

GIUSTIZIA CIVILE *.COM*

BREVI OSSERVAZIONI SULL'ONERE DI SPECIFICA CONTESTAZIONE E IL DIVIETO DI NOVA IN APPELLO NEL RITO DEL LAVORO: LA CORRELAZIONE TRA ONERE DI CONTESTAZIONE E PRECLUSIONI ISTRUTTORIE

di **FEDERICO RUSSO**

Approfondimento del 24 marzo 2015

ISSN 2420-9651

GIUSTIZIA CIVILE *.COM*

Utente: GIUSTIZIA CIVILE UTENZA EDITOR

giustiziacivile.com - n. 3/2015

© Copyright Giuffrè 2015. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Oggetto dell'indagine è la non contestazione nel processo del lavoro e nel processo in generale, nell'ambito delle possibili difese della parte. La sentenza della Suprema Corte 28 febbraio 2014, n. 4854, che si colloca nel solco di un diffuso orientamento giurisprudenziale in materia di c.d. rito del lavoro, offre lo spunto per una riflessione di ordine generale sui limiti della specifica contestazione e delle conseguenze della sua omissione, nel generale sistema di preclusioni del processo civile. Essa offre, inoltre, l'occasione per una ricollocazione in chiave sistematica della non contestazione nell'ambito delle c.d. eccezioni, e nella sistematica del diritto processuale.

SOMMARIO: 1. Oggetto della presente indagine: la non contestazione nel processo del lavoro e nel processo in generale, nell'ambito delle possibili difese della parte. - 2. Il nodo della correlazione tra onere di contestazione e preclusioni istruttorie. I possibili modelli di interconnessione nel processo. - 3. I fatti primari e secondari: una distinzione tralaticia?

1. Oggetto della presente indagine: la non contestazione nel processo del lavoro e nel processo in generale, nell'ambito delle possibili difese della parte.

Oggetto della presente indagine: la non contestazione nel processo del lavoro e nel processo in generale, nell'ambito delle possibili difese della parte. La sentenza della Suprema [Corte 28 febbraio 2014, n. 4854](#), che si colloca nel solco di un diffuso orientamento giurisprudenziale in materia di c.d. rito del lavoro, offre lo spunto per una riflessione di ordine generale sui limiti della specifica contestazione e delle conseguenze della sua omissione, nel generale sistema di preclusioni del processo civile. Essa offre, inoltre, l'occasione per una ricollocazione in chiave sistematica della non contestazione nell'ambito delle c.d. eccezioni [1], e nella sistematica del diritto processuale.

Su un piano concettuale, a fronte delle pretese azionate dall'attore o dal ricorrente, il convenuto ha una pluralità di opzioni difensive. Può, innanzitutto, limitarsi a contestare il fondamento della domanda. Questo tipo di condotta, che viene tradizionalmente inquadrata tra le c.d. mere difese, può essere idealmente suddivisa in due possibili tipologie di contestazioni, apparentemente simili ma in realtà molto diverse quanto a fondamento.

La prima eventualità è che, innanzitutto, il convenuto contesti il fondamento in punto di diritto della domanda. Che contesti, in altri termini, l'applicabilità o il significato di una fattispecie normativa invocata *ex adverso*, ovvero le conseguenze che la controparte da detta norma intende far discendere nel caso concreto.

Una seconda possibilità per il convenuto che si difende dalle pretese dell'attore, è contestare il fondamento in punto di fatto della domanda.

A fronte di una domanda dell'attore di pagamento di una somma di denaro, il convenuto potrà contestare l'esistenza del debito, affermando che non è mai sorto, o che è sorto in capo ad un soggetto diverso.

Questo tipo di condotta è affine alla precedente, nel senso che si riduce ad una mera contestazione, senza aggiungere alcun fatto nuovo. Al contrario della precedente ipotesi, però, la contestazione qui non attiene alla qualificazione giuridica del fatto, o alle sue conseguenze in punto di diritto, ma proprio alla sua esistenza storica, o alla circostanza che esso si sia realizzato con le modalità descritte dalla controparte. Nella prima il fatto non è controverso, ma se ne deducono diverse conseguenze in punto di diritto. Nella seconda è proprio il fatto ad essere oggetto di contestazione.

La dottrina e la giurisprudenza talvolta denominano tali condotte *mere difese*, talvolta

accomunano, insieme alle contestazioni del fatto, riconducendole alle *eccezioni in senso lato* [2].

L'uso del termine eccezione, anche se in senso lato, è qui conseguenza della polisemia giuridica del vocabolo, come a noi tramandato nella bimillenaria tradizione giuridica ed è, ovviamente, convenzionale. Non si tratta, evidentemente, di un errore concettuale, ma di una ambiguità insita nel termine *eccezione*, che non può essere evitata senza una deliberata scelta terminologica discrezionale: distinguendo, come già il diritto francese, *ope legis* o per scelta dogmatica, le eccezioni, anche in senso lato dalle difese [3].

Preme sottolineare, comunque, che – questione terminologica a parte – l'inesistenza del fatto come del diritto è rilevabile d'ufficio nei limiti di cui si dirà a breve. La *ratio* sottesa alla medesima disciplina processuale è, tuttavia, differente nelle due ipotesi. Diverse, sono del pari, le conseguenze di tale differente logica sottostante, e – conseguentemente – differente è la portata, nelle due fattispecie, della rilevanza d'ufficio.

Nel caso delle contestazioni in punto di diritto il regime della rilevanza d'ufficio trova fondamento nel principio *iura novit curia*, che impone al giudice il potere-dovere di individuare, anche nell'inerzia o nella contumacia delle parti, la norma applicabile al caso concreto e di fornirne la corretta interpretazione. Esse sono rilevabili d'ufficio e non potrebbero non esserlo, senza rendere intrinsecamente ingiusta la sentenza [4]. La *rilevanza d'ufficio* – seppure, come detto, tale concetto non debba essere inteso in senso stretto [5] – è, dunque, massima quanto ad estensione. Il giudice dovrà sempre ricercare la norma applicabile al caso concreto, quali che siano le deduzioni, contestazioni o ammissioni delle parti.

Nel caso dell'inesistenza del fatto costitutivo, il fondamento della rilevanza d'ufficio è, invece, diverso; da qui l'opportunità di distinguere le due ipotesi anche sul piano concettuale.

La contestazione del fatto è, in particolare, rilevabile d'ufficio perché è obbligo del giudice pronunciarsi su tutta la domanda, e dunque accertare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Se il locatore che agisce per la risoluzione del contratto non ne dimostra la sua esistenza, il giudice, anche se il conduttore resta contumace, dovrà rigettare la domanda. Anche in questa ipotesi non si tratta di un vero e proprio rilievo d'ufficio di una eccezione, ma di una logica e – a nostro avviso strettamente consequenziale –

applicazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'[art. 112 c.p.c.](#) e del generale riparto dell'onere della prova, di cui all'[art. 2697 c.c.](#) [6]. Chi vuol far valere un proprio diritto in giudizio ha sempre l'onere di provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, anche in caso di contumacia del convenuto; cosicché chi agisce in forza di un contratto ha, come è naturale, l'obbligo di dimostrarne l'esistenza. A seguito della novella del 2009, però, questo potere generalizzato del giudice di rilevare le eccezioni in senso lato, nel senso qui inteso, trova un limite nell'obbligo per il giudice, sancito all'[art. 115 c.p.c.](#), di porre a fondamento della domanda i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita [7].

Sebbene sia stato dubitato, in dottrina e nella prima giurisprudenza di merito, che la norma abbia una reale portata innovativa [8], e sembri prevalere, allo stato, un'interpretazione restrittiva [9], a noi pare che la formulazione perentoria del dato normativo dovrà indurre, prima o poi, a rivedere l'esegesi della disposizione.

Riteniamo che la mancata contestazione si ponga come limite al potere di accertamento dei fatti riservato al giudice, nel senso che se un fatto non viene specificamente contestato questo dovrà essere considerato provato.

Naturalmente, non di prova legale si tratta, sicché la mancata contestazione potrà ben essere smentita da altre prove acquisite al processo [10]. Riteniamo, però, che al di fuori di questa ipotesi – silenzio del convenuto smentito, *e.g.*, da una prova documentale – non sussista neppure un potere di prudente apprezzamento del giudice circa la mancata contestazione. Il giudice, in particolare, potrà e dovrà valutare, questo sì secondo il suo prudente apprezzamento, se il fatto sia stato o meno specificamente contestato, ma una volta risolta positivamente questa indagine, il suo sindacato non potrà spingersi al punto di negare rilevanza al carattere non controverso del fatto e pretendere una prova ulteriore [11].

Ciò si deduce, a nostro avviso, dall'analisi sistematica dell'art. 115 citato con il successivo art. 116. L'art. 115 pare distinguere sul piano sistematico le “*prove*” proposte dalle parti e dal pubblico ministero dalle altre fattispecie previste dalla norma, *i.e.*, il fatto notorio, le massime di esperienza, e i fatti non controversi.

L'[art. 116 c.p.c.](#), per converso, circoscrive il prudente apprezzamento del giudice alle sole “*prove*” e non anche alle altre, richiamate, ipotesi previste dall'art. 115 citato. Dunque, se appare coerente con il sistema normativo affermare che il prudente apprezzamento del giudice debba riguardare l'esistenza o meno della (non)

contestazione, non appare altrettanto corretto concludere che il giudice, una volta appurato il carattere non controverso di un fatto, abbia un ulteriore potere discrezionale sul punto, in merito al significato da attribuire alla non contestazione, ed alla possibilità di decidere la causa in modo difforme.

La formulazione dell'art. 115, inoltre, appare – come detto – perentoria, attribuendo al giudice non il semplice “potere” di porre a fondamento della decisione i fatti non specificamente contestati, ma un suo preciso dovere, espressamente sottratto ad ogni discrezionalità.

In conclusione, a noi pare che la mancata contestazione non vada inquadrata come una prova in senso stretto, ma una deroga all'onere della prova, previsto dall'[art. 2697 c.c.](#) Riteniamo, altresì, che la sua espressa menzione nel codice di rito, specialmente nei termini in cui essa è posta, non possa essere considerata meramente pleonastica, nel senso che essa debba, necessariamente, voler dire qualcosa.

La non contestazione rientra, a nostro parere, in quelle che sono state qualificate come c.d. prove negoziali, definite da parte della dottrina come *relevationes ab onere probandi* [12]. Non una vera prova, ma un suo surrogato, avente fondamento sull'autonomia negoziale e sul potere dispositivo delle parti, il cui scopo è quello di consentire ad una di esse di sfuggire all'onere probatorio da assolversi di norma con quei mezzi soggetti al prudente apprezzamento del giudice. Essa è sottratta al potere di prudente apprezzamento del giudice per il semplice fatto che esclude in radice il potere di questo, di decidere diversamente sull'esistenza o inesistenza del fatto [13].

Molteplici sono, ovviamente, le problematiche ulteriori connesse all'istituto della non contestazione [14]. Esse esulano, probabilmente, dal campo di questa indagine. È per noi essenziale precisare, semplicemente, che:

- oggetto di un onere di contestazione sono esclusivamente i fatti, e non anche le argomentazioni giuridiche sostenute dalla parte, né la qualificazione giuridica dei fatti medesimi o tutto quanto implichi un'attività valutativa della parte e, dunque, del giudice;
- per converso il novellato [art. 115 c.p.c.](#) non deroga in alcun modo al principio *iura novit curia*, sicché il giudice non è, ovviamente, vincolato alla ricostruzione *in diritto* della fattispecie offerta dalle parti;
- alla non contestazione è equiparata la contestazione meramente generica, da intendersi, a nostro avviso, come quella meramente di stile, riferita al complesso delle

affermazioni avversarie e non puntuale [15].

A conclusione del presente paragrafo e prima di addentrarci sulle peculiarità della mancata contestazione nel rito del lavoro, è opportuno un breve cenno alle ulteriori possibilità difensive delle parti nel gioco del processo, *scil.* le c.d. eccezioni.

Questa riflessione viene suggerita dalla precisazione, contenuta nella motivazione di [Cass. 28 febbraio 2014, n. 4854](#), che la contestazione, *pur non integrando eccezione in senso proprio*, sarebbe preclusa in appello «*ostandovi il divieto di nova sancito dall'art. 437 c.p.c.*».

Il convenuto (o l'attore a fronte della riconvenzionale del convenuto) potrebbe non limitarsi a contestare il fondamento in fatto o in diritto della domanda, ma decidere di allegare un fatto nuovo che pur non negando (ma, anzi, implicitamente confermando) la *regula* espressa dalla domanda avversaria (*e.g.* il contratto di vendita obbliga il compratore a pagare il prezzo; le parti stipularono un contratto che obbligava Caio a pagare a Tizio una determinata somma di denaro), postuli la sua disapplicazione nel caso concreto (*e.g.*, ma nel caso di specie, il venditore è a sua volta inadempiente; nella fattispecie il credito è prescritto). Tali attività difensive vengono definite eccezioni e sono dirette a contrastare – al contrario delle contestazioni del fatto e diritto – una domanda, di per sé, fondata [16].

Non è, ovviamente, questa la sede per una disamina del contenuto dell'eccezione. Ci si limita a segnalare che il nucleo caratterizzante della condotta è dato, appunto, dall'introduzione di un fatto nuovo, dedotto non in chiave meramente probatoria, ma idoneo ad impedire, modificare o estinguere il diritto fatto valere *ex adverso*.

Nell'ambito delle eccezioni-deduzioni di un fatto nuovo, occorre poi distinguere tra quelle deduzioni che mirino a neutralizzare una domanda già di per sé infondata [17] da quelle che mirino invece a neutralizzare una domanda di per sé fondata, *recte*: di una domanda che resta fondata finché la controparte non eserciti un suo potere di impugnare il diritto o l'azione avversaria, ovvero di rifiutare l'adempimento di un contratto o di una obbligazione[18].

Queste due fattispecie, pur avendo in comune il medesimo presupposto, *i.e.*, l'ingresso, nel processo e nella cognizione del giudice, di un fatto nuovo (come il pagamento, l'errore, il dolo, l'inadempimento della controparte, *etc.*) sono molto differenti sul piano del loro regime processuale.

Entrambe possono essere chiamate *eccezioni*, se con tale locuzione sottendiamo

all'introduzione nel processo di un fatto nuovo. Con l'importante precisazione, però, che questa introduzione del fatto è di per sé idonea ad impedire, modificare, estinguere il diritto nelle eccezioni che definiamo *in senso lato* (la semplice prova del fatto del pagamento comporta l'infondatezza della domanda avversaria). Di contro in quelle che definiamo *eccezioni c.d. in senso stretto sostanziale*, perché si verifichi tale effetto l'ingresso del fatto del processo dovrà essere accompagnato da un'ulteriore ed esplicita manifestazione di volontà della parte di impugnare il diritto o la domanda, ovvero di sottrarsi all'adempimento, proprio in forza della deduzione *de qua*.

Come conseguenza, nelle eccezioni in senso lato, ove l'ingresso del fatto nuovo nel processo è sufficiente a paralizzare la domanda (purché, ovviamente il fatto è dimostrato), diviene irrilevante come tale ingresso sia avvenuto. Il giudice dovrà tenere conto dell'avvenuto pagamento anche se esso non sia stato dedotto dalla parte ma risulti comunque dalle prove assunte, ovvero sia stato ammesso dalla controparte o da questa non contestato (giusta il disposto dell'[art. 115 c.p.c.](#)). L'eccezione in senso lato è, dunque, rilevabile d'ufficio, nel rispetto, ovviamente, delle regole in materia di preclusioni istruttorie (il giudice non potrà tenere conto di una quietanza di pagamento, se questa è stata prodotta fuori dai termini di decadenza) e del divieto di scienza privata. Una volta che il fatto sia stato comunque provato o ammesso dalla controparte, però, diviene irrilevante stabilire chi avesse l'onere di provarlo; come pure diviene irrilevante l'assenza di una manifestazione di volontà del convenuto di avvalersi di tale specifico fatto per ottenere il rigetto della domanda avversaria. Il pagamento, così, estinguerà l'obbligazione dal suo interno, anche se il debitore non abbia formulato una esplicita richiesta in tal senso.

Diversamente, nel caso dell'eccezione di prescrizione, di dolo, di inadempimento, diviene irrilevante che il fatto sia comunque giunto alla cognizione del giudice sulla base delle prove assunte, o sia stato esplicitamente ammesso dalla controparte. In queste ipotesi, si può dire, il fatto rileva solamente se e in quanto viene dedotto dalla parte al fine di paralizzare, proprio attraverso la sua deduzione, la domanda avversaria. Se ciò non accade, la domanda resta fondata, e il giudice non può rilevare d'ufficio l'eccezione, senza violare l'[art. 112 c.p.c.](#)

Ambedue le eccezioni di cui sopra, in senso stretto e il senso lato, sono comunque accomunate, come detto, dal fatto che presuppongono l'ingresso nel processo di un fatto nuovo. Diversamente la contestazione del fatto presuppone che si continui, per

così dire, *a giocare con le stesse carte scartate da chi ha proposto la domanda*. L'attività difensiva consiste, appunto, nel negare l'esistenza del fatto allegato *ex adverso*.

2. Il nodo della correlazione tra onere di contestazione e preclusioni istruttorie. I possibili modelli di interconnessione nel processo.

Tanto premesso è opportuno soffermarsi su alcuni principi giurisprudenziali affermati da [Cass. civ. 28 febbraio 2014, n. 4854](#).

La prima questione riguarda l'esistenza di uno specifico onere di contestazione nel processo del lavoro, antecedentemente alla novella dell'[art. 115 c.p.c.](#)

La Giurisprudenza [19], innanzitutto, ha affermato l'esistenza di tale onere, muovendo dall'esegesi dell'[art. 416 c.p.c.](#), che imporrebbe al convenuto di prendere posizione, fin dalla costituzione in giudizio, «*in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda*». Afferma che tale obbligo sarebbe sancito *a pena di decadenza*.

Per la verità, su un piano letterale, la locuzione “*a pena di decadenza*” appare riferita al secondo comma dell'art.416 c.p.c. (a proposito delle domande riconvenzionali e delle eccezioni non rilevabili d'ufficio) e al terzo comma, limitatamente all'indicazione dei “*mezzi di prova*” e delle produzioni documentale; non anche all'onere di specifica contestazione ove, appunto, la locuzione non è ripetuta.

Il principio, comunque, può considerarsi abbastanza consolidato nella giurisprudenza lavoristica [20]. Particolarmente interessante appare, a questo riguardo, la correlazione tra onere di contestazione tentata dalla sentenza annotata e le preclusioni istruttorie, sancite sempre dal terzo comma dell'[art. 416 c.p.c.](#) e dal successivo [art. 420 c.p.c.](#)

Nella richiamata decisione n. 4854 del 2014, la Corte di legittimità, al riguardo, ricollegandosi ad un diffuso orientamento giurisprudenziale (ma in verità alla funzione stessa dell'accertamento giurisdizionale), osserva che, anche anteriormente alla novella dell'[art. 115 c.p.c.](#), dovevano essere oggetto di prova solamente i fatti controversi. Correlativamente, il termine per l'assolvimento dell'onere di contestazione va correlato alle preclusioni, a carico della controparte, relative, appunto, alla prova dei fatti controversi e dunque contestati.

Orbene, a ben vedere il principio in esame – *i.e.*, l'ampiezza della correlazione tra preclusioni istruttorie e mancata contestazione del fatto – potrebbe essere letto secondo due chiavi di lettura assai diverse.

Secondo una prima ricostruzione sistematica, la contestazione finirebbe con l'integrare l'onere della prova, delineandone, *ex ante* e dal punto di vista delle parti, il contenuto: la parte avrebbe l'onere di provare solamente quei fatti che l'altra parte abbia ritualmente contestato. Conseguentemente l'onere di provare un determinato fatto sorgerebbe solamente nel momento in cui questo sia stato contestato. La sequenza processuale che potrebbe derivare da questo principio dovrebbe essere:

a) affermazione del fatto, ==> b) sua contestazione, ==> c) richiesta di prova del fatto medesimo, ==> d) ammissione delle prove sui fatti contestati.

Un simile modello processuale appare ravvisabile, a nostro avviso, nella vecchia successione di termini [ex art. 183 e 184 c.p.c.](#) del processo di cognizione ordinario ante novella 2006-2009 (e in misura minore anche oggi, nello schema di cui all'attuale [art. 183 c.p.c.](#)) corrispondente al percorso processuale: fissazione del *thema decidendum* (con conseguente cristallizzazione dei fatti controversi e bisognosi di prova), fissazione del *thema probandum* (diretto a provare, appunto, tali fatti).

Esso appare, tuttavia, non del tutto coerente con la *ratio* – talvolta ricondotta al vecchio *principio della eventualità* [21] – che, condivisibile o meno, sembra permeare il rito lavoristico, né con la decadenza esplicitamente sancita, quanto a preclusioni istruttorie, dall'[art. 416 c.p.c.](#)

Applicando, comunque, la logica suddetta al processo del lavoro – *i.e.* interpretando in questa chiave il dato normativo – potrebbe giungersi ad una lettura estensiva dell'[art. 420 c.p.c.](#), a norma del quale il giudice all'udienza di discussione ed al netto dei suoi poteri d'ufficio, potrà ancora ammettere quei nuovi mezzi di prova «*che le parti non abbiano potuto proporre prima*» [22]. Tra questi, appunto, potrebbero rientrare anche quei mezzi di prova che si rendono necessari solo a seguito dell'avvenuta contestazione della controparte. In definitiva, all'udienza [ex art. 420 c.p.c.](#), le parti potrebbero articolare quei mezzi di prova che non avevano potuto richiedere prima, *ivi compresi* quelli che non avevano avuto ragione di richiedere, perché la relativa esigenza è sorta solo successivamente, nel momento in cui la controparte ha contestato espressamente i fatti relativi.

Nel senso qui proposto si segnalano alcune aperture della giurisprudenza, che ha ammesso, ad esempio, la produzione di nuovi documenti all'udienza di discussione, *alternativi* a quelli già prodotti con il ricorso, proprio a seguito dell'avvenuta contestazione da parte del convenuto dei fatti dedotti a sostegno della domanda (e

qualora i documenti originariamente prodotti siano stati impugnati dall'attore) [23], o addirittura ha affermato che non incorrerebbe in decadenze (e potrebbe, dunque, integrare le prove all'udienza [ex art. 420 c.p.c.](#)) la parte che abbia omesso di dedurre il mezzo di prova riguardante una circostanza, anche se di valore determinante, che la parte stessa era tenuta a provare, nell'ipotesi in cui la deduzione del suddetto mezzo di prova fosse, al momento del deposito dei suddetti atti, da ritenere «*superflua sulla base di una ragionevole presunzione di non contestazione del fatto*» [24].

Si tratta, comunque, di aperture – per così dire – sempre a livello di *eccezione*, che non hanno mai messo seriamente in crisi la *regula* della decadenza della parte che non abbia articolato mezzi istruttori negli atti introduttivi.

Secondo una diversa lettura, invece, occorre dare risalto non alla *contestazione* come elemento determinativo del sorgere dell'onere della prova, ma alla *mancata contestazione*, come elemento che rende superflua (*risolutivo*, per così dire, mutuando l'espressione dal diritto civile) la prova medesima.

La non contestazione, in questa prospettiva, non opererebbe tanto – come affermato nella sentenza annotata – nel senso di determinare una *corretta delineazione dell'onere della prova*, quantopiuttosto come semplice limite negativo ed esterno ad esso, nel senso che, se un fatto non è contestato non occorre provarlo.

Seguendo, allora, una tale visione, la regola del non contestato uguale provato, in particolare, non sarebbe rivolta alle parti, esonerandole dal provare ciò che non è stato contestato o rimettendole in termini per provare ciò che, invece, è diventato controverso (a seguito della fisiologica difesa della controparte); essa sarebbe, invece, diretta al giudice. Costituirebbe, in particolare, una sorta di criterio guida, nel momento in cui egli deve ammettere i mezzi di prova richiesti dalle parti (rigettando le istanze superflue, perché relative a fatti non contestati) o al momento della decisione (considerando provato un fatto che, pur non essendo stato provato in giudizio, non è stato contestato tra le parti).

Seguendo lo schema ideale di sopra, la sequenza processuale dovrebbe essere:

a) affermazione del fatto e richiesta di prova, ==> b) contestazione, ==> c) ammissione delle prove originariamente richieste ma limitatamente ai fatti contestati.

Sotto tale diversa prospettiva, l'[art. 420 c.p.c.](#) sembra consentire, più che altro, quelle prove che oggettivamente non fu possibile articolare prima, o per circostanze fortuite (e in ciò la norma si sovrapporrebbe al novellato [art. 153 c.p.c.](#), in precedenza [art. 184-bis](#)

[c.p.c.](#) [25]) ovvero perché l'esigenza della prova fosse sorta solo successivamente, a seguito delle modifiche alle domande intervenute, a norma del medesimo [art. 420 c.p.c.](#) [26], alla stessa udienza. La parte, di contro, dovrà chiedere sin dal principio la prova di tutte le circostanze che afferma, senza potersi riservare di articularle in futuro, sulla base dell'eventuale contestazione avversaria; sarà compito del giudice, nell'ambito dei suoi poteri di direzione e nel rispetto dell'economia dei tempi processuali, a dovere selezionare tra le prove tutte richieste, solamente quelle necessarie perché relative a fatti realmente controversi. È questa, probabilmente, la scelta ermeneutica più aderente al dato normativo ed alla *ratio legis* del processo del lavoro.

Preme sottolineare che, ai fini della tempestività della contestazione, l'adesione all'uno o all'altro modello avrà conseguenze assai diverse. È proprio – a nostro avviso – il modo con cui viene concepita la contestazione che porterà legislatore e interprete ad anticipare o posticipare il termine ultimo per il compimento di tale attività.

Frutto di un errore di prospettiva appare al riguardo, l'affermazione giurisprudenziale [27] che la contestazione, *pur non integrando eccezione in senso proprio*, sarebbe preclusa in appello «*ostandovi il divieto di nova sancito dall'[art. 437 c.p.c.](#) che riguarda non soltanto le domande e le eccezioni in senso stretto ma anche le contestazioni nuove, ossia non esplicate in primo grado*».

A nostro avviso, il nodo della questione non sta tanto nel carattere di *revisio prioris instantiae* anziché di *novum iudicium* dell'appello; questo carattere, parafrasando quanto è stato giustamente osservato in passato, non costituisce un postulato aprioristicamente esistente, sulla base del quale interpretare le norme di diritto esistenti, ma – al contrario – una conclusione da dimostrare proprio all'esito di tale attività [28]. Piuttosto, il vero fulcro della questione sta, anche in questo caso, nella stretta correlazione tra prova e contestazione e nella funzione che si vuole dare alla seconda, al fine di determinare il *thema probandum*.

Seguendo il primo modo di pensare, la formazione del *thema decidendum* e del *thema probandum* sono concepite come una realtà dinamica e in divenire nel corso del processo, strettamente intercorrelate dalla sequenza di mosse di attore /ricorrente e convenuto. Esse, anzi, divengono assolutamente centrali con riguardo alla loro collocazione nella logica e nei tempi processuali. I principali protagonisti di tale attività sono le parti, che hanno il compito di chiedere di provare solo ciò che è controverso. In quest'ottica ben si potrebbe concepire la contestazione di un fatto per la prima volta in

appello: solo ciò comporterebbe la necessità di ridefinire il *thema probandum*, consentendo l'ingresso di nuovi mezzi di prova in appello.

Se si accoglie un modello di contestazione come limite positivo interno all'onere della prova (l'onere di provare sorge solamente su ciò che è già stato contestato), può ragionevolmente accogliersi la possibilità di una contestazione tardiva, anche in appello. Comunque la si voglia mettere la contestazione non è un'eccezione in senso stretto (anzi, per come dimostrato, l'accertamento dell'inesistenza del fatto costituisce una normale estrinsecazione del dovere del giudice di pronunciare su tutta la domanda), né, a maggior ragione, una domanda nuova. L'aver mosso in avanti nel percorso processuale la facoltà di contestare, però, comporterà la necessità, a questo punto, che la controparte venga rimessa in termini per provare i fatti contestati; risultato che, nel processo del lavoro, potrebbe comunque essere raggiunto, attraverso un ponderato utilizzo dei poteri istruttori d'ufficio del giudice, proprio per dimostrare tali fatti, ovvero autorizzando i nuovi mezzi di prova, anche in appello, perché indispensabili, o previa rimessione in termini [ex art. 153 c.p.c.](#)

Se, di contro, si accoglie l'idea della non contestazione come semplice limite esterno e negativo al *thema probandum*, essenzialmente al fine di consentire al giudice di individuare le prove da ammettere e poter decidere la causa, il suo limite ultimo sarà, necessariamente, anticipato alla fase della fissazione del *thema decidendum*. L'esercizio del potere di contestazione dovrà piuttosto essere collocato nella fase iniziale, se non proprio preliminare del processo. Le parti hanno fin da subito il compito di affermare e provare tutto, non sapendo se sarà o meno controverso; sarà poi il giudice a dovere ammettere solo quelle prove relative a fatti che sono stati, successivamente, effettivamente contestati.

Più che un divenire dinamico, un simile modello processuale appare come un albero i cui rami crescono in direzioni molteplici e caotiche, mentre sarà compito del giudice selezionare solamente quelli che ritiene adatti alla sua visione della causa, tagliando quelli inutili. Il vantaggio di tale modello è che, comprimendo la fase dinamica, può consentire una riduzione dei termini di durata del processo; lo svantaggio è che tale celerità può essere solamente apparente, dal momento che sia le parti che il giudice saranno sovraccaricate di un maggior lavoro. Le prime, invero, dovranno, nelle fasi iniziali, ricercare le prove anche di quei fatti che potrebbero non essere controversi; il secondo si troverà di fronte un materiale molto più complesso e disorganico (con

richieste di prove, col senno di poi, superflue) e scritti difensivi prevedibilmente più lunghi, etc. Inutile aggiungere altresì che tale seconda concezione del processo presuppone un'idea di centralità maggiormente spostata sul giudice, piuttosto che sulle parti [29].

Con un simile modello processuale ben difficilmente si potrebbe conciliare una nuova contestazione in grado di appello; e ciò in quanto il vero destinatario della regola non sarebbe la parte che ha affermato un fatto (che sarebbe esonerata dall'onere di provarlo), ma semplicemente il giudice (che sarebbe esonerato dall'ammettere le prove già richieste, relative a fatti pacifici).

3. I fatti primari e secondari: una distinzione tralaticia?

Va a questo punto esaminata l'affermazione giurisprudenziale [30] che l'onere di immediata contestazione riguarderebbe i soli «*fatti primari (cioè costitutivi, modificativi, impeditivi od estintivi del diritto fatto valere in giudizio dall'attore o dal convenuto che agisca in riconvenzionale)*» e non anche i «*fatti secondari – vale a dire quelli dedotti in mera funzione probatoria*» i quali potrebbero «*contestarsi in ogni momento*» e dunque anche in appello.

La distinzione in questione, recentemente messa in discussione dalla giurisprudenza di legittimità proprio a seguito della novella dell'[art. 115 c.p.c.](#) [31], non appare del tutto condivisibile, proprio sulla base delle premesse concettuali che appaiono ispirare la decisione della stessa [Cass. civ. n. 4854 del 2014](#).

L'aver correlato la contestazione alla *corretta delimitazione dell'attività istruttoria* avrebbe dovuto comportare, a nostro avviso, il venir meno di ogni differenza – ai nostri fini – tra fatti primari e secondari (distinzione che pare afferente, più che altro, al rapporto tra contestazione ed *emendatio libelli*).

Se una simile distinzione può avere una certa coerenza intrinseca, in relazione al sistema delle preclusioni c.d. *assertive*, ed in particolare al divieto di *nova* in appello, tale coerenza appare molto meno solida e dai confini meno certi, appena la si deve coordinare alle altrettanto accentuate preclusioni istruttorie.

Consentire alla parte una contestazione tardiva anche di un fatto dedotto *ex adverso* a fini istruttori, vuol dire ribaltare sulla controparte l'onere di dimostrare la contrapposta affermazione. Per tornare agli schemi e modelli processuali, cui si è fatto cenno al precedente paragrafo, ciò ha una sua coerenza se si accoglie la concezione della

contestazione come elemento intrinseco alla formazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*; e non anche – come sembra aver fatto, invece, il legislatore attuale, specie nel processo del lavoro – la contrapposta visione della *non contestazione* come limite estrinseco all'onere della prova.

Ad ogni modo, ribadiamo, qualora dovesse ammettere la contestazione tardiva, il giudice dovrebbe utilizzare i suoi poteri istruttori d'ufficio o rimettere quantomeno in termini la parte, perché possa articolare tutti quei mezzi di prova necessari a vincere la nuova contestazione avversaria.

Riferimenti bibliografici

[1] Tra i tanti Autori che hanno affrontato la tematica: G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed. , Bari, 2012, 87 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice. Parte prima, Disposizioni Generali (le persone del processo)*, Padova, 1943, 114 ss.; M. CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 266 ss.; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile - Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist. an.), 264 ss.; G. CHIOVENDA, *Sulla eccezione*, in *Saggi*, I, 149 ss.; L. CIFFO BONACCORSO, *L'eccezione nel sistema della difesa del convenuto*, in *Giur. it.*, 1959, I, I, 1193 ss.; V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1965, 172 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, II ed., Torino, 2012, 219 ss.; E. CORTESE, *Eccezione (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1965, 139; S. COSTA, *Eccezione (diritto vigente)*, in *Nuovo D.I.*, 1957, vol. VI, 349 ss.; G. FABBRINI, *Eccezione*, in *Enc. giur.*, vol. XII, 1989, 1 ss.; V. DENTI, *L'eccezione del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1961, 22 ss.; F. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927, 3 ss; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973, 247; E.T. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 446 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed., a cura di V. COLESANTI-E. MERLIN-E. F. RICCI, Milano, 2007, 157 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, VI ed., Milano, 2011, 249 ss.; G.I. LUZZATTO, *Eccezione (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1965, 135 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, I, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XXII ed., a cura di A. CARRATTA, 149 ss.; A. MOTTO, *Poteri giurisdizionali e tutela sostanziale*, Torino, 2012, 203 ss.; R. ORIANI, *Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, vol. XII, 2000, 1 ss.; R. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. civ.*, vol. VII, 1991, 262 ss; S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1965, 151 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile, I, Nozioni e regole generali*, Milano, 1957, 55 ss.; S. SATTA, *Dei poteri del giudice (sub art. 112)*, in *Commentario al codice di procedura civile, I, disposizioni generali*, 1966, 429 ss.; F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile I) - Concetti generali*, Roma, 2013, 5 ss; G. VERDE, *Diritto processuale civile, 1. Parte generale*, III ed., Bologna, 2012, 112 ss.; M. T.

ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, 1964, 196 ss.

[2] Distinguono, sul piano terminologico, eccezioni in senso lato e mere difese, tra gli altri: R. ORIANI, *Eccezione, Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, vol. XII, 2000, 1 ss.; R. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. civ.*, vol. VII, 1991, 262 ss.; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed., a cura di V. COLESANTI-E. MERLIN-E. F. RICCI, Milano, 2007, 157 ss. Riconducono, invece, ad un'unica macrocategoria difese ed eccezioni in senso lato, tra gli altri: G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile - Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist. an.), 264 ss.; G. CHIOVENDA, *Sulla eccezione*, in *Saggi*, I, 149 ss.; G. CHIOVENDA, *Prefazione a F. ESCOBEDO, L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927, IV; E. REDENTI, *Diritto processuale civile, I Nozioni e regole generali*, Milano, 1957, 55 ss.; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1967, 148-150; E. REDENTI, *Diritto processuale civile, I Nozioni e regole generali*, Milano, 1957, 55 ss. V. anche le disamine di C. PUNZI, *Il processo civile, Sistema e problematiche*, Torino, 2010, 221 ss.; V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1965, 172 ss., nonché le recentissime osservazioni di A. Motto, *Poteri giurisdizionali e tutela sostanziale*, Torino, 2012, 203 ss. La giurisprudenza, normalmente, propende per un criterio meramente formale e funzionale della classificazione delle difese del convenuto, considerando sinonimi le locuzioni *eccezioni in senso lato* e mere difese (collegate dal comune denominatore di essere rilevabili d'ufficio) ed *eccezioni in senso stretto* quelle deducibili a sola istanza di parte. Ciò, del resto, appare del tutto coerente, dal momento che non è compito della giurisprudenza definire categorie dogmatiche, ma risolvere problemi pratici e concreti, quale è quello della rilevabilità o meno d'ufficio di una *eccezione*. Definiamo questo criterio come *procedurale*, come si è visto *supra* al par. III. 1. Cass. civ. 10 ottobre 2013, n. 414; [Cass. civ. 9 gennaio 2013, n. 350](#); [Cass. civ. 24 ottobre 2012, n. 18195](#); [Cass. civ. 19 ottobre 2012, n. 18068](#); [Cass. civ. 13 gennaio 2012, n. 409](#).

[3] Sul punto v. F. Russo, *Contributo allo studio dell'eccezione*, cit., cap. II, III, IV.

[4] Cfr. G. CHIOVENDA, *Prefazione a F. ESCOBEDO, L'eccezione in senso sostanziale*, cit., VI.

[5] Non di rilievo d'ufficio si tratta, ma della piena estrinsecazione della funzione giurisdizionale dello *ius dicere*.

[6] È pur vero che non è operazione concettualmente impossibile ricondurre anche il

potere-dovere del giudice di accertare i fatti alla regola *iura novit curia*. Il giudice, proprio perché può e deve applicare d'ufficio la *regula iuris*, dovrà applicare d'ufficio, anche in caso di contumacia del convenuto, l'[art. 2697 c.c.](#), che fissa, appunto, l'onere della prova. Tuttavia tale *reconductio* apparirebbe, a nostro avviso, forzata, dal momento che la regola dell'onere della prova è stata consacrata in una norma di legge, proprio in applicazione dell'obbligo del giudice di accertare i fatti. L'operazione in parola dimostrerebbe, a ben vedere, semplicemente che il nostro è un ordinamento di *civil law*, in cui è la legge a dettare le regole e fissare i principii. Del resto, su questo piano, anche l'inesistenza in punto di fatto potrebbe essere ricondotta alla violazione di una norma giuridica, e precisamente di quella che definisce l'istituto *ex adverso* invocato. Riteniamo, come detto, l'operazione artificiosa e non utile.

[7] La norma in esame ha avuto, come noto, un *iter* particolarmente travagliato. Originariamente (stando a quanto si legge dalla relazione illustrativa) la modifica dell'art. 115 era correlata a quella dell'art. 88, che avrebbe dovuto introdurre un obbligo della parte di chiarire i fatti in modo veritiero e corretto, analogamente a quanto previsto dal § 138 ZPO tedesca. Nella relazione illustrativa si legge che le surrichiamente modifiche sono tra le più significative e “*sommamente importanti*”. Esse, nelle intenzioni dei *conditores*, si sarebbero ispirate alla «*valorizzazione del comportamento processuale delle parti, alle quali si chiede – nell'ottica dei principi costituzionali del giusto processo e della ragionevole durata dello stesso – di consentire che l'accertamento dei fatti di causa venga compiuto senza inutili dilazioni e senza ricorrere all'abuso degli strumenti processuali messi a disposizione dall'ordinamento. In quest'ottica si è ritenuto opportuno aggiungere, all'articolo 88 del codice, una norma di principio che obbliga le parti – non solo a prendere posizione sui fatti allegati dall'altra parte, come già previsto ad es. dall'[articolo 167, 1° co. c.p.c.](#) – ma a chiarire le circostanze di fatto rilevanti ai fini della decisione in modo leale e veritiero. La disposizione non è destinata a rimanere una mera norma di principio, in quanto il giudice terrà conto dell'inosservanza del dovere di lealtà e correttezza non solo ai fini della condanna alle spese (già prevista dall'[articolo 92, 1° co. c.p.c.](#)), ma anche ai fini dell'accertamento della responsabilità processuale aggravata ([articolo 96 c.p.c.](#)) ed eventualmente anche ai fini dell'accertamento dei fatti (secondo il principio, contenuto nell'[articolo 116, 2° co. c.p.c.](#), per cui il giudice può desumere argomenti di prova dal contegno tenuto dalle parti durante il processo). In ogni caso, questa disposizione*

(tratta dal codice di procedura civile tedesco) è sommamente importante perché costituisce specificazione e rafforzamento dell'obbligo di leale collaborazione». Cfr. Relazione alla [legge 69 del 18 giugno 2009](#), pubblicata in G.U. 19 giugno 2009, n. 140. Per una specifica trattazione sull'argomento v. G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)*, in [www.judicium.it](#), 2009, ed in part. . 776; G. BALENA, in G. BALENA-R. CAPONI-A. CHIZZINI-S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino 2009, 32 ss.; V. BATTAGLIA, *Le preclusioni nel processo ordinario di cognizione in Tribunale*, Torino, 2012, 282 ss.; S. BOCCAGNA, *Le modifiche al primo libro del c.p.c.*, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, 35; C. CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, 55 ss.; C.M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 268 ss.; C. CONSOLO-M. DE CRISTOFARO, *Codice di procedura civile, La riforma del 2009*, Milano, 2009, sub art. 115; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 39 ss.; B. SASSANI, *Commento all'art. 115*, in A. SALETTI-B. SASSANI, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino, 2009, 66 ss.; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in [www.judicium.it](#), 2010.

[8] V. le convincenti osservazioni di G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 2012, 266 ss. e 421 ss.; in giurisprudenza un primo orientamento dei tribunali di merito pare indirizzato nel negare portata innovativa alla norma, considerandola la mera enunciazione di un principio già esistente. Ne è stata conseguentemente affermata l'applicabilità anche alle controversie sorte anteriormente alla riforma del 2009: [Trib. Piacenza, 23 febbraio 2012, n. 114](#); T.A.R. Catanzaro (Calabria), 8 aprile 2011, n. 498, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 4, 1400 (s.m.); [Trib. Piacenza, 2 febbraio 2010, n. 81](#) in *Giur. mer.*, 2010, 5, 1322 (s. m.), con nota di PAPAGNI; *contra*: [Trib. Catanzaro, 18 gennaio 2011](#), in *Giur. mer.*, 2012, 3, 590 (s. m.). Per una disamina v. V. anche G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)*, cit., *ibidem*; G. BALENA, in G. BALENA-R. CAPONI-A. CHIZZINI-S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, cit., *ibidem*; V. BATTAGLIA, *Sull'onere del convenuto di "prendere posizione" in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1512 ss.; S. BOCCAGNA, *Le modifiche*

al primo libro del c.p.c., cit., *ibidem*; C. CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, cit., *ibidem*; C.M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c. p. c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, cit., *ibidem*; C. CONSOLO-M. DE CRISTOFARO, *Codice di procedura civile, La riforma del 2009*, cit., *ibidem*; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, cit., *ibidem*; F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *www. iudicium. it*, 2010; B. SASSANI, *Commento all'art. 115*, cit., *ibidem*; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., *ibidem*; M. TARUFFO, *I fatti non contestati e il nuovo art. 115 c.p.c.*, in ID. (a cura di), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010, 183 ss.; A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 76 ss.; Circa il valore della non contestazione, anteriormente alla riforma del 2009 cfr. [Cass. civ. 23 gennaio 2002, n. 761](#), in *Giust. civ.*, I, 2002, 1245, con nota di M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*; C. DI IASI, *La mancata contestazione dei fatti nella ricostruzione della giurisprudenza di legittimità ed alla luce dei principi costituzionali in materia processuale*, in *Giur. mer.*, 2008, 23 ss.; A. PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, I, 2006, 3143 ss.

[9] Quasi, *si fas est*, una vischiosità dell'interpretazione preesistente, che ha portato ad una interpretazione pressoché abrogatrice del dato normativo. Cfr. [Trib. Catanzaro, 18 gennaio 2011](#), in *Giur. mer.*, 2012, 3, 590 (s.m.), secondo cui il difetto di contestazione implicherebbe l'ammissione dei fatti dedotti in giudizio solo relativamente ai fatti cd. principali, ossia costitutivi del diritto azionato, mentre per i fatti cd. secondari, ossia dedotti in esclusiva funzione probatoria, la non contestazione costituirebbe argomento di prova ai sensi dell'[art. 116, comma 2, c.p.c.](#)

[10] Va da sé che, in linea teorica, il giudice non dovrebbe ammettere prove testimoniali, necessarie per dimostrare fatti non specificamente contestati dalle parti.

[11] In termini sostanzialmente analoghi: [Trib. Bergamo 19 ottobre 2011](#).

[12] In termini sostanzialmente analoghi v. [Trib. Monza, 29 settembre 2010](#), in *Giur. mer.*, 2011, 12, 3115 (s. m.), con nota di: PAPAGNI, con l'importante e condivisibile precisazione che tale *relevatio*, fondandosi sulla disponibilità dei diritti, potrà operare solamente per quanto concerne i diritti disponibili, mentre per i diritti indisponibili la non contestazione potrà essere valutata come mero argomento di prova, ai sensi dell'[art. 116 c.p.c.](#) In termini sostanzialmente analoghi v. V. BATTAGLIA, *Le*

preclusioni nel processo ordinario di cognizione in Tribunale, cit., 285.

[13] G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 461; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, 1966, 212 ss.; F. CARNELUTTI, *La Prova civile*, Milano, 1992, 44 ss.

[14] Prima fra tutte: quale è il termine ultimo per potere contestare il fatto: la prima memoria successiva? O – come a noi sembra più corretto – l’udienza [ex art. 183 c.p.c.](#), o la sua appendice scritta, data dal secondo termine di cui al sesto comma (ultimo momento, salva rimessione in termini, per potere precisare i fatti). Sui termini entro i quali è possibile contestare i fatti e sui limiti circa l’ammissibilità di una contestazione tardiva v. [Trib. Varese, 14 ottobre 2011](#) in *Giur. mer.*, 2012, 1, 94 (secondo cui, esaurita la fase dell’ammissione delle prove, sarebbe consentita la contestazione solo in presenza dei presupposti per la rimessione in termini). Si rinvia per una trattazione alla dottrina sopra citata, ed in particolare: Per una specifica trattazione sull’argomento v. G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)*, cit., *ibidem*; G. BALENA, in G. BALENA-R. CAPONI-A. CHIZZINI-S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, cit., *ibidem*; S. BOCCAGNA, *Le modifiche al primo libro del c.p.c.*, cit., *ibidem*; C. CAVALLINI, *La non contestazione nell’arbitrato*, cit., *ibidem*; C. M. CEA, *La modifica dell’art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, cit., *ibidem*; C. CONSOLO-M. DE CRISTOFARO, *Codice di procedura civile, La riforma del 2009*, cit., *ibidem*; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, cit., *ibidem*; B. SASSANI, *Commento all’art. 115.*, cit., *ibidem*; B. SASSANI, *L’onere della contestazione*, cit., *ibidem*.

[15] Si pensi all’utilizzo, assai invalso nella prassi forense specie nei decenni scorsi, di formule del tipo: “*ritenuto impugnativamente tutto quanto dedotto ex adverso*”, o “*si contesta tutto quanto dedotto da controparte*”, etc. Non pare, invece, che la legge richieda anche che la contestazione sia *argumentata*, *i. e.* che la parte spieghi per quale motivo contesta la prospettazione avversaria, né la lingua italiana autorizza a considerare come non specifica una contestazione esplicita di un fatto (“*non mi trovo a Roma il giorno 20 agosto 2013*”, sol perché non motivata). La contestazione, inoltre, può mantenere il carattere di specificità, anche se formulata in modo indiretto, *i. e.* se la parte, pur non contestando esplicitamente il fatto allegato *ex adverso*, deduca a sua volta l’esistenza di un fatto incompatibile col primo (e.g., seguendo l’esempio precedente, il

convenuto pur non negando esplicitamente la sua presenza a Roma il giorno 20 agosto, affermi che quel giorno si trovava a Napoli). La specificità della contestazione va, poi, ovviamente valutata in ragione alla natura del fatto dedotto, e della sua effettiva conoscenza o conoscibilità in capo alla controparte. Si pensi a queste due differenti ipotesi: a) l'attore afferma che il convenuto ha danneggiato la vetrina del suo negozio. Si tratta di un fatto che il convenuto deve necessariamente conoscere. Il grado di specificità richiesto alla contestazione sarà, in questo caso, massimo. Si pensi, però, a questo differente caso: b) Tizio, passeggero di un volo con il vettore Caio, allega che la compagnia gli ha smarrito il bagaglio contenente gli oggetti x, y e z. Il vettore, ovviamente, non può avere esatta conoscenza del contenuto del bagaglio di Tizio, sicché – per evitare la *relevatio ab onere probandi*, nel senso da noi suggerito – sarà sufficiente una sua generica contestazione circa l'effettivo contenuto del bagaglio, o – a nostro avviso –, anche la semplice affermazione che il contenuto del bagaglio non può considerarsi provato.

[16] F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione*, cit., *ibidem*. L'origine dell'eccezione viene fatta risalire – in accordo ai principali studi in materia – al diritto pretorio ed al processo formulare. Le *exceptiones* si configuravano allora come rimedi specifici introdotti dal pretore per correggere la rigidità del diritto civile, che avrebbe portato – in ipotesi particolari – a decisioni inique. Così, sulla base del diritto civile, il contraente il cui consenso fosse stato carpito con dolo avrebbe dovuto adempiere al negozio giuridico. *L'exceptio doli* fu introdotta dal pretore per evitare, appunto, una simile conseguenza. Sul piano formale le *exceptiones* venivano inserite nella fase *in iure* dopo *l'intentio* e prima della *condemnatio* e costituivano condizioni negative della condanna: il giudice avrebbe assolto se esse fossero risultate vere, condannato nel caso contrario. Il concetto di eccezione subì poi una evoluzione parallela alla trasformazione del sistema romano che lo aveva concepito. Nell'età tardo-imperiale e giustiniana esso perse buona parte della sua connotazione originaria, parallelamente alla scomparsa del pretore ed alla progressiva osmosi tra *ius civile* e *ius honorarium*. Probabilmente è proprio a queste evoluzioni e reinterpretazioni che si deve, secondo l'autore, la progressiva polisemia del vocabolo eccezione, cui ha fatto correlato riscontro una certa ambiguità concettuale dell'istituto a partire dalla compilazione giustiniana (che e perché accorpava fonti diverse generate in diversi secoli) e dal diritto medievale (che proprio la compilazione giustiniana tentava di interpretare ed armonizzare). Si deve,

poi, probabilmente ai giuristi medievali avere delineato, per coordinare l'ampiezza semantica che il vocabolo eccezione aveva assunto con l'individuazione del concetto, la distinzione tra *exceptio quandoque pointer large et quandoque pointer stricte* (oltre alla ulteriore distinzione tra *exceptiones facti o intentionis ed exceptiones iuris o actionis*) distinzione che è sopravvissuta ancor oggi nella dicotomia tra eccezioni in senso stretto e in senso lato.

[17] Si pensi alla deduzione dell'avvenuto pagamento a fronte di una pretesa creditoria: nessuno può dubitare che un credito già estinto sia un *non credito*.

[18] Per una disamina e una analisi della distinzione tra eccezioni–mere deduzioni di un fatto, eccezioni-impugnazioni ed eccezioni-facoltà di rifiutare l'adempimento, v. F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione*, cit., *ibidem*.

[19] [Cass. civ. 28 febbraio 2014, n. 4854](#).

[20] [Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761](#); [Cass. civ. 15 gennaio 2003, n. 535](#); [Cass. civ. 15 maggio 2007, n. 11108](#); [Cass. civ. 28 maggio 2007, n. 12363](#). In senso parzialmente diverso [Cass. civ., sez. lav., 16 novembre 2012, n. 20157](#), nella cui massima ufficiale si legge che la contestazione sfugge alle preclusioni di cui all'[art. 416 c.p.c.](#) e potrebbe essere svolta anche per la prima volta in appello; l'affermazione, tuttavia, non trova puntuale riscontro nella motivazione della sentenza (ove si afferma semplicemente il principio, assolutamente condivisibile, che la deduzione dell'avvenuta risoluzione del contratto, in forza di una clausola risolutiva già verificatasi, non costituisce eccezione in senso stretto, e può essere rilevata anche d'ufficio. Per una disamina sulla questione: F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione*, cit., 141 e 142). Sul punto cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, *I procedimenti speciali l'arbitrato e la mediazione*, Torino, 2012, 235 ss.

[21] Cfr. G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 751 ss.

[22] Pleonastica (se non proprio offensiva nei confronti della magistratura italiana) l'ulteriore precisazione contenuta nell'[art. 420 c.p.c.](#), comma 5 (e reiterata, per quanto concerne l'appello nel c.d. processo sommario di cognizione, dall'[art. 702-quater c.p.c.](#), nel testo antecedente la riforma del 2012) «*se ritiene che siano rilevanti*»; come se vi fosse un reale pericolo che i giudici italiani potessero ammettere prove irrilevanti ai fini del decidere, al solo fine di dilatare i tempi del processo.

[23] [Cass. civ. 21 agosto 2006, n. 18206](#).

[24] [Cass. civ. 30 agosto 2005, n. 17513](#).

[25] C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, cit., *I procedimenti speciali l'arbitrato e la mediazione*, Torino, 2012, 245 ss.

[26] Cass. civ. 5 settembre 1985, n. 4638

[27] [Cass. civ. 28 febbraio 2014, n. 4854](#).

[28] G. MONTELEONE, *Limiti alla proponibilità di nuove eccezioni in appello*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983, 714-715.

[29] In tale prospettiva, la tardiva contestazione di un fatto, tanto primario che secondario, si porrebbe in contrasto con la ragionevole durata del processo ([art. 111 Cost.](#)), dal momento che costringerebbe il giudice a riaprire l'istruttoria, ammettendo nuovi mezzi di prova che – fino a quel momento – il silenzio della parte aveva reso superflui.

[30] [Cass. civ. 28 febbraio 2014, n. 4854](#).

[31] [Cass. civ., sez. un., 29 maggio 2014, n. 12065](#).