

L'ONERE DI CONTESTAZIONE

(Relazione tenuta all'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura
in Roma, il 21 febbraio 2011 sul tema "Processo civile")

GIUSEPPE BUFFONE

Sommario:

1. Allegazione, rilievo e prova. Legge 18 giugno 2009 n. 69 e introduzione dell'art. 115, I c.p.c.: *relevatio ab onere probandi*. Le allegazioni a contenuto negativo.
2. Collocazione topografica dell'onere di contestazione. Fatto non contestato e discrezionalità del giudice. Pregressa giurisprudenza di legittimità. Bilanciamento delle prove e cd. superabilità del fatto non contestato.
3. *Ratio legis*: moralizzazione del processo e principio del "giusto processo". Esigenze di semplificazione e ragionevole durata del procedimento.
4. Evoluzione pretorile dell'istituto. Rito del lavoro e rito ordinario. Dalle Sezioni Unite del 2002 alla riforma del 2009.
5. Non contestazione e "triplice" effetto per il processo. Mancanza di contestazione sul fatto e comportamento del giudice. Fatto non contestato e sua smentita.
6. Contestazione "tempestiva". Revocabilità della non contestazione (la cd. contestazione tardiva). Allegazione e contestazione. La contestazione in appello.
7. Ambito applicativo. Fatti principali e fatti secondari. I fatti-evento di danno.
8. La "specificità" della contestazione e la "negazione" del fatto. La contestazione cd. implicita. Vicinanza al fatto e onere di contestazione. Incidenza della conoscenza/conoscibilità dei fatti da contestare. Il cd. fuoco della contestazione.
9. Tecnica di non contestazione: le regole. Introduzione specifica del fatto da contestare e correlazione tra affermazione e contestazione.
10. Contumacia e non contestazione: *ficta confessio* e *ficta contestatio*. Contumacia e processo litisconsortile. Litisconsorzio necessario e litisconsorzio facoltativo.
11. Bilateralità dell'onere di contestazione.
12. I Limiti alla operatività dell'onere di contestazione. Processo contumaciale. Diritti indisponibili. Contratti solenni. Contestazione e forma scritta ad probationem.
13. Non contestazione ed Enti pubblici

[1]. Il procedimento civile, in estrema sintesi, è un dialogo processuale tra parti in lite che si snoda attraverso una triplice attività: allegazione, rilievo e prova. La parte, la quale abbia interesse a che un determinato fatto venga posto a fondamento della decisione, deve in primo luogo introdurlo in giudizio, quindi valorizzarlo giuridicamente ed infine dimostrarne l'esistenza¹.

ALLEGAZIONE	Il fatto storico viene introdotto nel giudizio mediante la sua descrizione nell'atto giudiziale presentato al giudice.
RILIEVO	Consiste nella valorizzazione giuridica del fatto ed implica necessariamente il riferimento non al fatto storico in quanto tale, bensì alle sue conseguenze giuridiche.
PROVA	Il fatto giuridico, introdotto in giudizio e valorizzato nelle sue conseguenze in diritto, diventa oggetto di prova nel processo

Il saggio di legificazione contenuto nella l. 18 giugno 2009 n. 69 introduce, tra l'altro, importanti modifiche in seno all'art. 115, comma I, c.p.c. dove, oggi, spicca per espresso enunciato normativo, il cd. onere di contestazione a carico dei litiganti:

“salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero *nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*”.

L'ultimo inciso («fatti non specificamente contestati») di fatto convalida la giurisprudenza di Cassazione che, a partire dall'arresto a Sezioni Unite del 2002 (sentenza n. 761), ha affermato l'esistenza, nell'ordinamento processuale civile, di un onere di contestazione per le parti, legato ai fatti introdotti dall'altra², ritenendo che il *deficit* di contestazione “rende inutile provare il fatto, poiché non controverso ... vincolando il giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza”.

¹ FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)* in www.judicium.it

² Ma va precisato: originariamente solo per il rito del lavoro

TRIB. PIACENZA, SEZ. CIVILE, SENTENZA 4 GIUGNO 2009,

EST. GIANLUIGI MORLINI

in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, 12, 2948 e ss.

Risarcibilità del danno – Onere della prova – Non contestazione – Esonero dall'onere probatorio - Sussiste

In ragione del generale principio di non contestazione, da ritenersi vigente nell'ordinamento processualcivile, deve ritenersi provato un fatto dedotto da una parte e non contestato dalle controparti (art. 2697 c.c.)

[In senso conforme CASS. CIV., SEZ. III, 5 MARZO 2009, N. 5356; CASS. CIV., SEZ. UN., 23 GENNAIO 2002 N. 761]

Vi è chi, invero, già passato, autorevolmente scriveva che «*dinanzi al magistrato non si va per tacere ma bensì per parlare, per far conoscere le proprie ragioni e i torti dell'avversario con dichiarazioni precise, positive e pertinenti alla lite*» (L. MORTARA). Il *punctum pruriens* involgeva, tuttavia, gli effetti che produceva il “silenzio” della parte costituita sulle affermazioni dell'altra. L'art. 115 novellato dà una risposta ora normativa poiché recepisce il principio per cui la non contestazione di fatti allegati dalla controparte vale *relevatio ab onere probandi* per il deducente³. Vengono così recepiti gli insegnamenti di quella autorevole Dottrina che, già da tempo, aveva ritenuto che per la concreta determinazione del *thema probandum*, occorresse fare riferimento ad un principio tacito, ma non per questo meno importante, in tema di prova: per l'appunto, il principio di non contestazione. Secondo la dottrina citata, si tratta di un principio «*di diuturna applicazione nelle controversie civili, di importanza essenziale per non rendere impossibile o comunque eccessivamente difficile l'onere probatorio delle parti ed in ispecie dell'attore, per evitare il compimento di attività inutili e quindi realizzare esigenze di semplificazione e di economia processuale*»⁴.

Ci si può interrogare sulla valenza del principio al cospetto delle affermazioni negative. Si pensi al seguente esempio: “Tizio non ha pagato il debito”. Non vi è alcuna ragione per escludere tali affermazioni di segno negativo dal fascio operativo dell'art. 115 c.p.c. In primo luogo, il fatto di segno negativo, come un Giano Bifronte, nasconde in genere una affermazione di segno positivo o, comunque, un fatto storico ben delineato che può essere nunciato in termini di allegazione positiva. Ad esempio, affermare che Tizio non ha pagato altro non è se non l'allegazione dell'inadempimento del debitore ovvero dire che Tizio è inadempiente. L'inadempimento, quale fatto specifico e positivo, dal preciso

³ V. PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena* (nota a Cass. civ., sez. III, 20 marzo 2006, n. 6092; Cass. civ., sez. lav., 6 febbraio 2006, n. 2468; Cass. civ., sez. lav., 30 gennaio 2006, n. 2035) in *Foro It.*, 2006, 11, 1, 3143

⁴ La dottrina citata è PROTO PISANI *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 158 ss.; v. anche *Lezioni di diritto processuale civile*, 4a ed., Napoli, 2002, 108 s

sostrato materiale positivo, ovviamente benissimo entra nelle maglie della non contestazione⁵.

Dubbi invece possono manifestarsi in ordine alle affermazioni di segno negativo, strettamente legate alla persona del dichiarante. Ad es.: *“dall’incidente in poi, non vado più a giocare a calcio”*. Come si vedrà, in questi casi non viene in gioco la non operatività del principio di non contestazione, ma il suo bilanciamento con il pur vigente principio di prossimità del fatto che affievolisce, per come si andrà a dire, la specificità della contestazione.

In giurisprudenza di merito, v. Trib. Varese, sez. I civ., sentenza 3 gennaio 2011.

(...) il contratto di locazione è stato regolarmente registrato previa sottoscrizione ad hoc in data 4 aprile 2007. La convenuta denuncia l’omesso pagamento, da parte della attrice, della somma di Euro 2.000,00 quali canoni impagati per i mesi di giugno, luglio, agosto, settembre e ottobre del 2007 (Euro 400,00 mensili). L’attrice ha ammesso di non avere corrisposto i canoni avendo dichiarato di non averli versati per inidoneità dei locali condotti in locazione (v. anche comparsa conclusionale, pag. 5). Il fatto della inidoneità dei locali è rimasto del tutto sfornito di prova e, dunque, il fatto impeditivo dell’altrui diritto difetta di prova e va rigettato. Quanto al diritto azionato dalla convenuta, esso deve ritenersi provato per quanto sin qui osservato, mancando una contestazione della parte vicina al fatto. L’allegazione del fatto da parte dell’attore (anche se in riconvenzionale), infatti, fa sorgere in capo al convenuto un onere di contestazione. L’esigenza di provare il fatto allegato dall’attore insorge, allora, solo se il fatto sia contestato: se tanto non avviene, l’esigenza probatoria non sorge, non essendovi bisogno di provare il fatto non contestato (...) cfr. Cass. civ., sez. III, sent. 10 novembre 2010 n. 22837. E’ vero però che nel caso di specie, la affermazione da contestare ha contenuto negativo. Ci si può, allora, interrogare sulla valenza del principio al cospetto delle affermazioni negative (come nel caso di specie: *“la conduttrice non ha pagato il canone”*). Non vi è alcuna ragione per escludere tali affermazioni di segno negativo dal fascio operativo dell’onere di contestazione. In primo luogo, il fatto di segno negativo, come un *Giano Bifronte*, nasconde in genere una affermazione di segno positivo o, comunque, un fatto storico ben delineato che può essere nunciato in termini di allegazione positiva. Ad esempio, nel caso di specie, affermare che la conduttrice non ha pagato il canone altro non è se non l’allegazione dell’inadempimento del debitore ovvero dire che il conduttore è inadempiente. L’inadempimento, quale fatto specifico e positivo, dal preciso sostrato materiale positivo, ovviamente benissimo entra nelle maglie della non contestazione. In tal senso, negli scritti di Dottrina più recenti, gli Autori sostengono che *“anche l’allegazione negativa debba nondimeno essere ritenuta, a pieno titolo, un’allegazione, perfettamente idonea, come tale, a far ritenere il fatto legittimamente entrato nel processo”*.

La tesi della ammissibilità dell’onere di contestazione anche in presenza di affermazioni negative, sub specie in particolare di inadempimento, trova conferma nella sentenza Cass. civ., sez. Lav., n. 15326 del 30 giugno 2009. Nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto, in una controversia relativa all’erogazione dell’indennità di disoccupazione, che la mancata contestazione da parte dell’INPS del fatto storico dell’omessa corresponsione delle retribuzioni, rendesse detta circostanza incontrovertibile e non bisognevole di ulteriore prova da parte del ricorrente.

⁵ FORNACIARI (opera cit.) sostiene che *“anche l’allegazione negativa debba nondimeno essere ritenuta, a pieno titolo, un’allegazione, perfettamente idonea, come tale, a far ritenere il fatto legittimamente entrato nel processo”*.

[2]. Il Legislatore ha scelto una precisa collocazione topografica del principio. Avrebbe, infatti, potuto inserirlo nel primo comma dell'art. 115 ovvero nel secondo.

La collocazione, nell'una o nell'altra volta, determina conseguenze rilevanti in punto di regime giuridico applicabile e, in specie, quanto al potere discrezionale del giudice al cospetto del fatto non contestato (o contestato genericamente).

115 Comma I	115 Comma II
Il giudice DEVE porre a fondamento della decisione	Il giudice PUÒ porre a fondamento della decisione

Ciò vuol dire che i fatti non contestati “DEVONO” essere posti a fondamento della decisione senza che residui discrezionalità per il giudicante, cosa che è consentita solo nel secondo comma dell'art. 115 c.p.c. La realtà è che la collocazione topografica depone nel senso di dovere ritenere “provati” i fatti non contestati e, cioè, farli confluire nel concetto di “prova” che è menzionato nel comma I dell'articolo in esame⁶.

FATTO NON CONTESTATO = FATTO PROVATO

Dalla qualificazione del fatto non contestato come fatto provato (alcuni specificano: perché pacifico⁷) deriva la “irreversibilità della originaria non contestazione, non in forza di una decadenza che non è scritta nella legge, ma in via di interpretazione sistematica (VALLEBONA cit. in nota).

Giova, dunque, rilevare che il giudice che non porrà a fondamento della decisione un fatto non contestato incorrerà in *error in procedendo* per violazione dell'art. 115, comma I, c.p.c. E' quanto già affermava la Suprema Corte prima della legge 69/09 (v. Cassazione civile, sez. III, 05 marzo 2009, n. 5356): “*l'art. 167 c.p.c., imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi del diritto preteso dalla controparte, considera la non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e dovrà, perciò, ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti*”.

⁶ Per alcuni, la non contestazione è da equiparare alla ammissione implicita

⁷ VALLEBONA, *L'onere di contestazione nel processo del lavoro* in www.judicium.it

Ancora più esplicitamente: il “*fatto non contestato non ha bisogno di prova perché le parti ne hanno disposto, vincolando il Giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza*”⁸.

Sono, dunque, senz’altro corrette le osservazioni di chi, già in passato, ha esaminato l’istituto pervenendo alla conclusione per cui «la non contestazione è diretta all’attribuzione di efficacia probatoria a fatti non investiti dalla fase dell’accertamento probatorio; accertamento probatorio che, proprio in virtù dell’intervenuta non contestazione, si rivela superfluo»⁹.

Il fatto non contestato, pertanto, acquista l’efficacia tipica della circostanza ammessa dalla controparte e, pertanto, la non contestazione si rivela indubbiamente come riferita alla determinazione del *thema probandum* (a monte) e non anche della prova (a valle).

In tal senso, dunque, in modo del tutto corretto: SILVIA GIANI, *La non contestazione nel processo civile tra definizione del thema decidendum e del thema probandum* in *www.ilcaso.it*, II, 2010, 217

La non contestazione è mero strumento di economia processuale, che determina una *relevatio ab onere probandi*, consentendo di risolvere la questione da decidere senza necessità di ricorrere all’istruzione probatoria sui fatti non specificamente contestati. La non contestazione è una semplice *relevatio ab onere probandi*, con cui il fatto non specificamente contestato è espunto dal novero dei fatti bisognosi di prova.

Semplicemente, dunque, in caso di omessa contestazione (che sia silenzio o contestazione generica), il giudice non dovrà assumere prove.

Ma il fatto non contestato (e perciò provato) è superabile da prove di senso contrario? La risposta è senz’altro affermativa. E, infatti, una delle regole che governa il terreno processuale è quella della cd. superabilità del fatto non contestato, nel senso che la non contestazione consegna al giudice una prova la quale, tuttavia, va sempre valutata assieme a tutte le altre prove e da queste ben può essere smentita o affievolita nella valenza probatoria. Si pensi a questo esempio. L’attore afferma che Tizio è stato colpito da Caio con un bastone alla gamba destra. Caio, convenuto, non contesta. E’ fatto provato che caio colpì alla gamba destra con un bastone Tizio. Viene disposta consulenza tecnica d’ufficio, di tipo medico-legale, per l’accertamento del danno alla salute. Occasionalmente il CTU riferisce che Tizio ha una lesione alla gamba sinistra e non destra e che tale lesione è incompatibile con un colpo di bastone, trattandosi di strappo dell’epidermide riconducibile ad arma da taglio.

Il giudice, bilanciando le prove, potrà ben ritenere che il fatto pur essere non contestato, risulta smentito da altri elementi della piattaforma probatoria.

[3]. La *ratio* del principio di non contestazione, tenuto conto dell’architettura generale della legge 69/2009, va ricercata nelle superiori esigenze di semplificazione del processo e

⁸ Cassazione civile, sez. III, 21 maggio 2008, n. 13078

⁹ Sicuramente da leggere integralmente: C. M. CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile in Giusto processo civile*, 2006, fasc. 2, 173 ss.

di economia processuale, o anche, se si vuole, nella responsabilità o autoresponsabilità delle parti nell'allegazione dei fatti di causa¹⁰. Non si tratta, pertanto, di una sanzione¹¹. Non deve ignorarsi, però, che la Cassazione più recente non ha esitato a ritenerlo protetto da rilievo costituzionale, quale strumento per garantire un "giusto processo". In particolare, Cass. civ. 24 gennaio 2007 n. 1540 (sez. tributaria) ha affermato che il c.d. "principio di non contestazione" - da intendersi correttamente come onere di contestazione tempestiva, col relativo corollario della non necessità di prova riguardo ai fatti non tempestivamente contestati, e, a fortiori, non contestati tout court - è invocabile anche nel processo tributario, sia perché questo, essendo strutturato sulla falsariga del processo civile, ha natura dispositiva come quello ed è anch'esso caratterizzato da un sistema di preclusioni, sia per la incidenza del principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost. "Questo non può essere inteso soltanto come monito acceleratorio rivolto al giudice in quanto soggetto del processo, ma soprattutto al legislatore ordinario ed allo stesso giudice in quanto interprete della norma processuale - dovendo ritenersi che una lettura costituzionalmente orientata delle norme sul processo non possa mai prescindere dal principio in esame -, nonché alle parti, che, specie nei processi dispositivi, *devono responsabilmente collaborare alla ragionevole durata del processo, dando attuazione, per quanto in loro potere, al principio di economia processuale e perciò immediatamente delimitando, ove possibile, la materia realmente controversa.*

[4]. La riforma, comunque, recepisce il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui la mancata contestazione di un fatto allegato dalla controparte comporta la sua ammissione, principio anche di recente difeso dalla Suprema Corte (cfr. Cassazione Sezione Prima Civile n. 5191 del 27 febbraio 2008, Pres. Luccioli, Rel. De Chiara) e dalla giurisprudenza di merito. In proposito - acclarato che la non contestazione vale come comportamento processualmente rilevante se riferito a fatti e non all'applicazione di regole giuridiche - la sentenza delle Sezioni Unite n. 761 del 2002¹² facendo leva sull'onere del convenuto - previsto dall'art. 416 c.p.c., per il rito del lavoro, e dall'art. 167, primo comma, c.p.c. (come novellato dalla legge 26 novembre 1990, n. 353), per il rito ordinario - di prendere posizione, nell'atto di costituzione, sui fatti allegati dall'attore a fondamento della domanda, ha affermato che il difetto di contestazione di quei fatti ne implica l'ammissione in giudizio se si tratta di fatti c.d. principali, ossia costitutivi del diritto azionato.

E' opportuno evidenziare che a questa sistematica della materia - germinata dall'esame del rito nel processo del lavoro - sono seguiti ulteriori sviluppi, con l'affermazione del più ampio principio secondo cui "l'onere di contestazione tempestiva non è desumibile solo dagli artt. 167 e 416 c.p.c., ma deriva da tutto il sistema processuale, come risulta:

a) dal carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena;

¹⁰ così già CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995., 262 ss.; della stessa idea PROTO PISANI

¹¹ VALLEBONA, *L'onere di contestazione nel processo del lavoro* in www.judicium.it

¹² CREA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite (nota a Cass., sez. un., 23 gennaio 2002 n. 761)* in *Foro It.*, 2002, I, 2017

b) dal sistema di preclusione, che comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa;

c) dai principi di lealtà e probità posti a carico delle parti;

d) infine, soprattutto, dal generale principio di economia che deve informare il processo, avuto riguardo al novellato art. 111 Cost..

Conseguentemente, ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio, senza che rilevi la natura di tale fatto (Cass. 12636/2005, preceduta da Cass. 3245/2003, riferita al solo processo del lavoro, e seguita da Cass. 1540/2007, che ha esteso il principio al processo tributario).

Alla descritta evoluzione della giurisprudenza di Cassazione, il Legislatore ha reputato di dover dare continuità, confermando, quindi, la sussistenza di un onere, per la parte costituita, di contestare tempestivamente i fatti allegati dalla parte avversaria, che altrimenti è esonerata dal fornirne la prova. L'orientamento recepito nell'art. 115 c.p.c. era stato, invero, respinto sia da una parte della giurisprudenza che da una parte della dottrina: quanto alla giurisprudenza, però, i precedenti in distonia, si limitano a "confermare acriticamente il precedente orientamento (v. Cass. 2959/2002, 13830/2004, 5488/2006)", come rileva Cass. Civ. 5191/2008, già cit.

Nel ventaglio dei fatti introdotti nel giudizio, dovrà dunque effettuarsi un distinguo: andranno a confluire nel *thema probandum* solo i fatti «*beweisbedürftige*» ovvero, secondo la dizione tedesca, quelli "bisognosi di prova": tali non sono i fatti non contestati che, in quanto ammessi, sono pacifici.

Di recente, esattamente in questi termini si è pronunciata: *Cass. civ., sez. III, sent. 10 novembre 2010 n. 22837 (Pres. Morelli, rel. Amatucci)*

MASSIMA - L'allegazione del fatto da parte dell'attore fa sorgere in capo al convenuto un onere di contestazione. L'esigenza di provare il fatto allegato dall'attore insorge, infatti, solo se il fatto sia contestato: se tanto non avviene, l'esigenza probatoria non sorge, non essendovi bisogno di provare il fatto contestato. Va anche precisato che la contestazione deve essere tempestiva (*Nel caso di specie, la contestazione è estesa ai fatti implicitamente affermati dall'attore mediante l'allegazione di fatti espliciti che presuppongono quelli impliciti: in particolare, la sussistenza delle condizioni che legittimano l'accesso all'interruzione della gravidanza*)

Di pari tenuto, la sentenza Cass. civ., sez. lavoro, n. 23142 del 2 novembre 2009 (Pres.: D'Agostino, est. Coletti):

Premesso che nella giurisprudenza di questa Corte si è da tempo affermato il principio che non è necessaria l'ulteriore prova dei fatti allegati da una parte a sostegno di una domanda, di una eccezione o di una difesa, che non siano stati adeguatamente e tempestivamente contestati dalla controparte, secondo le regole della scansione delle attività difensive dettate per i vari modelli processuali disciplinati dal codice di rito (cfr. Cass. S.U. n. 761/2002; Cass. 11107/2007, 12231/2007, 27596/2008) -, deve in

particolare precisarsi che il principio di non contestazione è applicabile anche nella specie, sia perché ne è stata rilevata dalla giurisprudenza una valenza generale nel processo (cfr. Cass. n. 12636/2005), sia, più specificamente, perché ragioni analoghe a quelle alla base dell'onere di contestazione operante nella fase introduttiva del giudizio di primo grado sono rilevanti anche nella fase introduttiva del giudizio di appello.

[5]. Il difetto di contestazione implica l'ammissione dei fatti dedotti in giudizio e produce un triplice effetto: un effetto per chi doveva contestare (e non l'ha fatto), un effetto per il deducente (colui che allega il fatto non contestato), un effetto per il giudice.

Per il contestatore: il principio comporta che i fatti allegati dalla parte avversaria, qualora non siano contestati, debbono essere considerati incontrovertibili e non richiedenti una specifica dimostrazione (si v. Cass. civ., sez. 2, sentenza n. 27596 del 20 novembre 2008, ove la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva respinto la domanda di accertamento dell'esistenza di una servitù di passaggio sul rilievo che gli attori non avevano allegato alcun fatto costitutivo del diritto stesso, senza tenere in adeguata considerazione che l'esistenza del diritto non era stata contestata dai convenuti e che l'unico oggetto del giudizio consisteva nello stabilirne l'estensione e le modalità di esercizio).

Per il deducente: questo sarà esonerato dall'onere della prova.

Per il giudice: avrà l'obbligo di ritenere il fatto provato senza svolgere istruttoria al riguardo. Alcuni commentatori reputano che, nonostante il disposto dell'art. 115, comma I, c.p.c., residui uno spazio di discrezionalità del Giudice nel valutare il fatto non in contestazione. L'opinione è da respingere. Come si scrisse già, a commento delle Sezioni Unite 761/02, la non contestazione (per la dottrina citata: una particolare ipotesi di ammissione implicita) «non è rimessa alla valutazione caso per caso del giudice circa la effettiva incompatibilità logica tra impostazione difensiva del convenuto e negazione del fatto, ma viene ricavata una volta per tutte direttamente dalla legge, intesa nel senso della automatica equiparazione tra omessa o generica contestazione e ammissione del fatto non contestato».

Un problema diverso può, tutt'al più, riguardare l'eventuale contrasto tra fatto non contestato ed altre prove legali acquisite alla piattaforma probatoria (ad es. un documento acquisito ex art. 210 c.p.c. che si ponga in contrasto con la prova emergente dalla non contestazione). Ma tale *impasse*, come si è già detto, non va risolto svilendo l'efficacia probatoria del fatto non contestato bensì mediante corretta applicazione dell'art. 116, comma I¹³, c.p.c. e, cioè, valutando con prudenza l'impianto di prove acquisite. Ciò può comportare che il giudice si convinca nell'attribuire maggiore peso probatorio ad una prova piuttosto che ad un'altra (dovendo, però, motivare sul punto).

[6]. Quale è l'ultimo momento utile per contestare i fatti avversi? Parte della dottrina afferma essere le memorie di replica ex art. 183, comma VI, n. 2¹⁴, ove si chiude il sipario sul panorama probatorio. La giurisprudenza, tuttavia, ha puntualizzato che l'onere di contestazione deve essere assolto nella prima difesa utile (Cass. civ. 27 febbraio 2008 n. 5191; Cass. civ. 21 maggio 2008 n. 13079). L'orientamento più recente della Cassazione

¹³ Come correttamente rileva, in dottrina, F. DANOVÌ

¹⁴ ALPA, MARICONDA, *Codice civile commentato*, 2009, IV, 98

si fonda sul dettato legislativo che indica in quali atti il convenuto deve prendere posizione sulle deduzioni dell'attore. Si tratta, innanzitutto, della comparsa di risposta ex art. 167 c.p.c.: “nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda”.

Deve, allora, ritenersi che il principio introdotto (*rectius*: riconosciuto) nell'art. 115 c.p.c. debba essere coordinato con le regole già esistenti e, dunque, l'onere di contestazione vada adempiuto con la prima difesa utile.

Va ricordato, comunque, che la questione (con riferimento al rito del lavoro) è stata risolta nella motivazione della sentenza Sez. Un. 761 del 23 gennaio 2002 che ha particolarmente approfondito la questione esponendo le argomentazioni fondamentali sulle quali si è basata, poi, la nuova giurisprudenza.

In detta decisione infatti si legge: “...Il menzionato difetto di contestazione...omissis... A) se concerne fatti costitutivi del diritto, si coordina al potere di allegazione dei medesimi e partecipa della sua natura, sicchè simmetricamente soggiace agli stessi limiti apprestati per tale potere; in altre parole, considerato che l'identificazione del tema decisionale dipende in pari misura dall'allegazione e dall'estensione delle relative contestazioni, risulterebbe intrinsecamente contraddittorio ritenere che un sistema di preclusioni in ordine alla modificabilità di un tema siffatto operi poi diversamente rispetto all'uno o all'altro dei fattori della detta identificazione”.

La dottrina¹⁵, peraltro, ha osservato che «la contestazione tardiva (vale a dire la contestazione successiva ad un fatto originariamente incontestato), in quanto comportamento che può provenire esclusivamente dalla parte (che inizialmente non aveva contestato), può essere assimilata all'eccezione in senso stretto»: conseguentemente, in considerazione di quanto previsto dagli art.345, 2° comma, e 437, 2° comma, c.p.c., la contestazione successiva di fatti rimasti incontestati nel giudizio di primo grado deve ritenersi inammissibile in appello, sia nel processo del lavoro che nel rito ordinario (salva la rimessione, oggi ex art. 153 c.p.c.).

In realtà, sotto altro punto di vista, il problema della contestazione cd. tardiva riguarda la cd. revocabilità della non contestazione. Chi medita sull'ammissibilità di una tale opzione, subito evidenzia che, tal caso, la parte onerata della prova è l'avversario dell'autore della revoca (contestazione tardiva), “per cui è ovvio che egli, che fino ad allora aveva confidato nell'altrui non contestazione, debba a questo punto essere posto in grado di reagire con pienezza di poteri al mutato atteggiamento dalla controparte”.

In Dottrina (FORNACIARI) si propone, comunque, sul tema in generale:

una soluzione semplice e chiara configurando l'ammissione quale allegazione conforme a quella della controparte e dunque la contestazione quale allegazione difforme. In tal caso, ne discenderebbe che la contestazione incontra lo stesso limite temporale di qualunque altra allegazione e che, superato tale limite, e perfezionatasi dunque la non contestazione, la revoca di questa (la contestazione tardiva) sia possibile solo in presenza dei presupposti per la rimessione in termini e previa richiesta in tal senso.

L'opinione, per tutto quanto sin qui esposto, è senz'altro condivisibile: la non contestazione, disegnando il *thema probandum*, è sottoposta agli stessi limite temporali delle allegazioni e la contestazione cd. tardiva può essere ammessa solo ricorrendo allo strumento della rimessione in termini, ex art. 153 c.p.c.

¹⁵ CEA, *Commento della sentenza SS.UU. 761/2002* in *Foro it.*, 2002, I, 2017 ss., 2026

In altri termini, “esaurita la fase dell’ammissione delle prove, la non contestazione diventa tendenzialmente irreversibile” (GIANI, *opera cit.*).

Ciò però non risolve il problema del contumace che si costituisca tardivamente: secondo alcuni (Fornaciari), per questi opererebbero, allora, le stesse preclusioni maturate per le allegazioni; secondo altri (Menchini), invece, questi ben potrebbe comunque contestare.

Stessa diatriba per il giudizio di appello: l’opinione che regala coerenza sistematica e funzionalità all’istituto è quella che sottopone le “nuove” contestazioni al regime ex art. 345 c.p.c., ma è opinione avversata da altra contraria che, invece, reputa potersi dare ingresso alle nuove contestazioni nel giudizio di secondo grado.

Sul punto, invero, si registra (almeno implicitamente) una recente presa di posizione della Suprema Corte. Nella decisione Cass. Civ., Sez. II, sent. 1 dicembre 2010, n. 24381 (Pres. Rovelli, rel. Migliucci), la Corte ha, di fatto, ritenuto tardiva la contestazione non svolta in primo grado e svolta solo in appello, dovendosi la stessa tacciare di inammissibilità in virtù delle preclusioni ex art. 345 c.p.c. Nel caso di specie, in primo grado era “mancata contestazione della congruità degli importi rispetto all’entità delle prestazioni effettuate”. Sollevata tale contestazione in appello, la Corte l’aveva ritenuta tardiva. La Cassazione conferma la statuizione.

Mancata Contestazione – Contestazione in Appello – Tardività – Sussiste – Inammissibilità ex art. 345 c.p.c. Sussiste

Cass. Civ., Sez. II, sent. 1 dicembre 2010, n. 24381 (Pres. Rovelli, rel. Migliucci)

E' tardiva la contestazione non svolta in primo grado e svolta solo in appello, dovendosi la stessa tacciare di inammissibilità in virtù delle preclusioni ex art. 345 c.p.c. (*Nel caso di specie, veniva in rilievo la “mancata contestazione della congruità degli importi rispetto all’entità delle prestazioni effettuate”*)

[7]. La non contestazione va considerata come comportamento processualmente rilevante se riferito a fatti e non all’applicazione di regole giuridiche: le questioni di diritto sono estranee all’applicazione dell’art. 115 c.p.c.

Fermo restando, poi, il comune presupposto della rilevanza limitata ai casi di non contestazione di fatti, occorre nondimeno osservare come secondo la giurisprudenza sinora formatasi le conseguenze variano in relazione al tipo dei fatti di cui trattasi, come suggerirebbe il testuale tenore delle norme, ex artt. 115, 167 e 416 c.p.c., istitutive dell’onere suddetto, lette alla luce di rilievi sistematici sulla struttura del processo in cui esse si inseriscono.

Si afferma, dunque, che il difetto di contestazione implica l’ammissione dei fatti dedotti in giudizio se si tratta di fatti c.d. principali, ossia costitutivi del diritto azionato: per i fatti c.d. secondari, ossia dedotti in esclusiva funzione probatoria, la non contestazione costituirebbe, invece, argomento di prova ai sensi dell’art. 116, secondo comma, c.p.c.

Occorrerebbe, allora, distinguere i fatti costitutivi del diritto, dalle circostanze dedotte al solo fine di dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi: posta tale distinzione, la giurisprudenza richiamata conclude che nei «fatti posti dall'attore a fondamento della domanda», dei quali appunto è menzione nelle dette norme, è palesemente riconoscibile il connotato della prima categoria di fatti, potendosi della funzione fondante rispetto alla pretesa accreditare esclusivamente i fatti giuridici costitutivi della medesima. Per i **fatti secondari**, il difetto di contestazione potrà essere utile al giudice come argomento di prova ex art. 116, secondo comma cod. proc. civ. (Cassazione civile, sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761).

Può ritenersi che la riforma abbia esteso il principio di non contestazione anche ai fatti secondari? La risposta è affermativa. La riforma recepisce quelli che erano i suggerimenti della migliore dottrina. Questa affermava che la distinzione tra valore della non contestazione dei fatti principali e valore della non contestazione dei fatti secondari non reggesse poiché la non contestazione «opera allo stesso modo sia riguardo ai fatti principali che riguardo ai fatti secondari»¹⁶ (v. al riguardo, comunque, Cass. 17 aprile 2002, n. 5526, Foro it., 2002, I, 2017). La stessa giurisprudenza successiva alle SSUU del 2002 aveva di fatto superato la distinzione: v. per tutte Cass., 13 giugno 2005, n. 12636, in Foro it., 2006, I, 1492.

La non contestazione si può estendere pure ai fatti-evento di danno?

Es. il fatto di avere subito un danno patrimoniale di tot Euro.

Anche in questo caso, la risposta deve essere affermativa. Un esempio chiaro di applicazione dell'onere di contestazione a questo caso, si rintraccia nella giurisprudenza di merito che segue.

TRIB. PIACENZA, SEZ. CIVILE, SENTENZA 4 GIUGNO 2009

EST. GIANLUIGI MORLINI

in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, 12, 2948 e ss.

d1) Quanto poi al danno patrimoniale del G., certamente dovuta è la somma di € 7.856,7 per i danni subiti dall'autovettura, atteso che detta somma è stata con precisione dettagliata a pagina 3 dell'atto di citazione e non è stata oggetto di contestazione ad opera delle controparti.

Invero, l'onere di contestazione deve ritenersi un principio generale che informa il sistema processuale civile, poggiando le proprie basi non solo su specifiche norme, ma soprattutto sul carattere dispositivo del processo, comportante una struttura dialettica a catena; sulla generale organizzazione delle preclusioni; sul dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c.; infine, sul generale principio di economia processuale ricavabile dall'art. 111 Cost. Ovviamente, per essere rilevante, la non contestazione deve riguardare fatti storici, non già la ricostruzione giuridica degli stessi o l'applicazione di norme giuridiche, che spettano sempre al Giudice.

Questo è infatti il condivisibile approdo cui ormai da anni è giunta la giurisprudenza di legittimità, che ha ritenuto come, in ragione del generale principio di non contestazione da ritenersi vigente nell'ordinamento processualcivile, debba ritenersi provato un fatto dedotto da una parte e non

¹⁶ Il già più volte citato PROTO PISANI il quale rievoca, anche, CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, 16 ss.

contestato dalle controparti: Cass. Sez. Un. n. 761/2002, Cass. Sez. Un. n. 11353/2004, Cass. n. 23638/2007, Cass. n. 5356/2009.

[8]. Quale contenuto deve avere la contestazione per impedire l'ammissione dei fatti?

La disposizione è chiara: determinano un vicolo per il giudice "i fatti non specificatamente contestati". Ciò vuol dire che la contestazione generica equivale a difetto di contestazione. La contestazione, per essere efficace, deve essere "specifica". Ecco, allora, un elenco di formule che sono oggi da considerare contestazioni generiche e, perciò, producono gli effetti di cui all'art. 115, comma I, c.p.c.

CONTESTAZIONI GENERICHE

(EQUIVALENTI A DIFETTO DI CONTESTAZIONE)

La parte impugna e contesta quanto ex adverso dedotto

Le deduzioni avverse sono sformite di prova

Quanto dedotto da parte avversa è falso e non corrisponde a verità

Si contesta sotto ogni aspetto quando dedotto da parte avversa

La domanda è inammissibile, improcedibile, improponibile e, comunque, infondata in fatto e diritto

Conferma di quanto sin qui esposto si ricava dalla recentissima Cass. civ. 5356/2009:

«l'assunto di aver "...impugnato e contestato la domanda formulata dalla controparte perchè infondata in fatto ed in diritto" riguarda una affermazione difensiva assolutamente generica»

E', al contrario, specifica una contestazione che contrasta il fatto avverso con un altro fatto diverso o logicamente incompatibile oppure con una difesa che appare seria per la puntualità dei riferimenti richiamati. Questo significa, in sostanza, che la parte contestante non potrà mai limitarsi ad affermare puramente e semplicemente che il fatto non è vero, ma dovrà dettagliare tale negazione¹⁷.

¹⁷ FORNACIARI, *opera cit.*

La giurisprudenza di merito si pronuncia in conformità: Tribunale di Catanzaro, sez. II civile, ordinanza 29 settembre 2009 (est. Luca Nania): *“Una contestazione per essere specifica deve contrastare il fatto avverso con un altro fatto diverso o logicamente incompatibile oppure con una difesa che appare seria per la puntualità dei riferimenti richiamati”*.

L'applicazione in concreto dell'istituto, nella pronuncia sopraccitata, è sicuramente un esempio di perfetto utilizzo del principio, ove si fondono in modo ottimale onere di allegazione, onere di deduzione ed onere di contestazione.

Secondo il giudicante, devono ritenersi del tutto generiche le contestazioni della banca convenuta, che “si limita a contestare alla ricorrente la mancata prova: 1) che il numero di fax cui è stata spedito l'ordine di pagamento fosse effettivamente quello dell'ufficio cassa cambiali del Banco ...; 2) della natura del contratto in forza del quale la Banca avesse l'obbligo di pagare la cambiale; 3) della capienza del conto corrente della Z al momento dell'ordine di pagamento”. La genericità, secondo il Giudice, è evidente “posto che sarebbe stato onere dell'istituto di credito: 1) indicare il reale numero di fax dell'ufficio cambiali; 2) indicare la natura il contratto o i contratti che legano il Banco alla Z; 3) indicare l'effettiva somma esistente sul conto corrente della Z al momento del pagamento”. È bene precisare, aggiunge il giudicante, “che il principio della contestazione specifica non implica inversione dell'onere della prova. L'onere di cui all'art. 115 c.p.c. non è onere probatorio, ma onere di allegazione: la parte non può limitarsi a negare i fatti affermati dalla controparte, ma deve contrastarli indicando altri ed ulteriori fatti positivi che siano con essi incompatibili. Se manca tale indicazione, la contestazione è generica, e pertanto il fatto genericamente contestato non ha necessità di prova. Altrimenti detto, la contestazione specifica ha il compito di delimitare il thema probandum: solo con una contestazione specifica il fatto oggetto di contestazione assurge a fatto oggetto di prova, ed ovviamente le conseguenze di una eventuale mancata prova vengono ripartite secondo il criterio generale di cui all'art. 2697 c.c. Se, al contrario, siffatta contestazione non viene posta in essere, il fatto non contestato (o contestato genericamente) non ha bisogno di essere provato. Tale principio, aggiunge il Tribunale, va coordinato con il principio di vicinanza della prova: cioè, la specificità della contestazione varierà a seconda della vicinanza del contestatore al fatto da contestare.

Anche altre pronunce di merito valorizzano la “fattualità” della contestazione per essere specifica.

Trib. Lamezia Terme, sez. civile, ordinanza 18 marzo 2010, est. G. Ianni).

Massima - E' una contestazione specifica, sia in ordine all'an che in ordine al quantum debeat, quella con cui una parte chieda l'integrale rigettato dell'avversa domanda, lamentando che i danni sofferti dalla controparte non si sarebbero verificati ove la stessa avesse tenuto un comportamento diligente, denunciando immediatamente i vizi scoperti ed in via subordinata invochi una riduzione rispetto all'ammontare richiesto in quanto non corrispondente all'entità del pregiudizio sofferto.

Un altro ventaglio di esempi, in termini generici, può essere chiarificatore.

(ATTORE: CAIO; CONVENUTO: TIZIO)

Attore: Tizio ha colpito Caio al volto e gli ha provocato la rottura del setto nasale

Contestazione: Ipotesi 1 – Convenuto: *Si impugna e contesta quanto dedotto da Caio*

Contestazione: Ipotesi 2 – Convenuto: *Tizio non ha colpito al volto Caio ma all'addome, per cui la rottura dei denti non è stata causata dal convenuto*

Contestazione: Ipotesi 3 – Convenuto: *Tizio non ha colpito Caio che è stato colpito da Sempronio.*

Contestazione: Ipotesi 4 – Convenuto: *NEGO di aver colpito Caio al volto e di avergli provocato la rottura del setto nasale* (firm. Caio)

Contestazione: Ipotesi 5 – Convenuto: *Nel giorno in cui Caio assume di essere stato colpito al volto, mi trovavo in Francia*

La contestazione n. 1 è generica. Le contestazioni ai numeri 2 e 3 sono specifiche.

Deve precisarsi che il principio di non contestazione deve necessariamente essere coordinato con il principio di **vicinanza della prova**: e, cioè, la specificità della contestazione varierà a seconda della prossimità del *contestatore* al fatto. Non è, infatti, sempre possibile contestare in modo dettagliato e specifico: si pensi ai casi in cui il fatto accade sol perché narrato dall'attore, là dove il convenuto – in passato – negava la verità del fatto e si affidava all'onere della prova gravante sull'avversario. Si pensi al caso in cui un soggetto assuma di essere caduto, in un determinato giorno, di una determinata ora, presso una insidia del manto stradale. Come può l'ente convenuto contestare specificamente la dinamica dell'accaduto? E' chiaro che in casi del genere il giudice dovrà alleggerire il peso dell'onere di contestazione.

FORNACIARI: ecco qual è, più propriamente, la rilevanza della conoscenza o meno dei fatti: in questione non è la latitudine dell'onere di contestazione, che investe senz'altro la totalità dei fatti medesimi, bensì il suo grado di specificità, che varia appunto in ragione della conoscenza o meno che la parte ne abbia.

Va, in tal senso, recepito quanto già sostiene la giurisprudenza nel rito lavoro, posto che, allo stato, la non contestazione è principio comune ai due riti.

Quanto alla ipotesi n. 4 di contestazione, una *querelle*, in argomento, ha investito in passato l'efficacia – ai fini dell'assolvimento dell'onere di contestazione – della mera negazione del fatto. Si è sostenuto, infatti, che i requisiti di precisione e non genericità prescritti dalla legge non escludono la sufficienza della “mera secca negazione del fatto”, da qualificare come modo estremamente preciso di prendere posizione. L'opinione non può essere condivisa. Come ha scritto la dottrina, al riguardo, aderendo alla tesi suaccennata, la rilevanza pratica dell'onere di non contestazione «è destinata a scemare rapidamente, poiché i legali prudenti, nel difendere il convenuto, si adegueranno a quanto richiesto e provvederanno a negare esplicitamente i fatti affermati dal ricorrente che non intendono dare per pacifici» (VALLEBONA, 6). Ed, allora, una contestazione non può dirsi specifica ove si limiti a negare il fatto avverso.

Trib. Varese, sez. I civ.,
ordinanza 1 ottobre 2009
www.altalex.com

Il convenuto che costituendosi deduca l'intervenuto pagamento del debito pone in essere una contestazione da ritenersi "specifica" (agli effetti dell'art. 115 c.p.c.), avendo la parte allegato la *solutio*, che è fatto estintivo tipico dell'obbligazione pecuniaria

Q
uant
o
alla
ipote
si n.

5, ricorre una ipotesi di cd. contestazione implicita. Il fatto affermato da convenuto è incompatibile con il fatto affermato dall'attore. Una simile contestazione deve ritenersi non solo valida ma anche specifica, posto che sul piano dell'accertamento dei fatti allega una circostanza che, di fatto, smentisce la tesi attorea (se vera). Da qui la necessità dell'istruttoria.

Trib. Monza, sezione III civile, sentenza 29 settembre 2010 (Pres. Paluchowsky, est. Giani)

ONERE DI CONTESTAZIONE - CONTESTAZIONE IMPLICITA – MEDIANTE IL DISCONOSCIMENTO DEI FATTI ALLEGATI DALL'ALTRA PARTE SUSSISTE

Non vi è dubbio che la contestazione può essere effettuata anche implicitamente quando la difesa postuli il disconoscimento dei fatti allegati dall'altra parte.

[9]. Cassazione civile, sez. lavoro, sentenza 15.04.2009 n. 8933, in particolare, ribadisce che "negare il fatto avverso", *tout court*, equivale a contestazione generica ma ribadisce, anche, tali altri principi pur di grande importanza:

I) contestare sostenendo che la parte avversaria non ha provato i fatti dedotti ed allegati costituisce una contestazione meramente apparente, come tale equivalente alla "non contestazione":

II) in tanto può operare il principio di non contestazione in quanto le circostanze oggetto della contestazione siano «nella sfera di conoscenza e di disponibilità del contestatore»;

III) la contestazione generica, in presenza di fatti ritualmente allegati dalla controparte in modo preciso e puntuale, va equiparata alla mancanza di contestazione,

IV) per potersi assegnare alla contestazione un effettivo rilievo processuale devono, con essa, venire richiamate circostanze fattuali a tal fine pertinenti e significative,

V) l'adempimento da parte dell'attore dell'onere di individuare con precisione nel libello introduttivi i fatti allegati è necessario al fine di consentire un'efficace contestazione di essi da parte del convenuto,

VI) l'onere di contestazione va valutato tenendo conto anche della concreta possibilità del convenuto di avere conoscenza specifica dei fatti allegati.

[10]. E' opportuno precisare che i principi sin qui richiamati, non riguardano il **processo in contumacia**¹⁸: se il convenuto non si costituisce, i fatti affermati dall'attore

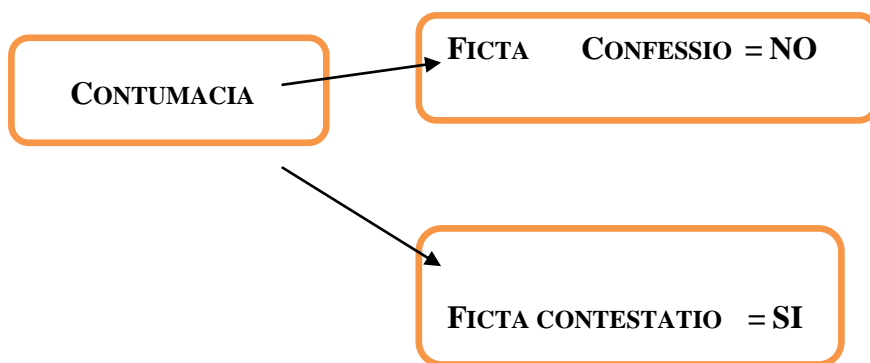
¹⁸ VIDIRI, *La contumacia ed il principio di non contestazione nel processo del lavoro* in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, 6, 494

non si reputano “non contestati”, poiché detta regola del processo contumaciale “è in contrasto con la tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito il valore di confessione implicita” (Corte Costituzionale, sentenza 12 ottobre 2007 n. 340¹⁹).

Ed, infatti, l’art. 115 c.p.c. fa riferimento alla “**parte costituita**”.

Autorevole dottrina, in tal senso, ha da data risalente affermato che il principio in questione non può mai trovare applicazione in caso di contumacia consistendo la stessa in «un comportamento equivoco e non concludente»²⁰.

La contumacia, quindi, non è ficta confessio ma ficta contestatio.



Ma cosa accade **in caso di litisconsorzio necessario** con un convenuto contumace? Si pensi al tipico caso dei sinistri stradali (ove, in genere, il proprietario del mezzo resta contumace).

A parere di chi scrive dovrebbe propendersi per l’applicazione dei medesimi teoremi che la Cassazione ha costruito per la confessione nel giudizio liticonsortile. Al riguardo, le S.U. (sentenza 5.5.2006, n. 10311), in ipotesi di litisconsorzio necessario hanno affermato che, ai sensi dell’art. 2733, c. 3, c.c., la confessione resa da alcuni soltanto dei litisconsorzi è liberamente apprezzata dal giudice, in relazione a tutti i litisconsorzi e non solo in relazione ai non confitenti. Hanno precisato, in particolare, che i rapporti non possono essere regolati diversamente tra le parti del giudizio essendo i fatti gli stessi.

La circostanza che uno solo dei litisconsorti ammetta il fatto, non contestandolo, non può, peraltro, rendere pacifico quel fatto in presenza di un convenuto contumace, poiché si frustrerebbero le sue ragioni ed il suo diritto di difesa che si esplica nella impossibilità di far conseguire dalla contumacia effetti pregiudizievoli.

Deve, dunque, propendersi per il mero argomento di prova ovvero per il fatto che può essere liberamente apprezzato dal giudice.

¹⁹ C. cost., 12 ottobre 2007, n. 340, in *Foro it.*, 2008, I, 721, con osservazione di VENTURA, e nota di A. BRIGUGLIO, *La Corte costituzionale e la «ficta confessio» nel processo societario*, e in *Riv. dir. proc.*, 2008, 519, con nota di SASSANI, AULETTA, *L’illegittimità costituzionale per «contrasto con la tradizione»: in morte di una (buona) «regola del processo»*.

²⁰ E’ l’opinione di VERDE

In questi termini si è espressa la giurisprudenza di merito (cfr. Tribunale di Varese, sezione Prima civile, sentenza 19 gennaio 2010, est. Stefano Sala): *in presenza di un unico fatto generatore della responsabilità, l'accertamento dello stesso non può condurre a risultati differenti a seconda che la statuizione produca effetto nei confronti di un litisconsorte ovvero di un altro. La struttura dell'azione diretta si fonda su di un medesimo accertamento che coinvolge tutti i tre soggetti implicati nel processo ed impone un accertamento unico ed uniforme, anche in ottemperanza al principio di non contraddizione. Pertanto, l'esistenza del rapporto di assicurazione e la responsabilità dell'assicurato non possono essere contemporaneamente affermate e negate. Una volta accertata o negata nel giudizio promosso dal danneggiato nei confronti dell'assicuratore, in contraddittorio con l'assicurato, la responsabilità è accertata o negata anche nei rapporti tra danneggiato e assicurato. Ne consegue che, operando il principio di non contestazione sull'accertamento dei fatti posti a fondamento della responsabilità, questo non può trovare applicazione nel giudizio litisconsortile ove uno dei litisconsorti sia contumace. In questa ipotesi, l'attore avrà l'onere di provare il fatto pur di fronte alla mancanza di contestazione da parte del convenuto costituito (sulla falsa riga di quanto già avviene per l'ipotesi della confessione, v. Sezioni Unite n. 10311/2006).*

Trib. Varese, sez. I civ.,
sentenza 19 gennaio 2010 (est. Sala)
www.dirittoegiustizia.it

in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 4, 858

Operando il principio di non contestazione sull'accertamento dei fatti posti a fondamento della responsabilità, questo non può trovare applicazione nel giudizio litisconsortile ove uno dei litisconsorti sia contumace. In questa ipotesi, l'attore avrà l'onere di provare il fatto pur di fronte alla mancanza di contestazione da parte del convenuto costituito (sulla falsa riga di quanto già avviene per l'ipotesi della confessione, v. Sezioni Unite n. 10311/2006)

Ma cosa accade **in caso di litisconsorzio facoltativo** con un convenuto contumace?

Per risolvere la questione giuridica in esame è opportuno ricordare che come i migliori studi di Dottrina insegnano, nel processo cd. cumulato (litisconsorzio facoltativo per connessione tra le cause) le singole cause restano autonome dal punto di vista processuale e ciò che varia è la possibilità di utilizzare una comune piattaforma probatoria, in virtù del principio di acquisizione e verso il fine di evitare un contrasto fra accertamenti di fatto. Ve ne è conferma in quella giurisprudenza di Cassazione che, proprio per il processo cumulato, non reputa applicabile l'art. 10, comma II, c.p.c. (Cass. civ., sez. III, sentenza n. 10081 del 12 ottobre 1998; Cass. civ., sez. II, sentenza n. 3149 del 20 novembre 1962).

Ve ne è ancora traccia nel principio *tot capita, tot sententiae*, in virtù del quale la sentenza del giudice nel processo cumulato è formalmente unica ma sostanzialmente plurima (Cass. civ. 22 gennaio 2004 n. 1103; Corte di Appello di Milano, sentenza 12 dicembre 2003 in *Gmil*, 2004, 381). Ed, infatti, le spese vanno liquidate in relazione a ciascuna di esse (Cass. civ. 12 giugno 2001).

Ennesima conferma si ha nei poteri discrezionali del giudice: potere discrezionale di autorizzare la chiamata del terzo (Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 23 febbraio 2010 n. 4309 in www.tribunale.varese.it/Massimario, 2010, III) e potere discrezionale di disporre la separazione dei processi (art. 102, comma II, c.p.c.).

Ecco perché la Cassazione giunge a tenere distinte anche le vicende processuali che sfiorano le distinte cause cumulate (Cass. civ., sez. III, sentenza n. 3740 del 5 maggio 1990) affermando che il litisconsorzio facoltativo dà luogo ad una *“pluralità di rapporti autonomi, anche con riguardo alle relative vicende processuali, nell'ambito dello stesso giudizio, sicché la nullità della citazione per la chiamata in causa del terzo, non rilevata in primo grado e da questi fatta valere in appello, determina la necessità di rimettere al primo giudice la sola causa di rivalsa e non l'intero giudizio, con la conseguente separazione delle distinte cause, ancorché unitariamente trattate e decise in primo grado”*.

In conclusione, dunque, in caso di pluralità di parti nello stesso processo può aversi che a detta pluralità corrisponda una pluralità di rapporti processuali (connessi per l'oggetto o per il titolo o per le ragioni di mera affinità, e non di necessità) o invece che ad essa faccia riscontro un unico inscindibile rapporto processuale. Nella seconda ipotesi (di litisconsorzio necessario), essendo il rapporto processuale sostanzialmente unico, non è suscettibile di trovare regolamentazione differenziata in ragione della unicità del procedimento. Nella prima ipotesi, invece (di litisconsorzio facoltativo), essendo i singoli rapporti processuali sostanzialmente autonomi anche nelle loro vicende e, come tali, scindibili, nulla impedisce che, nonostante la formale unicità del processo, possa aversi che le distinte domande giudiziali sono governate da regimi giuridici diversi, atteso che l'occasione della trattazione unitaria non ne cancella l'autonomia prima ontologica che strutturale.

Dovrebbe quindi concludersi nel senso di ritenere che, nel processo litisconsortile facoltativo, la non contestazione di uno dei convenuti può essere fatta valere verso lo stesso ai sensi dell'art. 115 c.p.c. Vi è, però, che sorgono indubbi problemi di ordine tecnico, quantomeno nei casi di connessione determinata dalla solidarietà in cui, cioè, la pluralità di convenuti si lega ad uno stesso fatto storico. In tali casi, in effetti, dovrebbe comunque prevalere l'esigenza di non contraddizione e, quindi, l'efficacia della non contestazione dovrebbe residuare per il processo cumulato con rapporti processuale aventi ad oggetto fatti storici diversi (es. rapporto di garanzia tra convenuto e terzo).

[11] Si è scritto, a commento del nuovo art. 115 c.p.c., che ad una prima lettura “la nuova norma sembra addossare l'onere di contestazione – e tutte le conseguenze che derivano dal suo mancato assolvimento – alla sola parte convenuta” (CORRADO).

L'assunto non può essere condiviso. La lettera della disposizione è chiara nel riferirsi, per precisa scelta, alla “PARTE COSTITUITA”, con ciò riferendosi non solo al convenuto ma anche all'attore, ancor più, ad esempio, laddove sia stata proposta domanda riconvenzionale. Si vuol dire che l'onere di contestazione è bilaterale.

“Il principio della parità di trattamento delle parti del processo impone di applicare la affermata equiparazione del fatto non contestato al fatto pacifico anche ai fatti fondanti le eccezioni del convenuto e che il ricorrente deve contestare alla prima udienza” (VALLEBONA).

Stesso dicasi per l'eventuale terzo chiamato in causa.

Al riguardo va precisato che l'intervento del terzo non trova alcuna preclusione nel difetto di contestazione delle altre parti: ove il fatto sia ad esso comune, questo, costituendosi, può contestare le circostanze fattuali che trova in giudizio, sottraendole dall'alveo dei fatti non contestati.

Si pensi, ad esempio, al garante che contesta l'*an* della responsabilità ove il garantito aveva contestato solo il *quantum debeatur*.

Va, in ultimo, precisato che la struttura dialettica a catena del processo civile fa sì che divengano non contestati anche i fatti la cui ammissione è compatibile con talune contestazioni della parte. Del pari la contestazione di un fatto si estende a quelli incompatibili con la stessa.

Ad esempio.

Se Tizio contesta di avere investito Caio, sostenendo che ad investirlo sia stato Sempronio, la contestazione si estende al *quantum*, anche se sul punto nulla è stato detto, poiché la contestazione del fatto a monte è incompatibile con l'ammissione del fatto a valle. Al contrario, se Tizio contesta il danno subito da Caio, sostenendo che questi non avesse le cinture, è chiaro che non viene in contestazione il fatto del sinistro, la cui ammissione è compatibile con il contestare le sole conseguenze dannose dell'illecito.

[12]. Un limite all'applicazione del principio di contestazione va, comunque, rinvenuto nelle procedure in cui vengono in rilievo diritti indisponibili della persona ovvero interessi per cui è posto a garanzia e controllo il giudice: tipico il caso dei procedimenti in materia di famiglia ove siano coinvolti minori. Il fatto che i genitori, ad esempio, lascino "pacifico" un fatto non impedisce al giudice di svolgere comunque istruttoria sullo stesso ove l'interesse superiore del minore lo richieda.

Il presupposto logico-giuridico dell'applicazione del principio di non contestazione è, dunque, rappresentato dai «*fatti disponibili*»

Aderendo, dunque, alla teorizzazione della migliore dottrina, deve ritenersi che il principio di non contestazione non trovi applicazione:

1) **nei processi relativi a diritti indisponibili**: in queste controversie le parti non possono, con il loro contegno processuale, vincolare in alcun modo la decisione del giudice.

2) **Per i contratti per cui è richiesta la forma scritta ad substantiam**: in tal caso, il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità prevale (ed eventualmente inibisce) l'efficacia vincolante della non contestazione (si pensi ai contratti della Pubblica Amministrazione).

3) **Nel processo contumaciale**: poiché la ficta confessio è incompatibile con il nostro sistema processuale (come disegnato dalla Costituzione).

Trib. Varese, sez. I civ., ordinanza 30 ottobre 2009 <i>www.giuffré.it</i>	Il principio di non contestazione non si applica nella contumacia del convenuto
Trib. Varese, sez. I civ., ordinanza 27 novembre 2009 <i>www.dirittoegiustizia.it</i>	Il principio di non contestazione non si applica ove la controversia abbia ad oggetto diritti indisponibili della persona (nel caso di specie, controversia avente ad oggetto disconoscimento della paternità)

Quanto ai diritti indisponibili, pur nel silenzio del Legislatore del 2009, deve ritenersi, in conformità all'opinione dottrinale del tutto prevalente, che in questi casi il principio di non contestazione non possa trovare applicazione. Un limite all'operatività del principio de quo va, cioè, rinvenuto nelle procedure in cui vengano in rilievo diritti indisponibili della persona e, dunque, interessi per cui è posto a garanzia e controllo il giudice: tipico il caso, ad esempio, dei procedimenti in materia di famiglia ove siano coinvolte situazioni giuridiche soggettive primarie dei minori. Nei casi de quibus, essendo coinvolto un diritto di cui non può disporsi, la non contestazione è inidonea a rendere provati i fatti non contestati anche per evitare che un accordo tacito o implicito delle parti possa addirittura determinare un mercanteggiare attorno a situazioni sottratte alla disponibilità.

La non contestazione, dunque, non trova applicazione ad esempio in caso di azione ex art. 244 c.c.

Vi è da dire, però, che il fatto non contestato, in queste ipotesi, può valere come argomento da valutare ex art. 116 c.p.c. comma II.

Trib. Monza, sezione III civile, sentenza 29 settembre 2010 (Pres. Paluchowsky, est. Giani)

ONERE DI CONTESTAZIONE - DIRITTI NON DISPONIBILI – NON OPERATIVITÀ – VALENZA DELLA NON CONTESTAZIONE EX ART. 116, COMMA II, C.P.C. - SUSSISTE

E' ben vero che il principio di non contestazione - ricostruito dal vigente art. 115 c.p.c. come tecnica di semplificazione processuale, ossia come *relevatio ab onere probandi*, applicabile anche ai procedimenti sommari- non opera in relazione ai diritti non disponibili, e quindi nei procedimenti per la dichiarazione di fallimento di cui all'art. 15 LF, ma anche in tali processi, ove si controverta di diritti indisponibili (e tali non sono invece quelli di cui agli artt. 95 e 101 LF), la non contestazione è, comunque, valutabile ai sensi dell'art. 116, secondo comma c.p.c

Quid juris per i contratti per cui è prescritta la forma scritta ad probationem? La questione è stata esaminata e risolta dal Tribunale di Lamezia Terme, con sentenza del 28 maggio 2010 (est. Giusi Ianni), con soluzione interpretativa senz'altro da condividere.

Il primo quesito che pone, al riguardo, è se la "non contestazione" sui fatti indicati possa esonerare le parti dal rispetto dell'art. 1888 c.c. secondo cui, nell'ambito del rapporto tra assicuratore e assicurato, il contratto di assicurazione si prova per iscritto. Ritiene questo giudice che la risposta debba essere positiva.

A differenza di quanto accade nel caso della forma scritta *ad substantiam*, infatti, quando la legge richiede la forma scritta a fini probatori, tale onere non attiene alla validità del contratto bensì alla dimostrazione giudiziale della sua stipulazione e del suo contenuto. Ciò comporta, evidentemente, delle limitazioni per chi intende avvalersi in sede processuale di quel contratto, in quanto l'interessato non potrà ricorrere a tal fine alla prova per testimoni e per presunzioni, potendo solo utilizzare gli strumenti del giuramento o della confessione giudiziale o stragiudiziale in surroga alla copia scritta del negozio.

Tali principi normativi, tuttavia, devono essere letti alla luce della giurisprudenza formatasi in materia di non contestazione (oggi consacrata nella nuova formulazione dell'art. 101 c.p.c., come novellato dalla legge 69/2009), in forza della quale tutto ciò che non viene specificamente contestato dalla parte convenuta (o, comunque, dalla parte nei cui confronti una domanda o un'eccezione viene validamente rivolta) deve ritenersi "oggettivamente" provato, con conseguente esonero per il giudice da ogni indagine probatoria sulla sussistenza o insussistenza di quel determinato fatto, che, in quanto provato, deve essere posto a fondamento della decisione (Cass. 21 maggio 2008, n. 13078; Cass. 5 marzo 2009, n. 5356). Se, infatti, il *fatto non contestato* è fatto *che non ha bisogno di prova* è evidente che diventa irrilevante la modalità con cui il fatto stesso deve essere dimostrato secondo le ordinarie regole istruttorie, prendendo queste ultime ad operare solo nel caso in cui vi sia necessità in giudizio di provare una determinata circostanza e, quindi, nel caso in cui quella circostanza sia contestata dal soggetto gravato dal relativo onere.

Diverso sarebbe stato, evidentemente, il caso in cui la forma scritta fosse stata pretesa dal legislatore *ad substantiam*: in tal caso, infatti, la forma scritta è elemento costitutivo del contratto (art. 1325 c.c.) il cui difetto ne comporta la nullità (art. 1418 c.c.); il che legittima l'impossibilità di surroga della forma scritta con la semplice non contestazione, operante sul piano probatorio (processuale) e non della validità (sostanziale) del negozio.

Trattasi di una giurisprudenza da condividere, se non altro prendendo atto della conferma che trova in Cassazione. Secondo gli Ermellini (v. Cass. civ., sentenza n. 23142 del 2 novembre 2009) «*ai fini dell'applicabilità del principio di non contestazione, non rilevano i limiti posti dalla legge per taluni fatti alla prova per testimoni o per presunzioni, o la mancata deduzione di idonee prove per l'eventuale conferma dei fatti allegati*».

La giurisprudenza lametina risolve pure un altro problema: se la contestazione *pre-trial* possa avere effetti giuridici nel processo (v. Trib. Lamezia Terme, sez. civile, ordinanza 18 marzo 2010, est. G. Ianni). Per contestazione *pre-trial*, si indica quella stragiudiziale, intervenuta cioè nella fase che precede l'introduzione della lite.

Massima - La "non contestazione" che permette la pronuncia di ordinanza ex art. 186 bis c.p.c. consiste in un contegno processuale, non potendo concorrere ad integrarla atteggiamenti assunti dalla parte prima e al di fuori del giudizio. Il provvedimento in questione, pertanto, non può essere pronunciato dall'istruttore ove una parte, dichiaratasi disponibile stragiudizialmente al pagamento di una certa somma, in giudizio contesti i presupposti della domanda avversaria

Il primo problema correttamente risolto dal Tribunale di Lamezia concerne la rilevanza della cd. non contestazione stragiudiziale: se una parte non contesta, nelle dinamiche delle trattative, l'altrui pretesa e solo successivamente muova lamentele, nella sede processuale, il giudice può ritenere che il fatto non sia stato contestato? Va avvertito che la pronuncia in commento ha ad oggetto lo specifico istituto disciplinato dall'art. 186-

bis c.p.c. ma i principi enunciati hanno vocazione generale. Secondo il giudice, la “non contestazione” consiste in un contegno processuale, non potendo concorrere ad integrarla atteggiamenti assunti dalla parte prima e al di fuori del giudizio. L’assunto è assolutamente corretto. L’onere di contestazione (specifica) trova il suo alveo naturale e fisiologico nel processo dove, infatti, viene ad essere espressamente regolato dall’art. 115 c.p.c.

Ve ne è conferma nel recente saggio di legificazione sulla mediazione delle controversie civili e commerciali. L’art. 9 del dlgs 28/2001 prevede, infatti, che le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l’insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisivo.

È chiaro, dunque, come vi sia una dicotomia tra fase pre-trial (delle trattative) e fase processuale (del giudizio): nel procedimento civile non rileva (ai fini dell’art. 115 c.p.c.) il contegno serbato dalla parte nel momento della concertazione bonaria. Ciò, ovviamente, non esclude ricadute di altro tipo. In primo luogo, giova ricordare che il comportamento univoco di una delle parti (al di là delle effettive intenzioni) può essere idoneo ad ingenerare nella controparte un legittimo affidamento o, se si vuole, addirittura una aspettativa.

Al riguardo, il principio sotteso al *cd. venire contra factum proprium* – rivolto applicativo della clausola generale di buona fede – vuole che una parte non possa agire in modo contraddittorio rispetto ad un intendimento che ha ingenerato nell’altra parte, e sul quale questa ha ragionevolmente fatto affidamento a proprio svantaggio (così, anche, i Principi Unidroit, 2004). Il comportamento, dunque, se non può trovare respiro nella volta della non contestazione può, in taluni casi, rilevare come atteggiamento contrario al canone della buona fede, di recente valorizzato dalla Suprema Corte, in sede nomofilattica, e principio cogente anche nella fase della tutela giudiziale, nell’ottica dell’affermazione del canone del giusto processo (Cass. Civ. Sezioni Unite sentenza 15 novembre 2007 n. 23726) oltre che criterio che deve orientare la condotta delle parti nei rapporti in itinere (Cass. civ. Sezioni Unite sentenza 18 dicembre 2007 n. 26617).

[13]. La non contestazione è applicabile al cospetto di litiganti – enti pubblici? Deve rilevarsi, infatti, come taluno abbia sostenuto che la natura di ente pubblico del debitore, lungi dal poter fornire un indizio a favore del medesimo, comporterebbe la necessità che la prova del fatto sia fornita mediante prova piena, in applicazione del criterio del buon andamento che deve caratterizzare l’operato della p.a. ex art. 97 Cost., ed anche della regola secondo cui le pubbliche amministrazioni manifestano la propria volontà in forma vincolata ad *substantiam* (atti negoziali) o ad *probationem* (atti di scienza o meramente attuativi). Per questa stessa ragione non potrebbe rilevare nella specie la non contestazione, che non potrebbe riguardare fatti o atti per cui la legge richiede una particolare forma.

Riguardo ai vari argomenti che precedono, la Suprema Corte osserva, in genere, che la valorizzazione della qualità di ente pubblico del litigante è totalmente irrazionale, in quanto stravolge gli istituti dell’allegazione e della prova e assegna all’amministrazione

un'odiosa forma di supremazia e privilegio (Cass. civ., sentenza 2 novembre 2009 n. 23142). Nessun limite, dunque, alla non contestazione in ragione della qualità di una parte del giudizio.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

(RELATORE)

I contenuti della Relazione che segue, traggono linfa, in buona misura, dalle pubblicazioni che seguono.

BUFFONE, *La contumacia del litisconsorte inibisce gli effetti del principio di non contestazione (sinistri stradali: di rara applicabilità, di fatto, il principio di non contestazione)* in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 4, 858 e ss.

BUFFONE, *Il fatto non specificamente contestato è provato in* *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, 12, 2948 e ss.

BUFFONE (con prefazione del Prof. F. Danovi) *La riforma del processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, Buffetti ed., 2009

BUFFONE, *La riforma del processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69) : i Tascabili*, V, Buffetti ed., Consulenza, 2009

BUFFONE, *Il nuovo rito civile alle griglie di partenza: la legge 69/2009 entrerà in vigore il prossimo 4 luglio* in *Diritto&Giustizia*, 2009, 24/6

BUFFONE, *La riforma del processo civile: profili di interesse per i giuslavoristi* in *Diritto&Giustizia*, 2009, giugno

BUFFONE, *La riforma del processo civile, approvata in data 26 maggio 2009: tutte le modifiche (Tavole sinottiche)* in *www.neldiritto.it*, 2009, 37

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

(AUTORI VARI)

AA.VV., *Guida alla lettura del Nuovo processo civile* in *Guida al diritto*, 2009, 28

AA.VV., *Nuovo processo civile* in *Il civilista*, Giuffrè ed., 2009

ALPA, MARICONDA, *Codice civile commentato*, 2009, IV, 98

BALENA, *La nuova (pretesa) riforma della giustizia civile*, in *Il giusto processo civile*, 2009

BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile* in *www.judicium.it*

CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, 16 ss.

CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995., 262 ss.

CARRATTA, IN C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009

CEA, *Commento della sentenza SS.UU. 761/2002* in *Foro it.*, 2002, I, 2017 ss., 2026

CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile* in *Giusto processo civile*, 2006, fasc. 2, 173 ss.

CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di on contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 266 ss.

CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, 883 ss.

CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale* in *Corriere Giuridico*, 2009, 6

CREA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite (nota a Cass., sez. un., 23 gennaio 2002 n. 761)* in *Foro It.*, 2002, I, 2017

DE MARCHI, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009

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*

GIANI S., *La non contestazione nel processo civile tra definizione del thema decidendum e del thema probandum* in *www.ilcaso.it*, II, 2010,

NON CONTESTAZIONE – FATTO NON CONTESTATO – FATTO NON BISOGNOSO DI PROVA – FATTI IMPLICITI – NON CONTESTAZIONE - SUSSISTE

Sez. III, sent. 10 novembre 2010 n. 22837

MASSIMA - L'allegazione del fatto da parte dell'attore fa sorgere in capo al convenuto un onere di contestazione. L'esigenza di provare il fatto allegato dall'attore insorge, infatti, solo se il fatto sia contestato: se tanto non avviene, l'esigenza probatoria non sorge, non essendovi bisogno di provare il fatto contestato. Va anche precisato che la contestazione deve essere tempestiva (*Nel caso di specie, la contestazione è estesa ai fatti implicitamente affermati dall'attore mediante l'allegazione di fatti espliciti che presuppongono quelli impliciti: in particolare, la sussistenza delle condizioni che legittimano l'accesso all'interruzione della gravidanza*)

CONTESTAZIONE DELL'ORIGINARIA APPARTENENZA DEL BENE - MANCANZA - ATTENUAZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA PER IL RIVENDICANTE - CONFIGURABILITÀ - CONSEGUENZE.

Sez. II, Sentenza n. 22598 del 5 novembre 2010

Il rigore del principio secondo il quale l'attore in rivendica deve provare la sussistenza dell'asserito diritto di proprietà sul bene anche attraverso i propri danti causa fino a risalire ad un acquisto a titolo originario, ovvero dimostrando il compimento dell'usucapione, risulta attenuato in caso di mancata contestazione da parte del convenuto dell'originaria appartenenza del bene ad un comune dante causa, ben potendo in tale ipotesi il rivendicante assolvere l'onere probatorio su di lui incombente limitandosi a dimostrare di avere acquistato tale bene in base ad un valido titolo di acquisto.

ADEMPIMENTO DI PRESTAZIONI PREVIDENZIALI - PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE - APPLICABILITÀ - IN APPELLO - CONFIGURABILITÀ - FONDAMENTO - LIMITI "EX LEGE" ALLA PROVA PER TESTIMONI O PER PRESUNZIONI - IRRILEVANZA - FATTISPECIE.

Sez. Lav., Sentenza n. 23142 del 2 novembre 2009

L'esatto adempimento di una prestazione previdenziale da parte dell'INPS può essere desunto, anche in sede di gravame, dal comportamento processuale delle parti, alla stregua del principio di non contestazione che informa il sistema processuale civile ed è applicabile anche nella fase introduttiva del giudizio di appello, nella quale, ferma la non modificabilità della domanda, la leale collaborazione tra le parti, manifestata con la previa

presa di posizione sui fatti dedotti, è funzionale all'operatività del principio di economia processuale e rileva anche ai fini delle valutazioni discrezionali che il giudice del lavoro è chiamato ad adottare in ordine all'ammissione, anche d'ufficio, di nuove prove. Né, ai fini dell'applicabilità del principio di non contestazione, rilevano i limiti posti dalla legge per taluni fatti alla prova per testimoni o per presunzioni, o la mancata deduzione di idonee prove per l'eventuale conferma dei fatti allegati.

PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE - DIRITTI A PRESTAZIONI PREVIDENZIALI - APPLICABILITÀ - SUSSISTENZA - NATURA DI DIRITTI INDISPONIBILI - RILEVANZA - ESCLUSIONE - FONDAMENTO - FATTISPECIE.

Sez. Lav. , Sentenza n. 15326 del 30/06/2009 (Rv. 609545)

Nel processo del lavoro, il principio di non contestazione si applica anche ai diritti a prestazioni previdenziali senza che rilevi il carattere indisponibile di questi ultimi, dovendosi ritenere che la mancata contestazione operi in relazione alla prova dei fatti costitutivi del diritto - ancorché non necessariamente comuni alle parti in causa - e non alla disponibilità del diritto medesimo. (Nella specie, la S.C., in applicazione del principio di cui alla massima, ha ritenuto, in una controversia relativa all'erogazione dell'indennità di disoccupazione, che la mancata contestazione da parte dell'INPS del fatto storico dell'omessa corresponsione delle retribuzioni, rendesse detta circostanza incontrovertibile e non bisognosa di ulteriore prova da parte del ricorrente).

ONERE, A CARICO DEL CONVENUTO, DI SPECIFICA CONTESTAZIONE CIRCA I FATTI COSTITUTIVI DELLA DOMANDA - SUSSISTENZA - MANCATA CONTESTAZIONE - CONSEGUENZE - VALUTAZIONE COME PACIFICI DEI FATTI DEDOTTI DALL'ATTORE - FATTISPECIE.

Sez. 3, Sentenza n. 18202 del 3 luglio 2008

Il convenuto a norma dell'art. 416 cod. proc. civ., nel rito del lavoro (e, non diversamente, a norma dell'art. 167 cod. proc. civ., nella nuova formulazione, nel rito ordinario), nella memoria di costituzione in primo grado "deve prendere posizione, in maniera precisa e non limitata a una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, proponendo tutte le sue difese in fatto e in diritto ..."; nel caso in cui il convenuto nulla abbia eccepito in relazione a tali fatti, gli stessi devono considerarsi come pacifici sicché l'attore é esonerato da qualsiasi prova al riguardo ed é inammissibile la contestazione dei medesimi fatti in sede di legittimità.