

## LA NON CONTESTAZIONE NEL PROCESSO CIVILE TRA DEFINIZIONE DEL *THEMA DECIDENDUM* E DEL *THEMA PROBANDUM*

SILVIA GIANI

SOMMARIO: 1. Premessa– 2. La non contestazione nell’ordinamento italiano moderno– 3. La fondamentale decisione delle Sezioni Unite nel 2002. –4. La riforma dell’art. 115. c.p.c.: luci ed ombre.- 5 Rilevanza del silenzio; la non contestazione riguarda tutte le parti che si siano costituite.- 6 Collocazione del principio nelle disposizioni generali del c.p.c.: la non contestazione attiene alla prova dei fatti, non alla determinazione dell’oggetto del processo. – 7. Il tempo della contestazione. Quando opera e se opera la irreversibilità della non contestazione. 8. La non contestazione in appello. 9. Efficacia della non contestazione. Non vincolatività per il giudice-- 10. Individuazione dei fatti oggetto dell’onere di contestazione. Irrilevanza della distinzione tra fatti principali e secondari. Valutazione in concreto del grado di specificità della contestazione- 11- I problemi applicativi della non contestazione nei riti speciali e sommari, cautelari e non cautelari. – 12. La non contestazione nell’ambito dei diritti disponibili e di quelli indisponibili. – 13- Sulla possibilità di provare atti per i quali sia richiesta la forma scritta *ad probationem tantum*. Non operatività per gli atti per i quali è prevista la forma scritta *ad substantiam* – 14. Conclusioni: prudente valutazione da parte del giudice; auspicio per un nuovo *stylus curiae*.

### 1. Premessa.

Il tema della non contestazione nel processo civile è particolarmente delicato, involgendo principi generali del processo e può essere trattato sotto numerosi punti di vista.

Concentreremo le nostre riflessioni sul nuovo art. 115 c.p.c., al cui primo comma è stato aggiunto l’inciso: “il giudice deve porre a fondamento delle decisioni le prove proposte dalle parti, *nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita*”.

Costituiranno oggetto di riflessione i seguenti quesiti, alcuni risolti e altri lasciati aperti dalla riforma:

rileva il silenzio come condotta non contestativa?

La non contestazione opera nei confronti di tutte le parti?

Si applica anche nei confronti del contumace?

Quale l'oggetto della non contestazione? Si riferisce a tutti i fatti, senza distinzione, siano essi rilevanti o meno, principali o secondari, riferibili o meno alla parte contro la quale sono allegati?

La non contestazione attiene al piano delle allegazioni, è legata al principio dispositivo, alla determinazione dell'oggetto del processo o piuttosto opera sul piano probatorio, in funzione di *relevatio ab onere probandi*?

Quali gli effetti della non contestazione? E'vincolante per il giudice, anche nel caso di risultanze che la smentissero o è liberamente apprezzabile?

Vi sono dei limiti temporali per la non contestazione o è sempre reversibile?

In caso affermativo, quali sono i limiti temporali?

Si può contestare nel giudizio di appello?

Opera e, in caso affermativo, come opera nei procedimenti sommari, cautelari o non?

Quale il grado di "specificità" della contestazione?

## **2. La non contestazione nell'ordinamento italiano moderno. Ricognizione normativa ante riforma 2009.**

Nel c.p.c. unitario del 1865 il mero silenzio non rilevava per la prova dei fatti dedotti dalla controparte<sup>1</sup>.

Nonostante i progetti di riforma del c.p.c. di Chiovenda, Mortara e Carnelutti prevedessero oneri di specifica contestazione e procedimenti contumaciali, anche nel c.p.c. del 1940 non fu contemplato né un onere di specifica contestazione, sanzionato da preclusioni, né un processo contumaciale<sup>2</sup>.

Si riteneva fosse necessaria un'ammissione esplicita o, comunque inequivoca, risultante da argomentazioni inconciliabili con la contestazione dei fatti allegati dall'altra parte. Nessun rilievo avevano il silenzio o la condotta inerte. Si riteneva sussistesse la facoltà di contestare i fatti

---

<sup>1</sup> V. Relazione Pisanelli, parr. 214 in Codice di procedura civile del Regno d'Italia 1865, in Picardi, Giuliani, Testi e documenti per la storia del processo, Milano 2004, 103 ss.

<sup>2</sup> V. Chiovenda, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, rist. Milano, 19, 121, § 84 della Relazione e art. 20 del progetto. Mortara, *Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur. It.*, 1923, IV, 145, art. 49. In nessuno di questi progetti, la non contestazione era ricondotta alla determinazione del *thema decidendum* e al principio dispositivo in senso sostanziale, ma si riferiva alla prova dei fatti rilevanti, concorrendo alla formazione del convincimento del giudice insieme alle altre prove acquisite al giudizio

tardivamente, mancando alcuna preclusione<sup>3</sup>.

La riforma del 1973 sul rito del lavoro modificò il quadro normativo, poiché:

- attribuì un maggior rilievo alla non contestazione, precisando, all'art. 416 c.p.c., che il convenuto ha l'onere di prendere posizione *in maniera precisa e non limitata a generica contestazione*;
- introdusse l'art. 423 c.p.c. in tema di ordinanze ingiunzionali di somme non contestate;
- introdusse un sistema di preclusioni anche istruttorie, che mal si conciliava con la reversibilità della non contestazione fino ad allora sostenuta dalla giurisprudenza.

La riforma del 1990, per il rito ordinario, prevede anch'essa una serie di barriere preclusive, che modificavano il quadro di riferimento e preparava la svolta avvenuta nel 2002 alla famosa sentenza delle Sezioni Unite.

Nonostante gli sforzi di una parte della dottrina<sup>4</sup>, i dati normativi non erano sufficienti, però, a ricostruire un generale onere di specifica contestazione, gravante su ciascuna parte e tantomeno a fornire elementi sicuri con riferimento agli effetti temporali, alla sua reversibilità o meno.

Sia l'art. 167<sup>5</sup> c.p.c che l'art. 416<sup>6</sup> c.p.c., pur affermando l'onere di prendere posizione per il convenuto, con l'aggiunta per il 416 c.p.c dell'importante inciso (“in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione”), non prevedono esplicite decadenze, a differenza di quanto era sancito per domande riconvenzionali, eccezioni in senso stretto e istanze di chiamata in causa dei terzi, nonché, nel rito del lavoro, per i mezzi di prova.

La contestazione non è equiparabile per sua natura alle eccezioni e quindi non può applicarsi la disciplina per quest'ultima prevista. Oltretutto, quest'onere, per sua natura concernente tutte le parti del giudizio, pena irragionevole disparità di trattamento, era in quelle norme riferito al solo convenuto e non anche all'attore.

Prima della riforma del 2009 il problema era, dunque, quello

---

<sup>3</sup> Cfr, ad exemplum Cass., 15 aprile 1988, n. 2979; Cass., 9 gennaio 2002, n. 185; Cass. 12 agosto 2000, n. 10758. In dottrina, ad es. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, 143;

<sup>4</sup> Carratta, op. cit., spec. 262 ss. e 267 ss.; Ciaccia Cavallari, *La contestazione nel processo civile*, II, Milano, 1993, 89 ss.

<sup>5</sup> 167 nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese, prendendo posizione sui i fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova.

<sup>6</sup> 416 il convenuto deve prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, proporre tutte le sue difese in fatto e in diritto ed indicare specificatamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova

dell'enucleazione del principio di non contestazione, cui si collegava a cascata quello degli effetti e della sua reversibilità o meno.

Tantomeno era stata raggiunta alcuna identità di veduta con riferimento al modo di concepire la non contestazione e cioè se 1) fosse legata al principio dispositivo in senso sostanziale o se 2) rilevasse in funzione probatoria, come metodo di semplificazione e di economia processuale.

In questo contesto, pur dopo la riforma del 1990, in tema di non contestazione la giurisprudenza continuava, per lo più, a seguire gli indirizzi pregressi (v., ad esempio, Cass., 1 agosto 2001, n. 10482 e Cass., 9 gennaio 2002, n. 185).

### 3. La fondamentale decisione delle Sezioni Unite nel 2002.

Traendo l'occasione da un contrasto di indirizzi su un tema circoscritto, in ordine agli effetti della mancata contestazione dei conteggi in una controversia tra lavoratore e datore di lavoro, la Suprema Corte, con la sentenza n. 761/2002, intervenne in tema di non contestazione, fissando principii dogmatici particolarmente rilevanti sul punto<sup>7</sup>.

La decisione ha affermato, in via di estrema sintesi, i seguenti principii:

- la non contestazione è manifestazione del principio dispositivo in senso sostanziale e partecipa della natura delle allegazioni, con effetti vincolanti per il giudice, che deve conformarsi anche nel caso di risultanze che la smentissero;
- va distinta la contestazione attinente a fatti principali da quella concernente fatti secondari (questi ultimi fatti con funzione soltanto probatoria e dai quali si desume, con procedimento logico induttivo, l'esistenza dei fatti principali);
- esistono barriere preclusive per i soli fatti principali, che partecipano della natura del potere di allegazione; per questi il termine per la contestazione è stato individuato in quello per la determinazione del *thema decidendum*, e cioè: nel rito ordinario, la memoria prevista dall'art. 183 quinto comma c.p.c., o l'appendice scritta; nel rito del lavoro, l'udienza ex art. 420 c.p.c. ("nei casi di gravi motivi, le parti possono modificare domande, eccezioni e conclusioni").
- La non contestazione dei fatti principali è irreversibile con la

---

<sup>7</sup> Si vedano altresì: Cass 11353/2004; 5191/2008; Cass 5356/2009.

chiusura della fase processuale destinata alla fissazione del *thema decidendum*;

- La non contestazione dei fatti secondari è reversibile e provvisoria, poiché tali fatti hanno mero rilievo istruttorio, sono fuori del dominio esclusivo dell'autonomia delle parti, con necessità di un controllo probatorio. Il comportamento tenuto dalle parti può essere utilizzato dal giudice come argomento di prova ex art. 116, c. 2, c.p.c.

In sintesi, la Suprema Corte, con la sentenza in esame, ha argomentato dal sistema l'esistenza di un'irreversibile preclusione per la contestazione dei fatti principali, in concomitanza con la chiusura della fase assertiva, volta alla determinazione del *thema decidendum* - fissata per il rito del lavoro con la prima udienza di discussione, a norma dell'art. 420, c. 1 c.p.c. e, per il rito ordinario, con l'udienza di prima comparizione e trattazione o, al più, con l'appendice scritta, coincidente con la prima memoria ex art. 183, c. 6, c.p.c.

La decisione è stata, in dottrina, oggetto di vivace discussione e aspre critiche, con particolare riguardo all'inquadramento della non contestazione nell'ambito del principio dispositivo e alla distinzione, ritenuta dogmatica e artificiosa, della sua rilevanza con riferimento ai fatti principali e secondari, sebbene essa riproponesse la tesi risalente a Carnelutti<sup>8</sup>.

Si è affermato, in dottrina, che la non contestazione doveva essere considerata una mera tecnica di economia processuale che attiene alla prova dei fatti, i quali, se non controversi, escono dal *thema probandum* e determinano una *relevatio ab onere probandi*, che ne rende superflua la prova.

Non è stata seguita da numerose pronunce successive, che hanno evidenziato, ad onta della funzione nomofilattica della Suprema Corte, una netta spaccatura giurisprudenziale anche dopo il 2002<sup>9</sup>.

#### **4. La riforma dell'art. 115. c.p.c.: luci ed ombre.**

E veniamo alla riforma dell'art. 115, c. 1, c.p.c. la cui portata significativa consiste nell'aver previsto il potere-dovere del giudice di porre a fondamento della decisione, non soltanto le prove proposte dalle parti e dal pubblico ministero e, nei casi previsti dalla legge, quelle disponibili d'ufficio, ma anche "i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita".

---

<sup>8</sup> Cfr., per tutti, Protopisani, Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile, in Fotoit, 2003, 604

<sup>9</sup> Per l'inesistenza del principio di non contestazione si vedano, ad es.: Cass 10182/2007; Cass 13958/2006; Cass 2273/2005; Cass 21087/2005

1) La norma ha ribadito l'esistenza nel nostro ordinamento del principio di non contestazione.

2) Non ha introdotto alcun procedimento contumaciale nel nostro ordinamento, riferendosi esclusivamente alla parte costituita

3) Ha chiarito che riguarda tutte le parti e non solo il convenuto, non riferendosi più alla sola posizione del convenuto (artt. 167 e 416 c.p.c.).

4) Ha attribuito rilevanza alla condotta omissiva, prevedendo che anch'essa integri non contestazione. Contestazione generica e silenzio, infatti, rendono il fatto non bisognoso di prova, perché la contestazione deve essere specifica.

Questi i problemi risolti sulla base di un esame ermeneutico della norma.

La riforma del 2009, però, limitandosi ad affermare la specificità della contestazione, non ha espressamente indicato i termini entro i quali debba avvenire, essendo destinata ad alimentare le divergenze su aspetti così delicati, quali il limite temporale della non contestazione, le conseguenze di un'eventuale contestazione tardiva, il momento dopo il quale la non contestazione diventa irreversibile, con conseguenti dubbi interpretativi di notevole rilevanza pratica.

## **5. Rilevanza del silenzio; la non contestazione riguarda tutte le parti che si siano costituite**

Si diceva che la riforma ha definitivamente chiarito la rilevanza del silenzio quale condotta non contestativa, da un lato, e l'efficacia della non contestazione per tutte le parti costituite, quale che sia la posizione rivestita nel processo (convenuti, attori, terzi).

Ha inoltre escluso l'operatività della non contestazione per le parti rimaste contumaci nel processo, ribadendo la concezione della contumacia come condotta neutra<sup>10</sup>. L'irrilevanza della contumacia al fine della non contestazione implicitamente rappresenta un invito a restare contumaci, piuttosto che partecipare al giudizio quando si abbia ben poco da dire e da contestare: infatti in caso di contumacia del convenuto, l'onere probatorio continua a gravare sull'attore<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Diversamente il Progetto Protopisani al punto 2.16 prevede che: in materia di diritti disponibili ove il contenuto non si sia tempestivamente costituito il giudice deve ritenere esistenti i fatti posti dall'attore a fondamento della sua domanda e pronunciarsi sulla domanda stessa sulla base della sola valutazione in diritto..

<sup>11</sup> Cass., n. 14623/2009 prevede che l'esclusione dei fatti non contestati dal thema probandum non può ravvisarsi in caso di contumacia del convenuto, in quanto la non negazione fondata sulla

## 6. Collocazione del principio nelle disposizioni generali del c.p.c.: la non contestazione attiene alla prova dei fatti, non alla determinazione dell’oggetto del processo.

La riforma non ha, invece, risolto espressamente altri delicati problemi, estremamente rilevanti sul piano applicativo, relativi agli effetti temporali della non contestazione e ancor prima al suo inquadramento.

Si possono, però, ricavare degli elementi interpretativi dalla collocazione sistematica della norma.

Il principio di non contestazione è stato infatti collocato, tra le disposizioni generali del libro I, nella norma rubricata “disponibilità delle prove”. La collocazione della norma ci fornisce degli strumenti interpretativi per stabilire se:

- il principio di non contestazione si applichi anche ai procedimenti sommari;
- sia da inquadrare nell’ambito del principio dispositivo sostanziale o se piuttosto non rilevi sul piano probatorio;
- riguardi solo i fatti principali, o anche quelli secondari;
- e soprattutto, sul piano pratico, se sussista e quando il limite temporale per la contestazione.

La collocazione del principio nella norma rubricata “disponibilità delle prove”, espressione per l’appunto del principio di disponibilità delle prove (o principio dispositivo in senso processuale), che riserva di regola alle parti la deduzione in giudizio dei mezzi di prova, salvi i casi previsti dalla legge, significa, infatti, che la non contestazione non concorre alla determinazione del *thema decidendum*, né comporta artificiose distinzioni tra fatti principali e fatti secondari; essa 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 riforma priva di base la ricostruzione delle Sezioni Unite: 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.

Il giudice forma il proprio convincimento sui fatti di causa nel contesto processuale, attraverso gli strumenti e le regole proprie del processo. La

---

volontà della parte non può presumersi per il solo fatto del non essersi la stessa costituita in giudizio, non essendovi un onere in tal senso argomentabile dal sistema.

In dottrina, Balena, in Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, *La riforma cit.*, 37, argomenta dal trattamento di favore che viene accordato in tal modo al contumace, che la contestazione non è soggetta a preclusioni.

collocazione del principio di non contestazione riafferma dunque la natura probatoria della non contestazione, che dovrà essere valutata dal giudice secondo il generale criterio del prudente apprezzamento in materia di prove

Alcuni hanno segnalato che meglio avrebbe fatto il legislatore a inserire il principio nell'ambito dell'art. 116 primo comma c.p.c., relativo alla valutazione delle prove, avendo il giudice il potere-dovere di tener conto di tutti gli elementi di prova che contribuiscano alla formazione del suo convincimento, compresi i fatti non specificamente contestati.

Comunque sia, collocato nell'ambito dell'art. 116 c.p.c., come secondo alcuni sarebbe stato meglio, o nell'art. 115 c.p.c., come di fatto avvenuto, il principio assume rilevanza sul piano probatorio, con le conseguenze che ne derivano con particolare riferimento ai temi proposti.

## **7. Il tempo della contestazione. Quando opera e se opera la irreversibilità della non contestazione.**

Gli ambiti applicativi lasciati aperti sono tanti e anche dopo la riforma 2009 le opinioni dottrinali e giurisprudenziali divergono in ordine al tema degli effetti temporali della non contestazione

Prescindendo però dal dibattito classificatorio, sulla collocazione topografica del principio in esame, la rilevanza sul piano probatorio del principio di non contestazione dovrebbe costituire una guida nell'applicazione pratica del principio.

Certo meglio avrebbe fatto il legislatore del 2009 se avesse previsto espressamente i tempi e modi della specifica contestazione, memore delle contrapposte e diversificate posizioni esistenti sul punto; posizioni che vanno dall'individuazione di una barriera preclusiva per i soli fatti principali al momento della cristallizzazione del *thema decidendum* alla mancata individuazione di barriere preclusive<sup>12</sup>.

Per rispondere al quesito del tempo della contestazione è necessario partire dalle seguenti premesse:

- l'attuale collocazione del principio sul piano probatorio comporta che esso rilevi sul piano probatorio e non dispositivo: confutate le premesse devono essere confutate le conclusioni cui è giunta la Cassazione 761/2002, secondo la quale in relazione ai fatti principali le barriere preclusive operano

---

<sup>12</sup> Balena in Onere di contestazione delle avverse allegazioni p 113, in Guida al diritto luglio 2009, il quale, dopo la riforma 2009, afferma che la non contestazione debba essere disancorata da specifici termini di decadenza e non sia soggetta a preclusione. A fronte di una congrua contestazione, la parte allegante deve essere rimesso in termini per la prova.

con riferimento al momento di determinazione dell'oggetto del processo;

- la contestazione non è assimilabile all'eccezione e quindi non può operare, neppure analogicamente, la disciplina per essa prevista;

- le decadenze non possono essere ricostruite per analogie, ostandovi il divieto di cui di cui all'art. 14 prel.;

- le preclusioni sono però connaturate allo svolgersi del processo, il quale ad un certo punto deve potere chiudere la fase assertiva e probatoria al fine di decidere la controversia<sup>13</sup>.

-Inquadrato il principio di non contestazione nell'ambito del fenomeno probatorio –come strumento di semplificazione processuale che comporta l'esonero dall'onere della prova da parte del soggetto che ha allegato un fatto-, il limite temporale per la contestazione è ricostruibile al momento della determinazione del *thema probandum* e quindi nel momento ultimo in cui possono essere richieste dalle parti le prove. Viene meno così la artificiosa distinzione tra fatti principali e fatti secondari.

Tale momento coincide con le preclusioni previste per le prove e cioè, nel rito ordinario, con la terza memoria di cui all'art. 183 c.p.c. Il potere di contestazione può invero esercitarsi anche con la formulazione di istanze probatorie dirette a provare un fatto che smentisca il fatto allegato dalla controparte<sup>14</sup>.

Tale soluzione, resa possibile dall'inquadramento della contestazione sul piano probatorio, presenta il vantaggio di richiedere una specifica risposta confutatoria sui nudi fatti articolati dalle altre parti in funzione probatoria, e non frammisti a valutazioni, entro un termine comune a tutte le parti, senza disparità di trattamento<sup>15</sup>.

Anche così inquadrata, come mera *relevatio ab onere probandi*, la non contestazione determina economia processuale perché consente al giudice di fare a meno di esperire l'istruttoria costituenda sui fatti non specificamente

---

<sup>13</sup> Andrioli, voce Preclusione (dir.proc.civ.) in Novissimo Dig.It. XIII, To 1966,568

<sup>14</sup> CEA, *La modifica dell'art. 115 e le nuove frontiere del principio della non contestazione* in foro it 2009, V 268, il quale collega "la consumazione irreversibile del potere di contestazione di un fatto al momento della fissazione definitiva del *thema probandum*: il che significa, nel rito del lavoro, all'udienza di discussione ex art. 420 c.p.c., allorché si esauriscono le limitate chances di nuove allegazioni e di nuove prove; nel rito ordinario allorché scade il termine ex art. 183, 6° comma, n. 3, c.p.c."

<sup>15</sup> Briguglio, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2009, § 4, ritiene invece che la contestazione debba intervenire al più tardi con la prima memoria ex art. 183.

Al contrario, secondo Balena, op.cit., la non contestazione costituisce un comportamento rilevante solo sul piano probatorio.

contestati<sup>16</sup>. Esaurite le deduzioni istruttorie di parte e le inerenti contestazioni e repliche, il giudice, servendosi anche dei chiarimenti forniti dalle parti nell'udienza di discussione delle prove, potrà procedere alla selezione dei mezzi di prova che occorre assumere, poiché vertenti su circostanze rilevanti e specificamente contestate.

Esaurita tale fase, la non contestazione diventa *tendenzialmente irreversibile*.

La parte che ha allegato il fatto, una volta esauritosi il potere di contestare, è esonerata dall'onere della prova perché si produce l'effetto tipico della non contestazione, e cioè il fatto diventa pacifico.

In caso di contestazione successiva, si dovrà giustificare il successivo *revirement*, fornendone persuasiva spiegazione che, se non convincente, non impedirà al giudice di porre a fondamento della decisione il fatto non specificamente contestato entro il termine suddetto, ove non smentito da altre risultanze istruttorie. Soltanto una causa non imputabile, consentirà a chi non abbia contestato nei termini il ripensamento, chiedendo di essere rimesso in termini, ex art. 153 c.p.c., con l'onere di provare che il fatto, divenuto pacifico per effetto dell'anteriore condotta omissiva, in realtà, non esiste. La contestazione omessa o generica determina, dunque, ancor più che *relevatio ab onere probandi*, un'inversione dell'onere probatorio, che genera una sorta di *praesumptio iuris tantum* di esistenza del fatto tardivamente contestato<sup>17</sup>.

## 8. La non contestazione in appello.

Venendo all'appello, la parte che contesta un fatto posto a fondamento della decisione, e dato per pacifico, deve provare la falsità del fatto, nei limiti in cui ciò le sia consentito. Nel giudizio d'appello, infatti, di regola nuove prove non possono entrare (v. l'art. 345 c.p.c.: non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero la parte dimostri di non avere potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile). Prove contrarie a fatti in precedenza non

---

<sup>16</sup> E' proprio la Suprema Corte a evidenziare, con la decisione 761/2002, che: "una tardiva contestazione dei fatti probatori non comporta alcuna alterazione del sistema difensivo che il difensore deve avere approntato secondo il principio di eventualità".

<sup>17</sup> Così Cea, *La tecnica cit.*, 219 s. Per Balena, in Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, *La riforma cit.*, 37, invece, considerato che mancano disposizioni da cui possa desumersi alcuna decadenza, la contestazione può utilmente intervenire in qualunque momento del giudizio di merito, con il divieto peraltro di cagionare ritardi attraverso nuove attività difensive, anche se consistenti in mere difese, giusta il principio evincibile dall'art. 294, u.c., c.p.c..

contestati potrebbero essere dunque proposte solo se si esplicitano le ragioni della precedente non contestazione e si dimostra l'indispensabilità del nuovo mezzo richiesto ovvero che la parte ne era decaduta per causa non imputabile.

### **9. Efficacia della non contestazione. Non vincolatività per il giudice.**

Dall'inquadramento del principio di non contestazione nell'alveo delle prove ne discende anche, la non vincolatività per il giudice della non contestazione, rimessa pur sempre al suo prudente apprezzamento, come espressamente previsto dall'art. 116 c.p.c. nell'ambito della quale, si è detto, alcuni avrebbero preferito fosse collocata<sup>18</sup>.

Pertanto, quanto ai diritti disponibili, i fatti saranno considerati incontrovertibili solo se non smentiti da diverse risultanze.

### **10. Individuazione dei fatti oggetto dell'onere di contestazione. Irrilevanza della distinzione tra fatti principali e secondari. Valutazione in concreto del grado di specificità della contestazione.**

Essa cade sui soli fatti rilevanti al fine della decisione, non sulle interpretazioni né sui giudizi né sulle qualificazioni giuridiche.

Cade sia su fatti principali che secondari, non avendo ragione di essere mantenuta l'artificiosa distinzione.

I fatti oggetto di non contestazione sono quelli riferibili alla parte nei cui confronti vengono allegati e devono rientrare nella sua sfera di conoscibilità. La non contestazione non è idonea a rendere pacifico un fatto non conoscibile dalla parte nei cui confronti è allegato.

La parte alla quale vengono riferiti i fatti dovrà fornire la sua versione ovvero motivatamente rispondere di non saperne alcunché.

La contestazione non può essere generica, ma deve essere precisa.

Sicuramente sono generiche espressioni del tipo: si contesta quanto ex adverso dedotto; i fatti allegati sono falsi; oppure sono tutti sforniti di prova;

---

<sup>18</sup> In dottrina, CEA, cit; Balena, cit. Contra, in giurisprudenza, Cass 261/2002; Cass 5356/2009 secondo la quale la non contestazione è comportamento rilevante al fine della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato.....in quanto l'atteggiamento difensivo espunge il fatto dall'ambito degli accertamenti richiesti”

la domanda non è fondata...<sup>19</sup>

E' invece senz'altro specifica una contestazione che contesti il fatto allegato dalla controparte indicando un fatto diverso che lo smentisca o che contenga precisi riferimenti.

Il grado di specificità deve però essere valutato in concreto in relazione alle singole controversie perché può variare a seconda del livello di conoscenza del fatto da parte del soggetto nei cui confronti è allegato e a seconda della precisione dei fatti allegati dalla controparte.

Con riferimento al primo aspetto si è già detto che il principio non può operare in relazione ai fatti che non rientrano nella sfera di colui nei confronti del quale sono allegati o di cui comunque la controparte non è a conoscenza (ad es. in un sinistro stradale, i danni non patrimoniali del danneggiato; nel caso di caduta in una buca stradale ove la controparte sia l'ente comunale, questi può limitarsi a dire di non essere a conoscenza dei fatti allegati dall'attore).

Il grado di specificità della contestazione deve ritenersi proporzionato al contenuto descrittivo delle deduzioni avversarie e alla specificità delle allegazioni dell'altra parte<sup>20</sup>.

Il problema è però quello della mancanza negli atti introduttivi, secondo il costume italico, di una schematicità tale da consentire alle controparti e al giudice l'agevole identificazione dei fatti allegati e di quelli non controversi o contestati in modo assolutamente generico. Normalmente fatti, valutazioni, giudizi e qualificazioni giuridiche, vengono mescolate rendendo difficile la comprensione dei nudi fatti.

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

E' chiaro che in questi frequenti casi, il giudice si debba muovere con estrema cautela prima di dare per pacifici dei fatti.

Con la decisione n 8933/2009, la Suprema Corte ha affermato i seguenti principi, chiarendo che:

- la contestazione generica va equiparata alla mancanza di contestazione solo a fronte di fatti ritualmente allegati dalla controparte in modo preciso e puntuale.

- La non contestazione ha rilievo solo quando vengono richiamate circostanze fattuali pertinenti e significative;

<sup>19</sup> Si veda Cass 8933/2009, secondo la quale negare un fatto tout court equivale a contestazione generica.

<sup>20</sup> v. Balena, op.ult.cit., 36.

l'onere di contestazione va valutato tenendo conto della concreta possibilità per il convenuto di avere conoscenza specifica dei fatti.

La contestazione può essere implicita quando il riconoscimento del fatto è incompatibile con la difesa: la contestazione dell'an relativa ad un sinistro, a detta del convenuto mai avvenuto, copre anche quella del quantum; la contestazione delle modalità del sinistro non copre invece anche quella sul quantum.

### **11. Problemi applicativi della non contestazione nei riti speciali e sommari, cautelari e non.**

La non contestazione, quale principio generale posto nel libro primo del c.p.c., riguarda tutte le parti del processo e ogni forma di procedimento giurisdizionale, sia esso a cognizione piena (con rito ordinario o speciale) o sommaria (cautelare e non cautelare).

Il regime della non contestazione deve però essere adattato al modulo processuale utilizzato. Così, nel rito laburistico come in quello locatizio, se al convenuto è richiesto sin dalla memoria difensiva di prendere specifica posizione, non limitata a una generica contestazione, sui fatti dedotti dall'attore nel ricorso introduttivo, appare problematico onerare l'attore di una contestazione specifica e istantanea in prima udienza rispetto ai fatti affermati dal convenuto nella memoria difensiva, poiché non è sempre praticabile una specifica contestazione orale in prima udienza, con verbalizzazioni necessariamente sintetiche. Più ragionevolmente, la non contestazione dell'attore rispetto ai fatti addotti dal convenuto potrà emergere dall'interrogatorio libero delle parti. Sicché nel rito del lavoro e locatizio, dovranno essere valutate con cautela le preclusioni in capo all'attore, a differenza di ciò che avviene per il convenuto. Di ausilio per la determinazione dei fatti non contestati da parte del giudice sarà allora l'interrogatorio libero.

Sebbene la non contestazione sia destinata a operare nei procedimenti sommari e in quelli camerali, anche in questi procedimenti dovranno essere adottate notevoli cautele per le peculiarità del modulo processuale cui si riferisce<sup>21</sup>.

La concentrazione dei tempi processuali deve rendere consapevoli dell'estrema cautela nella valutazione dei fatti pacifici.

In tali procedimenti del fatto assunto dal primo giudice come non

---

<sup>21</sup> Sul punto si rinvia alla relazione tenuta per il corso studio CSM 24 maggio 2010 sul procedimento sommario, sul sito cosmag CSM

contestato potrà essere dimostrata l'inesistenza, anche attraverso nuovi mezzi di prova dedotti per la prima volta in seconde cure (art. 702 quater c.p.c.).

## **12. La non contestazione con riferimento ai diritti disponibili e non disponibili.**

La non contestazione può determinare *relevatio ab onere probandi* solo nel campo dei diritti disponibili, senza generare comunque, neppure per tali diritti, alcun vincolo per il giudice, poiché il fatto non contestato può essere smentito in altre risultanze di causa, di cui egli dovrà tener conto<sup>22</sup>. Nell'ambito dei diritti indisponibili, invece, la non contestazione concorrerà con gli altri mezzi di prova a formare il convincimento del giudice, ma non sarà sufficiente da sola a fondare la sua decisione<sup>23</sup>.

## **13. Sulla possibilità di provare atti per i quali sia richiesta la forma scritta *ad probationem tantum*. Non operatività per gli atti per i quali è prevista la forma scritta *ad substantiam*.**

La non contestazione può anche fornire prova di un contratto per il quale sia richiesta la forma scritta *ad probationem*, la quale non impedisce alle parti di darne per pacifica, in giudizio, l'esistenza, pur in difetto di un documento scritto (si pensi, ad es., all'assicurazione o alla transazione).

Diverso è il caso in cui la forma sia imposta *ad substantiam*, non potendo un comportamento endoprocessuale delle parti, rilevante sul piano esclusivamente probatorio, tener luogo della forma richiesta per la validità stessa dell'atto<sup>24</sup>.

## **14. Conclusioni: prudente valutazione da parte del giudice; auspicio per un nuovo *stylus curiae*.**

La non contestazione è fenomeno molto delicato lasciato in balia d'interpretazioni giurisprudenziali disperate.

Il nostro legislatore è stato lacunoso nel nuovo art. 115 c.p.c. perché ha

---

<sup>22</sup> Proto Pisani, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, 606; Balena, cit; Cea, cit Carratta, op.cit., 328 ss.; Taruffo, *La semplice verità* cit., ;

<sup>23</sup> V. Balena, *La pseudo-riforma* cit., § 12; Briguglio, op.cit., § 4; Cea, *La tecnica* cit., 203 s..

<sup>24</sup> V. Cea, op.ult.cit., 220; T Lamezia Terme 30/6/2010 WWW il caso.it Trib. Piacenza, 2 febbraio 2010 cit.

lasciato all'interprete l'improbabile compito di ricostruire una equilibrata disciplina della non contestazione.

La non contestazione rileva sul piano probatorio e non è vincolante per il giudice, ma deve essere valutata con prudente apprezzamento.

Il giudice deve essere cauto nella valutazione dei fatti pacifici, tenendo conto delle peculiarità dei modelli processuali, del grado di specificità esigibile dalla parte nei cui confronti sono allegati i fatti e della puntualità delle allegazioni.

Una corretta ed agevole applicazione del principio di non contestazione postula modalità di redazione degli atti giudiziari che prevedano la semplificazione schematica degli atti e la corrispondente possibilità per le controparti di prender posizione su fatti ordinatamente articolati e per il giudice di identificare con chiarezza quelli non bisognevoli di prova perché non contestati<sup>25</sup>. A tale fine sarebbe utile introdurre anche una forma di interpello tra procuratori su fatti specificamente articolati.

---

<sup>25</sup> Si veda, per esempio, per i *pleadings* anglosassoni, la *Part 16* delle *Civil Procedure Rules* inglesi, che riporta nelle parti che interessano:

16.5 Content of defence

(1) *In his defence, the defendant must state –*

(a) *which of the allegations in the particulars of claim he denies;*

(b) *which allegations he is unable to admit or deny, but which he requires the claimant to prove;*  
*and*

(c) *which allegations he admits.*

(2) *Where the defendant denies an allegation –*

(a) *he must state his reasons for doing so; and*

(b) *if he intends to put forward a different version of events from that given by the claimant, he must state his own version.*

(3) *A defendant who –*

(a) *fails to deal with an allegation; but*

(b) *has set out in his defence the nature of his case in relation to the issue to which that allegation is relevant,*

*shall be taken to require that allegation to be proved.*

(4) *Where the claim includes a money claim, a defendant shall be taken to require that any allegation relating to the amount of money claimed be proved unless he expressly admits the allegation.*

(5) *Subject to paragraphs (3) and (4), a defendant who fails to deal with an allegation shall be taken to admit that allegation.*

Cass., sez. un., 23-01-2002, n. 761.

*Gli artt. 167, primo comma e 416, terzo comma, imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione su tali fatti, fanno della 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 e dovrà ritenerlo sussistente*

*Il difetto di contestazione: 1) può avere rilievo solo quando: A) si riferisca a fatti e non semplicemente alle regole legali o contrattuali di elaborazione dei conteggi; l'applicazione di queste regole, infatti, si colloca pienamente ed interamente nell'ambito dell'esercizio dei poteri del giudice, tenuto alle necessarie valutazioni, anche in difetto di specifiche contestazioni delle parti; B) e sempre che si tratti di fatti non incompatibili con le ragioni della contestazione sull'"an"; 2) rileva diversamente, a seconda che risulti riferibile a fatti giuridici costitutivi della fattispecie non conoscibili di ufficio, ovvero a circostanze dalla cui prova si può inferire l'esistenza di codesti fatti.: A) nella prima ipotesi il comportamento della parte costituisce manifestazione dell'autonomia riconoscibile alla parte in un processo dominato dal principio dispositivo, con la conseguenza che il fatto non contestato non ha bisogno di prova perché le parti ne hanno disposto vincolando il giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza; si tratta, quindi, di un ambito di incidenza estraneo alla determinazione del "thema probandum" ed inerente soltanto alla determinazione del tema di fatto che è a base della controversia; B) nella seconda ipotesi), nonostante la mancanza di controversia sulla specifica circostanza, si è fuori del dominio esclusivo dell'autonomia delle parti ed è pur sempre necessario un controllo probatorio, ai fini del quale il comportamento tenuto dalle parti può essere utilizzato dal giudice come argomento di prova ex art. 116, secondo comma cod. proc. civ;*

*3) si caratterizza, inoltre, per un diverso grado di stabilità a seconda che investa fatti dell'una o dell'altra categoria, perché: A) se concerne fatti costitutivi del diritto, si coordina al potere di allegazione dei medesimi e partecipa della sua natura, sicché simmetricamente soggiace agli stessi limiti apprestati per tale potere; pertanto: Aa) il limite della contestabilità dei fatti costitutivi originariamente incontestati si identifica, nel rito del lavoro, con quello previsto dall'art. 420, primo comma, cod. proc. civ. per la modificazione di "domande eccezioni e conclusioni già formulate"; Ab) trattasi di preclusione argomentabile dal sistema e non di decadenza ex art. 416 cod. proc. civ., norma che commina tale sanzione per le sole domande riconvenzionali e per le eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio e proposte oltre il limite temporale assegnato alla memoria difensiva; Ac) ai fini della tempestività della contestazione, non rileva la tardività della costituzione in giudizio, potendo un problema di preclusioni alla contestabilità porsi soltanto nel presupposto (non configurabile nel solo fatto della contumacia) della rilevanza di un originario atteggiamento di non contestazione; B) se investe circostanze di rilievo istruttorio, trova, invece, più ampia applicazione il principio della provvisorietà, ossia della revocabilità della non contestazione, versandosi, in un ambito nel quale il controllo probatorio è, in ogni caso, necessario e l'atteggiamento difensivo del convenuto ed i suoi eventuali mutamenti rilevano solo come "argomenti", da valutarsi, nel concorso delle ulteriori risultanze istruttorie, ai fini della formazione del convincimento del giudice; ciò non contrasta con la struttura propria del rito speciale in quanto una tardiva contestazione dei fatti probatori non comporta alcuna alterazione del sistema difensivo che l'attore deve, in ogni caso, avere approntato secondo il principio di*

eventualità.

*Cass., sez. un., 17-06-2004, n. 11353.*

*Nel rito del lavoro la non contestazione dei fatti allegati in ricorso, tendenzialmente irrevocabile, rende gli stessi non controversi, e dunque non bisognosi di prova, pur trovando tale principio applicazione con riferimento ai soli fatti da accertare nel processo e non anche con riferimento alla determinazione della dimensione giuridica di tali fatti ed ai fatti dedotti in esclusiva funzione probatoria.*

*Cass., sez. I, 27-02-2008, n. 5191.*

*In materia di prove, l'onere del convenuto, previsto dall'art. 416 c.p.c. per il rito del lavoro, e dall'art. 167 c.p.c. per il rito ordinario, di prendere posizione, nell'atto di costituzione, sui fatti allegati dall'attore a fondamento della domanda, comporta che il difetto di contestazione implica l'ammissione in giudizio solo dei fatti c.d. principali, ossia costitutivi del diritto azionato, mentre per i fatti c.d. secondari, ossia dedotti in esclusiva funzione probatoria, la non contestazione costituisce argomento di prova ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c.*

*Cass n 5356/2009*

*L'art. 167 c.p.c. considera la non contestazione un comportamento univocamente rilevante al fine della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsiasi controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e dovrà ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti. Per inesistenza principio di non contestazione*

*Cass., sez. I, 16-06-2006, n. 13958.*

*Non sussistendo nel vigente ordinamento processuale un onere, per la parte, di contestazione specifica di ogni fatto dedotto ex adverso, la mera mancata contestazione in quanto tale non può avere automaticamente l'effetto di prova, onde il giudice che ritenga non raggiunta la prova di una circostanza, consistente in un fatto dedotto in esclusiva funzione probatoria, semplicemente allegata dall'attore, non incorre in violazione di legge o vizio di motivazione nel non aver tenuto conto, quale elemento probante, della non contestazione da parte del convenuto (fattispecie in tema di allegazione della qualità di imprenditore ai fini della liquidazione del maggior danno per svalutazione monetaria in obbligazione pecuniaria)*

*Cass., sez. III, 04-02-2005, n. 2273.*

*Non sussistendo nel vigente ordinamento processuale un onere per la parte di contestazione specifica di ogni fatto dedotto ex adverso, la mera mancata contestazione in quanto tale e di per sé considerata non può avere automaticamente l'effetto di prova; tuttavia ove il giudice valuti tale comportamento ex art. 116 c.p.c. non semplicemente di per sé (e quindi solo in quanto omessa contestazione), ma come espressione significativa del comportamento processuale della parte, da inquadrare nell'ambito di quest'ultimo e valutata in relazione all'intero complesso di tesi difensive esposte, assume la rilevanza prevista da detta norma e può quindi costituire perfino unica e sufficiente fonte di prova*  
*Cass., sez. lav., 03-05-2007, n. 10182.*

*La non contestazione della domanda scaturisce dalla non negazione del fatto, fondata sulla volontà della parte, intesa come oggettivo aspetto dell'atto; deve essere pertanto inequivocabile, di talché non può ravvisarsi né in caso di contumacia del convenuto, né in ipotesi di contestazione meramente generica e formale, la quale tuttavia costituisce un comportamento valutabile da parte del giudice di merito.*

*Cass., sez. I, 28-10-2005, n. 21087.*

*In tema di revocatoria fallimentare, il silenzio serbato dal convenuto nel giudizio di primo grado in ordine alla conoscenza dello stato d'insolvenza non ne preclude la contestazione in appello, non trattandosi di un'eccezione in senso proprio, ma di una mera contestazione dei fatti costitutivi della domanda, e non rinvenendosi nel nostro ordinamento alcun principio che ne vieti la tardiva contestazione; non sussistendo neppure un principio che vincoli la parte alla contestazione specifica di ogni situazione di fatto affermata dalla controparte, l'inerzia del convenuto non comporta nemmeno un'inversione dell'onere di fornire la prova della scientia decoctionis, la quale richiede un'esplicita ammissione della parte, ovvero che quest'ultima abbia impostato il proprio sistema difensivo su circostanze o argomentazioni logicamente incompatibili con il suo disconoscimento*

*Non contestazione- contumacia- appello*

*Cass., sez. III, 23-06-2009, n. 14623.*

*L'esclusione dei fatti non contestati dal thema probandum non può ravvisarsi in caso di contumacia del convenuto, in quanto la non negazione fondata sulla volontà della parte non può presumersi per il solo fatto del non essersi la stessa costituita in giudizio, non essendovi un onere in tal senso argomentabile dal sistema; pertanto, al convenuto, costituitosi in appello, non è precluso contestare i fatti costitutivi e giustificativi allegati dall'attore a sostegno della domanda*