

GIORGIO FRUS

Ricercatore nell'Università di Torino

Il principio di non contestazione tra innovazioni normative, interpretazioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali: soggetti, oggetto e modalità della contestazione

SOMMARIO: 1. Introduzione . – 2. L'imprecisione lessicale dell'art.115 c.p.c. – 3. I profili soggettivi del principio di non contestazione. – 4. L'ambito di operatività del principio di non contestazione. – 5. L'oggetto della non contestazione. – 6. Il rilievo della distinzione tra fatti principali e secondari. – 7. Le modalità di una valida contestazione. – 8. Il momento preclusivo della contestazione. – 9. La delicatezza della valutazione giudiziale della non contestazione

1. – In ordine al principio di non contestazione da tempo la dottrina e la giurisprudenza si affaticano, nel tentativo di mettere ordine teorico¹ e pratico in una materia complessa, ricca di implicazioni operative, e con un panorama di diritto positivo che non brilla per chiarezza ed organicità².

* Questo saggio è destinato ad un volume sulle riforme del processo civile dedicato a Sergio Chiarloni.

¹ Cfr, in generale sul principio della non contestazione, in via esemplificativa, per non superare i limiti tipografici assegnati al presente lavoro, oltre alla dottrina menzionata nelle note successive: CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, *passim*, nonché, più di recente: CARRATTA, *Principio della non contestazione e art. 115 c.p.c.*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012, p. 630; COMOGLIO, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, Assago, 2012, p. 385 ss.; ROTA, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in CARPI – TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2012, pp. 468 ss.; DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012, *passim*, con ampia dottrina e giurisprudenza ivi citata; CEA C. M., *Le incertezze della cassazione in tema di non contestazione ed il bisogno di nomofilachia*, in *Foro it.*, 2012, I, c.1575; TARUFFO, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, p. 33 ss.; A. D. DE SANTIS, *Il principio di non contestazione*, in AA.VV., *La nuova giustizia del lavoro*, a cura di DALFINO, Bari, 2011, p. 125; CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro it.*, 2011, V, c.99 ss.; MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 316 ss.; PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 299 e segg.; TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 76 ss.; TARUFFO, *Commento art. 115 c.p.c.*, in CARRATTA - TARUFFO, *Poteri del giudice. Commentario del codice di procedura civile* a cura di CHIARLONI, Bologna, 2011, p.83 ss.; TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, 2009, pp. 126-134; 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. 1512 ss.; SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in www.judicium.it.

² Prima della modifica dell'art. 115 c.p.c. , riferendosi al principio di non contestazione parlava di un principio "tacito, dal fondamento incerto", PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, c.604.

Una tappa importante di tale opera di risistemazione è costituita dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 761 del 2002, che ha stimolato vari autori a rivisitare questa tematica, in sede di commento a tale decisione ³.

Da ultimo, la modifica dell'art. 115 c.p.c., ad opera della l. n.69 del 2009, ha sollecitato una riconsiderazione di alcune tematiche della non contestazione.

E' ragionevole presumere che tale mutamento aumenti la tentazione degli operatori pratici di ricorrere al principio di non contestazione in tutte le occasioni in cui sia fallita la dimostrazione di un fatto rilevante per la propria tesi difensiva, sostenendo che il fatto deve ritenersi non contestato e, in quanto tale, può essere posto alla base della decisione; anche perché la collocazione dell'art. 115 c.p.c. nel primo libro del codice di rito consente di estendere l'area di operatività del principio di non contestazione non solo al procedimento ordinario ⁴, ma anche ai procedimenti speciali ⁵.

2. – Anzitutto, si rendono opportune alcune premesse lessicali.

La prima, sul piano oggettivo: nonostante si parli abitualmente di “onere di contestazione” per indicare il comportamento che la parte deve osservare per evitare di subire gli effetti pregiudizievoli della “non contestazione”, la legge, laddove individua in positivo il comportamento che, se inosservato, determina la non contestazione, si esprime diversamente. Infatti, l'art. 167 c.p.c. ⁶ fa carico al convenuto di “prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda”, mentre l'art. 416 c.p.c. chiarisce che tale presa di posizione deve essere effettuata “in maniera precisa, e non limitata ad una generica contestazione” ⁷.

³ Cass. 23 gennaio 2002, n. 761 è stata pubblicata in *Foro It.*, 2002, I, c.2019, con nota di CEA, *Il principio della non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, con massima riprodotta in *Foro it.*, 2003, I, c.604, con nota di PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, e commentata altresì, fra i molti, da RASCIO, *Note brevi sul principio di non contestazione (a margine di un'importante sentenza)*, in *Dir. giur.*, 2002, p. 78 ss.; Oriani, *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello di eccezioni in senso lato ?*, in *Foro it.*, 2003, I, c.1516 ss.; CATTANI, *Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei congegni relativi al quantum delle spettanze richieste dal lavoratore*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p.1912 ss.; DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, *ivi*, 2004, II, p.111 ss.

⁴ Cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol.I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2012 p. 221.

⁵ Per un esempio di applicazione del principio di non contestazione nel procedimento cautelare, cfr., *si vis*, Trib. Catanzaro, 29 settembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p.1667, con nota di FRUS, *Sul rispetto dell'onere di contestazione anche in caso di incolpevole ignoranza e sugli effetti della mancata contestazione*.

⁶ La norma ha parzialmente mutuato il disposto dell'art. 416 c.p.c., come modificato dalla legge n.533/73 sul rito del lavoro.

⁷ Sull'onere di cui all'art. 416 c.p.c. cfr. 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.1512 ss., nonché, *si vis*, FRUS, *Note sull'onere del convenuto di <<prendere posizione>> nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p.63 ss.

La seconda, sul piano soggettivo: per quanto i suddetti articoli gravino del suddetto onere il solo convenuto (contrariamente al nuovo art. 115 c.p.c., che parla di “parte costituita”), non vi è dubbio che, nel rispetto del principio costituzionale di parità delle parti nel processo, esso debba essere reciprocamente rispettato dall’attore, nei confronti dei fatti affermati dal convenuto⁸, nonché ad opera dell’eventuale terzo intervenuto, nei confronti delle altre parti, e reciprocamente⁹.

Ed è solo per comodità espositiva che successivamente ci si riferirà generalmente all’onere di contestazione del convenuto, nella consapevolezza che le considerazioni svolte potranno riferirsi all’onere di ciascuna delle parti di prendere posizione in maniera specifica, e non limitata ad una generica contestazione, nei confronti delle altrui allegazioni non condivise.

Come si vedrà *infra*, peraltro, in talune ipotesi tale onere potrà considerarsi assolto anche se la parte non ha sollevato alcuna contestazione specifica e, addirittura, anche se la parte non ha neppure negato l’allegazione avversaria, pur avendo preso posizione sulla stessa. Sarebbe dunque stata preferibile una diversa formulazione dell’art. 115 c.p.c., che avesse chiarito l’utilizzabilità a fini decisorii, anziché dei fatti “non specificamente contestati”, dei fatti su cui la parte “non abbia preso posizione in maniera specifica”¹⁰.

Infatti l’attuale formulazione dell’art. 115 c.p.c. potrebbe, sul piano meramente letterale, indurre l’interprete a ritenere – erroneamente – che il giudice possa sempre utilizzare a fini decisorii un fatto non specificamente contestato dalla parte, quando, invece, anche un fatto che la parte abbia ommesso di contestare, ma sul quale abbia preso posizione, non può essere posto a fondamento della decisione, qualora non risulti dimostrato in causa.

⁸ In tal senso, cfr. TARUFFO, *La prova civile*, cit., p. 38; ID., *I poteri del giudice*, cit., p.485; CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, cit., p.190; ID., *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche*, *ivi*, 2006, I, p.1873; VALLEBONA, *Il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, in *Dir. lav.*, 2003, I, p. 278 s. ; in giurisprudenza, cfr. Cass., 4 dicembre 2007, n. 25269, in *Lavoro giur.*, 2008, p.270, con nota di IARUSSI, *Onere di contestazione tempestiva dei fatti e giusto processo*; Cass., 13 giugno 2005, n. 12636, in *Foro it.*, 2006, I, c.1492, con nota senza titolo di DE SANTIS; Cass., 5 marzo 2003, n. 3245, in *Arch. civ.*, 2003, p.909; nella giurisprudenza di merito, recentemente, cfr. Trib. Ivrea, 17 ottobre 2007, in *Foro pad.*, 2007, I, p.586, con nota di ROSITO, *Sulla gravità dell’inadempimento che legittima dimissioni, per giusta causa*; Trib. Ivrea, 18 aprile 2007, in *Foro it.*, 2007, I, c.2259.

⁹ Cfr. CEA, *La modifica dell’art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 271, nota 22, il quale sottolinea come in caso di allargamento della base fattuale del giudizio ad opera dell’interveniente principale sia l’attore che il convenuto dovranno prendere posizione sulle allegazioni del terzo (bastandole a renderle controverse la contestazione di una di queste due parti), mentre in caso di intervento adesivo il suddetto onere gravi nei confronti della sola parte contro cui si schiera il terzo interveniente.

¹⁰ Sottolinea che il nuovo testo dell’art. 115 c.p.c. elimina ogni dubbio sul valore del silenzio e della contestazione generica, poiché “come emerge chiaramente dalla lettera della legge, la contestazione, perché sia idonea ad evitare che il fatto diventi non bisognoso di prova, deve essere specifica: e tali non sono – evidentemente – il silenzio o la contestazione generica” CEA, *La modifica dell’art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, cit., c. 270.

3. – L'intervento del legislatore del 2009 ha confermato la prevalente opinione dottrinale¹¹ e giurisprudenziale¹², secondo la quale il principio di non contestazione non opera in danno della parte contumace, laddove chiarisce che il giudice può porre a fondamento della decisione "i fatti non specificamente contestati *dalla parte costituita*".

Nonostante l'assenza di ostacoli di ordine costituzionale all'estensione del principio di non contestazione al processo contumaciale¹³, si è persa in tal modo un'occasione importante per eliminare un'aporia logica difficilmente accettabile sul piano della ragionevolezza¹⁴, in forza della quale la mancata presa di posizione del convenuto¹⁵ costituito su *alcuni* dei fatti allegati dall'attore lo danneggia, sottraendoli all'onere probatorio, mentre invece il completo silenzio del convenuto contumace su *tutti* i fatti allegati dall'attore lo salvaguarda e protegge, non sgravando l'attore del benché minimo onere probatorio¹⁶.

¹¹ In dottrina, per l'affermazione dell'irrelevanza della contumacia ai fini della non contestazione, cfr. ANDRIOLI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Novissimo dig. It.*, XIV, Torino, 1967, p.216; VERDE, voce <<Prova (dir. proc. civ.)>>, in *Enc. Dir.*, XXXVII, p.616; PROTO PISANI, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro It.*, 1990, V, c.597; PATTI, voce <<Prova I) Diritto processuale civile>>, in *Enc. Giur.*, XXV, p.7; BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in www.judicium.it, n. 12; CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, cit., p. 270; *contra*, cfr. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit. p. 294 ss.; TARUFFO, *La prova civile*, cit., p. 38 s.; in precedenza, PROTO PISANI, in PROTO PISANI, BARONE, ANDRIOLI, PEZZANO, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1974, p.218, VELLANI, *Appunti sul nuovo processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1533.

¹² In giurisprudenza, cfr. Cass., 23 giugno 2009, n. 14623, in *Rep.Foro it.*, 2009, voce <<Procedimento civile>>, n. 83; Cass., 2 maggio 2007, n. 10098, cit.; Cass., 19 agosto 2003, n. 12184, *ivi*, 2003, voce <<Prova civile in genere>>, n. 21; Cass., 11 aprile 1985, n. 2410, *ivi*, 1985, voce cit., n. 7. *Contra*, cfr. Trib. Vercelli, 31 marzo 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 161, nonché in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, p.349, con nota di DEMONTIS *Sull'applicabilità del principio di non contestazione al convenuto contumace*: "La non contestazione dei fatti costitutivi della domanda, quale comportamento del convenuto idoneo a farli considerare accertati, è configurabile anche in caso di contumacia del convenuto stesso". Il tribunale di Vercelli richiama il principio secondo cui "il convenuto contumace che si costituisca tardivamente nel processo (del lavoro) ha l'onere di effettuare le proprie contestazioni dei fatti costitutivi della domanda nel momento in cui si costituisce" (così Cass. 29 ottobre 2003, n. 16265, in *Foro it.*, 2003, I, c.3262, con nota di DALFINO, *Rito del lavoro e limiti alla ammissibilità di documenti nuovi*), per trarne la deduzione che, "sino a quando il convenuto non si sia costituito, la non contestazione deve considerarsi ancora possibile, ma non effettuata".

¹³ Cfr. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, cit., c.269.

¹⁴ Sottolinea che non equivalendo la contumacia a mancata contestazione "la situazione processuale tra le parti viene a sbilanciarsi in favore del convenuto che rimane contumace" TARUFFO, *I poteri del giudice*, cit., p. 485.

¹⁵ Per comodità espositiva si farà riferimento al convenuto, nella consapevolezza che le considerazioni svolte sono estensibili, mutatis mutandis, anche alle altre parti.

¹⁶ Introduce una vera rivoluzione copernicana sul tema dei rapporti tra la non contestazione e la contumacia la proposta di intervento sul processo civile la relazione 3 dicembre 2013 della commissione presieduta dal prof. Vaccarella (pubblicata in www.judicium.it) la quale, in tema di liti

Da parte di autorevole dottrina ¹⁷ si ritiene altresì che il principio di non contestazione non operi direttamente nei processi in cui sia intervenuto il pubblico ministero o sia avvenuto un intervento (ex artt. 105, o 106, o 107 c.p.c.) del terzo titolare del diritto dipendente o contitolare dello stesso diritto od obbligo oggetto del processo: in tali processi la non contestazione del pubblico ministero o del terzo rileverà come contegno processuale valutabile ai fini della decisione.

Quanto al processo litisconsortile si ritiene che il principio non trovi applicazione nei confronti dei fatti comuni a più parti ¹⁸, in quanto non è possibile che il giudice, nella sentenza che decide la lite, da un lato consideri un fatto esistente in quanto non contestato da uno dei litisconsorti e, dall'altro, inesistente in quanto non dimostrato ad opera della parte interessata, stante la contestazione di un altro litisconsorte; pertanto nel (solo) processo litisconsortile facoltativo l'unica via perché possa operare il suddetto principio è costituita dalla separazione delle cause ¹⁹.

4. – Sotto un differente profilo, per quanto gli artt. 167 e 416 c.p.c. addossino apparentemente al convenuto l'onere di prendere posizione su *tutti* i fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, e malgrado l'art. 115 c.p.c. paia riferire il principio di non contestazione a *tutti* i fatti, qualche precisazione s'impone, relativamente all'ambito oggettivo in cui tale principio si applica concretamente.

Sono infatti ravvisabili alcune demarcazioni all'operatività del principio, in relazione all'oggetto della controversia, ai limiti probatori, alle caratteristiche del singolo fatto.

In primo luogo, riguardo la sua operatività nelle controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili ²⁰, accanto a chi la nega recisamente ²¹, si colloca chi ne mette in luce alcune

su diritti disponibili, stabilisce che la contumacia volontaria comporti ammissione della verità delle allegazioni avversarie, non bisognose di prova: su tali proposte, cfr. GAMBA, *Le ipotesi di riforma contenute nella relazione Vaccarella in tema di contumacia e non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 831 ss.

¹⁷ Cfr. Proto Pisani, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, cit., c.607.

¹⁸ Cfr. PROTO PISANI, *Commento art. 103*, in *Commentario al codice di procedura civile* diretto da ALLORIO, I, 2, Torino, 1973, p. 1140; TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1973, p. 363 s.; MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, Milano, 1993, p. 317 ss.

¹⁹ Cfr. DE VITA, *Non contestazione, «concludenza», separazione e altre questioni in tema di processo societario* in *Corriere giur.*, 2008, p.416, a commento di Trib. Napoli, 12 ottobre 2006 che, nell'ambito del rito societario, ha separato le cause cumulate, per consentire l'applicazione, in alcune di esse, della non contestazione.

²⁰ In tali casi sottolinea "la necessità di ripensare quali aspetti della fattispecie sono soggetti a indisponibilità" PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, cit., c.607.

²¹ Cfr. ANDRIOLI, voce << Prova (diritto processuale civile)>>, cit., p.274; in giurisprudenza, cfr. Trib. Varese, 27 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2011, p. 619, con nota di FRUS, *Non contestazione e diritti indisponibili: oscillazioni dottrinali e incertezze giurisprudenziali*.

attenuazioni e deroghe²², o ne sottolinea la perdurante rilevanza operativa, quanto meno come argomento di prova²³ o, invece, la ritiene pienamente operativa²⁴.

In secondo luogo, nessun rilievo avrà il principio di non contestazione in ordine ai contratti per i quali la legge prevede la forma scritta *ad substantiam*²⁵, poiché in tal caso l'esistenza del contratto ne presuppone la pattuizione per iscritto: pertanto, quand'anche il convenuto in giudizio per il pagamento del prezzo di una compravendita immobiliare non prendesse posizione sull'allegazione dell'attore di avergli venduto un immobile oralmente, non per questo potrebbe considerarsi sussistente tale fatto costitutivo del diritto di credito azionato in causa.

Tutt'al più, potrebbe ritenersi che il principio di non contestazione assuma rilievo nel caso previsto dall'art.2725, comma 2, c.c., che consente di superare il divieto di prova testimoniale nel caso in cui il contraente abbia perduto senza sua colpa il contratto stipulato per iscritto *ad substantiam*, posto che laddove sia consentita la prova di un certo fatto per il tramite della testimonianza, non si vede ragione logica per gravare la parte dall'onere della prova, qualora quel fatto non sia contestato; di conseguenza, potrebbe assumere rilievo la mancata

²² Così RASCIO, *Note brevi*, cit., p.87, a parere del quale anche in tale controversie la non contestazione esclude l'applicabilità della regola di cui all'art. 2697 c.c., ma : (i) il fatto incontrovertito potrà essere smentito dai documenti prodotti o dalle prove assunte ad altri fini; (ii) il giudice potrà non accontentarsi della mancata contestazione e assumere ugualmente le prove dirette a dimostrarlo, sia su istanza di parte che tramite i poteri istruttori attribuitigli dalla legge; (iii) dovrà comunque considerare controverso il fatto incontestato tra le parti private, ove sia contestato (o reso oggetto di un'istanza istruttoria) da parte del pubblico ministero

²³ Cfr. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., § 12, che ritiene più verosimile che nei giudizi aventi ad oggetto diritti indisponibili la non contestazione possa utilizzarsi come argomento di prova, anziché liberamente valutarsi, ai sensi dell'art. 116, comma 1, c.p.c. ; PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, cit., c.607, secondo cui in tali controversie la non contestazione opera come contegno processuale, "cioè come fatto secondario di origine processuale di cui il giudice ha immediata percezione e da cui (se del caso in concorso con altri fatti secondari) può desumere l'esistenza del fatto ignoto non contestato", contegno processuale caratterizzato da un'inferenza probatoria minima nei processi con un possibile ridotto tenore di conflittualità (come ad esempio in un giudizio di nullità del matrimonio), e assai elevata nei processi con alta conflittualità tra le parti (come nelle controversie previdenziali); nello stesso senso cfr. CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, cit., p.204; SASSANI, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it, par.4, nota 42.

²⁴ Cfr. TARUFFO, *La prova civile*, cit., p.48; in giurisprudenza, cfr.Cass., 30 giugno 2009, n. 15326, in *Rep. Foro It.* 2009, voce <<Lavoro e previdenza (controversie)>>, n. 126.

²⁵ Conf. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, cit., c.273; PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, cit., c.607; ANDRIOLI, voce Prova (dir. proc. civ.), in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, p.274; in senso difforme cfr. VERDE, *Spunti critici sulla non contestazione*, in *Dir. lav.*, 2003, I, p.287 : "i diritti, cui il contratto (con forma scritta richiesta *ad substantiam*: n.d.e.) fa riferimento, e non l'involucro formale, che prova la formazione del contratto, possono essere indisponibili e, quindi, ammetto che la mancata produzione del documento possa essere surrogata dalla non contestazione"; conf. RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 331 s.

contestazione dell'originaria stipulazione per iscritto di un contratto per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, a condizione che la parte interessata ne dimostri l'incolpevole smarrimento.

Riguardo ai contratti per i quali è richiesta la forma scritta *ad probationem*, non dovrebbero sussistere ostacoli all'applicazione del principio di non contestazione²⁶; infatti, posto che rispetto a tali contratti è consentito il ricorso alla loro dimostrazione per il tramite della confessione e del giuramento²⁷, sembra ragionevole, e rispettoso del principio di economia processuale e della ragionevole durata del processo, consentire alla parte interessata di non fornirne la prova, qualora la controparte non ne contesti la sussistenza²⁸.

5. – Dando per scontata l'ovvia premessa che oggetto della non contestazione sono solo i fatti (sia storici che processuali²⁹) e non le domande, i diritti, le opinioni e le argomentazioni giuridiche, le espressioni qualificatorie o definitorie³⁰, le ulteriori circostanze solo implicitamente desumibili dalla domanda proposta³¹, le valutazioni soggettive della controparte contenute negli atti processuali, occorre interrogarsi sulle caratteristiche del fatto su cui vige l'onere di contestazione.

Al riguardo, si ritiene prevalentemente che debba trattarsi di un fatto specifico³², conosciuto dalla (o comune alla) parte nei cui confronti lo si allega³³: infatti, sembrerebbe logico che l'erede convenuto in giudizio da un dipendente del *decuius* non debba subire l'effetto di vedere considerate non contestate le specifiche circostanze relative ad un rapporto di lavoro cui non ha partecipato, solo perché su di esse non ha preso una specifica posizione.

Tuttavia, in senso contrario, una parte della giurisprudenza ha esteso l'onere di contestazione (pur ritenendo sufficiente una contestazione anche solo generica, suscettibile di essere

²⁶ Nello stesso senso, cfr. VERDE, voce <<Prova (teoria gen. e dir.proc. civ.)>>, cit., p.616 e nota 236; conf. RICCI, *op. loc. cit.*; LASERRA, *La prova civile*, Napoli, 1957, p.23

²⁷ In tal senso, cfr. Cass., 26 settembre 1997, n. 9462, in *Rep. Foro It.*, 1997, voce <<Assicurazione (contratto)>>, n. 117; Cass., 6 maggio 1996, n. 4167, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p.319; Cass., 22 febbraio 1995, n. 1960, in *Arch. circolaz.*, 1995, p.1059.

²⁸ In senso conf. cfr. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, cit., c.273, che motiva la sua opinione con la regola di esclusione della prova testimoniale (per i contratti per cui è prevista la forma scritta *ad probationem*) "investe i fatti controversi e tali non sono quelli non contestati"; *contra*, cfr. ANDRIOLI, voce Prova (dir. proc. civ.), cit., p.274.

²⁹ Cfr. Cass., 4 dicembre 2007, n. 25269, in *Lavoro giur.*, 2008, p.270 con nota di IARUSSI, *Onere di contestazione tempestiva dei fatti e giusto processo*.

³⁰ Cfr. Cass., 15 maggio 2007, n. 11108, in *Giust. civ.*, 2008, I, p.2955.

³¹ Cfr. Cass., 9 febbraio 2012, n. 1878, in *Foro it.*, 2012, I, c.2769.

³² Cfr. Cass., 11 luglio 2007, n. 15486, in *Rep. Foro It.*, 2007, voce <<Invalidi civili e di guerra>>, n. 39; Cass., Sezz. Un., 17 giugno 2004, n. 11353, in *Giur. it.*, 2005, p.324; BALENA, *op. cit.*, p.778.

³³ Conf. TARUFFO, *La prova civile*, cit., p. 38; CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c.*, cit., c.271, BALENA, *op. cit.*, p.778, che parlano di "riferibilità" dei fatti alla parte contro cui sono allegati, o comunque di loro sicura notorietà per la parte stessa; cfr. Cass. 13 febbraio 2013, n. 3576, che riferisce l'onere di contestazione ai soli fatti noti alla parte.

valutata come argomento di prova) anche ai fatti “non comuni” ad entrambi le parti e persino al “fatto proprio e personale della parte deducente”³⁴.

A sostegno di tale minoritaria opinione si sono invocate, da un lato, l’assenza di specifiche norme che limitino l’efficacia della non contestazione ai fatti comuni ad entrambi le parti e, dall’altro, la constatazione che la disciplina della prova testimoniale (artt. 244 ss. c.p.c. , 2721-2726 c.c.), dell’interrogatorio formale (artt. 228-232 c.p.c.) e della confessione giudiziale (artt. 2730-2735 c.c.) non attribuisce alcun rilievo alla comunanza o meno alle parti del fatto oggetto di prova, a differenza di quella dettata per il giuramento, che ne impone il deferimento solo su un fatto “proprio” della parte chiamata a giurare (art. 2739, comma 2°, c.c.), salvo il caso del giuramento *de scientia*, riferito alla conoscenza, da parte del giurante, di un fatto del terzo.

Peraltro, il richiamo alla disciplina dei suddetti mezzi istruttori non aiuta a risolvere il dubbio *de quo*, essendo la stessa dettata per operare all’interno del *thema probandum*, mentre la non contestazione opera per così dire “all’esterno” di tale area, consentendo al giudice di considerare il fatto esistente, a prescindere dalla sua avvenuta dimostrazione in sede processuale.

Per contro, non va trascurata la considerazione che in nessuna delle tre norme principali che richiamano la non contestazione (gli artt. 115, 167 e 416 c.p.c.) si richiede che il fatto oggetto di non contestazione sia comune ad entrambe le parti, anche se il silenzio normativo su una certa questione costituisce, in generale, un indice ermeneutico non certo univoco.

Sul piano pratico, poi, assoggettare la parte all’onere di prendere posizione su *ogni* fatto allegato in causa dalla controparte determina un’indubbia semplificazione per il giudice, esimendolo dalla necessità di determinare se il fatto oggetto di non contestazione sia davvero “comune” ad entrambe le parti, in tutti i casi in cui tale caratteristica può essere dubbia.

Con la consapevolezza di una certa ineliminabile ambiguità interpretativa, non resta che attendere l’assestamento della giurisprudenza, pur essendo lecito pronosticare che quella menzionata in nota, del giudice sabauda, non resti isolata.

Del resto, si rinvencono altre tracce della tendenza giurisprudenziale ad utilizzare in maniera crescente (anche se non sempre condivisibile) la tecnica della non contestazione come strumento di semplificazione valutativa del materiale di fatto della controversia:

- da un lato, nell’ambito delle controversie previdenziali aventi ad oggetto l’impugnazione dei verbali degli accertamenti ispettivi dell’Inps, talune decisioni hanno esteso l’onere della parte di prendere posizione specifica sulle circostanze poste a base della pretesa contributiva e valorizzate in sede ispettiva, per evitare che tali circostanze siano considerate sussistenti, anche se non confermate in sede giudiziale³⁵: così ragionando, tuttavia, si dimentica che l’onere di contestazione a carico del datore di lavoro può operare soltanto *dopo* che tali fatti

³⁴ Cfr. App. Torino 5 ottobre 2009, in www.ilcaso.it: nella fattispecie si tratta di una controversia risarcitoria nella quale l’attore allegava di aver subito un danno non patrimoniale particolarmente rilevante per essere stato costretto ad abbandonare, a causa delle lesioni subite, un *hobby* e uno sport agonistico praticati con passione e la corte d’appello ha gravato il convenuto dell’onere di contestare tale fatti; in senso conforme, cfr. Cass., 30 giugno 2009, n. 15326, cit.

³⁵ Cfr., in tal senso, App. Venezia, 25 gennaio 2008, in *Informazione prev.*, 2008, p. 216; App. Venezia, 15 marzo 2006, in *Rep. Foro It.*, 2007, voce <<Lavoro e previdenza (controversie)>>, n. 75.

siano stati introdotti nel processo dall'Inps (che assume in tali controversie veste di convenuto processuale, ma resta attore sostanziale), con il proprio atto processuale introduttivo;

- dall'altro, la corte di cassazione ha assoggettato all'onere di contestazione anche le circostanze di fatto acquisite dal consulente tecnico ai sensi dell'art. 194 c.p.c., nell'espletamento del suo mandato, stabilendo che esse, ove non contestate “nella prima difesa utile, costituiscono fatti accessori validamente acquisiti al processo che possono concorrere con le altre risultanze di causa alla formazione del convincimento del giudice ed essere da questi posti a base della decisione unitamente ai fatti principali”³⁶.

Non mancano, poi, decisioni giurisprudenziali caratterizzate da una certa dose di intrinseca contraddittorietà, laddove da un lato riconoscono che una determinata circostanza (nella fattispecie, una malattia professionale) costituisce “un fatto ai fini della regola processuale della decisione in base all'onere probatorio”, ma, dall'altro, la sottraggono all'onere di contestazione, ritenendo che essa vada accertata con l'ausilio della scienza medica, in quanto dotata di una forte componente valutativa³⁷.

6. – La distinzione tra fatti principali (o giuridici) e secondari (o semplici) non può essere trascurata, allorché si affronta il tema della non contestazione, specie dopo il contributo fornito, al riguardo, dalle sezioni unite della corte di cassazione, con la sentenza n. 761 del 2002.

Come noto, i primi sono quelli immediatamente rilevanti per la singola fattispecie, quali fatti costitutivi posti a fondamento del diritto dedotto in giudizio, oppure quali fatti impeditivi, modificativi o estintivi, posti a fondamento di un'eccezione; i secondi, invece, sono fatti dedotti in giudizio con esclusiva funzione probatoria, al fine di dimostrare l'esistenza dei fatti principali³⁸.

La giurisprudenza – anche nelle sue massime espressioni³⁹ – ha talora adottato tale distinzione per precisare che l'effetto tipico della non contestazione, di *relevatio ab onere probandi*, si realizza unicamente nei confronti dei fatti principali⁴⁰, e non, invece,

³⁶ Così Cass., 22 novembre 2007, n. 24323, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce <<Prova civile in genere>>, n. 50; conf. Cass., 2 marzo 2004, n. 4252, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, p.259.

³⁷ Cass., 8 marzo 2007, n. 5299, in *Rep. Foro it.* 2007, voce <<Infortuni sul lavoro>>, n. 92.

³⁸ Cfr. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti*, cit., c.604; VERDE, op.ult.cit., p.611 s. E' noto l'esempio prospettato dalla sezioni unite della corte di Cassazione nella sentenza n. 761 del 2002 per distinguere i fatti principali dai fatti secondari: “rispetto ad una domanda di condanna al pagamento di compensi per lavoro straordinario, fatto costitutivo del diritto (e, cioè, fatto principale: n.d.e.) è l'avvenuta prestazione oltre i limiti dell'orario normale; circostanza di mero rilievo istruttorio (e, cioè, fatto secondario: n.d.e.) è il comportamento del lavoratore consistente nel compiere il percorso casa-lavoro e viceversa in ore astrattamente coerenti con l'anzidetta prosecuzione della prestazione lavorativa”: cfr. Cass. 23 gennaio 2002, n. 761 cit., in motivazione, c.2034.

³⁹ Cfr. Cass. Sezz. Un. 26 gennaio 2002, n. 761, cit.

⁴⁰ Cfr. Cass., 2 maggio 2007, n. 10098, *Rep. Foro It.*, 2007, voce <<Lavoro e previdenza (controversie)>>, n.72; conf. Cass., 27 febbraio 2008, n. 5191, *ivi*, 2008, voce <<Prova civile in genere>>, n. 23. In tal senso, in dottrina, cfr. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 222; RICCI, *op. ult. cit.*, p. 333 ss.

relativamente ai fatti secondari, nei cui confronti la mancata contestazione potrà essere valutata come argomento di prova⁴¹.

Pur senza mettere in discussione l'utilità teorica della suddetta distinzione, è ragionevole presumere che prospetticamente non si distinguerà più tra fatti principali e secondari⁴²: come del resto, fors'anche per l'obiettivo difficoltà di operare concretamente tale distinzione nella multiforme casistica della pratica, si registra in parte della giurisprudenza antecedente, che non sempre ha raccolto la suddetta classificazione, ed ha invece talora uniformato il regime processuale del fatto non contestato⁴³, sia esso principale o secondario, processuale⁴⁴ o sostanziale.

7. – L'art. 115 c.p.c., prevedendo che debbano essere posti a fondamento della decisione i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita, sottrae a quest'ultima la possibilità di difendersi con il semplice silenzio, gravandola di un onere di contestazione specifica.

In realtà, l'onere gravante sulle parti non è quello di contestare specificamente, sempre e comunque, l'allegazione avversaria non condivisa, ma quello di prendere sulla stessa posizione, "in maniera specifica e non limitata ad una generica contestazione" (cfr. art.416 c.p.c.).

Precisato preliminarmente che la "presa di posizione" riguarda l'esistenza del fatto, e non la sua valenza giuridica, per verificare quando quest'onere possa dirsi assolto, va ricordato che la parte, nel prendere posizione in maniera specifica, può: a) ammetterla esplicitamente; b) negarla esplicitamente; c) ammetterla implicitamente, difendendosi in maniera incompatibile con la sua negazione; d) negarla implicitamente, difendendosi in maniera incompatibile con la sua ammissione; e) dichiarare di ignorare incolpevolmente se il fatto sia vero o no⁴⁵.

Rispetto a queste possibilità, l'ipotesi *sub a)* non crea problemi di sorta, chiaro essendo che laddove un fatto allegato da una parte sia espressamente riconosciuto come esistente dall'altra, il fatto stesso potrà considerarsi non contestato.

Per quanto concerne l'ipotesi *sub b)*, la sua apparente linearità cela alcune ipotesi in cui un certo fatto può considerarsi non contestato, nonostante che sia stato negato dalla parte che ne subisce l'allegazione.

⁴¹ Cfr. Cass., 27 febbraio 2008, n. 5191, cit. ., secondo cui "per i fatti c.d. secondari, ossia dedotti in esclusiva funzione probatoria, la non contestazione costituisce argomento di prova ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c."

⁴² In tal senso, cfr. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti*, cit., c.608; cfr. anche TARUFFO, *La prova civile*, cit., che riferisce l'onere di contestazione ad entrambi le categorie di fatti, osservando che l'art. 115 parla di <<fatti>> senza ulteriori qualificazioni.

⁴³ Cfr. Cass. 4 dicembre 2007, n. 25269, in *Rep. Foro It.*, 2008, voce <<Lavoro e previdenza (controversie)>>, n. 83.

⁴⁴ Per la ritenuta inapplicabilità del principio di non contestazione ai fatti processuali, distinguendo però tra questione processuale e fatti condizionanti tale questioni, rispetto ai quali vige il suddetto principio, cfr. Cass., 29 dicembre 2004, n. 24103, in *Rep. Foro It.*, 2004, voce <<Previdenza sociale >>, n. 1281.

⁴⁵ Assimila alla negazione esplicita della verità di fatto la dichiarazione di non conoscerlo TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 127, considerandola una contestazione generica : così TARUFFO, *La prova civile*, cit., p. 39 s.

Al riguardo, infatti, secondo una parte della giurisprudenza, sia di merito ⁴⁶ che di legittimità ⁴⁷, la semplice negazione del fatto allegato dall'avversario realizzerebbe una contestazione meramente generica, in quanto tale inidonea ad assolvere l'onere gravante sulla parte ai sensi dell'art. 416 c.p.c.

Quand'anche nelle fattispecie in cui tale principio è stato enunciato siffatta regola si reputi condivisibile, difficilmente potrebbe darsi un'unica risposta al suddetto quesito, poiché occorre distinguere fra (i) le allegazioni verso le quali ci si può accontentare di una semplice negazione, cui potrà assegnarsi valore di contestazione specifica del fatto, e (ii) quelle rispetto alle quali la semplice negazione potrebbe apparire un atteggiamento difensivo elusivo e dilatorio, non necessariamente valutabile come contestazione specifica.

Infatti, nella molteplicità dei casi concreti, non sempre la parte che nega un fatto affermato dall'avversario può contrapporre un altro con esso incompatibile.

Due esempi varranno a chiarire meglio il concetto:

- da un lato, a fronte di un'allegazione di una specifica dinamica del sinistro stradale lesivo da parte dell'attore-danneggiato, è lecito attendersi dal convenuto-danneggiante, coinvolto nel sinistro stesso, che per contestare la sua responsabilità risarcitoria egli non si limiti a negare la suddetta dinamica, ma prenda posizione specifica, deducendo una diversa e contrapposta dinamica ⁴⁸, per non vedersi qualificare il suo atteggiamento come contestazione generica, inidonea a soddisfare l'onere gravante su di lui;
- dall'altro, qualora l'attore-venditore, creditore del prezzo di una compravendita, alleghi l'avvenuta consegna della cosa compravenduta al convenuto-compratore, quest'ultimo potrebbe limitarsi a negare tale circostanza, senza necessariamente poterne contrapporre

⁴⁶ Cfr. Trib. Catanzaro, 29 settembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p.1667, con nota di FRUS, *Sul rispetto dell'onere di contestazione anche in caso di incolpevole ignoranza e sugli effetti della mancata contestazione* : nel caso specifico, relativo ad un procedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c., le contestazioni della banca convenuta in giudizio apparivano *prima facie* palesemente inconsistenti e strumentali (ad esempio la banca contestava che un certo numero di fax indicato dal ricorrente si riferisse ad un determinato ufficio, senza peraltro indicare il numero di fax da essa ritenuto corretto).

⁴⁷ Cfr. Cass., 15 aprile 2009, n. 8933, in *Lavoro giur.*, 2009, p. 797, con nota di FREDIANI, *La genericità della contestazione equivale a mancata contestazione*: nella fattispecie, relativa ad una controversia di lavoro, il datore di lavoro convenuto in giudizio si era limitato a rilevare che il ricorrente non aveva provato i fatti costitutivi del diritto (il subentro del datore di lavoro convenuto in un contratto d'appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali rispetto al precedente), senza contrapporre alcun fatto alternativo relativo a tale contratto. La Corte ha reputato tale difesa una mera contestazione generica, facendo anche riferimento a quella giurisprudenza che nel giudizio del lavoro, nel considerare l'adempimento da parte del ricorrente-lavoratore dell'onere di individuare con precisione nel ricorso i fatti allegati, necessario al fine di consentire un'efficace contestazione di essi da parte del convenuto-datore di lavoro, impone di tener conto anche della concreta possibilità del datore di lavoro di avere conoscenza specifica dei fatti allegati, talvolta maggiore rispetto alla conoscenza del lavoratore, trattandosi di fatti attinenti all'organizzazione aziendale (Cass., 7 giugno 2004, n. 10759, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce <<Lavoro e previdenza (controversie)>>], n. 77).

⁴⁸ Tranne, ovviamente, nei casi in cui sia impossibilitato a farlo, ad esempio perché colpito da amnesia post-traumatica.

un'altra con essa incompatibile; ma, non per questo, la sua semplice negazione potrebbe definirsi come contestazione generica.

Al di là delle ipotesi esemplificative, riesce piuttosto arduo enucleare una regola generale che chiarisca quando la parte possa semplicemente limitarsi a negare e quando, invece, la semplice negazione, non accompagnata dalla deduzione di un fatto contrapposto a quello negato, non concreti "contestazione specifica" dello stesso ⁴⁹.

Solo la prudente valutazione del giudice potrà distinguere tra le varie ipotesi, se del caso stimolando la parte ad una maggiore precisione nella sua presa di posizione, in sede di interrogatorio libero.

Anche rispetto alle ipotesi *sub c)* e *sub d)* s'impone al magistrato un ovvio suggerimento di doverosa cautela nella valutazione, nel senso che egli potrà trarre dall'allegazione di un certo fatto B la deduzione logica dell'implicita negazione o dell'implicita ammissione di un fatto A allegato dalla controparte solo allorché il nesso inferenziale tra i due fatti sia obbligato, come, ad esempio, (i) qualora il datore di lavoro, convenuto in giudizio con l'impugnazione di un asserito licenziamento orale (fatto A), sostenga che è stato il lavoratore a dimettersi (fatto B), così negando implicitamente il fatto licenziamento, oppure (ii) qualora l'asserito debitore, convenuto in giudizio per essere condannato alla restituzione di una somma data a mutuo (fatto A), si difenda affermando di averla restituita (fatto B), così implicitamente ammettendo di averla a suo tempo ricevuta; in tutti gli altri casi, si dovrà considerare l'allegazione del fatto B irrilevante, rispetto all'avvenuta presa di posizione specifica della parte interessata, nei confronti dell'allegazione del fatto A.

Resta l'ipotesi *sub e)*, che sollecita l'interrogativo se costituisca o meno una "specifica presa di posizione" la dichiarazione di ignorare il fatto allegato dall'avversario.

Che l'incolpevole ignoranza di un certo fatto esima la parte che ne subisce l'allegazione dall'onere di contestarlo lo suggerisce da un lato la logica e, dall'altro, l'esame di un meccanismo normativo attraverso il quale si realizza una delle manifestazioni della tecnica della non contestazione ⁵⁰.

Alludo al meccanismo degli artt. 214 e 215 c.p.c. il quale, pur gravando la parte contro la quale è prodotta una scrittura privata dell'onere di disconoscerla tempestivamente per evitarne il tacito riconoscimento, attenua tale onere nei confronti degli eredi o aventi causa (art. 214, comma 2, c.p.c.), stabilendo che essi possono "limitarsi a dichiarare di non conoscere la scrittura o la sottoscrizione del loro autore".

Da tale meccanismo discendono alcune implicazioni:

⁴⁹ Cfr. TARUFFO, *La prova civile*, cit., p. 40, secondo cui "perché la contestazione sia specifica occorre ... che il convenuto proponga una descrizione diversa ed alternativa del fatto che contesta" ; in giurisprudenza si registrano contrapposti orientamenti giurisprudenziali sul valore della contestazione generica: accanto alle decisioni che la considerano equivalente alla non contestazione (Cass. 15 aprile 2009, n. 8933, cit.; Cass., 8 gennaio 2003, n. 85, in *Arch. civ.*, 2003, p.494, nonché, con riferimento al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo nel rito del lavoro, Cass., 13 giugno 2002, n. 8502, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3359), altre che, all'opposto, ritengono che la contestazione generica non equivalga ad una non contestazione, ma possa essere valutata come argomento di prova (Cass., 3 maggio 2007, n. 10182, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p.559, con nota di A. D. DE SANTIS, *Sul concetto di «non inequivocabilità» della non contestazione*).

⁵⁰ Cfr. CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, cit., p. 337, ss.

- se la parte ignora l'oggetto dell'onere di contestazione su di essa gravante (come si presume per gli eredi e aventi causa, nel caso di cui all'art. 214, comma 2°, c.p.c.) non è gravata dall'onere di contestarlo specificamente;

- peraltro, per evitare le conseguenze della non contestazione la dichiarazione di ignoranza deve essere esplicitata, pena, in caso contrario, il tacito riconoscimento (art. 215, comma 1°, n. 2 c.p.c.).

Le considerazioni che precedono possono rivelarsi utili per chiarire l'ipotesi sub e), di cui sopra.

La dichiarazione della parte di ignorare un fatto allegato dalla controparte costituisce pur sempre una "presa di posizione specifica" e impedisce di considerare il fatto stesso come non contestato, a condizione che tale ignoranza sia incolpevole, perché, diversamente, siffatta dichiarazione potrebbe essere valutata in danno della parte come argomento di prova, similmente all'ignoranza, "senza gravi ragioni", del procuratore speciale della parte chiamato a rispondere all'interrogatorio libero (cfr. artt. 185 e 420, comma 2°, c.p.c.).

Naturalmente, la parte che intende "prendere posizione" esplicitando la propria ignoranza su di un certo fatto, talora potrà limitarsi a dichiarare di ignorarlo *tout court*, essendo l'incolpevolezza dell'ignoranza di tutta evidenza (come, ad esempio, potrebbe fare il datore di lavoro, convenuto in giudizio dal lavoratore per ottenere il risarcimento dei danni di un asserito illegittimo demansionamento, a fronte dell'allegazione di fatti relativi all'asserita compromissione della vita di relazione del lavoratore stesso), mentre in altri casi dovrà chiarire che l'ignoranza non è ad essa imputabile (si pensi, ad esempio, alla dinamica di un infortunio accaduto alla presenza di colleghi di lavoro, allegata dal lavoratore-attore, che domanda il risarcimento del danno al datore di lavoro persona giuridica-convenuto; se i colleghi dell'infortunato che hanno assistito all'infortunio non sono più dipendenti del datore di lavoro né reperibili, lo stesso non potrà in alcun modo interloquire effettivamente sulla dinamica dell'infortunio; ma, non per questo, tale dinamica dovrà considerarsi come "non contestata").

8. – Un ulteriore aspetto rilevante della tematica in discorso attiene all'individuazione del termine processuale entro il quale nel giudizio di primo grado ordinario e del lavoro la parte deve prendere posizione sui fatti, per evitare che possano essere considerati come non contestati.

L'art.115 c.p.c. tace sui limiti temporali della contestazione, mentre gli artt. 167 e 416 c.p.c. si riferiscono, per il convenuto, al primo atto difensivo.

Ci si può dunque domandare (i) se sia tempestiva una presa di posizione del convenuto contenuta nel suo primo atto difensivo, ma depositato dopo il termine stabilito dalla legge; (ii) qualora si risponda positivamente al tale quesito, se possa contestarsi nel prosieguo del processo un fatto su cui il convenuto abbia taciuto nel suddetto atto difensivo.

Riguardo il quesito *sub* (i), la lettera degli artt. 167 e 416 c.p.c. indirizza l'interprete ad escludere qualsivoglia decadenza, prevista unicamente per le domande riconvenzionali e le eccezioni in senso stretto (nonché, nel rito del lavoro, per l'indicazione dei mezzi di prova e la produzione dei documenti), considerando quindi tempestiva anche una presa di posizione

contenuta in una comparsa di risposta o memoria difensiva depositate oltre il termine previsto dalla legge⁵¹.

Questa conclusione ermeneutica trova conferma sul piano sistematico, giacché, fino a quando vigerà la regola dell'inapplicabilità del principio di non contestazione nei confronti del soggetto contumace, consentirgli di prendere posizione con la sua costituzione tardiva sulle allegazioni altrui non pregiudica la posizione processuale della controparte; infatti, anche prima di tale costituzione quei fatti risultavano controversi, stante l'irrelevanza, al riguardo, della contumacia; pertanto, sia prima che dopo la costituzione tardiva del convenuto l'attore aveva l'onere di dimostrarli; semmai, sarà l'eventuale mancata contestazione che potrà migliorare la sua posizione processuale, sgravandolo del relativo onere probatorio.

Quanto al quesito *sub* (ii), prima di affrontarlo occorre ricordare che gli interpreti si dividono sul fondamento della non contestazione⁵²: taluno intende tale principio quale manifestazione del principio dispositivo sostanziale e lo ricollega al principio della domanda⁵³, qualificando la non contestazione come un'allegazione conforme a quella della controparte e, simmetricamente, la contestazione un'allegazione difforme⁵⁴; altri rilevano invece come il principio di non contestazione "non abbia nulla a che fare con il principio della domanda"⁵⁵, ma costituisca invece una tecnica processuale di semplificazione probatoria, significativa espressione del principio di economia processuale, oggi valorizzato costituzionalmente dall'art. 111 Cost., sulla ragionevole durata del processo⁵⁶; in quest'ottica, con la modifica dell'art. 115 c.p.c. il legislatore avrebbe inteso valorizzare la non contestazione come comportamento processuale diretto alla prova dei fatti, piuttosto che come strumento per la determinazione delle allegazioni vincolanti per il giudice⁵⁷. Con l'art. 115 c.p.c. – si è osservato⁵⁸ – la nuova norma non ha individuato alcun preciso comportamento espressivo della non contestazione, ma, attribuendo al giudice il potere di porre a fondamento della

⁵¹ Per l'affermazione della possibilità di contestare per la prima volta in appello un fatto non contestato in primo grado, gravandosi tuttavia della prova del fondamento della contestazione, cfr. Cass. 23 giugno 2009 n. 14623, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce <<Procedimento civile>>, n. 199, per la quale "Il convenuto costituitosi in appello può contestare per la prima volta i fatti costitutivi dedotti in giudizio dall'attore"; Cass., 7 aprile 2009, n. 8389, *ivi*, 2009 voce <<Prova civile in genere>>, n. 23, secondo cui "qualora l'effettiva titolarità del rapporto controverso abbia costituito, nel primo grado di giudizio, fatto pacifico per mancata contestazione ad opera di tutte le parti in causa, quella di esse che in appello la contesta ha l'onere di fornire la prova del suo contrario assunto, rimettendo in discussione un fatto del quale si è già considerata acquisita la prova come fatto non contestato".

⁵² Per un'ampia ricostruzione delle varie teorie relative al principio di non contestazione cfr. CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, cit., *passim*; DE VITA, *passim*; CEA, *La tecnica della non contestazione*, cit., p. 202 ss.

⁵³ Cfr. VERDE, *op.ult.cit.*, n. 10

⁵⁴ Cfr. FORNACIARI, *La definizione del thema decidendum, e probandum nel processo civile di rito ordinario (art.183, commi 3,4,5 c.p.c.)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p.313

⁵⁵ Così CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, cit., 202; conf. CARRATTA, *op.ult.cit.*, 229 ss.; RASCIO, *Note brevi cit.*, p.83 ss.

⁵⁶ Così CEA, *op.loc.ult. cit.*

⁵⁷ Cfr. BALENA, *op. cit.*, p.777.

⁵⁸ SASSANI, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it, par. 4.

decisione i fatti non contestati, lo ha indirizzato a valutare complessivamente, all'esito del processo, l'intero comportamento processuale della parti, alla ricerca dei fatti non contestati. E' evidente che le due differenti impostazioni teoriche sopra ricordate si riflettono diversamente sul tema dei limiti temporali della contestazione.

Da parte di chi equipara la contestazione ad un'allegazione negativa sarà giocoforza sostenere che il termine preclusivo per le contestazioni coincide con quello delle allegazioni⁵⁹.

Per contro, chi riconduce la non contestazione ad un comportamento processuale la ritiene per definizione provvisoria⁶⁰ e la svincola da termini preclusivi di sorta⁶¹, facendo rientrare anche la contestazione tardiva di fatti inizialmente non contestati in una valutazione complessiva del contegno processuale della parte⁶², fermo restando che a fronte di una contestazione tardiva ritenuta ammissibile⁶³ si porrà il problema di ammettere la controparte a dimostrare – previa, se concedibile, rimessione in termini – il fatto divenuto solo in quel momento controverso.

Riguardo poi i fatti (sopravvenuti o preesistenti) rilevanti per la decisione⁶⁴ che emergono nel processo successivamente al deposito degli atti introduttivi (per il tramite dell'attività istruttoria, delle produzioni documentali, o di ulteriori atti delle parti, se del caso previa rimessione in termini), si ritiene che essi debbano essere allegati dalla parte interessata⁶⁵ o,

⁵⁹ In tal senso, cfr. 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, §19; ID., *La definizione del thema decidendum*, cit., p.313; ID., *La definizione del thema decidendum, e probandum nel processo civile di rito ordinario (art.183, commi 3,4,5 c.p.c.)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p.313; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 223, secondo cui l'onere di contestazione specifica “nel sistema vigente delle preclusioni, va adempiuto (...) alla prima occasione utile ossia nel primo atto successivo, purché si tratti tendenzialmente di scritti”; in giurisprudenza, per l'affermazione che “il potere di contestazione <<si consumi>> nello stesso modo in cui <<si consuma>>, secondo il rito prescelto, il potere di allegazione consentito alla parti”, cfr. App. Milano 29 giugno 2011, in *Giur. It.* 2012, 1860, con nota di FRUS, *Osservazioni sul termine preclusivo per l'onere di contestazione*; per l'individuazione nel rito ordinario della barriera preclusiva per la contestazione nel termine di cui alla seconda memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c., cfr. App. Napoli, 30 gennaio 2013, in *Foro it.*, 2013, I, c.2630, con nota di CALVIGIONI.

⁶⁰ Sulla provvisorietà quale caratteristica peculiare della non contestazione, cfr. ANDRIOLI, voce *Prova (dir.proc.civ.)*; cfr. TARUFFO, *La prova civile*, cit., p. 47, secondo cui la contestazione non può avvenire oltre il momento in cui il giudice ammette le prove.

⁶¹ Peraltro nel rito ordinario non si può contestare per la prima volta un fatto nella comparsa conclusionale (cfr. a titolo esemplificativo, Cass., 30 ottobre 1981, n.5754, in *Rep. Giust. civ.*, 1981, voce << Prova civile>>, n.48) e, nel rito del lavoro, all'udienza fissata per la discussione della causa.

⁶² In tal senso, cfr. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., par.11; BALENA, op.cit., p.780.

⁶³ Cfr. TARZIA, *Lineamenti del processo di cognizione*, Milano, 2007, 190.

⁶⁴ Ritiene che l'onere di contestazione operi solo nei confronti dei fatti rilevanti per la decisione che, oltre ad essere entrati nel processo, siano stati anche rilevati FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, cit., n.18

⁶⁵ SASSANI, *L'onere*, cit., n.7.

comunque, puntualmente rilevati ⁶⁶, per assumere rilievo al fine del rispetto dell'onere di contestazione ad opera delle parti.

Al riguardo, l'assenza di termini di preclusione normativamente previsti per la contestazione è talora colmata dalla giurisprudenza ⁶⁷, imponendo alla parte di reagire nella prima difesa successiva alla conoscenza del fatto che intende rendere controverso, e, in tal modo, assolvere tempestivamente all'onere di contestazione ⁶⁸ (così mutuando, a livello pretorio, la regola dettata per le nullità relative dal comma 2 dell'art.157 c.p.c.).

E' palese che tale scelta rigorosa valorizza pienamente il principio di ragionevole durata del processo e di economia processuale, evitando che il corso della lite sia frenato da improvvisi rallentamenti – magari dilatori – destinati a verificare a livello istruttorio l'effettiva sussistenza di un fatto reso controverso solo dopo una sua iniziale non contestazione.

Peraltro, un atteggiamento giudiziale di maggiore flessibilità, diretto a consentire alla parte di contestare in un secondo momento un fatto sul quale inizialmente ha taciuto, da un lato determinerebbe una valutazione più duttile dell'intero materiale di causa, assegnando un peso di rilievo al comportamento processuale delle parti, quand'anche (o specie se) sia caratterizzato da un'eventuale contraddittorietà, come ad esempio quando si contesti in un secondo momento quanto in precedenza si era implicitamente ammesso; dall'altro lato, tuttavia, il giudice in tale ipotesi potrebbe essere costretto ad ammettere mezzi di prova inizialmente negati perché aventi ad oggetto fatti ritenuti pacifici e, in questo modo, i tempi di definizione della causa inevitabilmente si allungherebbero.

⁶⁶ FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso*, cit., n.18

⁶⁷ Cfr. Cass. 28 febbraio 2014, n. 4854, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce << Lavoro e previdenza (controversie)>> , n. 9, la quale nel rito del lavoro individua per il convenuto un onere di contestazione da assolvere a pena di decadenza nella memoria difensiva, riguardo ai fatti principali allegati dall'attore, con conseguente inammissibilità di nuove contestazioni in appello.

⁶⁸ Per un simile orientamento, cfr. Cass., 18 maggio 2011, n.10860, in *Giur. it.*, 2012, 130, in motivazione, con nota di FRUS, *Un interessante (ma non condivisibile) principio in tema di onere di contestazione specifica, diretto a spezzare in taluni casi la necessaria circolarità tra onere di allegazione e di contestazione*; Cass., 2 ottobre 2009, n. 21106, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2009, p.789; Cass. 10 luglio 2009, n. 16201, in *Rep. Foro It.* 2009, voce <<Lavoro e previdenza (controversie)>>, n. 73; Cass., 4 dicembre 2007, n. 25269, in *Lav. Giur.*, 2008, 270, con nota di IARUSSI, *Onere di contestazione tempestiva dei fatti e giusto processo*; Cass., 13 giugno 2005, n. 12636, *Foro it.*, 2006, I, 1492, con nota di DE SANTIS, *Brevi note sulla sanatoria della nullità del ricorso ex art. 414 c.p.c. e sull'applicazione del principio di non contestazione ai c.d. fatti processuali* "Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo che si svolge secondo le forme del rito del lavoro, i fatti allegati nel ricorso per ingiunzione devono ritenersi non contestati, e quindi l'opposto sollevato dall'onere della prova, se l'opponente, pur avendo richiesto l'ammissione della prova contraria, abbia tuttavia effettuato una contestazione generica, fatta di affermazioni apodittiche e clausole di stile nonché tardiva rispetto alle preclusioni operanti a suo carico; Cass., 5 marzo 2003, n. 3245, in *Rep. Foro It.* 2003, voce cit., n. 41; conf. Trib. Ivrea, 22 dicembre 2006 (in tema di opposizione a decreto ingiuntivo nel rito del lavoro), in *Foro it.*, 2007, I, 968, con nota di DE SANTIS; analogamente, per l'affermazione che si deve contestare nella prima occasione processuale utile, cfr. Trib. Ivrea, 17 ottobre 2007, in *Foro pad.*, 2007, I, 586, con nota di ROSITO.

Pur nella difficoltà di esprimere una prognosi sull'orientamento che prevarrà, le prime indicazioni lasciano intendere che la semplificazione istruttoria che si realizza "cristallizzando" la non contestazione ed escludendo la possibilità di contestazioni tardive (ad eccezione che nel caso previsto dall'art. 153 c.p.c.), costituisce un potente fattore attrattivo per la giurisprudenza, e dovrebbe indurre il difensore ad atteggiare le sue scelte processuali alla massima prudenza, (i) contrastando i fatti che intende rendere controversi nella prima difesa utile, successiva alla loro conoscenza, ovvero (ii) esplicitando ed offrendosi di provare le obiettive ragioni giustificative che lo hanno indotto a contestare in un secondo momento ciò che non si era contestato in precedenza.

9. – Le considerazioni che precedono evidenziano a sufficienza quanti profili di incertezza interpretativa residuino intorno al principio di non contestazione, pur dopo l'apprezzabile riforma dell'art. 115 c.p.c.

In attesa che la futura produzione giurisprudenziale contribuisca a chiarire i principali punti dubbi, merita sottolineare la delicatezza della valutazione giudiziale, di porre a fondamento della decisione un fatto non specificamente contestato dalla parte costituita, come gli impone di fare il nuovo art. 115 c.p.c.

Al riguardo, il giudice dovrà esaminare e risolvere una serie di questioni, sulle quali non sempre si registra unanimità di opinioni:

- a) accertarsi che la non contestazione si sia indirizzata nei confronti di un fatto, e non, invece, verso un altro aspetto valutativo o argomentativo della difesa della controparte, su cui essa sarebbe priva di rilievo;
- b) verificare che tale fatto sia stato allegato con una specificità sufficiente a consentire un'altrettanto specifica presa di posizione della controparte;
- c) accertare se il fatto è comune alla (ovvero conosciuto o conoscibile dalla) parte che ne subisce l'allegazione, qualora ritenga che tali caratteristiche del fatto siano essenziali per l'operatività del principio di non contestazione;
- d) appurare se il fatto attiene ad una lite che coinvolge o meno diritti disponibili;
- e) esaminare se la presa della posizione di una parte nei confronti di un fatto allegato dall'avversario sia sufficientemente specifica e, in caso contrario, decidere se equiparare una contestazione generica a una mancata contestazione;
- f) rilevare se la presa di posizione della parte sia avvenuta tempestivamente e, qualora ritenga ammissibile una contestazione tardiva successiva ad un'iniziale non contestazione, decidere come valutare tale comportamento processuale della parte e se consentire alla controparte di assumere mezzi istruttori inizialmente non ammessi sul presupposto della pacificità del fatto.

In un processo ideale questo vaglio del giudice dovrebbe compiersi ed esplicitarsi al momento dell'individuazione del *thema probandum*, allorché egli decide sull'ammissione delle prove. Se con la relativa ordinanza egli motiverà analiticamente (pur se succintamente, come richiesto dall'art. 134 c.p.c.) l'eventuale mancata ammissione di una prova dedotta da una parte, per ritenuta pacificità del fatto, la parte interessata potrà tempestivamente richiedere la modifica dell'ordinanza e la controparte potrà contrastare tale richiesta, nel rispetto del principio del contraddittorio.

L'esperienza insegna, tuttavia, che non sempre le ordinanze ammissive delle prove sono così confezionate, e per la loro stringatezza rendono talora difficoltoso o del tutto impossibile comprendere se la mancata ammissione di alcuni capi di prova è dovuta alla ritenuta pacificità del fatto che ne forma oggetto, o ad altri fattori.

E' dunque possibile che solo nella riservatezza della camera di consiglio, quando esaminerà l'intero materiale di causa, il giudice potrà decidere di porre a fondamento della decisione alcuni fatti, ritenuti non contestati; e di tale scelta giudiziale le parti avranno contezza solo dalla lettura della motivazione.

Peraltro, il non aver sollevato il contraddittorio nel corso del processo sulla non contestazione di tali fatti, è dubbio se imponga al giudice di assegnare alle parti un termine per il deposito di memorie sul punto, non trattandosi di "questione rilevabile ai sensi dell'art. 101, comma 2°, c.p.c." ⁶⁹, anche se non gli vieta di rimettere la causa in istruttoria disponendo l'interrogatorio libero, al fine di chiarire l'area operativa della non contestazione.

Qualora, tuttavia, la decisione venga emanata sulla base di un fatto ritenuto non contestato (ma mai dichiarato esplicitamente tale prima, nel corso del processo) si potrebbe verificare il paradosso secondo cui l'art. 115 c.p.c., innovato per snellire il processo con la semplificazione del *thema probandum*, nella sua concreta applicazione determini un non voluto effetto inflattivo delle impugnazioni.

Infatti, la parte che, leggendo la motivazione della sentenza, constata di subire gli effetti della ritenuta non contestazione di un fatto non dimostrato in causa, sarà fortemente tentata di impugnare la sentenza, sostenendo l'errore valutativo del giudice, nel ritenere incontestato quel determinato fatto.

Laddove, invece, se essa avesse potuto tempestivamente confrontarsi su tale aspetto nel corso del giudizio, forse il contraddittorio avrebbe consentito di chiarire più efficacemente la presenza o meno di una non contestazione: con l'effetto di irrobustire la solidità della motivazione della sentenza fondata su quel fatto, ritenuto non contestato, ovvero di chiarire al giudice che in realtà il fatto doveva ritenersi contestato, non consentendogli così di utilizzarlo per la decisione, ove non dimostrato.

Da qui l'auspicio di una più analitica motivazione delle ordinanze ammissive delle prove, con l'esposizione delle ragioni di esclusione di prove richieste dalle parti, a causa della ritenuta pacificità dei fatti che ne formano oggetto, così da consentire alla parte dissenziente di sollevare le sue obiezioni su tale interpretazione giudiziale nel corso del processo, e non in sede di impugnazione.

⁶⁹ Lo esclude BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p.407; conf. DE VITA, op. cit., p.25; lo ammette SASSANI, *L'onere*, cit., n.8, nota 69.