione del terzo con la genericità degli atti di pignoramento. Difatti, nell'ipotesi in cui l'atto di pignoramento sia redatto in termini vaghi e generici quanto all'oggetto dell'espropriazione (ciò che la legge consente: art. 543, 2° comma, n. 2, cod. proc. civ.), in assenza di dichiarazione del terzo il giudice non avrà parametri ben definiti entro i quali disporre l'assegnazione del bene o del credito; viceversa, ove l'indicazione del bene da pignorare sia analitica, l'applicazione della nuova regola di cui all'art. 548 cod. proc. civ. sarebbe accompagnata da minori incertezze ⁽³²²⁾. Nelle ipotesi in cui il pignoramento abbia

credito, poiché nel caso opposto vi sarebbe una palese violazione dei precetti costituzionali di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost.

⁽³²²⁾ In argomento, si veda A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ... cit.*, pp. 14 ss., secondo cui l'analiticità dell'atto di pignoramento certamente renderebbe più agevole l'applicazione della nuova disciplina. Tuttavia, indipendentemente dal grado di specificità del pignoramento, il perfezionamento del medesimo derivante dall'inerzia del terzo è destinato in ogni caso a operare: la mancata comparizione del *debitor debitoris* determina il riconoscimento dell'obbligo con riferimento all'esistenza del rapporto di debito/credito in essere fra l'esecutato e il terzo pignorato, ma non quanto all'ammontare dovuto. In altri termini, dall'individuazione da parte del pignorante di un rapporto obbligatorio fra il terzo e l'esecutato – che, in assenza di dichiarazione o comparizione, dovrà considerarsi presuntivamente riconosciuto nell'*an* – nulla può desumersi circa il *quantum* dovuto dal terzo all'esecutato in ragione di tale obbligazione. Conseguentemente, l'assegnazione potrà essere disposta con riferimento al rapporto di cui è stata riconosciuta l'esistenza, ma senza contenere l'indicazione della somma assegnata, similmente a quanto già avveniva quando tale provvedimento concerneva crediti di cui non era noto il preciso ammontare. L'assegnazione avverrà, quindi, fino alla concorrenza

del credito vantato dal creditore precedente, nella misura in cui il debito del terzo sarà sussistente. A diverse conclusioni deve, invece, giocoforza giungersi allorché oggetto di esecuzione sia non già un credito, ma un bene del debitore che si trovi presso il terzo. In tali ipotesi, infatti, l'indicazione generica della *res* precluderebbe la possibilità di effettuare la vendita del bene (poiché non potrebbe operarsi la stima di un bene indeterminato) o la sua assegnazione, oppure ancora la sua consegna coattiva. Si veda anche S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 63, a parere della quale nella vigenza della nuova norma il creditore precedente, al fine di potersi effettivamente avvalere dell'effetto della mancata contestazione dell'obbligo del terzo, dovrà farsi carico di un onere di specificazione maggiore rispetto al passato. Infatti, ove ciò non avvenga, non solo il principio della mancata contestazione non potrà produrre effetti riguardo alla determinazione dei beni e dei crediti da assegnare al precedente, ma, in conseguenza di ciò, non potrà nemmeno perfezionarsi il pignoramento. Si veda, poi, G. TOTA, *Commento all'art. 548 ... cit.*, p. 865, la quale riferisce che le difficoltà maggiori si incontrano nelle ipotesi in cui il creditore pignorante, nonostante l'indicazione del titolo costitutivo dell'obbligo del terzo, ometta di specificarne l'importo. Ci si chiede, cioè, quale possa essere il contenuto della successiva ordinanza di assegnazione. Secondo tale dottrina, *«sembra corretto ritenere che il giudice dell'esecuzione debba assegnare il credito pignorato ... senza poter procedere all'esatta quantificazione della quota pignorabile di ciascun rateo di retribuzione (il cui ammontare si ignora), ordinando quindi al terzo di corrispondere all'assegnatario l'importo dovuto mediante detrazione dalla retribuzione (o da ogni altro emolumento o indennità spettante al debitore esecutato in dipendenza del rapporto di lavoro), per quote di un quinto su ciascuna mensilità e con esclusione della eventuale frazione dovuta a titolo di assegni familiari»*. In queste ipotesi è, però, dubbio, che l'ordinanza in discorso spieghi efficacia esecutiva nei confronti del terzo. Sicché *«sembra preferibile ritenere che il suo unico effetto sia quello di operare il trasferimento del credito dal debitore esecutato al creditore assegnatario, legittimando quest'ultimo a pretendere il pagamento degli importi di volta in volta maturati, ma non anche di agire in*

ad oggetto cose del debitore che sono in possesso del terzo, il problema del grado di specificità del pignoramento medesimo conduce a conclusioni più “gravose” di quelle individuate per il pignoramento di crediti. Difatti, è oltremodo evidente che l’operatività del meccanismo della contestazione nel processo esecutivo postula la compiuta individuazione della cosa, la cui descrizione dovrà essere tale da consentirne l’inequivoca identificazione. A tale conclusione conduce la considerazione che, in caso di vendita del bene ai sensi dell’art. 552 cod. proc. civ., di tale *res* deve essere possibile la stima e l’asporto e che, in caso di assegnazione, la relativa ordinanza deve recare l’indicazione del bene assegnato (art. 507 cod. proc. civ.). Da tanto consegue, perciò, che la presunzione di riconoscimento di cui al nuovo art. 548 cod. proc. civ. non possa operare con riferimento alle cose individuate in modo generico ⁽³²³⁾.

Si consideri, infine, che il nuovo art. 548 cod. proc. civ. non consente al terzo di indicare i sequestri precedentemente eseguiti sui beni sottoposti a esecuzione, né di aggiornare la situazione debitoria o possessoria del

executivis contro il terzo che non abbia spontaneamente adempiuto». Si veda, infine, P. FARINA, *L’espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 243, secondo la quale la genericità dell’atto di pignoramento (ancora possibile per effetto della mancata modifica dell’art. 543, n. 2, cod. proc. civ.) impedisce l’operatività della *fictio iuris* della mancata contestazione del terzo, non essendo il giudice, in questi casi, in condizione di ordinare l’assegnazione di specifici crediti, né la vendita di determinati beni.

⁽³²³⁾ Sul punto, si veda ancora G. TOTA, *Commento all’art. 548 ... cit.*, p. 870, la quale richiama le analoghe considerazioni svolte da A. SALETTI, *Le novità dell’espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 17.

terzo medesimo successivamente alla notificazione dell'atto di pignoramento presso terzi ⁽³²⁴⁾. Inoltre, nell'ipotesi di più pignoramenti presso lo stesso *debitor debitoris*, la presunta dichiarazione positiva del terzo, come non consente l'aggiornamento della posizione debitoria di costui nei confronti dell'esecutato, così non consentirà la riunione dei distinti processi, in quanto l'utilizzo del meccanismo della specifica contestazione nega la possibilità che il giudice dell'esecuzione conosca della pluralità delle espropriazioni notificate al medesimo terzo da parte dell'unico soggetto che potrebbe fornire simili informazioni (art. 550 cod. proc. civ.). Conseguentemente, le procedure proseguiranno distinte (salvo che il giudice le conosca direttamente) e ciò potrebbe condurre, ad esempio, all'assegnazione del medesimo bene a più creditori, con ciò distorcendo e vanificando la funzione satisfattoria del processo esecutivo ⁽³²⁵⁾.

⁽³²⁴⁾ Cfr. S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 65, la quale rileva che l'art. 548 cod. proc. civ. fa riferimento al credito pignorato e al possesso dei beni del debitore nei termini indicati dal creditore e questo esclude che le eventuali sopravvenienze si possano considerare ricomprese nell'oggetto della mancata contestazione e, conseguentemente, nell'oggetto del pignoramento. L'Autrice ritiene, pertanto, «*impossibile*» che mediante il meccanismo della mancata contestazione possa addivenirsi al risultato perseguito dalla “integrazione” della dichiarazione con gli eventuali aggiornamenti.

⁽³²⁵⁾ Così, A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 21. Secondo G. TOTA, *Commento all'art. 548 ... cit.*, p. 867, due sole sono le possibili soluzioni al problema evidenziato nel testo: o si ritiene che gli effetti dell'omessa contestazione del terzo si producano autonomamente in ciascun processo esecutivo in cui è mancata contestazione, con conseguente successivo obbligo per il terzo di effettuare plurimi pagamenti pur a fronte di un unico

Altra questione degna di nota riguarda la stabilità dell'effetto derivante dalla mancata dichiarazione del *debitor debitoris*. Al riguardo, l'art. 548 cod. proc. civ., sia al primo che al secondo comma, specifica che il credito oggetto di esecuzione debba considerarsi non contestato «*ai fini del procedimento in corso e dell'esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione*», con ciò rendendo palese il carattere tendenzialmente endoprocessuale del comportamento concludente del terzo pignorato ⁽³²⁶⁾. Ciò comporta evidentemente l'impossibilità di far valere il risultato di quella mancata contestazione in un procedimento diverso da quello nel quale essa è intervenuta.

Sotto altro profilo, quanto alla possibilità di contestare successivamente l'entità del credito oggetto di esecuzione, se si considera modificabile la mancata contestazione iniziale, il termine ultimo per poter efficacemente contrastare le ragioni del creditore procedente dovrebbe individuarsi nel momento in cui il giudice dell'esecuzione emani l'ordinanza di assegnazione, indipendentemente dalla proposizione di un'opposizione

rapporto debitorio, ovvero, in un'ottica di maggiore tutela del terzo, ipotizzare che soltanto una delle ordinanze di assegnazione possa rimanere ferma, salvo ovviamente stabilire quale.

⁽³²⁶⁾ Difatti, come specifica A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ...* cit., p. 19, la citata efficacia endoprocessuale del comportamento del *debitor debitoris* è solo tendenziale, atteso che essa subisce una deroga ove si consideri che il medesimo art. 548 cod. proc. civ. dispone che l'efficacia esecutiva dell'ordinanza di assegnazione nei confronti del terzo espliciti i suoi effetti anche nel (successivo ed eventuale) giudizio di esecuzione fondato su quella ordinanza e promosso contro il terzo, divenuto debitore diretto dell'originario creditore pignorante. Nello stesso senso si è espressa anche G. TOTA, *Commento all'art. 548 ...* cit., p. 866.

ex art. 617 cod. proc. civ. Ritiene, infatti, la dottrina che l'ambito esecutivo imponga delle precisazioni particolari per quel che concerne la modalità e il momento entro il quale il *debitor debitoris* possa sollevare la sua contestazione, nel senso che ciò sia possibile fino a quando il giudice dell'esecuzione non abbia emesso l'ordinanza di assegnazione, poiché dopo tale momento la contestazione è ammissibile solo nell'ambito dell'opposizione agli atti esecutivi, atteso che l'ordinanza di assegnazione comporta la chiusura del processo esecutivo ⁽³²⁷⁾.

A tutte queste riflessioni potrebbe obiettarsi che al terzo pignorato è comunque consentito il ricorso all'opposizione agli atti di cui all'art. 617 cod. proc. civ., qualora egli provi di non aver avuto tempestiva conoscenza dell'ordinanza di assegnazione dei crediti a causa di una irregolarità della notificazione, ovvero per caso fortuito o forza maggiore ⁽³²⁸⁾. Ciò è indubbio, però

⁽³²⁷⁾ Così, S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 68.

⁽³²⁸⁾ Secondo A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 19, occorre procedere a un'interpretazione correttiva dell'ultimo comma del nuovo art. 548 cod. proc. civ., in quanto detta norma, ove letteralmente interpretata, legittimerebbe l'opposizione soltanto nelle ipotesi in cui il terzo non abbia avuto conoscenza dell'ordinanza di assegnazione e non anche in tutte le ulteriori ipotesi in cui l'opposizione agli atti esecutivi è ordinariamente ammessa. Pertanto, dovrebbe favorirsi una diversa interpretazione della norma in esame: la possibilità del terzo di opporsi nelle forme di cui all'art. 617 cod. proc. civ. dovrebbe essere correttamente riferita al pignoramento introduttivo del processo in cui egli è chiamato a rendere la sua dichiarazione o alla comunicazione dell'udienza fissata ai sensi dell'art. 548, 2° comma, cod. proc. civ. (ad esempio, perché il *debitor debitoris* intenda far valere l'irregolarità della citazione o della notificazione della stessa). In tal modo, la possibilità di mettere in discussione l'ordinanza di assegnazione è circoscritta al caso che essa si sia

nell'ipotesi in cui tale opposizione manchi, non può negarsi che il sistema avrà rinunciato al controllo della decisione del giudice dell'esecuzione, rimettendola completamente ai privati secondo un procedimento scandito da una chiara logica acceleratoria ⁽³²⁹⁾. Peraltro, come è stato esattamente rilevato, non appare comprensibile la scelta del legislatore di riservare lo strumento dell'opposizione agli atti esecutivi alla sola

formata in un'espropriazione presso terzi in cui il *debitor debitoris* non ha avuto possibilità di intervenire per mancata conoscenza (del procedimento, non della sola ordinanza) derivante da irregolarità della notificazione, ovvero per caso fortuito o forza maggiore. Analogamente, si vedano S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 67; e G. TOTA, *Commento all'art. 548 ... cit.*, p. 873, la quale chiarisce che una volta emesso il provvedimento di assegnazione sulla scorta del riconoscimento tacito del credito, gli esiti della procedura esecutiva potranno essere contestati dal terzo solamente se costui dimostri di non aver avuto tempestiva conoscenza del procedimento per l'irregolarità della notificazione del pignoramento o dell'ordinanza *ex art. 548, 2° comma, cod. proc. civ.*, o per altra causa a lui non imputabile; ovvero, comunque, di non aver potuto rendere la dichiarazione (pur essendo stato regolarmente notiziato della pendenza del processo esecutivo) per caso fortuito o forza maggiore. Secondo G. MONTELEONE, *Semplificazioni e complicazioni ... cit.*, p. 7, invece, l'ultimo comma dell'art. 548 *cod. proc. civ.* non contiene, in realtà, alcuna limitazione delle ragioni da porre a fondamento dell'impugnazione da esso prevista, ma si limita a stabilire che l'opposizione agli atti esecutivi può essere proposta con atto di citazione, ai sensi dell'art. 617, 1° comma, *cod. proc. civ.*, quando il terzo non abbia avuto tempestiva conoscenza dell'ordinanza di assegnazione. Nel caso opposto, invece, il *debitor debitoris* dovrà opporsi con ricorso da presentare al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 617, 2° comma, *cod. proc. civ.*

⁽³²⁹⁾ Si veda sul punto A. ATTERITANO, *Note minime in tema di onere della contestazione ... cit.*, p. 9.

ordinanza di assegnazione dei crediti, trascurando totalmente l'ipotesi dell'espropriazione forzata di cose. Anche per tale ragione la norma ha ricevuto pesanti critiche che hanno messo in discussione principalmente la sua legittimità dal punto di vista costituzionale ⁽³³⁰⁾. Ciononostante, si ritiene che l'eventuale opposizione agli atti riconosciuta dall'ultimo comma dell'art. 548 cod. proc. civ. non è considerata preclusiva della successiva opposizione all'esecuzione per ragioni di merito concernenti l'effettiva sussistenza della posizione debitoria del terzo nei confronti del debitore esecutato ⁽³³¹⁾. Vi è, poi, anche chi sostiene che, oltre alla possibilità di proporre un'opposizione avverso l'esecuzione che il creditore pignorante minacci o avvii sulla base dell'ordinanza di assegnazione, sussista per il *debitor debitoris* anche la facoltà di esperire una successiva azione ripetitoria di indebito oggettivo reattiva all'esecuzione effettuata nei suoi confronti e che egli ritenga ingiusta ⁽³³²⁾.

⁽³³⁰⁾ Così, A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ...* cit., p. 20; A. STORTO, *Riforma natalizia del pignoramento presso terzi ...* cit., p. 49, nt. 31.

⁽³³¹⁾ Cfr. A. BRIGUGLIO, *Note brevissime sull'onere di contestazione ...* cit., p. 32, nonché in *www.judicium.it*, p. 4.

⁽³³²⁾ Si veda, ancora, A. BRIGUGLIO, *Note brevissime sull'onere di contestazione ...* cit., p. 31, nonché in *www.judicium.it*, p. 3. Così anche G. MONTELEONE, *Semplificazioni e complicazioni ...* cit., p. 6, secondo il quale il terzo conserva ogni più ampia possibilità di tutela della propria posizione giuridica, sia contestando in sede esecutiva l'esistenza effettiva del credito, sia instaurando un'azione di ripetizione dell'indebito ove sia costretto a pagare somme non dovute. Infatti, essendo rimasti impregiudicati l'*an* e il *quantum* del credito pignorato, il terzo ha anzitutto la facoltà di chiedere e ottenere un accertamento negativo volto a dichiarare l'inesistenza dell'obbligazione aggredita dal pignorante. Inoltre, quando il

In sostanza, la posizione del terzo pignorato risulta oggi molto aggravata rispetto al passato, incombando su di lui un onere che, ove non assolto, conduce a conseguenze più o meno definitive ⁽³³³⁾.

L'ulteriore innovazione apportata dalla riforma del 2012 riguarda, come anticipato, lo svolgimento del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo.

creditore precedente agirà esecutivamente nei confronti del *debitor debitoris* in forza dell'ordinanza di assegnazione, quest'ultimo potrà proporre opposizione di merito all'esecuzione allo scopo di ottenere la sua liberazione dalla pretesa avanzata contro di lui dal creditore pignorante, subentrato all'originario debitore escusso.

⁽³³³⁾ Vi è però da considerare che il *debitor debitoris* in un certo senso non muta, nella sostanza, la propria posizione debitoria: a seguito dell'ordinanza di assegnazione del credito – eventualmente emessa perché non è intervenuta la sua dichiarazione – il terzo resta debitore di una certa somma di denaro, ovvero della restituzione di una determinata *res*. La sola differenza sta in che, dal giorno successivo all'ordinanza, tutto o parte di quel suo debito andrà corrisposto al creditore precedente e non più all'esecutato, sua originaria controparte contrattuale. Ciò che si verifica è, in altri termini, una sorta di modificazione parziale del soggetto passivo del rapporto obbligatorio originario. Si ricorda, al riguardo, che l'ordinanza di assegnazione ha finalità esclusivamente espropriativo-satisfattive, non costituendo un accertamento in contraddittorio dell'esistenza del rapporto giuridico obbligatorio fra il debitore esecutato e il terzo pignorato. Per tale ragione, l'ordinanza in parola ha solo l'effetto di espropriare il debitore escusso mediante la cessione forzosa della titolarità del credito pignorato, il quale viene trasferito coattivamente al creditore precedente corredato dalla garanzia salvo esazione. Ciò spiega anche perché se il credito coattivamente trasferito non esiste o non può essere concretamente riscosso, l'effetto satisfattivo avuto di mira dall'ordinanza di assegnazione non può prodursi e, quindi, il creditore precedente riacquista la piena facoltà di escutere eventuali altri beni compresi nel patrimonio del debitore pignorato ma non del terzo (originariamente) escusso.

Secondo il nuovo art. 549 cod. proc. civ. le eventuali contestazioni sorte sulla dichiarazione del terzo pignorato⁽³³⁴⁾ devono essere risolte dallo stesso giudice dell'esecuzione, effettuati i necessari accertamenti, con ordinanza, la quale – al pari della mancata dichiarazione del terzo – produce effetti ai fini del procedimento in corso e della successiva esecuzione fondata sul provvedimento di assegnazione⁽³³⁵⁾.

⁽³³⁴⁾ Secondo A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 25, al fine di non aggravare immotivatamente la posizione del creditore procedente sembrerebbe ragionevole interpretare estensivamente l'*incipit* dell'art. 549 cod. proc. civ. facendovi rientrare anche il caso in cui la dichiarazione del terzo (vera o presunta) sia mancata, cioè intendendo il termine «*dichiarazione*» in astratto, con riferimento al dovere del terzo di esplicitare l'entità e l'ammontare del suo debito, indipendentemente dall'adempimento di simile onere. Interessante (e condivisibile) anche la posizione di S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 71, secondo la quale si può ricorrere allo strumento dell'accertamento dell'obbligo *ex art.* 549 cod. proc. civ. anche nelle ipotesi in cui il creditore, non essendo in grado di identificare preventivamente i crediti o i beni del debitore in possesso del terzo, non riesca a soddisfare i requisiti affinché il meccanismo della mancata contestazione del *debitor debitoris* possa operare efficacemente (ad esempio, qualora la genericità dell'atto di pignoramento non abbia consentito il raggiungimento di risultanze certe che siano, perciò, soddisfacenti ai fini del perfezionamento del pignoramento).

⁽³³⁵⁾ Anche in questo caso, l'efficacia dell'accertamento compiuto dal giudice dell'esecuzione è limitata al procedimento in cui viene pronunciata e all'espropriazione che ne consegue in forza del provvedimento di assegnazione. Da ciò si può desumere che l'oggetto dell'accertamento in questione è soltanto il diritto del creditore pignorante di procedere all'espropriazione forzata nei confronti del terzo, mentre nessuna efficacia dichiarativa può essere attribuita all'ordinanza del giudice dell'esecuzione, la quale,

L'attuale disciplina costituisce, pertanto, un chiaro segno della volontà del legislatore di ridurre i giudizi incidentali di cognizione, in un'ottica di accelerazione e di semplificazione del processo esecutivo (³³⁶). Tuttavia, non può mancare di segnalarsi che l'accertamento dell'obbligo

proprio per il suo carattere tendenzialmente endoprocessuale, non può avere l'efficacia di cosa giudicata tra i soggetti del rapporto pignorato. Di questo avviso anche S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 71, secondo cui solo riconoscendo che l'oggetto del giudizio *ex art. 549 cod. proc. civ.* sia la legittimità all'aggressione esecutiva (e non anche l'esistenza del diritto sostanziale), si può certamente «ottenere una decisione pienamente funzionale alla procedura nella quale la controversia sorge».

(³³⁶) La semplificazione della parentesi di accertamento nell'ambito del giudizio di esecuzione si è attuata anche (e forse soprattutto) mediante la previsione che l'ordinanza conclusiva dell'accertamento *de quo* sia impugnabile ai sensi e nelle forme di cui all'art. 617 cod. proc. civ., con ciò sancendo l'eliminazione del grado di appello con riferimento alla decisione del giudice circa l'obbligo del *debitor debitoris*. E', infatti, noto che il provvedimento reso all'esito dell'opposizione agli atti esecutivi possa essere impugnato solo dinanzi alla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 111, 7° comma, Cost. A parere di S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 69, è ragionevole ritenere che con la riscrittura dell'art. 549 cod. proc. civ. il legislatore abbia voluto ridurre le contestazioni sulle dichiarazioni del terzo ad un mero incidente esecutivo, destinato a risolversi nell'ambito della stessa procedura espropriativa e dinanzi al medesimo giudice dell'esecuzione. L'Autrice riconosce nel nuovo giudizio di accertamento un parallelismo con la disposizione di cui all'art. 512 cod. proc. civ., modificata nel 2005, ove pure è previsto che le eventuali controversie fra più creditori sulla distribuzione del ricavato dell'esecuzione siano da risolversi nell'ambito della medesima procedura, da parte del giudice dell'esecuzione. Per maggiori ragguagli su quest'ultimo argomento, si richiama, per tutti, S. VINCRE, *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato (art. 512 c.p.c.)*, Padova, 2010.

del terzo è un momento del processo esecutivo che dovrebbe essere circondato di garanzie, in particolare a tutela del *debitor debitoris* il quale nega l'esistenza del debito verso l'esecutato o la detenzione che egli abbia di cose di proprietà di quest'ultimo. Ciò che intendo dire è che l'accertamento in discorso concerne il momento "costitutivo" dell'espropriazione presso terzi promossa dal precedente, nel quale pertanto deve essere verificata la possibilità che quel determinato processo esecutivo si svolga e soprattutto si perfezioni. Per tale ragione, la riduzione della cognizione circa l'esistenza del rapporto obbligatorio tra il terzo e il debitore esecutato ai soli accertamenti necessari compiuti dal giudice dell'esecuzione, seppur positiva nell'ottica di una riduzione dei tempi di definizione del processo, potrebbe essere foriera di una concreta restrizione della tutela accordata alla situazione sostanziale di cui il terzo è titolare ⁽³³⁷⁾.

⁽³³⁷⁾ Sul punto, A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 23, afferma di rinvenire una disparità di trattamento stridente con i precetti costituzionali fra le controversie volte a risolvere le contestazioni sulla pignorabilità dei beni e quelle prese in considerazione dal nuovo art. 549 cod. proc. civ. Nel primo caso, qualora un terzo estraneo all'espropriazione affermi di essere il vero proprietario del bene oggetto di esecuzione, la risoluzione della questione è affidata al giudice della cognizione (artt. 616 e 619 cod. proc. civ.); nell'altro caso, la verifica della titolarità delle cose che si trovano presso il terzo pignorato (ad esempio, allorché il creditore precedente dubiti della veridicità della dichiarazione del terzo che affermi di essere proprietario della *res* individuata nell'atto di pignoramento) è affidata al giudice dell'esecuzione, nonostante l'identità della situazione rispetto a quella considerata nel caso precedente. E' evidente, allora, che da questo punto di vista il sistema è squilibrato, poiché il nuovo art. 549 cod. proc. civ. oblitera le garanzie della cognizione sostituendole con un

La riscrittura della norma in commento consente comunque di affermare che l'oggetto dell'accertamento dell'obbligo del terzo è una situazione di carattere esclusivamente processuale, alla cui deduzione il creditore pignorante è legittimato al solo fine di «*conseguire l'assoggettamento di beni esattamente individuati ad una esecuzione in atto, e cioè per la sua immediata soddisfazione su quei beni che, a conclusione del giudizio, risulteranno dovuti dal terzo al debitore*»⁽³³⁸⁾.

Con riferimento, poi, al comportamento del terzo che legittimi l'instaurazione della parentesi cognitiva dinanzi al giudice dell'esecuzione, occorre segnalare che l'art. 549 cod. proc. civ. si riferisce alla sola ipotesi in cui sorgano contestazioni in ordine alla dichiarazione del terzo, lasciando così intendere che è in ogni caso necessaria una dichiarazione effettivamente resa, con esclusione, pertanto, delle ipotesi in cui il terzo rifiuti di dichiarare l'esistenza e l'entità del suo debito nei confronti dell'esecutato. Al fine di evitare simili vuoti di tutela, e allo scopo di non aggravare ingiustificatamente la posizione del pignorante (che in caso di inoperatività della regola della mancata contestazione non potrà proseguire nell'espropriazione), si

rapido e prevedibilmente superficiale accertamento ad opera del giudice dell'esecuzione. Anche G. TOTA, *Commento all'art. 549 cod. proc. civ.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, vol. VI, Torino, 2013, p. 887, rileva che il *debitor debitoris* vede restringersi la tutela lui accordata rispetto al sistema previgente, atteso che secondo le nuove norme egli non potrà più usufruire delle garanzie della cognizione piena ed esauriente, ma sarà costretto a far valere le proprie ragioni nell'ambito esecutivo, con conseguente aggravamento della propria posizione.

⁽³³⁸⁾ Così, R. VACCARELLA, voce «*Espropriazione presso terzi*», in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, p. 117.

ritiene che nelle ipotesi in cui il silenzio serbato dal terzo appaia “non significativo”, la prosecuzione della procedura si possa realizzare solo mediante l’instaurazione del giudizio *ex art. 549 cod. proc. civ.* Pertanto, la norma *de qua* deve essere interpretata estensivamente, al fine di ricomprendervi non solo il caso della dichiarazione effettivamente resa, ma anche quello della dichiarazione ricusata, ovvero mancata alla quale non sia stato possibile (ad esempio per la genericità del pignoramento) applicare la regola di cui all’art. 548 cod. proc. civ. ⁽³³⁹⁾.

Altro profilo degno di nota riguarda l’iniziativa circa la verifica giudiziale dell’obbligo del terzo. La vecchia formulazione dell’art. 549 cod. proc. civ. richiedeva espressamente un’istanza di parte per l’avvio del procedimento ordinario di cognizione all’esito del quale le parti del processo esecutivo – alle quali si aggiungeva anche il *debitor debitoris* – ottenevano una pronuncia, idonea a fare stato tra le parti, che dichiarasse esistente o inesistente l’obbligazione fra il terzo e il debitore esecutato asserita dal pignorante e resa oggetto di esecuzione. La disposizione attuale, invece, nulla prevede in ordine alla promozione del giudizio di accertamento dell’obbligo del terzo; tuttavia, a me pare corretto il rilievo svolto da chi ha sostenuto che il fatto che la norma richieda che «*sorgano contestazioni*» circa la dichiarazione del terzo evidenzia come la dichiarazione medesima possa essere oggetto di accertamento solo qualora venga messa in discussione e, dunque, deve essere ravvisata un’iniziativa di parte quale presupposto dell’attività accertativa del giudice ⁽³⁴⁰⁾.

⁽³³⁹⁾ In questo senso si veda G. TOTA, *Commento all’art. 549 ... cit.*, p. 882.

⁽³⁴⁰⁾ Così, A. SALETTI, *Le novità dell’espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 26; G. TOTA, *Commento all’art. 549 ... cit.*, p. 884.

Quanto all'atto introduttivo del nuovo procedimento di accertamento dell'obbligo del terzo pignorato, nulla dispone al riguardo il nuovo art. 549 cod. proc. civ., mentre nella sua vecchia formulazione era espressamente richiesto che il creditore procedente notificasse al terzo un atto di citazione ai sensi e nelle forme di cui all'art. 163 cod. proc. civ. Attualmente, allora, pur in assenza di indicazioni legislative, deve ritenersi che l'accertamento dell'obbligo del *debitor debitoris*, benché da svolgersi con forme semplificate e in tempi rapidi, non può prescindere dalla presenza del terzo pignorato il quale, come in passato, assumerà a tutti gli effetti la qualità di parte del processo esecutivo (e non del procedimento ordinario, come in passato), in ossequio al fondamentale diritto di difesa di cui agli artt. 24 e 111 Cost. Di conseguenza, come è stato giustamente rilevato, non può essere ammessa la proposizione di un'istanza informale da parte del creditore procedente con la quale costui manifesti la volontà di eliminare l'incertezza circa l'obbligazione del terzo, occorrendo invece (e in ogni caso) una citazione di quest'ultimo, nella quale dovranno anche essere indicate in maniera specifica le somme e/o le cose che si assumono dallo stesso dovute ⁽³⁴¹⁾.

⁽³⁴¹⁾ Cfr. ancora A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi ... cit.*, p. 27, il quale spiega che il giudice dell'esecuzione, allorché sorga contestazione sulla dichiarazione del terzo, provvederà a fissare un termine per la chiamata in causa di costui e, solo una volta che questa sia avvenuta, potrà procedere all'accertamento di cui al nuovo testo dell'art. 549 cod. proc. civ. in contraddittorio oltre che con il terzo (a questo punto divenuto parte) con gli altri soggetti del processo esecutivo, tra cui il debitore esecutato e gli eventuali intervenuti. Di contrario avviso G. TOTA, *Commento all'art. 549 ... cit.*, p. 884.

Quanto all'attività istruttoria cui è chiamato il giudice dell'esecuzione, non può negarsi che l'attuazione del contraddittorio e il diritto alla prova risentono inevitabilmente della deformalizzazione che caratterizza la nuova parentesi cognitiva e dell'ampia discrezionalità riconosciuta al giudice dell'esecuzione nella fase di acquisizione e valutazione del materiale istruttorio. Per tali ragioni, si ritiene che il giudicante sia abilitato a compiere gli atti di istruzione anche d'ufficio, nonché che le modalità di ammissione e assunzione dei mezzi di prova possano discostarsi da quelle fissate dalla legge e, infine, che al giudice sia consentito porre alla base del proprio convincimento anche taluni elementi che sarebbero in sé inidonei a fondare la decisione in sede di ordinaria cognizione. Pare interamente devoluta all'ufficio, inoltre, la scansione dell'*iter* processuale, dovendosi escludere l'operatività di termini preclusivi analoghi a quelli imposti dalle norme che disciplinano il processo ordinario ⁽³⁴²⁾.

Per le rilevate criticità del nuovo sistema, qualcuno ha allora proposto – a mio avviso condivisibilmente – di lasciare inalterate le norme relative alla dichiarazione del terzo e di sostituire piuttosto la fase dell'accertamento con un giudizio sommario, costruito sulla falsariga di quello disciplinato dagli artt. 702 *bis* ss. cod. proc. civ. ⁽³⁴³⁾. In tal modo, si porrebbe rimedio al vuoto di disciplina creato dal legislatore della riforma quanto al giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo pignorato e si eviterebbe l'inevitabile proliferare di interpretazioni che non fanno altro che creare incertezze applicative dell'istituto esaminato.

⁽³⁴²⁾ Così, G. TOTA, *Commento all'art. 549 ... cit.*, p. 886.

⁽³⁴³⁾ Cfr., S. VINCRE, *Brevi osservazioni ... cit.*, p. 72.

4. Le ulteriori ipotesi normative ove si utilizza la tecnica della mancata contestazione

Già prima della riforma del 2009 l'ordinamento processuale conosceva numerose ipotesi nelle quali si utilizzava (e si utilizza tuttora) lo strumento della mancata contestazione. Si trattava (e si tratta), tuttavia, di ipotesi tipiche, le cui disposizioni erano (e sono) insuscettibili di applicazione analogica e che, per tale ragione, non hanno consentito l'estrapolazione da esse di un generale principio di specifica contestazione. Come è stato giustamente rilevato, la gamma delle fattispecie tipizzate dal legislatore più o meno diversamente qualificabili come non contestative si manifesta estremamente eterogenea, sia dal punto di vista della natura della mancata contestazione in ciascuna di esse presupposta, sia da quello dei comportamenti processuali cui la legge attribuisce valore, sia, infine, da quello degli effetti che conseguono a tali comportamenti (³⁴⁴).

Eppure la loro disamina è interessante per addivenire a due fondamentali conclusioni, che in qualche modo confermano i risultati cui è precedentemente giunta la ricerca. In primo luogo, infatti, dalle fattispecie tipiche di cui si dirà subito appresso, emerge in maniera lampante come il meccanismo (o la tecnica, che dir si voglia) della mancata contestazione da lunghissimo tempo trova posto nel codice di rito, ben prima che esso fosse riconosciuto come principio generale dell'ordinamento processuale vigente (³⁴⁵). In secondo luogo, come si vedrà, in tutte le

(³⁴⁴) Questo il pensiero di F. DE VITA, *Onere di contestazione ...* cit., p. 54.

(³⁴⁵) A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione ...* cit., p. 439, vent'anni fa scriveva che il meccanismo della mancata

fattispecie tipiche ove si rinviene l'utilizzo della tecnica predetta, il legislatore ne fa ricorso attribuendo alla mancata contestazione l'effetto che oggi è generalmente riconosciuto alla stessa e, cioè, l'esonero per la parte che ha allegato determinati fatti dall'onere di fornire la verifica probatoria di quelle asserzioni ove l'altra parte non confuti la veridicità delle medesime.

Entrando nel vivo dell'analisi prospettata, anticipo che le fattispecie normative in parola possono suddividersi, per agevolarne l'analisi, in gruppi o categorie a seconda della peculiare posizione che, all'interno del procedimento, assume l'onere di specifica contestazione gravante sulle parti ⁽³⁴⁶⁾.

Ciò precisato, va ricordata anzitutto la "categoria" delle ipotesi tipiche di contestazione aventi rilievo sul piano probatorio. In esse, occorre specificarlo, il

contestazione «è immanente nel nostro sistema, benché non vi sia una norma generale simile al § 138 III della Z.P.O. tedesca» che è sostanzialmente analoga al nostro art. 115, 1° comma, cod. proc. civ. vigente.

⁽³⁴⁶⁾ Anticipando (e semplificando) in parte quello che si dirà *infra* nel testo, va rilevato che le ipotesi di esplicito utilizzo della tecnica della contestazione possono suddividersi in due macro-gruppi, il primo dei quali comprende i casi in cui la mancata contestazione conduce all'accertamento di un fatto; il secondo, invece, contempla le ipotesi in cui la mancata contestazione comporta l'accertamento di un diritto. In altre parole, nel primo caso il fatto non contestato, benché non sottoposto all'ordinaria verifica istruttoria, produce i medesimi effetti di un fatto (già) provato. Nella seconda categoria si rinvengono invece procedimenti volti all'accertamento non di fatti, ma di veri e propri diritti, sicché se i fatti costitutivi allegati a fondamento di tali diritti non vengono contestati, il giudice deve considerarli come circostanze non bisognose di prova e, come tali, li assumerà in sentenza, dovendo solo procedere ad una valutazione giuridica (e non fattuale) circa la loro fondatezza.

legislatore non considera mai, di per sé, la mancata contestazione come una prova o un argomento di prova, ma solo come un presupposto che attribuisce a un mezzo di prova vero e proprio efficacia asseverativa più o meno vincolante per il giudice ⁽³⁴⁷⁾.

Nell'alveo della citata classe, si rinviene, *in primis*, la disciplina del riconoscimento tacito della scrittura privata ⁽³⁴⁸⁾. Al riguardo, l'art. 215 cod. proc. civ. prevede che il mancato disconoscimento della parte contro la quale è prodotta la scrittura intervenuto entro il termine preclusivo della prima udienza successiva alla produzione determina il raggiungimento della prova circa la provenienza delle dichiarazioni contenute nello scritto, fino a querela di falso ⁽³⁴⁹⁾. È opportuno precisare, però, che la scrittura deve

⁽³⁴⁷⁾ Riflessioni, queste, di F. DE VITA, *Onere di contestazione ...* cit., p. 57.

⁽³⁴⁸⁾ In argomento, si vedano i fondamentali scritti di G. LASERRA, *La scrittura privata*, Napoli, 1959, p. 281; B. CARPINO, voce «*Scrittura privata*», in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 805; G. VERDE, voce «*Prova documentale (dir. proc. civ.)*», in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992; A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, pt. V, p. 67.

⁽³⁴⁹⁾ Per espressa previsione di legge il mancato disconoscimento è la conseguenza: (i) della contumacia della parte sulla quale incombe il relativo onere, salva la possibilità per il contumace costituitosi tardivamente di disconoscerla nella prima udienza o nel termine assegnatogli dal giudice; ovvero (ii) del silenzio serbato dalla parte costituita in giudizio; ovvero (iii) del disconoscimento che non presenti le caratteristiche indicate dall'art. 215 cod. proc. civ. o che sia esercitato dopo la prima udienza o la prima risposta successiva alla produzione; ovvero, infine, (iv) della mancata dichiarazione di non conoscere la scrittura o la sottoscrizione da parte degli eredi o aventi causa.

Occorre, quindi, una dichiarazione specifica e determinata, proveniente dalla parte personalmente comparsa o dal procuratore *ad litem* anche se non munito di procura speciale, dalla quale si

riguardare una delle parti processuali e non un terzo estraneo al giudizio. In tale ultimo caso, infatti, secondo un recente insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione «*le scritture private provenienti da terzi possono essere liberamente contestate, non applicandosi alle stesse la disciplina sostanziale di cui all'art. 2702 c.c. né quella processuale di cui all'art. 214 c.p.c., atteso che le stesse costituiscono prove atipiche il cui valore probatorio è puramente indiziario e che possono quindi contribuire a fondare il convincimento del giudice in armonia con altri dati probatori acquisiti al processo*»⁽³⁵⁰⁾.

Nel caso del riconoscimento tacito della scrittura privata, dunque, il meccanismo della mancata o specifica contestazione (a seconda che si guardi il fenomeno in termini negativi o positivi) è utilizzato dal legislatore quale espediente per evitare il giudizio incidentale di verifica della sottoscrizione⁽³⁵¹⁾; infatti,

possa ricavare con sicurezza la contestazione dell'autenticità della sottoscrizione. Così, per tutti, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, vol. III, p. 175; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Soc. ed. del Foro italiano, 1942, vol. II, p. 71; V. DENTI, voce «*Riconoscimento della scrittura privata*», in *Noviss. Digesto it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 961.

⁽³⁵⁰⁾ In termini, Cass., Sez. Un., 23 giugno 2010, n. 15169, in *Giust. civ.*, 2010, pt. I, p. 2153.

⁽³⁵¹⁾ Si tratta, in altri termini, di un meccanismo diretto ad attribuire efficacia di prova legale (con riferimento alla provenienza) al documento, eliminando così i tempi e le attività processuali necessarie per l'accertamento dell'autenticità della sottoscrizione mediante il procedimento di verifica. Per questi rilievi si veda C. M. CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, p. 173, nonché in C. M. CEA, *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2012, p. 141.

l'inosservanza dell'onere di disconoscimento entro il termine stabilito rende incontrovertibile l'imputabilità giuridica dell'atto allegato (³⁵²).

(³⁵²) In definitiva, l'efficacia processuale della scrittura non autenticata dipende esclusivamente dall'atteggiamento assunto dalla parte contro cui è fatta valere. Se questa si attiva, ottemperando all'onere di disconoscimento, e nega formalmente la propria scrittura o la propria sottoscrizione, il documento non assumerà valore di prova legale e i fatti in esso descritti necessiteranno di essere provati in altro modo. A tal fine la parte che ne ha interesse potrà ricorrere al procedimento di verifica giudiziale della sottoscrizione, la cui finalità è proprio quella di accertare la riferibilità dell'atto contenuto nel documento al soggetto al quale esso viene addebitato. Viceversa, se colui contro il quale la scrittura è prodotta preferisce non disconoscere la sottoscrizione, la conseguenza sarà che il documento farà piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni ivi contenute (art. 2702 cod. civ.). Così, A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, p. 341, il quale richiama sul punto le parole di A. PROTO PISANI, *Appunti ... cit.*, p. 68: «*il sistema previsto dai codici è di estrema linearità ma anche rigidità: o vi è certezza sull'autenticità della scrittura privata ed allora essa ha efficacia di piena prova fino a querela di falso, o non vi è tale certezza ed allora la scrittura privata è priva di qualsiasi efficacia probatoria; in particolare è escluso l'accertamento incidenter tantum dell'autenticità della sottoscrizione*». Si noti che Carratta (*Il principio della non contestazione ... cit.*, p. 342) specifica che il mancato disconoscimento della scrittura privata, se da una parte (rispetto al documento) opera come circostanza al cui avverarsi sono subordinati gli effetti probatori di cui all'art. 2702 cod. civ., dall'altra, (rispetto all'atto documentato) comporta l'esclusione del fatto indicato nella scrittura dal novero dei fatti bisognosi di prova. In altri termini, così come la scrittura privata non disconosciuta fa piena prova dell'autenticità della sottoscrizione fino a querela di falso, allo stesso modo il contenuto della scrittura, essendo non contestato, può essere acquisito in sentenza senza bisogno di essere

La seconda fattispecie normativa in cui si ricorre al meccanismo della specifica contestazione in ambito probatorio è rappresentata dall'art. 2712 cod. civ., a norma del quale la conformità al vero delle riproduzioni meccaniche, informatiche o cinematografiche, delle registrazioni fonografiche e, in generale, di ogni altra rappresentazione meccanica di cose o fatti devono essere disconosciute dalla parte contro la quale sono state prodotte in giudizio, pena il raggiungimento della piena prova dei fatti e delle cose rappresentate da dette riproduzioni e registrazioni ⁽³⁵³⁾.

A differenza del meccanismo disciplinato dall'art. 215 cod. proc. civ., nel caso in esame non è previsto un procedimento di verifica giudiziale della fedeltà della riproduzione all'originale, per cui ove intervenga la contestazione della conformità all'originale – rendendo, perciò, incerta la fedeltà della riproduzione – l'efficacia della riproduzione sarà quella delle prove lasciate al prudente apprezzamento del giudice. Viceversa, nell'ipotesi di mancata contestazione della conformità della riproduzione all'originale, l'effetto sarà l'esonero

provato. In conclusione, allora, la funzione del riconoscimento tacito della scrittura privata sarebbe *«duplice: da un lato, solleva la parte che l'ha prodotta dall'onere di avviare il procedimento di verifica giudiziale; dall'altro, avendo l'effetto di rendere riconosciuta la scrittura prodotta, solleva la parte che ha interesse ad utilizzarla dall'onere probatorio soggettivo sui fatti indicati nell'atto»*.

⁽³⁵³⁾ Per ulteriori approfondimenti sull'argomento si vedano, *ex multis*, V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, p. 694; V. DENTI, *La verifica delle prove documentali*, Torino, 1957, p. 75; G. VERDE, voce *«Prova documentale»* ... cit., par. 2.5; A. MASSARI, voce *«Riproduzioni meccaniche, copie ed esperimenti (in materia civile)»*, in *Noviss. Digesto it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 1244.

della parte che intende utilizzare un simile mezzo dalla prova della fedeltà della riproduzione⁽³⁵⁴⁾. In altri termini, le riproduzioni elencate dall'art. 2712 cod. civ. formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti e alle cose medesime. Anche in questo caso, quindi, lo strumento contestativo è utilizzato per l'attribuzione di una determina efficacia probatoria a un mezzo rappresentativo di fatti o cose⁽³⁵⁵⁾.

Il terzo esempio di utilizzo della mancata contestazione con effetti sul piano probatorio riguarda le dichiarazioni aggiunte alla confessione (art. 2734 cod. civ.): in tali casi se la verità dei fatti o delle circostanze annesse non è contestata, ne deriva che tutte le dichiarazioni rese fanno piena prova; all'opposto, ove detta verità venga contestata, le dichiarazioni aggiunte sono complessivamente valutabili dal giudice secondo il suo

⁽³⁵⁴⁾ Secondo A. CARRATTA, *Il principio della specifica contestazione ... cit.*, p. 348, la mancata contestazione della conformità della riproduzione all'originale consente di saltare la fase, altrimenti necessaria, della prova della conformità dei fatti rappresentati ai fatti realmente accaduti. Essa svolge, quindi, la stessa funzione prevista per la scrittura privata, con la differenza che, mentre per quest'ultima la conformità è presunta (almeno fino a querela di falso) quando la parte contro cui è prodotta non disconosce la sottoscrizione, per le riproduzioni meccaniche, mancando la sottoscrizione, è richiesta l'omessa contestazione proprio della conformità.

⁽³⁵⁵⁾ Al riguardo, è stato rilevato che il fine ultimo della norma contenuta nell'art. 2712 cod. civ. è quello di attribuire efficacia probatoria a un mezzo meccanico (nel senso che la riproduzione non contestata è idonea a provare da sola i fatti o le cose riprodotte), con la conseguenza di eliminare per tale via la necessità dell'accertamento probatorio dei fatti o delle cose rappresentate. Così, C. M. CEA, *La tecnica della non contestazione ... cit.*, p. 142.

prudente apprezzamento. Difatti, qualora alla dichiarazione confessoria di cui all'art. 2730 cod. civ. si accompagni la dichiarazione «*di altri fatti o circostanze tendenti a infirmare l'efficacia del fatto confessato ovvero a modificarne o a estinguerne gli effetti*», il valore probatorio di simili ulteriori dichiarazioni sarà pieno o libero a seconda dell'atteggiamento processuale dell'altra parte. Se quest'ultima omette di contestare la veridicità delle circostanze aggiunte alla confessione, allora l'intera dichiarazione (comprensiva tanto della dichiarazione confessoria, quanto delle ulteriori asserzioni) fa piena prova sui fatti riferiti, a prescindere dalla circostanza che siano circostanze favorevoli o sfavorevoli per il soggetto dichiarante. Qualora, invece, la parte che "assiste" all'altrui dichiarazione contesti le affermazioni aggiunte alla confessione resa dalla controparte, l'intera dichiarazione di quest'ultima degraderà a prova liberamente valutabile ⁽³⁵⁶⁾. Anche in questo caso, come si

⁽³⁵⁶⁾ Si ritiene che la fattispecie così delineata costituisca la conferma della tesi della indivisibilità della confessione, già riconosciuta dall'art. 1360 del codice civile del 1865. Di questo avviso, in particolare, C. FURNO, voce «*Confessione*», in *Enc. dir.*, vol. VIII, 1961, p. 906; R. VACCARELLA, voce «*Interrogatorio delle parti*», in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 362, nt. 36, a parere del quale l'art. 2734 cod. civ. non ha inciso sul principio di inscindibilità, ma si è limitato a togliere ogni fondamento di diritto positivo alla tesi che, sotto il vecchio codice, riconosceva all'avversario del dichiarante il potere di espungere dal materiale probatorio la dichiarazione confessoria e le asserzioni ulteriori mediante la semplice contestazione di queste ultime. Di opposto avviso, invece, in particolare, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità – Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, pt. I, p. 253. Secondo C. M. CEA, *La tecnica della non contestazione ... cit.*, p. 142, a ben riflettere le circostanze

vede, il comportamento dell'avversario (contestazione o mancata contestazione) incide sull'efficacia probatoria (piena o libera) del mezzo di prova in esame ⁽³⁵⁷⁾).

Restando ancora nel contesto delle prove, e in particolare di quelle dotate di efficacia legale, occorre ricordare che secondo l'art. 232 cod. proc. civ. se la parte cui è stato deferito l'interrogatorio formale non compare

aggiunte dal confitente sembrerebbero assurgere a veri e propri fatti impeditivi, modificativi o estintivi del fatto costitutivo confessato. Se questo è vero, allora la mancata contestazione integrerebbe un'autonoma e distinta confessione avente ad oggetto i fatti impeditivi, modificativi o estintivi del fatto costitutivo già confessato. Proprio in considerazione di questa riflessione, la dottrina in esame giustamente richiama Furno che, al riguardo, aveva parlato di «*duplice confessione*» (cfr. C. FURNO, voce «*Confessione (dir. proc. civ.)*» ... cit., p. 907).

⁽³⁵⁷⁾ Secondo A. CARRATTA, *Il principio della specifica contestazione* ... cit., p. 352, nel caso delle dichiarazioni aggiunte alla confessione il principio di inscindibilità si limita a «*legare la prima parte della dichiarazione (quella avente forma confessoria) al destino della seconda (quella assertiva), facendo sì che l'atteggiamento assunto dall'avversario rispetto a quest'ultima influenzi l'efficacia probatoria dell'intera dichiarazione*». Alla luce di tale considerazione, si chiarisce che «*questa particolare situazione spiega la ragione per cui, mentre nell'ambito dell'art. 2712 la non contestazione funziona come relevatio ab onere probandi circa la conformità della riproduzione all'originale, rispetto all'art. 2734 opera in maniera diversa*» poiché «*provoca l'estensione dell'efficacia pienprobante della prima parte (quella confessoria) della dichiarazione complessa anche alla seconda parte (quella assertiva), la quale, proprio per questo, finisce per produrre effetti positivi a favore del dichiarante*». Sicché «*nell'art. 2734 la non contestazione assurge a vero e proprio elemento costitutivo del particolare mezzo di prova denominato "dichiarazione complessa", mentre di norma, nell'ambito dei sub-procedimenti probatori, il ricorso ad essa serve solo ad agevolare la formazione stessa del mezzo di prova su di un fatto di causa*».

all'udienza fissata per l'espletamento di detto mezzo istruttorio, ovvero, pur presentatasi, rifiuta di rispondere alle domande che le vengono rivolte, il giudice può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio, valutato ogni altro elemento di prova. Analogamente, ai sensi dell'art. 239 cod. proc. civ. se la parte alla quale è deferito o riferito il giuramento non compare all'udienza all'uopo fissata senza giustificato motivo, oppure rifiuta di prestarlo, oppure, ancora, pur potendo, non lo riferisce alla controparte, soccombe rispetto alla domanda o al punto di fatto relativamente al quale il giuramento è stato ammesso. Nemmeno in queste ipotesi, dunque, vi è spazio per la discrezionalità da parte del giudicante, il quale resta vincolato dal comportamento assunto dalla parte.

Si potrebbe individuare, poi, una seconda categoria di ipotesi nelle quali il legislatore utilizza il meccanismo della mancata contestazione in ambito processuale, ad esempio per influire sulla competenza e sul merito della lite promossa da taluno, ovvero per determinare il giudice competente a decidere su eccezioni non contestate.

Ci si riferisce, in primo luogo, all'art. 14, 3° comma, cod. proc. civ., il quale prevede che nelle cause relative a somme di denaro e a beni mobili, il valore si determina, ai fini della competenza del giudice adito, in base a quanto dichiarato dall'attore nel proprio atto introduttivo. Il convenuto può contestare, non oltre la prima difesa, il valore della lite indicato dall'avversario, e in tal caso il giudice deciderà in base a quello che risulta dagli atti, cioè senza apposita istruzione. Diversamente, ove il convenuto ometta di contestare il valore della controversia, quest'ultimo resta fissato nei limiti della competenza del

giudice adito, anche agli effetti del merito ⁽³⁵⁸⁾. L'art. 14 cod. proc. civ. indica, infatti, espressamente le condizioni affinché la regola della mancata contestazione possa operare ai fini della competenza: (i) deve trattarsi di una controversia che abbia ad oggetto somme di denaro o cose mobili; (ii) nell'atto di citazione deve essere dichiarato il valore delle cose mobili o delle somme richieste; (iii) se la dichiarazione di valore manca, esso si presume nei limiti della competenza del giudice adito; (iv) il convenuto che intende dissentire sul valore indicato dall'attore o presunto ha l'onere di contestarlo entro la prima difesa; (v) ove il convenuto non assolva tale onere, il valore dichiarato o presunto della controversia rimane fissato nei limiti di competenza del giudice adito, «anche agli effetti del merito».

Dunque, ai fini della determinazione della competenza, la mancata contestazione viene assimilata dall'art. 14 cod. proc. civ. all'esplicito riconoscimento della competenza del giudice adito, con la conseguenza che dopo la prima difesa la competenza rimarrà irreversibilmente radicata presso il giudice indicato dall'attore ⁽³⁵⁹⁾. Analogamente, rispetto al merito della

⁽³⁵⁸⁾ Larga parte della dottrina ha precisato che per poter ritenere esercitato l'onere di contestazione nell'ipotesi indicata dall'art. 14, 3° comma, cod. proc. civ. il convenuto non può limitarsi ad una mera affermazione di incompetenza del giudice adito, ma deve necessariamente specificare e articolare la propria contestazione del valore indicato o presunto. Sul punto si vedano, per tutti, S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1954, p. 20; G. GIONFRIDA, voce «Competenza civile», in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 39.

⁽³⁵⁹⁾ Come rileva C. M. CEA, *La tecnica della non contestazione ...* cit., p. 143, anche nell'ipotesi disciplinata dall'art. 14 cod. proc. civ. il ricorso al meccanismo della mancata contestazione comporta

domanda, la mancata contestazione del valore della lite viene equiparata all'espressa ammissione che il *quantum* dichiarato dall'attore o presunto è fondato. In altri termini, agli effetti del merito la mancata contestazione comporta la *relevatio* a favore dell'attore dall'onere di provare la fondatezza del limite quantitativo della domanda, sebbene non impedisca al giudice di valutare le prove raccolte sull'*an debeat* anche ai fini della puntuale determinazione del *quantum* della pretesa da indicare, eventualmente, nella sentenza di condanna. E' questa, dunque, la particolarità della previsione di cui all'art. 14, 3° comma, cod. proc. civ.: la norma concede la possibilità di utilizzare il meccanismo della mancata contestazione non solo per determinare in via breve (ma definitiva) la competenza del giudice adito, ma anche per stabilire il profilo quantitativo della domanda senza dover procedere alla relativa verifica probatoria (³⁶⁰).

In secondo luogo, nell'ambito delle norme processuali che ricorrono al meccanismo della specifica contestazione, si deve richiamare l'art. 35 cod. proc. civ., ai sensi del quale ove venga eccepito dal convenuto un controcredito di valore eccedente la competenza del giudice adito, la competenza originariamente fissata resta ferma se detto controcredito non risulta contestato dall'attore; pertanto, il giudice originariamente adito può decidere anche sulla relativa eccezione, benché esorbiti dalla propria competenza. Tale norma, dunque, deroga ai criteri ordinari di fissazione della competenza per valore

l'eliminazione della fase di accertamento probatorio del valore (dichiarato o presunto) della controversia.

(³⁶⁰) In argomento, si vedano i rilievi svolti da A. CARRATTA, *Il principio della specifica contestazione ... cit.*, p. 362, nonché da C. M. CEA, *La tecnica della non contestazione ... cit.*, p. 144.

del giudice adito, e ciò per ragioni di connessione. Infatti, la predetta disposizione prevede due distinte ipotesi: (i) quando viene rilevata l'eccezione di compensazione e il credito sul quale tale eccezione si fonda non è contestato, il giudice adito per la causa principale trattiene presso di sé l'intera causa e decide sull'eccezione, anche se essa "supera" la sua competenza per valore; (ii) quando viene eccepita la compensazione e il credito viene contestato dall'attore, possono verificarsi due ulteriori sotto-ipotesi, a seconda che la domanda sia fondata o meno su un titolo «*non controverso*» oppure «*facilmente accettabile*». In quest'ultimo caso il giudice decide solo sulla domanda e l'eccezione relativa al controcredito è rimessa al giudice superiore; nell'altra ipotesi, invece, l'organo giudicante rimette l'intera causa al giudice superiore⁽³⁶¹⁾. Secondo alcuni, poi, la mancata contestazione dell'attore del controcredito opposto in compensazione dal convenuto comporta per quest'ultimo una *relevatio ab onere probandi* rispetto al fatto estintivo opposto. In altri termini, l'omessa contestazione dell'attore rende più agevole l'accertamento del controcredito, in quanto esclude la necessità della relativa verifica istruttoria⁽³⁶²⁾.

⁽³⁶¹⁾ Per ulteriori approfondimenti sul tema di cui nel testo si vedano, in particolare, E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, Milano, 1994, p. 241; D. BORGHESI, voce «*Compensazione nel diritto processuale civile*», in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, vol. III, Torino, 1988, p. 78.

⁽³⁶²⁾ Così, A. CARRATTA, *Il principio della specifica contestazione* ... cit., p. 365, il quale precisa che «*se in conseguenza della proposizione dell'eccezione di compensazione il quod facti del giudizio in corso si estende fino a ricomprendere anche questo fatto estintivo e se per poter decidere sull'accoglimento o meno della domanda attorea il giudice deve valutare la fondatezza (o infondatezza) in facto e in iure dell'eccezione, la mancata*

Vi è, poi, una terza categoria di ipotesi nelle quali la contestazione incide sul procedimento che occorre seguire ai fini della decisione del merito «*determinandone una semplificazione, perché rende sufficiente una cognizione sommaria ed esclude la necessità della cognizione piena*»⁽³⁶³⁾.

Fra queste, si rinviene l'utilizzo dello strumento della contestazione nelle norme concernenti il giudizio divisorio, ove «*la tipizzazione non riguarda i comportamenti difensivi che integrano la non contestazione, ma l'oggetto della non contestazione, vale a dire il diritto alla divisione, la necessità di procedere alla vendita di beni ed il progetto di divisione*»⁽³⁶⁴⁾.

Invero, l'art. 785 cod. proc. civ. prevede che se non sorgono contestazioni in ordine al diritto alla divisione, quest'ultima è decisa dal giudice con ordinanza piuttosto

contestazione del controcredito su cui si fonda l'eccezione esclude soltanto la valutazione della sua fondatezza fattuale, ma lascia intatto il potere di valutazione giuridica. Il che significa che per raggiungere l'accertamento del controcredito (elemento costitutivo dell'eccezione di compensazione) non è necessario procedere all'assunzione delle prove sui fatti costitutivi dello stesso, ma è sufficiente che il giudice valuti la loro rilevanza giuridica». Nello stesso senso, si veda C. M. CEA, *La tecnica della non contestazione ... cit.*, p. 146, il quale ribadisce anche che nell'ipotesi di cui all'art. 35 cod. proc. civ. l'istituto della mancata contestazione produce ancora una volta l'effetto tipico di evitare l'accertamento istruttorio dei fatti interessati dall'omessa contestazione.

⁽³⁶³⁾ Così, F. DE VITA, *Onere di contestazione ... cit.*, p. 58, il quale richiama, esemplificativamente, l'art. 669 *novies* cod. proc. civ. a norma del quale in mancanza di contestazioni la dichiarazione di inefficacia del provvedimento cautelare può essere pronunciata all'esito di un procedimento semplificato e con ordinanza, piuttosto che con sentenza e a seguito di un giudizio a cognizione piena.

⁽³⁶⁴⁾ Così, ancora, F. DE VITA, *Onere di contestazione ... cit.*, p. 60.

che con sentenza. Analogamente, l'art. 787 cod. proc. civ. dispone che se non sorge controversia sulla necessità della vendita di beni mobili, si può procedere alla stessa mediante il procedimento di cui agli artt. 534 e ss. cod. proc. civ. (come noto, riguardanti la vendita con incanto) sulla base di un'ordinanza del giudice dell'esecuzione; diversamente, in caso di contestazioni la vendita può essere disposta soltanto con sentenza del collegio. Stessa disciplina è dettata per i beni immobili dal successivo art. 788 cod. proc. civ. Infine, si ricordi il disposto dell'art. 789 cod. proc. civ., ai sensi del quale se non sorgono contestazioni fra i creditori sul progetto di divisione predisposto dal giudice istruttore, quest'ultimo dichiara esecutivo il progetto medesimo mediante ordinanza non impugnabile, altrimenti la causa viene rimessa in decisione *ex art. 187 cod. proc. civ.* e sarà, quindi, decisa con sentenza ⁽³⁶⁵⁾.

⁽³⁶⁵⁾ Con riferimento alla qualificazione giuridica assegnata alla mancata contestazione di cui agli artt. 785 e 789 cod. proc. civ. si sono sviluppate due diverse impostazioni dottrinali. Secondo una tesi (minoritaria) la mancata contestazione da parte dei comproprietari darebbe luogo a una sorta di ammissione derivante dall'inosservanza dell'onere di contestare su costoro incombente, inosservanza che il giudice "sanzionerebbe" con la pronuncia di un provvedimento idoneo al giudicato e non impugnabile. In questo senso, si veda E. ALLORIO, *Giudizio divisorio e sentenza parziale con pluralità di parti*, in *Giur. it.*, 1946, I, p. 85. *Contra*, però, A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione ... cit.*, p. 421, il quale conclude nel senso che nei casi considerati «*la non contestazione diventa un espediente processuale di cui l'ordinamento si serve, in alternativa all'ordinaria istruzione probatoria sull'intero materiale fattuale, per conseguire la decisione giudiziale nel modo più veloce e con il minor dispendio di attività giurisdizionale*». Secondo una diversa e più condivisa tesi, la mancata contestazione di cui agli artt. 785 e 789 cod. proc.

Dalla disciplina del procedimento in questione si desume, anzitutto, che vi debba essere una domanda giudiziale di scioglimento della comunione. In secondo luogo, se non sorgono contestazioni sul diritto alla divisione, l'organo giudicante dispone la divisione con ordinanza, mentre in caso contrario istruisce la causa nelle forme ordinarie, secondo gli artt. 187 ss. cod. proc. civ. Successivamente, a seguito del raggiungimento della certezza in ordine al diritto alla divisione (per effetto della mancata contestazione oppure della sentenza), il giudice predispone un progetto di divisione, fissando l'udienza di comparizione di tutti i comproprietari per la discussione del progetto. La legge prevede che se in tale udienza non sorgono contestazioni sul progetto, il giudice dichiara l'esecutività dello stesso con ordinanza non impugnabile; in caso contrario, procede ai sensi degli artt. 187 ss. cod. proc. civ. ⁽³⁶⁶⁾.

civ. è qualificabile alla stregua di “negozio omissivo” o “volontà presunta”, diretta all'accoglimento della “domanda-proposta negoziale” dell'avversario e ratificata dall'ordinanza dell'organo giudicante la quale, in quest'ottica, assumerebbe natura negoziale vera e propria. Di questo avviso, *ex pluribus*, F. CARNELUTTI, *Meditazione sul processo divisorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, pt. II, p. 22, il quale parla di «*negozio omissivo misto a negozio commissivo, con omologazione giudiziale*»; S. COSTA, voce «*Divisorio (giudizio)*», in *Noviss. Digesto it.*, vol. VI, Torino, 1960, p. 59.

⁽³⁶⁶⁾ Secondo A. CARRATTA, *Il principio della specifica contestazione ... cit.*, p. 414, il meccanismo previsto dagli artt. 784 ss. cod. proc. civ. sottopone la divisione e l'attribuzione delle quote alla preventiva verifica dell'inesistenza di contestazioni o al preventivo accertamento del diritto alla divisione o del *quantum* delle quote mediante ordinario giudizio di cognizione. La ragione di una simile struttura va rinvenuta nella considerazione che si vuole evitare alla parte che ha intenzione di entrare nella proprietà

E' stato correttamente rilevato che dalla lettera degli artt. 785 e 789 cod. proc. civ. emerge in modo inequivocabile che la mancata contestazione è alternativa ai provvedimenti istruttori, nel senso che occorre procedere all'istruzione probatoria soltanto se i fatti costitutivi del diritto alla divisione sono controversi, e cioè contestati ⁽³⁶⁷⁾.

Non va, poi, dimenticata una nuova fattispecie tipica di utilizzo del meccanismo della contestazione, introdotta dall'art. 38, 1° comma, del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla L. 15 luglio 2011, n. 111. Detto intervento normativo ha inserito nel codice di rito l'art. 445 *bis* dedicato alle controversie in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, *handicap* e disabilità, oltre che alla pensione di inabilità e all'assegno di invalidità. La norma citata dispone che chi intende

esclusiva della sua quota di subire un danno a causa dell'inattività degli altri comproprietari. Ostacolo, questo, che il giudizio divisorio consente di superare in quanto permette di riconoscere all'inattività o al silenzio degli altri comproprietari o da alcuni di essi un significato ben preciso ed effetti del tutto assimilabili a una esplicita dichiarazione negoziale. Infatti, l'esito del giudizio è in ogni caso la divisione – purché, beninteso, ne ricorrano i presupposti – anche se nel corso del relativo procedimento non sorgessero contestazioni sul diritto alla divisione e sull'entità delle quote di ciascun comunista. Ciò, a differenza della divisione consensuale, alla quale si perviene solo se vi è l'accordo di tutti i comproprietari, in mancanza del quale si può ricorrere alla soluzione giudiziale.

⁽³⁶⁷⁾ Sul punto, si veda, in particolare, A. CARRATTA, *Il principio della specifica contestazione* ... cit., p. 417, il quale richiama le analoghe riflessioni svolte da E. ALLORIO, *Giudizio divisorio* ... cit., p. 82; v. anche ID., *Nuove riflessioni critiche in materia di giurisdizione e giudicato*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, II, pp. 57 e 74.

proporre una domanda per il riconoscimento dei diritti nelle materie indicate ha l'onere di presentare, a pena di improcedibilità, un'istanza di accertamento tecnico preventivo per la verifica delle condizioni sanitarie legittimanti la richiesta. Terminata la consulenza, il giudice fissa un termine entro il quale le parti devono dichiarare per iscritto se intendono contestare le conclusioni del consulente tecnico d'ufficio. In mancanza di contestazioni, il giudice – se non dispone al rinnovazione delle indagini peritali e, per gravi motivi, la sostituzione del consulente d'ufficio, ai sensi dell'art. 196 cod. proc. civ. – pronuncia un decreto fuori udienza con il quale omologa l'accertamento del requisito sanitario secondo le risultanze della consulenza tecnica e provvede in ordine alle spese. Qualora, invece, la parte comunichi di voler sollevare contestazioni sul contenuto della consulenza, ha l'onere di depositare il ricorso introduttivo del giudizio di merito, specificando, a pena di inammissibilità, le ragioni su cui la contestazione si fonda.

Restando nel solco delle ipotesi di utilizzo della mancata contestazione con finalità di semplificazione della controversia, preme ricordare che la tecnica *de qua* assume un particolare rilievo anche nel giudizio di rendimento dei conti. E' noto che attraverso tale giudizio si può conseguire un duplice risultato, cioè l'accertamento giudiziale dell'obbligo di confezionare il conto e, qualora vi sia stata un'apposita domanda in tal senso, la condanna al pagamento dell'eventuale esubero risultante dal conto medesimo ⁽³⁶⁸⁾. Da ciò consegue che ove vi sia solo la

⁽³⁶⁸⁾ Secondo la prevalente dottrina, il giudizio civile di rendiconto va considerato come un vero e proprio giudizio di cognizione finalizzato principalmente a rendere effettivo l'adempimento dell'obbligo sostanziale di rendiconto ed eventualmente a

domanda di accertamento dell'obbligo di rendicontare, il giudice si limiterà ad appurare l'esistenza di detto obbligo alla presentazione del conto, senza procedere alla pronuncia di una condanna al pagamento delle eventuali somme in esubero risultanti dal conto. Viceversa, se la parte attrice domandi sia l'accertamento dell'obbligo di rendicontazione, sia la condanna dell'obbligato all'eventuale pagamento del dovuto, l'organo giudicante risolverà entrambe le questioni, eventualmente condannando l'obbligato al pagamento.

Come anticipato, anche nel giudizio di rendiconto si rinviene l'utilizzo della tecnica della mancata contestazione, in entrambe le ipotesi sopra menzionate. Difatti, secondo la dottrina, ove non si raggiunga l'accordo sull'obbligo di rendiconto (cui fa riferimento l'art. 263, 1° comma, cod. proc. civ.), il meccanismo della specifica contestazione potrebbe operare secondo le regole ordinarie e, dunque, rendere pacifica l'esistenza dell'obbligo di presentazione del conto. In altri termini, al di fuori della specifica ipotesi disciplinata dall'art. 263, 1° comma, cod. proc. civ., permane la necessità di accertare l'esistenza dell'obbligo di rendicontazione e a tale risultato deve giungersi secondo le regole ordinarie, compresa quella riguardante la mancata contestazione ⁽³⁶⁹⁾.

condannare l'obbligato al pagamento di quanto sopravanza dalla differenza fra le entrate e le uscite. In questo senso, si vedano, per tutti, U. ROCCO, voce «*Rendimento dei conti*», in *Noviss. Digesto it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 432; G. RAMPAZZI GONNET, *Il giudizio civile di rendiconto*, Milano, 1991, spec. pp. 66 ss.; F. P. LUISO, voce «*Rendiconto (dir. proc. civ.)*», in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 789.

⁽³⁶⁹⁾ In questo senso si veda A. CARRATTA, *Il principio della specifica contestazione ... cit.*, p. 403.

Il meccanismo della mancata contestazione può operare, però, anche in un momento successivo e, cioè, dopo la pronuncia dell'ordinanza che accerta l'esistenza dell'obbligo di presentazione del conto. Invero, dopo tale momento, prende avvio un vero e proprio procedimento di rendimento dei conti, con l'allegazione da parte dell'obbligato dei fatti storici che hanno determinato le entrate e le uscite monetarie dichiarate nel conto. Ora, l'art. 263, 2° comma, cod. proc. civ. dispone che una volta presentato il conto, se questo viene accettato – anche a seguito della mancata contestazione – il giudice dà atto nel processo verbale della concordia sui risultati del conto medesimo e con ordinanza esecutiva e non impugnabile ordina che si faccia luogo al pagamento di quanto risulta dovuto ⁽³⁷⁰⁾. Viceversa, quando sui fatti oggetto del rendiconto sorge contrasto fra le parti, allora si procederà all'istruzione probatoria nelle forme ordinarie, senza le accelerazioni conseguenti all'applicazione della regola della mancata contestazione.

Ulteriore categoria di fattispecie normative che ricorrono al principio della mancata contestazione è quella che comprende le ipotesi in cui la legge processuale collega al mancato esercizio del diritto di difesa l'emanazione di un provvedimento di merito, consentendo così l'anticipata definizione del giudizio. Ciò avviene, ad esempio, nei casi di mancata comparizione, ovvero di mancata opposizione del conduttore che determinano l'emanazione di un'ordinanza di convalida dello sfratto o

⁽³⁷⁰⁾ Al riguardo, una parte della dottrina ha equiparato la mancata contestazione all'accettazione del conto, così da giustificare in entrambi i casi l'emanazione dell'ordinanza di pagamento del dovuto. Così, per tutti, F. P. LUISO, *voce cit.*, p. 801.

della licenza (art. 663 cod. proc. civ.) ⁽³⁷¹⁾, ovvero, nel procedimento monitorio, la mancata opposizione al decreto ingiuntivo entro il termine perentorio previsto e la mancata costituzione dell'opponente conducono alla dichiarazione di definitiva esecutorietà del provvedimento (art. 647 cod. proc. civ.). Si è rilevato come in queste ipotesi «*il legislatore ricorra alla tecnica della non contestazione, prevedendo un termine di preclusione entro il quale un'attività contestativa deve essere effettuata (nella convalida di sfratto o licenza per determinare il passaggio al giudizio a cognizione piena, nel procedimento monitorio per mezzo della introduzione del giudizio a cognizione piena); inoltre, qualifica come non contestativi dei comportamenti processuali puramente omissivi*» ⁽³⁷²⁾. Si tratta, in sostanza, di ipotesi nelle quali il

⁽³⁷¹⁾ Difatti, all'interno della disciplina sul procedimento speciale di cui agli artt. 657 ss cod. proc. civ. è previsto che, avanzata dal locatore l'intimazione dello sfratto e la contestuale citazione per la convalida, il giudice possa convalidare lo sfratto se l'intimato non compare, ovvero se, pur presentandosi, non si oppone all'intimazione richiesta dalla controparte. Diversamente, se l'intimato compare e si oppone alla domanda avversaria, il giudizio deve proseguire secondo le regole del rito ordinario. Come rileva D. POZZOLI, *La fase introduttiva del procedimento*, in A. TEDOLDI, *Il procedimento di convalida di sfratto*, Bologna, 2009, p. 160, la contumacia o la mancata contestazione del convenuto assumono effetti «*maggiori e più gravosi per il contumace o il non contestatore rispetto a quelli contemplati nei giudizi ordinari, esponendolo immediatamente al rischio di un'esecuzione forzata non preceduta dalla formazione di un titolo esecutivo giudiziale 'a cognizione piena'*».

⁽³⁷²⁾ Così, F. DE VITA, *Onere di contestazione ... cit.*, p. 64. Secondo A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione ... cit.*, p. 432, la specialità del procedimento per convalida di sfratto rispetto all'ordinario giudizio di cognizione non si rinviene tanto

legislatore ha inteso strutturare diversamente il procedimento di definizione della “controversia” a seconda del comportamento processuale assunto dall’intimato. Solo qualora quest’ultimo non compaia all’udienza o non contesti l’intimazione, il giudizio può chiudersi velocemente, senza cioè il previo accertamento istruttorio e mediante ordinanza. Difatti, a seconda che intervenga o meno la contestazione di costui, il giudice esercita un’attività cognitiva rispettivamente sommaria ovvero piena ⁽³⁷³⁾. Dunque, è evidente il particolare rilievo che assume in detti procedimenti il meccanismo della mancata contestazione: secondo la dottrina prevalente, per effetto

nell’utilizzazione della regola della mancata contestazione – la cui portata generale viene confermata dall’art. 653 cod. proc. civ. – ma si ricava piuttosto da altri elementi che interessano nello specifico l’*iter* procedurale e che valgono ad accelerare ancor di più la conclusione del giudizio, sfruttando al massimo grado la presenza del presupposto della mancata contestazione. In altri termini, se di norma nel procedimento ordinario la mancata contestazione determina la *relevatio ab onere probandi* a favore dell’avversario, nel procedimento per convalida di sfratto il legislatore è andato ben oltre questo risultato prevedendo che: (i) il provvedimento finale abbia la forma dell’ordinanza, così da sottrarlo ai mezzi di impugnazione propri delle sentenze, e così facendo ha mostrato di dare prevalenza alle esigenze di celerità e di economia processuale; e (ii) l’ordinanza conclusiva sia impugnabile soltanto nei casi e nei limiti di cui all’art. 668 cod. proc. civ., proprio al fine di affermare che, nonostante il ricorso al meccanismo della mancata contestazione e la forma dell’ordinanza conclusiva del procedimento, l’accertamento del diritto contenuto nell’ordinanza citata presenta la stessa stabilità dei provvedimenti decisori suscettibili di giudicato.

⁽³⁷³⁾ Si ricorda, al riguardo, che l’opposizione dell’intimato comporta la trasformazione del procedimento speciale di convalida di licenza o sfratto in un giudizio a cognizione piena nelle forme del rito del lavoro (art. 667 cod. proc. civ.).

del comportamento passivo dell'intimato i fatti allegati dal locatore sarebbero da considerare legalmente ammessi e, pertanto, idonei a confluire in sentenza senza l'esperimento di mezzi istruttori. In altri termini, sulla base del testo dell'art. 663 cod. proc. civ. si avrebbe l'introduzione nel procedimento di una peculiare *fictio iuris* secondo la quale vi sarebbe un'assimilazione fra la mancata costituzione o mancata contestazione, da un lato, e l'esplicita *declaratio contra se* con effetti confessori pieni dall'altro ⁽³⁷⁴⁾.

⁽³⁷⁴⁾ Sul punto si vedano E. GARBAGNATI, *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979, p. 317; A. PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 1357; N. GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 1956, p. 169; C. MANDRIOLI, *Sull'impugnazione dell'ordinanza di convalida di licenza o sfratto*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 34. *Contra*, A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione ... cit.*, pp. 433-437, secondo il quale l'unico effetto della mancata contestazione dell'intimato resta la *relevatio ab onere probandi* in favore dell'altra parte circa i fatti da quest'ultima affermati. La dottrina da ultimo citata, pertanto, così riassume la questione: «a) la "mancata opposizione" dell'art. 663 si manifesta attraverso tutti i comportamenti dell'intimato che implicano inottemperanza all'onere di contestare i fatti allegati dall'avversario entro i termini preclusivi fissati (la chiusura della prima udienza); ... f) l'ordinanza di convalida non è appellabile, poiché non opponendosi l'intimato ha di fatto rinunciato a far valere le proprie ragioni sulla fondatezza in facto dei fatti allegati dall'avversario; le uniche possibilità di impugnare l'ordinanza sono quelle delle impugnazioni straordinarie e quelle dirette a far valere obiezioni sulla valutazione in iure compiuta dal giudice: le prime poiché fondate su circostanze intervenute in un momento successivo all'esercizio della non contestazione; le seconde perché, laddove accolte, renderebbero abnorme il provvedimento».

Oltre a ciò, occorre ricordare che nel procedimento di convalida di licenza o sfratto qui brevemente delineato il legislatore ha fatto ricorso al meccanismo dell'omessa contestazione anche con riferimento alle ipotesi di contestazione parziale. Invero, qualora nello sfratto per morosità il conduttore contesti la debenza della somma pretesa dal locatore, l'art. 666 cod. proc. civ. dispone che il giudice ordini il pagamento della somma non controversa, assegnando al convenuto un termine per il pagamento non superiore a venti giorni. Decorso tale termine senza che sia intervenuto il pagamento, lo sfratto è convalidato ⁽³⁷⁵⁾.

Da ultimo, in una categoria separata da quelle precedenti potrebbero farsi rientrare le ipotesi tipiche di mancata contestazione nel processo di esecuzione forzata. Oltre ai già esaminati artt. 548 e 549 cod. proc. civ., mi sembra degna di rilievo la disposizione di cui all'art. 499 del codice di rito, che appronta un apposito subprocedimento diretto a provocare il riconoscimento da parte del debitore dei crediti degli intervenuti senza titolo esecutivo. Difatti, la norma *de qua* prevede che il giudice dell'esecuzione, con l'ordinanza con la quale fissa la vendita o l'assegnazione dei beni pignorati ai sensi degli artt. 530, 552 e 569 cod. proc. civ., convochi il debitore ad una apposita udienza, ove quest'ultimo è tenuto a

⁽³⁷⁵⁾ Come rileva C. M. CEA, *La tecnica della non contestazione ...* cit., p. 147, in questo caso la mancata contestazione parziale non opera immediatamente (come nelle ipotesi normative fin qui esaminate), ma lascia spazio alla possibilità per il conduttore di sanare la morosità pagando le somme non contestate; soltanto ove tale evento non si verifichi nel termine indicato, la mancata contestazione parziale produce lo stesso effetto che si verificherebbe nell'ipotesi del convenuto che compaia senza opporsi, cioè la convalida dello sfratto e, per tale via, la definizione del giudizio.

riconoscere i crediti dei creditori intervenuti nell'esecuzione sprovvisti di titolo esecutivo. A tale udienza, il debitore deve dichiarare quali intende riconoscere, in tutto o in parte, fra i crediti non assistiti da un titolo esecutivo, specificandone la misura (in caso di riconoscimento parziale). Se il debitore non compare, si intendono riconosciuti tutti i crediti per i quali hanno avuto luogo interventi privi di titolo esecutivo⁽³⁷⁶⁾. In ogni caso, è bene specificarlo, il riconoscimento opera ai soli effetti dell'esecuzione in corso (come nelle ipotesi del pignoramento presso terzi di cui si è trattato in precedenza: cfr. *supra*, par. 3).

La breve disamina delle svariate fattispecie normative nelle quali si utilizza la tecnica della contestazione con finalità acceleratorie o comunque semplificatorie dimostra come vi sono numerosi esempi ai quali il legislatore del 2009 avrebbe potuto ispirarsi per l'integrazione apportata al primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ. Ciò, non solo e non tanto per una questione di tecnica di redazione normativa, ma soprattutto al fine di contestualizzare, comprendere o quanto meno provare a

⁽³⁷⁶⁾ La legge prevede, poi, che i creditori intervenuti i cui crediti siano stati riconosciuti dall'esecutato partecipino alla distribuzione del ricavato per intero ovvero limitatamente alla porzione di credito che sia stata riconosciuta. Diversamente, i creditori privi di titolo esecutivo i cui crediti siano stati disconosciuti dal debitore hanno diritto all'accantonamento delle somme che ad essi spetterebbero, purché ne facciano istanza e dimostrino di aver proposto, nei trenta giorni successivi all'udienza ove è comparso l'esecutato, l'azione necessaria per munirsi del titolo esecutivo. In sostanza, i creditori non titolati dovranno dimostrare di aver notificato, entro il predetto termine, un atto di citazione introduttivo di un giudizio di condanna nei confronti del debitore avente ad oggetto il credito disconosciuto.

immaginare le problematiche che attualmente circondano la concreta operatività della “nuova” regola contestativa e i riflessi che l’enunciazione in termini generali del principio della specifica contestazione avrebbe avuto sull’ordinamento processuale vigente e sulla pratica quotidiana dello stesso nelle aule di Giustizia.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La ricerca compiuta, prendendo le mosse dall'insufficiente disposizione del primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ., ha cercato di delineare l'attuale configurazione dell'onere incombente sulle parti costituite di difendersi in giudizio attraverso una contestazione specifica delle deduzioni in fatto degli avversari, nel tentativo di colmare, seppur in minima parte, i gravi vuoti di disciplina che accompagnano il concreto adempimento dell'onere della specifica contestazione.

La norma riscritta nel 2009, infatti, regola soltanto alcuni aspetti dell'onere in parola, mentre nulla prevede in ordine alle innumerevoli ulteriori questioni evidenziate (si pensi, *in primis*, al problema del termine per contestare utilmente un fatto allegato dall'avversario).

Si è visto, invero, che l'art. 115, 1° comma, cod. proc. civ. stabilisce soltanto che la contestazione debba applicarsi alle parti costituite, riguardare i «*fatti*» e rivestire il carattere della specificità.

Tuttavia, per quanto si tratti di precisazioni rilevanti e non certo marginali, anch'esse – per la genericità della relativa formulazione – non sono idonee a indirizzare concretamente l'opera degli operatori del diritto e degli utenti del sistema giustizia.

Per quel poco che il legislatore ha fatto, però, a me pare che per effetto dell'intervento riformatore possa oggi riconoscersi valenza probatoria all'onere della specifica contestazione: la previsione per la quale i fatti non contestati sono idonei ad essere posti a base della

decisione (sia pur con tutte le limitazioni indicate dal legislatore medesimo e dai processualisti) alla stregua di circostanze pacifiche – *rectius*, non bisognose di prova – conduce a considerare la mancata contestazione delle allegazioni in fatto della controparte processuale quale comportamento che spiega effetti non solo sulla quantità dei fatti da sottoporre alle verifiche istruttorie, ma anche e soprattutto sul contenuto della decisione del giudice del merito, il quale potrà, appunto, fondare il suo convincimento, *inter alia*, sui «*fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*». Non vedo, infatti, come possa negarsi che l'efficacia e l'effetto dell'omessa contestazione siano esclusivamente di natura probatoria. A mio avviso, invero, non sbaglia chi ritiene che l'onere della specifica contestazione abbia la (semplice) conseguenza di esonerare chi ha introdotto un fatto in giudizio dalla "preoccupazione" che sia raggiunta la prova della verità di esso tutte le volte in cui la controparte ha mostrato di non interessarsi a che quella circostanza potesse considerarsi pacifica. Insomma, una vera e propria *relevatio ab onere probandi*.

Ma l'argomento decisivo in favore della tesi da me sostenuta credo debba rinvenirsi nella considerazione che il meccanismo della specifica contestazione non costituisce un mezzo per raggiungere una prova vincolante per il giudice; risultato cui potrebbe coerentemente giungersi se il comportamento non contestativo della parte avesse efficacia di disposizione del diritto sostanziale fatto valere in giudizio. Ciò a mio avviso è però inaccettabile, anzitutto perché l'art. 115 cod. proc. civ. non prevede nulla in tal senso (e dunque, non può considerarsi derogatorio rispetto alla regola generale di cui al successivo art. 116, 1° comma, cod. proc. civ.) e, in secondo luogo, perché il fatto non contestato rientra a pieno titolo nel novero delle

risultanze istruttorie poste alla base della decisione, con la possibilità, non solo teorica, che quel determinato fatto possa venir smentito da una o più delle ulteriori allegazioni in fatto che siano state sottoposte a scrutinio probatorio.

Come ho cercato di dimostrare nel corso della trattazione, infatti, è solo la natura (e l'efficacia) schiettamente probatoria che consente di inquadrare esattamente il principio della specifica contestazione nel più generale contesto delle riforme che il processo civile subisce incessantemente, in particolare nell'ultimo decennio. Al riguardo, è di primario rilievo considerare che l'esigenza sottesa ai recenti interventi normativi in materia processuale è senza dubbio quella di eliminare le lungaggini procedurali e tutti i meccanismi che comportano il protrarsi delle liti per un tempo indefinibile e comunque spropositato; cosa che, per ciò solo, frustra le istanze di giustizia dei cittadini. Il tentativo di ridurre i tempi processuali si accompagna, peraltro, al problema dello smaltimento dell'arretrato – che, difatti, costituisce una sua inevitabile conseguenza – e a quello della semplificazione delle regole della macchina della giustizia, spesso causa dei giudizi che durano anni.

Se tutto questo è vero, il riconoscimento legislativo del principio della specifica contestazione non può che essere frutto delle indicate esigenze, e dunque l'onere *de quo* deve essere considerato lo strumento che la legge appresta in favore dei litiganti e del giudice per selezionare i fatti davvero controversi, poiché questi ultimi saranno gli unici a richiedere il dispendio di tempo, denaro ed energia per essere verificati. Ulteriore corollario di tale assunto è che solo la natura squisitamente probatoria del principio di specifica contestazione è idonea ad attribuire a tale strumento la segnalata efficacia deflattiva auspicata dal

legislatore, a mio avviso unica possibile chiave di lettura del nuovo testo dell'art. 115 cod. proc. civ.

Tuttavia, l'efficacia acceleratoria di cui è (o dovrebbe essere) normalmente dotato il principio della specifica contestazione non può e non deve in alcun modo sacrificare le domande di tutela azionate dai cittadini in via giurisdizionale. In altri termini, la potenziale rapidità della definizione della lite non deve essere un obiettivo raggiungibile al costo di una decisione superficiale che per ciò rischi di essere, anche solo astrattamente, ingiusta.

Proprio al fine di rimediare a questo inconveniente, cioè per evitare che la regola della contestazione fuoriesca indebitamente dal solco nel quale invece dovrebbe essere correttamente collocata, può porsi mente alle diverse "proposte" che, seppur non espone al precipuo fine di rendere il principio della specifica contestazione completamente coerente con le finalità per le quali è stato previsto, possono essere lette nell'ottica della migliore utilizzazione della tecnica di cui all'art. 115 cod. proc. civ.

In questa prospettiva, sono da richiamare quegli studiosi – ai quali mi associo – che hanno proposto di valorizzare e rendere maggiormente effettiva l'osservazione da parte dei protagonisti del processo dell'art. 88 cod. proc. civ., norma che, come noto, impone alle parti e ai rispettivi difensori di tenere comportamenti corretti, leali e probi. La lotta alla malizia esercitata contro l'avversario e, quindi, la strenua difesa della buona fede processuale costituisce, infatti, uno dei principi ispiratori del vigente codice di rito ⁽³⁷⁷⁾.

⁽³⁷⁷⁾ Al punto 17 della *Relazione alla Maestà del Re Imperatore* illustrata dal Ministro Guardasigilli Grandi il 28 ottobre 1940 in occasione dell'approvazione del testo del nuovo Codice di procedura civile (in *Codice di procedura Civile con la Relazione al*

La *ratio* di una simile previsione riposa nella considerazione che la collaborazione e il congiunto operare delle parti fra loro, nonché del giudice con i litiganti, siano elementi basilari e irrinunciabili affinché il processo sia costruito in modo da garantire l'uguaglianza dei suoi protagonisti nella pienezza del contraddittorio. In questo modo, lo schema organizzativo del giudizio è

Re, a cura di F. CIPRIANI, D. D'ELIA e G. IMPAGNATIELLO, Bari, 1997, p. 221) si pone in evidenza proprio il fatto che il sistema processuale mostra netta avversione nei confronti degli atteggiamenti scorretti e sleali dei protagonisti del processo e ciò è dimostrato dalla previsione di «*due istituti che il nuovo Codice considera come le armi praticamente più efficaci poste a disposizione del giudice per combattere la malafede processuale: il potere di ordinare in ogni momento del processo la comparizione personale delle parti (art. 117) e il potere, complementare al primo, di trarre argomenti di carattere probatorio dalla loro condotta processuale (art. 116). Nella comparizione personale delle parti il giudice troverà il mezzo per chiarire i punti oscuri alla luce del contraddittorio, e per misurare, colla diretta osservazione degli uomini, le loro intenzioni e la loro psicologia; e il modo franco o sfuggente con cui questi risponderanno alle sue domande, sarà tenuto presente al momento della decisione del merito, in modo che nella valutazione delle risultanze istruttorie possa avere un certo peso anche la attendibilità morale delle persone. ... Insomma, l'idea fondamentale che ha ispirato il codice nel predisporre le misure più efficaci contro la malafede processuale è questa: che il diretto contatto tra il giudice e le parti debba ingenerare in esse la convinzione dell'assoluta inutilità delle schermaglie e dei tranelli. I litiganti si accorgeranno che la furberia non solo non servirà a vincere le cause, ma potrà spesso servire a farle perdere; e saranno tratti a comportarsi secondo la buona fede non solo per obbedire alla loro coscienza morale, ma altresì per seguire il loro interesse pratico, il quale li renderà avvertiti che alla fin dei conti la disonestà non costituisce mai, neanche nei processi, un buon affare».*

lineare, atteso che l'elaborazione del materiale di causa è il frutto dell'agire congiunto delle parti ⁽³⁷⁸⁾. In quest'ottica, è allora evidente come il dovere di lealtà e probità costituisce il metro di valutazione del corretto esercizio dei poteri processuali delle parti, e ciò primariamente quando il legislatore lasci ai litiganti «margini più o meno vasti nei quali è consentito liberamente determinarsi» o addirittura consenta alle parti la libertà «di scegliere i mezzi più idonei al conseguimento dei loro fini» ⁽³⁷⁹⁾. Proprio in queste ipotesi l'esigenza che il precetto di cui all'art. 88 cod. proc. civ. venga rispettato è (o dovrebbe essere) ancora più sentita, atteso che l'obbiettivo è quello di salvaguardare il leale e corretto esercizio delle prerogative processuali riservate alla parte e di evitare che l'esercizio scorretto, malizioso, sleale, fraudolento, seppur processualmente valido, possa determinare, in concreto, un'indebita posizione di vantaggio rispetto all'avversario ⁽³⁸⁰⁾.

Pertanto, occorre che le parti e i propri difensori non siano scorretti e opportunisti, non omettano questioni fattuali rilevanti ai fini del giudizio, non affermino come vero ciò che sanno essere falso, non approfittino delle dimenticanze delle controparti, per poi introdurre nuove (e

⁽³⁷⁸⁾ Così, L. SALVANESCHI, *Dovere di collaborazione e contumacia*, Testo provvisorio della relazione tenuta al XXIX convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Genova, 21-22 settembre 2013, p. 1.

⁽³⁷⁹⁾ Citazioni tratte da V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979, p. 412.

⁽³⁸⁰⁾ Riflessioni, queste, di A. CARRATTA, *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, Testo della relazione tenuta al XXIX convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Genova, 21-22 settembre 2013, p. 35, pubblicato anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 47 col titolo *Dovere di verità e completezza nel processo civile – Parte prima*.

magari decisive) circostanze solo quando all'avversario non sia più consentito difendersi adeguatamente o addurre fatti a lui favorevoli. Occorre, cioè, che la dialettica processuale si svolga con professionalità, serietà e onestà, in condizioni paritetiche e con la maggiore trasparenza possibile quanto alle circostanze in fatto rilevanti ai fini della causa.

Mi sembra indubbio, infatti, che una condotta spregiudicata della parte è, per ciò solo, idonea a compromettere le facoltà difensive dell'avversario al quale devono essere riconosciute pari garanzie processuali per la tutela dei propri diritti. Attraverso il mendacio e la reticenza, invero, il singolo litigante potrebbe (almeno in alcuni casi) pregiudicare in maniera decisiva le possibilità del contraddittore di dimostrare le proprie ragioni, o comunque determinare un maggiore aggravio difensivo dello stesso, finendo, in ultima analisi, per violare o comprimere quelle stesse garanzie costituzionali del processo che devono essere senz'altro riconosciute anche a quest'ultimo (³⁸¹).

Peraltro, come è stato acutamente osservato, «*la lealtà che l'ordinamento impone alle parti nel processo non è una mera correttezza formale, un banale rispetto delle regole, ma è il presupposto indispensabile perché tutta l'attività processuale non sia una farsa; perché sia una vera procedura di comunicazione, una procedura che istituzionalizzi il dialogo per il riconoscimento dei torti e delle ragioni, nella consapevolezza che solo tale dialogo può, mediante la formazione di un discorso comune tra le*

(³⁸¹) Così, M. GRADI, *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in *Lo sguardo – Rivista di filosofia*, n. 8/2012, p. 100.

parti, legittimare il riconoscimento delle pretese soggettive come ragioni» ⁽³⁸²⁾.

A mio avviso, per rendere maggiormente cogente il dovere delle parti di comportarsi correttamente in giudizio e, quindi, per rendere effettiva l'osservanza del precetto contenuto nell'art. 88 cod. proc. civ., credo che occorra collegare al comportamento scorretto delle parti e dei difensori un meccanismo sanzionatorio che costituisca un deterrente alla slealtà processuale. Ma non vi è unanimità di vedute neppure su questo punto. Ciononostante, mi sembra che la tesi da condividere sia soltanto una, cioè quella secondo cui alla violazione dei precetti contenuti nell'art. 88 cod. proc. civ. dovrebbero essere collegate diverse conseguenze di natura processuale. Occorre ricordare, in proposito, che la condotta processualmente scorretta potrebbe determinare una pronuncia di condanna alle spese ai sensi dell'art. 92 cod. proc. civ., ovvero la condanna per responsabilità processuale ("semplice" o aggravata) *ex art.* 96 cod. proc. civ., ovvero infine l'applicazione dell'art. 116, 2° comma, cod. proc. civ. in danno della parte che ha agito o resistito in giudizio con un contegno scorretto, disonesto e/o sleale ⁽³⁸³⁾.

Su queste basi una parte della dottrina si è addirittura spinta fino a sostenere che il dovere di lealtà e probità *ex art.* 88 cod. proc. civ. comprendesse in sé anche l'obbligo di non mentire; detto altrimenti, il dovere di lealtà avrebbe come immediato e imprescindibile corollario il dovere di verità e completezza. Sul punto, però, occorre fare qualche precisazione.

⁽³⁸²⁾ Così, F. MACIOCE, *La lealtà – Una filosofia del comportamento processuale*, Torino, 2005, p. 5.

⁽³⁸³⁾ Si veda in argomento A. CARRATTA, *Dovere di verità e di completezza ... cit.*, pp. 43 ss.

In termini generali, il c.d. dovere di dire la verità implica il divieto di mentire nel processo e, cioè, il divieto di non asserire coscientemente il falso quando si fanno affermazioni in giudizio, sia in relazione alle proprie allegazioni, sia quando si prende posizione sui fatti affermati dall'avversario. In altri termini, l'obbligo *de veritate* comporterebbe per le parti il dovere di riferire in maniera esaustiva e completa tutte le circostanze fattuali che concernono l'oggetto del giudizio di modo da fornire al giudice e agli avversari un quadro completo dei fatti rilevanti per la migliore trattazione e decisione della controversia.

Mi pare evidente, però, che una *disclosure* così ampia non è necessaria, né utile. Da un lato, infatti, l'onere in parola è sfornito di sanzione, sicché non vedo come possa essere efficacemente “fatto valere” nei confronti della controparte parzialmente veridica. Dall'altro lato, l'eventuale esposizione ad opera di ciascuna parte dell'intero corredo di circostanze conosciute non gioverebbe neppure alla lite, quantomeno per la mole di attività conoscitiva (e, conseguentemente, istruttoria) che sarebbe in ipotesi richiesta al giudicante.

In questa situazione, allora, il dovere di verità dovrebbe essere ridimensionato, nel senso di essere imposto alle parti nella misura in cui tale comportamento si traduca nel rispetto del dovere di lealtà e probità *ex art. 88 cod. proc. civ.* Intendo dire che il dovere della parte di essere onesta e sincera (e, quindi, di dire la verità) non deve mai sfociare in un nocumento per la posizione processuale degli avversari, sicché entro questo limite le affermazioni false o reticenti dovrebbero risultare “neutre” o comunque ininfluenti per l'ordinamento. Solo a queste condizioni, a mio avviso, è possibile riconoscere che l'obbligo *de veritate* sia considerato vigente all'interno

dell'ordinamento processuale e ciò solo al fine di evitare che il mendacio o l'omissione siano dannosi per la controparte. E' evidente, infatti, che non può parlarsi di lealtà o di probità del protagonista del processo che effettua dichiarazioni non solo mendaci ma, al contempo, svantaggiose per l'avversario ⁽³⁸⁴⁾.

Sempre con lo sguardo rivolto alle proposte avanzate dalla dottrina al fine di migliorare e rendere maggiormente efficace l'utilizzazione del principio della specifica contestazione, occorre ricordare che correttamente si afferma come sarebbe buona norma adottare la prassi di redigere con chiarezza e schematicità gli atti di causa, quantomeno nella parte riferita alla ricostruzione dei fatti ⁽³⁸⁵⁾. Difatti, in tal modo non solo si permetterebbe a tutti i protagonisti del processo di avere piena contezza della posizione delle altre parti in lite e di poter così replicare in maniera efficace alle asserzioni altrui, ma si fornirebbe anche al giudice un quadro chiaro e univoco della precisa posizione processuale di ogni contraddittore, con evidenti riflessi sulla possibilità di addivenire alla migliore decisione della controversia.

Dal breve riepilogo qui effettuato, credo che emerga con tutta evidenza come il principio della specifica contestazione così come formulato dal legislatore del 2009 non sia in grado di "stare in piedi" da sé, occorrendo sempre l'intervento di ulteriori istituti processuali a sostegno della sua (auspicata) efficacia deflattiva.

⁽³⁸⁴⁾ Si veda, ancora, A. CARRATTA, *Dovere di verità e di completezza* ... cit., p. 29, nonché M. GRADI, *Sincerità dei litiganti* ... cit., p. 100.

⁽³⁸⁵⁾ Così, A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 89; S. GIANI, *La non contestazione nel processo civile tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, in *www.ilcaso.it*, p. 12.

In questa prospettiva, si è addirittura “scomodato” l’istituto dell’interrogatorio non formale (art. 117 cod. proc. civ.) quale strumento in grado di chiarire la posizione delle parti così come espressa negli atti di causa. In prima battuta, mi sembra che l’osservazione non sia delle più peregrine, in quanto l’interrogatorio c.d. libero è un istituto predisposto dal legislatore per consentire al giudice di avere un contatto diretto con le parti al precipuo fine di ottenere da esse delucidazioni e maggiori informazioni circa lo svolgimento dei fatti per i quali è insorta la lite, con l’obiettivo di avere dinanzi a sé un quadro dai confini meglio delineati alla luce e in vista dell’assunzione della decisione finale ⁽³⁸⁶⁾.

In effetti, si ritiene in dottrina che l’interrogatorio *de quo* sia uno strumento molto utile se correlato alla fase preparatoria del procedimento, coincidente con la prima parte dell’udienza di trattazione. Invero, esso dovrebbe servire a chiarire e a individuare nel modo più preciso e completo possibile la configurazione reale della controversia *in limine litis*, in vista di un’effettiva ed efficace preparazione e trattazione della causa. Nel caso, poi, dell’onere della specifica contestazione uno strumento

⁽³⁸⁶⁾ Si legge al punto 27 della Relazione al Re, *Contro la malafede processuale*, in *Codice di procedura Civile ... cit.*, p. 221, che «questo interrogatorio libero ... mira ... a far sì che le parti possano chiarire le loro allegazioni di fatto e le loro conclusioni, laddove queste sembrano al giudice incomplete od oscure. Mentre l’interrogatorio formale a istanza di parte è diretto contro l’interrogando, nel senso che tende a fargli fare dichiarazioni contrarie al suo proprio interesse, questo interrogatorio libero mira prima di tutto a giovare alla parte interrogata, per darle modo di spiegar meglio al giudice le sue ragioni, e di integrare la propria difesa là dove questa, in seguito alle osservazioni del giudice, le possa sembrare manchevole».

di tal fatta potrebbe consentire al giudice di sentire le parti e stimolare la presa di posizione di costoro circa i fatti reciprocamente affermati, così da rendere veramente operativo il principio enunciato dall'art. 115, 1° comma, cod. proc. civ.

Al riguardo, è stato sostenuto che un contributo importante alla definizione dell'area della mancata contestazione e delle ammissioni può derivare proprio da un uso adeguato dell'interrogatorio libero. E' evidente, infatti, che un interrogatorio libero condotto con particolare rigore, nel corso del quale il giudice solleciti ciascuna parte a prendere posizione sui fatti affermati dall'altra, può contribuire a risolvere molti problemi, sgombrando il campo dalle contestazioni generiche e facendo in modo che le stesse si trasformino in esplicite ammissioni (tali da escludere il fatto ammesso dal *thema probandum*), ovvero in semplici silenzi, da cui sarebbe possibile trarre argomenti di prova *ex art.* 116, 2° comma, cod. proc. civ. ⁽³⁸⁷⁾.

Tuttavia, *melius re perpensa*, devo esprimere delle remore circa l'utilizzo dell'interrogatorio libero "in combinata" con l'art. 115 cod. proc. civ.: o si chiarisce la *questio facti* con il meccanismo della contestazione, oppure lo si fa con l'interrogatorio non formale.

E ciò per una semplice considerazione.

Ove si affermasse la prassi che il giudice, nei casi in cui non è manifesta la posizione assunta da una parte circa i fatti allegati dall'altra, ricorra all'interrogatorio libero «*sui fatti di causa*», la previsione dell'onere di specifica

⁽³⁸⁷⁾ Così, L. GUAGLIONE, *Il principio di non contestazione e la definizione del "thema probandum". Poteri del giudice e delle parti*, Relazione all'incontro tenutosi presso il Consiglio Superiore della Magistratura il 26-28 novembre 2001, p. 13.

contestazione ne risulterebbe inevitabilmente svilita e svuotata: non vedo come possa pretendersi dalle parti e dai propri difensori di «*contestare specificatamente*» i fatti narrati dall'avversario se risulta possibile confidare nello svolgimento di un interrogatorio con il quale si può fare esattamente la stessa cosa, ma in un momento successivo alle battute iniziali del processo, in un tempo quindi in cui le parti hanno già “scoperto” le loro strategie defensionali.

E allora, se vuole comunque darsi un senso e un valore al richiamo all'art. 117 cod. proc. civ. di cui qualcuno si è fatto portatore, non credo possa accogliersi soluzione diversa da quella di considerare l'interrogatorio libero quale una sorta di *extrema ratio* cui il giudice potrà ricorrere, ad esempio, prima di ammettere le istanze istruttorie allo scopo di verificare insieme alle parti cosa effettivamente occorre provare. Ciò potrà farsi, però, adattando lo strumento in parola al singolo caso *sub judice*, tenendo in debita considerazione sia le esigenze probatorie di volta in volta esistenti, sia la mole di informazioni da sottoporre caso per caso a vaglio istruttorio.

Anche il tentativo di valorizzare l'art. 117 cod. proc. civ. alla luce della regola della specifica contestazione conferma, a mio avviso ancora una volta, come l'onere di cui all'art. 115 cod. proc. civ. abbisogni non solo dell'opera dell'interprete, ma anche di “accompagnarsi” ad altre norme del codice di rito per poter essere efficacemente (e correttamente) applicato.

Non mi sembra, quindi, azzardato affermare che la previsione normativa contenuta nell'art. 115, 1° comma, cod. proc. civ. ha creato più problemi di quanti aspirasse a risolverne. Eppure, nonostante la più volte segnalata vaghezza della formulazione della predetta norma e gli importanti problemi interpretativi sollevati dalla dottrina, nel 2012 il legislatore ha ben pensato di utilizzare il

medesimo istituto per il processo esecutivo presso terzi. Difatti, la Legge 24 dicembre 2012, n. 228 ha riscritto gli artt. 548 e 549 cod. proc. civ., prevedendo che il meccanismo della specifica contestazione si applichi anche al terzo pignorato che ometta di rendere la dichiarazione sull'entità del proprio debito nei confronti dell'esecutato, come richiesto dall'art. 547 cod. proc. civ., con ciò tuttavia creando numerose distonie rispetto al "modello" di omessa contestazione di cui all'art. 115 cod. proc. civ. e, conseguentemente, numerosi problemi ermeneutici e applicativi della nuova disciplina.

Come ho cercato di evidenziare nel corso della trattazione, infatti, nel processo esecutivo la regola della mancata contestazione assume caratteristiche peculiari del tutto slegate da quelle del rito ordinario; peraltro, il concreto atteggiarsi della mancata contestazione del terzo pignorato comporta conseguenze più serie (e dunque più pericolose) per tale soggetto che, pur non essendo parte del giudizio, subisce gli effetti di un meccanismo legislativo pensato (originariamente) per accelerare le tempistiche processuali.

Bene avrebbe fatto, dunque, il legislatore del 2012 a cogliere l'occasione – finora mancata – di "sistemare" il principio della specifica contestazione, delineandone con maggior rigore gli incerti confini poiché, solo dopo aver effettuato tale operazione, avrebbe potuto "permettersi" di utilizzarlo a modello di riti diversi da quello ordinario.

Un ultimo cenno va fatto alle prospettive di riforma del processo civile riguardanti, in particolare, i giudizi di impugnazione. Come visto, sia la riforma dell'art. 360, 1° comma, n. 5, cod. proc. civ., sia il collegato alla legge di stabilità per il 2014 ingenerano il serio dubbio che le garanzie costituzionali poste a tutela degli utenti del

sistema giustizia si stiano via via assottigliando, fino a scomparire del tutto.

Il primo dei predetti provvedimenti normativi ha, infatti, ridotto in modo sensibile la possibilità di adire la Suprema Corte per ottenere una decisione giusta e conforme a diritto, quanto meno in tutti quei casi in cui ci si dolga dell'erronea applicazione di norme processuali (ad esempio, della regola della specifica contestazione). La proposta di modifica delle norme processuali contenuta nel collegato alla legge di stabilità per il 2014, invece, recide nettamente l'obbligatorietà della motivazione delle sentenze, poiché si propone che i giudizi civili siano definiti mediante la mera indicazione dei fatti rilevanti e delle norme che fondano la decisione, senza necessità che venga stesa la motivazione della pronuncia: tale incombente sarà richiesto al giudicante soltanto ove le parti intendano impugnare la decisione resa, provvedendo previamente a versare all'Erario un importo (forse) pari al contributo unificato dovuto per il giudizio di secondo grado, di cui non è affatto certa l'instaurazione.

Ho già manifestato il mio vigoroso dissenso alle previsioni normative recentemente introdotte e introducende, poiché non credo sia tollerabile che un sistema giurisdizionale moderno (che si definisca tale, oppure che aspiri ad esserlo) si accontenti di norme vaghe, poco chiare e dagli incerti confini applicativi, giacché ciò si traduce in nient'altro che una relevantissima e inaccettabile limitazione delle garanzie poste a tutela di tutti quanti accedono alla Giustizia.

Non resta, allora, che concludere richiamando l'insegnamento (o, meglio, l'auspicio) di Tito Livio (*Ab urbe condita*, I sec. a.c.): «*Legum corrector usus*».

Sarà così anche per il principio della specifica contestazione?

BIBLIOGRAFIA GENERALE

- AA.VV., *La motivazione della sentenza civile di cassazione*, Relazioni al convegno di studi tenutosi presso la Corte di Cassazione, Roma, 20 gennaio 2010
- AA.VV., *Le recenti riforme del processo civile ed il ruolo nomofilattico della Corte*, Relazioni al convegno di studi tenutosi presso la Corte di Cassazione, Roma, 2 dicembre 2009
- ACIERNO M., *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 503
- ACIERNO M., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 437
- ACIERNO M. – GRAZIOSI C., *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo sisma?*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 155
- ANDRIOLI V., voce «*Prova (diritto processuale civile)*», in *Noviss. Digesto it.*, Torino, 1967, vol. XIV, p. 260
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979
- ARIETA G., *Onere di allegazione, onere di contestazione, onere della prova, fatto notorio e nozioni di comune esperienza*, Relazione all'incontro di studi tenutosi in data 30 novembre 2009 presso la Corte d'Appello di Roma

- ARIETA G. – DE SANTIS F. – MONTESANO L., *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2013
- ATTERITANO A., *Note minime in tema di onere della contestazione e tecniche di accelerazione del processo*, in www.judicium.it
- BALENA G., *Preclusioni di merito e preclusioni istruttorie nel processo civile riformato*, in *Quaderni del CSM* n. 92/15
- BALENA G., *Le preclusioni nel processo di primo grado*, *Giur. it.*, 1996, pt. IV, p. 265
- BALENA G. – ORIANI R. – PROTO PISANI A. – RASCIO N., *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, pt. I, p. 1436.
- BALENA G., *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Le prove del processo civile – Atti del XXV convegno nazionale*, tenutosi a Cagliari il 7-8 ottobre 2005, Milano, 2007, nonché in *Il giusto proc. civ.*, 2006, p. 201
- BALENA G., *Art. 115 c.p.c.*, in *La riforma della giustizia civile – Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, di G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI, Torino, 2009, p. 31
- BALENA G., *Onere di contestazione delle avverse allegazioni*, in *Guida al diritto*, n. 27/2009, p. 110
- BALENA G., *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Il giusto proc. civ.*, 2009, fasc. 3, p. 776
- BARTOLINI F., *Il nuovo giudizio di appello e di Cassazione nel processo civile*, Piacenza, 2012

- BATTAGLIA V., *Sull'onere del convenuto di «prendere posizione» in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1512
- BATTAGLIA V., *Le preclusioni nel processo ordinario di cognizione in Tribunale*, Torino, 2012
- BEATRICE G., *Art. 115 cod. proc. civ.*, in *La riforma del processo civile*, a cura di F. A. GENOVESE – C. I. RISOLO, Milano, 2010, p. 92
- BONI M., *Interrogatorio libero; tentativo di conciliazione; i poteri del giudice e delle parti nell'attività istruttoria; le preclusioni istruttorie*, Relazione all'incontro di studi tenutosi presso il Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 21 ottobre 2002
- BORGHESI D., voce «*Compensazione nel diritto processuale civile*», in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, vol. III, Torino, 1988, p. 78
- BOVE M., *Il sindacato della Corte di Cassazione – Contenuto e limiti*, Milano, 1993
- BOVE M., *Sulla produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 303
- BOVE M., *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010
- BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in www.judicium.it
- BRIGUGLIO A., *La Corte costituzionale e la “ficta confessio” nel processo societario*, in *Foro it.*, 2008, pt. I, p. 723

- BRIGUGLIO A., *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 259
- BRIGUGLIO A., *Note brevissime sull'“onere di contestazione” per il terzo pignorato (nuovo art. 548 c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 30, nonché in www.judicium.it
- BUFFA F., *La «non contestazione» nel processo del lavoro, tra principio dispositivo e principio di economia processuale*, in *Giust. civ.*, 2008, pt. I, p. 2958
- BUFFONE G., *Il fatto non specificamente contestato, è provato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 2506
- BUFFONE G., *Sinistri stradali: di rara applicabilità, di fatto, il principio di non contestazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 861
- BUFFONE G., *L'onere di contestazione*, in Consiglio Superiore della Magistratura, Ufficio per gli incontri di studio, Roma 21-23 febbraio 2011
- BUFFONE G., *Il processo e il tempo – Tecniche “acceleratorie” e “accomodamenti procedurali” per una riduzione dei tempi di definizione del giudizio di primo grado*, in www.ilcaso.it
- CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, rist. 2010
- CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1964
- CAMPESE G., *La non contestazione*, in Consiglio Superiore della Magistratura, Ufficio per gli incontri di studio 7-11 marzo 2011

- CANZIO G., *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, pt. V, p. 305
- CAPONI R., *La riforma dell'appello civile*, in AA.VV., *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12)*, in *Foro it.*, 2012, pt. V, p. 292
- CAPONI R., *Norme processuali «elastiche» e sindacato in Cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2013, pt. V, p. 149
- CAPONI R., *La modifica dell'art. 360, 1° comma n. 5 c.p.c.*, in *www.judicium.it*
- CAPONI R., *La riforma dell'appello civile*, in *Foro it.*, 2012, pt. V, p. 292
- CAPONI R., *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, in *www.judicium.it*, nonché in *Giur. cost.*, 2012, p. 1539
- CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità – Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Parte prima, Milano, 1962
- CAPPONI B., *Il diritto processuale civile «non sostenibile»*, in *www.judicium.it*
- CAPPONI B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2012
- CAPPONI B., *A prima lettura sulla delega legislativa al Governo «per l'efficienza della giustizia civile» (Collegato alla legge di stabilità 2014)*, in *www.judicium.it*, nonché in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 361

- CARNELUTTI F., *La prova civile. Parte generale – Il concetto giuridico della prova*, Milano, rist., 1992
- CARPINO B., voce «*Scrittura privata*», in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 805
- CARRATTA A., *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995
- CARRATTA A., *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, in *Giur. it.*, 1997, p. 151
- CARRATTA A., «*Principio della non contestazione*» e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili, in *Fam. dir.*, 2010, p. 571
- CARRATTA A., *Principio della non contestazione e art. 115 c.p.c.*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012, p. 630
- CARRATTA A., *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, Intervento al convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Genova, 21-22 settembre 2013, nonché in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 47 col titolo *Dovere di verità e completezza nel processo civile – Parte prima*
- CASCIARO G., *Rito del lavoro: brevi rilievi sull'onere del convenuto di formulare le eccezioni in limine litis e di contestare specificamente i fatti posti a fondamento della domanda avversaria*, in *Foro pad.*, 1998, p. 22
- CASTELLARI A., *Volontà ed attività nel rapporto processuale civile*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1947, p. 345
- CATTANI M., *Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi al quantum delle spettanze richieste dal lavoratore*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 1909

- CAVALLINI C., *La non contestazione nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1/2009, p. 55
- CAVALLINI C., *Verso una giustizia "processuale": il "tradimento" della tradizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 316
- CAVALLONE B., *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1
- CEA C. M., *La bozza Vaccarella tra dubbi e perplessità*, in *Foro it.*, 2003, pt. V, p. 151
- CEA C. M., *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, pt. I, p. 2017, pubblicato anche in CEA C. M., *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2012, p. 85
- CEA C. M., *Il principio di non contestazione tra fronda e disinformazione*, in *Foro it.*, 2003, pt. I, p. 2107, pubblicato anche in CEA C. M., *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2012, p. 101
- CEA C. M., *La non contestazione dei fatti e la Corte di cassazione: ovvero un principio poco amato*, in *Foro it.*, 2005, pt. I, p. 728, pubblicato anche in CEA C. M., *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2012, p. 106
- CEA C. M., *Principio di preclusione e nuove prove in appello*, in *Foro it.*, 2005, pt. I, p. 2720
- CEA C. M., *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche*, in *Foro it.*, 2006, pt. I, p. 1873, pubblicato anche in CEA C. M., *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2012, p. 114
- CEA C. M., *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2/2006, p. 173,

- pubblicato anche in CEA C. M., *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2012, p. 121
- CEA C. M., *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, pt. V, p. 268, pubblicato anche in CEA C. M., *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2012, p. 169
- CEA C. M., *Art. 115 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, p. 792, pubblicato anche in CEA C. M., *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2012, p. 169
- CEA C. M., *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *www.judicium.it*, nonché in *Foro it.*, 2012, pt. V, p. 104
- CEA C. M., *Le incertezze della Cassazione in tema di non contestazione ed il bisogno di nomofilachia*, in *Foro it.*, 2012, pt. I, p. 1575
- CELENTANO P., *Il dialogo processuale delle parti tra preclusioni assertive, preclusioni probatorie e non contestazione del novellato art. 115 c.p.c.*, Relazione all'incontro di studi "Il punto sul rito civile", tenutosi presso il Consiglio Superiore della Magistratura, in Roma, 2 maggio 2011
- CENTOFANTI F., *Conseguenze della mancata contestazione da parte del convenuto dei fatti dedotti dall'attore*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, p. 812
- CENTOFANTI S., *Accertamento della realtà sostanziale e principio di non contestazione nel processo del lavoro*, in *Il lavoro nella giur.*, 2003, p. 515
- CHIARLONI S., *Prime note sulla fase introduttiva del processo di cognizione secondo il disegno di legge*

- delega per la riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 2003, p. 2413
- CHIARLONI S., *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 521
- CHIOVENDA G., *Saggi di diritto processuale civile (1894 – 1937)*, volume secondo, Milano, rist., 1993
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile – Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, rist., 1965
- CIACCIA CAVALLARI B., voce «*Contumacia*», in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1989, p. 320
- CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile – vol. I La contestazione tra norme e sistema*, Milano, 1992
- CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile – vol. II La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano, 1993
- CIPRIANI F. – D’ELIA D. – IMPAGNATIELLO G., *Codice di procedura Civile con la Relazione al Re*, Bari, 1997
- CIVININI M. G., *L’interrogatorio libero delle parti e dei loro difensori (art. 183, 1° e 2° e 3° comma c.p.c.)*, in *Quaderni del CSM*, n. 92/1997, “*Il nuovo processo civile e il giudice di pace*”
- COLESANTI V., *Il terzo debitore nel pignoramento di crediti*, Milano, 1967
- COMASTRI M., *Note sulla recente riforma della Cassazione e dell’appello*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 685
- COMOGLIO L. P., *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980

- COMOGLIO L. P., *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Torino, 2004
- COMOGLIO L. P., *Le prove civili*, Torino, 2010
- COMOGLIO L. P. – FERRI C. – TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, vol. I, Bologna, 2011
- COMOGLIO L. P., *Art. 115 – Disponibilità delle prove*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, vol. II, artt. 99-162, Torino, 2012, p. 355
- COMOGLIO L. P., *Art. 88 cod. proc. civ.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, vol. I, artt. 1-98, Torino, 2012, p. 1117
- COMOGLIO L. P., *Art. 117 cod. proc. civ.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, vol. II, artt. 99-162, Torino, 2012, p. 447
- COMOGLIO L. P., *Requiem per il processo «giusto»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, pt. II, p. 47
- CONSOLO C., *La trattazione della causa: gli artt. 167, 180, 183 e 184 – e altre disposizioni sul processo di cognizione – così come novellati dalle leggi n. 80 e n. 263 del 2005*, in *Il processo civile di riforma in riforma*, di C. CONSOLO, F. P. LUISO, S. MENCHINI, L. SALVANESCHI, Milano, 2006, p. 33
- CONSOLO C., *Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 737

- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I e vol. III, Padova, 2011
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2012
- CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di “svaporamento”*, in *Corr. Giur.*, 2012, p. 1133
- CONSOLO C., *Lusso o necessità nelle impugnazioni delle sentenze?*, in www.judicium.it
- COSTA S., voce «*Divisorio (giudizio)*», in *Noviss. Digesto it.*, vol. VI, Torino, 1960, p. 59
- COSTANTINO G., *Gli effetti sul giudizio di cassazione della riforma dell'appello*, Relazione all'incontro di studi “*Il nuovo giudizio di Cassazione dopo la legge n. 134 del 2012*” tenutosi presso la Corte di Cassazione, Roma, 8 novembre 2012
- DE ANGELIS L., *La prova nel processo del lavoro e la Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, p. 317
- DE CRISTOFARO M., *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima “riforma urgente”: quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in www.judicium.it
- DE SANTIS A. D., *Nota a Cass., sez. lav., 13 giugno 2005 n. 12636*, in *Foro it.*, 2006, pt. I, p. 1492
- DE SANTIS A. D., *Nota a Tribunale Ivrea, sent. 22 dicembre 2006*, in *Foro it.*, 2007, pt. I, p. 969
- DE SANTIS A. D., *Sul concetto di «non inequivocabilità» della non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 560

- DE SANTIS A. D., *Nota a Corte Cost., ord. 24 febbraio 2010, n. 60 e a Tribunale Pistoia, 12 maggio 2010*, in *Foro it.*, 2010, pt. I, p. 2326
- DE VITA F., *Non contestazione (principio di)*, in *Digesto it., disc. priv., sez. civ., Aggiornamento*, Torino, 2010, p. 832
- DE VITA F., *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012
- DEL CORE S., *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, pt. II, p. 111
- DEL CORE S., *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, *Giust. civ.*, 2009, pt. II, p. 273
- DEL CORE S., *Il principio di non contestazione diventa legge: ne erano maturi i tempi?*, in *Il diritto delle prove – Atti del convegno di Catania, 21-22 novembre 2008*, a cura di A. CARIOLA, A. CORSARO, G. D'ALLURA, F. FLORIO, Torino, 2009, p. 65
- DEL TORTO G., *Il principio della non contestazione alla luce della L. 18 giugno 2009, n. 69: un punto di svolta?*, in *Giur. merito*, 2010, p. 983
- DEMARCHI ALBENGO P. G., *L'onere di contestazione specifica tra rigore formale, contumacia e conoscibilità dei fatti*, in *Giur. merito*, 2011, p. 1042
- DENTI V., voce «*Riconoscimento della scrittura privata*», in *Noviss. Digesto it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 961
- DENTI V., *Riforma o controriforma del processo civile?*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 284

- DENTI V., *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 709
- DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria del fatto – Il ruolo della narrazione nel “processo”*, Milano, 2008
- DI IASI C., *La mancata contestazione dei fatti nella ricostruzione della giurisprudenza di legittimità ed alla luce dei principi costituzionali in materia processuale*, in *Giur. merito*, 2008, p. 23
- DI IASI C., *Funzioni e tecnica (di redazione) della motivazione della sentenza civile*, Relazione all'incontro di studi tenutosi presso il Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 14 febbraio 2011
- DI IASI C., *Il vizio di motivazione*, in M. ACIERNO – P. CURZIO – A. GIUSTI, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, 2011, p. 165
- DI IASI C., *Il vizio di motivazione dopo la legge n. 134 del 2012*, Relazione all'incontro di studi “*Il nuovo giudizio di Cassazione dopo la legge n. 134 del 2012*” tenutosi presso la Corte di Cassazione, Roma, 8 novembre 2012
- DIDONE A., *Le Sezioni unite e la ragionevole durata del “giusto” processo*, in *Giur. it.*, 2009, p. 670
- DIDONE A., *Il processo civile competitivo*, Torino, 2010
- DITTRICH L., *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 107
- DONDI A. – GIUSSANI A., *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 193

- FABIANI E., *Le sezioni unite intervengono sui poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro*, in *Foro it.*, 2005, pt. I, p. 1135
- FABIANI M., *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1342
- FABIANI M., *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 1161
- FABIANI M., *Oggetto e contenuto dell'appello civile*, in AA.VV., *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12)*, in *Foro it.*, 2012, pt. V, p. 282
- FABBRINI G., *A proposito di un progetto di riforma del processo individuale del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 370
- FARINA P., *L'espropriazione presso terzi dopo la legge n. 228 del 24 dicembre 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 235
- FAROLFI A., *I poteri istruttori del giudice. L'ammissione e l'assunzione della prova*, Relazione tenuta presso il Consiglio Superiore della Magistratura il 9 maggio 2005
- FAROLFI A., *Art. 115 cod. proc. civ.*, in *Commentario al codice di procedura civile a cura di P. CENDON*, Milano, 2012, p. 893
- FESTI F., *Riflessioni sul principio di non contestazione nel processo civile*, in *Giur. it.*, 2011, p. 242
- FORNACIARI M., *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione*,

- rilievo e prova*), in *www.judicium.it*, nonché in *Rass. forense*, 2011, fasc. 3/4, p. 527
- FORNACIARI M., *Ancora una riforma dell'art. 360^l n. 5 cod. proc. civ.: basta, per favore, basta!*, in *www.judicium.it*, in corso di pubblicazione su *Riv. dir. proc.*, 2014
- FREDIANI M., *La genericità della contestazione equivale a mancata contestazione*, in *Il lavoro nella giur.*, 2009, p. 797
- FRUS G., *Note sull'onere del convenuto di «prendere posizione» nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 63
- FRUS G., *Sul rispetto dell'onere di contestazione anche in caso di incolpevole ignoranza e sugli effetti della mancata contestazione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1668
- FRUS G., *Osservazioni su due casi di inutile invocazione del principio di non contestazione da parte dell'attore nei confronti del convenuto contumace, per sopperire alle proprie carenze probatorie*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1384
- FRUS G., *Non contestazione e diritti indisponibili: oscillazioni dottrinali e incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2011, p. 619
- FRUS G., *Un interessante (ma non divisibile) principio in tema di onere di contestazione specifica, diretto a spezzare in taluni casi la necessaria circolarità tra onere di allegazione e di contestazione*, in *Giur. it.*, 2012, p. 131
- FRUS G., *Osservazioni sul termine preclusivo per l'onere di contestazione*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1860

- FURNO C., *Contributo alla teoria della prova legale*, in *Studi di diritto processuale*, diretti da P. CALAMANDREI, Padova, 1940
- FURNO C., voce «*Confessione*», *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 870
- GALLETTO T., “*Doppio filtro*” in appello, “*doppia conforme*” e danni collaterali, in www.judicium.it
- GAMBA C., *L’interrogatorio libero delle parti*, in *La prova nel processo civile* a cura di M. TARUFFO, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI e P. SCHLESINGER, Milano, 2012, p. 385
- GAMBA C., *Le preclusioni della fase di trattazione e il principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1309
- GAMBA C., *Il processo civile all’alba dell’ennesima stagione di riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 347
- GARBAGNATI E., *I procedimenti d’ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979
- GHIRGA M. F., *La riforma della giustizia civile nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 441
- GIANI S., *La non contestazione nel processo civile tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, in www.ilcaso.it
- GIANNOZZI G., *Note per un’indagine sull’inattività delle parti nel processo*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, pt. I, p. 52
- GIONFRIDA G., voce «*Competenza in materia civile*», in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 39

- GIORDANO R., *L'istruzione probatoria nel processo civile*, Milano, 2013
- GIORDANO R., *La produzione di nuovi documenti in appello nel processo ordinario e in quello del lavoro secondo le sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 2005, pt. I, p. 2040
- GIUDICEANDREA N., *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 1956
- GIUSSANI A., *Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 235
- GRADI M., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in *Lo sguardo – Rivista di Filosofia*, 2012, p. 95
- GRASSELLI G., *L'istruzione probatoria nel processo civile*, Padova, 2009
- GRASSO E., *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 580
- GRASSO E., *Interpretazione della preclusione nel nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 639
- GROSSI D., *Il diritto di difesa ed i poteri del giudice nella riforma delle impugnazioni*, in www.judicium.it
- GUAGLIONE L., *Il principio di non contestazione e la definizione del "thema probandum". Poteri del giudice e delle parti*, Relazione all'incontro di studio sul tema "*Le prove nel processo civile*", tenuto presso il Consiglio Superiore della Magistratura il 26-28 novembre 2001

- IANNIRUBERTO G., *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 309
- IANNIRUBERTO G., *Lealtà delle parti ed economia del processo, nel principio di non contestazione posto dal novellato articolo 115 c.p.c.*, Relazione tenuta all'incontro di studi presso il Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 28 aprile 2010
- IARUSSI D., *Onere di contestazione tempestiva dei fatti e giusto processo*, in *Il lavoro nella giur.*, 2008, p. 270
- IMPAGNATIELLO G., *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Il giusto proc. civ.*, 2012, p. 735
- IMPAGNATIELLO G., *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del d.l. 83/2012*, in *www.judicium.it*
- LASERRA G., *La scrittura privata*, Napoli, 1959
- LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile – Principi*, Milano, 2007
- LOMBARDI A., *Controallegazioni del resistente ed onere di contestazione a carico del ricorrente nel processo del lavoro*, in *Giur. merito*, 2006, p. 2616
- LUISO F. P., voce «*Rendiconto*», in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 789
- LUISO F. P., *Prime osservazioni sul disegno di legge Mastella*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 605
- LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 2009
- LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 2009

- LUPO E., *Sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, Relazione tenuta dal Primo Presidente della Corte suprema di cassazione il 25 gennaio 2013 in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, in *Giust. civ.*, 2013, p. 343
- MACCARONE A., *Sui fatti oggetto di contestazione*, in *Foro pad.*, 2008, p. 539
- MACCARONE A., *Sui fatti oggetto di contestazione e sui soggetti coinvolti*, in *Foro pad.*, 2009, p. 93
- MACIOCE F., *La lealtà – Una filosofia del comportamento processuale*, Torino, 2005
- MAERO G., *Il principio di non contestazione prima e dopo la riforma*, in *Il giusto proc. civ.*, 2010, p. 455
- MAFFEIS D., RAINERI C. R., MANIACI A., TEDOLDI A., *Il filtro dell'appello – Saggi, materiali e provvedimenti*, Torino, 2013
- MANDRIOLI C., *Sull'impugnazione dell'ordinanza di convalida di licenza o sfratto*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 34
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, vol. II, Il processo ordinario di cognizione, Torino, 2011
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, vol. I, Nozioni introduttive e disposizioni generali, Torino, 2014
- MARTINELLI M., *Art. 88 cod. proc. civ.*, in *Commentario al codice di procedura civile* a cura di P. CENDON, Milano, 2012, p. 311
- MASONI R., *La codificazione del principio di non contestazione*, in *Il nuovo processo civile*, di G. GRASSELLI, R. MASONI e M. MARTINO, Torino, 2010, p. 129

- MASSARI A., voce «*Riproduzioni meccaniche, copie ed esperimenti (in materia civile)*», in *Noviss. Digesto it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 1244
- MENCHINI S., *Il processo litisconsortile – Struttura e poteri delle parti*, vol. I, Milano, 1993
- MENCHINI S., *Autoresponsabilità e principio di preclusione*, Intervento al convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Genova, 21-22 settembre 2013
- MERLIN E., *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate (dall'art. 423 all'art. 186 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 1009
- MERLIN E., *Compensazione e processo*, Milano, 1994
- MESSINA G., *Art. 117 cod. proc. civ.*, in *Commentario al codice di procedura civile* a cura di P. CENDON, Milano, 2012, p. 953
- MICCICHÈ L., *Principio di non contestazione: applicabilità alle cause civili ante 4 luglio 2009 e operatività nelle controversie di inadempimento delle obbligazioni*, in *Giur. merito*, 2012, p. 590
- MICHELI G. A., *L'onere della prova*, Padova, rist. 1966
- MOCCI M., *La trattazione della causa. Appunti di viaggio nella novella del 2009*, Relazione tenuta all'incontro di studi presso il Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 24 maggio 2010
- MOCCI M., *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 316
- MONTANARI M., *Art. 116 cod. proc. civ.*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. CONSOLO, Milano, 2013

- MONTELEONE G., *Semplificazioni e complicazioni nell'espropriazione presso terzi*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 1
- MONTELEONE G., *Appendice di aggiornamento al manuale di diritto processuale civile*, Padova, 2012
- MORLINI G., *La non contestazione ed il fatto notorio come limiti all'onere probatorio*, Relazione all'incontro di studi tenuto a Bologna il 12 giugno 2012
- MORTARA L., *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. III, Milano, 1905
- OLIVIERI G., *La «ragionevole durata» del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, pt. V, p. 251
- OLIVIERI G., *Gli atti di parte nella fase introduttiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 107
- ORIANI R., voce «*Eccezione*», in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1991, p. 262
- ORIANI R., *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello di eccezioni in senso lato?*, in *Foro it.*, 2003, pt. I, p. 1516
- PACILLI M., *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 299
- PAGNI I., *La "riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1309
- PAGNI I., *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, p. 237
- PAGNI I., *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *AA.VV., L'appello e il ricorso per*

- cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in l. 134/12), in Foro it., 2012, pt. V, p. 299*
- PAJARDI P., *Elogio dell'avvocato scritto da un giudice*, Milano, 1988
- PANZAROLA A., *Artt. 360 – 348 ter c.p.c.*, in R. MARTINO – A. PANZAROLA, *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, p. 686
- PAPA G., *La replicatio – Profili processuali e diritto sostanziale*, Napoli, 2009
- PAPAGNI V., *La novella dell'art. 115 c.p.c. e il «riconoscimento» del principio di non contestazione*, in *Giur. merito*, 2010, p. 1329
- PAPAGNI V., *La non contestazione nei procedimenti per la dichiarazione di fallimento ha valore di argomento di prova*, in *Giur. merito*, 2011, p. 3117
- PATTI S., *Prove: disposizioni generali (artt. 2697-2698)*, in *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna, 1987
- PATTI S., *Le prove – Parte generale*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2010
- PATTI S., *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 75
- PELLEGRINELLI P., voce «*Giusto processo (civile)*», in *Digesto it., disc. priv., sez. civ., Aggiornamento*, Torino, 2007, p. 644
- PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano, 2006
- PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano, 2013

- PICCININNI L., *I motivi di ricorso in Cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 407
- PROTO PISANI A., *Art. 103 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, vol. I, Torino, 1973, p. 1140
- PROTO PISANI A., *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, pt. V, p. 205
- PROTO PISANI A., *Il procedimento per convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 1354
- PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991
- PROTO PISANI A., *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, pt. V, p. 49
- PROTO PISANI A., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, pt. V, p. 241
- PROTO PISANI A., *Verso una nuova stagione di riforme del processo civile*, in *Foro it.*, 2002, pt. V, p. 191
- PROTO PISANI A., *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, pt. I, p. 604
- PROTO PISANI A., *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, pt. I, p. 3143
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006
- PROTO PISANI A., *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, pt. V, p. 1

- PROTO PISANI A., *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, pt. V, p. 221
- PUNZI C., *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1189
- QUERZOLA L., voce «*Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*», in *Digesto it., disc. priv., sez. civ., Aggiornamento*, Torino, 2009, p. 414
- RAMPAZZI GONNET G., *Il giudizio civile di rendiconto*, Milano, 1991
- RASCIO N., *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996
- RASCIO N., *Note brevi sul "principio di non contestazione" (a margine di una importante sentenza)*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, tomo I, Milano, 2005, p. 739
- RASCIO N., *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire*, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 1243
- REDENTI E., *Diritto processuale civile, II, Il processo ordinario di cognizione in primo grado – Il sistema delle impugnazioni*, Milano, 1957
- REDENTI E. – VELLANI M., *Diritto processuale civile*, Milano, 2011
- RICCI G. F., *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 835
- RICCI G. F., *La riforma del processo civile – Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009

- RICCI E. F., *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1359
- ROCCO U., voce «*Rendimento dei conti*», in *Noviss. Digesto it.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 432
- ROSSI M. L., *Il comportamento delle parti nel processo – contegno e responsabilità, “non contestazione”, interrogatorio libero, interrogatorio formale, giuramenti*, Milano, 2003
- ROTA F., *I fatti non contestati e il nuovo art. 115, ne Il processo civile riformato*, diretto da M. TARUFFO, Bologna, 2010, p. 181
- RUBINO S., *Nota a Cass., sez. lav., 2 novembre 2009 n. 23142*, in *Foro it.*, 2010, pt. I, p. 1184
- RUFFINI G., *La prova nel giudizio civile di appello*, Padova, 1997
- SALETTI A., *Le novità dell’espropriazione presso terzi*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 8, nonché in www.judicium.it
- SALVANESCHI L., *Dovere di collaborazione e contumacia*, Intervento al convegno dell’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Genova, 21-22 settembre 2013
- SAPONE N., *Il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, Milano, 2012
- SANTANGELI F., *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in www.judicium.it
- SASSANI B., *Sulla riforma del processo societario*, in *La riforma delle società – Il processo*, a cura di B. SASSANI, Torino, 2003, p. 1

- SASSANI B., *Art. 115 cod. proc. civ.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile (Legge 18 giugno 2009, n. 69)*, a cura di A. SALETTI – B. SASSANI, Torino, 2009, p. 66
- SASSANI B., *L'onere della contestazione*, in *Il giusto proc. civ.*, 2010, p. 401, nonché in www.judicium.it
- SASSANI B., *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 639
- SASSANI B., *Legittimità, “nomofilachia” e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice*, in www.judicium.it
- SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2013, p. 849
- SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1954
- SCARPA A., *Ruolo del giudice e poteri delle parti nell'udienza di trattazione*, in *Corr. merito*, 2010, p. 901
- SCARSELLI G., *La condanna con riserva*, Milano, 1989
- SCARSELLI G., *Note in tema di eccezione di cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 824
- SCARSELLI G., *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 91
- SCARSELLI G., *Brevi osservazioni sui lavori della commissione Vaccarella per la riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 2002, pt. V, p. 233
- SCODITTI E., *La valutazione della prova*, Relazione tenuta all'incontro di studi presso il Consiglio Superiore della Magistratura il 23-27 maggio 2005

- SCRIMA A., *L'interrogatorio della parte: interrogatorio libero e interrogatorio formale*, in *Giur. merito*, 1999, p. 406
- STORTO A., *Riforma natalizia del pignoramento presso terzi: le instabili conseguenze della "stabilità"*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 34
- TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975
- TARUFFO M., voce «*Motivazione - III) Motivazione della sentenza – Dir. Proc. Civ.*», in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990
- TARUFFO M., voce «*Onere della prova*», in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 65
- TARUFFO M., voce «*Preclusioni (dir. proc. civ.)*», in *Enc. dir., Aggiornamento I*, Milano, 1997, p. 794
- TARUFFO M., *Ludovico Mortara e il progetto di riforma del codice di procedura civile (1923)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 241
- TARUFFO M., *Verità negoziata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, suppl. al n. 3/2008, p. 69
- TARUFFO M., *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009
- TARUFFO M., *Art. 115 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. CHIARLONI, *Dei poteri del giudice – Art. 112-120*, Bologna, 2011, p. 447
- TARUFFO M., *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 101
- TARUFFO M., *Art. 117 cod. proc. civ.*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di S. CHIARLONI,

- Dei poteri del giudice – Art. 112-120*, Bologna, 2011, p. 568
- TARUFFO M., *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 425
- TARUFFO M., *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, Milano, 2012
- TARUFFO M., *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1117
- TARUFFO M., *Le novità nel giudizio di cassazione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2013, p. 534
- TARUFFO M., *Situazioni probatorie. Aspetti logici della decisione sui fatti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 497
- TARUFFO M., *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 35
- TARUFFO M., *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 375
- TARZIA G., *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972
- TARZIA G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 1991
- TARZIA G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996
- TARZIA G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2007
- TARZIA G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009

- TEDOLDI A., *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000
- TEDOLDI A., *Il procedimento per convalida di sfratto*, Bologna, 2009
- TEDOLDI A., *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 76
- TEDOLDI A., *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2013
- TISCINI R., *Art. 360 cod. proc. civ.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. COMOGLIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R. VACCARELLA, vol. IV, Torino, 2013, p. 547
- TOTA G., *Art. 548 cod. proc. civ.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. COMOGLIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R. VACCARELLA, vol. VI, Torino, 2013, p. 855
- TOTA G., *Art. 549 cod. proc. civ.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L. P. COMOGLIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R. VACCARELLA, vol. VI, Torino, 2013, p. 875
- TRISORIO LIUZZI G., *La difesa del convenuto e dei terzi nella nuova fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Giur. it.*, pt. IV, 1996, p. 73
- TRISORIO LIUZZI G., *Il ricorso in Cassazione – Le novità introdotte dal D.L. 83/2012*, in www.judicium.it
- VACCARELLA R., voce «*Interrogatorio delle parti*», in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 353
- VACCARELLA R., voce «*Espropriazione presso terzi*», in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, p. 94

- VALLEBONA A., *L'onere di contestazione nel processo del lavoro*, in *www.judicium.it*, nonché in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 431
- VANACORE G., *Non contestazione: quando il non dire equivale (quasi) al dire*, *Resp. civ.*, 2010, p. 436
- VANACORE G., *La nuova giurisprudenza di merito in materia di non contestazione delle pretese avverse*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 508
- VERDE G., *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974
- VERDE G., *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 220
- VERDE G., voce «*Prova (dir. proc. civ.)*», in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 579
- VERDE G., voce «*Dispositivo (principio)*», in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, Roma, 1989
- VERDE G., voce «*Prova documentale*», in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1992
- VERDE G., *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 715
- VERDE G., *L'onere della prova e il processo del lavoro*, Relazione all'incontro di studi tenuto presso il Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 25 giugno 2007
- VERDE G., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012
- VERDE G., *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *www.judicium.it*, nonché in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 507

- VIAZZI C., *La riforma del processo civile e alcune prassi giurisprudenziali in materia di prove: un nodo irrisolto*, in *Foro it.*, 1994, pt. V, p. 106
- VIDIRI G., *La contumacia ed il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2005, p. 494
- VINCRE S., *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato (art. 512 c.p.c.)*, Padova, 2010
- VINCRE S., *Brevi osservazioni sulle novità introdotte dalla l. 228/2012 nell'espropriazione presso terzi: la mancata dichiarazione del terzo (art. 548 c.p.c.) e la contestazione della dichiarazione (art. 549 c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 53
- VIOLA L., *L'udienza di prima comparizione ex art. 183 c.p.c.*, Milano, 2011
- VIOLA L., *Le domande nuove inammissibili nel processo civile*, Milano, 2012
- ZANUTTIGH L., voce «*Litisconsorzio*», in *Digesto it., disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1994, p. 40
- ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 197
- ZUFFI B., *Art. 115 cod. proc. civ.*, in *Codice di procedura civile commentato* diretto da C. CONSOLO, Padova, 2010, p. 1356
- ZUFFI B., *Art. 115 cod. proc. civ.*, in *Codice di procedura civile* diretto da C. CONSOLO, Padova, 2013, p. 1374

