

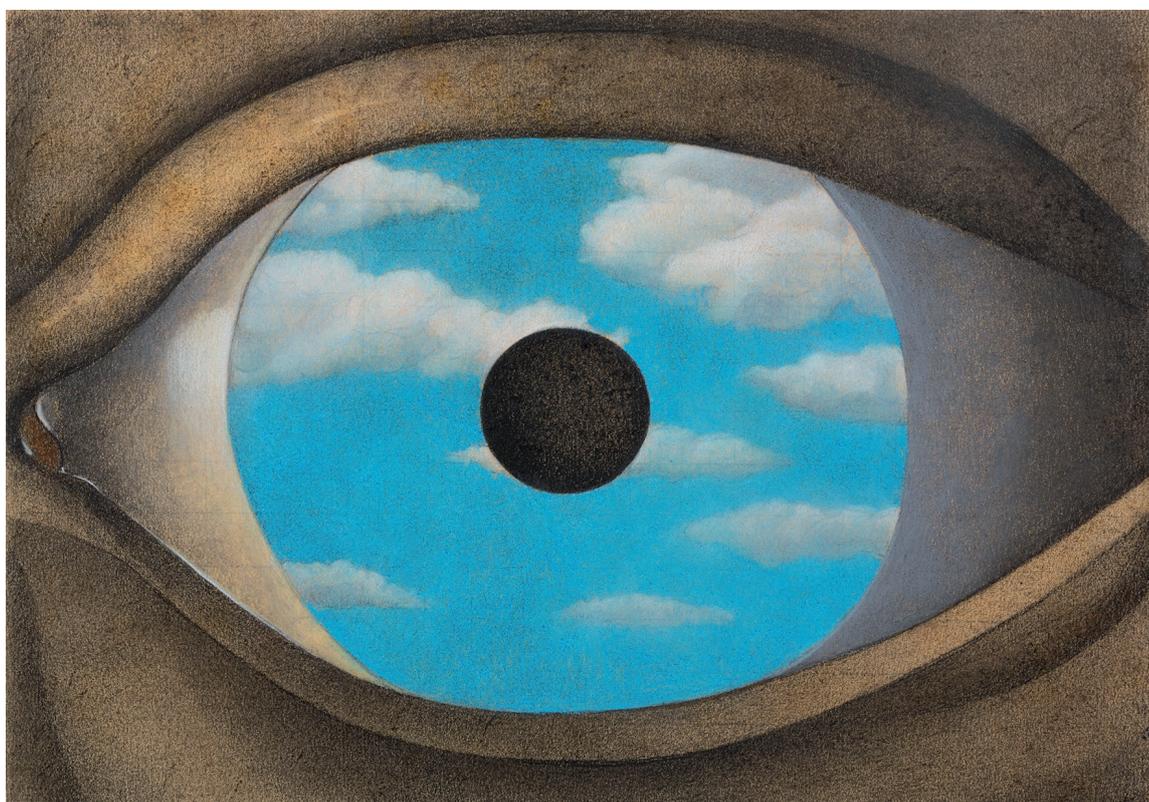
IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK, A. POLICE,
M.A. SANDULLI, G. SPANGHER



Direttori

Antonio BARONE, Remo CAPONI, Marta CARTABIA, Roberto MARTINO, Andrea PANZAROLA, Andreas PIEKENBROCK, Aristide POLICE, Maria Alessandra SANDULLI, Giorgio SPANGHER

Direttore Responsabile

Roberto MARTINO

Comitato dei Garanti

Ennio AMODIO - Guido CORSO - Franco Gaetano SCOCA - Romano VACCARELLA

Comitato Scientifico e di Valutazione

Jean-Bernard AUBY, Giampiero BAENA, Paolo BIAVATI, Antonio BRIGUGLIO, Chiara CACCIAVILLANI, Bruno CAPPONI, Cécile CHAINAIS, Claudio CONSOLO, Domenico DALFINO, Ruggiero DIPACE, Paolo FERRUA, Fabio FRANCIOSI, Carlo Emanuele GALLO, Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Loredana GIANI, Maria Francesca GHIRGA, Guido GRECO, Antonia Antonella MARANDOLA, Giuseppe MELIS, Sergio MENCHINI, Giuseppe MORBIDELLI, Luca Raffaello PERFETTI, Eugenio PICOZZA, Fabio SAIITA, Fabio SANTANGELI, Bruno SASSANI, Karl Peter SOMMERMANN, John SORABJI, Fabrizio TIGANO, Roberta TISCINI, Giuseppe TRISORIO LIUZZI, Antonio URICCHIO, Francesco VERGINE, Francesco VOLPE

Comitato Editoriale e di Redazione

Marco CALABRÒ, Andrea CARBONE, Walter GIULIETTI, Elisabetta LAMARQUE, Federico RASI, Filomena SANTAGADA, Giuseppe TROPEA
Mirko ABBAMONTE, Flaminia APERIO BELLA, Cristina ASPRELLA, Alessio BONAFINE, Fabiola CIMBALLI, Francesca COLETTA, Raffaella DAGOSTINO, Alessandro FABBI, Marco FARINA, Francesco FOLLIERI, Rosaria GIORDANO, Elisabetta MARINO, Chiara MASTRACCHIO, Aniello MERONE, Angela MITAROTONDA, Angelo Giuseppe OROFINO, Giulia PANDOLFI, Giuseppe Andrea PRIMERANO, Antonio ROMANO, Martina SINISI, Michele TRIMARCHI, Enrico ZAMPETTI

Segreteria di Redazione

Mirko ABBAMONTE, Raffaella DAGOSTINO

I contributi pubblicati in questa Rivista sono stati sottoposti, con esito positivo, alla procedura di referaggio in doppio cieco (*double blind peer review*) condotta in conformità al Regolamento depositato presso l'Editore.

Questa Rivista è pubblicata grazie al contributo dell'Università LUM Jean Monnet



Stampa

Galli Edizioni S.r.l. - Varese

In copertina: Giuseppe COLOMBO, *Lo specchio falso di Magritte*, pastello su carta, cm 32x44, 2018

sommario

Saggi

	<i>pag.</i>
<i>Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo</i> di CARLO EMANUELE GALLO.....	347
<i>La possibile epidemia litigiosa e la giurisdizione civile italiana</i> di ANTONIO BRIGUGLIO	373
<i>La Corte di Cassazione e la « nomofilachia » (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)</i> di BRUNO CAPPONI.....	405
<i>Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni</i> di LUCA RAFFAELLO PERFETTI.....	429
<i>La circolazione delle prove tra il processo tributario e il processo penale</i> di STEFANO LOCONTE - IRENE BARBIERI	465
<i>Il principio della non contestazione ad oltre un decennio dalla novella dell'art. 115, comma 1, c.p.c.</i> di ALESSIO CAROSI.....	555

Dialoghi con la giurisprudenza

<i>Una complessa vicenda sulla giurisdizione del trust: la legittimazione passiva del beneficiario del trust e le possibili prospettive alla luce della recente giurisprudenza</i> Cassazione, Sezioni Unite, 18 marzo 2019, n. 7621 commento di FRANCESCA COLETTA.....	655
<i>Il punto delle Sezioni Unite sui rapporti tra sezioni specializzate per le imprese e sezioni ordinarie del tribunale</i> Cassazione, Sezioni Unite, 23 luglio 2019, n. 19882 commento di FEDERICA PINTO	675

Attualità

<i>La fluidità dell'imputazione nel giudizio abbreviato</i> di LEONARDO SURACI	691
<i>«Intelligenza artificiale e funzioni amministrative. Sindacato e tutela rispetto alle decisioni automatizzate»</i> Università LUM Jean Monnet, 19 giugno 2020 di MIRKO ABBAMONTE	713

Il principio della non contestazione ad oltre un decennio dalla novella dell'art. 115, comma 1, c.p.c.

di ALESSIO CAROSI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il principio di non contestazione prima della novella del 2009. — 3. Il fondamento sistematico del principio di non contestazione. — 4. L'evoluzione del dibattito giurisprudenziale. — 5. L'art. 115 c.p.c. *post* legge 18 giugno 2009, n. 69. — 6. (segue) ... la collocazione del principio di non contestazione nell'art. 115, comma 1, c.p.c. ed il rapporto con l'art. 2697 c.c. — 7. Il *quomodo* della contestazione. — 8. (segue) ... la non contestazione e la contumacia. — 9. I fatti da contestare: i fatti principali e secondari. — 10. (segue) ... i fatti propri della parte (o comuni alle parti), conosciuti o conoscibili. — 11. (segue) ... i fatti per i quali è richiesta la forma scritta *ad probationem* e *ad substantiam*. — 12. La non contestazione nel processo su diritti indisponibili. — 13. La circolarità dell'onere di contestazione. — 14. L'efficacia della non contestazione. — 15. I limiti temporali e la tendenziale (ir)reversibilità della non contestazione. — 16. Il *modus operandi* della non contestazione con riferimento al diverso regime di rilevabilità delle eccezioni del convenuto. — 17. Conclusioni. — 18. Appendice: il principio di non contestazione nell'arbitrato.

1. Premessa.

Trascorsi ormai oltre due lustri dalla riforma di cui alla legge 18 giugno 2009, n. 69, il presente contributo torna su un tema in passato oggetto di amplissimo dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Il principio di non contestazione — quale ne sia il fondamento sistematico, quali ne siano gli effetti sui poteri o facoltà delle parti e sull'attività del giudice, per citare solo alcuni dei problemi più discussi — è argomento estremamente complesso.

Esso investe, infatti, alcuni dei temi fondanti del dibattito processuale civile alla luce del modello di processo in concreto scelto dal legislatore: tra questi temi fondanti si possono citare

quelli relativi all'indagine sulla natura stessa del processo civile, alle nozioni di preclusione e di onere, al difficile temperamento tra le diverse esigenze sottese all'idea di «giusto processo» ex art. 111 Cost., cioè il *presto* e il *bene* della tutela giurisdizionale (un processo, dunque, il cui svolgimento sia sì ordinato e sollecito, ma, al tempo stesso, quanto più possibile in grado di condurre il giudice, nella effettiva parità tra le parti, all'accertamento della verità materiale) ⁽¹⁾.

L'analisi del principio della non contestazione impone il confronto con tutti questi profili, peraltro già oggetto di indagine da parte dei molti contributi che la dottrina ha, nel corso degli anni, prodotto sul tema.

L'esposizione muoverà i propri passi dall'inquadramento sistematico della non contestazione e delle diverse posizioni espresse dalla dottrina. Uno spazio sarà riservato anche all'esame delle posizioni espresse dalla giurisprudenza nel corso degli anni. Saranno, poi, approfonditi quelli che appaiono i profili di maggiore interesse del concreto esplicitarsi del principio di non contestazione, e questo sarà fatto alla luce del novellato art. 115 c.p.c., oggetto di una riforma, sicuramente importante, ma, per certi versi, troppo timida e, per altri, carente.

Infine, si è ritenuto di inserire un'appendice dedicata al principio di non contestazione nell'arbitrato. L'argomento è assai articolato e, proprio nella piena consapevolezza della sua complessità, sarà affrontato senza alcuna presunzione di completezza. Tuttavia, verranno offerti interessanti spunti di riflessione su come il principio in parola si atteggi nell'arbitrato, anche internazionale.

⁽¹⁾ P. CALAMANDREI, in *Osservazioni e proposte sul Progetto di codice di procedura civile*, I, 1938, 49 ss., nel parere redatto per l'Università di Firenze sul Progetto preliminare Solmi, ha icasticamente rappresentato la centralità, e al contempo l'universalità, del tema con queste parole: «[...] Ogni legge processuale deve rappresentare il punto di equilibrio fra due esigenze che in ogni campo dell'attività umana assai volte si trovano in conflitto, il presto e il bene: l'esigenza di una decisione pronta, e l'esigenza, spesso contrastante, di una decisione giusta. Tra queste due esigenze, la concezione pubblicistica del processo porta naturalmente a dare la prevalenza alla seconda [...]».

2. Il principio di non contestazione prima della novella del 2009.

Prima della riforma attuata con la legge 18 giugno 2009, n. 69 — che ha, per l'appunto, dato vita all'art. 115, comma 1, c.p.c. nella sua attuale formulazione —, la dottrina si è interrogata ed ha molto dibattuto circa l'esistenza nel processo civile di un principio di non contestazione — e di un connesso onere — a cui potesse riconoscersi portata generale ⁽²⁾.

Il dibattito è stato animato principalmente dalla mancanza di una disposizione che, nel codice di rito, consacrasse siffatto principio con portata generale.

La disputa ha attraversato tre secoli. Ha mosso i suoi passi sotto la vigenza del codice di procedura civile del 1865 ed è proseguita dopo l'introduzione del codice di procedura civile

(2) Il principio di non contestazione è stato oggetto di una pregevole e raffinata opera monografica, alla quale non si può non rinviare per un esame dell'argomento in tutte le sue più disparate sfaccettature. Il riferimento è a A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995. Dello stesso A. si veda anche *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 151 ss. Molti altri Autori hanno, però, approfondito l'argomento con scritti di varia natura ed estensione. Si richiamano, a tal proposito, C.M. CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*, in *For. it.*, 2002, I, 2, 2017 ss.; M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. giur.*, 2003, II, 1342 ss.; S. 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.; A. PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, I, 2, 3143 ss.; A.D. DE SANTIS, *Sul concetto di «non inequivocabilità» della non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, I, 560 ss.; A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 259 ss.; C.M. CEA, *Art. 115*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, II, 792 ss.; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010, I, 3-II, 309 ss.; C.M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro it.*, 2011, II-V, 99 ss.; M. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, 299 ss.; M. MOCCI, *Principio di non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, I, 316 ss.; A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, I, 76 ss.; G. FRUS, *Un interessante (ma non condivisibile) principio in tema di onere di contestazione specifica, diretto a spezzare in taluni casi la necessaria circolarità tra onere di contestazione e di contestazione*, in *Giur. it.*, 2012, I, 131 ss.; L.P. COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 4-5, 1043 ss.

del 1940, prima colpito dalla «controriforma» adottata con la legge 4 luglio 1950, n. 581 ⁽³⁾ e, poi, dalle successive riforme di cui alla legge 11 agosto 1973, n. 533 per il rito del lavoro e di cui alla legge 26 novembre 1990, n. 353 e al D.L. 18 ottobre 1995, n. 432, convertito con legge 20 dicembre 1995, n. 534 per il processo ordinario di cognizione.

Il codice di rito del 1865 non conteneva alcuna menzione del principio di non contestazione ⁽⁴⁾. Il silenzio della parte sui fatti allegati dalla controparte non aveva l'effetto di renderli incontrovertiti e, dunque, di far sì che il giudice li potesse considerare provati in vista della decisione finale ⁽⁵⁾. L'unico atteggiamento processuale a cui veniva assegnato l'effetto di *ficta confessio* ⁽⁶⁾ era la mancata risposta della parte sui capitoli di prova ad essa deferiti in sede di interrogatorio formale ⁽⁷⁾. Il codice di procedura civile unitario, inoltre, era ispirato

⁽³⁾ La legge 14 luglio 1950, n. 581 riaffermò, di fatto, il «principio di libertà», a cui era stato già ispirato il codice di rito unitario del 1865, poiché, intervenendo sia sull'art. 183 c.p.c. sia sull'art. 184 c.p.c. riconobbe la facoltà delle parti di precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni, così come di depositare nuovi documenti e di dedurre nuovi mezzi di prova, sino al momento della rimessione in decisione della causa. Per una trattazione del tema si veda A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in Marafioti, *Del Cocco* (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino, 2012, 9 ss e, più precisamente, 22 ss. Si veda anche G. TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, Padova, 1983, 121 ss.

⁽⁴⁾ Si veda L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 1905, 541 ss.; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 725 ss.; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Milano, rist. 1992, 18 ss.; C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 81 ss.

⁽⁵⁾ Si veda *Relazione Pisanelli*, §§ 214 ss., in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, in Picardi, Giuliani (a cura di), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004, 103 ss. Si veda in dottrina L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario italiano*, II, Torino, 1902, 657 ss.

⁽⁶⁾ Per una trattazione ampia della tecnica delle «finzioni» S. PUGLIATTI, (voce) *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 45 ss. e, in particolare, 104 ss.; S. PUGLIATTI, (voce) *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 658 ss. e, specialmente, 663; R. GUASTINI, (voce) *Finzione giuridica* (nella teoria generale), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 354 ss.

⁽⁷⁾ Così l'art. 218 del codice di procedura civile del 1865, ai sensi del quale «quando la parte non comparisca, o ricusi di rispondere, si hanno come ammessi i fatti dedotti, salvo che giustifichi un impedimento legittimo». Nonostante il tenore

al «principio di libertà»⁽⁸⁾, mentre ad esso era estraneo il contrapposto «principio di preclusione»⁽⁹⁾. Il che, nella vigen-

perentorio e tassativo della norma, la dottrina era solita darne un'interpretazione più morbida, secondo cui il giudice avrebbe dovuto valutare la mancata risposta alla luce del complessivo ordito istruttorio acquisito. Così L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario*, cit., 687 e L. MORTARA, *Commentario*, cit., 577 ss. In senso contrario G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 750, il quale riteneva che la *ficta confessio* producesse una preclusione — nell'accezione chiovendana di decadenza dall'esercizio di una facoltà processuale (sul concetto di preclusione si rinvia *infra* alla nota 9) — alla prova di fatti incompatibili con quelli dedotti mediante un interrogatorio formale ritualmente deferito e rimasto privo di risposta. L'art. 232, comma 1, c.p.c. del codice di procedura civile del 1942 ha, poi, recepito la lettura attenuata dell'art. 218 c.p.c., prevedendo che «Se la parte non si presenta o rifiuta di rispondere senza giustificato motivo, il collegio, valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio».

⁽⁸⁾ Il «principio di libertà» si sostanzia nella piena discrezionalità per le parti di scegliere *come* e *quando* compiere una determinata attività processuale. Per un'approfondita trattazione del tema si veda A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., 9 ss. e, in particolare, 22 ss. L'A. evidenzia come l'idea di un processo civile interamente ispirato «al principio di libertà», al pari di quella di uno interamente ispirato al «principio di preclusione», non si sia mai tramutata in realtà, ma si sia, piuttosto, affermata come schema puramente teorico, mai compiutamente avutosi in termini assoluti. Lo stesso A. rileva come, nella pratica, si sia sempre assistito ad una commistione dei due schemi, con prevalenza dell'uno o dell'altro.

⁽⁹⁾ Come rilevato da A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., la risposta all'interrogativo «[...] se esista o meno un vero e proprio principio di preclusione capace di informare di sé l'intero sistema processuale [...] non è né agevole, né sicura [...]» L'A. indaga il tema risalendo alle origini delle diverse impostazioni dogmatiche sulla natura stessa del processo civile come rapporto giuridico processuale o come situazione giuridica. A G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, Napoli, 1923, 458 ss. e 859 ss., si deve una prima definizione di preclusione: «[...] ogni processo, qual più qual meno, e così anche il nostro processo, per assicurare precisione e rapidità allo svolgimento degli atti giudiziari, pone dei limiti all'esercizio di determinate facoltà processuali, colla conseguenza che di là da quei limiti queste facoltà non si possono più esercitare. Ho dato a codesta conseguenza il nome di 'preclusione', da un bel verbo delle fonti che si trova usato, proprio nel significato che intendo, nella '*poena preclusi*' del diritto comune, salvo che nella preclusione odierna si prescinde naturalmente dall'idea della pena. Ho raccolto e ravvicinato sotto questa osservazione e questo nome numerosi casi (e non sono tutti) nei quali si trova applicato dalla legge questo espediente. Sono casi svariati, sia per la facoltà processuale a cui ciascuno si riferisce, sia per gli effetti che può avere la preclusione dell'esercizio di questa facoltà; ma tutti hanno comune questo elemento, nel quale sta per me l'essenza della preclusione, intendo dire la perdita o estinzione o consumazione, che dir si voglia, di una facoltà processuale per

za di quel sistema processuale, rendeva estremamente difficile concepire il concetto stesso di onere e, dunque, di attività

il solo fatto che si sono raggiunti i limiti dalla legge segnati al suo esercizio [...]». Questa definizione di preclusione si inserisce nella concezione tipicamente chiovendana — ma prima ancora risalente a O. VON BULOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868 — del processo come rapporto giuridico processuale. La figura del rapporto giuridico processuale venne elaborata dalla dottrina tedesca nella seconda metà del 1800 nell'opera di costruzione della teoria generale del processo. Così, il processo venne configurato come rapporto giuridico, in posizione di autonomia dal rapporto giuridico sostanziale, che si origina quando una parte propone una domanda di tutela contro un'altra parte dinanzi ad un organo giurisdizionale: un rapporto, dunque, trilatero, caratterizzato dal diritto del richiedente alla tutela giurisdizionale, dal dovere dell'organo di prestarla e nella soggezione del convenuto all'esercizio di tale tutela. Sul processo come rapporto giuridico processuale si vedano anche C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, 37-38. La preclusione, calata nella realtà del processo come rapporto giuridico processuale, veniva vista come la perdita o la consumazione di una facoltà processuale, «[...] per il fatto: a) o di non aver osservato l'ordine assegnato dalla legge al suo esercizio, come i termini perentorii o la successione legale delle attività e delle eccezioni; b) o di aver compiuto un'attività incompatibile coll'esercizio della facoltà, come la proposizione di un'eccezione incompatibile con un'altra, o il compimento d'un atto incompatibile con l'intenzione di impugnare una sentenza; c) o d'aver già una volta validamente esercitato la facoltà (consumazione processuale detta) [...]», così testualmente sempre G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist. 2° ed., Napoli, 479. La concezione del processo come rapporto giuridico processuale pone in capo alle parti «[...] veri e propri diritti soggettivi o facoltà ed imposti doveri processuali [...]» e «[...] gli atti compiuti dalle parti sarebbero da distinguere non solo fra atti efficaci o inefficaci, ammissibili o inammissibili, ma anche fra atti giuridicamente facoltativi e atti giuridicamente necessari [...]», così ricostruisce A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., 12 e 13. Tuttavia, era chiaro già allora che tutte le situazioni di vantaggio, attraverso le quali si sarebbe dovuto estrinsecare il diritto di difesa delle parti nel processo, non potessero essere esercitate in qualunque momento e che, dunque, lo stesso diritto di difesa dovesse incontrare un limite nel principio di preclusione, limite, per l'appunto, all'esercizio di una situazione di vantaggio. Il principio di preclusione, già all'epoca, veniva considerato alla stregua di un espediente — di cui il legislatore avrebbe potuto servirsi per assicurare l'ordinato svolgimento del processo — in base al quale «[...] il mancato esercizio di una determinata attività processuale ad opera delle parti entro un termine stabilito o il compimento di attività incompatibili con la prima determina la perdita del potere di compiere tale attività [...], così A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., 13. Secondo A. ATTARDI, (VOCE) *Preclusione* (principio di), in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 903 e 909, la nozione di preclusione, nella concezione chiovendana, era sinonimo di decadenza ed era destinata ad individuare quelle situazioni in cui, dalla previsione di una preclusione, discenda in

processuale dal cui mancato compimento potessero derivare conseguenze negative per la parte ⁽¹⁰⁾.

capo alle parti l'onere di cumulare le deduzioni in vista dell'accoglimento della domanda. Ciò che questa concezione non contemplava era l'idea che, al mancato esercizio di una situazione di vantaggio e, dunque, da una preclusione, potessero discendere degli effetti in positivo. Al processo inteso come rapporto giuridico era, infatti, del tutto estraneo il concetto di onere (situazione soggettiva passiva) poiché, come osservato da A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., 14, secondo quella impostazione «[...] le situazioni di vantaggio (facoltà) prevalgono di gran lunga rispetto alle situazioni passive delle parti [...]». Sottolinea questo aspetto anche E. GRASSO, *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 640, secondo cui, nella ricostruzione pseudo-sostanziale del Chiovenda del processo come rapporto giuridico, difetta la nozione generale di onere «[...] termine usato solo per rappresentare la posizione della parte di fronte alla prova, e quale regola di giudizio per il giudice [...]». Si veda anche M. TARUFFO, (voce) *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 794. Il concetto di onere si è, però, venuto ad affermare nella dottrina, ispirata da James Goldschmidt, del processo come situazione giuridica, nella quale, come rilevato sempre da A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., 15, «[...] il compimento di una determinata attività processuale, nei modi e nei termini stabiliti dal legislatore, si presenta non come un diritto o una facoltà (secondo la ricostruzione del processo come rapporto giuridico) ma come onere processuale (processual Last), ovvero come strumento per ottenere la «tutela del proprio interesse» (Gebot des eigenen Interesses) e dunque una situazione assolutamente passiva [...]». Sul concetto di onere, si veda J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, 288; F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, 55 ss. e 68 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 172 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma 1936, 57; E. BETTI, (voce) *Dovere giuridico (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 52 ss. È solo con l'affermarsi del concetto di onere, legato all'idea del processo come situazione giuridica e non come rapporto processuale, che il comportamento processuale della parte viene visto non più solo come richiesto per il conseguimento di un determinato vantaggio, ma anche come necessario per evitare il prodursi di certe conseguenze sfavorevoli, come la preclusione, la decadenza o, per avvicinarsi al tema in trattazione, la *ficta confessio* legata al mancato, tempestivo, esercizio del potere di contestare. Al riguardo si veda S. PUGLIATTI, (voce) *Conoscenza*, cit., 45 ss. e, in particolare, 104 ss.; S. PUGLIATTI, (voce) *Finzione*, cit., 658 ss. e, specialmente, 663; R. GUASTINI, (voce) *Finzione giuridica (nella teoria generale)*, cit., 354 ss. Ecco, dunque, che, nel contesto di questa ricostruzione dogmatica, la preclusione — nonostante la diversa idea di S. SATTI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1959, 239, il quale riteneva che la concezione della preclusione si ricollegasse all'idea del processo come rapporto giuridico e che fosse destinata a tramontare con essa — viene inquadrata esattamente come la conseguenza negativa del mancato assolvimento di un onere processuale, cioè di un'attività processuale, il cui omesso tempestivo compimento è preclusivo, per la parte stessa, del conseguimento di un

Tuttavia, anche sotto il codice di procedura civile del 1865, voci autorevolissime si erano levate contro l'impostazione che tendeva ad assegnare al silenzio della parte il valore di *ficta contestatio* ⁽¹¹⁾, voci sfociate, a cavallo tra le due guerre mon-

certo risultato positivo. Si veda al riguardo E. GRASSO, *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, cit., 641, secondo il quale la preclusione esprime precipuamente l'idea di un onere inadempito. M. TARUFFO, (voce) *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, cit., 795, evidenzierà, poi, la stretta relazione tra questa concezione di preclusione e quelle norme che, sanzionando processualmente l'inottemperanza delle parti, «[...] regolano l'ordine, il tempo e le modalità delle loro attività [...]». Ed è nel solco di questa impostazione che, come osservato da A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., 17-18, si afferma l'idea che individua il fondamento dell'espedito o del meccanismo della preclusione nell'autoresponsabilità delle parti, la quale «[...] troverà pieno sviluppo nella riflessione dei processualcivili in rapporto con il mancato rispetto dell'onere [...]». Il concetto di autoresponsabilità delle parti ha acquisito rilevanza nei sistemi processuali moderni perché ispirati al principio dispositivo e all'idea per cui le parti nel processo rispondono per ciò che fanno o non fanno (*i.e.* deducono o non deducono, eccepiscono o non eccepiscono, contestano o non contestano, provano o non provano). Così sempre A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., 17 ss. e, in particolare, 18 e 19, dove viene posto in rilievo come all'autoresponsabilità va correlato il dovere di lealtà e probità codificato dall'art. 88 c.p.c., espressione di un vero e proprio dovere di collaborare per la sollecita e corretta soluzione della controversia e, dunque, ai fini della ragionevole durata del processo, dovere la cui inosservanza è giustificativa dell'adozione di specifiche sanzioni processuali (si veda l'art. 92, comma 1, c.p.c., ma anche l'art. 116, comma 2, c.p.c. con riferimento al contegno delle parti). Mette in rilievo tale aspetto anche M. TARUFFO, (voce) *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, cit., 794. Si vedano C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit., 64 e S. PUGLIATTI, (voce) *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 463, il quale evidenzia come l'autoresponsabilità, a differenza della responsabilità, configurasse l'inosservanza di una specifica disposizione posta a tutela non di un interesse alieno o generale, bensì a presidio di un interesse dello stesso soggetto agente. Per un esame del concetto di autoresponsabilità si rinvia anche a L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Torino, 1960, 71 ss. e 164 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1950, 224 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 102 ss.

⁽¹⁰⁾ Sul «principio di libertà» nonché sui concetti di preclusione e di onere si vedano *supra* le note 8 e 9.

⁽¹¹⁾ Tra le voci critiche L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., 567, il quale apertamente dichiarava che «[...] il concetto, assunto dogmaticamente nel nostro codice come nel francese, che il silenzio significhi opposizione, ossia tacita contestazione, non è davvero meritevole di adesione [...]». Lo stesso A. osservava, assai efficacemente, che «[...] dinanzi al magistrato si va

diali, in vari progetti di riforma del codice di procedura civile (12).

Queste opinioni rimasero in qualche modo lettera morta tant'è che il codice di procedura civile del 1942 lasciava inalterata la situazione previgente sotto il codice di rito del 1865. Non veniva introdotta una norma che prevedesse un generale principio di non contestazione né un generale onere per le parti di prendere posizione sui fatti dedotti dalla controparte. Dunque, anche agli albori del nuovo sistema processuale, al silenzio non era assegnato il valore di *ficta confessio* e, tantomeno, simili effetti potevano essere ricondotti alla contestazione generica, mentre solo l'ammissione esplicita o implicita (in ragione di argomentazione inconciliabili con la negazione del fatto allegato dalla controparte) era ritenuta idonea a rendere i fatti incontrovertibili e non (più) bisognosi di prova.

Se è vero che nulla si era mosso verso il riconoscimento di un generale principio di non contestazione capace di permeare di sé l'intero processo civile, al codice di rito del 1940 era ascrivibile un'importante novità: come sopra anticipato, si era abbandonato il «principio di libertà» e ci si era mossi verso un modello di processo civile improntato al modello dispositivo ed ispirato al «principio di preclusione» (13). Ad essere mutata, a

non per tacere, bensì per parlare, per far conoscere le proprie ragioni e i torti dell'avversario, con dichiarazioni precise, positive e pertinenti alla lite [...]». Pur con un approccio fortemente critico, lo stesso L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1906, 353 («[...] il silenzio in generale, per le nostre leggi, non prova nulla, né dà arbitrio al magistrato per indurne argomento pro e contro in qualsiasi controversia relativa ai fatti [...]») sia G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 749, («[...] le semplici deduzioni di fatto non contestate non si hanno senz'altro per ammesse [...]») non potevano fare altro che ammettere come il codice di rito del 1865 non conoscesse il principio di non contestazione.

(12) Si veda G. CHIOVENDA, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, 64 ss. e 121, §§ 84 e 85 della Relazione artt. 20 e 21 del Progetto; L. MORTARA, *Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur. it.*, 1923, IV, 145, artt. 49 e artt. 212 ss.; F. CARNELUTTI, *Progetto del codice di procedura civile*, I, Padova, 1926, art. 305.

(13) Sull'evoluzione del concetto di preclusione e sull'affermazione dei concetti di onere e di autoresponsabilità sotto la vigenza del processo dispositivo si veda *supra* la nota 9.

quel punto dell'evoluzione della costruzione della teoria generale del processo, era la concezione stessa di quest'ultimo, con il progressivo allontanamento dall'idea (statica) del processo come rapporto giuridico processuale e l'affermarsi di quella del processo come situazione giuridica: cioè, come complesso di oneri e di aspettative intermedie ricollegate al singolo atto processuale in vista della realizzazione dell'aspettativa finale al conseguimento di una sentenza favorevole⁽¹⁴⁾.

La situazione nel diritto positivo è, parzialmente, mutata solo con la riforma del rito del lavoro, attuata con legge 11 agosto 1973, n. 533 e, poi, con quella del rito ordinario, realizzata con legge 26 novembre 1990, n. 353. I due interventi riformatori furono determinativi di una rivisitazione, rispettivamente, dell'art. 416, comma 3, e dell'art. 167, comma 1, c.p.c. Entrambe le disposizioni normative, a prescindere dalle non trascurabili distinzioni terminologiche⁽¹⁵⁾, pongono (con formulazione rimasta invariata sino ad oggi) a carico del convenuto il dovere (*rectius*, l'onere⁽¹⁶⁾) di prendere posizione sui fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda.

Né la riforma del rito del lavoro né quella del giudizio ordinario di cognizione introdussero una norma a cui poter con certezza ascrivere l'affermazione del principio di non contestazione e, dunque, del connesso onere di contestare, peraltro in maniera specifica, i fatti allegati dalla controparte. In questo contesto, tantomeno era possibile pervenire, per effetto di un'espressa disposizione di legge, alla conclusione che dalla

⁽¹⁴⁾ Così A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., 16. Per una breve ricostruzione della dottrina sulla teoria generale del processo e riferimenti bibliografici si veda *supra* la nota 9.

⁽¹⁵⁾ Solo l'art. 416, comma 3, c.p.c. dispone che il convenuto, nella memoria difensiva, «[...] deve prendere posizione in maniera specifica, e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda [...]». L'art. 167, comma 1, c.p.c. si limita a statuire, con tenore più attenuato, che il convenuto, nella comparsa di costituzione e risposta, «[...] deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda [...]».

⁽¹⁶⁾ Sul concetto di onere si rinvia *supra* alla nota 9.

omessa contestazione il giudice potesse far conseguire effetti negativi in capo alla parte.

Tuttavia, le novelle dell'art. 416, comma 3, c.p.c. e 167, comma 1, c.p.c. diedero indubbiamente forza a quegli orientamenti che, pure nel vuoto legislativo, cercavano di inferire l'esistenza del principio di non contestazione da dati di diritto positivo rintracciabili in varie disposizioni del codice di procedura civile ⁽¹⁷⁾.

Eppure, gli artt. 416, comma 3, e 167, comma 1, c.p.c. riformati non apparvero argomenti risolutivi per far ritenere conseguito l'approdo al riconoscimento di un generale principio di non contestazione. Anche perché nessuna di queste due disposizioni sanziona in negativo la mancata contestazione così da riconnettervi un onere a carico della parte ed una connessa preclusione ⁽¹⁸⁾. Peraltro, le stesse due disposizioni codicistiche

⁽¹⁷⁾ Per un'ampia disamina si veda S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 111 ss. e, specificamente, le pagine da 111 a 113. Tali disposizioni di diritto positivo erano l'art. 14 c.p.c., ai sensi del cui terzo comma, nelle cause relative a somme di denaro o a beni mobili, «Se il convenuto non contesta il valore dichiarato o presunto, questo rimane fissato, anche agli effetti del merito, nei limiti della competenza del giudice adito»; l'art. 35 c.p.c., ai sensi del quale «Quando è opposto in compensazione un credito che è contestato ed eccede la competenza per valore del giudice adito, questi, se la domanda è fondata su un titolo non controverso o facilmente accertabile, può decidere su di essa e rimettere le parti al giudice competente per la decisione relativa all'eccezione di compensazione [...]»; gli artt. 186 *bis* e 423 c.p.c., ai sensi dei quali, in caso di non contestazione delle somme ad opera delle parti costituite, l'altra parte può chiedere, fino al momento della precisazione delle conclusioni, che sia emessa ordinanza costituente titolo esecutivo per il pagamento delle medesime; l'art. 263 c.p.c., ai sensi del quale nel procedimento per il rendimento dei conti, la mancata contestazione del conto fa sì che il giudice possa pronunciare provvedimento per il pagamento delle somme non contestate; gli artt. 663 e 665 c.p.c. in caso di mancata opposizione nel procedimento per convalida della licenza o dello sfratto per finita locazione; gli artt. 785 e 789 c.p.c., in caso di mancata contestazione del progetto di divisione che il giudice dichiara esecutivo.

⁽¹⁸⁾ Per un approfondito sforzo ricostruttivo si veda A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 262 ss. e 267. Si rinvia anche a B. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, II, Milano, 87 ss., che opinava per l'inesistenza, ante novella del 2009, di un principio generale di non contestazione nel processo civile. Ricostruisce le varie posizioni, nelle diverse epoche, A. TEDOLDI,

appena richiamate prevedevano un generico dovere di prendere posizione a carico del solo convenuto sui fatti affermati dall'attore, mentre un vero onere generale di contestazione sarebbe dovuto necessariamente gravare su tutte le parti del giudizio, in ossequio al principio di parità⁽¹⁹⁾.

In questo contesto, la tesi di gran lunga prevalente in dottrina era nel senso di escludere che la mancata contestazione (e, quindi, il silenzio) potesse equivalere a *ficta confessio* (con conseguente esonero della controparte dall'onere della prova), mentre era per lo più diffusa l'opinione che una simile condotta fosse valutabile sotto il profilo della correttezza processuale e, in sede decisoria, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. quale argomento di prova⁽²⁰⁾.

Non erano mancate, tuttavia, prese di posizioni difformi, volte ad esaltare la mancata contestazione quale adozione di una linea difensiva incompatibile con la negazione del fatto, tale da renderne superflua la prova in quanto non controverso tra le parti. Chi sosteneva questa tesi lasciava comunque intatto il potere-dovere in capo al giudice di valutare il fatto non contestato nel contesto delle altre acquisizioni processuali, con

La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c., cit., 79 ss. e, in particolare, alla nota 18 a pagina 81, il quale, proprio con riferimento agli artt. 416, comma 3, c.p.c. e 167, comma 1, c.p.c., mette in evidenza l'assenza di un sistema sanzionatorio per la mancata contestazione, preclusivo al riconoscimento di un principio di non contestazione con portata generale. Si veda anche S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali, cit.*, 111 ss.

⁽¹⁹⁾ L'aspetto è evidenziato da A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c., cit.*, 82-83.

⁽²⁰⁾ Si veda al riguardo la ricostruzione di A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile, cit.*, 285 ss. Si veda anche L.P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, 512, secondo cui «[...] la mera mancanza di contestazione non pare sufficiente a porre automaticamente fuori discussione la verità del fatto. Potrà trattarsi di un comportamento processuale valutabile dal giudice al fine di trarne argomenti di prova, ma non di un comportamento negoziale capace di incidere sull'accertamento della verità dei fatti. Di conseguenza il fatto non contestato non cessa per questa sola ragione di essere «incerto», e quindi di avere bisogno di essere provato in giudizio [...]».

esclusione, quindi, di qualsivoglia effetto vincolante della non contestazione sull'attività decisoria del giudice ⁽²¹⁾).

Altri, invece, equiparavano la contestazione generica, purché non di mero stile, a quella specifica, nel senso che la contestazione *tout court*, indipendentemente dal suo *quomodo*, fosse sempre idonea a rendere il fatto controverso e, quindi, a lasciare intatto l'*onus probandi* in capo alla parte allegante ⁽²²⁾).

Altri ancora, invece, equiparavano, già all'epoca, la contestazione generica alla mancata contestazione ⁽²³⁾).

Una parte della dottrina, pur nell'ambito di un dibattito

⁽²¹⁾ Sulla rilevanza del principio di acquisizione si veda S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 139 ss. Per il principio di acquisizione si veda anche *infra* nella presente trattazione il § 14 e, in particolare, la nota 120.

⁽²²⁾ Così L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 471 ss.; G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo civile*, Milano, 1991, 131 ss.; C. MANDRIOLI, *Le modifiche del processo civile*, Torino, 1991, 68; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 1995, § 5 e, in particolare, nota 5; M. TARUFFO, *La struttura del procedimento di primo grado*, in Borrè, Castellano, Proto Pisani, Ricci, Taruffo (a cura di), *La riforma del processo civile. Linee fondamentali*, Milano, 1991, 27 ss.; G. RAMPAZZI, *Comparsa di risposta*, in *Le riforme del processo civile*, Chiarloni (a cura di), Torino, 1992, 125; A. ATTARDI, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro. it.*, 1990, V, 385 ss.; A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 67 ss.; F.P. LUIISO, in Consolo, Luiso, Sassani, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 101; L.P. COMOGLIO, *Istruzione e trattazione nel processo civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, X, Torino, 1993, 232; G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, 125; G. BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, *Giur. it.*, 1996, IV, 277 ss.; R. VACCARELLA, B. CAPPONI, C. CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 82 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La difesa del convenuto e dei terzi nella nuova fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 80 ss. Questi Autori ritenevano la contestazione generica idonea a rendere il fatto controverso sulla scorta della formulazione letterale dell'art. 167, comma 1, c.p.c., più morbida di quelli dell'art. 416, comma 3, c.p.c., e dell'assenza di un regime sanzionatorio connesso alla omessa contestazione.

⁽²³⁾ Così A. CARRATA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 294 ss. L'A., nel sostenere la tesi della equiparazione della contestazione generica alla omessa contestazione, sottolinea lo scarso rilievo dell'argomento incentrato sulla diversa formulazione dell'art. 167, comma 1, c.p.c. rispetto all'art. 416, comma 3, c.p.c., ritenendo quest'ultima disposizione enfatica e sovrabbondante. Lo stesso A., alla pagina 399 e con particolare riferimento all'ordinanza anticipatoria di cui all'art. 186 *bis* c.p.c. evidenzia come il legislatore, con l'introduzione dell'ordinanza *de qua*, ha sostanzialmente dato per scontata l'esistenza, nel sistema,

svolto all'oscuro di quelli che sarebbero stati i successivi sviluppi, già evidenziava come la contestazione dovesse estendersi a tutti i fatti, senza alcuna possibilità di distinguere tra fatti principali e fatti secondari ⁽²⁴⁾.

Altro profilo assai discusso era quello relativo alla reversibilità (o meno) della omessa contestazione, tema molto spinoso perché coinvolge quello — anch'esso molto articolato — della natura delle eccezioni e del termine per dedurre fatti modificativi, estintivi ed impeditivi integranti eccezioni non riservate ⁽²⁵⁾.

Anche al riguardo erano riscontrabili due distinti orientamenti. Secondo un primo, e più rigoroso orientamento, la mancata contestazione, a seconda delle diverse posizioni associate al silenzio della parte o alla contestazione generica, non era reversibile in qualunque momento ad opera della parte. La tesi veniva sostenuta sulla scorta della ricostruzione delle prescrizioni degli artt. 167, comma 1, e 416, comma 3, c.p.c., in termini di preciso onere, la cui inosservanza sarebbe sanzionata con precise decadenze e connesse preclusioni ⁽²⁶⁾, superabili solo ad istanza di parte e nella ricorrenza dei presupposti per la rimessione in termini (allora *ex art.* 184 bis c.p.c., poi trasferita, a seguito della riforma del 2009, nell'art. 153, comma 2, c.p.c.) ⁽²⁷⁾.

di un principio di non contestazione di portata generale, poi sfociato nella novella dell'art. 115, comma 1, c.p.c., ad opera della legge 18 giugno 2009, n. 69.

⁽²⁴⁾ Si veda C.M. CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite, cit.*, 2017 ss. Sulla distinzione tra fatti principali e fatti secondari e sul modo di atteggiarsi della contestazione rispetto agli stessi si tornerà più diffusamente *infra* § 9 e *ivi* nota 94.

⁽²⁵⁾ Anche in argomento si veda nel dettaglio *infra* i §§ 15 e 16.

⁽²⁶⁾ Per una ricostruzione dei concetti di onere e di preclusione si veda *supra* la nota 9.

⁽²⁷⁾ Il sistema di preclusioni e decadenze, sanzionatorio della mancata contestazione, era ricavato dal fatto che il processo ordinario di cognizione, come novellato dalla riforma del 1990, appare strutturato su un rigido sistema di decadenze e di preclusioni, volto a consentire, ad un dato punto del giudizio, l'emersione e la cristallizzazione di *thema decidendum* e *thema probandum*. Per cui, scattate le barriere preclusive, non sarebbe più consentito alle parti di allegare nuovi fatti

Altri Autori, invece, sostenevano dovessero ritenersi ammissibili contestazioni tardive, anche formulate per la prima volta in appello, non potendosi ricavare decadenze e preclusioni per via interpretativa (argomento *ex art. 152 c.p.c.*)⁽²⁸⁾ e, cioè, in assenza di un'espressa comminatoria di legge⁽²⁹⁾.

estintivi, modificativi ed impeditivi, pur rilevabili d'ufficio, salva, per l'appunto, la ricorrenza dei presupposti per la rimessione in termini. Così A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 311 ss.; A. CARRATTA, *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, cit., 151 ss. Si veda anche G. RAMPAZZI, in AA.VV., *Le riforme del processo civile*, Bologna-Roma, 1992, 125 ss.; E.F. RICCI, in Carpi, Taruffo, *Commentario breve, Appendice di aggiornamento*, Padova, 1991, 47 ss. Nello stesso senso, anche se con riguardo al rito del lavoro, G. FRUS, *Note sull'onere del convenuto di «prendere posizione nel processo del lavoro»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 63 ss.; G. COSTANTINO, in *Commentario alla legge 26 novembre 1990, n. 353. Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, 87 ss.; R. VACCARELLA, B. CAPPONI, C. CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, cit., 20; E. GRASSO, *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, cit., 639 ss.

⁽²⁸⁾ R. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino, 266 ss.; R. ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 9 ss. e in *Studi in onore di V. Denti*, Padova, 315 ss.; R. ORIANI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, in *Foro it.*, 2001, I, 127 ss.; G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, cit., 186 ss., secondo il quale i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, avrebbero dovuto ritenersi allegabili sino al momento della precisazione delle conclusioni, essendo gli stessi, se posti a fondamento di eccezioni in senso lato, comunque rilevabili d'ufficio dal giudice. Si veda anche G. TRISORIO LIUZZI, *La difesa del convenuto e dei terzi nella nuova fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, cit., 80 ss.; G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo civile*, cit., 69 e 131; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., II, § 8; C. MANDRIOLI, *Le nuove ordinanze di «pagamento» e «ingiunzionale» nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 644 ss.; R. VACCARELLA, B. CAPPONI, C. CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, cit., 121; G. OBERTO, *L'introduzione della causa in primo grado dopo la riforma del processo civile (citazione, comparsa di risposta, intervento e chiamata in causa)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 451. I sostenitori di questa tesi, pur ammettendo la possibilità di una contestazione temporalmente pressoché illimitata, ne ammettevano la sanzionabilità da parte del giudice in termini di argomento di prova *ex art. 116, comma 2, c.p.c.* e, comunque, facevano salva la possibilità per la controparte di ottenere la rimessione in termini in punto di attività assertiva ed istruttoria sulle nuove difese proposte in via contestativa.

⁽²⁹⁾ A. CARRATTA, *Il principio di preclusione nel processo civile*, cit., 26 ss., evidenzia come la preclusione, essendo determinativa della consumazione di una facoltà processuale o di un onere processuale, deve essere oggetto di espressa previsione di legge, dovendosi ciò ricavare dall'art. 152 c.p.c., ai sensi del quale i

Tra queste due posizioni si poneva la tesi intermedia di chi individuava un limite temporale, posto dalle note barriere

termini per il compimento degli atti del processo sono stabiliti dalla legge e sono perentori nei soli casi esplicitamente previsti come tali. Lo stesso A. rileva, però, che «[...] Ciò non esclude, tuttavia, che alla produzione del fenomeno preclusivo si pervenga in modo implicito anche per altra via [...]», avuto riguardo, ad esempio, al fenomeno del c.d. giudicato interno «[...] concernente le questioni, di rito o di merito, rilevabili d'ufficio o ad istanza di parte, che possono insorgere nel corso del processo che, a seconda dei casi, possono essere oggetto o di pronunce non definitive o di esame preliminare ai fini della pronuncia definitiva. Basti pensare alle questioni di natura processuale: su queste questioni (ad es., sulla competenza o sulla giurisdizione) il c.d. giudicato interno può formarsi sia per effetto di una pronuncia non definitiva che risolva la questione in maniera non ostativa (ovvero nel senso della non sussistenza della questione) ovvero per effetto dell'esame preliminare da parte della sentenza definitiva o non definitiva di merito (esame preliminare che, evidentemente, ha portato il giudice a ritenere non sussistente la questione di rito). È evidente che, di fronte ad una situazione di questo tipo, laddove la parte soccombente sulla questione non impugni la pronuncia non definitiva che ha risolto in senso non ostativo la questione di rito o non impugni (in via principale o in via incidentale) la sentenza definitiva o non definitiva di merito nella parte in cui ha affrontato in via preliminare la questione processuale (escludendone la sussistenza), la conseguenza è che la questione è da considerare risolta in via definitiva, per effetto del prodursi del c.d. giudicato interno, sebbene la preclusione espressa non sia ancora maturata [...]». Conseguenza che l'A. definisce «[...] ben comprensibile e giustificata se si riflette sul fatto che la preclusione espressa deve necessariamente essere coordinata con gli effetti che scaturiscono dal mancato esercizio del potere di impugnazione [...]». Evidenzia egli, altresì, che «[...] Proprio per gli effetti (talvolta insidiosi) che determina sulla preclusione dei poteri processuali delle parti, tuttavia, occorre che l'istituto del c.d. giudicato interno venga applicato con la necessaria prudenza. Se la norma codicistica prevede che una determinata eccezione processuale possa essere rilevata anche d'ufficio in qualsiasi stato e grado del processo, perché si produca il c.d. giudicato interno su quella determinata eccezione è necessario che la relativa questione abbia costituito oggetto di esplicita statuizione da parte del giudice (o come questione principale di una pronuncia non definitiva di rito o come questione preliminare di una pronuncia definitiva o non definitiva di merito). Non può, cioè, ritenersi che il c.d. giudicato interno si formi non solo in tale ipotesi, ma anche in modo implicito ogni qual volta il giudice si sia pronunciato sul merito, presupponendo che in tal caso, essendosi pronunciato nel merito, il giudice abbia anche implicitamente escluso la sussistenza di qualsiasi questione processuale rilevabile d'ufficio. Se ne deduce che, quando la questione processuale non abbia costituito oggetto di esame esplicito nella decisione (definitiva o non definitiva) di merito, il c.d. giudicato interno su tale questione non possa prodursi e quindi lasci intatti la preclusione espressa più ampia [...]». *Contra*, tuttavia, la più recente giurisprudenza di legittimità, con un orientamento inaugurato da Cass. Sez. Un. 9 ottobre 2008, n. 24483 — in *Giur. it.*, 2009, 406 ss., con note, rispettivamente critica ed adesiva, di R.

preclusive, all'attività difensiva di allegazione di fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, facendone, però, salvo il potere di rilevazione da parte del giudice, anche per la prima volta in appello, se a fondamento di eccezioni non riservate ⁽³⁰⁾.

All'interno della tesi intermedia, doveva essere isolata la posizione di quella dottrina che, nel ritenere inammissibile la contestazione tardiva (considerata in contrasto con le esigenze di chiarezza e semplificazione alla base delle preclusioni assertive ed istruttorie), distingueva tra barriera temporale per la contestazione dei fatti storici dedotti dall'attore e barriera temporale per l'allegazione dei fatti a fondamento di eccezioni in senso lato: la prima attività si sarebbe dovuta esaurire entro l'udienza di trattazione *ex art.* 183, comma 5, c.p.c. (salva, sempre, la rimessione in termini), mentre la seconda si sarebbe dovuta considerare consentita durante tutto il giudizio di primo grado e, eventualmente, anche per la prima volta in appello ⁽³¹⁾.

Altro aspetto assai dibattuto era quello relativo al rapporto tra contestazione e contumacia.

L'opinione maggioritaria era nel senso di escludere che alla contumacia potesse assegnarsi qualsiasi effetto negativo o sanzionatorio in termini di *ficta confessio* e ciò in ossequio al tradizionale orientamento che vede nella contumacia un atteggiamento neutro ⁽³²⁾. Questa dottrina trovava conferma di

VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e traslatio iudicii* e A.M. SOCCI, *Il difetto o conflitto di attribuzione (o di giurisdizione) del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali non può essere eccepito o rilevato in Cassazione per la prima volta*; in senso critico, anche di rilievo costituzionale, A. CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in *Giur. it.*, 2009, 1460 ss. — ha affermato che ogniquale volta il giudice si sia pronunciato sul merito, tale pronuncia presuppone una pronuncia implicita sull'assenza di questioni processuali ostative rilevabili d'ufficio.

⁽³⁰⁾ Così S. CHIARLONI, in *Le riforme del processo civile*, Chiarloni (a cura di), Torino, 1992, 175 ss.; si veda anche C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 158 ss.

⁽³¹⁾ Così A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro. it.*, I, 2003, 606.

⁽³²⁾ Sul rapporto tra non contestazione e contumacia si veda anche *infra* § 8.

siffatta impostazione tradizionale nella scelta, operata dal legislatore del 1990 nella formulazione dell'art. 186 *bis* c.p.c., di ancorare l'emissione dell'ordinanza prevista dalla norma *de qua* alla mancata contestazione delle somme di denaro ad opera della parte costituita⁽³³⁾.

Altra parte della dottrina criticava l'argomento fondato sull'art. 186 *bis* c.p.c. e negava che dalla norma in questione potesse ricavarsi una qualche, anche solo implicita, equiparazione tra contumacia e *ficta contestatio*. In particolare, si osservava che la formulazione dell'art. 186 *bis* c.p.c. potesse essere interpretata come affermazione generale di un onere di prendere posizione sui fatti allegati dalla controparte per ragioni di concentrazione processuale⁽³⁴⁾.

3. Il fondamento sistematico del principio di non contestazione.

La dottrina si è diffusamente interrogata su quale sia il fondamento sistematico del principio di non contestazione.

Un primo orientamento individua il fondamento del principio di non contestazione nel principio dispositivo in senso sostanziale, meglio definito come principio della disponibilità della tutela giurisdizionale⁽³⁵⁾.

Secondo tale principio, colui che si afferma titolare del

⁽³³⁾ G. VERDE, *Prova, Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 616 ss.; G. VERDE, *Profili del processo civile*, II, *Processo di cognizione*, Napoli, 1996, 83 ss.; G. VERDE, *Dispositivo* (principio), in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, § 1; G. VERDE, *Domanda* (principio della), in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, § 2. Si veda anche G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo civile*, cit., 71; L.P. COMOGLIO, in *AA.VV.*, *I provvedimenti anticipatori*, in *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 2000, 301 ss. e 312 ss.; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., 102; A. PROTO PISANI, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro it.*, 1990, V, 397; A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 607.

⁽³⁴⁾ Così A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 296 ss.

⁽³⁵⁾ Il principio dispositivo in senso sostanziale è indicato come principio della disponibilità della tutela giurisdizionale in C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 89.

diritto sostanziale è libero, non solo di domandarne o di non domandarne la tutela giurisdizionale, ma, una volta domandata, è anche libero di stabilirne i confini e, eventualmente, di rinunciarvi. Si è efficacemente parlato anche di esclusiva o monopolio della parte sull'oggetto del processo⁽³⁶⁾, quale imprescindibile portato del carattere disponibile della situazione sostanziale dedotta nel processo⁽³⁷⁾. Tale regola, che, per sua stessa natura, si colloca a monte del processo⁽³⁸⁾, trova realizzazione in altre due regole, strettamente appartenenti, invece, alla disciplina del processo. Trattasi del principio della domanda, enunciato dall'art. 99 c.p.c., e del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, declamato dall'art. 112 c.p.c., i quali esprimono perfettamente quel monopolio di cui si è poc'anzi riferito: è la domanda della parte che determina la pendenza del processo (art. 99 c.p.c.), a cui si correla il dovere del giudice di decidere su tutta la domanda e nei limiti di essa (art. 112 c.p.c.)⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ Di esclusiva parla C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 90-91 e note da 20 a 24, ove è anche specificato che tale monopolio è da ritenersi limitato all'oggetto sostanziale del processo e non anche all'oggetto processuale, essendo quest'ultimo meramente eventuale quando singole questioni sull'ammissibilità della domanda siano sollevate. In termini di «monopolio» o di «esclusiva» sull'oggetto del processo opina anche T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. II, Milano, 1951, 741 ss.

⁽³⁷⁾ Così G. VERDE, (voce) *Dispositivo* (principio), cit.; G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 220; T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 741 ss.

⁽³⁸⁾ Così C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 89-90 e T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 741 ss.

⁽³⁹⁾ È la domanda della parte che determina la pendenza del processo (art. 99 c.p.c.), a cui si correla il dovere del giudice di decidere su tutta la domanda e nei limiti di essa (art. 112 c.p.c.), come definiti dalle parti nell'esercizio del loro potere di allegare i fatti costitutivi nonché quelli impeditivi, modificativi ed estintivi. Si veda C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 90-91 e alla nota 21, dove è anche messo in evidenza il rapporto di reciproca integrazione tra l'art. 99 c.p.c. e l'art. 2907 c.c., ritenute norme di distinte e coordinate funzioni, di cui «[...] appare evidente la ragione del diverso margine di portata [...]». L'art. 2907 c.c., laddove dispone che «Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte [...]», mira a sottolineare «[...] il fondamento di diritto sostanziale della prestazione della tutela giurisdizionale ad opera del giudice [...]»; mentre l'art.

Il principio della disponibilità della tutela giurisdizionale (o dispositivo in senso sostanziale), dunque, esplica naturalmente il suo rilievo nella fase iniziale del processo e, cioè, nel momento in cui le parti, attraverso l'esercizio del potere esclusivo di allegazione dei fatti costitutivi o di quelli impeditivi, modificativi ed estintivi, si attivano ai fini della fissazione del *thema decidendum*, cioè della definizione dei fatti su cui il giudice è chiamato a decidere.

Individuare il fondamento del principio di non contestazione nel principio dispositivo in senso sostanziale, dunque, non significava nulla di diverso che riservare al monopolio delle parti non solo il potere di allegare i fatti, ma anche quello di sottrarre tali fatti alla verifica del giudice, in conseguenza del mancato esercizio del correlato potere di contestare.

È evidente come, nella prospettiva appena delineata, la non contestazione potesse riguardare i soli fatti principali (cioè quelli costitutivi della pretesa o impeditivi, modificativi ed estintivi della stessa, oggetto del potere esclusivo di allegazione nella fase iniziale del processo), fosse irreversibile per le parti e vincolante per il giudice: il fatto allegato da una parte e non

99 c.p.c., laddove statuisce che «Chi vuole fare valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente», «[...] specifica, nell'ottica tecnica del processo e dal punto di vista di chi se ne avvale per chiedere la tutela, l'essenzialità e l'ineliminabilità di questo stimolo, nel quale sta la base della contrapposizione logica tra chi chiede e chi giudica, come indispensabile premessa per l'imparzialità di quest'ultimo (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*) [...]». Approfondendo ancora l'indagine, viene rilevato come l'art. 2907 c.c. ponga in risalto la normale correlazione tra titolarità del diritto e titolarità dell'azione, quale corollario della regola della disponibilità della tutela giurisdizionale, intesa come svolgimento della disponibilità del diritto sostanziale; mentre, l'art. 99 c.p.c. sottolinea la funzione tecnico-processuale della domanda, la quale svincola la domanda stessa dalla suddetta normale correlazione (*i.e.* titolarità del diritto sostanziale e titolarità dell'azione), offrendo «[...] la più semplice delle spiegazioni al rilievo che il principio della domanda è rispettato anche quando essa sia eccezionalmente proposta da un sostituto processuale (v. retro, § 13) o dal P.M. [...]». In tema si veda anche A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, Allorio (diretto da), Torino, 1973, 1050; V. COLESANTI, *Papillons (in tema di giustizia della decisione e poteri delle parti e del giudice)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 569; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Milano, 2018, 95.

contestato dall'altra era considerato come definitivamente espunto dal *thema decidendum* per volontà delle parti stesse⁽⁴⁰⁾. È stato osservato, in senso critico, che, per questa via, alle parti sarebbe consentito di giungere ad «[...] una sorta di verità negoziata, insindacabile per il giudice e irrevocabile per le parti stesse [...]»⁽⁴¹⁾.

Tuttavia, questa tesi sembra denunciare un errore di fondo, effetto di un'interpretazione impropria del principio dispositivo in senso sostanziale, esteso ben oltre l'allegazione del fatto (cioè, il *se* il giudice debba o meno giudicare su di esso), sino ad investire il *modo* con cui si svolge il giudizio su quel fatto, ossia la direzione del processo e la determinazione dei mezzi tecnici (*i.e.* le prove) di cui il giudice può servirsi ai fini della formazione del suo convincimento⁽⁴²⁾. È evidente che, se questa

(40) T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 695 ss.; G. VERDE, *Prova, Teoria generale e diritto processuale civile*, cit., 616 ss.; G. VERDE, *Profili del processo civile*, cit., 83 ss.; G. VERDE, *Dispositivo* (principio), cit., § 1; G. VERDE, *Domanda* (principio della), cit., § 2.

(41) Così in senso critico A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 83.

(42) Va ascritta a T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., 724 ss. la prima presa di coscienza nel dibattito dottrinario italiano della distinzione, a cui era pervenuta la dottrina tedesca sul finire del XIX secolo, tra «principio dispositivo in senso materiale» o «in senso proprio» (c.d. *Dispositionsprinzip*), con cui si indica l'esclusiva delle parti nella domanda di tutela giurisdizionale e nella fissazione dell'oggetto del giudizio, e «principio dispositivo in senso processuale» o «in senso improprio» (c.d. *Verhandlungsmaxime*), con cui si indica un vincolo del giudice alle iniziative delle parti per ciò che riguarda la tecnica e lo svolgimento interno del processo e, dunque, la determinazione del materiale di fatto e dei mezzi per provarlo. L'A. evidenzia come sia errata l'operazione di sistemare assieme e alla rinfusa i due principi, onde pervenire alla formulazione di un principio unico. In altri termini, come osservato da A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 67 ss. e, in particolare, alle pagine 68 e 69, il principio dispositivo in senso processuale ricomprende la direzione del processo e le iniziative probatorie, mentre sono riconducibili al principio della domanda e, dunque, al principio dispositivo in senso materiale, le iniziative processuali e le allegazioni materiali. La stessa A. rileva come il risultato di tale ricostruzione sia che spetta alle parti dare impulso al processo e fissarne i confini, mentre spetta al legislatore stabilire «come» il processo debba fornire risposta giurisdizionale alla richiesta di tutela. In questa prospettiva, il monopolio delle parti sul *se* e sull'*oggetto* del processo non va confuso con lo strumento e, a

fosse la base del ragionamento, anche le prove finirebbero per essere in correlazione con il principio dispositivo in senso sostanziale e, dunque, con la necessità che la parte sia lasciata libera di scegliere se ed entro che limiti formulare la domanda di tutela giurisdizionale. Ne discenderebbe, dunque, un doppio vincolo per il giudice, generalmente espresso nel noto brocardo

maggior ragione, con le forme dello strumento con cui la tutela è in concreto realizzata. Nello stesso senso E. SOMMA, *Il giudizio abbreviato*, in AA.VV., *I riti differenziati nel nuovo processo penale*, Milano, 1990, secondo cui «[...] È ormai un dato acquisito del nostro patrimonio culturale che la disponibilità dei diritti e la derogabilità delle norme attengono al momento della tutela, ma non coinvolgono necessariamente il problema della strutturazione interna del processo, «strumento che è non al servizio esclusivo delle parti» [...]». Tale impostazione è risalente a F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., 216. Il profilo è fatto oggetto di ampia disamina in C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 104 ss., secondo cui, in particolare alla pagina 104, «[...] Fermo, dunque, che il vincolo di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato opera, in concreto, soltanto con riguardo ai fatti allegati, ci si deve domandare ancora se il suddetto vincolo concerne soltanto l'allegazione del fatto (ossia: la circostanza se un fatto sia stato o meno allegato e, quindi, il se il giudice deve giudicare su di esso) oppure anche il modo col quale in concreto si svolge il giudizio su quel fatto. Più precisamente, se tale vincolo investe anche gli strumenti dei quali il giudice si serve per compiere la sua operazione di giudizio sui fatti, che, come si ricorderà, consiste nel riscontro se i fatti allegati siano o non siano veri [...]». La stessa dottrina evidenzia che la risposta al quesito è esplicitamente contenuta nell'art. 115 c.p.c., da cui si ricava che il giudice è, quantomeno in linea di principio, vincolato, oltre che all'allegazione dei fatti ad opera esclusiva delle parti, dalle offerte di prova delle parti stesse sui fatti allegati. Tuttavia, da ciò non deve essere tratto l'erroneo convincimento, di cui è espressione il noto brocardo *judex secundum allegata et probata judicare debet*, che il duplice vincolo incombente sul giudice abbia il medesimo fondamento e che questo sia individuabile nel principio della disponibilità della tutela giurisdizionale o nel principio dispositivo unitariamente inteso. Solo il vincolo sull'allegazione dei fatti ad opera delle parti è conseguenza del principio dispositivo in senso sostanziale e del correlato principio della domanda. Il vincolo relativo alle offerte di prove delle parti, invece, non va posto in correlazione con il principio della disponibilità della tutela giurisdizionale (e con i suoi corollari processuali), ma riguarda il limite per il giudice, stabilito dal legislatore, nel servirsi di quegli strumenti tecnici rappresentati dalle prove. Si veda anche M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, 329, il quale evidenzia come l'allegazione dei fatti sia elemento necessario ed essenziale della domanda giudiziale, assoggettata «[...] per necessaria conseguenza del carattere privato del rapporto litigioso, al potere dispositivo delle parti [...]»; mentre, dall'altro lato, l'offerta dei mezzi di prova concerne gli strumenti tecnici attraverso cui il giudice forma il suo convincimento nell'accertamento dei fatti.

iudex secundum allegata et probata iudicare debet ⁽⁴³⁾, molto spesso utilizzato (insieme alla formula «principio dispositivo») per definire l'art. 115 c.p.c. Senonché, è stato osservato che tale brocardo poggia su un equivoco, non solo perché descrive come *probata* circostanze che le parti hanno solo offerto di provare (mentre il termine *probata* sarebbe più adatto ad indicare una prova già raggiunta) ⁽⁴⁴⁾, ma anche — e soprattutto — perché, accomunando i due vincoli in un'unica formula *secundum allegata et probata*, rischia di ingenerare l'errato convincimento che essi abbiano il medesimo fondamento ⁽⁴⁵⁾. Il che, però, non è, in quanto solo il primo vincolo *secundum allegata* è riconducibile al principio della disponibilità della tutela giurisdizionale, mentre il secondo vincolo *secundum probata*, generalmente detto principio della disponibilità delle prove ⁽⁴⁶⁾, presuppone già avanzata la richiesta di tutela e concerne solo un limite per il giudice nel servirsi di quei mezzi tecnici che sono le prove.

In questa prospettiva, dunque, l'art. 115 c.p.c. sarebbe semplice manifestazione di una scelta tecnica, operata dal legislatore sulla scorta di valutazioni di opportunità, afferente

⁽⁴³⁾ K.W. NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967, 17 ss.; J. PICÓ I JUNOY, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1497 ss.

⁽⁴⁴⁾ L'aspetto è evidenziato in C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 105.

⁽⁴⁵⁾ Si veda *supra* la nota 42. Per un ampio esame della questione anche M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 328. Si rinvia anche a B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 3 ss.; B. CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 861; M. TARUFFO, *Sub art. 115*, in *Commentario del codice di procedura civile*, Chiarloni (diretto da), Bologna, 2011, 477.

⁽⁴⁶⁾ Quanto riportato *supra* alla nota 42 e l'esigenza di non riproporre ormai superate confusioni terminologiche spiega il motivo per cui è preferibile parlare di «principio di disponibilità delle prove» (anziché di principio dispositivo) in contrapposizione al «principio della disponibilità dell'oggetto processuale». Ampia ricostruzione in C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 104 ss. e, in particolare, a pagina 106 alla nota 59.

al *quomodo* dell'attività finalizzata all'accertamento della verità dei fatti⁽⁴⁷⁾. Cioè, come rilevato in dottrina, «[...] se la richiesta di tutela con i suoi limiti è affare privato, tale non è più il modo col quale la tutela è prestata [...]» poiché «[...] è interesse dello Stato che quella tutela sia prestata nel modo tecnicamente migliore [...]»⁽⁴⁸⁾.

Così ricostruita l'esatta portata del principio dispositivo in senso sostanziale (o della disponibilità dell'oggetto del giudizio) in rapporto con il principio della disponibilità delle prove, è più agevole comprendere quella dottrina che ha collocato in via sistematica la regola della non contestazione nell'ambito del secondo principio, ritenendolo il risultato di una scelta di mera tecnica processuale relativa al *modo* della tutela giurisdizionale, finalizzata al soddisfacimento di esigenze di semplificazione e di economia processuale e fondata sul principio di autoresponsabilità delle parti nella fissazione del *quid disputatum* e del *thema probandum*⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ M. TARUFFO, *Sub art. 115*, in *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 462 ss. e, in particolare, pagine 470 e 478, assai efficacemente afferma che l'art. 115 c.p.c. non enuncia il principio dispositivo in materia di prove, bensì il più limitato divieto per il giudice di ricorrere alla scienza privata.

⁽⁴⁸⁾ Così C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 104 ss. e, in particolare, alla pagina 107. Si veda *supra* la nota 42.

⁽⁴⁹⁾ Sulla autoresponsabilità cfr. *supra* nota 9. Si veda A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 167 e 274 ss.; C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., 39 alla nota 95. Secondo S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 138 ss., per il quale la disponibilità della situazione controversa sarebbe già salvaguardata dal divieto per il giudice di rilevare fatti individuatori della stessa ovvero fatti oggetto di eccezioni riservate alla parte, mentre tutti gli altri fatti, sia principali che secondari, servirebbero al convincimento del giudice al fine di emettere una decisione quanto più possibile rispondente alla realtà sostanziale. Si veda anche A. PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, cit., 3143 ss., secondo il quale il principio di non contestazione è il primo principio in materia di prova in quanto volto, nei processi su diritti disponibili, a determinare e delimitare il *thema probandum*, cioè i fatti controversi e, quindi, da provare. Secondo lo stesso A. «[...] Si tratta di un principio tacito, ma non per questo meno importante, di diuturna applicazione del processo civile, fondato su esigenze di semplificazione ed economia processuale (o anche, se si vuole, sulla responsabilità

In questa prospettiva, la regola della non contestazione, come la preclusione ⁽⁵⁰⁾, altro non sarebbe che un meccanismo o un espediente di cui il legislatore si serve per accelerare l'*iter* del processo. Il fatto non contestato, dunque, sarebbe espunto dal *thema probandum*: la parte allegante sarebbe esonerata dal correlato onere probatorio ed il giudice, nell'attività di selezione del materiale probatorio, sarebbe vincolato a non ammettere, in quanto irrilevanti, le istanze istruttorie in ipotesi formulate dalle parti in relazione a quello stesso fatto.

o autoresponsabilità delle parti nell'allegazione dei fatti di causa) [...]»; C.M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, cit., 99 ss. e, in particolare, alle pagine 101 e 102, il quale rileva come «[...] la non contestazione sia una tecnica semplificatoria diretta a perseguire il fine dell'economia processuale e, come tale, sia anche dotata di copertura costituzionale ex art. 111 Cost., nella parte in cui si prevede, tra i valori del giusto processo, anche quello della ragionevole durata del processo [...]»; A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 83, secondo cui «[...] la non contestazione è mera tecnica di economia processuale, che trova fondamento nella responsabilità o autoresponsabilità delle parti e attiene alla prova dei fatti: questi, se non controversi, escono dal *thema probandum* e determinano una *relevatio ab onere probandi*, che ne rende superflua la dimostrazione, a prescindere dal carattere principale o secondario di essi [...]». Così anche M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit., 1347, secondo cui la non contestazione produce conseguenze sul piano probatorio in punto di *relevatio ab onere probandi* del fatto non contestato con conseguente sua espunzione dal *thema probandum*. Lo stesso A., alla pagina 1346, evidenzia, però, come il vincolo che incontra il giudice è solo sull'esistenza del fatto, nei limiti di quanto dedotto e non contestato, ma «[...] non anche sull'inferenza probatoria del fatto rispetto al diritto sostanziale dedotto; così pure la qualificazione del fatto alla luce delle norme giuridiche non è vincolata dalla non contestazione e rimane affidata al giudice [...]». Si veda anche M. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 299 ss.

⁽⁵⁰⁾ G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, rist., III, Milano, 1933, 235 ss., evidenzia come il meccanismo della preclusione — su cui diffusamente *supra* nota 9 — altro non sia che una soluzione di tecnica processuale finalizzata a «[...] rendere possibile l'ordinato svolgimento del giudizio colla progressiva e definitiva eliminazione di ostacoli [...]». Lo stesso A., nel rendere al meglio il proprio pensiero, pone in risalto che questa soluzione di tecnica processuale sfocia nel giudicato, che egli stesso definisce la «somma preclusione», quale intangibilità del risultato del processo, cioè «[...] il riconoscimento o il disconoscimento di un bene, affinché la vita sociale si svolga quanto più è possibile sicura e pacifica [...]» (*op. ult. cit.*, 235). Per un'ampia ricostruzione di questi aspetti si veda A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, cit., 22 ss.

Altri fondamentali corollari deriverebbero da questa ricostruzione.

Innanzitutto, il collocamento sistematico della non contestazione nell'ambito del principio della disponibilità delle prove consentirebbe il superamento di qualsiasi dicotomica distinzione tra fatti principali e fatti secondari. La regola in questione opererebbe indifferentemente rispetto a tutti i fatti costitutivi ovvero impeditivi, modificativi ed estintivi, tanto principali quanto secondari. La contestazione del fatto principale, ma non di quello secondario, renderebbe controverso solo il primo, ma non il secondo da cui il giudice sarebbe libero di inferire l'esistenza del fatto principale⁽⁵¹⁾. Nello stesso modo, la contestazione del solo fatto secondario renderebbe in controverso il fatto principale, che il giudice potrebbe, a quel punto, reputare verificatosi, rendendo vano l'atteggiamento (parzialmente) contestativo.

In secondo luogo, sganciare la non contestazione dal principio dispositivo in senso sostanziale, per collocarla nel contesto del principio della disponibilità delle prove, assicurerebbe

⁽⁵¹⁾ Un esempio, già proposto in dottrina da C.M. CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 2024 e da S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 137, rende al meglio il concetto. Si dia il caso in cui l'attore agisca in giudizio per il riconoscimento del lavoro straordinario e per la condanna del datore di lavoro al pagamento del relativo compenso, deducendo alcune circostanze a fondamento della propria pretesa. Il fatto costitutivo del diritto fatto valere è certamente quello dello svolgimento dell'attività lavorativa oltre l'orario normale di lavoro, mentre il fatto secondario è rappresentato, per l'appunto, dalle circostanze dedotte a sostegno del fatto principale: ad esempio, il fatto che il lavoratore tornasse a casa, visto da altre persone, in orari compatibili con l'effettuazione del lavoro straordinario. Si ipotizzi, quindi, che il convenuto contesti il fatto costitutivo, ma non quello secondario, nulla dicendo al riguardo o limitandosi ad asserirne l'irrelevanza per l'inidoneità a dimostrare il fatto principale e che, ciononostante, l'attore abbia avanzato istanze istruttorie tese a fornire la prova del fatto secondario. In una tale situazione, il giudice dovrebbe valutare irrilevante la prova richiesta dall'attore e, quindi, non ammetterla, dovendo ritenere il fatto secondario non controverso e non bisognoso di prova. Ritenuto il fatto secondario verificatosi nei limiti di quando dedotto dall'attore, e sempre che non sia smentito da altre rituali acquisizioni, il giudice sarebbe libero (e non vincolato) ad inferirne l'esistenza del fatto principale.

l'effetto di non collegare al contegno non contestativo un effetto vincolante per il giudice. Il fatto non contestato è senz'altro non bisognoso di prova e, quindi, da ritenersi verificatosi nei limiti di quanto dedotto dalla parte che l'ha allegato. Il giudice, però, non è privato del potere di decidere in senso opposto qualora, da quanto ritualmente acquisito al processo, il fatto stesso ne risultasse smentito; né sarebbe privato dei (più o meno) limitati poteri istruttori officiosi, allorquando altre rituali acquisizioni ponessero in dubbio la verità del fatto non contestato.

Infine, la non contestazione — ma, questo sembra un dato pacifico in ossequio al principio *iura novit curia* — in nessun caso spoglia il giudice del potere di qualificare giuridicamente il fatto e di accertare la fondatezza in punto di diritto della pretesa avanzata ⁽⁵²⁾.

4. L'evoluzione del dibattito giurisprudenziale.

È opportuno, a questo punto, riservare un sintetico approfondimento sull'evoluzione del dibattito giurisprudenziale riguardante il principio di non contestazione.

Occorre anticipare come, nel dispiegarsi di tale dibattito, vada isolata la sentenza delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione n. 761 del 23 gennaio 2002, la quale ha certamente rappresentato un autentico spartiacque nella caratterizzazione giurisprudenziale del principio di non contestazione, prodromico, unitamente all'imponente sforzo ricostruttivo della dottrina di cui si è dato ampiamente conto nei paragrafi precedenti, alla novella dell'art. 115, comma 1, c.p.c. introdotta con la legge 18 giugno 2009, n. 69.

⁽⁵²⁾ M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit., 1347. Cfr. C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., 39 alla nota 99. A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 89, secondo cui «[...] La contestazione specifica deve cadere sui fatti, anche se posti a base di questioni processuali (*nur prozessual erhebliche Tatsachen*), non sulle interpretazioni né sui giudizi di valore né, tantomeno, sulle qualificazioni giuridiche [...]». In giurisprudenza, si veda Cass. 29 agosto 2016, n. 17395.

L'indirizzo giurisprudenziale più risalente era nel senso di negare la vigenza di un principio di non contestazione capace di permeare di sé l'intero processo civile e, dunque, di un correlato onere di contestare. La posizione più ricorrente era che, nei processi su diritti disponibili, i fatti allegati potessero essere ritenuti non controversi solo quando l'altra parte li avesse esplicitamente ammessi, avesse tenuto una linea difensiva chiaramente incompatibile con il loro disconoscimento o ne avesse contestati esplicitamente solo alcuni, così dimostrando il proprio disinteresse all'accertamento degli altri⁽⁵³⁾. Era, invece, tendenzialmente escluso che potessero valere come non contestazione contegni ibridi, quali la contestazione generica o, addirittura, il semplice silenzio, i quali si riteneva integrassero una *ficta contestatio*, lasciando operante l'*onus probandi* sancito dalla regola di giudizio dell'art. 2697 c.c.: gli unici effetti che, in tale prospettiva, venivano riconnessi a simili condotte processuali erano la loro eventuale sanzionabilità in termini di violazione del dovere di lealtà processuale *ex* artt. 88 e 92 c.p.c. e la possibilità della loro valutazione discrezionale da parte del giudice quale argomento di prova *ex* art. 116, comma 2, c.p.c.⁽⁵⁴⁾

⁽⁵³⁾ In tal senso un lunghissimo elenco di pronunce, alcune addirittura immediatamente successive alle Sezioni Unite del 2002, in diverse occasioni tenuta in totale non cale dalle sezioni semplici. Sul presupposto dell'inesistenza di un onere generale di contestazione nell'ordinamento giuridico italiano, hanno negato qualsiasi rilievo ai fini della non contestazione a contegni quali il silenzio o la contestazione solamente generica Cass., 11 gennaio 1983, n. 195; Cass., 26 agosto 1986, n. 5229; Cass., 5 dicembre 1992, n. 12947; Cass., 20 maggio 1993, n. 5733; Cass., 18 dicembre 1993, n. 12553; Cass., 1 agosto 1994, n. 7156; Cass., 13 maggio 1995, n. 5277; Cass., 23 maggio 1995, n. 5643; Cass., 18 luglio 1997, n. 6623; Cass., 4 agosto 1997, n. 7189; Cass., 23 febbraio 1998, n. 1940; Cass., 16 ottobre 1998, n. 10247; Cass., 13 febbraio 1999, n. 1213; Cass., 12 maggio 1999, n. 4687; Cass., 13 ottobre 1999, n. 11513; Cass., 18 luglio 2000, n. 9424; Cass., 8 agosto 2000, n. 10434; Cass., 20 ottobre 2000, n. 13904. Tra le pronunce che, anche se successive a quella delle Sezioni Unite n. 761 del 2002, mostrarono non adesione ai principi di diritto con essa sanciti, si possono citare Cass., 16 gennaio 2003, n. 559 e Cass., 5 febbraio 2003, n. 1672.

⁽⁵⁴⁾ Si veda in tal senso la già citata Cass., 5 febbraio 2003, n. 1672, secondo cui (in massima) «[...] Una generica contestazione non può equivalere a una ammissione, da parte del convenuto, della sussistenza dei fatti affermati dall'attore

Un orientamento giurisprudenziale minoritario affermava, invece, la configurabilità di un vero e proprio onere di contestazione, al cui assolvimento era, tuttavia, considerata bastevole la contestazione generica. La contestazione generica, comunque, rimaneva valutabile dal giudice nell'ambito dei poteri attribuitigli dall'art. 116 c.p.c. ⁽⁵⁵⁾, mentre il silenzio sui fatti allegati *ex adverso* era ritenuto integrativo di *ficta confessio*.

Un ancor più residuale orientamento, comunque riconducibile a quello favorevole alla configurazione di un generale onere di contestazione, si era spinto ad affermare la necessità di una contestazione non generica, ma specifica e dettagliata, la

ma può, eventualmente, integrare violazione del dovere di lealtà processuale, sanzionabile ai sensi degli articoli 88 e 92 del c.p.c. e, comunque, essere discrezionalmente valutata, attenendo al contegno della parte, ai sensi dell'articolo 116, comma 2, del c.p.c. e, pertanto, in quanto tale, solo come elemento aggiuntivo e integrativo rispetto alle risultanze dei veri mezzi di prova [...].».

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Cass., 11 dicembre 2002, n. 17664, con la quale, con riferimento al rito del lavoro, veniva affermato in motivazione che «[...] È indubbio che nel processo del lavoro, in base al disposto degli artt. 414, 416 e 420 cod. proc. civ., le parti concorrono a delineare la materia in controversia, in modo che, ove fatti costitutivi del diritto dedotto dal ricorrente non siano oggetto di specifica contestazione da parte del resistente (costituito), i fatti stessi restano estranei alla materia del contendere ed al conseguente potere d'accertamento del giudicante (Cass. Sez. Un. 23 gennaio 2002 n. 761). Premesso che questa limitazione della materia in controversia, essendo il prodotto del comportamento processuale delle parti, è ipotizzabile solo con il concorso delle parti costituite, è da specificare che (secondo il pensiero della predetta decisione), affinché il fatto costitutivo del diritto entri nel dibattito processuale non è necessaria una contestazione specifica e dettagliata. La pur semplice contestazione da parte del resistente conferisce al fatto la natura controversa e la necessità della conseguente pronuncia da parte del giudicante: la genericità della contestazione, nel quadro delle prescrizioni dell'art. 416 cod. proc. civ., diventa elemento di valutazione da parte del giudicante, ai fini della decisione sul fatto contestato [...]». A ben vedere, la motivazione può apparire *prima facie* contraddittoria laddove, in un primo momento, sembra affermare la necessità di una «contestazione specifica», per poi concludere nel senso che «non è necessaria una contestazione specifica e dettagliata». Ad un più approfondito esame, la pronuncia va letta come volta ad interpretare l'onere del convenuto di «prendere posizione, in maniera specifica e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda» di cui all'art. 416, comma 3, c.p.c. nel senso che, ai fini della contestazione di cui alla predetta norma, è comunque sufficiente una contestazione generica, rilevando la genericità della contestazione come argomento di prova *ex art.* 116, comma 2, c.p.c.

cui mancanza avrebbe consentito «[...] al giudice di ritenere tali fatti come ammessi [...]»⁽⁵⁶⁾.

Alcuni arresti, espressione di tale ultimo filone, ne avevano in un certo qual modo esplicitato il contenuto, affermando sì il principio di una contestazione specifica e dettagliata, ma comunque da rapportarsi al grado di specificità e di dettaglio dell'allegazione della controparte. Si riteneva, cioè, inesigibile una contestazione specifica a fronte di un'allegazione generica, sulla scorta del principio per cui la mancata contestazione postula sempre che chi la invochi e intenda avvalersene abbia preventivamente adempiuto al proprio onere di allegazione⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ Così la massima di Cass., 13 giugno 2002, n. 8502. Conf. Cass., 13 giugno 2002, n. 8502 e Cass., 8 gennaio 2003, n. 85.

⁽⁵⁷⁾ In giurisprudenza, si veda *ex multis* Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004, n. 11353, la cui motivazione così testualmente recita «[...] i dati fattuali, interessanti sotto diverso profilo la domanda attrice, devono tutti essere esplicitati in modo esaustivo o in quanto fondativi del diritto fatto valere in giudizio o in quanto volti ad introdurre nel giudizio stesso circostanze di mera rilevanza istruttoria non potendosi negare la necessaria circolarità, per quanto attiene al rito del lavoro, tra oneri di allegazione, oneri di contestazione ed oneri di prova [...] Da qui l'impossibilità di contestare o richiedere prova — oltre i termini preclusivi stabiliti dal codice di rito — su fatti non allegati nonché su circostanze che, pur configurandosi come presupposti o elementi condizionanti il diritto azionato, non siano stati esplicitati in modo espresso e specifico nel ricorso introduttivo del giudizio [...]». In dottrina cfr. M. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 306, secondo cui «[...] nell'apprezzare l'effettiva valenza processuale della contestazione omessa o generica, non è possibile prescindere, preliminarmente, dal contenuto dell'allegazione e dal suo grado di specificità, non fosse altro perché è lecito pretendere che la specificità della contestazione (da intendersi come necessità che quest'ultima non si risolva nella mera negazione formale dell'avversa allegazione, ma espliciti, ove sia materialmente esigibile, una diversa e contrapposta versione dei fatti) sia direttamente proporzionale, in un certo senso, alla specificità dell'allegazione che ne costituisce oggetto. In altre parole, l'onere di contestazione è direttamente collegato alla completa esplicitazione dei dati fattuali ad opera della controparte, e non riguarda anche i fatti che, pur configurandosi come presupposti o elementi costitutivi del diritto, non sono esposti in modo specifico ed espresso. Come dire, la specificità dell'allegazione dà la misura della specificità della contestazione [...]». In dottrina, si rinvia a C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 222, secondo il quale la specificità della contestazione va sempre valutata in relazione al grado di precisione dell'allegazione avversaria. Si veda M. MOCCI, *Principio di non contestazione*, cit., 327 e G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo*

In siffatto assai frastagliato contesto sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 761 del 23 gennaio 2002, la quale ha segnato il primo, decisivo, passo verso l'espreso riconoscimento di un generale onere di contestazione specifica nel processo civile, poi definitivamente consacrato nella novella dell'art. 115, comma 1, c.p.c. introdotta dalla legge 18 giugno 2009, n. 69. Senza entrare qui nel merito della fattispecie oggetto di decisione ⁽⁵⁸⁾, gli aspetti più

commento della legge 18 giugno 2009, n. 69), in *Giusto proc. civ.*, 2009, 749 ss., il quale osserva che diversamente opinando si finirebbe per ammettere la sufficienza di una contestazione formale e generica, atteso che la parte non potrebbe contestare una versione dei fatti che non conosce (in quanto non fornita) e ai quali è estranea.

⁽⁵⁸⁾ Tale statuizione intervenne a dirimere un contrasto interno alla Sezione Lavoro della Corte di Cassazione in ordine alla sussistenza, a carico della parte che contesti globalmente il credito affermato nei suoi confronti e, quindi, lo ponga in discussione nella sua stessa esistenza (*an debeat*), di contestare specificamente anche il *quantum* della pretesa ed i relativi conteggi allegati dalla controparte. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione diedero atto dell'esistenza di tre distinti orientamenti sul punto. Secondo un primo orientamento, un onere di specifica contestazione dei conteggi sarebbe configurabile solo laddove non sia stato contestato l'*an debeat*, perché diversamente non apparirebbe logico porre a carico del convenuto l'onere di contestare il *quantum* di una pretesa (*i.e.* i conteggi allegati dall'attore) la cui spettanza sia stata già negata in radice (in tal senso, Cass., 30 dicembre 1994, n. 11318; conf. Cass., 12 giugno 1995, n. 6609, secondo cui al convenuto che abbia contestato l'esistenza del credito non sarebbe preclusa la possibilità di contestare nel corso del processo l'entità della pretesa attorea e, quindi, i connessi conteggi per ottenerne in via principale o subordinata il ridimensionamento; conf. Cass., 29 marzo 1995, n. 3758, secondo cui l'irrilevanza della mancata contestazione dei conteggi, ove sia stato contestato l'*an debeat*, sarebbe *a fortiori* argomentabile dalla considerazione che l'omessa contestazione dei conteggi non sarebbe di per sé sufficiente ad accreditarli di affidabilità e precisione, potendo al più valere come elemento integratore della decisione del giudice). Secondo un diverso orientamento, la contestazione della spettanza della pretesa non implicherebbe necessariamente l'affermazione dell'erroneità della relativa quantificazione, avendo la contestazione dell'entità della pretesa una sua autonoma funzione in relazione alle peculiari caratteristiche del rito del lavoro, fondato su un rigido sistema di preclusioni diretto a consentire all'attore di conseguire rapidamente la pronuncia riguardo al bene della vita reclamato. Gli effetti della mancata contestazione dei conteggi, comunque, rileverebbero solamente quale elemento valutabile dal giudice in sede di verifica del fondamento della domanda sotto il profilo del contegno processuale della parte *ex art.* 116, comma 2, c.p.c. (in tal senso, cfr. Cass., 7 luglio 1999, n. 7089 e Cass., 6 luglio 1998, n. 6568). Un terzo orientamento, infine, nel ribadire che la contestazione della spettanza della pretesa non esonererebbe il

eclatanti del notissimo *leading case* furono la netta affermazione di un generale principio di non contestazione nel processo

convenuto dall'onere di contestarne la quantificazione sulla base dei conteggi allegati dall'attore, porta il ragionamento alle estreme conseguenze sulla scorta della peculiare struttura del rito del lavoro, fondato su un rigido sistema di barriere preclusive, che impongono al convenuto di prendere posizione già con la memoria di costituzione in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione sui fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda. Secondo tale orientamento, il mancato assolvimento di detto onere da parte del convenuto renderebbe definitivamente incontestabili i fatti rispetto ai quali non sia emersa tra le parti contrapposizione nei modi e nei termini imposti dal sistema delle preclusioni assertive. Una volta accertata la spettanza della pretesa, i conteggi non tempestivamente contestati sarebbero da considerarsi definitivamente pacifici ed al convenuto sarebbe anche precluso di renderli controversi per la prima volta in appello sulla scorta del principio di cristallizzazione di tutte le situazioni di fatto allegate e non tempestivamente e ritualmente contestate (cfr. quali espressioni di tale orientamento Cass., 8 luglio 2000, n. 4482 e Cass., 24 novembre 1998, n. 11919). Secondo le Sezioni Unite, così riassunti i termini della questione, nessuno di tali orientamenti sarebbe *tout court* condivisibile. Muovendo dalla premessa dell'esistenza di un generale onere di contestazione nel processo civile, la sentenza n. 761 del 23 gennaio 2002 chiarì innanzitutto che la non contestazione rileverebbe solo rispetto ai fatti da accertare (argomento letterale *ex* artt. 416, comma 3, e 167, comma 1, c.p.c.), mentre alcuna incidenza potrebbe avere in ordine all'interpretazione della disciplina legale o contrattuale della quantificazione, rimanendo tale attività appannaggio esclusivo del giudice. La stessa statuizione affermò che la contestazione dell'*an debeatur* non sarebbe comunque tale da assorbire e rendere superflua qualsiasi contestazione sul *quantum* ogniquale volta le operazioni di quantificazione trovino il loro fondamento nell'allegazione di fatti diversi e non incompatibili con quelli investiti dalla contestazione sull'esistenza stessa della pretesa. In tali casi, quindi, la contestazione della spettanza della pretesa non farebbe venire meno l'onere per il convenuto di prendere posizione sui fatti posti a fondamento della quantificazione della stessa di guisa che il comportamento omissivo sarebbe idoneo ad essere valutato dal giudice ai fini dell'identificazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*. Definita in questi termini la prima parte del problema, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione affrontarono la seconda parte della questione afferente agli effetti della non contestazione, operando a tal fine una distinzione tra fatti principali e fatti secondari: rispetto ai primi, ai quali farebbero riferimento gli artt. 416, comma 3, e 167, comma 1, c.p.c., la non contestazione avrebbe l'efficacia di comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio ed avrebbe effetti vincolanti per il giudice, al quale sarebbe precluso qualsiasi controllo probatorio del fatto non contestato, che dovrebbe essere ritenuto sussistente, perché espunto dal novero degli accertamenti richiesti in dipendenza dell'atteggiamento difensivo delle parti. In tale prospettiva, la non contestazione avrebbe anche il connotato della tendenziale irreversibilità in aderenza alla struttura del processo civile (ordinario di cognizione e rito lavoro) improntata su di un rigido sistema di preclusioni. I secondi,

civile con portata tendenzialmente irreversibile per le parti e vincolante per il giudice e, dall'altra, la dicotomica distinzione, rispetto al principio *de quo*, tra fatti principali e fatti secondari, per cui la non contestazione sarebbe stata invocabile solo rispetto ai primi e non con riguardo ai secondi. A monte di tali conclusioni si collocava la posizione espressa dalle Sezioni Unite, favorevole ad individuare il fondamento sistematico della non contestazione nel principio dispositivo in senso sostanziale e nella esclusiva delle parti sull'oggetto del processo, esercitata attraverso il potere di allegazione dei fatti costitutivi e di quelli impeditivi, modificativi ed estintivi.

Le criticità del percorso argomentativo seguito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 761 del 2002, di cui è agevole cogliere contorni e portata alla luce di

invece, la cui efficacia si risolve sul piano meramente istruttorio (in funzione probatoria dei fatti principali), si collocherebbero in un'area che non è riservata alla esclusiva disponibilità delle parti di talché la non contestazione potrebbe essere posta sul più generico piano dei comportamenti non vincolanti per il giudice, ma dallo stesso liberamente apprezzabili come semplici argomenti di prova *ex art. 116*, comma 2, c.p.c. Per i fatti secondari, a differenza di quanto previsto per quelli principali, la non contestazione non avrebbe alcun connotato di irreversibilità, bensì di revocabilità 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 (vale a dire formulando – già nell'atto introduttivo del giudizio, sotto pena di preclusione – le proprie istanze istruttorie con la completezza che si imporrebbe in presenza di un'integrale contestazione ad opera della controparte) e che, quindi, già appartiene potenzialmente al tema istruttorio della causa [...]». D'altra parte, chiosarono sul punto le Sezioni Unite, sarebbe caratteristica fondamentale del rito speciale del lavoro quella del necessario temperamento tra il principio dispositivo con le esigenze di ricerca della verità materiale «[...] di guisa che, quando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova ma ha il potere-dovere di provvedere di ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti [...]». Sulla scorta del dedotto *iter* argomentativo, le Sezioni Unite conclusero, ancorché nei limiti del ragionamento condotto, nel senso del definitivo superamento dell'orientamento giurisprudenziale della indiscriminata provvisoria della non contestazione e della persistente sua revocabilità in ogni fase del giudizio di merito, fondato sul rilievo per cui la contestazione sarebbe atteggiamento difensivo riconducibile al novero delle mere difese.

quanto illustrato nei paragrafi precedenti, hanno fatto sì che diverse pronunce ad essa (anche immediatamente) successive vi si discostassero, alcune estremizzandone addirittura gli esiti⁽⁵⁹⁾, altre riaffermando orientamenti tralattati, sfavorevoli all'affermazione di un generale principio di non contestazione nel processo civile⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Tra queste vale la pena richiamare Cass., 17 aprile 2002, n. 5526, intervenuta a pochissimi mesi di distanza da Sezioni Unite n. 761 del 23 gennaio 2002. Essa si pose, per certi aspetti, sul medesimo solco tracciato dalla Sezioni Unite: vi si rinviene, infatti, la chiara affermazione di un generale principio di non contestazione a carattere tendenzialmente irreversibile, il cui fondamento pare essere stato individuato, piuttosto che nel principio dispositivo sostanziale, nei principi di concentrazione, immediatezza ed oralità, che trovano attuazione concreta «[...] nel sistema di preclusioni e decadenze di cui agli artt. 414 e 416 c.p.c., attinenti in primo luogo alle allegazioni da una parte, e alle contestazioni in fatto dall'altra, sistema che trova la piena legittimazione costituzionale nel suo carattere di reciprocità (Corte Cost. sent. 14 gennaio 1977 n. 13; ord. 12 aprile 1978 n. 40) [...]». Tale statuizione, più precisamente, individua nella non contestazione un comportamento processuale rilevante ai fini della determinazione del *thema decidendum* con ricadute sulla fissazione del *thema probandum* «[...] impiegato al fine di ridurre la quantità di prova necessaria per i fatti costitutivi, e per tale via aumentare la concentrazione ed efficienza processuale, escludendo così la possibilità generalizzata di una contestazione tardiva di essi, con il che si riaprirebbe in ogni tempo la necessità di una istruttoria, la quale invece deve essere definita (artt. 414 n. 5, 416 3^a comma, 420 5^a comma c.p.c.) nella fase iniziale del giudizio [...]». La mancata contestazione eliderebbe taluni fatti dal novero delle questioni da dirimere in quanto non oggetto di contrapposizione tra le parti, conseguentemente espungendoli dal *thema probandum*. La sentenza in esame, però, smentì di sana pianta uno dei capisaldi di Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761. Il riferimento è alla dicotomica distinzione tra fatti principali e fatti secondari, di cui non si rinviene alcuna menzione in Cass., 17 aprile 2002, n. 5526, dove si ricava, invece, l'affermazione della tesi esattamente opposta per cui la non contestazione dei fatti secondari li renderebbe accertati e tali da poter essere utilizzati dal giudice per inferirne (o meno) l'esistenza dei fatti principali.

⁽⁶⁰⁾ Anche successivamente a Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761, non sono mancate decisioni che si sono rifatte all'orientamento tradizionale, secondo cui per fatti pacifici devono intendersi solo quelli ammessi esplicitamente ovvero la cui negazione sia incompatibile con le difese spiegate dalla parte contro cui sono stati allegati, al più ritenendosi che la mancata contestazione possa essere valutata come argomento di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. Cfr. ad esempio Cass., 4 febbraio 2005, n. 2273, con la quale veniva ribadito il principio di diritto secondo cui non sarebbe sussistito, nell'ordinamento processuale vigente all'epoca, un generale onere di contestazione specifica di ogni fatto dedotto dalla controparte di talché «[...] non può ritenersi provato un fatto solo per la mancata contestazione ad opera della controparte [...]», potendo al più rilevare quale argomento di prova *ex art. 116*,

Indipendentemente dai plurimi profili di criticità, è comunque un dato innegabile che la sentenza delle Sezioni Unite n. 761 del 2002 abbia rappresentato la prima, chiara, postulazione giurisprudenziale di generale vigenza del principio di non contestazione nel processo civile italiano, ancorata a precisi riferimenti di diritto positivo rappresentati — all'epoca — dagli artt. 416, comma 3, e 167, comma 1, c.p.c. ⁽⁶¹⁾

Infine, la novella dell'art. 115 c.p.c., con l'introduzione al primo comma, ad opera della legge 18 giugno 2009, n. 69, della previsione del dovere per il giudice di porre a fondamento della decisione anche «i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita», ha rappresentato il decisivo ancoraggio di diritto positivo a cui la giurisprudenza ha attinto per ricavarne definitivi argomenti in favore della configurazione a carico di tutte le parti del giudizio dell'onere generale di prendere posizione in maniera puntuale sui fatti allegati dalla controparte e per la determinazione degli effetti connessi al mancato assolvimento di tale onere. Questa giurisprudenza ha fissato il fondamento della regola della non contestazione ⁽⁶²⁾: nel carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena; nel sistema di preclusioni, che comporta l'onere, per entrambe le parti, di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa; nei

comma 2, c.p.c. in termini di comportamento processuale della parte atto a valere persino come unica e sufficiente fonte di prova. V. anche Cass., 28 ottobre 2005, n. 21087, con la quale, tra l'altro, veniva negata la tendenziale irreversibilità della non contestazione in quanto l'art. 345 c.p.c. non vieterebbe la contestazione tardiva (per la prima volta in appello) dei fatti costitutivi perché non *aliunde* ricavabile alla luce del sistema di diritto positivo. In dottrina, A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile, cit.*, 312, già in epoca non sospetta si esprimeva per una limitata reversibilità della non contestazione.

⁽⁶¹⁾ Così C.M. CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite, cit.*, 2017 ss., il quale, nel suo primo commento alla sentenza, rileva che «[...] grazie a sez. un. 761/02, oggi finalmente il principio della non contestazione entra nel processo civile per la porta principale anche alla luce di una lodevole opera di chiarificazione teorica [...]».

⁽⁶²⁾ Così Cass. 18 maggio 2015, n. 10860 e, più recentemente, Cass. ordinanza 8 luglio 2019, n. 18305, Cass. ordinanza 29 novembre 2018, n. 30932, Cass. ordinanza 16 ottobre 2018, n. 25885.

principi di lealtà e probità posti a carico delle parti; nel generale principio di economia, che deve informare il processo, avuto riguardo all'art. 111 Cost.

5. L'art. 115 c.p.c. *post* legge 18 giugno 2009, n. 69.

È in questo assai variegato e disomogeneo contesto, dottrinario e giurisprudenziale, che va collocato l'intervento della legge 18 giugno 2009, n. 69, che ha rimodellato l'art. 115, comma 1, c.p.c., sancendone l'attuale formulazione.

La novella suscitò reazioni di diverso tenore, non sempre di segno positivo⁽⁶³⁾, alcune anche afferenti alla scelta stessa del legislatore di collocare la non contestazione nell'ambito dell'art. 115, comma 1, c.p.c.

Tuttavia, alla riforma venne pressoché unanimemente riconosciuto di avere sancito e codificato, per la prima volta, il principio in parola e di avergli assegnato portata generale (significativa la collocazione nel Libro I del codice di procedura civile, dedicato alle Disposizioni generali), così da renderlo tendenzialmente invocabile rispetto a qualsiasi procedimento regolato dal codice di procedura civile⁽⁶⁴⁾, purché vertente su diritti disponibili.

Altro aspetto di innegabile novità fu l'aver disposto, a chiare lettere, che la contestazione deve essere specifica e che

⁽⁶³⁾ Si veda A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 87 ss., il quale, tra i molti spunti critici, evidenzia come «[...] Ben avrebbe dovuto il conditor del 2009 spendere qualche brevilouquente parola su tempi e modi della specifica contestazione, nonché introdurre finalmente un modello generale di procedimento contumaciale, qual riconosciuto da molti altri ordinamenti europei [...]».

⁽⁶⁴⁾ C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., 39 ss. e, in particolare, le note da 95 a 100 nonché 183 ss. e, in particolare, la nota 67. Per una disamina degli aspetti, risolti ed irrisolti, alla luce dell'art. 115, comma 1, c.p.c. novellato si veda A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 85 ss. e, in particolare, 93; L.P. COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit., 1048; M. MOCCI, *Principio di non contestazione*, cit., 325, secondo il quale «[...] È stato dunque codificato un vero e proprio onere di contestazione delle allegazioni avversarie [...]»; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 312 ss.; C.M. CEA, *Art. 115*, cit., 801 ss.; M. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 299 ss.

tale deve essere a prescindere dal tipo di rito: sono stati così superati i moltissimi dubbi interpretativi sul *come* della contestazione, per lo più alimentati dalla diversa formulazione dell'art. 416, comma 3, c.p.c. e 167, comma 1, c.p.c.

Ulteriore dato su cui non pare possano nutrirsi dubbi, stante la lettera della norma, è che alla non contestazione sia rimasta estranea la contumacia: per cui la non contestazione, per poter produrre i propri effetti, deve necessariamente provenire dalla parte costituita, cioè presente nel processo.

Diverse rilevanti questioni sono, però, rimaste irrisolte, anche alla luce della riforma.

L'art. 115, comma 1, c.p.c. novellato nulla dispone: su quale sia la barriera preclusiva alla contestazione; su quali siano i fatti rilevanti ai fini dell'applicazione della norma, cioè se essa riguardi tanto i fatti principali quanto quelli secondari; se la non contestazione possa ricadere solo sui fatti propri della parte e comuni alle parti o, almeno, da essa conosciuti o conoscibili con l'ordinaria diligenza; su quali siano gli effetti della non contestazione sul potere decisorio del giudice; su quale sia il grado di stabilità di tale regola.

Sono rimasti, altresì, senza risposta altri interrogativi, quali il rapporto tra onere di contestazione e diversi tipi di eccezione del convenuto nonché tra contestazione ed allegazioni negative.

Il prosieguo della trattazione si concentrerà su questi profili, più o meno definiti a seguito della riforma del 2009.

6. (segue) ... la collocazione del principio di non contestazione nell'art. 115, comma 1, c.p.c. ed il rapporto con l'art. 2697 c.c.

La scelta del *conditor* del 2009 di sistemare il principio di non contestazione nell'art. 115, comma 1, c.p.c. è stata variamente commentata in dottrina.

Un orientamento ha criticato questa collocazione sulla scorta del ragionamento secondo cui l'onere della contestazione altro non sarebbe che onere di allegazione, nel senso che la

parte che intenda contestare non può limitarsi a negare i fatti affermati dalla controparte, ma deve indicare altri fatti positivi, che siano con i primi incompatibili. Secondo questa impostazione, riguardando l'allegazione i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni, ne deriverebbe che anche l'onere di contestazione ricadrebbe sui fatti e non sulle prove.

I sostenitori di questa tesi sono, però, pervenuti a conclusioni non uniformi circa quella che sarebbe stata la corretta collocazione del principio di non contestazione. Secondo alcuni, la regola in parola avrebbe ricevuto più consona sistemazione nel secondo comma dell'art. 115 c.p.c., stante l'assimilabilità tra fatti notori e fatti non contestati, essendo questi ultimi, al pari dei primi, non bisognosi di prova⁽⁶⁵⁾. Secondi altri, invece, la non contestazione avrebbe trovato più congruo posizionamento nell'art. 2697 c.c. in quanto essa, non essendo un mezzo per provare il fatto, bensì per rendere inutile la prova di un fatto, si porrebbe in più stretta correlazione con la norma che regola la ripartizione tra le parti dell'onere della prova⁽⁶⁶⁾.

Altra dottrina ha, invece, ritenuto condivisibile la scelta fatta dal legislatore del 2009 sulla base della concezione secondo cui la non contestazione non si attergerebbe come regola che concorre alla fissazione formale dei fatti, bensì quale principio attraverso cui è assegnato rilievo ad un contegno proces-

⁽⁶⁵⁾ Così E.F. RICCI, *Alcune novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1361; C. PUNZI, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1198; M. BOVE, in Bove-Santi, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, 44; S. BOCCAGNA, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, 55. Secondo A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 85 ss. e, in particolare, 87, il principio di non contestazione «[...] ben avrebbe potuto vedere ingresso, più declamatorio che effettuale, persino nell'art. 116, c. 1., c.p.c. o nell'art. 2697 c.c., restando al giudice serbato il potere-dovere di tener conto di tutti gli elementi di prova che contribuiscano alla formazione del suo convincimento, ivi inclusi i fatti non specificamente contestati, che rendono superfluo *in apicibus* ogni acquisizione istruttoria e inapplicabile la regola sussidiaria dell'onere della prova [...]»

⁽⁶⁶⁾ Così M. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 312 ss. e, in particolare, 315.

suale delle parti, rilevante sul piano probatorio e di cui il giudice è vincolato a servirsi insieme agli altri mezzi di prova ⁽⁶⁷⁾.

A chi scrive sembra che la collocazione del principio di non contestazione nell'art. 115, comma 1, c.p.c. sia sostanzialmente coerente con le conclusioni a cui la dottrina maggioritaria è giunta circa il fondamento sistematico del principio stesso ⁽⁶⁸⁾.

Si è visto che la regola della non contestazione altro non sarebbe che un espediente di tecnica processuale, di cui il legislatore, sulla base di valutazioni di opportunità, si serve al fine di assicurare l'ordinato e celere svolgimento del processo. Si è, altresì, detto che il fondamento di tale espediente andrebbe individuato nella autoresponsabilità delle parti, cioè in quel principio secondo cui le parti rispondono del loro contegno processuale.

Se questo è, come pare, il fondamento del principio di non contestazione, la sua sistemazione nell'ambito della norma che, nel codice di rito, sancisce il principio della disponibilità delle prove appare perfettamente razionale. Tale collocazione, d'altra parte, non fa altro che confermare che il principio di non contestazione è una regola relativa al *quomodo* della tutela giurisdizionale, cioè alla direzione del processo e alla determinazione dei mezzi tecnici di cui il giudice si serve ai fini dell'accertamento della verità dei fatti.

In questa prospettiva, l'art. 115, comma 1, c.p.c. novellato non esprime nulla di diverso se non il vincolo, a cui il giudice è assoggettato per volontà di legge, di fondare la propria decisione sulla base delle prove offerte dalle parti (o dal pubblico ministero, nei casi in cui ne è previsto l'intervento) nonché

⁽⁶⁷⁾ Così G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge 18 giugno 2009, n. 69)*, cit., 776 ss.; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 406 ss. e, segnatamente, 410 ss.; M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. giur.*, 2009, 1170; F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *www.judiciu-m.it*, 2010, §§ 2 e 3.

⁽⁶⁸⁾ Si veda *supra* §§ 3 e 4.

sulla base dei fatti che le parti stesse, non contestando, hanno reso non bisognosi di prova.

Ma, la scelta di sistemare la regola della non contestazione nell'art. 115 c.p.c. ha anche l'ulteriore, e per nulla trascurabile, significato di rendere tale regola senz'altro universale⁽⁶⁹⁾, cioè valevole con riferimento a tutte le tipologie di rito (purché vertenti su diritti disponibili⁽⁷⁰⁾) e per tutte le parti coinvolte (purché costituite⁽⁷¹⁾).

Per questa via, sembra emergere anche la corretta soluzione all'ulteriore problema del rapporto tra la regola della non contestazione e l'art. 2697 c.c. nel senso che la disciplina dell'onere della prova è destinata ad operare in via sussidiaria, quale regola di giudizio a cui il giudice deve ricorrere per dirimere il giudizio sui fatti rimasti controversi tra le parti e non incorrere nel *non liquet*⁽⁷²⁾.

7. Il *quomodo* della contestazione.

Appare ormai pacifico che la contestazione deve essere specifica. Non può risolversi in clausole di stile, volte ad una contestazione globale ed indiscriminata dei fatti allegati dalla controparte, bensì deve essere puntuale e precisa e fondarsi su

⁽⁶⁹⁾ In tal senso A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 92 ss.; M. MOCCI, *Principio di non contestazione*, cit., 325, secondo cui «[...] la collocazione sistematica dell'art. 115 c.p.c., inserito nelle disposizioni generali del codice di procedura civile e non all'interno del processo di cognizione ordinaria, fa sì che il principio di non contestazione sia sicuramente applicabile anche ai procedimenti sommari e camerati (quindi anche ai procedimenti possessori e camerati), come pure al processo sommario di cognizione *ex art. 702 bis c.p.c.* [...]».

⁽⁷⁰⁾ Sul punto si veda *infra* il § 12.

⁽⁷¹⁾ Sul punto si veda *infra* il § 8.

⁽⁷²⁾ L'art. 2697 c.c., nonostante la rubrica della norma, non disciplina l'onere della prova, ma più correttamente una regola di giudizio, volta a ripartire il rischio della mancata prova quando i fatti non risultino provati alla luce delle prove acquisite. Si veda cfr. B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, V ed., Milano, 2015, 248 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 224. Spunti in tal senso anche da parte di A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 87. Sul principio di acquisizione si veda *infra* il § 14, in particolare alla nota 120.

fatti positivi incompatibili con quelli oggetto di contestazione. Ne consegue che la contestazione meramente generica ed il silenzio, al pari della ammissione esplicita, sono equiparati alla contestazione omessa e sono produttivi della *ficta confessio* rilevante ai sensi dell'art. 115, comma 1, c.p.c. ⁽⁷³⁾

Rimane confermato, infine, quanto già più sopra rilevato: il grado di specificità richiesto per la contestazione deve essere

⁽⁷³⁾ Si veda C.M. CEA, *Art. 115, cit.*, 801, secondo cui «[...] In primo luogo scompaiono tutti i dubbi circa il valore da attribuire al silenzio ed alla contestazione generica, posto che, come emerge chiaramente dalla lettera della legge, la contestazione, perché sia idonea ad evitare che il fatto diventi non bisognoso di prova, deve essere specifica: e tali non sono — evidentemente — il silenzio o la contestazione generica [...]». M. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 303 ss. e, in particolare, 304, ove annota come «[...] i fatti allegati da una delle parti possono considerarsi pacifici, sì da poter essere posti a fondamento della decisione, non solo quando siano stati esplicitamente ammessi dalla controparte, ma anche quando questa non li abbia specificatamente contestati e, *a fortiori*, quando non li abbia contestati *tout court* [...]». In senso critico sulla formulazione dell'art. 115, comma 1, novellato, A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 88, rileva che «[...] l'avverbio «specificatamente», senza alcuna indicazione sul modo e sui termini in cui la contestazione ha da svolgersi in seno al processo, lascia al singolo giudice un potere discrezionale incontrollabile, che rischia di sconfinare nell'arbitrio, senza guide sicure nell'utilizzo di uno strumento *latu sensu* probatorio per sua natura sottratto a criterii applicativi predicabili *ex ante* [...]». Si veda anche C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., 39 ss. alle note da 95 a 100 e, segnatamente, pagina 40, con riferimento alla nota 97. A proposito dei comportamenti idonei a configurare la «non contestazione» si veda sempre A. CARRATTA, *Principio della non contestazione e art. 115 c.p.c.*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma, 2012, 630. In giurisprudenza, già prima della novella del 2009, Trib. Trani, 30 settembre 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 150, con nota adesiva di A. CARRATTA, *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, cit., 151 ss. Successivamente alla modifica dell'art. 115, comma 1, c.p.c., con riguardo alla equiparazione tra contestazione generica e mancata contestazione, si veda, oltre alla giurisprudenza richiamata alla nota 62, Trib. Modena, 3 luglio 2009, in *Giur. merito*, 2010, 980; Trib. Varese, 30 ottobre 2009, in *Giur. it.*, 2010, 1383; Trib. Catanzaro, 30 ottobre 2009, in *Giur. it.*, 2010, 1666, con nota adesiva di G. FRUS; Trib. Piacenza, 2 febbraio 2010, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, 5 gennaio 2011, in *www.ilcaso.it*; Cass., 6 ottobre 2015, n. 19896, secondo la quale «[...] La contestazione, infatti, serve a mettere l'attore prima, ed il giudice poi, in condizione di sapere quali siano i fatti controversi (che quindi dovranno essere provati), e quali invece incontrovertibili, come tale esclusi dal thema probandum. Se, invece, fosse sufficiente una contestazione generica e di stile per costringere l'attore a provare tutti i fatti costitutivi della domanda, si finirebbe per negare in pratica la regola che viene ammessa in teoria: e cioè l'onere della contestazione tempestiva [...]». Conf. Cass., 5 marzo 2009, n. 5356.

sempre misurato al grado di specificità delle allegazioni che si ha l'onere di contrastare. Non avrebbe senso porre in capo alla parte l'onere di prendere posizione in modo preciso su fatti che l'altra parte non abbia bene e puntualmente esplicitato ⁽⁷⁴⁾.

Un aspetto poco chiaro è, invece, se l'onere della contestazione specifica esclude che possano valere come valida contestazione difese che, pur non risolvendosi esplicitamente in un atteggiamento contestativo, siano comunque incompatibili con la non negazione dei fatti allegati dalla controparte. Autorevole dottrina ha manifestato fortissime perplessità, soprattutto alla luce del novellato art. 115, comma 1, c.p.c. e del chiaro riferimento in esso contenuto all'onere di contestare «specificatamente» ⁽⁷⁵⁾. Per la verità, sembrerebbe preferibile un'interpretazione sul punto meno rigida del principio in esame. Se dalle difese della parte emerge la rituale ed esaustiva controdeduzione di fatti di per sé logicamente incompatibili con quelli dedotti dall'altra parte, ad essi andrebbe comunque riconosciuta adeguata portata contestativa, essendo irrilevante che l'allegazione non sia avvenuta esplicitamente in senso di contrasto. In altri termini, dovrebbe ammettersi anche la contestazione implicita, purché specifica e rituale (*i.e.* tempestiva ⁽⁷⁶⁾).

Opinare diversamente significherebbe accedere ad un'interpretazione troppo rigorosa della non contestazione e contrastante con i principi del giusto processo, tra i quali vi è pur sempre quello della ricerca di quel necessario punto di equilibrio tra il *presto* ed il *bene* della tutela giurisdizionale, di cui si è parlato nell'*incipit* di questo contributo ⁽⁷⁷⁾.

8. (segue) ... la non contestazione e la contumacia.

Altro aspetto di cui non sembra possibile dubitare alla luce dell'attuale formulazione dell'art. 115, comma 1, c.p.c. è quello

⁽⁷⁴⁾ Si veda *supra* § 4 e, in particolare, la nota 57.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit., 1050.

⁽⁷⁶⁾ Sulla tempestività della contestazione, anche con riferimento ai vari riti, si veda più diffusamente *infra*.

⁽⁷⁷⁾ Si veda *retro* § 1 e nota 1.

dell'irrilevanza della contumacia volontaria ai fini del principio di non contestazione. Questo dato emerge con sufficiente chiarezza dalla lettera di parte del sintagma di cui è composto l'art. 115, comma 1, c.p.c., laddove recita di «[...] fatti non specificamente contestati dalla parte costituita [...]».

In altri termini, il legislatore del 2009 sembra aver aderito all'impostazione, affermata dalla Corte Costituzionale in un noto precedente ⁽⁷⁸⁾, secondo cui alla tradizione del processo contumaciale italiano sarebbe estraneo il fenomeno della *ficta confessio* ⁽⁷⁹⁾. In ossequio a tale atteggiamento di neutralità verso il fenomeno della contumacia volontaria, a quest'ultima non vengono riconnesse conseguenze negative e non sono ad essa ricondotti gli effetti della omessa contestazione ⁽⁸⁰⁾.

In questa prospettiva, l'effetto è quello di assegnare alla

⁽⁷⁸⁾ Corte Cost., 12 ottobre 2007, n. 340, in *Riv. dir. proc.*, 517 ss., con nota critica di B. SASSANI e F. AULETTA, *L'illegittimità costituzionale per «contrasto con la tradizione»: in morte di una (buona) «regola del processo»*, che parla chiaramente di «[...] tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito il valore di confessione implicita [...]». In senso analogo cfr. Cass., 23 giugno 2009, n. 14623 (conf. Cass., 14 gennaio 2015, n. 461 e Cass., 21 febbraio 2014, n. 4161), secondo la quale «[...] 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 [...]».

⁽⁷⁹⁾ In dottrina, per l'affermazione dell'irrilevanza della contumacia ai fini della non contestazione, si veda V. ANDRIOLI, (voce) *Prova (diritto processuale civile)*, in *Novissimo dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 216; G. VERDE, *Prova, Teoria generale e diritto processuale civile*, cit., 616 ss.; A. PROTO PISANI, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, cit., 397; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge 18 giugno 2009, n. 69)*, cit., 749 ss.; C.M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, in *Foro. it.*, 2009, 270. In senso contrario a tale impostazione e, dunque, per la rilevanza della contumacia, si veda A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 294 ss.; M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 38 ss.

⁽⁸⁰⁾ Si potrebbe, però, osservare come alcune disposizioni del codice di rito sembrino già associare alla mancata costituzione conseguenze negative. In tal senso, ad esempio, l'art. 663, comma 1, c.p.c. in tema di procedimento per convalida di sfratto che sembra assimilare la mancata costituzione alla mancata opposizione, salve le cautele approntate al comma 3 della stessa norma. Analogamente, l'art. 215, comma 1, n. 1), c.p.c., che riconnette alla contumacia l'effetto di riconoscimento della scrittura privata, salvo il disposto dell'art. 293, comma 3, c.p.c.

contumacia il valore di *ficta contestatio*, che lascia intatto in capo alla parte allegante l'onere probatorio sancito dalla regola di giudizio dell'art. 2697 c.c. ⁽⁸¹⁾

Da più parti in dottrina è stata evidenziata l'anomalia di una disciplina che, da un lato, sembra rendere più onerosa la posizione della parte che, diligentemente, scelga di difendersi in giudizio e, dall'altro, alleggerire quella di chi opti per la non costituzione in giudizio ⁽⁸²⁾. Taluno ha anche ipotizzato l'illegittimità costituzionale dell'art. 115, comma 1, c.p.c. per contrasto con l'art. 3 Cost. per la asserita immotivata irrazionalità della scelta legislativa di approntare un trattamento più penalizzante per la parte costituita in giudizio ed un trattamento più

⁽⁸¹⁾ Cfr. C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., 183-184 alla nota 67. Si veda in senso critico L.P. COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit., 1049 ss., il quale, nel testo e poi alla nota 23 del proprio intervento, mette in evidenza come l'aver di fatto assegnato alla contumacia il valore di *ficta contestatio* risponde innegabilmente ad una tradizione ben marcata del processo civile italiano, ma pur sempre smentita da inequivoci precedenti della storia legislativa italiana. L'A. rimarca, in particolare, come diverse disposizioni legislative dei secoli XVII-XIX avessero assegnato alla contumacia l'efficacia di *ficta confessio*. Analogamente avviene in alcune legislazioni straniere: cfr. §§ 330-347 del ZPO tedesca e §§ 396-403 del ZPO austriaca. Per un'ampia disamina di matrice comparatistica v. anche A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 90, nota 47 dello scritto. Secondo M. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 309, «[...] la specificità della contestazione implica inevitabilmente un comportamento attivo della parte nel processo, volto a proporre rilievi precisi e determinati avverso i fatti allegati da controparte. È da escludere, quindi, che la situazione neutra della contumacia possa esonerare l'allegante dalla prova dei fatti medesimi, non essendo esigibile che il contumace fornisca una contestazione specifica, considerata la sua scelta processuale di non costituzione [...]». In giurisprudenza, Cass. 19 agosto 2003, n. 12184; Cass. 11 aprile 1985, n. 2410; contra Trib. Vercelli 31 marzo 2006, in *Giur. it.*, 2007, 161.

⁽⁸²⁾ Si veda G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, vol. 1, VIII ed., 2018, Milano, 268 ss., secondo il quale la disciplina approntata dall'art. 115, comma 1, c.p.c. pone la parte costituita in posizione peggiore rispetto al contumace (l'A. definisce questo aspetto un paradosso). Anche B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, cit., 248 ss., definisce un'incongruità la disciplina della non contestazione perché, mentre il convenuto che decida di difendersi in giudizio deve prestare molta attenzione a ciò che deduce, quello che, rimanendo contumace, decida di disinteressarsi del giudizio può attendere, lasciando all'attore il pieno onere di provare i fatti costitutivi della propria pretesa. Così anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 221.

favorevole per la parte non costituita ⁽⁸³⁾: l'omessa contestazione del primo equivarrebbe ad una *ficta confessio*, quella del secondo, invece, ad una *ficta contestatio*.

Trattasi di profili di indiscutibile problematicità ⁽⁸⁴⁾, su cui la novella del 2009 sarebbe forse potuta intervenire, ascrivendo alla mancata contestazione da parte del contumace volontario una qualche conseguenza in termini di *ficta confessio* ⁽⁸⁵⁾.

Tuttavia, l'affermazione per cui chi scelga di non far valere nel processo le proprie ragioni, restandovi contumace, sarebbe avvantaggiato rispetto alla parte che decida di costituirsi in giudizio, sol perché non soggiace all'onere della contestazione, non sembra decisiva ⁽⁸⁶⁾. Siffatta affermazione pare tenere in non cale le ricadute negative che la mancata partecipazione al

⁽⁸³⁾ G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 313. In questo senso anche V. BATTAGLIA, *Sull'onere del convenuto di «prendere posizione» in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1521.

⁽⁸⁴⁾ A tal punto che nel *Progetto per un nuovo codice di procedura civile*, stilato da A. PROTO PISANI alla vigilia della riforma poi attuata con legge 18 giugno 2009, n. 69, era stato ipotizzato di assegnare alla mancata costituzione il rilievo della *ficta confessio*. Così, il punto 2.16 ai sensi del quale «In materia di diritti disponibili ove il convenuto 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».

⁽⁸⁵⁾ A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, testo rielaborato della Relazione al IV Congresso nazionale di aggiornamento professionale, organizzato dal Consiglio Nazionale Forense 19-21 marzo 2009 in Roma, 12 ss. L'A., in particolare, definisce *timida* la scelta del riformatore del 2009 di aver continuato ad associare la contumacia ad una *ficta contestatio* e di non aver aggiunto (sostanzialmente in linea con l'idea alla base del Progetto di Proto Pisani, punto 2.16) alle decadenze di cui all'art. 167 c.p.c. quella relativa alla mancata contestazione, chiarendo che, in ogni caso, l'ultimo termine possibile per la contestazione è quello di cui all'art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c. di talché «[...] l'altra parte potrà così, nella seconda memoria, completare ritualmente il proprio quadro istruttorio alla luce di ciò che si sia vista o meno contestare e dunque della definitiva consistenza del proprio quadro istruttorio [...]».

⁽⁸⁶⁾ G. BALENA, *La riforma della giustizia civile*, (diretto da) Balena-Caponi-Chizzini-Menchini, Milano, 2009, 34, ritiene condivisibile la scelta del legislatore di limitare la rilevanza della non contestazione alla sola parte costituita in quanto, a parte gli svantaggi connessi alla contumacia (sul punto si veda *infra* nel testo), il contegno processuale di chi, partecipando al processo, non contesti un fatto, è molto più rilevante del comportamento della parte che abbia scelto di non prendervi parte.

processo porta con sé, anche in termini di decadenze e preclusioni in caso di costituzione tardiva. Il contumace, partecipando tardivamente al processo, sarebbe anche ammesso ad allegare mere difese o fatti a fondamento di eccezioni in senso lato, purché tempestive⁽⁸⁷⁾, ma gliene sarebbe impedita la prova per l'avvenuta maturazione delle ben note preclusioni⁽⁸⁸⁾, salva l'ipotesi eccezionale di rimessione in termini *ex art. 294 c.p.c.* e la rilevanza del principio di acquisizione.

In secondo luogo, sembra condivisibile l'opinione per cui la parte costituita⁽⁸⁹⁾, considerato che il contegno non contestativo della controparte costituita è pur sempre una mera evenienza, dovrebbe comunque proporre con sufficiente completezza, già con l'atto introduttivo, le proprie allegazioni e le connesse prove⁽⁹⁰⁾. L'attore non sa se il convenuto si costituirà

Questa sembra essere anche l'opinione di C.M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, *cit.*, 105 ss. Si veda *retro* la nota 79.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. sul punto *infra* sulle eccezioni in senso lato e sull'atteggiarsi, rispetto ad esse, dei principi di allegazione ed acquisizione si veda oltre il § 16.

⁽⁸⁸⁾ È pur vero che il fatto modificativo, estintivo ed impeditivo costituente eccezioni in senso lato potrebbe già essere stato ritualmente acquisito al processo per altra via così che il contumace costituitosi potrebbe comunque farlo valere. Ma, in tal caso, la allegazione del contumace non sposterebbe di nulla i termini della questione in quanto, trattandosi di eccezioni rilevabili d'ufficio, il giudice deve comunque tenerne conto indipendentemente dall'attività della parte costituitasi tardivamente. Sul punto sempre *infra* il § 17.

⁽⁸⁹⁾ Si veda C.M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, *cit.*, 105.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., sentenza 23 gennaio 2001, n. 761. Sul principio di eventualità si veda A. SEGNI, *Il principio di eventualità e la riforma del processo civile*, in *Studi sassaresi*, 1937, 71 ss. e in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1965, 338 ss. M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1943, 441, definisce il processo improntato al principio di eventualità quello in cui «[...] le parti sono tenute a far valere le loro domande, eccezioni, prove, tutte in una volta, in eventum, per il caso che l'una di esse non sia accolta sotto sanzione di preclusione [...]». Sul rapporto tra principio di preclusione e principio di eventualità e, in particolare, sul rischio che un sistema di preclusioni tassativo imponga un abnorme ossequio al principio di eventualità, si veda P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, 2° ed., Padova, 1943, 202 ss., con particolare riferimento all'esperienza del codice del 1942, ispirato ad un sistema di preclusione che l'A. definisce «elastico». Si veda anche la *Relazione al codice di procedura civile*, n. 24, dove si legge che «[...] ripetute esperienze storiche hanno dimostrato che, se gravi sono gli

in giudizio o se resterà contumace e nemmeno sa se il convenuto, costituitosi in giudizio, contesterà (o meno) tutti i fatti costitutivi della pretesa fatta valere. Lo stesso può dirsi anche dal punto di vista del convenuto, il quale, costituitosi in giudizio, non sa che atteggiamento assumerà l'attore rispetto alle proprie difese ed eccezioni. Con ciò non si vogliono in alcun modo indicare i protagonisti del processo come onerati di un ossequio irrazionale al principio di eventualità⁽⁹¹⁾, ma semplicemente richiamare l'attenzione su ciò che la parte, quantomeno nel momento introduttivo della lite, sarebbe in ogni caso chiamata a fare, anche alla luce del disposto degli artt. 163, comma 3, 167, comma 1, 414, 416, comma 3, c.p.c.: ossia, allegare i fatti costitutivi della domanda ovvero quelli impeditivi, modificativi ed estintivi della stessa ed adoperarsi per la loro prova, indipendentemente dalla (mera eventualità della) omessa contestazione. D'altronde, la contestazione omessa o generica sarebbe oggetto di valutazione da parte del giudice solo nella fase di selezione del *thema probandum* e, cioè, con riferimento ad esempio al rito ordinario, con l'ordinanza *ex art.* 183, ultimo comma, c.p.c.: in buona sostanza, sembra essere quello il momento in cui si realizza in concreto l'effetto acceleratorio riconnesso alla regola della non contestazione.

Inoltre, la costituzione tardiva della parte inizialmente non

inconvenienti derivanti dall'adottare il principio di libertà delle deduzioni, non meno seri sono quelli che possono derivare dalla rigida applicazione del principio di preclusione e di eventualità [...]». La stessa *Relazione* rileva come, mentre il principio di libertà avrebbe consentito alle parti di proporre in ogni momento, nel corso del giudizio, nuove deduzioni, il principio di preclusione avrebbe, invece, indotto le parti «[...] a premunirsi in anticipo, alla cieca, contro le possibili repliche dell'avversario e a sovraccaricare fin da principio la propria difesa con una quantità di ipotesi anche contraddittorie tra loro, l'una per l'evento che l'altra possa essere respinta [...]». Si era già espresso in questi termini G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 693. Si veda anche A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile fra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, 73 ss. e, in particolare, 77. In generale, diffusamente sul tema, A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, 22 ss. e, in particolare, 23 e 24 e note da 47 a 51.

⁽⁹¹⁾ In tema A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit.

costituitasi potrebbe anche avere rilevanza, ma a vantaggio della parte già presente in giudizio: e cioè rispetto a quei fatti, allegati dalla parte costituita, ma non provati, che il contumace, costituendosi in giudizio, ometta di contestare, rendendo in tal modo incontrovertibili⁽⁹²⁾.

È, in ogni caso, innegabile che tutti i rilievi critici di cui si è dato atto abbiano rilevanti elementi di fondatezza e che sia forse opportuna, da parte del legislatore, una riconsiderazione del rapporto tra contumacia e *ficta confessio*.

9. I fatti da contestare: i fatti principali e secondari.

Vi è un altro aspetto su cui pare non possano nutrirsi dubbi alla stregua dell'art. 115, comma 1, c.p.c. *post* novella 2009⁽⁹³⁾.

La norma non contiene riferimento alcuno alla distinzione tra fatti principali, ossia direttamente determinatori della fattispecie affermata, e fatti secondari, aventi funzione meramente strumentale alla determinazione della fattispecie⁽⁹⁴⁾. Quello che era stato uno dei capisaldi del notissimo arresto delle Sezioni Unite del 2002 (peraltro subito smentito da molte pronunce successive), e ancor prima di quella dottrina che aveva individuato il fondamento della regola della non conte-

⁽⁹²⁾ Si veda ancora C.M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, cit., 105.

⁽⁹³⁾ Probabilmente il legislatore della riforma del 2009 avrebbe potuto contribuire a maggiore chiarezza, semplicemente non limitandosi a parlare di «fatti», bensì di «fatti principali e secondari non specificatamente contestati [...]». Non è un caso se il già citato Progetto di riforma di Proto Pisani, al punto 2.7 esplicitamente onerava il convenuto di «[...] prendere posizione specifica, e non limitata ad una generica contestazione sui fatti principali e secondari posti dall'attore a fondamento della domanda [...]».

⁽⁹⁴⁾ Sulla distinzione tra fatti principali e fatti secondari si veda C. MANDRIOLI e A. CARRATA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 97, alla nota 36, ove viene, per l'appunto, rilevato che «[...] Nell'ambito dei fatti costitutivi si suole distinguere tra fatti principali (ossia direttamente determinatori della fattispecie affermata) e fatti secondari, che hanno funzione puramente strumentale rispetto alla determinazione della fattispecie [...]». Si veda, altresì, M. TARUFFO, *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 40; G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1971, 351;

stazione nel principio della disponibilità della tutela giurisdizionale, è oggi da ritenersi definitivamente superato.

Sembra, dunque, si possa affermare con sufficiente certezza che la non contestazione ed il connesso onere di contestazione specifica ricadano su tutti i fatti costitutivi o impeditivi, estintivi, modificativi, tanto principali quanto secondari, purché dedotti con un grado di precisione sufficiente a renderne possibile la contestazione stessa⁽⁹⁵⁾, anche se posti a base di questioni processuali⁽⁹⁶⁾.

10. (segue) ... i fatti propri della parte (o comuni alle parti), conosciuti o conoscibili.

Non tutti i fatti, però, possono dirsi interessati dal principio di non contestazione. Appare, cioè, condivisibile la tesi secondo cui la parte possa considerarsi onerata di contestare solo quei fatti che le siano propri, che siano comuni alle parti, che siano da essa conosciuti o, comunque, che fossero conoscibili con l'ordinaria diligenza⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁵⁾ Così C.M. CEA, *Art. 115, cit.*, 802; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c., cit.*, 313-314, secondo il quale non solo non vi sarebbe ragione di operare una distinzione tra fatti principali e fatti secondari «[...] ma anche quella dei fatti rilevanti ai soli fini processuali [...]». A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c., cit.*, 89, per il quale «[...] l'applicazione della tecnica della non contestazione non tollera distinzioni tra fatti principali e fatti secondari [...]». Si veda ancora A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile, cit.*, 331. Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, cit.*, 222; G. BALENA, *La riforma della giustizia civile, cit.*, 34-35; L.P. COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice, cit.*, 1050.

⁽⁹⁶⁾ A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c., cit.*, 89; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c., cit.*, 313-314.

⁽⁹⁷⁾ Si veda A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c., cit.*, 89; G. BALENA, *La riforma della giustizia civile, cit.*, 34-35, per il quale l'onere della contestazione si estenderebbe sino ai fatti ragionevolmente conosciuti dalla parte; B. SASSANI, *L'onere della contestazione, Giusto proc. civ.*, 2010 401 ss. e in *www.judiciu-m.it*, il quale afferma che i fatti sfavorevoli interessati dall'onere di contestazione sono solamente quelli propri della parte, comuni alle parti o ragionevolmente conoscibili e richiama il diritto tedesco, nell'ambito del quale la dichiarazione di non sapere può dispensare dall'onere di contestare fatti che non siano consistiti in

Una contestazione specifica su fatti estranei alla parte destinataria dell'allegazione o dalla medesima non conoscibili sarebbe inesigibile e, ove fosse ritenuta necessaria, si risolverebbe in una contestazione generica e di puro stile ⁽⁹⁸⁾.

A questo punto, si pone il problema pratico di come la parte destinataria dell'allegazione debba comportarsi dinanzi alla deduzione di un fatto che non le è proprio e che non è né comune alle parti né dalla parte stessa conosciuto o conoscibile. Occorre chiedersi se essa possa limitarsi alla non contestazione, senza incorrere nell'applicazione dell'art. 115, comma 1, c.p.c., oppure se essa sia onerata di una qualche attività processuale, come, ad esempio, quella di dichiarare di non conoscere quel fatto.

comportamenti della parte o che non siano oggetto di sua percezione diretta. Si veda anche F.P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, vol. 2, IX ed., Milano, 2017, 57, secondo il quale l'onere di contestare ricade solo sui fatti propri della parte o dei quali questa abbia conoscenza. Lo stesso A. formula il seguente esempio, per cui si rinvia a F.P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, vol. 2, IX ed., Milano, 2017, 57. Esempio A: il proprietario di un autoveicolo, non presente al momento dei fatti, nei cui confronti è proposta azione per il risarcimento dei danni cagionati da un conducente terzo. Il proprietario dell'autoveicolo non può essere onerato di contestare in modo specifico la ricostruzione dell'accaduto fatta dal danneggiato attore. In tal caso, il proprietario dell'autoveicolo, se è incontrovertibile la circostanza della sua assenza, potrà rimanere silente o, se controversa la sua presenza, contestare e provare la propria assenza, rimanendo così esonerato dall'onere di contestare la ricostruzione della dinamica. Ma, si può dare anche il seguente esempio: si pensi alla società X che stipuli con la società Y un contratto di trasporto valori e che agisca in giudizio contro quest'ultima per vedere accertato l'inadempimento contrattuale a seguito della sottrazione della cassaforte affidatale e pronunciata condanna al risarcimento dei danni pari alla somma di denaro conservata nella cassaforte. Si dia il caso che la società Y, ad esempio per contratto o per altro motivo (si può ipotizzare che la somma di denaro fosse custodita in una cassaforte di proprietà della società X, di cui la società Y non aveva le chiavi), non fosse a conoscenza del contenuto della cassaforte e, quindi, delle somme presenti all'interno. Nel caso di specie, la società Y non è onerata di contestare l'entità della somma richiesta dalla società X e, quindi, il *quantum* della pretesa. Si vedano anche Cfr. anche M. MOCCI, *Principio di non contestazione*, cit., 326 ss.; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 315; M. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 307.

⁽⁹⁸⁾ Rileva in tal senso anche il principio di vicinanza della prova. Cfr. Cass., 17 aprile 2012, n. 6008; conf. Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141. In dottrina, cfr. G. BALENA, *La riforma della giustizia civile*, cit., 36.

A chi scrive sembra che la risposta più coerente con il quadro normativo sia semplicemente nel senso che la parte destinataria dell'allegazione non sia onerata di contestare un fatto che non le è proprio né comune alle parti o da essa conosciuto o conoscibile, potendo rimanere silente senza per ciò incorrere nelle conseguenze di cui all'art. 115, comma 1, c.p.c. ⁽⁹⁹⁾ Sarà il giudice a dover vagliare tale silenzio al momento della decisione e, quindi, a dover stabilire se lo stesso possa considerarsi come negazione del fatto o se, piuttosto, se ne possa inferire la sua accettazione ⁽¹⁰⁰⁾: a monte di tale valutazione si colloca quella preliminare afferente alla natura dei fatti dedotti e, cioè, se gli stessi possano (o meno) ritenersi effettivamente estranei alla parte contro cui sono stati affermati.

D'altra parte, sembra innegabile — come poco sopra cenato — che l'ipotetica affermazione di un generale onere di contestare un fatto del tutto esterno alla sfera di azione o di percezione del soggetto rappresenterebbe la negazione stessa di quanto posto dall'art. 115, comma 1, c.p.c. *post* novella del 2009.

La stessa Corte di Cassazione — con una giurisprudenza non copiosissima, ma piuttosto costante — ha sancito il principio di diritto per cui l'onere di contestazione sussiste solo per i fatti noti alla parte e non anche per quelli alla stessa ignoti ⁽¹⁰¹⁾. Nei casi esaminati, la Corte di legittimità pare aver

⁽⁹⁹⁾ Una decisa presa di posizione in tal senso proviene da C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 222, secondo cui i fatti da contestare sono solo quelli propri della parte o che ricadono nella sua sfera di percezione perché «[...] se la parte nulla sa (o nulla sa con certezza) rispetto ai fatti allegati dalla controparte (ad es. ai danni da essa sofferti) non potrà riconoscersi alcuna valenza (nemmeno, appunto, in termini di *relevatio ab onere probandi*) al suo silenzio sugli stessi.».

⁽¹⁰⁰⁾ In una prospettiva comparatistica, è emblematico in tal senso il dettato del § 267, comma (2), del ZPO austriaco che parla di dichiarazione di non conoscere o di non ricordare, da valutarsi ad opera del giudice al fine di ricavarne la non accettazione o l'ammissione di una data circostanza.

⁽¹⁰¹⁾ Così, in Cass., ordinanza 4 gennaio 2019, n. 87, si legge in motivazione che «[...] 26. quanto all'onere di contestazione, questa Corte ha sottolineato come

assegnato rilievo al silenzio della parte, pur con qualche distinguo legato ad una contestazione più ampia della domanda avversaria e alla valutazione del complessivo quadro difensivo come non incompatibile con la negazione del fatto allegato.

Proprio tali distinguo, tuttavia, mostrano la difficoltà con cui, a fronte dell'introduzione di un generale onere di contestazione, si sia assegnata rilevanza al mero silenzio, anche nella prospettiva di una *ficta contestatio* di fatti estranei alla sfera di azione e di percezione della parte. Ecco perché, pur dinanzi ad una soluzione del tutto coerente sotto il profilo logico, avallata anche dalla Corte di Cassazione, la prospettazione per cui la parte possa *sic et simpliciter* non contestare il fatto che le è estraneo rischia di rilevarsi di difficile attuazione all'atto pra-

tale onere, la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova, sussiste solo per i fatti noti alla parte, non anche per quelli ad essa ignoti (Cass. n. 14652 del 2016; Cass. n. 3576 del 2013); con l'ulteriore precisazione per cui i fatti allegati da una delle parti, vanno considerati 'pacifici' e quindi possono essere posti a fondamento della decisione quando siano stati esplicitamente ammessi dalla controparte oppure quando questa, pur non avendoli espressamente contestati, abbia tuttavia assunto una posizione difensiva assolutamente incompatibile con la loro negazione, così implicitamente ammettendone l'esistenza (Cass. n. 23816 del 2010; Cass. n. 10482 del 2001) [...]. Il precedente in questione è intervenuto in merito ad una fattispecie di impugnativa del licenziamento intimato al lavoratore per crisi aziendale, riformando la sentenza di secondo grado che aveva ritenuto legittimo il licenziamento sulla scorta del fatto che il lavoratore non avesse contestato il fatto della riorganizzazione aziendale con soppressione della propria posizione lavorativa e riassegnazione della stessa in capo a personale già operante nella società. Secondo la Corte di Cassazione, sempre in motivazione, «[...] la Corte di merito [...] ha addossato al lavoratore un onere di contestazione in riferimento ai fatti al medesimo ignoti o non precisamente noti, in particolare quanto alla riorganizzazione aziendale con soppressione della posizione lavorativa del C. e distribuzione delle mansioni del predetto in capo all'A.D. e a personale già in forza [...]». In relazione ad altra fattispecie (azione risarcitoria per inadempimento del depositario di denaro a seguito di trafugamento dello stesso da parte di terzi), Cass., 18 luglio 2016, n. 14652, ha affermato che «[...] "l'onere di contestazione — la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova — sussiste soltanto per i fatti noti alla parte, non anche per i fatti ignoti» (Cass. n. 3576/2013) cosicché, nel caso di specie, essendo il dato dell'effettivo importo trafugato estraneo alla sfera di diretta conoscibilità da parte della convenuta, la ricorrente avrebbe dovuto suffragare la deduzione del principio di non contestazione con l'indicazione delle circostanze che avevano reso tale dato noto [...]. Analogo principio di diritto è stato predicato da Cass., 13 febbraio 2013, n. 3576.

tico. È facile ipotizzare che il difensore, piuttosto che assumere il rischio di lasciare un fatto del tutto incontestato, anche se estraneo alla sfera di azione o di percezione della parte da egli difesa in giudizio, possa scegliere la strada di contestarne la veridicità, pur nella consapevolezza che siffatta contestazione non potrà che essere generica e, dunque, irrilevante rispetto all'art. 115, comma 1, c.p.c.

Si afferma, in questa prospettiva, l'opportunità forse di rimeditare la questione con l'introduzione di correttivi che sanino le contraddizioni di un sistema che, da un lato, reca la previsione di un generale onere di contestazione specifica, ma che, dall'altro, è carente di alcuni contrappesi che esonerino espressamente le parti da tale onere relativamente a fatti non propri, non comuni, non conosciuti e non conoscibili.

Una soluzione potrebbe essere quella di onerare esplicitamente la parte destinataria dell'allegazione della dichiarazione di non conoscere il fatto, quando non proprio, non comune o non conoscibile con l'ordinaria diligenza. Ad una simile dichiarazione, sempre che tempestivamente intervenuta⁽¹⁰²⁾, andrebbe assegnato il valore di *facta contestatio*, lasciando inalterato l'onere probatorio in capo alla parte allegante. È una soluzione già adottata da alcuni ordinamenti giuridici di *civil law* nei quali è vigente il principio di non contestazione, accompagnato, però, da un generale dovere di verità a carico delle parti del processo⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰²⁾ Sulle barriere preclusive alla contestazione si veda *infra*.

⁽¹⁰³⁾ Si vedano, ad esempio, i §§ 138, comma 4, e 288 del ZPO tedesco nonché i §§ 178, 266-268 del ZPO austriaco, nei quali è previsto che la parte possa dichiarare di non conoscere fatti estranei alla propria sfera di azione o di percezione. Trattasi, pur sempre, di ordinamenti in cui è vigente anche un generale dovere di verità a carico delle parti del processo, nei quali, quindi, ogni dichiarazione delle stesse assume ben altro peso e rilievo rispetto a quanto non possa avvenire nel processo interno italiano (rispetto al quale si possono citare, al più, i più generali doveri di lealtà e probità *ex art. 88 c.p.c.* Cfr. in dottrina anche C. COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, *cit.*, 1051-1053, il quale, alla pagina 1051, pone in rilievo come «[...] i progetti governativi di riforma, da reputarsi, a far data dal 2007 in poi, quali immediati «precedenti» dell'innovazione del 2009, abbinavano a quest'ultima la proposta (poi disattesa) di introdurre, a carico delle parti, una sorta di «dovere di

Trattasi, con tutta evidenza, di profili da vagliare *de iure condendo* in vista di una (a questo punto) auspicabile risistemazione dell'art. 115, comma 1, c.p.c. e del principio di non contestazione, magari associato ad una sorta di dovere di verità e di completezza ⁽¹⁰⁴⁾.

11. (segue) ... i fatti per i quali è richiesta la forma scritta *ad probationem* e *ad substantiam*.

Sempre rispetto ai fatti, altra questione di rilievo è se e come operi la non contestazione rispetto a quei fatti per i quali sia richiesta la forma scritta *ad probationem* o *ad substantiam*.

Nel primo caso, ponendosi la forma richiesta sul piano esclusivamente probatorio, sembrerebbe possibile che il giudice, pure in assenza della materiale produzione del documento in giudizio, possa ritenerne incontrovertibile l'esistenza, se non contestata specificatamente ⁽¹⁰⁵⁾.

verità», seppure in termini «chiarificatori». Il che, d'altronde, si poneva in piena consonanza con taluni progetti di riforma del codice di rito post-unitario, susseguiti, per mano di autorevoli giuristi dell'epoca, dall'inizio del secolo XX sino alla codificazione del 1942 [...]. Per un'ampia disamina dell'evoluzione del «dovere di verità» si rinvia a A. CARRATTA, *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, Testo della Relazione al XXIX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile Etica del processo e doveri delle parti, tenutosi a Genova 20-21 settembre 2013, anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, §§ 1-24, in particolare § 8. Cfr. anche F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, in *Le tutele giudiziali*, Auletta, De Cristofaro, Miccolis, Santangeli, Roma (diretta da), 2012, 306.

⁽¹⁰⁴⁾ Già l'art. 11 del disegno di legge del 2007, elaborato su iniziativa dell'allora Ministro della Giustizia On. Mastella, prevedeva l'inserimento di un secondo comma dell'art. 88 c.p.c., così pensato: «Le parti costituite debbono chiarire le circostanze di fatto in modo leale e veritiero». Cfr. C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., 39 alla nota 94, dove è segnalata, in relazione al rapporto tra art. 88 c.p.c. e dovere di chiarezza, Cass. ordinanza 2 marzo 2012, n. 3338.

⁽¹⁰⁵⁾ È stato correttamente osservato che, in questi casi, il giudice dovrà assumere un comportamento estremamente prudente e rigoroso nella valutazione della non contestazione, la quale, per consentire di ritenere raggiunta la prova dell'esistenza del fatto per cui sia richiesta la forma scritta *ad probationem*, dovrà essere assolutamente univoca. Così A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 94; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma*

Non sembra possibile, però, concludere negli stessi termini rispetto alla seconda ipotesi poiché, rivestendo la forma scritta carattere essenziale per la validità dell'atto, alcun rilievo può essere riconosciuto al comportamento endoprocessuale delle parti: la contestazione omessa o generica, così come pure l'esplicita ammissione, circa la conclusione del contratto in forma scritta non è sufficiente a superare l'eccezione di nullità del contratto, ove non prodotto in giudizio il relativo documento ⁽¹⁰⁶⁾.

12. La non contestazione nel processo su diritti indisponibili.

Infine, vi è un ultimo profilo su cui non sembrano esservi dubbi, per quanto la novella del 2009 avrebbe potuto facilmente apportare elementi di maggiore chiarezza ⁽¹⁰⁷⁾.

Il principio di non contestazione opera solo nell'ambito dei processi su diritti disponibili, mentre ne va negata efficacia (quantomeno nei termini di cui si è sin qui detto) nei giudizi su diritti indisponibili, rispetto ai quali il principio della disponibilità delle prove risulta, peraltro, fortemente temperato dal riconoscimento di penetranti poteri istruttori in capo al giudice ⁽¹⁰⁸⁾.

dell'art. 115 c.p.c., cit., 314; C.M. CEA, Art. 115, cit., 804-805. Contra C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, Diritto processuale civile, II, cit., 183, alla nota 67, secondo cui la non contestazione «[...] non vale quando sia richiesta la forma scritta, ad substantiam o ad probationem, nonché quando si verte su materia indisponibile [...]».

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., 183, alla nota 67. Si pensi al caso in cui, discutendosi ad esempio dell'adempimento di un contratto per cui sarebbe richiesta la forma scritta *ad substantiam*, ma del quale sia omessa la produzione in giudizio, non sia controversa tra le parti la sua stipulazione per iscritto: deve ritenersi che, in questo caso, il contegno non contestativo non valga a superare l'eccezione di nullità per carenza del requisito essenziale di forma, che il giudice potrà rilevare anche d'ufficio.

⁽¹⁰⁷⁾ Anche in tal caso il Progetto di riforma di Proto Pisani è nuovamente esemplificativo dell'occasione mancata dalla novella del 2009. Il predetto progetto per un nuovo codice di rito chiariva, in più punti (cfr. 2.16, 2.17), come la non contestazione, ed il connesso onere, rilevasse «in materia di diritti disponibili».

⁽¹⁰⁸⁾ Si veda C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., 183,

Il che pare naturale perché, se si riconoscesse rilevanza alla non contestazione nei processi su diritti indisponibili, si finireb-

alla nota 67. Sempre A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., alle pagine 171 e 254, il quale nega rilevanza alla non contestazione nei processi su diritti indisponibili, precisando, però, che la natura del diritto in gioco non incide sul fondamento della non contestazione, ma sulla sua efficacia nel singolo processo. Cfr. ancora A. CARRATTA, «Principio della non contestazione» e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili, nota a Trib. Varese 27 novembre 2009, in *Famiglia e dir.*, 2010, 572. Nega rilevanza alla regola della non contestazione nella materia indisponibile anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 57, che riporta anche il seguente esempio: controversia tra Tizio e Caia sulla filiazione, nell'ambito della quale entrambe le parti forniscono un'identica versione dei fatti (lunga convivenza *more uxorio* tra Tizio e la madre di Caia), dalla quale risulta che Caia è figlia di Tizio. L'A., con argomentazione del tutto condivisibili, ritiene la filiazione un fatto che non può considerarsi vero solo perché non controverso tra le parti, in quanto, trattandosi di un processo su diritto indisponibile, rimane in ogni caso inalterato l'onere di dimostrare che i fatti (secondari) allegati, da cui risulti la filiazione, siano veri, non essendo sufficiente la stessa versione dei fatti storici dedotti. Cfr. L.P. COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit., 1047, secondo il quale «[...] è lecito parlare di «non contestazione» e di eventuali vincoli cognitori per il giudice unicamente nel contesto di liti su diritti «diritti disponibili». Il punto sembra ormai fuori discussione [...]». Lo stesso A. rileva, però, come «[...] qualche dubbio possa ancora sussistere, in quei tipi di processo, nei quali la disciplina della «non contestazione» deve obbligatoriamente conciliarsi con la natura, strutturalmente non sempre «disponibile», delle situazioni soggettive tutelabili [...]». Alla nota 11 dello stesso intervento, l'A. precisa, altresì, che «[...] I dubbi valgono, naturalmente, sia per il processo amministrativo, sia soprattutto per il processo tributario, sebbene qui le ben note legislazioni degli ultimi decenni su conciliazione e condono abbiano praticato breccie vistose nel tradizionale muro della indisponibilità dei rapporti in materia di imposte e tasse [...]». Sul tema anche G. FRUS, *Non contestazione e diritti indisponibili: oscillazioni dottrinali e incertezze giurisprudenziali*, nota Trib. Varese, ult. cit., in *Giur. it.*, 2011, 619. Si veda, inoltre, A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit., § 4; M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1171; C.M. CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 203; N. RASCIO, *Note brevi sul «principio di non contestazione»*, in *Dir. giur.*, 2002, 85, il quale evidenzia come il superamento della tradizionale impostazione che vedeva il fondamento della non contestazione nel principio dispositivo in senso sostanziale debba portare alla conclusione della sua rilevanza anche nei processi su diritti indisponibili, per quanto attenuata nella sua portata dall'estensione dei poteri di indagine officiosa attribuiti al giudice. *Contra*, nel senso dell'estensione dell'art. 115, comma 1, c.p.c., anche nelle liti su diritti indisponibili M. TARUFFO, *Sub art. 115*, cit., 495. In giurisprudenza, sulla rilevanza della non contestazione in materia di diritti indisponibili, Cass. 30 giugno 2016, n. 13436.

be per assegnare alle parti una sorta di potere di disposizione della materia, che è loro negato.

Sembra condivisibile, quindi, l'opinione, diffusamente sostenuta in dottrina, che, con riferimento alle controversie su diritti indisponibili e fermo il fondamento sistematico della regola ⁽¹⁰⁹⁾, colloca la non contestazione nell'ambito dell'art. 116, comma 2, c.p.c., quale argomento di prova ricavabile dal contegno delle parti nel processo ⁽¹¹⁰⁾.

13. La circolarità dell'onere di contestazione.

L'onere della contestazione grava in egual misura su tutte le parti del giudizio che rivestano posizioni contrapposte ⁽¹¹¹⁾. L'attore e il convenuto hanno l'onere di contestare in modo specifico i fatti allegati *ex adverso*. In particolare, sul convenuto incombe l'onere di contestare i fatti (costitutivi e secondari) posti dall'attore a fondamento della domanda; sull'attore grava l'onere di contestare i fatti (modificativi, impeditivi e estintivi e quelli secondari) posti dal convenuto a fondamento delle proprie difese nonché quelli principali e secondari a base dell'eventuale domanda riconvenzionale ⁽¹¹²⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Così A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., alle pagine 171 e 254.

⁽¹¹⁰⁾ Per una disamina della non contestazione quale argomento di prova *ex art. 116, comma 2*, nei processi su diritti indisponibili, si veda A. CARRATTA, «*Principio della non contestazione*» e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili, cit., 571. Cfr. anche G. BALENA, *La riforma della giustizia civile*, cit., 34-35, secondo il quale la non contestazione, nei processi su diritti indisponibili, rilevarebbe come argomento di prova *ex art. 116, comma 2, c.p.c.* Secondo A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 94, «[...] Nell'ambito dei diritti indisponibili, invece, la non contestazione concorrerà con gli altri mezzi di prova a formare il convincimento del giudice, ma non basterà da sola a fondare la sua decisione [...]». Si veda anche C.M. CEA, *Art. 115*, cit., 792 ss.; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 314, secondo cui la non contestazione sarebbe rilevante anche nei processi su diritti indisponibili, anche se solo come argomento di prova *ex art. 116, comma 2, c.p.c.*

⁽¹¹¹⁾ Evidenzia M. MOCCI, *Principio di non contestazione*, cit., 331, che, in ipotesi di processo litisconsortile, la contestazione di una sola delle parti sia sufficiente ad escludere l'operatività del principio di non contestazione.

⁽¹¹²⁾ Il tema della non contestazione era stato per lo più affrontato dal punto

Questa impostazione sembra coerente con la struttura dialettica a catena del processo civile e con il sistema di decadenze e di preclusioni che lo caratterizza, in ragione dei quali ciascuna parte ha l'onere, al contempo, di allegare e provare i fatti a fondamento delle proprie ragioni e di contestare quelli posti dall'altra a fondamento delle contrapposte pretese. In difetto, il fatto non contestato rimarrà incontrovertito e sarà espunto dal *thema probandum*, con conseguente esenzione della parte che l'abbia allegato dal relativo onere della prova *ex art. 2697 c.c.* ⁽¹¹³⁾

Siffatti principi concorrono, con tutta evidenza, anche a conseguire la parità delle armi e ad assicurare la ragionevole

di vista del convenuto, chiamato a contestare i fatti dedotti dall'attore a fondamento della propria iniziativa. L'assenza di una norma di portata generale, che sancisse la regola della non contestazione, aveva fatto sì che le analisi prendessero spunto dai pochi indici di diritto positivo disponibili, tra i quali spiccavano gli artt. 416, comma 3, e 167, comma 1, c.p.c., entrambi disciplinanti — per l'appunto — la posizione del convenuto. La prospettiva è in qualche modo mutata negli approfondimenti *post* novella del 2009, in quanto l'esplicito riconoscimento della non contestazione e la sua collocazione sistematica tra le disposizioni di carattere generale hanno definitivamente chiarito che il principio in esame riguardasse non solo tutti i tipi di processo su diritti disponibili, ma anche tutte le parti in causa. In dottrina, si veda A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, *cit.*, 81-82, il quale ha evidenziato come «[...] l'onere di contestazione, per sua natura concernente tutte le parti del giudizio (a pena, in contrario, di irragionevole disparità delle armi), veniva in quelle norme riferito al solo convenuto, mentre l'attore ne passava indenne [...]». Nello stesso senso, G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, *cit.*, 312, ha rilevato che «[...] L'inserimento della regola tra i principi generali del processo comporta che la non contestazione è ormai sganciata dagli artt. 167 e 416 c.p.c. e dal principio dispositivo [...]». L'A., inoltre, a conferma delle incertezze che lungamente hanno permeato anche questo aspetto della materia, ha espresso l'opinione per cui «[...] L'interrogativo, che si è posto, se cioè l'onere in questione riguardi solo la parte convenuta, non ha ragion d'essere, così come — sia pure in maniera non espressa — emerge dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, le quali hanno parlato di un onere che grava non soltanto sul convenuto ma anche sull'attore (nel caso in cui vengano introdotti nel giudizio, *rite et recte*, nuovi fatti — eventualmente anche ad opera del terzo — in conseguenza dei quali si allarghi il tema di indagine [...]). In giurisprudenza, si veda Cass. 28 febbraio 2014, n. 4854, con particolare riferimento all'onere a carico dell'attore di contestare i fatti modificativi, impeditivi ed estintivi e secondari dedotti dal convenuto nonché i fatti costitutivi e quelli secondari a fondamento dell'eventuale domanda riconvenzionale.

⁽¹¹³⁾ Cfr. in giurisprudenza Cass., 13 giugno 2005, n. 12636.

durata del processo in quanto si sostanziano nell'onere per le parti di collaborare, sin dalla fase iniziale del giudizio, nel delineare con nettezza la materia controversa evidenziando con chiarezza gli elementi in contestazione ⁽¹¹⁴⁾.

14. L'efficacia della non contestazione.

Il problema è stato già affrontato e risolto alla luce della ricostruzione del fondamento sistematico del principio di non contestazione ⁽¹¹⁵⁾. Qui ci si limiterà a qualche breve, ulteriore, considerazione.

La novella del 2009 avrebbe ben potuto spendere qualche parola sul punto. Ciò non toglie che il testo dell'art. 115, comma 1, c.p.c. offra un utile spunto, laddove è stabilito che il giudice «[...] deve porre a fondamento della decisione [...] i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita».

La norma, pur nella sua laconicità, non sembra lasciare spazio a dubbi: il giudice deve tenere in considerazione ai fini della decisione, oltre alle prove ritualmente acquisite, i fatti non contestati in modo specifico dalle parti costituite ⁽¹¹⁶⁾.

Questo dato testuale (il giudice «deve porre a fondamento della decisione», e non «*deve ritenere veri*», i fatti non specificatamente contestati) pare definitivamente sgomberare il campo da quell'equivoco, a lungo perpetrato sulla scorta di un'errata interpretazione del fondamento sistematico del fenomeno, che riconduceva alla non contestazione l'effetto vincolante per il giudice di dover ritenere il fatto non contestato senz'altro

⁽¹¹⁴⁾ Si veda Cass., 5 marzo 2003, n. 3245. In dottrina, si veda A.D. DE SANTIS, *Sul concetto di «non inequivocabilità» della non contestazione*, cit., 566; S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 129 ss.; M. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 301.

⁽¹¹⁵⁾ Si veda *retro* § 3.

⁽¹¹⁶⁾ In tal senso G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 316, il quale ha rilevato come «[...] la norma va intesa nel senso che dalla valutazione di quei fatti il giudice non può prescindere [...]». Nello stesso senso, C.M. CEA, *Art. 115*, cit., 804.

escluso dal *thema decidendum*, senza possibilità alcuna di un diverso accertamento ⁽¹¹⁷⁾.

Si è detto che la non contestazione è tecnica di semplificazione processuale, la quale si esprime con il vincolo per il giudice di ritenere il fatto non contestato non bisognoso di prova ⁽¹¹⁸⁾ e vero ⁽¹¹⁹⁾, purché non smentito dalle altre acquisizioni processuali ⁽¹²⁰⁾. Ne consegue che il fatto non contestato non è sottratto alla verifica istruttoria, che potrà concludersi anche nel senso della sua negazione ⁽¹²¹⁾.

Da tali premesse, sembra ricavarsi anche la chiara indicazione di come non vi sia sovrapposibilità tra fatto non contestato e fatto provato. Il fatto non contestato non è un fatto provato, bensì un fatto non (più) bisognoso di essere prova-

⁽¹¹⁷⁾ Si veda *retro* § 3.

⁽¹¹⁸⁾ Sulla non contestazione quale strumento di selezione del materiale probatorio si veda G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, cit., 268 ss., Si veda anche A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 92.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit., 1347

⁽¹²⁰⁾ Sul principio di acquisizione quale fenomeno di limitazione o attenuazione dell'onere della prova nel senso di superamento della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c., si veda C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., 184, per il quale l'acquisizione della prova «[...] si sostanzia nella regola generale, secondo la quale, una volta che la prova sia entrata nel processo, ossia acquisita, il giudice può prescindere dal fatto che vi sia entrata per iniziativa della parte onerata, oppure dell'altra parte, o, nei casi in cui ciò è possibile, addirittura per iniziativa dello stesso giudice, purché i fatti oggetto di prova siano stati allegati dalla parte che fruisce della prova [...]». In giurisprudenza cfr. Cass. 14 gennaio 2016, n. 455, secondo cui (in motivazione) «[...] il principio di acquisizione probatoria, coniugato con il principio del contraddittorio, è altro rispetto a quanto suppone parte ricorrente, e riguarda non già l'obbligo del giudice di considerare e tenere ferme le prove per come espletate, ma l'impossibilità della parte di disporre degli effetti delle prove raccolte, che una volta assunte possono giovare o nuocere all'una o all'altra parte indipendentemente da chi le abbia dedotte [...]. Sul necessario temperamento tra principio di acquisizione e allegazione si veda Cass. 10 luglio 1989, n. 3258, secondo cui la prova acquisita, per giovare alla parte, deve pur sempre essere stata invocata dalla parte medesima a sostegno della propria pretesa. Sul rapporto tra principio di acquisizione e la regola di giudizio sancita dall'art. 2697 si veda *retro* il § 6 e, in particolare, la nota 72.

⁽¹²¹⁾ Così A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit., 12.

to⁽¹²²⁾: esso deve ritenersi verificatosi, nei limiti esposti dalla parte allegante e non negati dall'altra. In questa prospettiva, non si dovrebbe a ben vedere parlare neppure di fatto pacifico, ma — più correttamente — di fatto acquisito al processo, ma (ancora) suscettibile di accertamento da parte del giudice⁽¹²³⁾.

Non è mancato chi, in questa prospettiva, ha affermato che il meccanismo con cui agisce la non contestazione porterebbe ad assimilarla ad una sorta di presunzione legale di verità, per quanto relativa, che, per volontà del legislatore, consentirebbe al giudice di risalire, dal fatto processuale noto della non contestazione, alla verità del fatto storico ignoto dedotto, ove non smentito dalle altre acquisizioni processuali⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²²⁾ A sostegno di questa tesi si veda F.P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, cit., 58, il quale dice espressamente che il fatto non contestato non è un fatto provato, ma un fatto che non ha (più) bisogno di essere provato, la cui esistenza deve ritenersi per vera, senza che debba essere confermata da mezzi di prova. Così, precisa l'A., l'unica controversia che vi è in relazione ad un fatto non contestato (e non smentito dalle altre prove ritualmente acquisite) afferisce alle sue conseguenze giuridiche, rispetto alle quali il giudice è libero di operare in ossequio al principio *iura novit curia*. Così si pronuncia anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 221-222. Si rinvia anche a A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 194, 385, per il quale il fatto non contestato non è un fatto sicuramente accaduto e che precisa, inoltre, come la non contestazione cada solo sui fatti e non con riferimento a norme giuridiche o diritti. Cfr. M. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 1047, secondo il quale «[...] i «fatti» in esame, in quanto «non specificatamente contestati» (ossia resi «pacifici», e quindi non più controversi, da un determinato comportamento di parte), sono (e rimangono), epistemicamente, *non provati*: solo una *factio iuris*, quale traspare dalla stessa disciplina dell'interrogatorio formale, consente (od impone) al giudice di prenderne cognizione *come se* la loro sussistenza fosse stata effettivamente provata in giudizio [...]».

⁽¹²³⁾ Così M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit., 1346 ss., secondo il quale «[...] Il fatto non contestato non è un fatto pacifico in senso stretto [...]».

⁽¹²⁴⁾ Di «presunzione di verità» parla esplicitamente C.M. CEA, *Art. 115*, cit., 804. Sembra aderire a questa tesi anche G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 92, secondo il quale «[...] la contestazione omessa o generica determina, ancor più che relevatio ab onere probandi, una sorta di praesumptio iuris tantum di esistenza del fatto tardivamente o genericamente contestato [...]». *Contra* L.P. COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit., 1058, secondo cui «[...] Sarebbe, d'altronde, non meno inconcepibile configurare, in tale situazione, la genesi di una sorta di presunzione di verità di quei

15. I limiti temporali e la tendenziale (ir)reversibilità della non contestazione.

Quella dei limiti temporali della contestazione e del suo grado di stabilità è stata *vexata quaestio*, rispetto alla quale la riforma del 2009 avrebbe potuto portare ben altra chiarezza ⁽¹²⁵⁾.

Pare, tuttavia, che, pur nel silenzio della legge, si sia ormai giunti ad un approdo sufficientemente condiviso, con un accento più marcato in giurisprudenza, mentre in dottrina continuano a registrarsi opinioni in favore della reversibilità della non contestazione, le quali fondano le loro basi sul bene della ricerca della verità materiale.

Il tema dei limiti temporali della contestazione e del connesso livello di stabilità si intreccia inevitabilmente con quello relativo al modello di processo civile a cui il legislatore si è ispirato ed è alla luce di quest'ultimo che deve essere affrontato. In altri termini, non si può sfuggire al dato di fondo che vede il processo civile organizzato secondo un organico sistema di preclusioni, volte a consentire, nella parità delle armi, la (più) sollecita definizione del giudizio attraverso la rapida emersione di *thema decidendum* e di *thema probandum* ⁽¹²⁶⁾. Si è visto, d'altra parte, come il meccanismo della non contestazione risponda precisamente a tale funzione, che rinviene

fatti, con il rischio inevitabile di assimilarne gli effetti ad una presunzione legale assoluta o, peggio ancora, nel constatato difetto di una previsione normativa specifica, ad una prova legale irretrattabile [...]».

⁽¹²⁵⁾ Anche in questo caso, il giudizio di diversi autori verso la novella del 2009 è stato assai severo, soprattutto perché – ad esempio – il già citato Progetto Proto Pisani, forse sulla scorta di una più ampia consapevolezza della complessità del tema, era esplicitamente intervenuto sui profili del limite temporale della contestazione e della contestazione tardiva prevedendo: l'inammissibilità della contestazione tardiva in primo grado, la quale sarebbe dovuta intervenire alla prima difesa utile (v. 2.7, comma 2, n. 1); l'ammissibilità della contestazione tardiva in appello, con onere della prova invertito a carico della parte autrice della contestazione (2.169, commi 4 e 6). In senso critico verso il silenzio della riforma si veda C.M. CEA, *Art. 115, cit.*, 803 e A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile, cit.*, 11 ss.

⁽¹²⁶⁾ Si veda sempre G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile, cit.*, 268 ss.

nell'art. 111 Cost. e nel principio della ragionevole durata del processo la propria principale *ratio*.

Fatte queste considerazioni preliminari, appare ormai acquisito che il potere di contestare i fatti dedotti dalla controparte non può essere cronologicamente illimitato, ma che sia destinato a consumarsi irreversibilmente, se non esercitato in modo tempestivo. Se si concludesse diversamente, cioè per la provvisorietà della non contestazione, ci si porrebbe in contrasto con la *ratio* stessa della tecnica semplificatoria in esame ⁽¹²⁷⁾.

Un nodo riguarda l'individuazione della barriera preclusiva alla contestazione, scattata la quale la parte onerata dovrebbe

⁽¹²⁷⁾ Cfr. A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 311 ss. e, in particolare, 316, secondo il quale proprio le preclusioni istruttorie, emergenti dall'art. 183 c.p.c., starebbero a dimostrare l'inammissibilità della contestazione tardiva. Dello stesso A. si veda *La «nuova» fase preparatoria del processo di cognizione: corsi e ricorsi di una storia «infinita»*, in *Giur. it.*, 2005, 2237. Nello stesso senso anche A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 135; F. MARELLI, *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*, Padova, 1996, 80. Dopo la novella, si è espresso nello stesso senso C.M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, cit., 273. Cfr. anche V. BATTAGLIA, *Sull'onere del convenuto di «prendere posizione» in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, cit., 1512, la quale addirittura prospetta la nullità della comparsa di risposta priva della presa di posizione del convenuto. In giurisprudenza, la sentenza n. 761 del 2002 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione fu la prima ad affermare a chiare lettere come si dovesse «[...] superare l'orientamento giurisprudenziale (affidato all'insufficiente rilievo che la contestazione è atteggiamento difensivo riconducibile al novero delle mere difese) affermativo dell'indiscriminata provvisorietà della non contestazione e della persistente sua revocabilità in ogni fase del giudizio di merito [...]». Dopo la riforma del 2009, si veda App. Milano 29 giugno 2011 e Trib. Varese 14 ottobre 2011, in *Giur. merito*, 2012, 94. *Contra* B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 411 ss.; G. BALENA, *La riforma della giustizia civile*, cit., 37-38, il quale prospetta un'ammissibilità della contestazione quasi senza limiti temporali, in ogni fase del giudizio di merito e finanche in appello. L'A. allontana l'idea per cui l'onere della contestazione sia soggetto a termini di decadenza, mentre postula la necessità di una valutazione in concreto del contegno delle parti: ovviamente, il giudice, a fronte di una contestazione tardiva, dovrà rimettere in termini la parte allegante in punto di attività tanto assertiva quanto istruttoria, se già maturate le relative preclusioni. A. MENGALI, *Preclusioni ed onere di specifica contestazione*, in *Scritti offerti dagli allievi a F.P. Luiso*, M. Bove (a cura di), Torino, 2017, 253. Sul tema, per un approfondimento e ampi riferimenti bibliografici, si rinvia a C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, cit., 40 e, in particolare, alla nota 96.

ritenersi decaduta dal relativo potere. La soluzione, anche in questo caso, sembra nuovamente da ricercarsi nella struttura del processo civile e, in definitiva, sembra variare a seconda del tipo di rito da applicarsi, di volta in volta, alla controversia.

Se, come detto, il principio di non contestazione, nella sua connotazione di meccanismo semplificatorio, trova corrispondenza nella logica circolatoria a catena del processo civile, che impone a ciascuna parte di allegare e di prendere posizione in via assertiva ed istruttoria sui fatti posti a fondamento delle rispettive pretese, sembra logico concludere che la contestazione è possibile fintantoché alle parti sia consentito dedurre e controdedurre fino alla definitiva fissazione del *thema decidendum* e del connesso *thema probandum*.

Si può così ragionevolmente sostenere che, nel processo ordinario di cognizione, le parti conservino il potere di prendere posizione in via contestativa sui fatti *ex adverso* dedotti sino allo spirare del termine di cui all'art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c., in corrispondenza del quale, essendosi esaurita l'attività assertiva, dovrà ritenersi spirata la possibilità di rendere controversi i fatti⁽¹²⁸⁾. Questa soluzione pare avere il pregio di consentire la definitiva emersione dei fatti da provare in un momento precedente a quello riservato alla formulazione delle rispettive istanze istruttorie a prova diretta prima e contraria poi. Occorre, comunque, dare atto di un diverso orientamento che, ritenendo la contestazione un fenomeno *lato sensu* probatorio, ne ha individuato il termine ultimo nella terza memoria di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.⁽¹²⁹⁾

⁽¹²⁸⁾ A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit., 11-12, il quale afferma che la contestazione «[...] dovrà intervenire al più tardi nel momento processuale immediatamente precedente a quello in cui l'altra parte può completare le proprie richieste e produzioni in prova diretta [...]»; M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1172; F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *www.judicium.it*, § 3, 2010. In senso conforme, si veda C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 223.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. C.M. CEA, *Art. 115*, cit., 803; in senso conforme, A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 91.

Nel processo sommario di cognizione, invece, la consumazione del potere di contestare andrebbe ascritta alla prima (e teoricamente unica ⁽¹³⁰⁾) udienza di cui all'art. 702 *ter*, comma 5, c.p.c., salvo che il giudice non ritenga di esercitare il potere che la norma gli assegna di porre in essere formalità essenziali al contraddittorio, tra le quali, ad esempio, assegnare un termine per memorie ed eventuali repliche in ordine a taluni aspetti.

Nel rito speciale del lavoro, infine, tale barriera preclusiva andrebbe ancorata all'udienza *ex art.* 420 c.p.c., allorché vengono a consumarsi le ridotte possibilità di nuove allegazioni e di nuove istanze istruttorie ⁽¹³¹⁾. Non sono mancate, tuttavia, note critiche in dottrina, incentrate sulla eccessiva concentrazione delle attività difensive che una simile soluzione determinerebbe ⁽¹³²⁾.

Si impongono, a questo punto, due considerazioni conclusive, non meno importanti di quanto si è sin qui detto.

Innanzitutto, la tempestività della contestazione non implica che questa debba per forza avvenire alla prima occasione difensiva utile, cioè a quella immediatamente successiva all'attività da cui è scaturita l'esigenza contestativa. Infatti, una simile prospettazione celerebbe più di un pericolo connesso ad un irrigidimento esasperato ed irragionevole di maglie processuali già ben strette. Allo stesso modo, l'affermazione sopra riportata va sempre ragguagliata alla tipologia di rito presa in esame, nel senso che, tanto più il processo è concentrato (ad esempio il processo sommario di cognizione o il rito speciale

⁽¹³⁰⁾ Nella pratica è frequente la fissazione di una seconda udienza di discussione.

⁽¹³¹⁾ Così sempre C.M. CEA, *Art. 115, cit.*, 803.

⁽¹³²⁾ Si veda A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c., cit.*, 93 ss., anche con riferimento ai procedimenti a struttura oppositiva (es. opposizione a decreto ingiuntivo), rispetto ai quali, al presentarsi di determinate situazioni, si dovrebbe consentire alle parti e, in specie, all'opponente di controdedurre, contestare e articolare nuovi mezzi di prova o produrre nuovi documenti, quando ciò sia giustificato dalla natura delle difese svolte dalla parte opposta in sede di costituzione in giudizio, convenuta in senso formale, ma attrice in senso sostanziale.

del lavoro), tanto più è probabile che la preclusione alla contestazione andrà, con tutta probabilità, a coincidere con la prima occasione difensiva utile. Così non dovrebbe, però, essere per il processo ordinario di cognizione, connotata dalla ben nota appendice di trattazione scritta di cui alle memorie *ex art. 183, comma 6, c.p.c.* Di talché, tenuto conto che la contestazione deve pur sempre essere specifica, sembrerebbe irragionevole pretendere che l'attore — ad esempio — prenda posizione già all'udienza *ex art. 183, comma 1, c.p.c.*, controdeducendo a verbale sulle allegazioni della parte convenuta⁽¹³³⁾: una siffatta soluzione, da un lato, appesantirebbe oltremodo l'attività d'udienza⁽¹³⁴⁾ e, dall'altro, sarebbe irrazionale, avendo le parti ancora a disposizione il termine di cui all'*art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c.* per una puntuale contestazione⁽¹³⁵⁾. La mancanza di una norma che affermi che la contestazione vada posta in essere in un dato momento, a pena di decadenza, appare suffragare tale conclusione⁽¹³⁶⁾.

In secondo luogo, va chiarito che la consumazione del potere di contestare è sì irreversibile⁽¹³⁷⁾, ma lo è in senso tendenziale. L'irreversibilità (o irrevocabilità) tendenziale della non contestazione è riconnessa alla fattispecie eccezionale

⁽¹³³⁾ In tal senso, correttamente, A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 91.

⁽¹³⁴⁾ Mentre i giudici, per ovvie ragioni connesse ai carichi di ruolo, tendono spesso a limitarla allo stretto indispensabile.

⁽¹³⁵⁾ Che il giudice concede «se richiesto». L'eventualità che le parti optino per la non richiesta di tali termini, per quanto remota, va tenuta comunque presente. Nel qual caso sembrerebbe che ogni attività difensiva di tipo contestativo, così come volta ad una *emendatio* delle rispettive difese, andrebbe posta in essere dalle parti all'udienza *ex art. 183, comma 1, c.p.c.*

⁽¹³⁶⁾ L'esempio più lampante è rappresentato dagli artt. 167 e 416 c.p.c., i quali, tra le attività che il convenuto deve porre in essere a pena di decadenza all'atto della costituzione tempestiva in giudizio, non menzionano quella di prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda. Scelta molto criticata in dottrina: cfr. A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit., 11.

⁽¹³⁷⁾ M. MOCCI, *Principio di non contestazione*, cit., 330.

presa in esame dall'art. 153, comma 2, c.p.c. ⁽¹³⁸⁾ La parte che abbia visto svanire il potere di contestare potrà determinarne la reviviscenza attraverso l'istituto della rimessione in termini, a condizione che dimostri di essere incorsa nella relativa decadenza per una causa ad essa non imputabile ⁽¹³⁹⁾. Poiché la rimessione in termini dovrebbe riguardare tanto l'attività assertiva quanto quella istruttoria ad essa correlata (ogni fatto deve essere sempre affermato e provato), parrebbe logico ritenere che, in questi casi eccezionali di ammissibilità di una contestazione tardiva, la riapertura dei termini per deduzioni istruttorie (quantomeno a prova contraria ⁽¹⁴⁰⁾) andrà stabilita anche a beneficio della parte alla quale la mancata o generica contestazione avrebbe giovato ⁽¹⁴¹⁾.

Infine, una limitata reversibilità della non contestazione pare possa ammettersi anche in appello, con riferimento a mere difese o ad eccezioni rilevabili d'ufficio *ex art.* 345, comma 2, c.p.c., purché queste ultime fondate su fatti ritualmente e tempestivamente acquisiti nel corso del giudizio di primo grado ⁽¹⁴²⁾.

16. Il *modus operandi* della non contestazione con riferimento al diverso regime di rilevabilità delle eccezioni del convenuto.

Resta, a questo punto, da chiarire l'ultimo tema di indagine

⁽¹³⁸⁾ Non a caso norma introdotta *ex novo* dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 (art. 45, comma 19), prima contenuta nell'art. 184 *bis* c.p.c.

⁽¹³⁹⁾ C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *cit.*, 40, nota 96, mette in evidenza la relazione tra contestazione tardiva e rimessione in termini affermando che «[...] Allo stato, infatti, (nell'ottica di favorire l'economia processuale), sembra sia da escludere la possibilità di una contestazione tardiva (salva la rimessione in termini) [...]».

⁽¹⁴⁰⁾ Infatti, se si ritiene che l'attività processuale vada improntata ad un, sia pur attenuato e ragionevole, principio di eventualità, la parte dovrebbe già aver articolato la prova diretta dei fatti da essa posti a fondamento della domanda, mentre, sicuramente, in assenza di contestazione, si sarà trovata nella oggettiva impossibilità di articolare la prova contraria. V. *supra* § 8 e note 90 e 91.

⁽¹⁴¹⁾ Così anche A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, *cit.*, 92; C.M. CEA, *Art. 115*, *cit.*, 803.

⁽¹⁴²⁾ Sul punto si veda anche *infra* il § 16 e la nota 163.

che il presente lavoro si propone di affrontare: ovverosia, i riflessi che, sul modo di operare del principio di non contestazione, possa avere il dispiegarsi del diverso regime di rilevabilità delle eccezioni. Il tema investe, chiaramente, la prospettiva della parte convenuta in giudizio (o dell'attore contro cui sia stata proposta domanda riconvenzionale *ex art. 36 c.p.c.*) ed è assai complesso perché presuppone la soluzione di quella che può essere ritenuta la questione più dibattuta della disciplina delle eccezioni⁽¹⁴³⁾: l'individuazione delle diverse specie di iniziative difensive che il convenuto può assumere e la determinazione dei criteri che, eventualmente, consentano di distinguerle. Non è secondario rilevare che l'importanza di tale sforzo classificatorio, già di per sé considerevole per le consistenti ricadute sull'attività del giudice in punto di rilevabilità delle eccezioni alla luce del principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, si è, infine, definitivamente consacrata con il progressivo affermarsi, a fondamento del processo civile interno, del principio di preclusione «temperato» o «elastico»⁽¹⁴⁴⁾, in ossequio al quale alcune di queste iniziative difensive devono essere dal convenuto assunte, a pena decadenza, entro determinati termini espressamente

⁽¹⁴³⁾ La bibliografia in materia di eccezione è vastissima. Si segnalano, tuttavia, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 289 ss.; R. ORIANI, *Eccezione*, cit., 266 ss.; R. ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, cit., 9 ss. e in *Studi in onore di V. Denti*, cit., 315 ss.; R. ORIANI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, cit., 127 ss.; R. ORIANI, *L'interruzione della prescrizione è rilevabile d'ufficio: le sezioni unite della Corte di Cassazione abbandonano un indirizzo risalente al 1923*, in *Foro. it.*, 2005, I, 2660; R. ORIANI, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, in *Foro. it.*, 2003, I, 3515; R. ORIANI, *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello di eccezioni in senso lato?*, in *Foro. it.*, 2003, I, 1516; R. ORIANI, *La disciplina delle eccezioni nel processo civile*, in www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_7.pdf; S. COSTA, *Eccezione (diritto vigente)*, in *Novissimo dig. it.*, VI, Torino, 1960, 349 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., 90 ss.; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, 289; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, 55-56; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1931, 281 ss.; R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, 37-41.

⁽¹⁴⁴⁾ Si veda, sul punto, *supra* § 2.

fissati dalla legge. Il riferimento è, con tutta evidenza agli artt. 416, comma 2, c.p.c. e agli artt. 167, comma 3, e 345, comma 2, c.p.c.

In linea generale, sembra ormai punto d'approdo diffusamente condiviso che, dinanzi all'iniziativa attorea, il convenuto, costituitosi in giudizio e chiamato a prendere posizione sulla pretesa affermata *ex adverso*, possa assumere diversi atteggiamenti difensivi ⁽¹⁴⁵⁾.

Innanzitutto, il convenuto può limitarsi a contestare la fondatezza della domanda attorea tanto in punto di ricostruzione fattuale (cioè, il fatto storico non si è verificato o si è verificato con modalità diverse da quelle affermate dall'attore) quanto in punto di diritto (cioè, la disposizione di legge invocata *ex adverso* manca o è stata erroneamente interpretata dalla controparte). Questo atteggiamento difensivo del convenuto è tendenzialmente indicato come mera difesa, con la quale il convenuto non fa altro che intervenire su questioni — di fatto o giuridiche — già sottoposte dall'attore alla cognizione del giudice ⁽¹⁴⁶⁾.

Il convenuto può, altresì, opporre fatti positivi che, come dispone l'art. 2697, comma 2, c.c. ⁽¹⁴⁷⁾, abbiano l'effetto di impedire, modificare o estinguere il diritto dedotto in giudizio dall'attore e, dunque, conseguire il rigetto della domanda. Questa condotta difensiva viene designata come eccezione, con

⁽¹⁴⁵⁾ Pur con diversi accenti e differenti classificazioni, si veda V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 368; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 289 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., 90 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 55-56; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 281 ss.; R. ORIANI, *La disciplina delle eccezioni nel processo civile*, cit.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. E. BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., 90 ss.; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 281 ss.; R. ORIANI, *La disciplina delle eccezioni nel processo civile*, cit.;

⁽¹⁴⁷⁾ Sull'art. 2697 c.c., sulla sua connotazione come regola di giudizio residuale, più che come norma volta a disciplinare l'onere della prova, e, in definitiva, sui suoi rapporti con l'art. 115, comma 1, c.p.c. si veda *supra* §§ 4 e 6, quest'ultimo anche con riferimento alle note 65 e 72. G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, ritiene che il rapporto tra mera difesa ed eccezione appartiene allo studio dell'onere della prova.

la quale la cognizione del giudice si amplia a nuovi fatti, sempre nei limiti, però, della domanda avanzata dall'attore⁽¹⁴⁸⁾.

Con riferimento all'eccezione, su cui ci si vuole concentrare ai fini della presente analisi, occorre operare un'ulteriore distinzione tra eccezione in senso stretto o proprio, come tale riservata alla parte, ed eccezione in senso lato o improprio, come tale rilevabile anche dal giudice d'ufficio⁽¹⁴⁹⁾. La legge non chiarisce quali siano i caratteri distintivi tra le due specie di eccezione, ma lascia intuire l'esistenza delle due categorie attraverso l'art. 112 c.p.c., il quale, nell'enunciare il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato⁽¹⁵⁰⁾, dispone che il giudice «[...] non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti».

⁽¹⁴⁸⁾ La distinzione tra mera difesa ed eccezione non è stata generalmente accolta. Infatti, non è mancato chi, come V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 368, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 289 ss., E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 55-56, ha preferito individuare un'accezione generalissima di eccezione, designante qualsiasi iniziativa difensiva del convenuto volta a provocare il rigetto della domanda attorea, anche se limitata alla mera negazione della domanda attorea (in questa accezione, l'eccezione coinciderebbe con la mera difesa); un'accezione più ristretta dell'eccezione, quale positiva controdeduzione, da parte, del convenuto, di fatti impeditivi, modificativi ed estintivi della domanda attorea; infine, un'accezione ristrettissima di eccezione, quale controdeduzione di fatti impeditivi, modificativi ed estintivi che, senza escludere il diritto fatto valere dall'attore, danno al convenuto il potere di annullarlo. Tali ultimi fatti dovrebbero essere allegati e rilevati dalla parte. Osserva R. ORIANI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, cit., 133, che «[...] Proporre un'eccezione significa dedurre un fatto e chiedere che sia applicato l'effetto del fatto alla situazione sottoposta al giudizio. Sono presenti nell'eccezione gli stessi elementi della domanda: fatto, norma, conseguenze giuridiche. Vi è però un dato semplificante rispetto alla domanda, e cioè che la conseguenza giuridica, trattandosi di un fatto idoneo ad estinguere o modificare il diritto dedotto *ex advero* o ad impedirne la nascita, è sempre l'inesistenza del diritto vantato dall'attore e quindi, sul piano processuale il rigetto della domanda [...]».

⁽¹⁴⁹⁾ R. ORIANI, *Eccezione*, cit., 262 ss. *Contra* la distinzione tra eccezione in senso stretto ed eccezione in senso lato U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Torino, 1966, 314 ss., secondo il quale l'eccezione individua sempre la facoltà processuale di opporre un determinato fatto impeditivo, modificativo ed estintivo.

⁽¹⁵⁰⁾ Sulla correlazione tra principio della disponibilità della tutela giurisdizionale (o dispositivo in senso sostanziale), principio della domanda e principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato si rinvia *retro* al § 3.

L'art. 112 c.p.c., dunque, sembra configurare una norma «in bianco», che, senza null'altro specificare, designa una regola, cioè la generale rilevabilità (anche) d'ufficio delle eccezioni e, al contempo, una deroga, cioè la presenza di casi eccezionali, in cui i fatti impeditivi modificativi ed estintivi sono rilevabili solo per effetto dell'iniziativa della parte ⁽¹⁵¹⁾.

La presenza di questa deroga alla regola generale ha imposto uno sforzo ulteriore proteso alla determinazione di criteri identificativi di questi casi eccezionali costituenti eccezioni in senso stretto. Tale sforzo è culminato nella conclusione per cui si avrebbe eccezione in senso stretto ogni qualvolta la legge riservi alla parte la rilevazione del fatto impeditivo, modificativo ed estintivo ⁽¹⁵²⁾ nonché ogni qualvolta la legge costruisce

⁽¹⁵¹⁾ Così R. ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, cit., 14.

⁽¹⁵²⁾ È stato, tuttavia, osservato che, al fine di rinvenire un'ipotesi di previsione di legge di eccezione riservata alla parte, non occorre una formula esplicita ed espressa, quale quella contenuta, ad esempio, negli artt. 2938 e 2969 c.c., espressamente escludenti la rilevabilità d'ufficio della prescrizione e della decadenza. L'interprete sarebbe, anzi, chiamato ad una lettura complessiva e sistematica di un determinato istituto al fine di verificare se certi fatti o situazioni giuridiche siano sottratte alla rilevabilità d'ufficio del giudice. Così R. ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, cit., 15. In tale prospettiva, P. SPADA, *Problemi sulla nullità del brevetto d'invenzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 222 ss., sostiene che, nel giudizio di contraffazione del marchio, il giudice non possa rilevare d'ufficio la nullità del brevetto, sulla base di elementi ricavati sia dall'art. 78 R.D. 29 giugno 1939, n. 1127 (per il fatto che l'azione per la nullità di un brevetto può essere esercitata dal p.m., dal che discenderebbe una riserva in favore della magistratura requirente rispetto a quella decidente), sia dall'art. 79 stesso R.D. (per il fatto che la nullità di un brevetto ha efficacia *erga omnes* quando pronunciata con sentenza passata in giudicato, per cui, ove non si sia formato un giudicato sulla nullità, ogni giudice non può prescindere dal brevetto e non può dichiararne d'ufficio la nullità) sia dal fatto che l'eccezione di nullità del brevetto, lungi dal comportarne una cognizione *incidenter tantum*, dà luogo ad una decisione idonea a costituire giudicato. Per L. FERRI, *Della trascrizione*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1955, 150, gli effetti della trascrizione ex art. 2643 c.c. operano solo su eccezione della parte, conclusione a cui l'A. perviene sulla scorta dell'art. 2667 c.c., ove è previsto che la mancata trascrizione può (o non può) essere opposta a determinati soggetti. Per F.S. GENTILE, (VOCE) *Trascrizione*, in *Novissimo dig. it.*, 1973, XIX, 530, occorrerebbe distinguere a seconda che la trascrizione sia elemento costitutivo dell'evento (come per i vincoli di indisponibilità), nel qual caso il giudice potrebbe rilevare d'ufficio il difetto di pubblicità, o operi come condizione costitutiva degli effetti reali dell'even-

la fattispecie in modo tale che la nuova fattispecie sostanziale non si verifica automaticamente per effetto della sola presenza di determinate circostanze, bensì come conseguenza di una manifestazione di volontà dell'interessato. Nella prospettiva da ultimo delineata, dunque, costituiscono eccezione in senso stretto, oltre i casi di riserva legislativa alla parte del potere di rilevazione, anche tutte le ipotesi di titolarità di un'azione costitutiva⁽¹⁵³⁾, che il convenuto potrebbe far valere (ma, anche scegliere di non far valere) in via di autonoma azione⁽¹⁵⁴⁾. In tutti gli altri casi, la regola è, come detto, quella

to (come nell'ipotesi della trascrizione di una vendita immobiliare), nel qual caso al giudice sarebbe precluso il rilievo d'ufficio, potendo il soggetto interessato rinunciare ai vantaggi (preferenza) accordatigli dalla trascrizione. Nel senso che l'omessa trascrizione di un atto non possa essere rilevata d'ufficio Cass. 19 febbraio 1981, n. 944, in *Foro it.*, Rep. 1981, (voce) *Procedimento civile*, n. 109.

⁽¹⁵³⁾ Ritengono che ove vi sia azione costitutiva vi sia, generalmente, eccezione in senso stretto anche S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1957, I, 434; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 1989, 122.

⁽¹⁵⁴⁾ Emerge, dunque, la concezione sostanzialistica dell'eccezione, risalente a G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 288 ss. e, prima ancora, a R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 128 ss., secondo cui l'eccezione è un contro-diritto, di natura potestativa, disciplinato dal diritto sostanziale e rivolto *ad impugnandum ius*. In altri termini, secondo tale impostazione, chi è titolare di un'eccezione ha la potestà, esercitabile (ma, anche non esercitabile) a fine di difesa, di far venire meno il diritto dell'avversario. Lo stesso R. BOLAFFI, *ivi*, 169, a proposito dell'eccezione di prescrizione, spiega come, se la prescrizione risulta dagli atti, ma non è eccepita, non è possibile affermare che «[...] il giudice non può prendere in considerazione un motivo di estinzione del diritto esistente e a lui noto: al contrario, il giudice non lo assume a fondamento della sua decisione perché esso non costituisce un motivo di estinzione: l'estinzione, infatti, è ricollegata al verificarsi non solo di quella circostanza, ma anche di un atto di volontà di quell'interessato. Se questa volontà non si manifesta, l'estinzione non si verifica e il giudice non può tenerne conto [...]». Di facoltà di scelta se creare (o non creare) il nuovo rapporto ovvero se conservare lo *status* esistente, che starebbe a fondamento della manifestazione di volontà in cui si estrinseca l'eccezione, parla anche S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 151-152. Accanto alla concezione sostanzialistica dell'eccezione, se ne pone un'altra, di stampo processualistico, che vede l'eccezione non come un contro-diritto potestativo, bensì come un potere processuale, riservato al convenuto, di rivolgere un'istanza al giudice al fine di condizionarne il potere decisorio all'accertamento e alla qualificazione di fatti che, secondo la disciplina sostanziale, hanno effetto impeditivo, modificativo ed estintivo del diritto dedotto in

della rilevabilità (anche) d'ufficio del fatto modificativo, impeditivo ed estintivo ⁽¹⁵⁵⁾).

giudizio dall'attore. Questa l'impostazione di V. DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 22 ss.; V. DENTI, *In tema di eccezioni riconvenzionali*, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 119; V. DENTI, (voce) *Questioni pregiudiziali*, in *Novissimo dig. it.*, Torino, 1967, XVI, 675. Per un'ampia disamina dell'opinione dell'A. si veda R. ORIANI, *Eccezione*, cit., 266 ss. La concezione processualistica dell'eccezione è propria anche di F. CARNELUTTI, *Eccezione e analisi dell'esperienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 646 e dello stesso A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 291-292. Secondo l'A. l'eccezione in senso stretto è «[...] l'affermazione di un fatto impeditivo o estintivo, necessaria affinché il giudice ne possa conoscere [...]», la quale troverebbe la propria giustificazione sul terreno del principio dispositivo e della regola per cui *iudex iudicare debet iuxta alligata*. Lo stesso A., secondo cui vi sarebbe una stretta correlazione tra onere della prova e onere dell'allegazione, ritiene che tale regola si applicherebbe tanto ai fatti costitutivi quanto a quelli impeditivi, modificativi ed estintivi.

⁽¹⁵⁵⁾ Per una analitica casistica delle fattispecie rientranti nella regola della rilevabilità d'ufficio delle eccezioni e di quelle costituenti, invece, eccezioni in senso stretto si veda R. ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, cit., 18, § 13 e le note da 58 ad 81. Basti qui rilevare, a titolo di mera esemplificazione, che sono generalmente ritenute rilevabili d'ufficio eccezioni quali il pagamento, la novazione, la rimessione del debito, la rinuncia al diritto, la risoluzione consensuale del contratto, la presupposizione, la simulazione, la condizione, il termine, l'esimente di cui all'art. 1227, comma 2, c.c., il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227, comma 1, c.c. Sono, invece, ritenute rilevabili solo ad istanza di parte, sempre a titolo di mera esemplificazione, la riduzione della penale, qualora l'obbligazione sia stata parzialmente eseguita ovvero se l'ammontare della stessa sia manifestamente eccessivo, la riduzione per vizi della cosa del prezzo della compravendita ex artt. 1492 e 1495 c.c. e del prezzo dell'appalto ex artt. 1667 e 1668 c.c., per le quali è richiesta l'iniziativa del compratore e del committente, il trasferimento del luogo di esercizio della servitù. Si ritiene che il giudice possa rigettare d'ufficio la domanda di rivendica se risulta integrato, in favore del convenuto, uno dei modi di acquisto della proprietà contemplati negli artt. 923 ss. c.c., eccezion fatta per l'usucapione, per la quale occorre l'iniziativa di parte, stante il rinvio operato dall'art. 1165 c.c. alle norme sulla prescrizione estintiva, tra le quali vi è anche l'art. 2938 c.c. È certamente assai interessante il caso dell'eccezione di interruzione della prescrizione. Il dibattito circa la natura dell'eccezione di interruzione della prescrizione è stato molto vivace ed è stato determinativo della necessità di intervento da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, avvenuto con la sentenza n. 15661 del 27 luglio 2005. Il precedente in esame ha per il momento posto fine ad un contrasto giurisprudenziale tra due opposti orientamenti. Un primo indirizzo configurava l'eccezione di interruzione quale eccezione riservata alla parte sulla scorta di una pretesa omogeneità ed identità con l'eccezione di prescrizione (cfr. *ex multis* Cass., 7 dicembre 1996, n. 10904; Cass., 1 ottobre 1997, n. 9583 e Cass., 25 ottobre 19987, n. 10526; Cass., 20 giugno 2002, n. 9016): tale orientamento, in

Ad analoga conclusione sembra essere pervenuta anche la Corte di Cassazione, che, con un orientamento inaugurato

sostanza, assimilava la controeccezione di interruzione a quella di prescrizione, affermandone la semplice identità ontologica senza però in alcun modo fornire argomenti a supporto. Un diverso indirizzo, invece, rappresentava l'eccezione di interruzione in termini di eccezione in senso lato sulla base dell'argomento per cui l'eccezione di prescrizione sarebbe determinativa della devoluzione al giudice dell'accertamento di ogni vicenda relativa al fatto estintivo, ivi inclusa quella interruttiva, la cui rilevazione da parte del giudice sarebbe libera e sottratta all'iniziativa della parte interessata (in questo senso Cass., 28 marzo 2000, n. 3276, sulla scorta di Cass., 3 febbraio 1998, n. 1099). Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la soprarichiamata sentenza n. 15661 del 2005, muovendo dalle premesse logico-sistematiche poste dal noto precedente delle stesse Sezioni Unite n. 1099 del 1998, hanno manifestato adesione alla tesi dell'eccezione di interruzione come rilevabile d'ufficio. Le motivazioni a fondamento della decisione possono essere così riassunte: (i) l'eccezione di prescrizione è chiaramente espressione del diritto potestativo riconosciuto al soggetto passivo del diritto soggettivo dedotto in giudizio di provocarne l'estinzione qualora il diritto stesso sia stato trascurato per il periodo di tempo stabilito dalla legge: in questi casi, l'effetto estintivo non si verifica automaticamente allo scadere del termine, ma entra nella disponibilità del soggetto passivo del diritto, che decide se sollevare o meno la relativa eccezione (eccezione riservata, come espressamente disposto dall'art. 2938 c.c.); (ii) non partecipa dello stesso carattere l'eccezione di interruzione della prescrizione, in quanto, a fronte dell'eccezione di prescrizione, il soggetto attivo del rapporto sostanziale dedotto in giudizio non è titolare di una posizione soggettiva diversa rispetto a quella già dedotta in via di azione, ma ha semplicemente il potere di contrapporre all'eccezione un fatto dotato di efficacia interruttiva: in altri termini, l'interesse a giovare dell'effetto interruttivo non è autonomo, bensì già ricompreso nell'interesse sottostante il diritto fatto valere; (iii) l'effetto interruttivo si collega immediatamente ai fatti previsti dagli artt. 2943 e 2944 c.c. e la relativa eccezione non amplia i termini della controversia, bensì rientra perfettamente nella domanda, su cui il giudice è già chiamato a pronunciarsi ai sensi dell'art. 112 c.p.c., esaminando d'ufficio gli atti interruttivi; (iv) il giudice deve decidere sulla questione di prescrizione nella sua interezza, prendendo in esame anche la vicenda interruttiva, pure se dedotta prima della relativa eccezione, purché il diritto sia stato ritualmente e rettamente dedotto e provato nella sua esistenza e persistenza dalla parte che l'ha fatto valere. Dai principi enunciati dal richiamato arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2005 (sulla cui scia si possono segnalare Cass., 30 gennaio 2006, n. 2035 Cass., 16 aprile 2007, n. 9053; Cass., 12 agosto 2009, n. 18250; nonché, in ambito di merito, recentemente Trib. Milano, 7 maggio 2019, n. 4344), sembra possa ricavarsi la soluzione alla domanda sul se e sul come la non contestazione sia invocabile rispetto alla questione di prescrizione e, soprattutto, se e come colui che ha dedotto in giudizio un diritto sia onerato di contestare il fatto estintivo della prescrizione, ove l'altra parte abbia ritualmente dichiarato di voler farlo valere. Stando ai condivisibili postulati della ormai costante giurisprudenza di legittimità, si può concludere che certamente la

dalla storica sentenza a Sezioni Unite del 3 febbraio 1998, n. 1099 ⁽¹⁵⁶⁾, ha, infine, riconosciuto l'esistenza delle due *species*

non contestazione operi anche con riferimento alla questione di prescrizione, ma che questo avvenga con qualche temperamento di non poco conto. Opposta ritualmente la prescrizione, chi ha fatto valere il diritto in giudizio è onerato di contestarla, ma tale contestazione non deve essere necessariamente esplicita e non deve neppure essere necessariamente successiva all'eccezione. L'allegazione tempestiva del fatto interruttivo ex artt. 2943 e 2944 c.c. è di per sé idonea a rendere controversa la prescrizione anche quando sia avvenuta in via preventiva con l'atto introduttivo. Non occorre, invece, l'ulteriore allegazione dell'atto interruttivo in via di esplicita controeccezione né, tantomeno, s'impone la domanda di parte, in quanto, come correttamente evidenziato dalla Corte di Cassazione, l'interesse a che ciò avvenga è già ricompreso nell'interesse sotteso al diritto azionato, così venendosi a configurare un'eccezione in senso lato. Il problema, chiaramente, nemmeno si porrà allorquando l'eccezione di interruzione sia invece espressamente sollevata quale controeccezione successiva all'eccezione di prescrizione. Verificatesi queste condizioni, il giudice non può porre la prescrizione a fondamento della propria decisione, ma deve decidere sulla relativa questione esaminandola nella sua interezza, sulla scorta di ciò che le parti hanno provato a fondamento delle rispettive allegazioni. Va da sé che, qualora sia stata eccepita la prescrizione e colui che ha agito in giudizio non abbia preso posizione alcuna sul fatto estintivo (nemmeno mediante la anticipata allegazione dell'atto interruttivo), opererà inevitabilmente la regola di giudizio di cui all'art. 115, comma 1, c.p.c. nei limiti di quanto si è esposto nel corso della trattazione.

⁽¹⁵⁶⁾ Secondo Cass. SS.UU. 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Foro it.*, 1998, I, 764 ss.:

(i) in senso più ampio, si intendono eccezioni tutte quelle difese volte alla mera negazione dei fatti dedotti dalla controparte a fondamento della propria domanda: qui il concetto di eccezione sembra coincidere con quello di mera difesa;

(ii) in senso più stretto, si dicono eccezioni tutte quelle difese consistenti nella allegazione di fatti a cui la legge assegna immediatamente e direttamente un autonomo effetto modificativo, impeditivo o estintivo degli effetti del rapporto su cui si fonda la domanda: l'attività difensiva a ciò diretta è considerata espressamente dall'art. 2697 c.c., sia pure con specifico riguardo alla distribuzione dell'onere della prova e, quindi, per fini che rilevano sul piano della fissazione di una regola finale di giudizio in situazione di incertezza, non già su quello della possibilità o meno per il giudice di valutare detti fatti indipendentemente da un'istanza di parte: una volta allegato il fatto, esso può essere liberamente rilevato da qualunque protagonista del processo;

(iii) infine, in senso ancor più stretto, si intendono per eccezioni quelle difese che si sostanziano nella allegazione di fatti che, senza escludere l'esistenza del rapporto dedotto a fondamento della domanda, attribuiscono alla parte, in quanto disciplinato dal diritto sostanziale, un potere *ad impugnandum ius*, consistente in un vero e proprio diritto potestativo di far venire meno il diritto accampato dall'altra parte;

(iv) ai fatti contestativi di cui all'ultima categoria il legislatore non assegna un'autonoma portata produttiva della nuova situazione sostanziale, la quale può essere conseguita solo come effetto dell'esercizio della corrispondente potestà da

di eccezioni ed ha affermato, in linea con la concezione dominante appena sopra riportata, che sono: (i) eccezioni in senso lato quelle difese del convenuto consistenti nella affermazione di fatti a cui la legge assegna immediatamente e direttamente un autonomo effetto modificativo, impeditivo o estintivo della domanda; (ii) eccezioni in senso stretto quelle difese del convenuto che si sostanziano nella allegazione di fatti che, senza escludere l'esistenza del rapporto dedotto a fondamento della domanda, attribuiscono alla parte, in quanto disciplinato dal diritto sostanziale, un potere *ad impugnandum ius*, consistente in un vero e proprio diritto potestativo di far venire meno il diritto accampato dall'altra parte.

Ma, la distinzione tra eccezione in senso stretto e eccezione

parte di chi intenda avvalersene. Per il conseguimento del risultato difensivo non è, dunque, sufficiente la sola allegazione del fatto, ma occorre che l'interessato compia un apposito atto di manifestazione di volontà attraverso la sua rilevazione: tale potestà, esercitata in via di eccezione, sarebbe stata esercitabile anche in via di autonoma azione⁽¹⁵⁶⁾. A differenza delle eccezioni di cui al punto (iii), il fatto deve essere in questo caso allegato e rilevato dalla parte;

(v) la regola è quella della rilevabilità d'ufficio delle eccezioni, deponendo in tal senso l'art. 112 c.p.c., mentre le eccezioni riservate alle parti sono solo quelle espressamente o implicitamente definite come tali dalla legge (anche per via interpretativa e logico-sistematica), rimanendo fermo il divieto di scienza privata;

(vi) il potere di allegazione dei fatti va tenuto distinto da quello di rilevazione. Il primo, infatti, è sempre riservato alle parti, che devono esercitarlo nel rispetto delle preclusioni e delle decadenze poste a presidio del processo, indipendentemente dal tipo di eccezione; il potere di rilevazione, invece, è, normalmente, esercitabile tanto dalle parti quanto dal giudice (eccezioni in senso lato), salvi i casi in cui sia straordinariamente riservato alle parti (eccezioni in senso stretto);

(vii) ne consegue, ancora, che fatti nuovi, anche se posti a fondamento di eccezioni non riservate, possono essere allegati dalle parti solo in forza di sopravvenienze;

(viii) anche l'allegazione di fatti posti a fondamento di eccezioni in senso lato, per avere rilevanza, non può mai andare disgiunta dalla prova della loro esistenza sicché, quand'anche tale allegazione fosse ammessa indiscriminatamente, la tardiva allegazione si scontrerebbe comunque con le preclusioni maturate e finirebbe per essere irrilevante;

(ix) al contrario, qualora i fatti a fondamento di eccezioni in senso lato siano stati correttamente e ritualmente allegati e risultino dimostrati alla stregua di prove tempestivamente acquisite, il giudice in qualunque momento può farne discendere gli effetti giuridici secondo il suo prudente apprezzamento, anche in assenza dell'iniziativa di parte.

in senso lato interessa, ai fini dell'esame in corso, soprattutto per la diversa rilevanza che, nei due casi, esplicano il principio di allegazione e il principio di acquisizione ⁽¹⁵⁷⁾.

In altri termini, se rispetto all'eccezione in senso stretto, va confermata la stretta correlazione tra onere di allegazione, onere della prova ed onere di rilevazione, lo stesso non pare possa dirsi con riguardo alle eccezioni in senso lato. Rispetto a queste ultime, infatti, al principio di allegazione andrebbe affiancarsi il principio di acquisizione, mentre il potere di rilevazione non è riservato alla parte, ma affidato anche al giudice ⁽¹⁵⁸⁾. Le eccezioni in senso stretto, dunque, necessite-

⁽¹⁵⁷⁾ Al riguardo, si veda *supra* §§ 2, 7 e 14, rispettivamente note 21, 72 e 120.

⁽¹⁵⁸⁾ Si veda in tal senso R. ORIANI, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, cit., 3515 ss.; B. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, cit., 97; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, 348, nota 262; S. PUGLIATTI, (VOCE) *Eccezione*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1965, 156, secondo il quale «[...] si deve tener presente che, ove tali fatti, anche non allegati e non provati dalla parte che vi ha interesse, risultino acquisiti al processo (per esempio per ammissione della controparte o dai documenti da essa prodotti), il giudice ne deve tener conto, sempre che non vi sia espressa limitazione al suo potere di iniziativa e di accertamento di ufficio [...]»; S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul cd. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Studi in onore di Fazzalari*, III, Milano, 42, il quale osserva che il magistrato deve tener conto dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi a fondamento di eccezione in senso lato «[...] ove risultino dagli atti di causa (scritti difensivi, anche della controparte; verbali di interrogatorio libero; prove prodotte o assunte), con il solo ed insuperabile limite del rispetto del divieto di utilizzazione della scienza privata [...]». Cfr. altresì S. CHIARLONI, in *Le riforme del processo civile*, cit., 175 ss. e, in particolare, 178; C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., 158 ss. Per la diversa tesi della stretta correlazione tra onere di allegazione ed onere della prova, sempre ad iniziativa della parte, indipendentemente dal tipo di eccezione, si veda, invece, F. CARNELUTTI, *Un lapsus evidente?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 446 ss.; F. CARNELUTTI, *Eccezione e analisi dell'esperienza*, cit., 1960, 644 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, Carnelutti (diretto da), Napoli, 1958, 178; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, cit., 416 ss. In giurisprudenza, va segnalato come la Corte di Cassazione, con la nota e già richiamata sentenza a Sezioni Unite n. 1099 del 1998, su cui si veda *supra* la nota 156, abbia affermato la necessità dell'allegazione anche rispetto all'eccezione in senso lato. Tale orientamento, poi, ha subito un netto *revirement*, culminato con la sentenza a Sezioni Unite 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 2810, con nota di M. Iozzo, *Eccezione di giudicato esterno e poteri del giudice (anche di legittimità)*, e in *Corr. giur.*, 2001, 1462, con nota di O. FITTIPALDI, *Preclusioni processuale e giudicato esterno: verso un*

rebbero, nella fase di ingresso del processo, dell'iniziativa del soggetto nell'interesse del quale la norma sostanziale spiega l'effetto impeditivo, modificativo ed estintivo e della manifestazione di volontà dello stesso soggetto, rivolta al giudice, di valersi di detto effetto. L'ingresso nel processo delle eccezioni in senso lato, invece, non sembra vincolato all'iniziativa del soggetto interessato, in quanto esso dovrebbe poter avvenire anche per altra via (ad esempio risultare da prove precostituite, emergere dall'interrogatorio formale, dalle dichiarazioni testimoniali o a seguito dell'adempimento dell'ordine di esibizione, scaturire dalla consulenza tecnica d'ufficio o essere ricavabile da fatti notori), purché l'acquisizione sia tempestivamente e ritualmente avvenuta. Con la conseguenza che, se il fatto impeditivo, modificativo ed estintivo emerge dagli atti del processo in virtù di corretta acquisizione, il giudice, anche se non allegato dalla parte interessata, lo potrà rilevare d'ufficio e,

disimpegno della Cassazione dalla teorica dell'eccezione. Con questa sentenza, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ribaltando il noto precedente del 1998, dopo aver qualificato il giudicato esterno come eccezione in senso lato, hanno configurato un diverso assetto del rapporto tra potere di allegazione e potere di rilevazione officiosa del giudice, assegnando rilevanza, rispetto alle eccezioni in senso lato, al principio di acquisizione. In altri termini, la rilevabilità dell'eccezione in senso lato prescinde da qualsiasi volontà della parte di avvalersi dell'eccezione stessa, potendo il fatto a fondamento dell'eccezione emergere *aliunde* dagli atti del processo, anche se non allegato dalla parte interessata. Impostazione poi confermata da successive pronunce, tra le quali richiama Cass. SS.UU. 7 maggio 2013, n. 10531, la quale predica la rilevabilità d'ufficio anche in appello di eccezioni in senso lato, anche su allegazioni nuove, se documentate da prove ritualmente acquisite agli atti del processo. Si veda anche R. ORIANI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, cit., 127 ss., il quale osserva — tra l'altro — che «[...] il giudice conosce, invece, dell'eccezione in senso lato alla sola condizione che il suo substrato storico sia regolarmente acquisito al processo [...]». Lo stesso A., alla pagina 136, argomenta che «[...] Non appare superfluo ribadire che il rilievo di ufficio di un fatto estintivo, modificativo, impeditivo, in grado di condurre al mero rigetto della domanda, non significa sovrapposizione della volontà del giudice a quella della parte; non c'è alcuna violenza rispetto al libero dispiegarsi della volontà della parte. Il giudice si limita a prendere atto degli effettivi e reali termini in cui si è atteggiata, di per sé e senza alcuna sua inammissibile intrusione, la situazione sul piano sostanziale; la sua opera non fa che rispecchiare l'assetto di interessi determinatosi al di fuori del processo, evitando così scarti tra la realtà processuale e quella sostanziale [...]».

sulla scorta di esso, rigettare la domanda attorea. Autorevole dottrina ha anche acutamente osservato che, in questi casi, ove si volesse affermare la necessità dell'allegazione del fatto a fondamento dell'eccezione in senso lato, tale condizione sarebbe comunque osservata: ossia, l'allegazione sarebbe comunque avvenuta per opera dell'attore, la cui domanda postula, in positivo, l'affermazione dei fatti costitutivi della pretesa e, in negativo, l'allegazione, per l'appunto, dell'assenza di fatti impeditivi, modificativi ed estintivi della stessa ⁽¹⁵⁹⁾.

Tali conclusioni, d'altra parte, sembrano assicurare anche il giusto temperamento tra un processo organizzato secondo un sistema organico di preclusioni e l'esigenza che lo stesso pervenga al risultato di un accertamento che sia il più possibile vicino alla realtà materiale.

Opinare diversamente, invece, e, dunque, teorizzare la necessità dell'allegazione di parte per la rilevabilità anche dell'eccezione in senso lato, porterebbe a vanificare la distinzione tra le due *species* di eccezione e comporterebbe l'effetto della totale irrilevanza delle acquisizioni processuali, allontanando la funzione giurisdizionale dal suo scopo fondamentale di attuazione della legge ⁽¹⁶⁰⁾. L'acquisizione processuale dovrà, però, sempre essere stata rituale e tempestiva, mentre il giudice, che intenda rilevare un'eccezione in senso lato emergente *aliunde* dagli atti processuali e porla a fondamento della decisione, dovrà informarne le parti e consentire loro di prendere posizione al riguardo: tale iniziativa del giudice appare

⁽¹⁵⁹⁾ COSÌ L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 337.

⁽¹⁶⁰⁾ Per ampi riferimenti si veda R. ORIANI, *Eccezione*, cit., 266 ss.; R. ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, cit., 9 ss. e in *Studi in onore di V. Denti*, cit., 315 ss.; R. ORIANI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, cit., 127 ss.; R. ORIANI, *L'interruzione della prescrizione è rilevabile d'ufficio: le sezioni unite della Corte di Cassazione abbandonano un indirizzo risalente al 1923*, cit., 2660 ss.; R. ORIANI, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, cit., 3515 ss.; R. ORIANI, *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello di eccezioni in senso lato?*, cit., 1516 ss.; R. ORIANI, *La disciplina delle eccezioni nel processo civile*, in www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_7.pdf.

necessaria ad assicurare il principio del contraddittorio *ex art.* 101 c.p.c. e, dunque, a scongiurare la sentenza c.d. «della terza via» e la sua eventuale nullità ai sensi del comma secondo dello stesso art. 101 c.p.c. ⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. R. ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, cit., 22; M. TARUFFO, in *Le riforme della giustizia*, Taruffo (a cura di), Torino, 2000, 304 ss.; Cfr. altresì S. CHIARLONI, in *Le riforme del processo civile*, cit., 183 ss.; S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul cd. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, cit., 42 ss.; M.G. CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, V, 1 ss. Secondo *Codice di Procedura Civile, Commentario*, Claudio Consolo (diretto da), I, sub art. 101, 1134, 2018, Milano, «[...] L'art. 101, c. 2 opererà senz'altro in relazione alle eccezioni di merito in senso lato (relative a fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto azionato in giudizio rilevabili d'ufficio), purché, ovviamente, i fatti che le sostanziano siano entrati ritualmente nel processo (anche se non necessariamente ad opera della parte che dell'eccezione si giova [...]). Quanto alla nullità della sentenza «della terza via» (o «a sorpresa» o «solitaria» o «solipsticamente adottata», che dir si voglia), sancita dall'art. 101, comma 2, c.p.c., tanto la dottrina quanto la giurisprudenza appaiono concordi nel ritenere che non sempre la mancata attivazione del contraddittorio si risolve in vizio della sentenza. Tuttavia, a differire sono i criteri alla stregua dei quali autori e giudici pervengono a tale conclusione. In dottrina, va distinta la posizione di chi — come C. FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1988, 780 ss., S. CHIARLONI, *La sentenza della «terza via» in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, 1363; S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e formalismo delle garanzie*, in *Riv. dir. trim. proc. civ.*, 1987, 578; S. CHIARLONI, *Efficienza della giustizia formalismo delle garanzie e sentenze della terza via*, in *Giur. it.*, 2011, 208; G.F. RICCI, *La sentenza della «terza via» e il contraddittorio*, nota a Cass. civ., Sez. III, 27 luglio 2005, n. 15705, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 751 — negano *ab origine* la nullità della sentenza «a sorpresa»: l'argomento è quello secondo cui non sarebbe ravvisabile alcun vincolo in capo al giudice di instaurare il contraddittorio su fatti a fondamento di eccezione rilevabile d'ufficio, in quanto, se ritualmente acquisiti, gli stessi sarebbero già a conoscenza di tutti i protagonisti del processo o dai medesimi conoscibili, mentre la mancata trattazione dell'eccezione stessa sarebbe da ascrivere alla negligenza delle parti. Secondo altra dottrina — L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 929 — l'interesse della parte a far valere la nullità andrebbe escluso ove dall'omessa attuazione del contraddittorio non discenda una potenziale lesività per la parte medesima. Per un ulteriore orientamento — L.P. COMOGLIO, *«Terza via» e processo «giusto»*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 755 e F. FERRARIS, *Principio del contraddittorio e divieto di decisioni «a sorpresa»*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1182 — la nullità *ex art.* 101, comma 2, c.p.c. sarebbe soggetta ad una sorta di sanatoria operante in appello, qualora il soccombente menomato non allegghi e provi, nel suo atto di gravame, quali specifiche attività difensive gli sarebbero state precluse nel prece-

Non resta, a questo punto, che concludere sugli effetti che il diverso regime di allegazione/acquisizione nonché di rilevanza delle eccezioni produce sul modo di operare del principio di non contestazione.

Rispetto alle eccezioni in senso lato, sembra possa sostenersi che, anche ove il convenuto sia venuto meno all'onere della contestazione specifica, la *relevatio ab onere probandi* in favore dell'attore opererà solo se e nei limiti in cui i fatti da egli posti a fondamento della domanda non risultino smentiti dalle

dente grado di giudizio dall'omessa attivazione del contraddittorio da parte del giudice. Altri Autori — A. CHIZZINI, *Legitimation Durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 43 e in *Pensiero e azione nella storia del processo civile, Studi*, Torino, 2013 e D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2° c.p.c., sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 399 — ritengono che la sentenza sia comunque nulla, a prescindere dall'effettiva potenziale lesività per la parte soccombente. Secondo la giurisprudenza, invece, la nullità della sentenza per violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c., che si convertirà comunque in motivo di appello e che in cassazione sarà censurabile *ex art. 360 n. 4 c.p.c.*, è configurabile solo quando l'omessa attuazione del contraddittorio da parte del giudice sia ricaduta su una questione di fatto o mista (fatto-diritto) e a condizione che la parte sia in grado di dimostrare che, dall'omessa segnalazione della questione rilevabile d'ufficio, sia dipesa la decadenza dalla facoltà di richiedere prove o domandare una rimessione in termini e che tali attività sarebbero state rilevanti per un diverso esito della controversia. Invece, il rilievo o l'omessa segnalazione di una questione di puro diritto non sarebbe determinativa di nullità della sentenza *ex art. 101, comma 2, c.p.c.*, in quanto tale attività configurerebbe un errore di diritto, da far valere dinanzi al giudice di appello se relativo alla sentenza di primo grado e censurabile in cassazione solo *ex art. 360, n. 3, c.p.c.*, di guisa che il soccombente dovrà non solo evidenziare le allegazioni che avrebbero potuto svolgere al riguardo (e che, invece, gli sarebbero state impedito), ma, altresì, dimostrare che le stesse, se considerate, avrebbero potuto portare ad una diversa soluzione della questione. Si veda *ex multis* Cass., ordinanza 8 giugno 2018, n. 15037, secondo la quale il dovere del giudice di stimolare il contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio, ritualmente acquisite al processo, ma non invocate dalle parti, sussiste solo con riferimento alle questioni di puro fatto o miste. *Contra* tale distinzione tra questioni di fatto o miste e questioni di puro diritto *Codice di Procedura Civile, Commentario*, Claudio Consolo (diretto da), cit., 1137, secondo il quale «[...] La distinzione così tracciata non risulta condivisibile, non solo perché l'art. 101, c. 2 non distingue tra questioni, e collega la nullità della sentenza alla mancata significazione della questione *tout court*, ma pure perché non considera che la soluzione di questioni di puro diritto — anche se, e proprio perché, esatta — può aprire la via ad ulteriori nuove questioni (involgenti la necessità di trattazione ed istruzione) potenzialmente rilevanti in vista dell'esito della lite [...]».

altre acquisizioni processuali. Qualora queste acquisizioni vi siano, il giudice, se rituali e tempestive, dovrà rilevarle d'ufficio e porle a fondamento della propria decisione ⁽¹⁶²⁾. In siffatto contesto, il convenuto potrà dedurre il fatto contestativo a fondamento dell'eccezione in senso lato anche per la prima volta in grado di appello ai sensi dell'art. 345, comma 2, c.p.c., purché ritualmente acquisito durante il processo di primo grado ⁽¹⁶³⁾.

Le conclusioni non possono essere le stesse con riferimento ai fatti contestativi che siano alla base di eccezioni in senso stretto. In questo caso, infatti, l'ingresso nel processo del fatto impeditivo, modificativo ed estintivo dovrà avvenire necessariamente per iniziativa della parte interessata, che dovrà essere ossequiosa dei termini decadenziali previsti dagli artt. 167, comma 3, e 416, comma 2, c.p.c. e consistere tanto nell'allegazione del fatto quanto nell'espressa manifestazione di volontà, rivolta al giudice, di volersi valere dei connessi effetti. Va da sé che, fuori da queste rigide preclusioni, la non contestazione sembra idonea a spiegare la propria efficacia, senza che il principio di acquisizione possa giocare alcun ruolo e senza che il giudice sia facoltizzato ad interventi officiosi.

17. Conclusioni.

Alla luce dell'analisi condotta, appare evidente come il principio di non contestazione si muova su di un terreno molto

⁽¹⁶²⁾ Sulla necessità che il giudice provochi il contraddittorio tra le parti si veda *retro* il presente § e, per riferimenti bibliografici, la nota 161.

⁽¹⁶³⁾ L'art. 345, comma 2, c.p.c., il quale dispone che in appello non possono proporsi nuove eccezioni che non siano rilevabili anche d'ufficio, non sembra volto a sancire la possibilità di allegare illimitatamente in appello fatti contestativi nuovi costituenti eccezioni non riservate, bensì ammette in sede di gravame una contestazione tardiva che si traduca nell'esposizione di un fatto storico, a fondamento di un'eccezione in senso lato, purché il fatto sia già stato tempestivamente allegato nel corso del primo grado di giudizio. Per un'ampia trattazione si veda S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 135 ss. Sui limiti temporali della contestazione si veda *retro* § 15.

scivoloso, che è quello dell'ardua ricerca di un difficile punto di equilibrio tra emersione della verità sostanziale e celere e ordinato svolgimento del processo. I risultati via via raggiunti nell'affannosa ricerca del temperamento tra queste primarie esigenze appaiono oggi soddisfacenti. Gran parte del merito va ascritto, certamente, al contributo offerto dall'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, meno al legislatore, il quale, quando è intervenuto sulla materia, lo ha fatto in modo parziale, omettendo di disporre su molti degli aspetti che più avevano alimentato il dibattito.

Il condivisibile tentativo di trovare soluzioni che avvicinino il più possibile la verità processuale a quella materiale non può non scontrarsi con l'ineludibile realtà di un processo civile governato da un organico sistema di preclusioni ed ispirato al principio di disponibilità della prova, quali espedienti di cui il legislatore si avvale per la definizione del *quomodo* della tutela giurisdizionale.

In questo quadro, si inserisce la non contestazione, che, anch'essa tecnica di semplificazione processuale che affonda le proprie radici nel principio di autoresponsabilità delle parti, opera in ottica acceleratoria del giudizio: il fatto non contestato, in quanto non bisognoso d'essere provato, deve essere posto dal giudice a fondamento della decisione nei limiti di quanto allegato dalla parte e non contestato dall'altra, purché, se a fondamento di eccezione in senso lato, non risulti smentito dalle altre rituali acquisizioni processuali.

Un'annotazione conclusiva: se la non contestazione di un fatto esonera la parte che l'ha allegato dal connesso *onus probandi*, vuol dire che le istanze istruttorie destinate alla prova di quel fatto dovrebbero essere irrilevanti. Se così è, va da sé che la sorte della tecnica in parola e del suo successo è in buona parte legata all'attività del giudice, sul quale, nella fase di selezione del materiale probatorio, grava il non trascurabile compito di isolare i fatti rimasti controversi. Solo seguendo questa strada, potrà essere conseguito lo scopo della razionalizzazione delle attività processuali (istruttorie) e, conseguentemente, del contenimento dei tempi del giudizio.

18. Appendice: il principio di non contestazione nell'arbitrato.

Si è ritenuto opportuno riservare, sotto forma di appendice alla trattazione, uno spazio al tema — ad una prima analisi non molto perscrutato⁽¹⁶⁴⁾, ma di certo interessante per le sue molteplici implicazioni — del principio di non contestazione nell'arbitrato, *ad hoc* o amministrato, di diritto interno o connotato da elementi di transnazionalità.

L'interrogativo è se il principio di non contestazione sia invocabile nel procedimento arbitrale e, se sì, quale ne sia il fondamento: se l'art. 115, comma 1, c.p.c. (non contestazione come tecnica semplificatoria, strumento di selezione del materiale probatorio e regola di giudizio da applicare al momento della decisione della causa) o, piuttosto, l'art. 116, comma 2, c.p.c. (la non contestazione come argomento di prova con riferimento al contegno processuale della parte) o una qualche norma di diritto sostanziale (art. 2697 c.c.?), o ancora, ed indipendentemente dalla ricerca di un rigido inquadramento dogmatico, la discrezionalità degli arbitri nell'applicazione di un principio di buon senso valido ad ogni latitudine⁽¹⁶⁵⁾?

Il tema, peraltro, entra inevitabilmente in contatto con una

⁽¹⁶⁴⁾ La questione sconta una certa penuria di interventi. Per un'ampia disamina si veda A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»)*, in *Riv. arb.*, 2013, 4, 859 ss.

⁽¹⁶⁵⁾ Questa sembra essere la soluzione proposta da A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»)*, *cit.*, 859 ss., il quale, pur esaminando a fondo un tema tanto complesso quale quello dell'opzione tra *lex fori* o *lex causae* come legge disciplinante la materia della prova, sembra infine concludere nel senso che, qualunque sia la legge applicabile alla prova e qualunque sia la tipologia di arbitrato prescelta dalle parti, la non contestazione verrebbe sempre in rilievo quale regola di buon senso adottabile dagli arbitri. Con una conclusione che, valorizzando a pieno il ruolo e l'autonomia degli arbitri, sempre fatte salve diverse espresse manifestazioni di volontà delle parti (es. il divieto per gli arbitri, a pena di nullità del lodo, di ricorrere al principio in parola), avrebbe il vantaggio di assecondare la flessibilità dell'arbitrato quale strumento di risoluzione delle controversie voluto dalle parti in alternativa alla più tradizionale via giudiziale.

delle questioni più magmatiche della materia arbitrale e, cioè, di quale sia la legge regolatrice della materia della prova, se la *lex fori* o, piuttosto, la *lex causae*.

La *lex causae* — nozione certamente di più agevole individuazione — è la legge chiamata a regolare, per volontà delle parti o in forza di altro criterio, il rapporto sostanziale al quale inerisce la convenzione di arbitrato ⁽¹⁶⁶⁾.

Più complesso, per le diverse implicazioni e vicende che la possono interessare, è l'inquadramento del concetto di *lex fori*. Quest'ultima (anche detta *curial law* e tendenzialmente coincidente con la *lex loci arbitri*) è, di norma, la legge del luogo in cui l'arbitrato è radicato, o meglio la legge del luogo in cui è fissata, sempre per volontà delle parti o in forza di altro criterio ⁽¹⁶⁷⁾, la sede dell'arbitrato ⁽¹⁶⁸⁾. Poiché la sede dell'arbitrato determina, in via tendenziale, la legge procedurale dell'arbitrato o meglio la legge da applicare nella sua condu-

⁽¹⁶⁶⁾ Si vedano, sul punto, gli artt. 3 e 4 del reg. CE 17 giugno 2008, n. 593.

⁽¹⁶⁷⁾ Si veda, ad esempio, l'art. 810, comma 2, c.p.c. o la *Section 3* dello *UK Arbitration Act*, secondo cui la sede dell'arbitrato può essere designata «[...] (a) by the parties to the arbitration agreement, or (b) by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in that regard, or (c) by the arbitral tribunal if so authorised by the parties, or determined, in the absence of any such designation, having regard to the parties' agreement and all the relevant circumstances».

⁽¹⁶⁸⁾ L'esatta individuazione della nozione di «sede» dell'arbitrato è operazione da non trascurare in alcun modo per non cadere nel pericoloso equivoco di confondere le ipotesi in cui le parti abbiano indicato un luogo come sede dell'arbitrato da quelle — tutt'altro che infrequenti — in cui lo abbiano semplicemente designato come posto fisico di svolgimento delle attività arbitrali (udienze, assunzione delle prove, etc.). La rilevanza della netta separazione tra questi diversi concetti è in ciò che la sede dell'arbitrato segna il nesso tra il suo radicamento territoriale e la legge di procedura ad esso applicabile. Così, ad esempio, in una convenzione di arbitrato redatta in lingua inglese, sarebbe preferibile usare la parola *seat* (anche preceduta dagli aggettivi *juridical* o *legal*), piuttosto che la più ambigua espressione *place*. Lo *UK Arbitration Act 1996* contiene, alla *Section 3*, una definizione chiara della nozione di sede dell'arbitrato, disponendo che «In this Part 2 the seat of the arbitration means the juridical seat of the arbitration [...]». Altra assai pregnante definizione è quella secondo cui «The seat of an arbitration is thus often intended to be its legal centre of gravity [...]», in *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., *Chapter 3, Applicable Laws*, 6th Edition, Oxford University Press, 2015, 155 ss.

zione ⁽¹⁶⁹⁾, la *lex fori* finisce, di norma, per coincidere con la *lex arbitri*. La questione, però, si complica oltremodo allorquando le parti, con manifestazione di volontà più o meno esplicita, abbiano indicato un certo posto non come sede dell'arbitrato, bensì come luogo fisico di svolgimento delle attività del tribunale arbitrale. In questo caso, infatti, si determinerà una situazione di incertezza sull'esatta individuazione della sede dell'arbitrato e sulla *lex arbitri*, superata — ad esempio — in notissimi precedenti giurisprudenziali attraendo la sede dell'arbitrato allo Stato di appartenenza della legge designata dalle parti come volta a regolare il procedimento: una sorta di criterio induttivo (per il quale, in assenza di chiara indicazione delle parti circa la sede dell'arbitro, si inferisce il dato incerto della sede dell'arbitro da quello certo dello Stato di appartenenza della legge procedurale opzionata), che ha consentito di riaffermare — ed assicurare — la coincidenza di *lex arbitri* e *lex fori* (quest'ultima, di norma, anche *lex loci arbitri*) ⁽¹⁷⁰⁾. Del pari, il discorso si fa ancor più intricato in quei casi — per la verità talmente sporadici da configurare ipotesi di scuola — in cui le parti abbiano fissato la sede dell'arbitrato nello stato X e, contestualmente, indicato per la conduzione del procedimento arbitrale la legge dello Stato Y. Scelta astrattamente possibile, per quanto irrazionale ⁽¹⁷¹⁾. È evidente, infatti, che, in dette ipotesi, verrebbe a crearsi uno iato tra *lex fori/lex loci arbitri* (legge dello Stato X) e *lex arbitri* (legge dello Stato Y). Il che porrebbe, con ogni evidenza, gravissimi problemi di coordina-

⁽¹⁶⁹⁾ Si veda *ABB Lummus Global Ltd v Keppel Fels Ltd*, 1999, 2 Lloyd's Rep. 24.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. *Braes of Dune Wind Farm (Scotland) Ltd v Alfred McAlpine Business Services Ltd* (2008) 1 Lloyd's Rep. 608. Ancor prima nello stesso senso l'altro notissimo precedente di *Naviera Amazonica Peruana SA v Compania Internacional de seguros del Peru*, 1988, 1 Lloyd's, Rep. 116.

⁽¹⁷¹⁾ Una tale volontà, se espressa, indicherebbe una scarsa consapevolezza dei paciscenti circa gli effetti della stessa; ma non sarebbe, in ogni caso, tale da inficiare, solo per questo, la validità della convenzione di arbitrato. Si veda anche *US Court of Appeals in Karaha Bodas Co LLC v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara* 364 F 3d 291 (5th Cir, 2004) at (32).

mento tra le due normative statuali e, soprattutto, nella individuazione degli organi (di norma, ma non necessariamente, giurisdizionali statuali ⁽¹⁷²⁾) chiamati a svolgere le indispensabili funzioni di supporto e controllo dell'arbitrato in assenza delle quali questo non potrebbe in concreto funzionare ⁽¹⁷³⁾. Il dibattito sulla delocalizzazione dell'arbitrato è assai ampio ed attuale, nonostante continui a registrare una netta propensione a favore dell'idea più tradizionale dell'arbitrato come ancorato alla legge del luogo della propria sede ⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁷²⁾ Si vedano, ad esempio, il ruolo del presidente del tribunale quale *appointing authority* ai sensi dell'art. 810, commi 2 ss., c.p.c., l'art. 811 c.p.c. in tema di sostituzione degli arbitri, l'art. 813 *bis* c.p.c. per la decadenza degli arbitri, l'art. 814 c.p.c. per la liquidazione del compenso degli arbitri, l'art. 815 c.p.c. sulla ricusazione degli arbitri. Oppure, l'art. 6 della Legge Modello UNCITRAL. Peculiare, invece, la scelta della *Hong Kong Arbitration Ordinance Chapter 609* (le cui *Sections* richiamano quelle della Legge Modello UNCITRAL 1985, pur non seguendone pedissequamente la numerazione), che alla *Section 13* assegna allo *Hong Kong International Arbitration Center* (HKIAC) le funzioni che sarebbero proprie degli organi giurisdizionali statuali ai sensi dell'art. 6 della Legge Modello UNCITRAL.

⁽¹⁷³⁾ Sono ben evidenti tutte le criticità connesse ad una tale scelta: basti considerare che basilari ragioni di sovranità nazionale renderebbero assai problematico per i giudici di uno Stato svolgere funzioni di ausilio o controllo su di un arbitrato sedente nel territorio di altro Stato. Tale principio è stato, ad esempio, espresso dalle corti inglesi nel già richiamato precedente *Naviera Amazonica Peruana SA v Compania Internacional de seguros del Peru*, 1988, 1 Lloyd's, Rep. 116: «[...] an agreement to arbitrate in X subject to English procedural law would not empower our courts to exercise jurisdiction over the arbitration in X». Una presa di posizione alla base anche dell'altro noto precedente *Braes of Dune Wind Farm (Scotland) Ltd v Alfred McAlpine Business Services Ltd* (2008) 1 Lloyd's Rep. 608 e fondata sulla *Section 2, subsection (1)*, dello *UK Arbitration Act 1996*, che limita l'applicazione delle previsioni della Prima Parte dell'*Act* ai soli arbitrati con sede in Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord. Va, tuttavia, precisato che la *Section 2* è norma non inderogabile ai sensi della *Schedule 1* dello stesso *Act*: per cui le parti di un arbitrato radicato in Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord sarebbe libere di individuare norme diverse per la conduzione dell'arbitrato, fermi restando i principi espressi a più riprese dalle corti inglesi, chiaramente contrarie all'idea di un arbitrato delocalizzato.

⁽¹⁷⁴⁾ La concezione dell'arbitrato internazionale come un'istituzione senza un foro e senza una base geografica, priva di ogni connessione con gli ordinamenti statuali e del tutto trascendente dalle leggi nazionali, sconta, pur nella sua suggestione, un elevato grado di astrattezza perché non tiene conto di tutte quelle funzioni, in parte ausiliari e in parte di controllo, che, pur non direttamente ascrivibili al novero delle attività degli arbitri, sono indispensabili affinché questi

Fatte queste preliminari considerazioni, l'approfondimento di un tema tanto complesso quale quello della legge regolatrice della materia della prova ⁽¹⁷⁵⁾ (*lex fori* o *lex causae*?) non è — né può essere — qui oggetto di trattazione. Tuttavia, non ci si

ultimi possano in concreto operare e possano farlo in modo tale da rendere un lodo valido ed eseguibile. Così, pur nella auspicabilmente sempre maggiore armonizzazione della disciplina dell'arbitrato internazionale (a cui, ad esempio, mirano testi fondamentali come la Convenzione di New York del 1958 e la Legge Modello UNCITRAL del 1985), allo stato sembra insostenibile la tesi di un totale disancoramento dell'arbitrato dalle leggi statuali. È innegabile che alle parti sia oggi consentito di esercitare una sorta di potere di *opt out* (potere, peraltro, già insito nella generale assenza di discipline di dettaglio dell'arbitrato a livello nazionale), ma è parimenti innegabile che alla legge della sede debba continuare a riconoscersi un ruolo per tutto ciò che attiene, ad esempio, alle funzioni di supporto e controllo, nonché per quanto concerne le norme inderogabili e quelle di *public policy*. Non è, dunque, in discussione il potere delle parti di indicare una *lex arbitri* diversa da quella del luogo della sede, ma sono altrettanto chiari i confini entro cui tale potere può essere realmente esercitato. Non mancano, peraltro, ordinamenti che sembrano escludere la possibilità di arbitrati con sede nello Stato, ma disciplinati dalla legge procedurale di altro Stato. Ad esempio, per gli arbitrati radicati in Singapore, il *Singapore Arbitration Act* e il *Singapore International Arbitration Act* sembrano imporre una scelta binaria, tra l'uno e l'altro *Act*, e, contestualmente, escludere che gli stessi arbitrati radicati in Singapore possano essere regolati da una legge straniera. La *Section 3* del *Singapore Arbitration Act* stabilisce che «This Act shall apply to any arbitration where the place of arbitration is Singapore and where Part II of International Arbitration Act (Cap. 143°) does not apply to that arbitration»: cioè, l'arbitrato con sede in Singapore è sempre regolato dall'*Arbitration Act* quando allo stesso non si applichi l'*International Arbitration Act* ai sensi di quanto previsto dalla Parte II dello stesso. Tuttavia, la *Section 23* dello stesso *Arbitration Act* dispone, *subsection (1)*, che «Subject to the provisions of this Act, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.». La legge di Singapore riconosce, quindi, la libertà delle parti di opzionare per la conduzione del procedimento arbitrale una diversa legge, anche estera (non essendo sancito alcun divieto in questa direzione), ma sempre nel rispetto — a questo punto — delle norme inderogabili dell'ordinamento interno e di quelle di *public policy*. Altra previsione che pare essere esclusiva della possibilità di qualsivoglia rinvio alla legge procedurale di uno Stato estero è la *Section 5, subsection (1)*, della *Hong Kong Arbitration Ordinance*, secondo cui «[...] this Ordinance applies to an arbitration under an arbitration agreement, whether or not the agreement is entered into Hong Kong, if the place of arbitration is in Hong Kong.». Da interpretare e leggere, però, in combinato disposto con la *Section 47, subsection (1)*, ai sensi della quale «[...] the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.».

⁽¹⁷⁵⁾ Si rinvia sempre a A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra*

vuole sottrarre dall'offrire alcuni spunti di riflessione. *Lex fori* e *lex causae*, lungi dall'essere in rapporto di reciproca esclusione, concorrono a disciplinare la materia della prova: né più né meno di quanto non avvenga con riferimento ai processi dinanzi ai giudici statuali ⁽¹⁷⁶⁾. Di guisa che alla *lex fori*, alla quale è tendenzialmente affidata la disciplina degli aspetti più schiettamente procedurali di conduzione dell'arbitrato (oltre alle funzioni di supporto e controllo), occorre richiamarsi per tutto ciò che attiene all'ammissibilità formale della prova ed alla sua assunzione ed acquisizione nel (e al) processo ⁽¹⁷⁷⁾. Qualora, poi, le parti abbiano fatto la scelta, di cui prima si diceva ⁽¹⁷⁸⁾, di individuare una *lex arbitri* diversa da quella della sede è da ritenere che proprio alla *lex arbitri* — quale legge di conduzio-

individuazione delle regole applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»), cit., 859 ss.

⁽¹⁷⁶⁾ Il giudice italiano, ad esempio, guarderà al codice civile (artt. 2697 ss. c.c.) per tutto ciò che attiene ai criteri di ripartizione dell'onere probatorio, ai mezzi di prova esperibili, alle loro condizioni di ammissibilità sostanziale e alla loro efficacia; mentre, farà riferimento al codice di procedura civile (artt. 191 ss. c.p.c.) per le condizioni di ammissibilità formale e per l'assunzione della prova, lasciando il giudizio di conclusione al suo prudente apprezzamento ai sensi dell'art. 116, comma 1, c.p.c., ferme le prove legali (rispetto alle quali ritorna in considerazione la disciplina dell'efficacia delle prove contenuta nel codice civile).

⁽¹⁷⁷⁾ Si dia il caso di un contratto il quale preveda: (i) che la legge sostanziale del contratto sia quella italiana; (ii) una clausola compromissoria che devolva tutte le controversie sorte in relazione e/o in connessione al contratto stesso ad un arbitrato con sede in Italia da svolgersi secondo la legge procedurale italiana. È evidente che, in un caso del genere, la materia della prova sarà regolata, per quanto attiene agli aspetti sostanziali (onere della prova ed efficacia della prova), dal codice civile; per quanto concerne gli aspetti procedurali, invece, dal codice di procedura civile e, segnatamente, dagli artt. 816 *bis* e 813 *ter* c.p.c. prima e dagli artt. 191 ss. c.p.c. poi. Si ipotizzi, ora, un contratto che contenga un'analoga clausola compromissoria, ma che individui per la disciplina sostanziale del contratto una legge straniera. Nel caso di specie, fermo tutto quanto appena riferito in ordine alla rilevanza della *lex arbitri* (che poi è anche *lex fori* nel caso posto), per la disciplina degli aspetti più schiettamente sostanziali della prova gli arbitri dovranno guardare alla *lex causae* straniera poiché è ad essa che le parti hanno inteso sottoporre il loro rapporto, anche con riferimento alla risoluzione di eventuali fasi patologiche dello stesso. Con il solo limite delle norme inderogabili e di quelle di *public policy*, anche di stampo sostanziale, della *lex fori*.

⁽¹⁷⁸⁾ Trattasi, come già detto, più di un'ipotesi di scuola che di una situazione realmente riscontrabile nella pratica.

ne del procedimento arbitrale – sia lasciata la disciplina dell’ammissibilità formale della prova e della sua assunzione ed acquisizione, mentre alla *lex loci arbitri*, quale *lex fori* (o legge della sede), sarà demandata la disciplina delle funzioni di supporto e controllo dell’arbitrato ⁽¹⁷⁹⁾.

Alla *lex causae* spetterà regolare tutti gli aspetti più prettamente sostanziali della prova, quali — ad esempio — il novero delle prove esperibili ⁽¹⁸⁰⁾, i presupposti per la loro ammissibilità sostanziale, la loro rilevanza ed efficacia, i criteri di ripartizione tra le parti dell’onere di dimostrare i fatti dedotti in giudizio in via di azione o di eccezione.

Va da sé, inoltre, che, in caso di arbitrato amministrato, quegli aspetti della prova normalmente devoluti alla *lex arbitri*, secondo quanto più sopra prospettato, saranno lasciati al singolo regolamento di arbitrato, incorporato *per relationem* (in forza, cioè, del rinvio operato dalle parti) nella clausola compromissoria convenuta.

Non è poi di secondario rilievo rimarcare come, nella

⁽¹⁷⁹⁾ È così garantito che ad intervenire, ove investiti, siano i giudici dello Stato della sede, scongiurando qualsiasi pericolo di invadenza dei giudici di uno Stato nella sfera giurisdizionale dei giudici di uno Stato straniero.

⁽¹⁸⁰⁾ Al netto di ogni considerazione circa il potere degli arbitri – che pare innegabile, soprattutto alla luce di molti regolamenti di arbitrato — di dare ingresso a prove atipiche. Questo è un tratto fortemente distintivo della disciplina dell’arbitrato rispetto a quella del giudizio ordinario di cognizione e dell’attività degli arbitri rispetto a quella dei giudici. Infatti, l’ammissibilità delle prove atipiche (cfr. tra cui è possibile annoverare atti notori, dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà, certificati medici privati, certificati anagrafici, prove assunte in altri processi, scritture provenienti da terzi, fotografie di luoghi e cose, etc.) è questione assai controversa e dibattuta ed investe l’altro tema della tassatività dei mezzi di prova disciplinati dal codice civile. È posizione assai diffusa in dottrina quella secondo cui non è possibile ricavare l’indiscriminata ammissibilità delle prove atipiche alla luce del principio della libera valutazione delle prove da parte del giudice, la quale ha sempre come premessa necessaria l’esatta individuazione dei mezzi probatori legittimi: libertà di valutazione, si è detto, non equivale a libertà di creazione. Così, G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, cit., 261 ss. Di guisa che l’ammissibilità delle prove atipiche nel processo civile si muove entro margini assai ristretti, che, a seconda delle tesi prospettate, sono quelli della prova indiziaria ex artt. 2727 e 2729 o degli argomenti di prova ai sensi dell’art. 116, comma 2, c.p.c. ai fini della formazione del convincimento del giudice.

grande maggioranza dei casi, *lex fori*, leggi modello, *arbitration act* o *ordinance* vari, regolamenti di arbitrato, dettino una disciplina piuttosto generica delle norme procedurali di conduzione dell'arbitrato e dell'attività istruttoria degli arbitri⁽¹⁸¹⁾, lasciando a questi ultimi ampia discrezionalità nella individuazione delle modalità ritenute più adatte ai fini della formazione della prova⁽¹⁸²⁾.

⁽¹⁸¹⁾ La genericità delle legislazioni nazionali in materia di arbitrato fa sì che il più delle volte si finisca per plasmare il procedimento arbitrale sul modello del giudizio ordinario, «adattato» dagli arbitri secondo le esigenze del caso di specie. Sulla possibilità, o meglio sull'opportunità, per gli arbitri di forgiare la disciplina del giudizio ordinario di cognizione si veda A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»)*, cit., 865 ss., secondo il quale, tra l'altro, «[...] Questo ampio margine di discrezionalità o «flessibilità», vincolato dalla *fairness* o correttezza, è predicabile e merita di essere predicato già sul piano statico. Sul piano dinamico esso riceve — come fra breve si dirà — evidente avallo dalla indubbia ristrettezza, ormai alle più varie latitudini, dei sistemi di impugnazione dei lodi, non a caso però connotati da clausole generali a garanzia anche impugnatoria della *fairness* (contraddittorio/imparzialità/ordine pubblico comprensivo anche di quello processuale) [...]». Come a dire che è proprio lo strettissimo sentiero entro cui è ammessa l'impugnazione per nullità del lodo, ormai tendenzialmente non consentita per violazione delle regole di diritto (salva diversa manifestazione di volontà delle parti e, per stare all'Italia, salva la peculiarità dell'art. 36, comma 1, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, in materia di arbitrato societario, secondo cui gli arbitri pronunciano sempre con lodo di diritto «[...] impugnabile a norma dell'articolo 829, secondo comma, del codice di procedura civile quando abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari.»), a lasciare margine di discrezionalità agli arbitri nella disciplina delle modalità di svolgimento del giudizio arbitrale. Tale «flessibilità» troverebbe, poi, il suo necessario limite nell'osservanza di principi fondamentali — per l'appunto generali di *fairness* — quali quelli del contraddittorio, dell'imparzialità e dell'ordine pubblico, la cui violazione trova sanzione impugnatoria ai sensi, ad esempio, dell'art. 829, comma 1, n. 9 e comma 3 c.p.c.

⁽¹⁸²⁾ Si pensi, ad esempio, all'art. 816 *bis* c.p.c., il quale demanda alle parti il compito di fissare, nella convenzione di arbitrato o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri devono osservare nel procedimento, stabilendo al contempo che, in difetto, «[...] gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio [...] nel modo che ritengono più opportuno.», con i ben noti limiti dell'osservanza del principio del contraddittorio, oltre al divieto di scienza privata da parte degli arbitri ed il limite dell'allegazione dei fatti ad opera delle sole parti. Interessante è anche il dettato dell'art. 209, comma 11, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in materia di arbitrato nei contratti pubblici, ai sensi

A sostegno di questa ripartizione di «competenze» tra *lex fori* e *lex causae* militano anche alcuni dati di diritto positivo di

del quale «[...] sono ammissibili tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con esclusione del giuramento decisorio in tutte le sue forme.». Tra i regolamenti di arbitrato, si richiama, ad esempio, l'art. 28 del Regolamento Arbitrale della CAM, ai sensi del quale: «1. Il Tribunale Arbitrale istruisce la causa con tutti i mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti, e assume le prove secondo le modalità che ritiene opportune. 2. Il Tribunale Arbitrale valuta liberamente tutte le prove, salvo quelle che hanno efficacia di prova legale secondo le norme applicabili al procedimento o al merito della controversia. 3. Il Tribunale Arbitrale può delegare l'assunzione delle prove ammesse a un proprio membro». L'art. 22 del Regolamento AIA recita: «1. Il tribunale arbitrale istruisce la controversia nei tempi più brevi, predispone il calendario del procedimento che deve essere trasmesso, anche in caso di successive modifiche, alle parti e alla Corte. 2. Il tribunale arbitrale può, omessa ogni udienza, statuire in base ai soli documenti, se le parti, concordemente, lo domandano o vi consentono in forma scritta, anche nel corso del procedimento, salva sempre la loro facoltà di presentare memorie nei modi e nei termini stabiliti dal tribunale arbitrale. 3. Il tribunale arbitrale, d'ufficio o su richiesta di parte, può fissare una o più udienze per ascoltare le parti, i testimoni e i consulenti e acquisire ogni altro elemento istruttorio. 4. L'assunzione dei mezzi di prova può essere delegata dal tribunale arbitrale a uno dei suoi componenti. 5. Il tribunale arbitrale ha facoltà di nominare consulenti, di chiedere informazioni alla pubblica amministrazione e di rivolgersi all'autorità giudiziaria per richiedere la cooperazione ammessa dalla legge, anche al fine di ordinare la comparizione dei testimoni innanzi a sé. Il tribunale arbitrale può procedere, d'ufficio o su richiesta di parte, all'assunzione dei mezzi di prova, assicurando il principio del contraddittorio. 6. Chiusa l'istruttoria, il tribunale arbitrale può invitare le parti a presentare ulteriori memorie scritte e indire un'udienza per la discussione orale.». L'art. 22 delle *ICC Arbitration Rules*, secondo cui: «1. The arbitral tribunal and the parties shall make every effort to conduct the arbitration in an expeditious and cost-effective manner, having regard to the complexity and value of the dispute. 2. In order to ensure effective case management, the arbitral tribunal, after consulting the parties, may adopt such procedural measures as it considers appropriate, provided that they are not contrary to any agreement of the parties. 3. Upon the request of any party, the arbitral tribunal may make orders concerning the confidentiality of the arbitration proceedings or of any other matters in connection with the arbitration and may take measures for protecting trade secrets and confidential information. 4. In all cases, the arbitral tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case. 5. The parties undertake to comply with any order made by the arbitral tribunal.».

E ancora, ma al di fuori del novero dei regolamenti di arbitrato, l'art. 19 della Legge Modello UNCITRAL sull'Arbitrato Commerciale Internazionale dispone che: «(1) Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

(2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions

non secondario rilievo. Si pensi, ad esempio, all'art. 1, comma 3, del reg. CE 17 giugno 2008, n. 593 («Roma 1»), sulle obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale, il quale dispone che il regolamento non si applica «[...] alla prova e alla procedura, fatto salvo l'articolo 18.». L'art. 18, rubricato «*Onere della prova*», comma primo, di Roma 1 stabilisce, quindi, che «La legge che disciplina un'obbligazione contrattuale ai sensi del presente regolamento si applica nella misura in cui, in materia di obbligazioni contrattuali, stabilisca presunzioni legali o ripartisca l'onere della prova.». Insomma, dal combinato disposto degli artt. 1 e 18 di Roma 1 sembra possano ricavarsi utili elementi di supporto alla tesi per cui gli aspetti procedurali afferenti alla materia della prova siano questioni di *lex fori* (non a caso l'art. 1 associa prova e procedura) ⁽¹⁸³⁾,

of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.».

Si veda pure l'art. 34 dello *UK Arbitration Act 1996*: «(1) It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter.

(3) Procedural and evidential matters include—(a) when and where any part of the proceedings is to be held;(b) the language or languages to be used in proceedings and whether translations of any relevant documents are to be supplied;(c) whether any and if so what form of written statements of claim and defence are to be used, when these should be supplied and the extent to which such statements can be later amended;(d) whether any and if so which documents or classes of documents should be disclosed between and produced by the parties and at what stage;(e) whether and if so what questions should be put to and answered by the respective parties and when and in what form this should be done;(f) whether to apply strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility, relevance or weight of any material (oral, written or other) sought to be tendered on any matters of fact and opinion, and the time, manner and form in which such material should be exchanged and presented;(g) whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law;(h) whether and to what extent there should be oral or written evidence or submissions.

(4) The tribunal may fix the time within which any directions given by it are to be complied with, and may if it thinks fit extend the time so fixed (whether or not it has expired).».

⁽¹⁸³⁾ Teniamo volutamente fuori l'ipotesi puramente accademica in cui le parti abbiano voluto — non si sa quanto consapevolmente — disgiungere *lex arbitri* e *lex loci arbitri*. Perché, in quel caso, la disciplina degli aspetti prettamente

mentre alla *lex causae* (di cui Roma 1 è tipica espressione) residui la disciplina degli altri profili della materia.

Veniamo ora, più nel dettaglio, al principio di non contestazione. Non ci sono dubbi, né sembrano esservi cause ostative rispetto a tale conclusione, sul fatto che gli arbitri di un arbitrato con sede in Italia o comunque sottoposto alla legge procedurale italiana possano ricorrere alla tecnica decisoria fondata sul principio della non contestazione⁽¹⁸⁴⁾. L'indagine sin qui condotta porta a ritenere che la fonte di questo potere sia da individuare nella *lex fori* e, segnatamente, con riferimento ad un arbitrato con sede in Italia o all'estero, ma governato dalla legge procedurale italiana, nell'art. 115, comma 1, c.p.c. D'altra parte, abbiamo già visto come la non contestazione sia una tecnica semplificatoria (o meglio ancora acceleratoria) del processo, ancorché con un fondamento complesso e dotata di copertura costituzionale, destinata ad incidere sull'attività del giudice, dapprima al momento della selezione del materiale probatorio e, poi, all'atto della decisione: questa natura spiega la scelta del legislatore di collocarne la disciplina nel codice di rito e non nel codice di diritto sostanziale. La circostanza per cui l'applicazione di tale tecnica abbia come effetto la *relevatio ab onere probandi* in favore della parte che ha dedotto il fatto non contestato e di lasciare, quindi, all'ambito della residualità l'applicazione dell'art. 2697 c.c., non sembra sufficiente ad attrarre la non contestazione alla *lex causae*.

Inoltre, pur volendo prescindere dall'esatta individuazione

procedurali della prova non spetterebbe alla *lex fori* (*lex loci arbitri*), bensì alla *lex arbitri*.

⁽¹⁸⁴⁾ Possono, ma non devono, perché la violazione o omessa applicazione del principio di non contestazione non sarebbe censurabile in punto di nullità del lodo ex art. 829 c.p.c., a meno che le parti non abbiano espressamente indicato nella convenzione di arbitrato la violazione di tale regola procedurale come motivo di nullità del lodo (comma 1, n. 7) o a meno che non la si voglia far rientrare nel motivo di cui al n. 9 del comma 1 (violazione del principio del contraddittorio). Quest'ultima ipotesi, salvo quanto si dirà poco più avanti, pare di difficile sostenibilità, anche perché smentirebbe l'intento dei legislatori di comprimere i margini di impugnabilità dei lodi così da garantirne la stabilità.

della legge deputata a regolare la materia (*lex fori* o *lex causae*), gli arbitri sembrerebbero comunque facoltizzati a ricorrere alla non contestazione in virtù di un generale principio di ragionevolezza⁽¹⁸⁵⁾, a propria volta fondato su una massima di esperienza che potrebbe essere riassunta più o meno in questo modo: la parte che non contesta un fatto sfavorevole, che le è proprio o comune, lo ritiene come vero perché se non lo reputasse tale, essendole sfavorevole, lo contesterebbe. Tale soluzione avrebbe il pregio non trascurabile di disancorare il ricorso alla tecnica della non contestazione dal codice di procedura civile e di dissipare qualsiasi dubbio circa la sua rilevanza anche rispetto agli arbitrati amministrati.

Nemmeno è peregrina quella prospettazione secondo cui la non contestazione si risolverebbe in una presunzione legale, per quanto relativa⁽¹⁸⁶⁾, di guisa da farla ricadere, per questa via, sotto l'alveo della *lex causae*⁽¹⁸⁷⁾.

Insomma, senza voler trascurare l'importanza di un inquadramento dogmatico della questione, comunque la si voglia vedere e qualunque sia l'approccio che si voglia seguire, la conclusione è sempre nel senso della piena compatibilità tra non contestazione ed arbitrato, a prescindere dalla natura di quest'ultimo e dalla sua connotazione pienamente nazionale o meno.

Problema di ben altra portata è quello dei limiti temporali della non contestazione o, più precisamente, del connesso onere di contestare. Infatti, esso interessa inevitabilmente il tema delle preclusioni, della possibilità per gli arbitri di assegnare alle parti termini perentori per il compimento delle

⁽¹⁸⁵⁾ Di «regola di buon senso» parla A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»)*, cit., 875.

⁽¹⁸⁶⁾ Sul punto si veda quanto più nel dettaglio detto *supra* § 12.

⁽¹⁸⁷⁾ Interessantissimi spunti di analisi in A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»)*, cit., 873. Tra l'altro, sono chiari indici di come la disciplina della presunzione sia questione di *lex causae* gli artt. 2727 ss c.c. nonché l'art. 18 di Roma 1.

attività processuali e di dichiararne, in caso di inosservanza, la decadenza.

Sotto il primo aspetto, è innegabile che è estranea al giudizio arbitrale l'idea di un sistema predeterminato di preclusioni: manca, insomma, per l'arbitrato una disciplina astratta analoga a quella sancita negli artt. 163 ss. per il giudizio ordinario di cognizione (basti vedere gli artt. 806 ss. c.p.c. e, più in particolare, la formulazione a maglie larghe dell'art. 816 *bis* c.p.c.). Ad un primo approccio, quindi, è inevitabile concludere nel senso che, in arbitrato, la contestazione potrà avvenire in ogni momento e che l'organo arbitrale dovrà necessariamente tenerne conto, ferma la possibilità che gli arbitri ricavino, secondo il loro prudente apprezzamento, dal contegno tardivamente contestativo della parte un argomento di prova *ex art.* 116, comma 2, c.p.c. Ma, non senza conseguenze di rilievo. Infatti, gli arbitri, ricevuta una contestazione tardiva, sarebbero tenuti ad assumere tutti i provvedimenti che consentano alla parte che ha allegato i fatti contestati (tardivamente) di ricalibrare le proprie difese in punto di attività non solo assertiva, ma anche istruttoria. Ove ciò non avvenisse, si avrebbe il risultato di un lodo impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 9, c.p.c. (inosservanza del principio del contraddittorio) ⁽¹⁸⁸⁾.

Quanto appena detto vale certamente in astratto e nella generalità dei casi. Ma che soluzione andrebbe prospettata qualora le parti avessero, ad esempio, espressamente indicato quale *lex arbitri* la disciplina del giudizio ordinario di cognizione o quella di un dato regolamento arbitrale oppure qualora gli arbitri, in assenza di un'espressa manifestazione di volontà delle parti, avessero deciso di modellare il procedimento arbitrale sul giudizio ordinario di cognizione nell'esercizio della discrezionalità loro concessa dall'art. 816 *bis* c.p.c.? A tale ultima ipotesi andrebbe, poi, associata quella in cui l'organo arbitrale, senza rinviare ad alcun sistema preordinato di norme,

⁽¹⁸⁸⁾ Si veda *supra* nota 184.

abbia comunque deciso di assegnare alle parti termini perentori per lo svolgimento delle rispettive attività difensive in punto di allegazione e di prova. In siffatte circostanze, l'onere della contestazione conoscerebbe limiti temporali, pur vertendosi in arbitrato?

Nel primo caso (parti che, nella convenzione di arbitrato, abbiano fatto espresso richiamo alla disciplina del giudizio ordinario di cognizione o di un dato regolamento arbitrale), non sembrano esservi dubbi di sorta sul fatto che la disciplina del giudizio ordinario di cognizione, così come quella del regolamento di arbitrato, si applichino *tout court* al giudizio arbitrale, anche con riguardo alle preclusioni e alle decadenze in essi sancite ⁽¹⁸⁹⁾, in quanto parte integrante — *per relationem* — della stessa convenzione di arbitrato ⁽¹⁹⁰⁾: in siffatta ipotesi, tale applicazione sarebbe effetto diretto della volontà delle parti e non di una decisione degli arbitri, dunque *nulla quaestio* sul fatto che le preclusioni e le relative decadenze operino, se non altro perché sono state le parti stesse a volerle e ad imporsele.

La questione è senza dubbio più controversa negli altri due casi ipotizzati (arbitri che decidano di applicare la disciplina del giudizio ordinario di cognizione o che assegnino essi stessi termini perentori) perché, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, si (ri)propone la *vexata questio* della (pretesa) assenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri, ivi incluso quello di assegnare alle parti termini a pena di decadenza: nella fattispecie, il ricorso a termini perentori e alle connesse decadenze non sarebbe di certo conseguenza diretta della volontà delle parti. La soluzione è scontatamente positiva con riferimento all'ipotesi, per la verità più teorica che altro, in cui la convenzione di arbitrato preveda l'espressa menzione del potere degli arbitri di assegnare termini perentori. Tuttavia, si deve ritenere che ad

⁽¹⁸⁹⁾ Certamente nel giudizio ordinario di cognizione; da verificare caso per caso, invece, quanto previsto dai singoli regolamenti di arbitrato in ipotesi di arbitrato amministrato.

⁽¹⁹⁰⁾ Si veda C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 483.

analoga conclusione debba giungersi pure nel difetto di una simile espressa previsione sulla scorta della banale considerazione per cui se nel potere generale degli arbitri, che trae origine dalla volontà delle parti e dal mandato da queste ultime conferito per la risoluzione della controversia insorta, è compreso quello di regolare il procedimento nel modo che ritengono più opportuno *ex art. 816 bis c.p.c.*, non si vede perché, di quest'ultimo potere, non debba far parte anche quello di assegnare termini perentori, se ritenuto del caso (fonte di tale potere è anche l'art. 1708, comma 1, c.c.). La cui esclusione richiederebbe un'espressa manifestazione di volontà delle parti.

La peculiare natura del giudizio arbitrale porta, però, a ritenere che l'esercizio di siffatto potere sconti limiti e modalità tali da assicurare l'osservanza del principio del contraddittorio. Così è ormai riconosciuto che l'organo arbitrale possa sì assegnare alle parti termini perentori per il compimento di una determinata attività difensiva (assertiva o istruttoria), ma che l'inosservanza di tali termini possa portare ad una declaratoria di decadenza dal relativo potere solo allorché lo stesso organo arbitrale abbia espressamente qualificato i termini assegnati come perentori ⁽¹⁹¹⁾ ed abbia compiutamente informato le parti circa le conseguenze dell'omesso tempestivo compimento della relativa attività processuale ⁽¹⁹²⁾. In assenza, il

⁽¹⁹¹⁾ Ad esempio, nel rinviare alla disciplina del giudizio ordinario di cognizione, richiamando esplicitamente il regime di preclusioni proprio di quel rito.

⁽¹⁹²⁾ Al riguardo, si veda in giurisprudenza Cass., 21 gennaio 2016, n. 1099, in *Corr. giur.*, 16, 1272, con nota di L. SALVANESCHI, *Procedimento arbitrale: via libera agli arbitri sui termini perentori* nonché in *Giur. it.*, 16, 1185, con nota di G. GARGIULO, *Principio del contraddittorio nell'arbitrato — libertà delle forme e (in)derogabilità del principio del contraddittorio nel processo arbitrale*; conf. Cass., ordinanza 26 settembre 2018, n. 22994. In dottrina, si veda A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabile e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»)*, cit., 877 ss., secondo il quale, tra l'altro, «Il risalente dogma secondo cui gli arbitri non potrebbero fissare termini perentori è quanto di più vacuo ed evanescente si possa immaginare». Si veda, altresì, G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 3, 73 ss. e, specificamente, 89, secondo cui le

lodo reso sarebbe impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 9, c.p.c. in dipendenza del fatto che gli arbitri sarebbero venuti meno al dovere di conoscere compiutamente i punti di vista di tutte le parti del procedimento. A favore di tale soluzione depone anche un ineludibile dato di diritto positivo, oggi contenuto nell'art. 209, comma 11, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), il quale dispone che i termini fissati dagli arbitri alle parti per le rispettive allegazioni ed istanze istruttorie possono essere considerati perentori (ma) «[...] solo se vi sia una previsione in tal senso o nella convenzione di arbitrato o in un atto scritto separato o nel regolamento processuale che gli arbitri stessi si sono dati [...]».

Circa l'efficacia della non contestazione per gli arbitri non vi sono ragioni per ipotizzare conclusioni difformi da quelle proposte con riferimento all'attività del giudice statale⁽¹⁹³⁾, con la sola puntualizzazione che l'applicazione del principio di non contestazione non configura un dovere per gli arbitri, ma piuttosto un potere in capo agli stessi, il cui omesso esercizio è tendenzialmente scevro di conseguenze negative in punto di legittimità e di stabilità del lodo.

ABSTRACT: Il principio di non contestazione, che riguarda tutti i fatti, purché propri o ricadenti nella sfera di percezione della parte destinataria dell'allegazione, ha ottenuto formale riconoscimento solo con la nuova formulazione dell'art. 115, comma 1, c.p.c., effetto della riforma di cui alla legge 18 giugno 2009, n.

norme che regolano decadenze e preclusioni possono trovare applicazione solo se le parti, o gli arbitri, non limitatisi a richiamare le norme del processo civile, abbiano espressamente invocato il sistema di preclusioni. In realtà, l'esplicito richiamo al sistema di preclusioni vigente ha senz'altro un senso con riferimento al caso in cui siano gli arbitri a prevedere, espressamente o *per relationem* mediante rinvio alla disciplina del giudizio ordinario di cognizione o ad un certo regolamento di arbitrato, termini perentori. Qualora, invece, tale previsione provenga direttamente dalle parti, nella convenzione di arbitrato o con atto scritto separato anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, l'esplicito rinvio al sistema di preclusioni vigente pare ultroneo. Per una disamina del tema si rinvia anche a A. MENGALI, *Libertà delle forme e termini perentori nello svolgimento del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2017, 4, 790 ss.

⁽¹⁹³⁾ Si veda *supra* §§ 14 e 16.

69. La non contestazione del fatto lo espunge dal *thema probandum* ed impone al giudice di ritenerlo come vero, salvo che quello stesso fatto non risulti smentito da altre emergenze processuali ritualmente acquisite. La regola decisoria fondata sulla non contestazione ha la propria *ratio principale* nell'art. 111 Cost. e, segnatamente, nel principio della ragionevole durata del processo, di cui è espressione lo schema attuale del processo civile, fondato su un rigido sistema di preclusioni e decadenze. Resta ferma la necessità del miglior temperamento possibile tra la duplice esigenza di celerità del processo e di accertamento della verità materiale. Inoltre, il principio di non contestazione, ancorché in modo del tutto peculiare, può essere rilevante anche nell'arbitrato domestico o internazionale, ad hoc o amministrato che sia.

ABSTRACT: *The principle of non-contestation, that concerns all facts, provided that they belong to the party receiving the allegation or fall within its sphere of perception, has received formal recognition only with the new formulation of article 115, paragraph 1, of the Italian Code of Civil Procedure, resulting from the reform enacted by Law no. 69 dated 18 June 2009. The non-contestation of the fact expunges it from the *thema probandum* and forces the judge to consider it as true, unless the same judge deems it denied by other evidences correctly acquired. The decision rule based on the non-contestation principle finds its main rationale in article 111 of the Constitution and, specifically, in the principle of reasonable duration of the process, of which the current scheme of the civil process, based on a strict system of foreclosures and forfeiture, is an expression. The need remains for the best possible balance between a speedy process and ascertaining the material truth. Furthermore, the principle of non-contestation, even if in a completely peculiar way, can also be relevant in domestic or international arbitration, both ad hoc and administered.*