

Comitato scientifico:

*Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).*

---

## **La velocizzazione del rito: il principio di non contestazione**

Articolo di **Giuseppe AGOZZINO**

## Indice

1. Premessa metodologica 2. La tavola delle norme 3 Alcune tesi 3.1 La questione di fondo: fatto ed allegazione del fatto come enunciato di verità. 3.2 Prima tesi: la non contestazione non produce effetti vincolanti assoluti per il giudice. 3.3. Seconda tesi: la non contestazione definisce il thema probandum con effetti vincolanti per il giudice. Dal leading case di Cass. 761/20023. 3.4 Tesi affine a questa. 4 Come opera in concreto la non contestazione: identificazione degli oggetti 4.1 I fatti negativi o allegazioni negative 4.2 I fatti contrari al fatto non contestato 4.3 Non contestazione e prove legali 4.4 Termini per la contestazione 4.5 Irreversibilità della non-contestazione 4.6 In appello opera la preclusione della contestazione per tardività 4.7 In appello opera la non-contestazione 4.8 La non contestazione non si applica alle questioni giuridiche e alla loro qualificazione. 4.9 Fatti principali e fatti secondari. La contestazione del quantum. 4.10 I fatti evento di danno 4.11 Caratteristiche della contestazione. La specificità 4.12 Contestazione e principio di vicinanza alla prova 4.13 Contumacia e contestazione. Uno schema di sintesi 4.14 Litisconsorzio necessario e con convenuto contumace. 4.15 Litisconsorzio facoltativo 4.16 La non contestazione dell'attore e del terzo chiamato. 4.17 Diritti indisponibili. 4.18 Contratti con forma scritta ad probationem (2725 c.c.). 4.19 Contestazione e fase stragiudiziale 4.20 Contestazione ed enti pubblici. 5 Conclusioni.

## 1. Premessa metodologica.

---

L'intervento sul tema della "velocizzazione del rito" grazie all'operatività concreta del principio di "non contestazione" di cui all'art. 115 c.p.c. implica la necessità della "ricerca di una logica condivisa della non contestazione" di cui all'art. 115 c.p.c. dato che occorre essere d'accordo su come uno strumento processuale debba operare per ottenere un risultato auspicato come la velocizzazione del rito, altrimenti: *tota capita tot sententiae*. Un recente scritto<sup>1</sup> così auspica il futuro del dibattito sulla non contestazione: «In un contesto moderno e autenticamente europeo si deve, dunque, auspicare lo spontaneo sorgere, attraverso un confronto dialogico tra studiosi e operatori del processo civile, di un nuovo *stylus curiae rationalis*, plasticamente e agilmente perfezionabile: esso, quale frutto maturo di riflessioni polifoniche, come soleva dirsi dell'ordo iudiciarius medievale, non potrebbe venire sovvertito neppure «dal Papa o dall'Imperatore», a pena di rendersi responsabili di una *perversio ordinis*, contraria ai canoni di ragione e del tutto incompatibile con i principii del giusto processo civile». Che poi vi sia necessità, sul tema in oggetto, di uno *stylus curiae rationalis* a causa dell'ambiguità della formulazione dell'art. 115 c.p.c. è confermato ancora di recente: «la stringata riformulazione dell'art. 115 c.p.c. lascia in ombra la maggior parte delle questioni che l'applicazione del nostro principio aveva suscitato»<sup>2</sup>.

Ma lo *stylus curiae rationalis*, cioè la logica condivisa o ripetuta o canone di ragione, per poter essere utile deve fondarsi su un metodo di semplificazione delle questioni eliminando dall'apparente complessità tutto ciò che è inutile allo scopo ossia evitando una complessità inutile.

D'altra parte, si può convenire che «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»<sup>3</sup>.

Il concetto di economia processuale è perfettamente reso dalla dottrina nei seguenti termini: «Il processo non potrebbe permettersi di verificare analiticamente la fondatezza di tutto ciò che le parti hanno affermato intorno ai fatti ma dovrebbe - per così dire - accontentarsi di accertare per mezzo delle prove solo ciò che davvero non si può fare a meno di accertare. La necessità di impiegare tempo e attività processuali a proposito dei fatti della causa viene allora sostanzialmente ricondotta alla persistenza dell'incertezza relativa alla verità o falsità degli enunciati che li riguardano: l'incertezza persiste se la verità dei fatti allegati da una parte viene contestata dall'altra parte. Se non vi è contestazione su un fatto, si ritiene che il processo possa fare a meno della prova di esso, e sia opportuno risparmiare quanto occorrerebbe per provarlo»<sup>4</sup>.

## 2. La tavola delle norme.

---

<sup>1</sup> A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115*, in Riv. dir. proc. civ. 1/2011.

<sup>2</sup> C.M. CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in Judicium, 2011.

<sup>3</sup> CEA, *op. cit.* nonché qui la nota nr. 17.

<sup>4</sup> M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, in Trattato Cicu-Messineo, Giuffrè, 2012, 34

**Art. 115:** Salvi i casi previsti dalla legge [c.c. 2736; c.p.c. 117, 118, 213, 240, 241, 257, 258, 317, 439, 464], il giudice **deve** porre a **fondamento della decisione** le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita.

**Art. 167:** Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a **fondamento della domanda**

**Art. 416:** Nella stessa memoria il convenuto deve prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda.

**I fatti conservano la loro ontologia** poiché le norme sopra indicate lo confermano. Da ciò consegue che il classico **"schema di ingresso nel processo dei fatti"**: allegazione (onere delle parti) – rilievo (attribuzione del valore giuridico del fatto) - prova (il fatto entra, assume valore giuridico e diventa oggetto di prova) non è minimamente mutato.

---

### 3. Alcune tesi

#### 3.1. La questione di fondo: fatto ed allegazione del fatto come enunciato di verità

Come insegna Taruffo, la contestazione riguarda **non il fatto** ma la verità o falsità dell'enunciato che lo riguarda<sup>5</sup>. E ciò perché, ancora leggendo l'A., l'allegazione è **un'ipotesi di verità** del fatto non essendo altro che un "enunciato che riguarda (ossia afferma o descrive) una circostanza che si ipotizza essersi verificata nel mondo dei fenomeni reali"<sup>6</sup>. Prima di affrontare in dettaglio il tema, occorre allora formulare una domanda di fondo: **il fatto non contestato è anche un fatto "vero"**<sup>7</sup>? Ossia un fatto che non può essere messo in discussione dal giudice il quale "è vincolato a tener per vero il fatto non contestato senza ammettere e senza valutare prove su di esso"<sup>8</sup>? La domanda rinvia dal noto *leading case* di Cass. 761/2002, secondo la quale: «*Gli artt. 167, primo comma, e 416, terzo comma, imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione su tali fatti, fanno della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle*

---

<sup>5</sup> M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, in Trattato Cicu-Messineo, Giuffrè, 2012, 34

<sup>6</sup> M. TARUFFO, *op. cit.* 3.

<sup>7</sup> Questa domanda è la ragione per la quale, sotto il profilo epistemico, è esclusa la validità dell'argomento principale di Cass. 761/2002 in base al quale "il fatto non contestato... vincola il giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza", come giustamente rileva TARUFFO, *op.cit.* 44

<sup>8</sup> Così in forma dubitativa TARUFFO, *op. cit.* 44, che appunto non condivide l'orientamento della giurisprudenza.

*parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti»*

### **3.2. Prima tesi: la non contestazione non produce effetti vincolanti assoluti per il giudice**

Si afferma che la "non contestazione" è un comportamento processuale rilevante sul piano della prova dei fatti, come *relevatio ab onere probandi*. Quindi, a fronte della non contestazione, il fatto non abbisogna di prova. Secondo la **cassazione (2010/ 22837)** viene meno l'esigenza di provare il fatto non contestato: «L'esigenza di provarlo insorge se sia contestato: se cioè il convenuto neghi che la donna si sarebbe determinata all'interruzione volontaria della gravidanza, o che avrebbe potuto farlo se lo avesse deciso. Se tanto non sia avvenuto, l'esigenza probatoria non sorge, non essendovi bisogno di provare il fatto non contestato».

**Ciò però non elimina il "controllo di compatibilità" da parte del giudice (che quindi non è vincolato all'effetto della non contestazione) del fatto non contestato col quadro probatorio.** A sostegno di ciò si afferma che:

- 1) la non contestazione ha effetto solo se **l'allegazione avversaria è specifica** ma non quando è generica: altrimenti non vi sarebbe coerenza logica con l'art. 115 che dispone una contestazione "specificata": non si può contestare specificamente ciò che è allegato genericamente
- 2) vi sono fatti costitutivi che **vanno provati a prescindere dalla non contestazione**: si fa l'esempio dell'azione di rivendica dove il giudice deve controllare l'esistenza, validità e rilevanza del titolo di provenienza dell'attore.
- 3) la non contestazione è efficace se i fatti allegati dall'attore **siano vicini o riferibili direttamente (principio di vicinanza della prova)** al convenuto: si fa l'esempio del danno da insidia stradale. L'ente pubblico non ha alcuna possibilità di contestare al dinamica dell'accaduto. E così anche il caso del risarcimento danni quando si allega che nel periodo di inabilità temporanea siano state erogate somme a nero a terzi per assistere il danneggiato.
- 4) il giudice non è vincolato (nei termini sopra indicati) dalla non contestazione poiché l'art. 115 non ha introdotto una nuova ipotesi di **prova legale**. Le prove legali (confessione, giuramento, atto pubblico, scrittura privata) **vincolano** il giudice in ordine all'efficacia in quanto la legge, *a priori*, attribuisce valore probatorio assoluto a tali prove e quindi il giudice non ha margini per esprimere un convincimento diverso da quello risultante da tali prove. Invece, l'art. 115 implica in ogni caso una "valutazione della non contestazione", impugnabile con ricorso in cassazione per *error in procedendo*.

- 5) la non contestazione non realizza un'ipotesi di **presunzione legale (2727 c.c.)**, ossia le conseguenze che la legge o il giudice traggono da un fatto noto per risalire ad uno ignoto. Infatti, le presunzioni, **non incidono sul processo logico di convincimento del giudice**, ma sulla diversa distribuzione dell'onere della prova che, come noto, riguarda la situazione sostanziale. Con le presunzioni, infatti, (2728) vi è l'effetto di dispensare dalla prova coloro a favore dei quali sono stabilite (come nel caso dell'art. 1335 dove la proposta si presume conosciuta dal destinatario al momento in cui giunge al suo indirizzo).
- 6) lo stesso art. 115 c.p.c., con l'inciso "salvi i casi previsti dalla legge" ha conservato al giudice **l'attività interpretativa della non contestazione**, nel senso di evitare che la non-contestazione possa contrastare col risultato dell'intera istruzione probatoria. Come nel caso in cui il datore di lavoro non contesti i conteggi per lo straordinario predisposti dal lavoratore che attribuiscono a questi ore di lavoro maggiori rispetto a quelle dallo stesso dichiarate in sede di libero interrogatorio<sup>9</sup>.

### **3.3. Seconda tesi: la non contestazione definisce il thema probandum con effetti vincolanti per il giudice. Dal leading case di Cass. 761/2002**

Il problema nasce dal *leading case di Cass. 761/2002*: «*Gli artt. 167, primo comma, e 416, terzo comma, imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione su tali fatti, fanno della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti*»<sup>10</sup>.

La vincolatività per il giudice dei fatti non contestati si desume dal rilievo che i fatti non contestati devono essere posti "a fondamento della decisione". Per cui, una volta che il fatto non è stato contestato, il fatto è da ritenersi provato. A questo punto il fatto esce dal perimetro del *thema probandum* che avrà ad oggetto solo i fatti contestati. Il giudice non potrà tenere conto di altre ed ulteriori contestazioni. A conforto di tale tesi si argomenta sistematicamente considerando la non contestazione come **onere di allegazione e non come onere probatorio**: se l'attore ha l'onere di allegazione, il convenuto ha specularmente l'onere di allegazione contraria. Se l'attore deve allegare entro termini precisi a pena di preclusione, parimenti dovrà fare il convenuto. Quindi, è lo stesso **sistema delle preclusioni** che, impedendo l'ingresso di nuove

<sup>9</sup> **[Non contestazione e contrasto col quadro istruttorio]** Cass. 6 dicembre 2004, n. 22829, secondo cui la mancata contestazione dei conteggi attorei da parte del convenuto non può condurre all'accoglimento della domanda del lavoratore per ore di lavoro maggiori di quelle da lui stesso ammesse in sede di libero interrogatorio, citata esemplarmente da BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.* 2009.

<sup>10</sup> Così in parte motiva Cass. SU 761/2002.

contestazioni oltre i termini previsti dall'art. 183 (ma oggi la giurisprudenza ritiene che l'onere di contestazione sorga dalla "prima difesa"), definisce il *thema probandum* in modo vincolante per il giudice.

#### 3.4. Tesi affine a questa

Altra tesi, ma molto condivisa, afferma che il principio di non contestazione è un metodo di **semplificazione ed economia processuale**: "la Cassazione (2010/22837) parla espressamente di fatti che *non abbisognano di prova* così recependo invero la dottrina tedesca (dove si parla di «*beweisbedürftige*») e confermando la propria giurisprudenza anteriore alla legge 69/09 (v. Cassazione civile, sez. III, 05 marzo 2009, n. 5356): il "*fatto non contestato non ha bisogno di prova perché le parti ne hanno disposto, vincolando il Giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza*". La *ratio* del principio di non contestazione, tenuto conto dell'architettura generale della legge 69/2009, va ricercata nelle superiori esigenze di semplificazione del processo e di economia processuale, o anche, se si vuole, nella responsabilità o autoresponsabilità delle parti nell'allegazione dei fatti di causa (così già Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 262 ss.). Non deve ignorarsi, peraltro, che la Cassazione più recente non ha esitato a ritenerlo protetto da rilievo costituzionale, quale strumento per garantire un "giusto processo".<sup>11</sup> Cass. 2007/1540: «nei processi dispositivi, [le parti] *devono responsabilmente collaborare alla ragionevole durata del processo, dando attuazione, per quanto in loro potere, al principio di economia processuale e perciò immediatamente delimitando, ove possibile, la materia realmente controversa*».

Conseguenza operativa indicata dall'A. citato: la non contestazione serve a **delimitare il *thema probandum***. Ciò si argomenta dal "tenore della norma": il giudice DEVE porre a fondamento. Quindi: fatto non contestato=fatto provato. Semplicemente, dunque, in caso di omessa contestazione (che sia silenzio o contestazione generica), il giudice non dovrà assumere prove. Di contro e sempre operativamente: i fatti da provare sono solo quelli **oggetto di contestazione**: come conferma il *leading case di*: Cass. civ., sez. III, sent. 10 novembre 2010 n. 22837 (caso della omessa informativa alla paziente della malformazione del feto e allegazione implicita)<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Così G. BUFFONE: *La Cassazione ribadisce: non contestazione come relevatio ab onere probandi*. Altalex.

<sup>12</sup> **[L'allegazione implicita necessita di contestazione esplicita]**. La corte territoriale aveva sostenuto, nel caso in esame, che «gli attori non avevano né dedotto né provato - così la sentenza, a pagina 21 - il "grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna", in difetto del quale l'interruzione volontaria della gravidanza non è consentita dopo il novantesimo giorno dal concepimento (ex art. 6, lett. b, l. cit.), come sarebbe stato nel caso di specie». Ora, secondo la cassazione in motivazione: «Nella stessa sentenza (a pagina 6) è peraltro affermato che gli attori, in atto di citazione, avevano dichiarato che la gravidanza sarebbe stata interrotta se l'informazione fosse stata data. E tanto è da ritenersi sufficiente, giacché il fatto stesso che una donna sostenga che si sarebbe avvalsa della facoltà di interrompere volontariamente la gravidanza se fosse stata informata della grave malformazione del feto presuppone **l'implicita affermazione** della sussistenza ipotetica delle condizioni di legge per farvi ricorso, tra le quali si annovera, dopo il novantesimo giorno di gestazione, la qualificabilità come pericolo per la salute fisica o psichica del trauma connesso all'acquisizione della notizia. Il fatto è dunque da ritenersi **implicitamente allegato** per ciò solo che la domanda sia stata proposta nei termini sopra riferiti. **L'esigenza di provarlo insorge se sia contestato**: se cioè il convenuto neghi che la

## 4. Come opera in concreto la non contestazione: identificazione degli oggetti.

Identifichiamo adesso, in omaggio al principio occamiano *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, gli oggetti sui quali opera la "non contestazione"<sup>13</sup>.

### 4.1. I fatti negativi o allegazioni negative

Si ponga la seguente affermazione, ripetuta dalla dottrina: l'attore, creditore, afferma (genericamente) che "Tizio non ha pagato i canoni". Si tratta in realtà della deduzione di un fatto costitutivo del diritto, come l'inadempimento. Da qui l'onere di contestazione di chi afferma di aver adempiuto. Per esempio, Cass. civ., sez. Lav., n. 15326 del 30 giugno 2009. Nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto, in una controversia relativa all'erogazione dell'indennità di disoccupazione, che la mancata contestazione da parte dell'INPS del fatto storico dell'**omessa** corresponsione delle retribuzioni, rendesse detta circostanza incontrovertibile e non bisognevole di ulteriore prova da parte del ricorrente. Poi, se il convenuto si costituisce e afferma di aver pagato, l'allegazione dell'attore è da considerarsi contestata; se addirittura il convenuto fornisce prova del pagamento, il fatto estintivo diviene **non contestato e come tale non bisognevole di prova**.

Vi è però una ricostruzione del fenomeno in dottrina più convincente<sup>14</sup>. In buona sostanza, l'allegazione negativa si ha quando l'attore allegghi che un dato fatto impeditivo/modificativo/estintivo del diritto che sia costitutivo del diritto dell'attore, non si è verificato e la prova di tale fatto (pagamento) incombe sulla controparte come nell'esempio riferito dell'inadempimento. Qui a ben guardare, con l'allegazione negativa l'attore contesta il fatto. Se controparte non fornisce la prova, anche se ha contestato, il fatto del pagamento è da considerarsi come inesistente.

### 4.2. I fatti contrari al fatto non contestato

Il fatto non contestato può essere superato da **prove contrarie**. L'esempio di Tizio colpito alla gamba destra<sup>15</sup>: se espletata la CTU viene accertato che la lesione è sulla gamba sinistra laddove la lesione sulla gamba destra è da arma da taglio e non da bastone, il fatto non contestato è superato dalla prova contraria.

### 4.3. Non contestazione e prove legali

Ad esempio con l'art. 210 c.p.c.<sup>16</sup> Qui il giudice dovrà ponderare l'intero impianto probatorio, comprendendovi il fatto non contestato, nel caso in cui in

---

donna si sarebbe determinata all'interruzione volontaria della gravidanza, o che avrebbe potuto farlo se lo avesse deciso. Se tanto non sia avvenuto, l'esigenza probatoria non sorge, non essendovi bisogno di provare il fatto non contestato».

<sup>13</sup> Lo schema che segue ripercorre la tavola delle semplificazioni collaudata nello studio di G. BUFFONE, *L'onere di contestazione*, relazione incontri di studio del CSM, 21-23 febbraio 2011.

<sup>14</sup> M. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it)

<sup>15</sup> Esempio tratto da G. BUFFONE, *op. cit.*

<sup>16</sup> Art. 210 c.p.c. «Negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'articolo 118 l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore, su istanza di



sede di esibizione, emergano "fatti" contrari a quello non contestato. Ciò sul rilievo che l'art. 210 richiama l'art. 118 finalizzato a far conoscere al giudice i fatti di causa.

#### 4.4. Termini per la contestazione

La giurisprudenza ha puntualizzato che l'onere di contestazione deve essere assolto nella prima difesa utile (Cass. civ. 27 febbraio 2008 n. 5191<sup>17</sup>; Cass. civ. 21 maggio 2008 n. 13079), argomentando ex art. 167 c.p.c. ma anche sul rilievo che la contestazione sarebbe un'eccezione in senso proprio e quindi soggetta a preclusioni (Cass. 2010/12363) Tuttavia vi è chi avanza più di un dubbio in proposito, sul rilievo che l'art. 167 c.3 e 416 c. 3 non prevedono alcuna decadenza per il caso in cui il convenuto non "prenda posizione" sui fatti. Il termine finale per contestare è dunque legato all'art. 183 settimo comma, quando il giudice deve chiudere il *thema probandum* con le decisioni istruttorie. Secondo tale tesi, il convenuto potrebbe "non contestare" nella prima difesa e contestare successivamente<sup>18</sup>.

#### 4.5. Irreversibilità della non-contestazione

Da quanto sopra, deriva che la contestazione, disegnando il *thema probandum*, è sottoposta agli stessi limite temporali delle allegazioni.

Si domanda: è possibile a fronte di un'iniziale non contestazione – anche oltre il termine di cui all'art. 183 settimo comma – dimostrare che il fatto non è vero? La risposta, a volte declinata come "contestazione cd. tardiva"<sup>19</sup> altre

---

parte può ordinare all'altra parte o a un terzo [c.p.c. 258] di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo [c.p.c. 202, 212, 670]».

<sup>17</sup> **[Termini per la contestazione]** «In materia di prove, l'onere del convenuto, previsto dall'art.416 cod. proc. civ. per il rito del lavoro, e dall'art.167 cod. proc. civ. per il rito ordinario, di prendere posizione, nell'atto di costituzione, sui fatti allegati dall'attore a fondamento della domanda, comporta che il difetto di contestazione implica l'ammissione in giudizio solo dei fatti cosiddetti principali, ossia costitutivi del diritto azionato, mentre per i fatti cosiddetti secondari, ossia dedotti in esclusiva funziona probatoria, la non contestazione costituisce argomento di prova ai sensi dell'art.116, secondo comma, cod. proc. civ... A questa fondamentale apertura sono seguiti ulteriori sviluppi, con l'affermazione del più ampio principio secondo cui l'onere di contestazione tempestiva non è desumibile solo dagli artt. 167 e 416 c.p.c., ma deriva da tutto il sistema processuale (come risulta dal carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena; dal sistema di preclusioni, che comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa; dai principi di lealtà e probità posti a carico delle parti e, soprattutto, dal generale principio di economia che deve informare il processo, avuto riguardo al novellato art. 111 Cost.); conseguentemente, ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio, senza che rilevi la natura di tale fatto (Cass. 12636/2005, preceduta da Cass. 3245/2003, riferita al solo processo del lavoro, e seguita da Cass. 1540/2007, che ha esteso il principio al processo tributario)».

<sup>18</sup> M. TARUFFO, *op. cit.* 47

<sup>19</sup> Intendendosi oltre il termine di cui all'art. 183 settimo comma. Puntualmente M. FORNACIARI, *op. cit.*, 33: «L'ultimo interrogativo, che complessivamente potremmo sintetizzare come riferito all'aspetto temporale della non contestazione, è, fra tutti, quello forse maggiormente sentito. Esso, più precisamente, presenta, per così dire, un doppio stadio: innanzitutto occorre stabilire, come dato fondamentale, se per la contestazione esista o meno un limite temporale; successivamente, dipende: laddove si ritenga che in effetti un siffatto limite esiste, occorre chiedersi se la non contestazione, una volta perfezionata, sia revocabile (o,

come "prova della verità del fatto" può essere ammessa solo ricorrendo allo strumento della rimessione in termini, ex art. 153 c.p.c.

In appello tale possibilità probatoria deve effettuarsi con le forme dell'art. 345, 3° comma, per il rito ordinario, 437, 2° comma, per il rito del lavoro, 702 quater per il rito sommario. Verosimilmente dovrà ammettersi una "dimostrazione contraria" in sede di reclamo cautelare.

#### 4.6. In appello opera la preclusione della contestazione per tardività

Secondo *Cass. Civ. Sez. II sent. 1 dicembre 2010, n. 24382*: «E' tardiva la contestazione non svolta in primo grado e svolta solo in appello, dovendosi la stessa tacciare di inammissibilità in virtù delle preclusioni ex art. 345 c.p.c. (Nel caso di specie, veniva in rilievo la "mancata contestazione della congruità degli importi rispetto all'entità delle prestazioni effettuate")<sup>20</sup>. Secondo la Corte, infatti, «... nel disattendere il motivo con cui era stata denunciata la congruità del quantum preteso, la sentenza ha osservato che in proposito nessuna contestazione era stata mossa dall'appellante che per l'appunto si era limitata ad invocare l'accordo di cui si è detto: il rilievo circa l'inammissibilità, ex art. 345 c.p.c., della prospettazione formulata con i motivi di gravame era riferito alla (mancata) contestazione della congruità degli importi rispetto all'entità delle prestazioni effettuate».

#### 4.7. In appello opera la non-contestazione

**Secondo Cass. 2009-23142**: «L'esatto adempimento di una prestazione previdenziale da parte dell'INPS può essere desunto, **anche in sede di gravame**, dal comportamento processuale delle parti, alla stregua del **principio di non contestazione che informa il sistema processuale civile ed è applicabile anche nella fase introduttiva del giudizio di appello**, nella quale, ferma la non modificabilità della domanda, la leale collaborazione tra le parti, manifestata con la previa presa di posizione sui fatti dedotti, è funzionale all'operatività del principio di economia processuale e rileva anche ai fini delle valutazioni discrezionali che il giudice del lavoro è chiamato ad adottare in ordine all'ammissione, anche d'ufficio, di nuove prove. Né, ai fini dell'applicabilità del principio di non contestazione, rilevano i limiti posti dalla legge per taluni fatti alla prova per testimoni o per presunzioni, o la mancata deduzione di idonee prove per l'eventuale conferma dei fatti allegati. (Nella specie la S.C. ha precisato che **l'allegazione di pagamenti** non può ritenersi preclusa in appello, non comportando l'introduzione nel giudizio di domande o eccezioni in senso stretto nuove, né una loro modifica, riferendosi, invece, ad un fatto estintivo operante di diritto e rilevabile anche d'ufficio, e ha rigettato il ricorso proposto avverso la sentenza dei giudici di merito che avevano ritenuto avvenuto il pagamento delle somme oggetto della domanda anche in base alla non contestazione dell'allegato previo adempimento da parte dell'appellante INPS, rimasto contumace in primo grado). (Rigetta, App. Potenza, 02/07/2008)

#### 4.8. La non contestazione non si applica alle questioni giuridiche e alla loro qualificazione

Il principio non richiede giustificazioni: l'art. 115 ha ad oggetto solo i fatti non contestati. Come precisa la Cassazione nella decisione *portante 761/2002*: «Per avere rilevanza, la non contestazione deve, fundamentalmente, riguardare i fatti da accertare nel processo e non la determinazione della loro

---

se si preferisca, se sia possibile una contestazione tardiva); in caso contrario, viceversa, è evidente che un analogo problema non si pone».

<sup>20</sup> La massima è così riportata da G. BUFFONE, *L'onere di contestazione*, 19.

dimensione giuridica. Con precipuo riguardo al rito del lavoro ne è convincente dimostrazione positiva l'art. 416 cod. proc. civ., che, appunto contemplando il comportamento del convenuto che intenda resistere alle pretese avversarie, contestandole in tutto o in parte, lo configura come onere di "prendere posizione in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione" e lo riferisce espressamente ai "fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda"<sup>21</sup>.

#### 4.9. Fatti principali e fatti secondari<sup>22</sup>. La contestazione del quantum

**La distinzione tra i due tipi di fatti era stata operata da Cass. 761/2002**, secondo la quale «Proposta domanda di pagamento di differenze retributive, la contestazione del convenuto dell'esistenza del diritto azionato rende irrilevante la non contestazione dei conteggi relativi al "quantum", qualora la contestazione sull'"an" abbia investito tutti i fatti costitutivi della domanda»<sup>23</sup>. Si afferma, dunque, che il difetto di contestazione implica

---

<sup>21</sup> Giustamente la Corte, nella stessa decisione, precisa che nessun argomento può rinvenirsi nell'art. 423 c.1, in ordine alla contestazione dei conteggi in sé considerati: tale norma non ha ad oggetto la non-contestazione di "somme" ma riguarda, oltre il dato letterale, «un'impostazione della difesa del convenuto incompatibile con la negazione della sussistenza (dei fatti costitutivi) del credito quantitativamente espresso in tale risultanza».

<sup>22</sup> **[Fatti principali e fatti secondari. Cass. 2011/17698]** Per una distinzione, si legga la parte motiva della decisione che segue resa in un caso in cui il convenuto a sostegno della propria eccezione allegava alcuni pareri di autorità ed organismi come l'ISVAP e l'AGCM:

«I detti fatti [ossia i fatti posti a fondamento dell'eccezione del convenuto], in relazione alla vicenda concreta dedotta in giudizio e riguardo alla quale si postula la riconducibilità alla fattispecie astratta, sono fatti storici attraverso i quali il convenuto assume essersi verificata quella vicenda. Tali fatti, peraltro, proprio in quanto anch'essi trovano un referente normativo nella fattispecie giuridica astratta sono detti "principali" e, insieme ai fatti costitutivi non esauriscono i fatti storici che in una controversia civile possono essere introdotti in funzione del giudizio su di essa sollecitato. Accanto ad essi, ma privi di collegamento con la fattispecie, perché non riconducibili né all'ambito dei fatti costitutivi né all'ambito di quelli integratori delle eccezioni nel senso su indicato, vi sono altri fatti che possono utilmente essere introdotti nel giudizio e sono quelli che, secondo l'asserto delle parti possono svolgere un rilievo soltanto probatorio, in quanto se dimostrati, consentono di risalire, attraverso i ragionamenti presuntivi o il prudente apprezzamento giudiziale (frutto di applicazione di massime di comune esperienza) previsto in relazione al mezzo probatorio con cui sono stati dimostrati, alla conoscenza dei fatti principali. Tali fatti sono denominati "secondari"». Cass. 2011/17698. O ancora l'esempio classico del mutuo fornito dal C. MANDRIOLI, dove il fatto costitutivo è il contratto di mutuo e il fatto secondario è l'importo e la scadenza, *Diritto processuale civile*, Vol. I, IX edizione, 166.

<sup>23</sup> **[I fatti non incompatibili con la negata sussistenza del credito]**. La sentenza (761/2002) indica il senso di tale ultima affermazione implicante la non necessità di contestazione del quantum quando con la contestazione dell'an vengano investiti "tutti" i fatti costitutivi della domanda. In realtà, la corte utilizza un raffinato ragionamento che non si appalesa nella stringatezza della massima e che così si può riassumere: la contestazione dell'an, non si estende alla contestazione del quantum operata attraverso i conteggi, se i fatti posti a fondamento della quantificazione non siano incompatibili con quelli oggetto di contestazione. In tal caso, sussiste l'onere di contestazione. «[...] è agevole osservare che, la contestazione sull'"an" non è, di per sé, tale da assorbire e rendere superflua qualsiasi contestazione sul "quantum", potendo le operazioni di quantificazione del credito in contestazione essere affidate all'allegazione di fatti non incompatibili con quelli investiti negativamente dalle difese svolte in punto di sussistenza del credito stesso.

Ad esempio, il convenuto che si difenda dalla pretesa di pagamento di compensi per lavoro straordinario, ove si limiti a negare la natura subordinata del rapporto di lavoro, non esclude, con questa sola difesa, necessariamente anche la sussistenza di prestazioni lavorative della durata giornaliera indicata dalla controparte ai fini del conteggio analitico

l'ammissione dei fatti dedotti in giudizio se si tratta di fatti c.d. principali, ossia costitutivi del diritto azionato: per i fatti c.d. secondari, ossia dedotti in esclusiva funzione probatoria dei fatti costitutivi, la non contestazione costituirebbe, invece, argomento di prova ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c. non implicando anche la prova definitiva del fatto. In particolare, sempre secondo la cassazione citata, i fatti secondari o **circostanze dalle cui prova si può inferire l'esistenza dei fatti costitutivi** abbisognano sempre di controllo istruttorio ai fini di trarne argomento di prova (ex art. 116 c.p.c.) anche se non contestati.

**Diversamente dalla Corte citata, si opina in tal senso:** la non contestazione si applica ai fatti principali e a quelli secondari non essendovi ragione di distinguere in base ai tipi di fatti. Così Cass., 13 giugno 2005, n. 12636<sup>24</sup>. Entrambi i tipi di fatti vanno contestati ai fini dell'assolvimento dell'onere di contestazione. D'altra parte la questione della contestazione "dei conteggi" è un falso problema. Infatti: o si contesta la correttezza delle procedure di calcolo sotto il profilo della corretta applicazione delle regole matematiche e contabili e qui non viene in gioco la "contestazione di un fatto" rientrando ciò nel controllo doveroso del giudice; oppure si contesta il conteggio sotto il profilo del corretto inserimento delle varie voci che concorrono a formare la base del calcolo. E qui allora si fa questione di "fatti costitutivi", oggetto senz'altro di contestazione. La non-contestazione dei fatti secondari rilevarebbe allora solo se tali fatti "appaiono rilevanti ai fini della decisione"<sup>25</sup>. Ben più rilevante è la questione dei fatti secondari dai quali il giudice tragga argomenti di prova o presunzioni o dei fatti secondari non allegati dalle parti ma emersi nel processo dei quali il giudice tragga argomenti

---

delle sue spettanze; mentre tale esclusione non sarebbe negabile come conseguenza della negazione assoluta di qualsiasi rapporto».

In sostanza se le contestazioni sui fatti costitutivi del diritto in contesa implicano anche quelle dei fatti allegati ai fini della quantificazione della pretesa è questione non suscettibile di una risposta astratta in un senso o nell'altro, ma da risolvere caso per caso in base al criterio per cui questa seconda categoria di fatti non è investita dalla contestazione sull'"an", quante volte si tratti di fatti non incompatibili con la denegata sussistenza del credito. In questi casi, la contestazione sull'"an" non preclude l'applicabilità della regola che impone al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti allegati "ex adverso", con la conseguenza che il comportamento omissivo si connota di idoneità ad essere apprezzato dal giudice ai fini dell'identificazione dell'oggetto della lite o del tema probatorio.

<sup>24</sup> **[Onere di contestazione dei fatti principali e secondari].** «L'onere di contestazione tempestiva non è desumibile solo dagli artt. 166 e 416, cod. proc. civ., ma deriva da tutto il sistema processuale come risulta: dal carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena; dal sistema di preclusioni, che comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa; dai principi di lealtà e probità posti a carico delle parti e, soprattutto, dal generale principio di economia che deve informare il processo, avuto riguardo al novellato art. 111 Cost.. Conseguentemente, ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio, **senza che rilevi la natura di tale fatto**, potendo trattarsi di un fatto la cui esistenza incide sull'andamento del processo e non sulla pretesa in esso azionata. (Principio affermato in riferimento a fattispecie in cui era parte in giudizio una persona giuridica, rispetto alla quale era stata dedotta l'inesistenza del rapporto organico in capo alla persona fisica che aveva conferito il mandato e, non avendo la società negato la circostanza, la S.C. ha ritenuto l'altra parte esonerata dalla relativa prova)».

<sup>25</sup> Così, M. TARUFFO, *op. cit.*, 43.

di prova. Qui dovrebbe operare per estensione il principio indicato dall'art. 101 c.2 e il giudice dovrebbe provocare il contraddittorio sul punto<sup>26</sup>.

#### 4.10. I fatti evento di danno

La dottrina fa l'esempio della mancata contestazione del quantum tratto dalla giurisprudenza: «Quanto poi al danno patrimoniale del G., certamente dovuta è la somma di € 7.856,7 per i danni subiti dall'autovettura, atteso che detta somma è stata con precisione dettagliata a pagina 3 dell'atto di citazione e non è stata oggetto di contestazione ad opera delle controparti»<sup>27</sup>.

#### 4.11. Caratteristiche della contestazione. La specificità

Senz'altro coglie nel segno la dottrina<sup>28</sup> secondo la quale, «in questione non è la latitudine dell'onere di contestazione, che investe senz'altro la totalità dei fatti medesimi, bensì il suo grado di specificità, che varia appunto (oltre che in base ad altri fattori) in ragione della conoscenza o meno che la parte ne abbia. Solo la contestazione specifica ha valore di contestazione. Esempi di specifica contestazione:

- i. **specificità per fatto diverso o logicamente incompatibile (sussiste)**, ciò conformemente al principio che l'art. 115 indica un onere di allegazione e non un onere probatorio. Per aversi contestazione specifica occorre allegare fatti contrari o incompatibili con quello allegato dall'attore.
- ii. **specificità per difesa puntuale (sussiste)**. Secondo Trib. Catanzaro, ord. 29.9.2009: "Una contestazione per essere specifica deve contrastare il fatto avverso con un altro fatto diverso o logicamente incompatibile oppure con una difesa che appare seria per la puntualità dei riferimenti richiamati". Ad esempio in caso di controversia tra banca e cliente: **se la banca contesta la natura del contratto in forza del quale sarebbe tenuta alla prestazione invocata, deve "allegare" la diversa natura del contratto; se contesta la capienza del conto corrente deve indicare l'effettiva somma esistente sul conto.**

<sup>26</sup> Così TARUFFO, *op. cit.* 32.

<sup>27</sup> Trib. Piacenza, sez. civile, sentenza 4 giugno 2009, in Responsabilità civile e previdenza, 2009, 12, 2948 e ss. citata da BUFFONE, *Non contestazione, op. cit.*

<sup>28</sup> M. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficiale e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it) il quale ha cura di precisare che «Al di là della constatazione, già svolta (si tratta, si ricorderà, di uno degli unici due dati certi ricavabili dalla norma), per la quale non è sufficiente una contestazione del tutto generica ed indiscriminata dell'intero complesso delle allegazioni/argomentazioni avversarie, secondo una delle consuete formule di stile, per il resto, e in positivo, è difficile formulare regole stringenti, tali che già in astratto sia possibile predicare la specificità o meno di una certa contestazione. Quella in questione è infatti una valutazione inevitabilmente legata alle peculiarità della situazione di volta in volta in questione e che non può pertanto che essere operata in concreto».

- iii. **specificità per disconoscimento dei fatti allegati ex adverso: l'esempio di Tizio che afferma che nella data X giorno del sinistro, si trovava in Francia. Qui la contestazione è da considerarsi specifica come contestazione implicita<sup>29</sup>.**
- iv. **specificità come allegazione di un fatto modificativo, estintivo o impeditivo:** qui si afferma il requisito di specificità, come nel caso in cui il convenuto contesti l'inadempimento deducendo l'intervenuto pagamento del debito.
- v. **la mera negazione:** qui invece si esclude che la mera negazione sia contestazione specifica.

#### 4.12. Contestazione e principio di vicinanza alla prova

**Il principio troverà applicazione graduata in base alla vicinanza o prossimità del contestatore al fatto.** Esempio fornito dalla dottrina: Si pensi al caso in cui un soggetto assuma di essere caduto, in un determinato giorno, di una determinata ora, presso una insidia del manto stradale. Come può l'ente convenuto contestare specificamente la dinamica dell'accaduto? E' chiaro che in casi del genere il giudice "dovrà alleggerire il peso dell'onere di contestazione"<sup>30</sup>. O, ancora, all'esempio riferito in dottrina<sup>31</sup>, nel caso del risarcimento danni quando si allega che nel periodo di inabilità temporanea siano state erogate somme a nero a terzi per assistere il danneggiato<sup>32</sup>.

#### 4.13. Contumacia e contestazione. Uno schema di sintesi

La contumacia non è una ficta confessio (sulla scorta della decisione resa dalla Corte Cost. per il rimosso art. 13 c. 2 d.lgs. 2003/5 dell'abrogato rito societario) ma una ficta litiscontestatio. Quindi il principio **non si applica al contumace**. Anche perché il dato letterale dell'art. 115 c.p.c. fa riferimento alla non-contestazione della "parte costituita".

<sup>29</sup> Trib. Monza, sezione III civile, sentenza 29 settembre 2010: «Non vi è dubbio che la contestazione può essere effettuata anche implicitamente quando la difesa postuli il disconoscimento dei fatti allegati dall'altra parte». BUFFONE, *idem*.

<sup>30</sup> G. BUFFONE, *op. cit.*

<sup>31</sup> MOCCI, *op. cit.*

<sup>32</sup> A titolo di esempio applicativo della vicinanza alla prova, si veda Trib. Foggia 21.9.2011: «L'opposizione a decreto ingiuntivo instaura un vero e proprio giudizio di cognizione avente ad oggetto non soltanto l'esame delle condizioni di ammissibilità e di validità del procedimento monitorio, ma altresì l'accertamento della fondatezza del diritto azionato. In Tale giudizio, l'attore in senso sostanziale deve ritenersi l'opposto e convenuto in senso sostanziale l'opponente, sicché trovano applicazione i principi generali in materia di riparto dell'onere della prova, avuto riguardo alla posizione sostanziale assunta dalle parti nel giudizio. Ciò posto, quando la pretesa monitoria fatta valere dall'opposto si presenti diretta ad ottenere il compenso per le prestazioni professionali eseguite, la stessa assume i caratteri di una domanda di adempimento, e, conseguentemente, in applicazione del principio della vicinanza della prova, incomberà all'opposto l'onere di provare il titolo su cui si fonda il diritto fatto valere e di allegare l'altrui inadempimento, spettando, invece, al convenuto, provare l'adempimento della prestazione o l'eventuale inadempimento dovuto a causa a lui non imputabile ai sensi dell'articolo 1418 c.c.».

In realtà, per quanto qui ci occupa, la contumacia è un falso problema<sup>33</sup>, come bene delineato dall'A. che si sta per citare, al punto che possiamo derivarne uno schema di sintesi:

«E' evidente che la parte già dichiarata contumace,

- a) se si costituisce prima di quel momento [prima della chiusura del *thema probandum* ex art. 183], può esercitare i diritti non ancora consumati e quindi può assumere un comportamento significativo e rilevante anche sul piano probatorio.
- b) Se invece decide di costituirsi dopo, non può più essere parte attiva nell'allegazione delle prove (a prescindere dalle ipotesi non precluse, come giuramento decisorio o querela di falso, ed a prescindere dalla possibilità di richiedere la rimessione in termini ex art. 153, comma 2º, c.p.c., ove ne sussistano i presupposti).
- c) Così, se la prova spettava a controparte e controparte l'ha offerta, l'ammissione o la contestazione non spostano i termini della causa.
- d) Se, al contrario, la prova non era stata offerta, l'ex contumace che ammetta il fatto o non lo contesti indubbiamente può modificare la valutazione del giudice ed, almeno in questo caso, sarebbe illogico non tenerne conto.
- e) Se, poi, la prova gravava sulla parte dichiarata contumace, non potrebbe che trovare piena utilizzazione il sistema delle preclusioni, a prescindere dal suo atteggiamento processuale in fase di tardiva costituzione»<sup>34</sup>.

#### 4.14. Litisconsorzio necessario e con convenuto contumace

In caso di litisconsorzio, la mancata contestazione di uno dei litisconsorti produce effetto sugli altri ma solo nel senso che è liberamente apprezzabile dal giudice e non che renda il fatto incontestato. Ciò argomentando dalle conclusioni cui è giunta la giurisprudenza<sup>35</sup> in tema di confessione di solo alcuni dei litisconsorti ex art. 2733. In particolare, la confessione va apprezzata nei confronti di tutti i litisconsorti e non solo in relazione ai confitenti. In particolare, ancora, i rapporti non possono essere regolati diversamente tra le parti del giudizio essendo i fatti gli stessi<sup>36</sup>. Ma se uno dei litisconsorti è

---

<sup>33</sup> Secondo M. TARUFFO, *Trattato cit.*, 39, «la configurazione di un onere di contestazione in capo alla parte costituita non implica nulla quanto al regime della contumacia»

<sup>34</sup> MOCCI, *op. cit.*

<sup>35</sup> **[Non contestazione e litisconsorzio]**. «Nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 18 legge n. 990/1969, tanto nel caso in cui sia stata proposta soltanto l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore, quanto nel caso in cui sia stata presentata anche una domanda di condanna nei confronti del responsabile del danno, le dichiarazioni confessorie rese dal responsabile del sinistro, indipendentemente dalla circostanza che siano contenute, o non, nella constatazione amichevole di sinistro stradale (c.d. modulo Cid), non potendo comportare un diverso giudizio di responsabilità nei rapporti tra responsabile e danneggiato, da un lato, e danneggiato ed assicuratore, dall'altro, vanno liberamente apprezzate dal giudice anche nei confronti del confitente». Cass. civ. Sez. Unite, 05/05/2006, n. 10311.

<sup>36</sup> **[Il modulo CID]**. «La dichiarazione confessoria, contenuta nel modulo di constatazione amichevole del sinistro (cosiddetto Cid), resa dal responsabile del danno, proprietario del

**contumace**, nei suoi confronti il principio non opera. Da ciò discende che se il convenuto costituito non contesta e vi è un contumace la non contestazione non opera neanche nei confronti del convenuto che non ha contestato. E quindi l'attore dovrà provare il fatto. Trib. Varese 19.1.2010 «Ne consegue che, operando il principio di non contestazione sull'accertamento dei fatti posti a fondamento della responsabilità, questo non può trovare applicazione nel giudizio litisconsortile ove uno dei litisconsorti sia contumace. In questa ipotesi, l'attore avrà l'onere di provare il fatto pur di fronte alla mancanza di contestazione da parte del convenuto costituito (sulla falsa riga di quanto già avviene per l'ipotesi della confessione, v. Sezioni Unite n. 10311/2006).

#### **4.15. Litisconsorzio facoltativo**

Sul presupposto che nel processo cumulato per connessione (oggetto, titolo o affinità) i rapporti processuali restano distinti, determinandosi una pluralità di cause, la non contestazione di uno dei convenuti ha effetto solo verso lo stesso ai sensi dell'art. 115 c.p.c.<sup>37</sup>. Tuttavia, si sottolinea che in caso di litisconsorzio facoltativo per solidarietà, sarebbe incongruo, pena la contraddizione della motivazione, non attribuire valore alla non contestazione di uno degli obbligati in solido, dato che il fatto costitutivo dell'obbligazione, è identico per tutti i debitori.

#### **4.16. La non contestazione dell'attore e del terzo chiamato**

L'onere di "contestare" è riferito alla "parte costituita". Quindi a tutti coloro che si sono costituiti: attore e terzo chiamato. Anzi, in quest'ultimo caso, il terzo (p.e. garante) può sopperire al deficit di contestazione nell'an del garantito che ha contestato solo il quantum.

---

veicolo assicurato e litisconsorte necessario, non ha valore di piena prova nemmeno nei confronti del solo confitente, ma deve essere liberamente apprezzata dal giudice, dovendo trovare applicazione la norma di cui all'art. 2733, co. 3, c.c., secondo la quale, in caso di litisconsorzio necessario, la confessione resa da alcuni soltanto dei litisconsorti è, per l'appunto, liberamente apprezzata dal giudice», Cass. civ. Sez. III, 28/09/2010, n. 20352 e «La dichiarazione confessoria contenuta nel modulo di constatazione amichevole del sinistro, resa dal responsabile del danno, proprietario del veicolo assicurato e litisconsorte necessario del relativo giudizio risarcitorio, non ha valore di piena prova, nemmeno nei confronti del solo confitente. Ciò nonostante, tale dichiarazione può essere liberamente apprezzata dal Giudice, dovendo trovare applicazione la norma di cui all'art. 2733, terzo comma, c.c., secondo la quale, in caso di litisconsorzio necessario, la confessione resa da alcuni soltanto dei litisconsorti è liberamente apprezzata dall'organo giudicante», Trib. Milano Sez. XII, 12/09/2011.

<sup>37</sup> **[Litisconsorzio necessario e facoltativo]**. «In ipotesi di litisconsorzio necessario, quale è quello di cui all'art. 23 della legge n. 990 del 1969, ai sensi dell'art. 2733, comma 3, c.c., la confessione resa da alcuni soltanto dei litisconsorti è liberamente apprezzata dal giudice, in relazione a tutti i litisconsorti e non soltanto in relazione ai non confitenti. In particolare il litisconsorzio necessario sussiste solo tra il proprietario del veicolo ("il responsabile", di cui alla legge n. 990 del 1969, art. 23) e l'assicuratore per la r.c.a. mentre non sussiste un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra il conducente e tale assicuratore, ovvero tra il primo e il proprietario, a norma dell'art. 2054, comma 3, c.c., che prevede solo un'ipotesi di obbligazione solidale e, quindi, di litisconsorzio facoltativo. Ciò comporta che nei confronti dell'assicuratore e del proprietario del veicolo le affermazioni confessorie rese dal conducente vanno liberamente apprezzate dal giudice di merito, mentre esse fanno piena prova, a norma degli artt. 2733 e 2735 c.c. nei confronti del conducente (non proprietario) confitente». Trib. Bologna Sez. III, 20/04/2009.



#### 4.17. Diritti indisponibili

Si ritiene che siano del tutto esclusi dal principio di non contestazione, che costituisce una forma di "negoziante processuale", inapplicabile ai diritti di cui le parti non possono disporre proprio perché è obbligatorio il controllo del giudice. Ma si può anche ritenere che la non contestazione riguarda i fatti e non i diritti. In tal caso, residuerebbe un'area di valutazione del giudice come argomento di prova. Partendo da tale ultima considerazione, è certo preferibile considerare i diritti indisponibili compresi nell'area di applicazione della non contestazione, sul rilievo della dottrina secondo la quale la non contestazione non è norma di carattere sostanziale ma processuale, per cui le parti con la non contestazione in realtà "non dispongono" del diritto. Se è così, non vi è motivo per non «configurare la possibilità della non contestazione anche qualora la causa verta su diritti indisponibili»<sup>38</sup>. A sostegno di tale ultima impostazione, può però ritornare utile un argomento<sup>39</sup> posto a sostegno della tesi contraria (non riconducibilità nell'area della non contestazione dei diritti indisponibili). In sostanza, anche in materia di diritti indisponibili, come nell'esempio della lite fra coniugi sulla misura delle rispettive entrate, il tasso di affidabilità della non contestazione è maggiore quanto maggiore è il tasso di litigiosità: «in un processo su diritti indisponibili, la non contestazione – o l'ammissione *tout court* – sono tanto più attendibili, quanto più alta è, in generale, la conflittualità fra le parti»<sup>40</sup>.

#### 4.18. Contratti con forma scritta ad probationem (2725 c.c.)

È posto il principio che nei contratti con forma scritta ad probationem<sup>41</sup> operano dei limiti legali di prova (né testimoni né presunzioni) dato che tali contratti debbono rivestire una data forma scritta ai fini della prova, e quindi non si possono provare con altri mezzi. Ma i limiti legali alla prova **non si applicano al caso in cui il fatto non è stato contestato**. Ciò perché il fatto non contestato è entrato nel processo come fatto provato, indifferente ai limiti legali, che riprendono a operare solo se vi sia stata la contestazione<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> M. TARUFFO, *op. cit.* 48

<sup>39</sup> M. FORNACIARI, *op. cit.*, 32

<sup>40</sup> M. FORNACIARI, *op. cit.*, 32

<sup>41</sup> Quindi con prescrizione di forma ai fini della prova e non della validità del contratto. Per esempio: transazione, assicurazione, cessione d'azienda.

<sup>42</sup> **[Non contestazione e limiti legali alla prova: il pagamento e il divieto di prova testi ex art. 2726]**. Cass. 2009/23142: L'esatto adempimento di una prestazione previdenziale da parte dell'INPS può essere desunto, anche in sede di gravame, dal comportamento processuale delle parti, alla stregua del principio di non contestazione che informa il sistema processuale civile ed è applicabile anche nella fase introduttiva del giudizio di appello, nella quale, ferma la non modificabilità della domanda, la leale collaborazione tra le parti, manifestata con la previa presa di posizione sui fatti dedotti, è funzionale all'operatività del principio di economia processuale e rileva anche ai fini delle valutazioni discrezionali che il giudice del lavoro è chiamato ad adottare in ordine all'ammissione, anche d'ufficio, di nuove prove. **Né, ai fini dell'applicabilità del principio di non contestazione, rilevano i limiti posti dalla legge per taluni fatti alla prova per testimoni o per presunzioni, o la mancata deduzione di idonee prove per l'eventuale conferma dei fatti allegati.** (Nella specie la S.C. ha precisato che l'allegazione di pagamenti non può ritenersi preclusa in appello, non comportando l'introduzione nel giudizio di domande o eccezioni in senso stretto nuove, né una loro modifica, riferendosi, invece, ad un fatto estintivo operante di diritto e rilevabile anche d'ufficio, e ha rigettato il ricorso proposto avverso la sentenza dei giudici di merito che avevano ritenuto avvenuto il pagamento delle somme oggetto della domanda anche in base alla non contestazione dell'allegato previo adempimento da parte

Esempio: se un contratto va provato per iscritto (vd. art. 1888 contratto tra assicurato e assicuratore) e l'esistenza del contratto non è contestata, la non contestazione rende "provato" il contratto.

#### 4.19. Contestazione e fase stragiudiziale

Ciò accade di frequente nella prassi: Tizio, nelle trattative (pre-processuali), non contesta una certa pretesa. Adito il giudice, quel fatto non contestato non ha rilievo, poiché "formatosi" fuori dal processo. La non contestazione "implica" il processo e non opera "fuori" dal processo. Altra questione è la tutela dell'affidamento della controparte sotto il profilo della tutela della buona fede. La questione, in tal caso, è però più complessa: infatti, se Tizio deduce la responsabilità della controparte per violazione del canone di buona fede nella fase stragiudiziale, inevitabilmente allega un fatto: la mancata contestazione della pretesa in fase di trattative. È chiaro che in un caso del genere non si potrà porre a fondamento della irrilevanza nel processo della non-contestazione nella fase preprocessuale, la stessa non-contestazione preprocessuale. Insomma si vuol dire che la non contestazione non può avere a fondamento se stessa.

#### 4.20. Contestazione ed enti pubblici

Si segnala dalla dottrina come la qualità della parte sia irrilevante. La Suprema Corte osserva, in genere, che la valorizzazione della qualità di ente pubblico del litigante è totalmente irrazionale, in quanto stravolge gli istituti dell'allegazione e della prova e assegna all'amministrazione un'odiosa forma di supremazia e privilegio (Cass. civ., sentenza 2 novembre 2009 n. 23142).<sup>43</sup> Nessun limite, dunque, alla non contestazione in ragione della qualità di una parte del giudizio.

## 5. Conclusioni

La non contestazione rende il fatto non bisognevole di prova o di ulteriore approfondimento istruttorio. Ma ciò non implica **la verità di quel fatto (Taruffo)**<sup>44</sup>.

La "non contestazione" si pone come regola di giustificazione della motivazione in fatto e non come regola della decisione.

In generale, la giustificazione delle asserzioni, è sempre cosa diversa dalla verità sottostante e ciò a livello epistemologico prima ancora che giuridico.

Infatti, verità e giustificazione sono due cose diverse. Ad esempio: due circostanze possono avere la stessa condizione di giustificazione pur avendo differenti condizioni di verità. Come nell'esempio di Brandom<sup>45</sup>, se io dico che A) "sposerò Maria" e B) "prevedo che sposerò Maria", per questa seconda affermazione non vi sono circostanze in cui possa avere ragione di dire che prevedo che sposerò Maria ma non di dire che sposerò Maria. Però, se Maria muore, l'affermazione A) si rivelerà falsa mentre sarà vera B) poiché in effetti

---

dell'appellante INPS, rimasto contumace in primo grado). (Rigetta, App. Potenza, 02/07/2008).

<sup>43</sup> Così G. BUFFONE, *op. cit.*

<sup>44</sup> M. TARUFFO, *Verità negoziata?*, Quad. n. 11 Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2008, in *Cod. proc. civ. commentato, La riforma del 2009*, IPSOA, 2009, comm. sub. art. 115.

<sup>45</sup> In D. MARCONI, *Per la verità*, Einaudi, 2007

avevo realmente previsto di sposare Maria ma purtroppo è morta. Come si nota nell'esempio proposto, **la condizione di giustificazione è uguale per entrambi i casi ma la condizione di verità no**. Se è così, il concetto di verità è diverso dal concetto di giustificazione.

Il giudice, considera il fatto come provato ma ciò non significa che il fatto sia anche vero. Ecco perché la non contestazione non incide o limita il potere di convincimento del giudice il quale deve comunque **giustificare la motivazione in fatto posto che la decisione si giustifica solo se la motivazione è idonea a giustificare la decisione**<sup>46</sup>.

La non contestazione è un criterio legale di giustificazione del giudizio in fatto, tanto che i fatti vengono posti "a fondamento" della decisione come lo possono essere anche le nozioni di comune esperienza (art. 115, comma 2).

Ma le regole di giustificazione del giudizio in fatto, non sono regole di decisione. Queste sono rappresentate esclusivamente dalle norme che stabiliscono chi, in mancanza di prova, è da considerarsi soccombente<sup>47</sup>, come nell'esempio del debitore che afferma di aver pagato, a fronte dell'allegazione di omesso pagamento. A questo punto, il debitore, stante che il fatto è contestato, ha l'onere di provare il fatto modificativo o estintivo del debito. Se non lo fa soccombe<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Così A. NAPPI, nota a: Cassazione civile, 05 Gennaio 2007, n. 36 sez. Unite, Cassazione civile, 19 Dicembre 2006, n. 27130 sez. III, GC, Giuffrè 2008, 2, 419 ss.

<sup>47</sup> **[Onere di allegazione e onere della prova]**. In maniera esemplare, prima della novella del 2009, così definiva il tema A. NAPPI, *op. cit.*:

1. Ancora criteri legali di inferenza sono quelli dettati dalle norme che distribuiscono tra le parti l'onere della prova.
2. Si tratta infatti di norme che individuano la parte cui la decisione risulterà sfavorevole anche se risultasse solo incerto alcuno dei fatti rilevanti, posto che il procedimento giurisdizionale non può concludersi con un *non liquet* e quindi una decisione deve essere comunque assunta, pur quando manchino tutte le informazioni necessarie ad accertare i fatti costitutivi o modificativi o impeditivi o estintivi dei diritti controversi. Secondo la giurisprudenza, **«l'indagine sull'incidenza dell'onere della prova è rilevante e necessaria soltanto in relazione ai fatti decisivi che il giudice non possa accertare iuxta alligata et probata, nel senso che, di fronte al risultato negativo della prova della domanda o della eccezione, il giudice non può che trarre, dall'inadempimento dell'onere probatorio, la conseguenza della soccombenza della parte che quella prova era tenuta a dare; è invece superflua quella indagine quando il giudice, dalle prove acquisite al processo e da qualunque parte fornite, può desumere il proprio convincimento sulla verità dei fatti allegati a fondamento della domanda o della eccezione; nel qual caso, mentre il giudice ha il potere-dovere di valutare le prove nel loro complesso e indipendentemente dalla loro provenienza dall'una o dall'altra parte, ciascuna di queste, d'altronde, deve subire il vaglio cui il giudice sottopone quelle prove, quale che ne sia stato l'esito e a prescindere dal fatto che l'onere della prova fosse o meno a suo carico»**. È per questa ragione si tende ormai a escludere l'esigenza di provare i fatti non contestati, benché specificamente allegati.

<sup>48</sup> «In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto e il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza, dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ulteriormente precisandosi, in tale prospettiva, che eguale criterio di riparto deve ritenersi applicabile anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, posto che allora al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione, ad esempio, di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata

Da ciò consegue che di fronte alla mancata contestazione, il giudice tiene conto di questa ai fini della giustificazione del giudizio in fatto e questa fonderà la decisione solo se la motivazione del giudizio in fatto, nel suo complesso e quindi "anche" con la mancata contestazione, sarà idonea a giustificare la decisione, non incorrendo nell'error in procedendo.

Invero, ai sensi dell'art. 360 comma 2 nr. 5, solo la motivazione sul fatto controverso è oggetto di ricorso in cassazione.

La motivazione sul "fatto controverso" non è solo la motivazione sul fatto che è stato oggetto di contestazione ma la motivazione che dice perché (per quale motivo) dei fatti posti a fondamento della decisione solo alcuni sono controversi e altri no in quanto non contestati. Il caso esemplare è quando il giudice considera provato un fatto poiché non contestato ex art. 115 c.p.c. e, contemporaneamente fonda la decisione (oltre che) su tale fatto anche su di un altro fatto, oggetto di contestazione e incompatibile col fatto "provato" ex art. 115 c.p.c.