Judicium
Il processo civile in Italia e in Europa
Civil Procedure in Italy and Europe

www.judicium.it

BRUNO SASSANI

L'ONERE DELLA CONTESTAZIONE[1]

SOMMARIO : 1. Tema e contesto. – 2. Il dibattito giurisprudenziale fino alla legge n. 69/2009 – 3. Uno sguardo oltralpe – 3.1 Belgio e Francia – 3.2 Germania – 3.3 Austria – 4. L'intervento legislativo sull'art. 115 comma 1 c.p.c. – 5. L'assolvimento dell'onere di contestazione esonera in concreto la parte astrattamente gravata dell'onere della prova. – 6. L'onere di contestazione riguarda i fatti sfavorevoli della cui prova è onerata la controparte. – 7. L'onere riguarda i fatti consapevolmente e ragionevolmente contestabili. – 8. L'onere di contestazione non riguarda necessariamente i fatti c.d. principali. – 9. La specificità della contestazione. –10. Mancata contestazione dei fatti e mancata contestazione di somme. – 11. *Jus poenitendi*? – 12. Non contestazione, forma *ad probationem*, forma *ad substantiam*. – 13. La limitazione della norma alle parti costituite (talora è meglio restarsene a casa). – 14. Contumacia e "tradizione del diritto italiano": il nuovo art. 115 chiude il dibattito.

1. Oltre alle «prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero», dal luglio del 2009 il giudice è espressamente autorizzato dall'art. 115 c.p.c. a porre a fondamento della decisione «i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita».

Come è nel suo spirito, la legge n. 69/2009 ha inteso formalizzare e disciplinare *ad hoc* una soluzione sostanzialmente già accettata. La modifica all'art. 115 c.p.c.[2] costituisce infatti esplicita conferma legislativa di un'antica e pacifica esperienza giudiziaria[3] corrispondente ad un *topos* della retorica classica confluita nell'elaborazione del diritto delle prove[4] e, ancor prima, giustificata da un dato di senso comune: da sempre prassi e letteratura[5] riconoscono

[1] *Il saggio è dedicato a Giovanni Verde, la cui lunga riflessione sul tema della prova è stata stimolo e sostegno per l'autore.*

[2] Su cui specifica(ta)mente vedi BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)*, in www.judicium.it e in questa *Rivista.,* 749 ss., spec. 776; BALENA, in BALENA, CAPONI, CHIZZINI, MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino 2009, 32 ss.; BOCCAGNA, *Le modifiche al primo libro del c.p.c.*, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli 2009, 35; CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione,* in *Foro it.* 2009, V, 268 ss.; CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato, Riv. arb.* 2009, 55 ss.; CONSOLO e DE CRISTOFARO, *Codice di procedura civile, La riforma del 2009*, Milano 2009, *sub* art. 115; RICCI G.F., *La riforma del processo civile*, Torino 2009, 39 ss.; SASSANI, *Commento all'art. 115*, in SALETTI e SASSANI, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino 2009, 66 ss.

[3] VERDE, *Prova (dir. proc. civ.),* in *Enc. dir.* XXXVII, Milano 1988, 613 ss.

[4] « *On appelle preuve en justice, les manières réglées par les lois pour découvrir et pour établir avec certitude la vérité d'un fait contesté* » (DOMAT, Les lois civiles, edizione parigina del 1777, lb. III, tit. VI, sez. II, p. 278).

[5] V. in tal senso, per es., Cass. 28 giugno 1978, n. 3221; Cass. 8 febbraio 1978, n. 596; Cass. 11 dicembre 1951, n. 2795; Cass. 7 novembre 1958, n. 3642. Una ampia ricognizione di massime nella stessa linea è fatta da ANDRIOLI, *Prova*, voce in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino 1967, § 12 (ora in *Studi sulle prove civili*, Milano 2008, 37 ss.), e da VERDE, *Prova (dir. proc. civ.),* cit., nt. 224; in ambedue nutrite citazioni di dottrina; *adde* LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano 2002, 301 ("*Sono oggetto di prova solo i fatti*

che la mancata contestazione di fatti sfavorevoli, rendendoli pacifici (accettati, ammessi), esonera la controparte dagli oneri probatori astrattamente gravanti su di essa[6].

La mancanza di esplicita prescrizione, che in passato non aveva destato particolari problemi, nell'ultimo quindicennio aveva però venato di incertezza il tema[7] proiettandosi sulla giurisprudenza che ha dibattuto dell'esistenza o meno di un *principio di non contestazione*,[8] sulla sua portata e sulla sua giustificazione sistematica. Perché questo sia accaduto non è del tutto chiaro, o meglio, mentre si comprende l'esigenza di sciogliere alcune questioni particolari (emerse specialmente nelle controversie di lavoro), non è chiaro perché ci si sia buttati con grande spreco di dommatica a tentar di riscrivere i principi, con il risultato (nel migliore dei casi) di ribadire l'ovvio, ma, in genere, di imprigionare il dibattito nella perversa logica delle preclusioni che avvelena ormai da tempo il processo civile.

Il nuovo testo dell'art. 115 c.p.c. è la risposta alle turbolenze degli ultimi lustri.

2. Il dubbio sulla effettiva rilevanza e sulla precisa portata dei comportamenti etichettabili "non contestazione" è stato affrontato variamente dalla giurisprudenza della Suprema Corte che ha fornito soluzioni spesso considerate in contrasto tra loro ma che, nella sostanza, differiscono meno di quanto sembrerebbe a prima vista. Un esame ravvicinato dei casi decisi e delle questioni dibattute mostra che spesso il dissenso o è più terminologico che di sostanza (complice una massimazione scivolosa e di maniera), ovvero risente dell'applicazione del principio a casi peculiari[9].

---

controversi"); TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, III, Milano 2007, 181; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1966, I, 461 "*Sul terreno della prova, alla notorietà corrisponde, per i fatti costitutivi la cosiddetta pacificità, che proviene dalla non contraddizione, sia che essa risulti da ammissione espressa, sia dal comportamento e dal sistema difensivo*".

[6] Questo riconoscimento è indirettamente confermato dalla corrente affermazione che la difesa del convenuto che si risolve in un mero diniego della sussistenza del fatto costitutivo attualizza l'onere della prova in capo all'attore. Parla di "tecnica di semplificazione processuale" per la non contestazione, CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere* cit. 270.

[7] V. ANDRIOLI, *op. loco cit*. In precedenza CARNELUTTI, *La prova civile*, (rist.) Milano 1992, 18 ss. In seguito v. VERDE, *L'onere della prova*, Napoli 1974, 453 ss.; VERDE, *L'onere della prova e il processo del lavoro*, *Relazione all'Incontro di studio "Controversie di lavoro e onere della prova",* Roma 25-06-2007, in *www.CSM.it/incontridistudio/ricerche*, § 8; ID, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro, Studi Liebman,* Milano 1979, III, 2177; ID, *Prova,* cit., 579 ss.; CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, *passim*; CEA, *Il principio di non contestazione tra fronda e disinformazione,* in *Foro it.* 2003, I, 2107 ss.; ID, *La non contestazione dei fatti e Corte di cassazione: ovvero di un principio poco amato, ivi,* 2005, I, 1, 178; CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile. II. La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano, 1993, *passim*; CARRATTA, *A proposito dell'onere di prendere posizione,* in *Giur. it.* 1997, I, 2, 151 ss.; COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato Rescigno*, vol. III, 181 ss.; DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali,* in *Giust. civ.* 2004, II, 111 ss.; FABIANI M., *Il valore probatorio della non contestazione nel giusto processo civile,* in *Corr. giur.* 2003, 1342 ss.; FRUS, *Note sull'onere del convenuto di "prendere posizione" nel processo del lavoro,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 63ss.; PATTI, *Prove – Disposizioni generali, Commentario Scialoja e Branca*, 1987, 70; RASCIO, *Note brevi sul "principio di non contestazione" (a margine di una importante sentenza),* in *Dir. giur.* 2002,78 ss.; VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova 1988, 27 ss.; ID, *L'onere di contestazione nel processo del lavoro,* in *www.judicium.it*; VIDIRI, *La contumacia ed il principio di non contestazione nel processo del lavoro* in *Mass. Giur. Lav*., 2005, 6, 494.

[8] La dottrina ama parlare di *principio di non contestazione*, ma l'espressione è inespressiva (quindi vuota) e può prendersi solo come generica etichetta del tema. Più adeguata ad inquadrare il senso della prescrizione dell'art. 115 appare l'espressione *onere di contestazione*.

[9] Ampio e ragionato esame della giurisprudenza in DI IASI, *Il principio di non contestazione in seguito alla modifica dell'art. 115 c.p.c. introdotta dalla l. n. 69 del 18 giugno 2009,* Testo della Relazione presso la Corte di cassazione del 2-12-09.

In maniera approssimativa può ricordarsi un filone secondo cui la *relevatio* poteva discendere solo dall'ammissione[10] del fatto, filone che si intersecava con l'altro secondo cui bastava adottare una linea difensiva logicamente inconciliabile con il suo riconoscimento. Sotto altro aspetto, la non contestazione veniva fortemente relativizzata dalla sua assimilazione ad un comportamento sostanzialmente reversibile «poiché la parte rimaneva sempre libera di contestare successivamente (anche in grado di appello) i fatti originariamente non contestati, rendendoli in tal modo controversi e dunque bisognosi di prova»[11]. È venuta poi la giurisprudenza della sezione lavoro della Corte di Cassazione in tema di (non) contestazione dei conteggi, giurisprudenza che, attraverso incertezze e distinguo è infine sfociata nelle precisazioni delle Sezioni Unite con la sentenza 23 gennaio 2002, n. 761[12]. Questa sentenza ha avuto il merito di tentare di valicare il recinto processual-lavoristico (da cui pure provenivano i problemi affrontati) nel quale era rimasta impigliata la giurisprudenza precedente (tutta segnata dalla specificità del tema dei conteggi retributivi, a cavallo tra fatto e diritto, legge, contratti collettivi e regole di elaborazione contabile), per dettare una disciplina tendenzialmente compiuta, valevole per il processo ordinario non meno che per il processo del lavoro.

L'ampia disamina della sentenza (soprattutto condotta sulla necessità di distinguere i fatti costitutivi veri e propri dalle circostanze complementari rilevanti solo ai fini istruttori) era sfociata nel riconoscimento della convergenza degli artt. 167, 1° comma, e 416, 3° comma, c.p.c. nell'imporre al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti (autenticamente) costitutivi, con la conseguenza dell'univoca rilevanza della non contestazione «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». Nella ricostruzione delle S.U. l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua di una precisa regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito dei temi istruttori ed impone al giudice di porlo, in tesi, quale fatto accertato.

È osservazione ricorrente che, malgrado la presa di posizione delle Sezioni Unite, la giurisprudenza successiva avrebbe continuato ad ondeggiare tra l'idea che il convenuto che non contesta specificamente *in limine litis* i fatti costitutivi, esercita definitiva rinuncia al proprio potere di contestazione, e la mitigazione di tale tesi attraverso il dubbio che silenzio o contestazione generica valgano effettiva "non contestazione". In realtà, un vaglio più ponderato lascia intendere che, della sentenza delle Sezioni Unite, la giurisprudenza largamente maggioritaria ha sostanzialmente accettato il nucleo[13] e che le massime in apparenza contrarie sono prevalentemente frutto di situazioni particolari in cui il comportamento del convenuto[14] aveva finito per lasciare dubbi sulla effettività della non

---

[10] Più o meno esplicita, considerando l'incertezza aggiuntiva dipendente dalla relativa chiarezza del concetto stesso di ammissione (cfr. FURNO, *Confessione*, in *Enc. Dir.*, VIII, 912 ss.).

[11] BOCCAGNA, *Le modifiche al primo libro del c.p.c.*, in AA.VV., cit., 35.

[12] In *Giust. civ.*, 2002, 7-8, 1909, con nota di CATTANI, *Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi al quantum delle spettanze richieste dal lavoratore*.

[13] V. in tal senso Cass. 5 marzo 2009, n. 5356; Cass. 20 novembre 2008, n. 27596; Cass. 3 luglio 2008, n.18202; Cass. 21 giugno 2008, n. 13078; Cass. 25 maggio 2007, n. 12231; Cass. 3 marzo 2006, n. 4668. Va fatta comunque salva qualche sentenza effettivamente dissonante, quale Cass. 28 marzo 2004, n. 20916, in *Foro it.* 2005, I, 1, 727, efficacemente criticata dall'annotatore (CEA, *La non contestazione dei fatti e la Corte di cassazione,* cit.).

[14] La problematicità del giudizio di fatto sottostante alla conclusione della presenza di non contestazione è sentita ed accuratamente esposta dalla sentenza delle S.U. quando sottolinea che «se le contestazioni sui fatti costitutivi del diritto in contesa implichino anche quelle dei fatti allegati ai fini della quantificazione della pretesa è questione non suscettibile di una risposta astratta in un senso o nell'altro, ma da risolvere caso per caso in base al criterio per cui questa seconda categoria di fatti non è investita dalla contestazione sull'*an*, quante volte si tratti di fatti non incompatibili con la denegata sussistenza del credito. In questi casi, la contestazione sull'*an* non preclude l'applicabilità della regola che impone al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti

contestazione[15]. Sicché, nel panorama ante riforma si poteva fondamentalmente già concludere – con le parole di Cass. 15.11.2007, n. 23638 – che "*nell'evoluzione giurisprudenziale, l'onere di contestazione – con il correlativo corollario del dovere, per il giudice, di ritenere non abbisognevole di prova quanto non espressamente contestato – è divenuto principio generale che informa il sistema processuale civile*". Esso poggia le proprie basi fondamentalmente sul tenore degli artt. 167 e 416 c.p.c., ma "*non più soltanto*" su di essi, dovendosi considerare "*anche il carattere dispositivo del processo comportante una struttura dialettica a catena*" nonché la generale organizzazione per preclusioni successive – che, in misura maggiore o minore caratterizza ogni sistema processuale – e il dovere di lealtà e probità, posto dall'art. 88 c.p.c. – che impone a entrambe di collaborare fin dalle prime battute processuali a circoscrivere la materia realmente controversa, senza atteggiamenti volutamente defatiganti, ostruzionistici o solo negligenti. Non manca infine un forte richiamo al "*generale principio di economia che deve sempre informare il processo, vieppiù alla luce del novellato art. 111 Cost.*"

3.1. La non contestazione del fatto non sembra dar luogo a particolari problemi negli ordinamenti di tipo francese. Come nella tradizione italiana manca una norma di legge che prevede e regola questo atteggiamento della parte, ma in diritto belga si afferma pacificamente che « *on ne doit prouver que les faits contestés* »[16]. E, a specificazione del principio, si aggiunge che « *une simple dénégation de celui contre lequel une allégation est formulée suffit pour qu'elle soit considérée comme contestée* »[17]. In Francia si riconosce correntemente che « *le fait est à prouver s'il est contesté* » sicché « *si un fait est allégué, sans être contesté, il n'est pas à prouver* » è la relativa allegazione è « *tenue pour vraie* »[18]. Il diritto francese individua così una « *charge de la contestation* » che viene dagli autori appoggiata sulla c.d. « *théorie du fait constant*[19] » e che porta correntemente all'endiade « *faits allégués et contestés* »[20].

Non che manchi chi, dando atto di casi ambigui[21], fa notare che la considerazione della verità delle allegazioni non contestate, non è sempre automatica ma dipende spesso da un

---

allegati *ex adverso*, con la conseguenza che il comportamento omissivo si connota di idoneità ad essere apprezzato dal giudice ai fini dell'identificazione dell'oggetto della lite o del tema probatorio».

[15] Sembra relativizzare la portata della non contestazione quella giurisprudenza che (come Cass. 7 aprile 2009, n. 8389) ammette la possibilità di ritornare in appello sul fatto «pacifico per mancata contestazione ad opera di tutte le parti in causa»; secondo la sentenza «quella di esse che in appello la contesti ha l'onere di fornire la prova del suo contrario assunto, rimettendo in discussione un fatto del quale si è già considerata acquisita la prova come fatto non contestato».

[16] MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles 2002, 85 e ivi citazioni di dottrina e giurisprudenza in tal senso.

[17] MOUGENOT, *Ibidem*; VERHEIDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles 1991, § 62 ; FETTWEISS, *Manuel de procédure civile*, 2 ed. Liège 1987, n. 468

[18] MOTULSKY, *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, Répertoire Dalloz*, 1964, Chron. 235, n. 19 ; Cass (*Chambre Civ.*) 1re, 9 dicembre 1963, in *JCP* 1964, II, 13542 con Nota di Mazeaud; Cass. (*Chambre Civ.*) 1re, 11 gennaio 1977, *Bull civ.* I, n. 24 ; Cass. (*Chambre Civ.*) 2e, 8 febbraio 1989, *ibidem* II, n. 41; Cass. (*Chambre Comm.*) 28 maggio 1991, ibidem IV n. 188 ; Cass. (*Chambre Soc.*) 15 giugno 1983, *ibidem* n. 335.

[19] Dove *constant* ("che consta") va inteso nella formale e invecchiata accezione di « *indubitable, patent, positif* ». La dottrina del fatto evidente – su cui v. LE BARS, *La théorie du fait constant*, *JCP* 1999, I, 178 – è inquadrata come l'eccezione (che conferma la regola) rispetto al principio fissato dall'art. 9 *n.c.p.c.* (« *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* »).

[20] CADIET e JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 4è éd., Paris 2004, 397 ; v. anche 432 (« *la mesure d'instruction est ... un procédé qui a pour objet d'établir la réalité ou les caractères de faits ... lorsque ces faits, allégués par l'une des parties, sont contestés par l'autre* »).

[21] *Cour de Cassation* (*Chambre Comm.*) 3.12.1985, inedita ma citata da BOLARD, *JCP* 1993, I, 3693, nota 35.

giudizio di prudente apprezzamento del giudice[22], al punto che la dottrina ha talora perorato una più attenta indagine della giurisprudenza, di cui si è rimarcata l'indecisione[23]. Non sembra però azzardato concludere che i casi considerati – lungi da mettere in crisi il valore della non contestazione – fanno salvo il potere del giudice di verificare in concreto l'effettività dell'atteggiamento della parte. Non basta infatti che le parti non abbiano formulato una espressa contestazione perché il giudice sia obbligato a considerarli « *constants* », poiché egli può « *les contester sur la base d'une contestation implicite par les parties, ne serait-ce qu'au titre de son pouvoir d'interpréter les écritures des parties* ».[24]

3.2. L'intervento sull'art. 115 c.p.c. segna invece una sorta di *ralliement* dell'ordinamento italiano alla tradizione normativa del diritto tedesco. La non contestazione dei fatti allegati dalla controparte trova in questo una consolidata ed espressa soluzione normativa.

Il terzo comma del § 138 della *ZPO* tedesca, prevede che i fatti "*che non sono espressamente contestati, sono da considerarsi sussistenti*" a meno che non risulti da "*altre dichiarazioni della parte che essa aveva invece intenzione di contestarli*".[25] Dottrina[26] e giurisprudenza[27] ripetono che la mancata contestazione conduce alla *Fiktion des Geständnis*, cioè ad una *ficta confessio*, figura che corrisponde sostanzialmente all'ammissione dei fatti nel nostro sistema[28]. Il § 138 è peraltro significativamente rubricato come *Erklärungspflicht über Tatsachen*[29], e l'intero dibattito sulla non contestazione si colloca nel particolare contesto del controllo del giudice sulla reale portata delle affermazioni e dei comportamenti delle parti. Altra dimensione rispetto al dibattito italiano, focalizzato invece sulla opportunità di giustificare l'effetto della "non contestazione" attraverso la ricerca delle possibili fattispecie, in un regime processuale segnato dall'ossessione delle preclusioni (v. in partic. *infra* § 4).

---

[22] FERRAND, *Preuve* (*Janvier* 2006), in Guinchard, *Repertoire de procédure civile,Encyclopédie Juridique Dalloz*, n. 116.

[23] PONSARD, *Verité et justice, Rapport aux journées H. Capitant*, 1987, tomo 38, nota 35. I dubbi furono rilanciati dalla successiva Cass. (*Chambre Civ.*) 2ème, 10 maggio 1991 (*Bull. civ.* II, n. 142 e *Rev. trim. droit civil* 1992, 447, con Osservazione di NORMAND) in cui la Corte si rifiuta di cassare la sentenza impugnata assumendo che la Corte d'appello non era necessariamente « *tenue de considérer que les faits allégués étaient constants au seul motif qu'ils n'avaient pas été expressément contestés par les autres parties* ».

[24] GUINCHARD, *Nouveau code de procédure civile*, Paris 1999, *sub* art. 8, 011.

[25] "*Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht*".

[26] Dottrina più risalente in VERDE, *Prova*, cit., nt. 223. *Adde* PETERS, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*¸ 3 ediz., München 2008, *sub* § 138, nn. 23-26; HARTMANN, in BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS, HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, München 2005, 683 ss., e la monografia dottorale di SCHOOFS, *Entwicklung und aktuelle Bedeutung der Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten im Zivilprozeß*, Münster 1980.

[27] Vedila riportata con ampiezza da STADLER, in MUSIELAK, *Kommentar zur Zivilprozessordnung,* 7 ediz., München 2009, *sub* § 138 *Abs*. 3, nn. 12-15.

[28] Tenuto conto che nei sistemi germanici la confessione (*Geständnis*) non è altro che l'ammissione dei fatti affermati dalla controparte ("*einseitige ... abgegebene Erklärung einer Partei dass eine tatsächliche Behauptung des Gegners zutrifft*": FASCHING, *Zivilprozessrecht*, Wien 1990, § 839).

[29] Aspetto del c.d. "onere dell'allegazione secondaria" (*sekündare Behauptungslast*) attraverso cui la dottrina tedesca legge l'*Abs*. 2 del § 138 *ZPO* che obbliga ognuna delle parti a prendere posizione sui fatti allegati dall'altra. L'onere dell'allegazione secondaria modifica questo meccanismo obbligando l'onerato della contestazione di un sufficiente grado di precisione, poiché, in mancanza di contestazione sufficientemente dettagliata e plausibile, essa non potrà impedire l'effetto di *ficta confessio* (GREGER, in ZÖLLER, *Zivilprozeßordnung*, 27 ed. 2009, *vor* § 284, n. 34; PRÜTTING, in *Münchener Kommentar* cit., § 286 n. 103, n. 131).

3.3. A differenza della *ZPO* tedesca, il diritto austriaco, non regola direttamente la non contestazione dei fatti. Si potrebbe piuttosto dire che la sfiora.

Dopo aver previsto e disciplinato al § 266 la *Geständnis* come effetto di riconoscimento esplicito del fatto dedotto dall'avversario, il primo comma del § 267 *ZPO* lascia al giudice il compito di valutare se, in mancanza di tale riconoscimento, possa comunque aversi una implicita *Geständnis*; a tale fine gli impone di giudicare tenendo in accurata considerazione il contenuto globale della difesa[30]. Il secondo comma dello stesso paragrafo, occupandosi della eventuale dichiarazione della parte "*di non sapere o non ricordare*", affida parimenti al giudice di valutare se in tale posizione vada vista una ammissione che valga riconoscimento ovvero se ciò debba escludersi[31].

L'esplicito richiamo alla dichiarazione di non sapere o non ricordare, spinge però la dottrina all'interpretazione restrittiva per cui una vera *Geständnis* potrebbe ricavarsi solo da dichiarazioni provenienti dalla parte, non anche dal mero silenzio ovvero da altri comportamenti.[32] Sicché il sistema austriaco accetta la *Geständnis* indiretta ma ripudia la *Fiktion des Geständnis*, la *ficta confessio* che l'ordinamento tedesco fa discendere dal puro e semplice non prendere posizione sui fatti dedotti dall'avversario. Ciò non vuol però dire che esso ne misconosca *tout court* la rilevanza perché, a dar valore a questo comportamento, soccorre il compito del giudice[33] di accertare in contraddittorio su quali fatti le parti concordano (*außer Streit gestellte Tatsachen*) e su quali invece esse disputano (*streitige Tatsachen*) e che quindi debbono essere oggetto di prova (c.d. *Außerstreitstellung*). Nessun automatismo dunque, ma la selezione dei fatti incontroversi, con conseguente razionalizzazione dell'attività istruttoria, è intesa quale frutto della doverosa collaborazione di parti e giudice all'inizio della trattazione orale del processo.

4. Il nuovo testo dell'art. 115 comma 1 c.p.c. consente di parlare di un onere di contestazione dei fatti allegati[34], onere che merita di essere puntualizzato e circoscritto nei suoi elementi. Restano infatti da chiarire non pochi dubbi sul senso e sulla portata di una prescrizione che, incastonata in una delle norme pilastro del codice, ha l'ambizione di contribuire a riformulare i principi fondamentali.

Il compito non è scorrevole se si considera che il dibattito, finora svoltosi in assenza di esplicita prescrizione normativa, porta inevitabilmente con sé, come detriti, i problemi legati alla necessità di giustificare e disciplinare la non contestazione quale effetto privo di fattispecie legale, e quindi come istituto innominato dai contorni sfumati. La distorsione deriva dalla circostanza che, in un ordinamento finora privo di una espressa norma generale,[35] all'integrazione della premessa maggiore si è giunti caricando i singoli comportamenti delle parti di una sorta di tipicità. *Ex facto oriebatur jus*, si potrebbe dire, dal momento che si è cercato di trarre la regola dagli eventi-fattispecie così condizionandola ai caratteri di questi. Per lungo tempo il problema è stato quello di individuare a quali atti far

---

[30] V. BITTNER, in *Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen*, a cura di FASCHING, 2 ed. Wien 2004, *Band* 3, *sub* §§ 266-273.

[31] La valutazione deve essere il frutto di un esame critico condotto secondo il principio del libero convincimento sancito dal § 272 (FASCHING, *Zivilprozeßrecht* 2 ed., Wien, 1990, p. 446 § 843). L'esame della concludenza va condotto, per generale massima di dottrina e giurisprudenza, ai sensi del § 863 BGB austriaco.

[32] „*Ein schlüssiges gerichtlichen Geständnis kann aber nur aus ausdrücklichen Parteierklarungen zum Sachverhalt, nicht aber aus bloßem Schweigen oder aus anderem Verhalten der Partei abgeleitet werden*" (FASCHING, *op loco cit.*).

[33] Compito assunto come *fondamentale* da FASCHING (*op. cit.*, § 844): „*Es ist eine der Hauptaufgaben des Richters, zu Beginn der mündlichen Streitverhandlung im Zusammenwirken mit den Parteien festzustellen*".

[34] Sul senso di allegazione peraltro v. *infra* §§ 7 e 8.

[35] *Lacuna legis*, dunque, non *lacuna juris*, dal momento che all'evento considerato veniva data una risposta giuridicamente rilevante, indotta in via sistematica.

corrispondere un implicito effetto di riconoscimento e la cosa è stata inquadrata sul terreno delle preclusioni la cui (perversa) logica ha imperato negli ultimi decenni[36]: se il convenuto *deve* prendere posizione sui fatti costitutivi *in limine litis*, il silenzio su di essi porta con sé la decadenza dalla possibilità di contestazione successiva e, a mo' di meccanica sanzione, il riconoscimento implicito di quei fatti.

Inserita com'è nel libro I, al Titolo "*Dei poteri del giudice*", la nuova norma rovescia metodo e *consecutio*: l'articolo riconosce il potere generale del giudice di porre a fondamento della decisione i fatti non contestati, *rectius* i fatti giudicati pacifici in ragione della mancata contestazione, ma non individua e circoscrive la fattispecie della non contestazione e non erige quindi questo o quel comportamento procedurale a fonte dell'effetto. Essa affida al giudice il potere finale di valutare quali fatti siano da giudicarsi pacifici in quanto effettivamente non contestati all'esito del contraddittorio e dell'atteggiamento difensivo globalmente inteso. In questa logica cessa l'urgenza di individuare un comportamento che, isolatamente considerato, possa assurgere a fattispecie dell'effetto.

L'istituto va quindi sottratto alla logica procedimentale che lo ha strettamente condizionato: alla determinazione della fattispecie legale dell'art. 115 comma 1 c.p.c. sono – a rigore – estranei i temi dei limiti d'esercizio dei poteri delle parti, della revocabilità della non contestazione e della contestazione successiva, questioni di cui si è materiato il dibattito finora. L'unica condizione che la legge impone affinché il fatto possa ritenersi pacifico è che la non contestazione si riferisca specifica(ta)mente al fatto (su questo si tornerà *infra* al § 9).

La collocazione nel primo comma dell'art. 115 c.p.c. taglia il filo che legava la stessa valutabilità della non contestazione alla presenza di meccanismi preclusivi. Finora – in mancanza di prescrizioni dirette – era sembrato necessario appoggiare gli effetti della non contestazione all'onere (soprattutto) del convenuto di prendere immediatamente posizione sui fatti dedotti dall'attore[37]; oggi gli effetti della non contestazione vengono riportati alla sede naturale delle regole di giudizio, cioè delle regole finali che presiedono alla decisione; la loro giustificazione viene così sottratta alla dinamica del procedimento[38] (dinamica che peraltro tende a cambiare spesso per colpa di un legislatore volatile alla ricerca di equilibri che non riesce a trovare) per essere valutata *in cauda*, cioè al momento della valutazione complessiva delle risultanze e degli atteggiamenti delle parti[39].

Stretta appare pertanto la relazione tra il tema della non contestazione e quello dell'onere della prova. La teorica dell'onere della prova guadagna in prospettiva dinamica: è forse eccessivo raffigurarsi una *abstrakte Beweislast* da contrapporre alla figura della *konkrete Beweislast*[40], ma non è inopportuno, per la chiarezza delle idee, porgere attenzione alla

---

[36] La distorsione è ben vista da VERDE, *L'onere della prova e il processo del lavoro,* cit., § 8: "*Con il tempo le basi logiche del principio si sono alterate, perché sono state sopraffatte dalla disciplina delle preclusioni e delle decadenze... Il prezzo che si paga è quello ... di una costruzione burocratica del processo, che ... si allontana dall'obiettivo suo proprio, che è quello di essere strumento di giustizia*".

[37] La viscosità della pregressa impostazione si ritrova per es. in DEL CORE, *Il principio di non contestazione* cit. 278, che ritiene non ammissibile far discendere la non contestazione dalla contumacia (su cui *infra*, § 4), "*tenuto conto che l'art. 167 c.p.c. colloca l'onere di prendere posizione sui fatti nella comparsa di risposta, presupponendo evidentemente la costituzione della parte, prevista nell'articolo immediatamente precedente (art. 166)*".

[38] E pone peraltro il problema – allo stato non risolvibile se non con conclusioni abusivamente generalizzanti – della sua applicabilità anche a procedimenti diversi dal rito ordinario, o comunque dai riti a cognizione c.d. completa.

[39] Ciò aiuta per altra via ad attingere la convinzione, più su espressa, che la norma non consente di distinguere fatti principali da fatti secondari: la qualificazione di principale o secondario è infatti spesso il frutto di un giudizio a posteriori, espresso in funzione dell'individuazione della fattispecie per la decisione (sul punto anche DEL CORE, *Il principio* cit. 281), laddove la distinzione può essere ardua nella fase delle allegazioni e del giudizio di rilevanza.

[40] Considerata da VERDE (*L'onere della prova*¸ cit. 16), che richiama la dottrina di ROSENBERG, *Die Beweislast,* München/Berlin 1965, 166 ss. e, ancor prima di HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1912 (che – § 156 – prende in esame proprio la dinamica della contestazione/non contestazione per

sequenza per cui l'esonero concretamente derivante dalla non contestazione trasforma l'onere astrattamente connesso all'affermazione in quello che gli anglosassoni chiamano *benefit of assumption*. E il legame dell'onere di contestazione con l'istituto dell'onere della prova rende evidenti due cose. La prima è che la non contestazione, se acclarata come tale dal giudice, non è mai di per sé (fonte di) prova del fatto, ma si risolve solo nell'altrui esonero dalla prova[41]. La seconda è che oggetto dell'onere non sono indiscriminatamente tutti i fatti sfavorevoli, bensì solo i fatti della cui prova è gravato l'avversario[42].

La funzione di regola di giudizio attribuita alla non contestazione dall'art. 115 c.p.c., non significa, ovviamente, che ad essa non spetti anche la previa funzione strumentale di selezione del materiale probatorio nel giudizio di ammissione. E' evidente che, se il giudice può porre a fondamento della decisione un fatto non contestato, l'assenza di contestazione al momento di ammettere le prove giustifica pienamente il giudizio di irrilevanza delle procedure probatorie eventualmente richieste rispetto a quel fatto[43].

5. Il mancato assolvimento dell'onere della contestazione produce una vera e propria *relevatio ab onere probandi* in capo alla parte originariamente onerata che guadagna quindi,

---

contrapporre l'onere astratto al suo venir meno in concreto), e ricorda la posizione critica in proposito di Korsch.

[41] O quantomeno nel *benefit of assumption* positivamente valutabile nella dinamica dell'onere (v. *infra* § 8).

[42] La dottrina (ANDRIOLI, *Prova*, cit., § 12; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 407; LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2009, 53; VERDE, *L'onere della prova e il processo del lavoro*, cit. § 8; LIEBMAN, *Manuale* cit., 301) suole richiamare la tradizionale opinione che il valore del riconoscimento, tacito o esplicito, è subordinato alla disponibilità dei diritti in contesa. L'affermazione è sostanzialmente corretta ed è giustificata, ancor più che dal regime della confessione (la cui piena efficacia è limitata ai diritti disponibili in virtù degli artt. 2733 e 2735 c.c.), dall'art. 2698 c.c. da cui risulta con certezza il principio che le parti non possono influire sul regime dell'onere della prova quando si tratta di diritti di cui esse "*non possono disporre*". Certo la norma si riferisce alla programmazione consensuale dell'onere, ma il divieto sarebbe facilmente aggirabile quando si consentisse al comportamento concretamente tenuto dalla parte in giudizio di produrre indirettamente l'effetto consensualmente non perseguibile. Più distesa analisi, fondata sulla distinzione tra processi dominati dal principio inquisitorio e processi dominati dal principio dispositivo, in VERDE, *Prova*, cit., 614.

Due precisazioni però si impongono. La prima è che non può escludersi a priori che, anche laddove il diritto in gioco sia indisponibile, il comportamento della parte che non ha contestato possa (debba) valutarsi ai sensi dell'art. 116 c. 2 c.p.c. quale argomento di prova, a valere quale criterio di agevolazione dell'onere probatorio: in tal senso BALENA (*La riforma*, cit. 35 s.) e, mi sembra, LIEBMAN (*Op. loco cit*., quando scrive che, nei casi in cui il rapporto controverso è disciplinato da norme di ordine pubblico, "*il giudice dovrà essere molto cauto nel considerare come veri quei fatti per i quali non vi sia stata una prova sicura, anche se le parti li ammettono concordemente*"). La seconda è che la qualifica di indisponibilità del diritto va presa *cum grano salis* per evitare di considerare tali diritti che non lo sono affatto. E non mi riferisco a cose ovvie quali la disponibilità, per es., dei diritti del lavoratore derivanti da norme inderogabili che vanno considerati disponibili una volta acquisiti. Mi riferisco anche agli status, dei quali va verificata sempre in concreto l'indisponibilità. Chi scrive diffida grandemente dell'enfasi solitamente versata sull'indisponibilità: sempre infatti più limitata appare la casistica di processi in cui l'oggetto è davvero indisponibile, soprattutto in una legislazione progressivamente restia a lasciare agli status personali e familiari la loro sacralità (si pensi, per fare un solo esempio, al regime di sostanziale disponibilità dello status di separato derivante dalla sottrazione al rilievo d'ufficio ed al rilievo del P.M. dell'eccezione di interruzione della separazione – c. d. riconciliazione – nel processo di divorzio: art. 3, n. 2 lett. b) come risultante dalla modifica della l. n. 74/1987).

[43] Noto solo che, in questo caso, il profilo della rilevanza emerge quale (ir)rilevanza della prova come esperimento, e non quale (ir)rilevanza del fatto da provare, fatto che resta a tal punto rilevante da poter fondare in ipotesi la decisione (il che lascia pensare all'incompletezza della relazione biunivoca che suole porsi tra tema della prova e rilevanza, nel senso di giudizio preliminare sul rapporto del fatto con la fattispecie: per tutti v. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992, 338 s., che parla di "*anticipazione ipotetica del giudizio sulla prova in relazione al fatto*" volto a negare "*ingresso a prove che a priori appaiono inutili per l'accertamento dei fatti .. bene espressa dalla regola tradizionale per cui* frustra probatur quod probatum non relevat").

ex post, il *benefit of assumption*[44]. Ma siccome esonero dalla prova non vuol dire prova (nel senso di rappresentazione o di dimostrazione), il fatto non contestato non può considerarsi positivamente accertato nella sua esistenza o inesistenza[45].

Bisogna invero escludere che la non contestazione del fatto obblighi il giudice a considerare questo comunque esistente: la collocazione della disposizione nel primo comma dell'art. 115 c.p.c. – dove il *deve* va letto quale limite ai poteri del giudice che è autorizzato a giudicare solo *iuxta probata* (*partium*)[46] – lo autorizza ufficialmente anche a giudicare *iuxta non oppugnata* ma se ed in quanto *alia non obstant*. Può infatti ben darsi che, malgrado la sua mancata contestazione, l'inesistenza del fatto sfavorevole risulti invece indubitabilmente acclarata da altre circostanze agli atti, o da inequivocabili inferenze logiche. Come pure potrebbe derivare dalla evidenza contraria della prova comunque esperita dalla parte originariamente onerata[47], malgrado l'esonero offertole dal silenzio della controparte.

Gli effetti della non contestazione vanno invero apprezzati come liceità (e quindi, legittimità) del giudizio storico fondato (non su esiti di prove vere e proprie, bensì) sul giudizio (strumentale) di mancata contestazione[48]: si tratta di una *relevatio ab onere probandi* da intendersi come esenzione dalla regola di giudizio (= non necessità di conclusione negativa) in caso di mancata prova, non invece come necessità di conclusione positiva[49]. Se quindi appare corretta l'affermazione secondo cui "*la relevatio ab onere probandi ... consegue all'inottemperanza dell'onere di contestare specificamente il fatto de quo, rendendolo tra le parti incontroverso e per il giudice non bisognoso di prova*"[50], non può sottoscriversi il prosieguo di tale affermazione secondo cui "*la non contestazione specifica diviene essa stessa fonte di prova*" consentendo "*al giudice di poter ritenere quel fatto provato*"[51].

La non contestazione resta quindi ben distinta dalla confessione ma nulla impedisce di ricondurla all'ammissione, intesa questa nel generico senso che si riconosce al termine e la sua aderenza all'effetto, effetto compatibile con più comportamenti e quindi con più fonti dell'effetto stesso[52].

---

[44] V. peraltro (*infra* § 8) le precisazioni sulla qualità della *relevatio* quando la non contestazione investe un fatto c.d. secondario.

[45] Questa conclusione non necessita peraltro del supporto (attribuitole in dottrina) del "*potere delle parti di delimitare l'ambito di fatto della lite*" (VALLEBONA, *Onere* cit., 27) come proiezione del principio della domanda e del potere di allegazione delle parti (VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro,* in *Riv. dir. proc*. 1977, 222 ss.; ID., *Prova*, cit. 617). A prescindere infatti dalla sua attuale superfluità di fronte alla pura e semplice *voluntas legis*, la giustificazione era palesemente eccedente rispetto alla posta in gioco già nel precedente quadro normativo.

[46] E' l'aspetto del divieto di scienza privata del giudice.

[47] Non invero dal semplice suo fallimento, nel senso della sua inconcludenza: nel regime di esonero, questo risultato sarebbe infatti irrilevante.

[48] "*Il giudizio si forma senza rappresentazione, cioè senza l'intermediazione della prova, sulla base delle sole allegazioni*" (SATTA, *Commentario*, cit. I, 454).

[49] Conf. in diritto francese NORMAND, *op.cit.*, 449 che rimarca come il giudice « *peut, tout aussi souverainement, porter une appréciation contraire* ». La non contestazione potrebbe essere stata « *le fruit d'une négligence, d'une manque de perspicacité, d'une erreur, voire d'un dol dont elle aurait été victime* ».

[50] CAVALLINI, *op. cit*., 57 s.

[51] Così CAVALLINI, *La non contestazione*, cit., 56 ss. a proposito di tesi attribuita a Carnelutti (*Prova civ*. 18 ss. rist.; *contra* citato MICHELI, *Onere*, 118 ss).

[52] Non convincono quindi i tentativi (ANDRIOLI, *Prova,* cit. § 12: "*Sembra che non debba confondersi la non contestazione con l'ammissione, la quale, almeno nel linguaggio del codice di rito, ha un preciso significato: statuisce l'art. 232 che, se la parte non si presenta o si rifiuta di rispondere senza giustificato motivo all'interrogatorio formale, il collegio ..., valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio*") che attribuiscono un significato indebitamente ristretto al termine ammissione legandolo esclusivamente alla mancata risposta (cioè alla fattispecie): l'effetto di riconoscimento può discendere dalla mancata risposta all'interrogatorio formale come può discendere da altro.

6. L'effetto tipico della non contestazione va ristretto ai fatti di cui è effettivamente onerato colui che li allega. La *relevatio ab onere probandi* correttamente riguarda non tutti i fatti (ivi ricompresi i dati) che l'attore allega a proprio favore, ma solo quelli che esso ha l'onere specifico di provare[53]. Se, per es., una circostanza negativa, allegata dall'attore per completezza di fattispecie, non è fatto costitutivo in senso proprio, ma è piuttosto l'opposta circostanza ad avere natura di fatto impeditivo o estintivo, la mancata contestazione derivante dal silenzio del convenuto su tale allegazione non potrà produrre gli effetti tipici dell'art. 115.

E' l'ipotesi[54] in cui l'attore, oltre ad allegare i fatti costitutivi del credito dedotto a fondamento della propria domanda di condanna, "affermi che il convenuto non lo ha pagato"; la circostanza che il convenuto ometta di contestare il mancato pagamento non può "impedirgli, in un momento successivo (e finanche in appello, ai sensi dell'art. 345, 2° comma c.p.c.), di formulare la relativa eccezione (dal momento che il pagamento è un fatto estintivo pacificamente rilevabile anche d'ufficio), la cui prova, indipendentemente dall'allegazione non contestata dell'attore, incombe *comunque* su di lui"[55].

La considerazione di siffatto onere impedisce di dare autonoma rilevanza alla eventuale non contestazione, che resta assorbita. Ciò che rileva infatti è il mancato assolvimento dell'onere della prova, rispetto al quale appare indifferente l'atteggiamento assunto dalla parte onerata[56].

7. Un onere di contestare può peraltro sensatamente esigersi solo in relazione a fatti precisamente individuati ovvero sicuramente implicati da altri fatti allegati e da questi ultimi agevolmente ricavabili senza complessi passaggi o salti logici. E' evidente infatti che la non contestazione deve poter consistere in un atteggiamento consapevole e tale non può essere l'atteggiamento nei confronti di eventi taciuti o insufficientemente raffigurati.

In secondo luogo – se si considera la possibilità del giudice di prendere in considerazione i fatti allegati dalle parti ma da cui queste non hanno tratto specifiche conseguenze in punto di diritto – occorre che i fatti la cui affermazione non è contraddetta, consistano in fatti effettivamente allegati, nel senso tecnico di *allegazione della parte*, non essendo sufficiente che i fatti considerati abbiano comunque trovato ingresso secondo le regole proprie dell'acquisizione al processo (non per iniziativa, né per scienza privata del giudice)[57] e quindi – ancorché *silenti* in quanto non esplicitamente invocati[58] – siano legittimamente utilizzabili quale base del giudizio storico[59] (sul tema si ritornerà *infra* al § seguente a proposito della non contraddizione che investe i fatti c.d. semplici).

Ma non basta. L'onere si attiva solo rispetto agli eventi (non solo allegati e compiutamente raffigurati, ma) che si è tenuti ragionevolmente a conoscere: il silenzio tenuto rispetto a fatti su cui la parte non è in grado di prendere una posizione univoca non può

---

[53] Quanto ai fatti secondari, la *relevatio* riguarderà evidentemente quelli ancillari al fatto costitutivo in senso proprio.

[54] Prospettata da BALENA, *La nuova pseudo-riforma,* cit. 778.

[55] BALENA, *ibidem*.

[56] Né si potrebbe argomentare a favore di una rinuncia ad esercitare la prova che manifesterebbe la non contestazione. Per le eccezioni rilevabili d'ufficio la loro spendita appare garantita in seguito; quanto alle eccezioni in senso proprio, esse si sostanziano in distinti fatti la cui rilevanza dipende strettamente dall'allegazione del convenuto, che ne porta l'onere della prova, onde non è neppure concepibile il meccanismo della non contestazione che riguarda fatti allegati dalla controparte o comunque presenti al giudizio.

[57] Cfr. fondamentalmente MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, *Scritti Fazzalari*, Milano 1993, III, partic. 41 ss; VERDE, *Domanda (principio della),* in *Enc giur.*, Roma 1989, XII, 8.

[58] BONCRISTIANI , *L'allegazione dei fati nel processo civile. Profili sistematici*, Torino 2001, 212 ss.

[59] Ciò impone di non separare la vicenda della formazione della convinzione del giudice dalla facoltà di questi di richiedere alle parti "*i chiarimenti necessari*", secondo la dizione del comma quarto dell'art. 183 c.p.c.

caricarsi di alcun significato, onde l'onere probatorio resta intatto in capo a chi afferma.[60]. Questo facilmente accade rispetto alla rappresentazione di cifre e dati basati su calcoli che la parte fonda su risultanze documentali proprie e non condivise con l'altra, e la cosa spiega perché uno dei punti d'incaglio della giurisprudenza sia stato proprio il tema dei conteggi posti a fondamento delle voci retributive nelle controversie di lavoro[61].

In altre parole, il fatto sfavorevole non contestato deve consistere

a) in un fatto proprio, ovvero
b) in un fatto comune, ovvero
c) in un fatto caduto sotto la propria percezione.

Resta così escluso che l'onere della contestazione in senso proprio gravi comunque sui soggetti in giudizio per fenomeni di estensione di responsabilità, di successione nelle situazioni giuridiche ovvero di sostituzione processuale rispetto ai fatti storici imputabili ai soggetti per i quali, o accanto ai quali, si sta in giudizio. Per fare solo alcuni esempi, la cosa si presenta per l'erede rispetto a fatti propri del *de cuius*, per il curatore fallimentare nelle controversie in cui vengono affermati fatti propri dell'imprenditore fallito, per l'assicuratore della responsabilità civile rispetto alle dinamiche del sinistro, per il proprietario dell'autoveicolo responsabile solidale per il risarcimento del danno causato dal veicolo stesso ai sensi dell'art. 2054 c.c., per la SIM o la banca responsabile dell'illecito del suo promotore finanziario, e così via.

Questo vale di norma ed in linea generale per l'ipotesi sub a), potendo talora accadere anche nella casistica illustrata che la non contestazione riguardi le ipotesi b) e c). E resta peraltro sempre possibile che l'onere si attivi nelle ipotesi in cui sia effettivamente contestabile un'asserzione di conoscenza di fatto altrui.

8. Si è posto il problema di distinguere tra non contestazione di fatti principali e non contestazione di fatti secondari (ossia rivestenti mera funzione probatoria), e taluni avevano optato per l'esclusione di questi ultimi dall'ambito di operatività dell'istituto[62]. Tra i fautori della esclusione dei fatti secondari viene spesso indicata la sentenza delle Sezioni Unite n. 761/2002[63].

Non sembra però che vi sia ragione di escludere i fatti secondari[64] da tale ambito[65] ove essi siano singolarmente rappresentati e siano addotti come fatti produttivi di conseguenze giuridiche sicché sia offerto alla libera e consapevole scelta dell'avversario il negarli, asseverarli o ignorarli. Lo schema logico "rappresentazione/reazione" (a cui appartiene quale *genus* la mancata contestazione) è assolutamente lo stesso per qualunque asserzione fattuale e, quindi, per qualunque tipo di fatto: ai nostri fini la funzione del fatto secondario è sovrapponibile a quella del fatto principale, la differenza risiedendo solo nel maggior numero

---

[60] In diritto tedesco la dichiarazione di non sapere può assolvere l'onere di contestazione ma solo relativamente a fatti che non siano consistiti in comportamenti propri della parte né siano oggetto di sua percezione diretta: § 138, IV *ZPO*.

[61] V. *supra* cap. 2.

[62] Sul punto v. l'accurata ricostruzione della giurisprudenza di DEL CORE, *Il principio di non contestazione*, cit. 281.

[63] Cit. V. anche Cass. 09 febbraio 2004, n. 2431.

[64] Lascio qui da parte la difficoltà pratica di agevolemente distinguere fatti principali da fatti secondari; in proposito cfr. come la letteratura tedesca che investiga il rapporto tra *Prozessstoff* e ambito della prova: LANGE, *Prozessstoff und Prüfungsumfang in der Berufungsinstanz nach der ZPO-Reform 2002*, Hamburg 2002. La stessa distinzione è considerata "tutt'altro che limpida e inequivoca" da BALENA, *La riforma* cit., 35.

[65] PROTO PISANI, *Ancora sull'allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena, Foro it*. 2006, I, p. 9 estr.; BALENA, *La riforma* cit., 35

di passaggi per attingere la conclusione che richiede il fatto secondario rispetto al principale[66].

Deve però esser chiaro che, per poter concludere che il fatto secondario non contestato possa correttamente essere assunto dal giudice a fondamento del suo giudizio storico, deve trattarsi o di un fatto ricompreso nella allegazione (in senso proprio) della parte[67] o di un fatto che – pur *tiré du dossier*[68] – sia stato sottoposto al controllo incrociato del contraddittorio e quindi possa dirsi ragionevolmente contestabile per la sua conoscenza o conoscibilità. Si comprende allora l'imbarazzo di ammettere l'efficacia della non contestazione nei confronti dei fatti secondari, se si tiene conto che, molto spesso, si ha a che fare con circostanze e fatti integrativi dei fatti principali ma non allegati dalla parte, nel senso di non espressamente (e tempestivamente) asseriti quali elementi rilevanti ai fini del giudizio richiesto: si tratta di quei fatti non invocati dalla parte quali fattispecie di effetti giuridici, ma risultanti agli atti perché semplicemente menzionati in questa o quella replica o comunque emersi da esperimenti istruttori. E' evidente che di tali circostanze si può riconoscere l'utilizzabilità da parte del giudice, ma solo se previamente sottoposte al contraddittorio[69]. Poiché esse sono idonee a diventare oggetto di prova e di giudizio, solo se dai chiarimenti delle parti e dalla discussione risulta confermata la loro rilevanza sulla decisione della causa[70], appare chiaro che, nell'*ancien régime* caratterizzato dalla logica delle preclusioni, sull'opinione negativa abbia influito un eccesso di generalizzazione: la circostanza che spesso i fatti secondari si risolvono in fatti accidentalmente emersi dallo sviluppo del contraddittorio (i fatti che i francesi chiamano "*faits adventices*") ha portato ad escludere *tout court* il rilievo della non contestazione per la categoria del fatto semplice o secondario. E' evidente che se si lega l'effetto della non contestazione agli oneri di contestazione come temporalmente localizzati dagli artt. 167 e 416 c.p.c., quest'effetto non è neppure concepibile rispetto a fatti la cui rilevanza (o addirittura la cui evocazione) sorge in momenti successivi.

Così non è se il fatto semplice è sottoposto al fuoco del contraddittorio, una volta chiaritane la rilevanza; in tal caso non si vede come e perché distinguerlo dal fatto principale.

V'è ancora un altro aspetto da considerare. Si trova in giurisprudenza l'affermazione secondo cui per i fatti secondari la non contestazione costituisce argomento di prova ai sensi dell'art. 116 comma 2 c.p.c. Ma la cosa non è incompatibile con l'art. 115 c.p.c. perché la non contestazione si limita a rendere pacifico il dato non contestato, ma non ne può certo alterare il peso specifico che resta sempre e solo quello suo proprio, e rispetto al quale è indifferente che la fissazione del fatto emerga da una rappresentazione dimostrativa (esito di fonte materiale di prova), ovvero dalla sua notorietà, o ancora dalla sua non contestazione. In altri termini non ha letteralmente senso attribuire alla non contestazione la qualità di *prova in senso proprio* ovvero (alternativamente) di *argomento di prova*, poiché essa può sempre e

---

[66] La regola appare spesso un mero *obiter dictum* massimato "per trascinamento": è il caso di Cass., sez. I, 27 febbraio 2008, n. 5191, che – massimata come "*il difetto di contestazione implica l'ammissione in giudizio solo dei fatti cosiddetti principali ... mentre per i fatti cosiddetti secondari ... la non contestazione costituisce argomento di prova ai sensi dell'art. 116 comma 2, c.p.c.*" – in realtà si limita a rigettare un ricorso in cui era stata messa in dubbio la sussistenza dell'onere di contestazione confermando semplicemente "*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*".

[67] Deve cioè essere chiara la sua funzione di elemento integrativo del fatto principale (volontà dell'allegante di trarre da esso gli effetti propri della fattispecie).

[68] Per usare l'espressione corrente della processualistica francese.

[69] Art. 183 comma 4 c.p.c.: si veda LIEBMAN, *Manuale,* cit., 2002 ("*Il giudice deve indicare alle parti in contraddittorio gli argomenti di prova che crede di poter desumere dal loro comportamento nel processo*"). Di ciò l'art. 101 comma 2 c.p.c. è logico sviluppo e conseguenza: "*questione rilevata d'ufficio*" può essere qualunque questione di diritto o di fatto nonché ogni elemento valutativo, fino allora ignorato, che, se considerato rilevante, esige di venir sottoposto a contraddittorio. La norma è pertanto applicabile in caso di dubbio del giudice sulla sussistenza o meno della non contestazione.

[70] LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile,* cit. 299.

solo rendere pacifico il fatto specificamente non contestato mentre il significato (il peso) di tale fatto è indipendente dalla sua qualità di fatto dimostrato, riconosciuto, indotto in via logica o non contestato, poiché la funzione nel giudizio storico sarà sempre e solo quella del suo rapporto con la fattispecie. Di norma un fatto secondario fornirà l'argomento per la fissazione del fatto principale[71], sicché *plena relevatio* si avrà quando la qualità di fatto pacifico riguarda un fatto la cui prova soddisferebbe compiutamente l'onere, mentre *semiplena relevatio* (affievolimento dell'onere) si avrà invece se ad esser pacifico è un fatto la cui prova rappresenterebbe solo un contributo parziale alla soddisfazione dell'onere.

9. Il limite fondamentale posto al giudizio è quello per cui i fatti per i quali si produce l'esonero dalla prova sono i fatti non specificamente ("*specificatamente*") contestati. La norma vuol sostanzialmente dire che, di fronte alla raffigurazione di più fatti in domanda, il convenuto che, pur contestando, non voglia favorire l'attore, è onerato della diversificazione di fatto da fatto; diversamente egli corre il rischio di vedere una negazione complessiva trattata alla stregua di contestazione generica e, quindi, idonea a sollevare la controparte dai propri oneri probatori.

Svolgendo tuttavia in via logico-semantica la prescrizione si potrebbe ritenere che da essa si ricavi che a fondamento della decisione debbano porsi anche tutti i fatti non espressamente qualificati dall'avversario come contestati (reciproca inversa). Questa conclusione è però manifestamente eccessiva; con essa si farebbe un passo indietro e il sistema piomberebbe in una dimensione ancora più formalistica di quella (già esageratamente burocratica) che esso oggi vive. Lo status di fatto contestato può infatti ragionevolmente risultare dalla difesa attuata dall'avversario anche quando questi non abbia provveduto ad etichettarlo come tale. L'artificiosa soluzione dell'onere (non di contestare, ma) di dichiarare di contestare – forse presente alla mente di qualcuno degli apprendisti stregoni materialmente impegnati nella formulazione del testo della legge[72] – non può ricever patrocinio da un interprete avveduto. Essa d'altronde si risolverebbe nella negazione stessa del fenomeno della non contestazione, che si è sempre basata sulla necessità di dare un senso al silenzio e, in definitiva, al comportamento della parte.

L'unico senso possibile della formula legislativa è allora quello di imporre al giudice una valutazione di ragionevole certezza della non contestazione, nel senso di verificare con prudente apprezzamento che non residuano margini di ambiguità: un fatto asserito e non provato può essere posto a base della decisione anche quando investito da contestazioni della cui effettività è lecito dubitare perché ricavate solo da espressioni di stile, ovvero genericamente indifferenziate in ipotesi di molteplicità di fatti, ovvero "sospette"per contraddizione con altri elementi della difesa, sicché resti il dubbio se la negazione riguardi proprio il singolo fatto, individualmente considerato quale oggetto dell'onere.

La didascalica chiarezza di queste conclusioni non impedisce che seri problemi si pongano all'atto pratico. Innanzitutto – e con ciò si torna su un aspetto già accennato – presupposto necessario dell'onere di contestazione specifica è la sufficiente specificazione del fatto contestabile, non potendosi pretendere che a taluno sia imputato di aver taciuto su eventi o dati inespressi dalla controparte.

---

[71] Questo di norma, perché talora l'esistenza o l'inesistenza del fatto principale discende necessariamente (per implicazione o conseguenza logica necessaria) dalla *positio* del fatto secondario: in questo caso sarebbe fuori luogo parlare di mero argomento di prova, perché la prova si può considerare raggiunta, seppure in modo indiretto.

[72] Nutre tale sospetto l'impiego – invece del più corrente "*specificamente*" – dell'avverbiale del participio passato di *specificare* ("*specificatamente*"): l'immagine suggerita è quella della specificazione in positivo che "si contesta il fatto A".

In secondo luogo, si pone il problema se sia ragionevole pensare che, in presenza di fatti precisamente rappresentati, la negazione sintetica ma inequivoca di tutti i fatti ("*tutte le circostanze dedotte sono false*") debba valere necessariamente da non contestazione. Qui sembra mancare la *specificazione* echeggiata dall'art. 115 comma 1 c.p.c. ("*specificatamente*"), ma ciò non dipende dall'ambiguità dell'atteggiamento della parte, bensì dall'articolazione linguistica adottata, cioè da un elemento formale che, di per sé, non giustifica l'attribuzione di diverso valore semantico all'enunciato. L'esigenza della specificazione mira a garantire la corretta interpretazione della *positio* della parte, nel senso che su essa deve ricadere l'ambiguità sui fatti ad essa sfavorevoli, ma questo non vuol dire che sia legittimo trasformarla in un criterio formulare.

Occorre infine evitare di concludere per l'equivalenza "contestazione specifica/contestazione esplicita"[73]. Un comportamento può valutarsi come contestazione specifica rispetto ad un dato fatto pur non vertendo direttamente su di esso, in virtù di implicazione logica, se l'esistenza del fatto Y è oggettivamente incompatibile con la posizione assunta sul fatto X per l'incompatibilità di X con Y. Se il fatto A, specificamente articolato ("*l'autoveicolo viaggiava sulla corsia di sorpasso*"), non è esplicitamente contestato, ma sicura è la negazione del fatto B ("*il sorpasso avveniva rispetto ad altro autoveicolo marciante sulla corsia di destra*") sotto il profilo del rapporto spaziale tra i due veicoli, il fatto A appare implicitamente ma sicuramente contestato onde non si vede come il giudice possa considerarlo riconosciuto[74].

La sussistenza di questo tipo di problemi indica quale rischio si nasconde dietro alla tentazione di risolvere il problema con le formule, laddove il cuore del problema sta nel giungere, attraverso prudente apprezzamento del giudice, ad un giudizio di effettiva pacificità del fatto. Il che significa che, più che un problema di identificazione di comportamenti standard a cui far corrispondere meccanici effetti, si ha che fare con un problema di formazione della convinzione del giudice[75]. Problema che esige di essere affrontato con l'impiego della "richiesta di chiarimenti necessari" di cui all'art. 183 c. 4 c.p.c.,[76] esigenza rafforzata dal nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c. Insomma, il tema della non contestazione richiede la figura del "giudice attivo" (*rara avis in terra Ausonum*), cioè attento alle circostanze e pronto a far uso degli strumenti di stimolo del contraddittorio che la legge gli affida.

Questa, a ben guardare, è la lezione che si trae dagli ordinamenti stranieri (*supra* § 3). In Germania si è visto che il § 138 *ZPO* è significativamente rubricato come *Erklärungspflicht über Tatsachen* (dovere di chiarimento sui fatti), e l'intero dibattito sulla non contestazione si colloca nel particolare contesto del controllo del giudice sulla reale portata delle affermazioni e dei comportamenti delle parti. In Francia si ritiene ammessa la contestazione implicita, e la cosa è del tutto plausibile dal momento che il rispetto del contraddittorio presiede all'intera materia. In Austria la ricerca congiunta di quali fatti siano effettivamente contestati e di quali non lo siano è "*uno dei compiti fondamentali del giudice*".

---

[73] Riferita al comportamento valutabile come contestazione l'opposizione *specifico/generico* non è semanticamente omogenea all'opposizione *diretto/indiretto.*

[74] « *Il pourrait même tirer cette contestation des faits qui ont été allégués par les parties mais dont elles n'ont tiré aucune conséquence (les faits adventices), y compris les faits tirés du dossier* » (BOLARD, *Juris Cl. P.* 1993, I, 3693, n. 12). La contestazione implicita « *soulève la question du respect du contradictorie : le juge qui entend relever la contestation implicite d'une allégation doit soumettre son initiative à la contradiction des parties* » (BOLARD, *Dalloz Action*, n. 2335 ; VINCENT et GUINCHARD, n. 549).

[75] La perfetta intuizione di questo snodo fondamentale mi pare presente solo in BALENA, *La riforma* cit. 35.

[76] Il potere conferito dalla norma (e quasi inutile rammentarlo) è costantemente sottoutilizzato, allorché esso dovrebbe rivestire una funzione maieutica rispetto all'accertamento dell'effettività della contestazione.

10. E' opinione corrente che resti esclusa dall'ambito dell'onere di contestazione la mancata contestazione del diritto fatto valere, cioè la tacita accettazione dell'effetto giuridico dei fatti come rappresentato dall'avversario. Questo avverrebbe nell'ipotesi dell'art. 186-*bis* c.p.c., dove il riferimento alla somma viene ricostruito come mancata contestazione del diritto di credito piuttosto che dei suoi fatti costitutivi. Un tale caso sembra fuoriuscire dall'ambito della determinazione del giudizio storico e piuttosto ricadere nel diverso istituto del riconoscimento (tacito) della domanda.

Questa ricostruzione merita qualche chiarimento. Di norma infatti, chi non si è difeso sulla sua qualità di debitore ha taciuto anche sul fatto posto dall'attore a base del diritto, e tanto basta per concludere che non è stato assolto l'onere di contestazione dal momento che, fini dell'art. 115 c.p.c., non si richiede altro che la mancata contestazione del fatto[77]. Naturalmente, per giungere a tale conclusione occorre che alla base della domanda di pagamento della somma, sia stato posto uno specifico ed individuabile fatto la cui non contestazione si possa ritenere implicata nella non contestazione della somma.

L'effetto giuridico riconosciuto (il debito) può però essere compatibile con altro e distinto fatto equivalente a quello oggetto dell'allegazione quanto alla produzione dell'effetto stesso. Se, avendo contestato l'obbligazione di cui alla voce B) del credito, il convenuto tralascia di contestare la voce A), ciò non implica necessariamente riconoscimento di un distinto fatto costitutivo posto a base del credito corrispondente alla voce A). Ambedue le voci di credito potrebbero basarsi sul medesimo fatto costitutivo e le somme richieste potrebbero essere distinte solo per coesistenza di due distinti titoli giuridici: ad esempio, il convenuto può non contestare di dovere la somma A) pur avendo contestato l'unico fatto costitutivo delle voci A) e B), non perché quindi sia d'accordo sulla ricostruzione dei fatti prospettata dall'attore, ma perché ritiene di non poter comunque evitare il pagamento di una somma a quel titolo e preferisce uscire dal processo soddisfacendo le relative pretese ma contestandone altre fondate sul medesimo episodio della vita.

11.Considerando che il mancato assolvimento dell'onere di contestazione è posto dall'art. 115 c.p.c. a presupposto del finale giudizio di fatto, si è più su rimarcata la necessità di sottrarre l'onere di contestazione alla logica (propria di S.U. n. 761/2002) che lega meccanicamente l'effetto ad un tempo e un comportamento specifico. E' all'interno di questa logica che sono fioriti i quesiti che hanno aduggiato l'indagine negli ultimi anni, suggerendo di non prendere in considerazione comportamenti successivi ad un certo momento della procedura, invitando a considerare la mancata contestazione quale comportamento non revocabile ecc.

La riscrittura dell'art. 115 c.p.c. riporta fortunatamente il giudizio di non contestazione alla sua natura di risultato dell'indagine sul sistema difensivo nel suo complesso. Certo il comportamento delle parti rileva nel corso del processo prima che nel giudizio finale: per la parte che, dovendo chiedere l'assunzione dei mezzi di prova si trova nella condizione di rinunciare alla prova dei fatti non specificamente contestati; per il giudice che, al momento di pronunciare il giudizio di ammissibilità e rilevanza, ritiene superfluo dover ammettere prove riguardanti fatti pacifici[78]. Ma da questo a predicare la non

[77] Peraltro il problema appare irrilevante ai fini dell'art. 186-*bis* c.p.c. Dalla mancata contestazione della somma scaturisce l'autorizzazione (non più che l'autorizzazione) del giudice a valutare subito l'ammissione del debito e cioè la semplice e sola probabilità dell'integrazione della fattispecie, il che presuppone un giudizio di concludenza della domanda e di non palese presenza di elementi impeditivi, e legittima una condanna revocabile in qualunque momento (186-*bis* c.p.c.). Il problema ha senso in seguito, cioè al momento di decidere con sentenza.

[78] V. *supra* § 4 in fine. La situazione è ben espressa da VERDE G., *L'onere della prova e il processo del lavoro*, cit., § 8 che vede l'efficacia originaria della non contestazione nel "*porre il fatto non contestato fuori dal circuito probatorio*".

revocabilità ne passa. Eppure, tema tipico della logica della preclusioni è stato quello della pretesa irrevocabilità della avvenuta non contestazione. E' evidente che buona parte della rilevanza della non contestazione si gioca nel primo atto difensivo (o comunque nel primo atto successivo alla deduzione di un fatto), ma parlare di irrevocabilità non ha propriamente senso, il problema essendo sempre quello dell'interpretazione globale, e finale, del comportamento della parte.

Qualificata dottrina si era però già espressa a favore della intrinseca provvisorietà della non contestazione[79]. In tal senso si era fatto notare che le preclusioni fissate per le deduzioni istruttorie "*non possono valere per i fatti non contestati nel corso della fase preparatoria, ma che pure potrebbero essere contestati successivamente, essendo la non-contestazione revocabile, o per meglio dire potendo insorgere, anche dopo la scadenza di quei termini, la contestazione, che rende necessaria la prova*"[80]. Questo regime di superamento delle preclusioni era considerato lo stesso di quello da adottarsi per "*la deduzione di fatti decisivi sopravvenuti, e per le relative istanze, ... per la deduzione di prove su fatti divenuti rilevanti in relazione ad uno jus superveniens, o su fatti che integrano eccezioni rilevabili d'ufficio*"[81]. Naturalmente questa libertà deve potersi riflettere sul terreno probatorio. Non differentemente dalle eccezioni in senso lato o dai fatti sopravvenuti, anche le contestazioni successive – che possono essere state determinate da incomprensioni o equivoci o altro – "*pongono l'esigenza di deduzioni istruttorie e reciprocamente di controallegazioni e controdeduzioni probatorie*"[82] che debbono essere consentite per la garanzia della difesa[83].

12. Altro *punctum dolens* è quello dell'asserita inapplicabilità "*se sia richiesta la forma scritta ad probationem o ad substantiam*"[84].

Le due ipotesi vanno tenute distinte[85].

Non si vede, intanto, il perché della conclusione negativa in caso di scritto *ad probationem*. L'esclusione dell'onere rende irrilevante le modalità della prova che ne costituisce l'oggetto e nulla impedisce di considerare che l'astratta necessità dello scritto *ad probationem* viga in concreto solo in caso di contestazione: il fatto diviene pacifico per non contestazione, in maniera non dissimile da come potrebbe essere confessato o ammesso[86].

---

[79] Opinione di ANDRIOLI¸ *Prova,* cit., 38 ("l*a non contestazione ha carattere di provvisorietà*"), e di VERDE, *L'onere della prova e il processo del lavoro*, cit., § 8, e già in precedenza in *Prova*, cit. 617.

[80] TARZIA, *Lineamenti del processo di cognizione*, Milano 2007, 181

[81] TARZIA, *Lineamenti*, cit., 190. Le contestazioni di fatti precedentemente non contestati "*possono emergere in qualunque momento... eccezioni in senso lato e contestazioni potranno dunque essere rilevate, o, rispettivamente, proposte liberamente in ogni momento del processo; come in ogni momento potrà essere dedotto lo jus superveniens e il fatto sopravvenuto, o del quale sia sopraggiunta la conoscenza o la rilevanza*".

[82] TARZIA, *ibidem*. L'autore faceva leva sull'art. 184-bis, osservando che "*i termini a pena di decadenza sono stabiliti dalla legge o dal giudice* 'soltanto se la legge lo permette espressamente' *(art. 152, 1 c.); le decadenze non possono quindi essere oggetto di interpretazione estensiva*". Direi che oggi quelle considerazioni si impongono *a fortiori* a fronte del nuovo art. 153. Per il processo del lavoro v. VERDE, *op. loco cit.*, dove convincentemente si mostrava la debolezza della tesi della preclusione alla memoria di costituzione argomentando dall'art. 420.

[83] V. ora la chiara posizione sul punto di BALENA, *La riforma* cit., 38. Non è inutile richiamare la circostanza che nel diritto tedesco si suole individuare la differenza fondamentale della situazione di semplice non contestazione da quella di vero e proprio riconoscimento dei fatti nella mancanza, nel primo caso di efficacia vincolante (*Bindungswirkung*): v. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung, Kommentar* 28 ediz., Köln 2010, *sub* § 138, n. 9.

[84] ANDRIOLI, *Prova* cit., 38

[85] V. la dottrina citata in VERDE, *Prova*, voce cit., nt. 236 (il quale peraltro, non sembra fare veramente propria la distinzione: v. nota seguente).

[86] Questa soluzione coincide con quella prospettata da VERDE, *ibidem* ma solo nella misura in cui essa non venga estesa anche alla forma *ad substantiam*.

Non sembra invocabile in contrario l'art. 2725 c.c. che esprime una regola di senso comune rispetto al tentativo dell'interessato di aggirare la specificità dell'onere su di esso gravante, mentre nel nostro caso l'esonero è giustificato dall'atteggiamento del controinteressato.

Diversa invece è l'ipotesi della forma *ad substantiam*: se si è d'accordo sulla premessa che, in questo caso, è l'effetto giuridico sostanziale ad essere impedito in mancanza di una peculiare forma dell'atto, la semplice mancata contestazione non potrà mai surrogare la mancanza o il vizio di tale forma. E' però evidente che la vicenda riguarda l'integrazione della fattispecie legale, ed ha poco a che fare con l'onere della prova del fatto e con la sua *relevatio* in ragione del comportamento dell'avversario.

13. La stretta e puntigliosa limitazione del valore della non contestazione alle parti costituite costituisce un obiettivo difetto che doveva essere evitato. Si intende bene perché la giurisprudenza relativa alla non contestazione avesse mantenuto il limite della costituzione della parte, negando che nel comportamento del convenuto contumace potesse ravvisarsi alcunché di significativo[87], ma proprio la considerazione del senso degli effetti della non contestazione avrebbe dovuto rimettere in discussione il dogma della contumacia come *ficta contestatio* che continua a condizionare il sistema italiano e che era stato consapevolmente contrastato prima dal c.d. Progetto Vaccarella e poi dall'art. 13, 2° comma, d.lgs. n. 5/2003. Come è noto, però, questa norma era stata già cancellata da una indifendibile sentenza della C. Cost. (n. 340 del 2007)[88] in anticipo parziale e quasi in presagio della disinvolta abrogazione dell'intero *corpus* del processo societario da parte della l. n. 69/2009.

Ci si può interrogare sulla sensibilità giuridica di chi ritiene normale che la posizione del convenuto costituito debba essere più onerosa di quella del convenuto che – consapevolmente, beninteso – resta fuori del processo. Il primo è onerato di una contestazione specifica, sotto pena di subire l'automatico accertamento dei fatti addotti dall'attore alla stregua di fatti provati, mentre il secondo può starsene alla finestra ad attendere la piega delle cose, fino al punto di costituirsi in appello e «contestare i fatti costitutivi e giustificativi allegati dall'attore a sostegno della domanda»[89]. Qualcosa non quadra, ma sembra inutile affaticarsi argomentativamente nei confronti di chi non sente lo stridio della contraddizione[90].

La norma ha un precedente nella disciplina dell'art. 186-*bis* c.p.c. che dispone che la non contestazione delle somme domandate deve provenire «dalle parti costituite» (così sciogliendo il dubbio circa la possibilità di derivare dalla contumacia del convenuto la non

---

[87] «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…» Cass. 23.6.2009, n. 14623. In contrario, v. Trib. Vercelli, 31 marzo 2006, *Nuova giur. civ. comm.* 2007, I, 349 con *Nota* di DEMONTIS, *Sull'applicabilità del principio di non contestazione al convenuto contumace*; in dottrina v. CARRATTA, *Il principio della non contestazione* cit., 164 ss. per la tesi radicale del riconoscimento dell'effetto proprio della non contestazione alla posizione del contumace.

[88] In www.judicium.it e in *Riv. dir. proc.*, 2008, 519, con nota di AULETTA e SASSANI, *L'illegittimità costituzionale per «contrasto con la tradizione»: in morte di una (buona) «regola del processo»*.

[89] Cass. 23 giugno 2009, n. 14623, cit.

[90] Si consenta comunque, per es., di dire (in replica a DEL CORE, *Il principio di non contestazione* cit., 278) che è apodittico legare il principio di autoresponsabilità solo a un *comportamento processuale*, mentre la contumacia sarebbe "*la scelta di astenersi da qualsiasi comportamento processuale*": la scelta di astenersi da comportamenti processuali che taluno è invitato a tenere dovrebbe *majori causa* attivare l'autoresponsabilità, tanto più che, inserita nell'art. 115, la *relevatio* perde del tutto i suoi connotati di effetto degli artt. 166 e 167 (v. *supra* § 3); aggiungere (*ibidem*) che "*d'altronde, dalla contumacia non può derivare alcun ragionevole affidamento circa la non contestazione dei fatti*" significa ancora pre-giudicare il significato della contumacia. La verità semmai è che solo oggi, a seguito del nuovo art. 115, la contumacia assume quei caratteri che in precedenza assiomaticamente le si attribuivano.

contestazione in precedenza postosi per l'art. 423, 1° comma, c.p.c., dato il silenzio della norma sul punto), ma la critica al limite dell'art. 115 c.p.c. investe a ritroso anche l'art. 186 *bis* c.p.c., coinvolgendo la fragile ideologia sottostante alla necessità della costituzione[91]. Il precedente era stato sbandierato per censurare la scelta del legislatore societario di introdurre un meccanismo di preclusione della successiva contestazione dei fatti in capo al convenuto restato inerte rispetto alla domanda[92]; la censura difettava di argomenti validi, ma non della capacità di dar voce alla *communis opinio* che, irriflessivamente ripetuta, ha condotto alla citata dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 13, 2° comma, d.lgs. n. 5/2003. La sentenza di incostituzionalità invoca formalmente un preteso eccesso del legislatore delegato, ma sotto la superficie emerge prepotentemente la "risalente tradizione" del diritto italiano di leggere la contumacia del convenuto come *ficta contestatio*.

14. In realtà, risulta veramente difficile vedere nella invocata «tradizione del diritto processuale italiano» un vero impedimento a riconsiderare il senso della contumacia volontaria del convenuto. La «risalente tradizione» è veramente solo l'incrostazione delle abitudini, nessuno essendo in grado di provare che il sistema del diritto processuale italiano imponeva di dare valore di *ficta contestatio* all'inerzia del convenuto. I tempi sembravano ormai maturi per quella semplificazione processuale, nota a molte legislazioni, che, favorendo una più veloce decisione nei confronti del convenuto che mostra di volersene disinteressare, impedisce che gravi sull'attore (e in definitiva sulla comunità) il costo di tale disinteresse, ma questo è oggi evidentemente impedito da un vittorioso spirito di conservazione.

Si suole parlare della *ficta contestatio* come di una opzione del diritto francese passata nel diritto italiano ma del perché ciò sarebbe accaduto nessuno ha mai trovato motivazioni cogenti. E nessuna attenzione è stata mai data al fatto che nella «Relazione» che accompagnava il codice di procedura civile[93], si trova (§ 28) che «generale principio» è quello per il quale «l'inattività va a carico della parte inerte», e che questo principio «è posto a base anche del giudizio contumaciale» nel senso che la negligenza della parte volontariamente assente «non deve in nessun caso costituire un espediente per mandare in lungo il processo a danno della parte comparsa e diligente». In breve, la «risalente tradizione» a cui ci si appella, non appare altro che un inesorabile allontanamento dalle esigenze originarie, che portavano ottimisticamente la «Relazione» a dire che, con il nuovo codice «l'inerzia processuale non costituisce mai una buona speculazione». Allontanamento in cui ha dato prova di zelo particolare una giurisprudenza (in questo di sicuro condizionata dalla dottrina) che ha progressivamente fatto mostra di voler intendere molto formalisticamente il principio della *ficta contestatio*, maneggiando con inusitata cautela la prescrizione dell'art. 116, 2° comma, c.p.c., e finendo per negare che la contumacia sia addirittura un «contegno di parte» da cui poter desumere elementi di convinzione.

È giocoforza allora concludere che della durata ragionevole del processo, di cui ci si

---

[91] SASSANI, TISCINI, *Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile),* in *Enc. dir.*, V agg., 2001, ss. L'argomento dell'art. 186-*bis* c.p.c. è ripreso da DEL CORE (*Il principio di non contestazione* cit., 278) che vede nel nuovo art. 115 un segno di coerenza con il sistema processuale. Tanto più la cosa lascia perplessi in quanto l'argomento (formale) della coerenza è impiegato a replica ad una critica di sostanza facente leva sulla presenza nel sistema di un incentivo a evitare la costituzione nel processo (VIDIRI, *La contumacia e il principio di non contestazione*, cit., 2005, 497 ss.).

[92] COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria in primo grado*, in www.judicium.it.

[93] Che può ancora leggersi in appendice al *Codice di procedura civile*, a cura di CIPRIANI e IMPAGNATIELLO, Bari, 2007.

riempie la bocca a proposito e a sproposito, importa ben poco[94]. Chi non riesce a trovare spiegazioni al fatto che in Italia, per il convenuto che ha deciso di disinteressarsi del processo, si sia oggi rafforzata la situazione di vantaggio rispetto a chi partecipa, trova ingiustificata la soluzione. E questo vale anche per chi non riesce a capire il mistero per cui i meccanismi preclusivi (cioè di accelerazione) fondati sulla volontaria inerzia di una parte siano unanimemente accettati quando la tutela prende la forma di un procedimento speciale, ma non lo siano più nel processo di cognizione ordinaria[95].

In definitiva, la rassicurante solidarietà alla concezione tradizionale della contumacia ha indotto il legislatore della l. n. 69/2009 a trovare nell'art. 186-*bis* c.p.c. il modello per riaffermare il limite ivi segnato. Rispetto a ciò vale purtroppo poco ragionare sulla necessità di rispondere efficacemente (in chiave di accelerazione di processi intollerabilmente lunghi) alla volontaria inerzia del convenuto. E vale poco ricordare che la «neutralità» della contumacia – l'accettazione cioè del fatto che essa non abbia, non possa e non debba ricevere alcun significato – è formula che la dottrina ripete, e che la giurisprudenza estremizza, senza che nessuno abbia mai saputo spiegare perché.

Un perché è però arrivato con il nuovo testo dell'art. 115 comma 1 c.p.c.: perché lo dice la legge e *stat pro ratione voluntas*! Di fronte alla quale legge i più resteranno nella propria convinzione che oggi essa lo (ri)dica perché ... così è sempre stato. I pochi altri vedranno invece nella nuova legge la fine del tentativo di riflettere, liberi dalle briglie rappresentate dalla "*risalente tradizione*", sull'incentivo a non costituirsi che il sistema offre a chi, costituendosi, avrebbe qualcosa da perdere.

---

[94] Anche l'asserita «tradizione del diritto processuale italiano» avrebbe dovuto, comunque, fare i conti con la ragionevolezza di soluzioni adeguate ai problemi dell'oggi e, principalmente, a quella della «durata del processo», alla quale – come da tempo si sostiene (cfr. RAGANATI, *Il processo contumaciale tra eccessivo garantismo e principio di autoresponsabilità*, in www.judicium.it) – la *ficta contestatio* dei fatti costitutivi del diritto è invece incredibilmente contraria.

[95] A cui la prospettiva autoreferenziale della dottrina continua a garantire una (incomprensibile) sacralità malgrado le smentite della realtà quotidiana.