

---

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) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - 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 LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - 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, componente laico C.S.M.).

---

**PRIME OSSERVAZIONI SUI RAPPORTI TRA ONERE DI SPECIFICA CONTESTAZIONE E PRECLUSIONI DELLE ATTIVITA' ASSERTIVE ED ASSEVERATIVE DOPO LA [L. 162/2014](#).**

Articolo di **di Gianluca CASCELLA**<sup>1</sup>

1. L'onere di specifica contestazione. - 2. Le memorie ex art. 183 c.p.c. - 3. I rapporti tra art. 115 e art. 183 c.p.c. - 4. La recente riforma. - 5. Conclusioni.

---

<sup>1</sup> Docente di Diritto Processuale Civile c/o S.S.P.L. Università Federico II, Napoli.

## 1. L'onere di specifica contestazione.

Tale onere è stato positivizzato ad opera della L. n. 69 del 18.6.2009, attraverso il novellato 1° comma dell'art. 115 c.p.c., per effetto del quale, come si afferma in dottrina, si è proceduto a dare veste normativa al principio, ritenuto già presente nel nostro sistema processuale, di non contestazione, anche se il medesimo riguarda solo le parti costituite – quindi anche l'attore – e deve ritenersi integrato anche in presenza di una condotta omissiva, la quale è da ritenersi, in termini di effetti, equivalente al silenzio nonchè alla contestazione solo generica<sup>2</sup>; esso, inoltre, ha dato origine a diversi orientamenti giurisprudenziali, che si riflettono, conseguentemente, sulla individuazione di un *discrimen* temporale tra i processi, ai fini della sua applicazione.

Nella giurisprudenza di merito, un primo orientamento ha avuto modo di sostenere che l'intervento di cui alla richiamata disposizione legislativa possiede efficacia meramente ricognitiva di un principio già presente nel sistema<sup>3</sup>, mentre una seconda posizione ha affermato, al contrario, che la predetta disposizione sarebbe, *ratione temporis*, applicabile solo alle controversie introdotte dopo la entrata in vigore della riforma in questione<sup>4</sup>; guardando infine a quella di legittimità, si rileva come, già prima dell'intervento legislativo del 2009, siano state numerose le pronunzie che hanno riconosciuto la esistenza di detto principio all'interno del sistema<sup>5</sup>, e, dopo la entrata in vigore della nuova disposizione, la S.C. - come del resto era prevedibile - ha dato continuità al proprio orientamento interpretativo, affermando come alla disposizione di nuova introduzione dovesse riconoscersi efficacia meramente ricognitiva<sup>6</sup>.

In conseguenza, la novellata formulazione dell'art. 115, 1° comma c.p.c. - con il conseguente riparto dell'onere probatorio che essa introduce – per il primo orientamento giurisprudenziale risulterà applicabile anche ai processi sorti

---

2 GIANI S., *La non contestazione nel processo civile tra definizione del thema decidendum e del thema probandum*, in *ILCaso.It*, 2010, II, 217, p.6.

3 Trib. Piacenza, 2 febbraio 2010, in *Giur. Merito*, 2010, 1322.

4 Trib. Rovigo, 14 febbraio 2011, in banca dati *Pluris-cedam.utetgiuridica.it*, voce *Procedimento civile*.

5 *Ex multis*, Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2002, n.761, in *Foro it.*, 2002, I, 2019, in cui la Corte ha affermato, in sostanza, che in presenza della mancata contestazione di un fatto, risulta inutile provarlo, dovendosi ritenersi incontrovertito e vincolando il giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza, per cui la Corte perviene a trasformare quello che costituisce un fatto sostanzialmente negativo, quale l'assenza di contestazione, in un fatto positivo, quale invece una linea difensiva incompatibile con la negazione di quel medesimo fatto.

6 Cfr., in motivazione, Cass. civ., sez. III, 10 novembre 2010, n. 22837, in *Danno e resp.*, 2011, 4, 382.

prima del 4.7.2009, mentre per il secondo esclusivamente a quelli introdotti dopo tale ultima data.

Brevemente, va tenuto presente, per comprendere cosa debba intendersi per fatto contestato ovvero non contestato, che secondo la dottrina oggetto della contestazione è, in sostanza, non il fatto, bensì la sua allegazione, e cioè se essa risponda o meno a verità, dal momento che l'allegazione medesima attiene e si risolve nell'affermazione di una circostanza che si assume essersi verificata nel mondo reale<sup>7</sup>, il c.d. fatto storico.

Passando ad esaminare la concreta rilevanza che detto principio ed il suo concreto rispetto possiedono, con i conseguenziali e rilevanti effetti che esso produce sull'onere probatorio gravante sulla controparte del soggetto chiamato a contestare in maniera specifica ed analitica le avverse allegazioni e deduzioni, va rilevato come essa possa ricavarsi, innanzitutto, dalla collocazione topografica che il legislatore del 2009 ha riservato a quei fatti definiti come *non contestati*.

Nel processo di cognizione, l'onere previsto dall'art. 167, primo comma, c.p.c., di proporre nella comparsa di risposta tutte le difese e di prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, comporta che, esaurita la fase della trattazione, non è più consentito al convenuto, per il principio di preclusione in senso causale, di rendere controverso un fatto non contestato, né attraverso la revoca espressa della non contestazione, né deducendo una narrazione dei fatti alternativa e incompatibile con quella posta a base delle difese precedentemente svolte, come afferma la S.C.<sup>8</sup>

Tale collocazione sistematica, secondo alcuni, è significativa dell'importanza che detto principio assume nella struttura del processo e della sua scansione, in quanto esso assume rilevanza sul piano probatorio e non su quello della determinazione del *thema decidendum*, risolvendosi in un mero strumento di economia processuale, che produce, in favore della controparte, una *relevatio ab onere probandi*, permettendo la risoluzione della controversia senza lo svolgimento di attività probatoria sulle circostanze di fatto non specificamente contestate<sup>9</sup>; anzi, secondo altra opinione, l'effetto della mancata specifica contestazione darebbe luogo ad una ipotesi riconducibile alla categoria prevista dagli art. 2727 e ss. c.c.<sup>10</sup>; in conseguenza, volendo seguire tale ricostruzione, il fatto c.d. *noto* sarebbe rappresentato dalla mancata specifica contestazione che, per effetto della disposizione di cui all'art. 115 c.p.c., consentirebbe di ritenere provato il fatto c.d. *ignoto* (o meglio la cui esistenza sarebbe da provare da parte del soggetto che lo allega, ex art. 2697 c.c.) rappresentato appunto dal (o dai) fatto (i) che una delle parti assume a fondamento della propria domanda(e) e/o eccezione(i); del resto, secondo alcuni la importanza del predetto principio emerge tenendo presente che la non contestazione costituisce una tecnica di semplificazione dello svolgimento del processo, il cui

---

<sup>7</sup> TARUFFO M., *La prova nel processo civile*, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 2012, p. 34.

<sup>8</sup> Cass. civ., sez. II, 29 novembre 2013, n. 26589, in *CED*, Cassazione, 2013.

<sup>9</sup> GIANI S., *op. cit.*, p. 7.

<sup>10</sup> CEA C.M., *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Il Giusto processo civile*, 2006, 2, 219.

fine è costituito dall'economia processuale, per cui in ragione di tanto la medesima deve ritenersi meritevole di tutela costituzionale ai sensi dell'art. 111 Cost, alla luce del quale anche il requisito della ragionevole durata concorre a rendere giusto, nel senso di cui alla citata previsione della Carta fondamentale, un processo<sup>11</sup>.

Allora, quasi a rimarcare, *a contrario*, quelli che devono essere i confini della contestazione che ciascuna parte processuale è chiamata a formulare nei confronti dei fatti posti dal proprio avversario a fondamento della relativa pretesa, si parla di *fatti non specificamente contestati dalla parte costituita*, fatti che l'art. 115, 1° comma c.p.c., prevede possano essere posti dal giudice a fondamento della decisione, insieme alle prove offerte dalle parti, ovvero dal pubblico ministero, ovviamente nei casi in cui è obbligatoria la sua partecipazione al giudizio.

Si osserva, poi, come qualche opinione critichi la collocazione dei fatti non specificamente contestati nel primo comma della norma innanzi richiamata, rilevando come, probabilmente, la loro migliore collocazione sarebbe stata, invece, al secondo comma, accanto ai fatti notori che, al pari dei primi, non necessitano di essere provati<sup>12</sup>; nonostante la critica formulata, tale autore prova comunque ad individuare la potenziale *ratio* di tale scelta legislativa, nella circostanza che detta collocazione potrebbe trovare giustificazione nel rilievo per cui, in tal modo, la richiamata efficacia probatoria può essere riconosciuta ai fatti in questione indipendentemente dal soggetto cui vada imputata la mancata specifica contestazione, e quindi sia che si tratti del convenuto, sia dell'attore, sia di eventuali interventori<sup>13</sup>.

In sostanza, allora, sul convenuto che si costituisce resistendo alla pretesa attorea - ma tanto vale anche per l'attore, nei riguardi delle allegazioni e difese svolte dalle parti convenute - grava un onere di specifica contestazione, richiedendosi, quindi, di prendere posizione in maniera analitica, punto per punto, in relazione ai fatti posti a base delle avverse pretese.

In concreto, tenendo nella doverosa considerazione che, per la S.C., la specifica contestazione può dirsi integrata da una analitica confutazione, in termini di *an et quantum debeat*, della pretesa avanzata dalla controparte, in modo da investire tutti i fatti costitutivi della stessa, anche se con riguardo ai soli fatti c.d. principali<sup>14</sup> - mentre altra posizione in seno alla giurisprudenza di legittimità ritiene, in modo invero maggiormente condivisibile, che tutti i fatti, principali e/o secondari (dedotti ad esempio in funzione di prova dei primi) devono essere specificamente ed analiticamente contestati<sup>15</sup>, risultando invero

---

11 CEA C.M., *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), par. 2

12 MAZZARELLA F., TESORIERE G., *Guida al processo civile riformato*, Padova, 2013, p. 147.

13 MAZZARELLA F., TESORIERE G., *op. loc. cit.*

14 Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761, *cit.*

15 Cass. civ., sez. lav., 17 aprile 2002, n. 5526, in *Arch. Civ.*, 2003, 226, che ha affermato "La funzione della non contestazione ai fini della determinazione dell'oggetto della controversia, e la necessaria correlazione tra oneri di allegazione, di contestazione e di prova, comporta che la decadenza per l'indicazione dei mezzi di prova espressamente comminata dall'art. 416, 3° comma implichi altresì preclusione per i primi, alla cui dimostrazione i secondi sono finalizzati. La tendenziale irreversibilità della non contestazione risulta comunque dalla struttura

non comprensibile una diversa graduazione dell'intensità di detto onere (anzi, delle concrete modalità di suo assolvimento) a seconda della natura dei fatti, distinzione del resto ritenuta artificiosa da alcuni<sup>16</sup>- allora, il convenuto che si costituisce omettendo tale specifica contestazione, nelle intenzioni del legislatore è come se riconosca la fondatezza e verità di tali fatti, con conseguente esonero, per l'attore, dalla necessità di provarli (ed analogo discorso vale per l'attore, ove non contesti specificamente i fatti posti dal convenuto a fondamento delle relative difese). Infine, va tenuto presente che, in conseguenza di tale ricostruzione sistematica dell'onere di specifica contestazione, come emergente dal richiamato orientamento di legittimità, le corti di merito affermano l'assoluta identità, in termini di effetti dalla stessa prodotti sull'onere probatorio gravante sulle parti, tra contestazione generica e mancata contestazione: ad esempio, si è sostenuto che la contestazione generica equivale a mancata contestazione della domanda e, poiché la mancata contestazione esclude il fatto incontestato dall'area del controverso, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo il diritto vantato dall'opposto, dovendosi ritenere per positivamente accertamento su *an* e *quantum*, andrà riconosciuto nella misura di cui al provvedimento monitorio<sup>17</sup>. Ancora, si è statuito che, nel caso di contestazione, da parte del correntista, della illegittima applicazione degli interessi usurari da parte della banca convenuta, affidata tuttavia ad una generica contestazione delle modalità di svolgimento del rapporto di conto corrente, senza che vi sia l'indicazione, da parte dell'opponente, nemmeno in via di approssimazione, dell'entità delle somme esatte, né producendo documenti idonei a colmare la lacuna, in tale ipotesi non risulta assolto l'onere probatorio gravante sul correntista, che dovrà sopportare i conseguenti effetti in termini di rigetto della spiegata opposizione<sup>18</sup>.

Allora, tale scelta legislativa – *rectius*, il concreto comportamento di una parte processuale che la norma in questione sostanzialmente prevede – produce effetti anche nei confronti del giudice, al quale, come da alcuni si afferma, per effetto di essa, viene sostanzialmente imposto di ritenere veri – ed in quanto tali non necessitanti di prova – quei fatti che non hanno costituito oggetto di una specifica contestazione delle parti costituite<sup>19</sup>; anzi, come si afferma in giurisprudenza, la non contestazione di determinati fatti da ambo le parti in causa rappresenta un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, tenuto ad astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale ed a ritenerlo perciò sussistente, dal momento che l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso

---

*complessiva del processo*".

16 GIANI S., *op. cit.*, p. 9.

17 Trib. Perugia, sez. lav., 12 febbraio 2013, in banca dati *Pluris-cedam.utetgiuridica.it*, voce *Ingiunzione (procedimento per)*, sottovoce *Opposizione*.

18 Trib. Torre Ann.ta, 17 aprile 2013, in banca dati *Pluris-cedam.utetgiuridica.it*, voce *Conto corrente*.

19 TARUFFO M., *Sub art. 115 c.p.c.*, in CARRATTA A., TARUFFO M., *Dei poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c.*, a cura di Chiarloni S., Bologna, 2011, p. 493.

dall'ambito degli accertamenti richiesti<sup>20</sup>, vincolo che produce i suoi effetti anche nei confronti dell'eventuale giudice di appello, che a fronte di una specifica contestazione formulata solo in tale sede, dovrà necessariamente ritenerla tardiva ed inammissibile<sup>21</sup>, con le ovvie conseguenze sull'esito dell'impugnazione; tale principio trova un doveroso contemperamento nel principio, che può dirsi speculare ed intimamente collegato al primo, definito come *vicinanza della prova*, che, dettato in tema di riparto dell'onere probatorio, attiene alla effettiva possibilità, per ciascuna delle parti, di fornire una determinata prova<sup>22</sup>.

Ne consegue, allora, che, quanto più vicini, conosciuti e/o comunque agevolmente conoscibili – anche solo con l'ordinaria diligenza – risultino, per una parte processuale, i fatti su cui l'avversario fonda la propria pretesa, allora tanto più specifica ed analitica dovrà essere la loro contestazione da parte della medesima, per evitare che i fatti in questione possano essere considerati *non specificamente contestati*, nel senso previsto dall'art. 115, 1° comma c.p.c.; mentre, per converso, ove i fatti in questione siano, per la controparte, poco noti e/o comunque tutt'altro che agevolmente conoscibili facendo uso della diligenza ordinaria, in base al richiamato principio, la parte nei cui confronti i fatti predetti sono invocati non potrà ritenersi gravata di un onere di loro specifica contestazione, per evitare che gli stessi possano essere posti dal giudice a base della decisione, in quanto non specificamente contestati: dunque, più un fatto è da ritenersi vicino ad un parte, in applicazione del principio di vicinanza della prova, ex art. 2697, 1° comma c.c. la stessa, quel medesimo fatto, se lo invoca a sostegno della propria pretesa, sarà tenuta a provarlo nel modo più specifico ed esaustivo possibile, mentre, per converso, se viene invocato a sostegno dell'avversa pretesa, sarà tenuta a contestarlo nel modo più specifico ed analitico a lei possibile<sup>23</sup>.

Occorre tenere presente, tuttavia, che, in determinate ipotesi, come ad esempio nel caso in cui una della parti produca dei documenti, l'operatività del principio di non contestazione deve ritenersi subordinata a che i documenti in questione possano dirsi realmente esistenti – quindi, ad esempio, completi in

---

20 Trib. Padova, 13 marzo 2014, in banca dati *Pluris-cedam.utetgiuridica.it.*, voce *Procedimento civile*, sottovoce *Valutazione delle prove*.

21 App. Potenza, sez. lav., 28 novembre 2013, in banca dati *Pluris-cedamutetgiuridica.it.*, voce *Procedimento civile*.

22 In tal senso, da ultimo [Cass. civ., sez. I, 3 giugno 2014, n. 12366](#), in *IICaso.it.*, 2014, I, 1058,

23 Basti pensare ad una ipotesi che si verifica alquanto di frequente e che costituisce utile esempio a tal fine, e cioè all'esecuzione delle opere oggetto di un contratto di appalto, in quanto se è l'appaltatore che invoca il contratto per conseguire il pagamento del corrispettivo pattuito, dovrà provare – proprio in applicazione del principio di *vicinanza della prova* – di avere eseguito le stesse a regola d'arte, per qualità e quantità; per converso, se le opere in questione, *sub specie* di una loro errata e/o parziale esecuzione, siano invocate dall'appaltante che contesta l'inadempimento contrattuale del primo ed intenda conseguire la risoluzione del contratto e/o il risarcimento del danno, proprio perchè si tratta di fatti che, nella loro oggettività, sono senza dubbio più vicini all'appaltatore che al committente, la specifica contestazione, da parte del primo, dei fatti che l'appaltante pone a fondamento della sua azione dovrà necessariamente passare, da parte dell'appaltatore, attraverso la dimostrazione di avere realizzato correttamente i lavori appaltati, sotto ogni aspetto.

ogni loro parte e sottoscritti , a maggiore ragione se si tratti di mere copie fotostatiche – con conseguente esclusione della operatività di tale principio, in assenza di tali requisiti minimi; il che, ovviamente, produce precisi effetti anche in relazione all'onere di specifica contestazione gravante sulla parte nei cui confronti detti documenti sono prodotti ed invocati, in quanto - per restare all'esempio innanzi proposto – più sono completi tali documenti, tanto più specifica e completa dovrà essere la contestazione da sollevare nei loro confronti per evitare l'operatività del richiamato principio; la S.C., del resto, conferma quanto innanzi evidenziato, con l'affermare che l'operatività del principio di non contestazione delle risultanze di un documento prodotto da una delle parti del giudizio presuppone un requisito minimo, costituito dalla necessità che del documento stesso sia pacifica l'esistenza dal punto di vista giuridico<sup>24</sup>; infine, se la dottrina e la giurisprudenza assolutamente prevalenti ritengono che il principio della non contestazione trovi applicazione esclusivamente nei confronti della parte costituita, e non anche di quella contumace, si riscontra anche una posizione sul punto differente, per la quale, in sostanza, ben potrebbe – non ostandovi alcuna preclusione a livello di Carta Costituzionale – applicarsi detto principio anche alla parte contumace<sup>25</sup>, proponendosi quindi, da parte di tale studioso, una sostanziale equiparazione tra contumacia e non contestazione che, invero, sembrerebbe aver trovato un primo potenziale riconoscimento nella formulazione del nuovo art. 183bis c.p.c., come si è provato ad evidenziare nel prosieguo del presente scritto (*infra*, cfr. par. 4).

## **2. Le memorie ex art. 183 c.p.c.**

La norma innanzi richiamata introduce, per le parti, la possibilità di esercitare, attraverso le memorie che la stessa prevede, il cosiddetto *jus corrigendi* o *poenitendi* - come già stabiliva il previgente art. 183, 5° comma c.p.c. - ovvero quella facoltà di calibrare, correggere e adeguare le proprie difese alla mutata situazione processuale, come dipendente dalle difese svolte dalla controparte, e tanto per l'attore innanzitutto con il compimento – ai sensi del 5° comma di tale norma – di quelle attività che si rendano indispensabili a fronte delle difese svolte dal convenuto (ad esempio, la proposizione di una domanda riconvenzionale che sia conseguenza della riconvenzionale formulata dal convenuto – la c.d. *reconventio reconventionis*<sup>26</sup> – oppure la chiamata in causa

---

24 Cass. civ., sez. III, 28 maggio 2013, n. 13206, in *CED*, Cassazione, 2013.

25 CEA C.M., *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 269 e ss.

26 Come ad esempio potrebbe verificarsi nel caso in cui il danneggiato abbia proposto domanda risarcitoria da sinistro stradale solo per danni materiali e la impresa di assicurazione si sia costituita formulando domanda riconvenzionale per l'accertamento dell'inesistenza di ulteriori danni subiti dall'attore, costringendo così di fatto quest'ultimo a spiegare *reconventio reconventionis* per completare la domanda risarcitoria allegando di avere riportato anche lesioni personali, delle quali in conseguenza ne richieda, in aggiunta, il risarcimento; oppure,

di un terzo<sup>27</sup>) nonché, per il convenuto, con l'appendice scritta delle memorie previste dal 6° comma, i cui termini per il relativo deposito il tribunale è obbligato a concedere.

In proposito, per una migliore comprensione delle finalità perseguite con tale previsione legislativa, va brevemente ricordato che, in considerazione di quello che è il fondamentale requisito della *causa petendi* – efficacemente definito, di recente, in giurisprudenza, come la natura oggettiva della situazione soggettiva giuridicamente tutelata dedotta in giudizio e individuata con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico di cui essi sono rappresentazione<sup>28</sup> – occorre richiamare la distinzione dei diritti in *autodeterminati* (ad esempio, la proprietà e gli altri diritti reali) ed *eterodeterminati* (i diritti di credito): tale distinzione viene dalla concorde giurisprudenza di legittimità ricostruita nel senso che quelli appartenenti alla prima categoria vengono individuati attraverso la sola indicazione della tipologia normativa di diritto fatta valere e del bene che ne è oggetto, mentre per la individuazione dei secondi – *id est* del diritto di credito – occorre necessariamente un *quid pluris*, costituito dalla indicazione anche dei fatti costitutivi che l'hanno originato<sup>29</sup>, cioè dei fatti costitutivi della relativa *causa petendi*<sup>30</sup>; ben si comprende, allora, perchè la S.C. ritiene che, in quanto la domanda introduttiva di un giudizio di risarcimento del danno ha ad oggetto un diritto c.d. eterodeterminato, l'attore è tenuto ad indicare espressamente i fatti materiali che assume essere stati lesivi del proprio diritto, a pena di nullità per violazione dell'art. 163, n. 4, c.p.c.<sup>31</sup>, mentre, nel caso in cui venga chiesta in giudizio la tutela di un diritto reale, trattandosi di un diritto autodeterminato, la domanda giudiziale ha ad oggetto quel diritto su un bene precisamente individuato, restando indifferente il titolo di acquisto dello stesso, senza necessità di specificazione dei fatti costitutivi della *causa petendi* del diritto in questione<sup>32</sup>.

Per la dottrina, i diritti autodeterminati sono quelli che non possono sussistere, simultaneamente, con il medesimo contenuto e tra i medesimi soggetti, di guisa che la loro individuazione avviene semplicemente indicandone il contenuto, senza che assuma rilievo alcuno l'indicazione del relativo fatto generatore, come ad esempio avviene per il diritto di proprietà, per il quale, affermando che esso esiste, in un determinato momento, a favore di un

---

nel caso in cui l'appaltatore, dopo aver ingiunto al committente il pagamento di una quota di lavori, a fronte della riconvenzionale avanzata da quest'ultimo per la risoluzione del contratto per inadempimento, venga ad ampliare la propria pretesa di pagamento a lavori ulteriori compiuti nelle more, il cui corrispettivo, ovviamente, non risultava incluso nella originaria ingiunzione di pagamento,

27 Ipotesi molto frequente, ad esempio, in caso di sinistro stradale tra veicoli con domanda riconvenzionale del convenuto e conseguente chiamata in garanzia, da parte dell'attore, dell'impresa assicuratrice del proprio veicolo.

28 Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2014, n. 3510, in banca dati *Pluris-cedam.utetgiuridica.it.*, voce *Competenza e giurisdizione civile*.

29 Cass. civ., sez. III, 12 ottobre 2012, n. 17408, in *Danno e Resp.*, 2012, 12, 1255.

30 Cass. civ., sez. I, 12 novembre 2013, n. 25378, in *CED*, Cassazione, 2013.

31 Cass. civ., sez. III, 12 ottobre 2012, n. 17408, *cit.*

32 Cass. civ., sez. II, 31 marzo 2014, n. 7502, in *Quotidiano giuridico*, 2014.



determinato soggetto e con un certo contenuto, lo stesso potrà dunque dirsi sufficientemente individuato<sup>33</sup>; al contrario, quelli eterodeterminati sono suscettibili di contemporanea esistenza, con lo stesso contenuto e tra gli stessi soggetti, e si differenziano in ragione del fatto costitutivo di ciascuno di loro, sempre diverso, e che per converso li identifica, per cui per questi ultimi il fatto costitutivo identifica la *causa petendi*, con la conseguenza che, per gli stessi, mutare i fatti equivale a mutare il diritto ed, in ultima analisi, a mutare la domanda proposta in giudizio<sup>34</sup>, e qui ovviamente tornano in gioco le preclusioni processuali.

Guardando brevemente alle attività che è possibile compiere con le tre memorie previste dal sesto comma dell'art. 183,6° comma c.p.c., va tenuto presente che quella consistente nella precisazione viene posta in essere allorché la parte che la esegue proceda a chiarire ed esplicitare le difese già svolte, anche allegando fatti ulteriori, ed essa non incide in senso modificativo né sull'oggetto di quanto la parte ha posto a fondamento della propria domanda e/o delle eccezioni(in senso proprio) sollevate<sup>35</sup>; di contro, si ha modificazione – ed è quindi l'ipotesi della *mutatio libelli* – nel caso in cui, come afferma la giurisprudenza di legittimità, si avanzi una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un *petitum* diverso e più ampio oppure una *causa petendi* fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima e particolarmente su un fatto costitutivo radicalmente differente, di modo che si ponga al giudice un nuovo tema d'indagine e si spostino i termini della controversia, con l'effetto di disorientare la difesa della controparte ed alterare il regolare svolgimento del processo<sup>36</sup>; ancora, si è in presenza della diversa ipotesi della semplice *emendatio libelli*, quando si apporti alla *causa petendi* una variazione che determina una modifica esclusivamente dell'interpretazione e/o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto, oppure sul *petitum*, attraverso il suo ampliamento ovvero la sua limitazione, al fine di renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa fatta valere<sup>37</sup>.

Volendo soffermarsi su qualche breve esempio, con specifico riguardo alle ipotesi in cui la giurisprudenza ha sanzionato attività processuali compiute dalle parti, si evidenzia come siano state ritenute domande nuove, come tali inammissibili, quelle formulate nei seguenti casi: i) si è stabilito che il fideiussore, nell'opporsi al decreto ingiuntivo contro di lui ottenuto dal creditore garantito, non può eccepire nel corso del giudizio la decadenza di questi per mancato esercizio del diritto contro il debitore principale, ai sensi dell'art. 1957 cod. civ., nel caso in cui esso opponente, nell'atto di citazione in opposizione, abbia unicamente invocato l'invalidità del contratto di fideiussione<sup>38</sup>, e tanto sul

---

33 ARIETA G., DE SANTIS F., MONTESANO L., *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2010, p. 163 e ss.

34 ARIETA G., DE SANTIS F., MONTESANO L., *op. loc. cit.*

35 MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, 2009, p. 91.

36 Cass. civ., sez. lav., 27 luglio 2009, n. 17457, in *Giur. it.*, Mass., 2009.

37 Cass. civ., sez. lav., 27 luglio 2009, n. 17457, *cit.*

38 Cass. civ., sez. III, 5 giugno 2012, n. 8989, in *CED*, Cassazione, 2012.

rilievo che la prima udienza di trattazione e le memorie, di cui all'art. 183 cod. proc. civ., possono essere utilizzate solo per precisare le domande e le eccezioni già formulate, e non per introdurre nel giudizio nuovi temi di indagine, che non siano conseguenza diretta delle difese avversarie; ii) ancora, si è ravvisato un inammissibile mutamento della domanda nel caso in cui un soggetto, che si assumeva preteso danneggiato da una condotta professionale qualificata in termini di colpa medica per errata esecuzione di intervento chirurgico, dopo tale prospettazione iniziale, abbia poi inteso porre a fondamento della proposta azione di risarcimento danni un lamentato difetto di consenso informato<sup>39</sup>, essendo tale diversa pretesa impostata su presupposti di fatto e su conseguenti situazioni giuridiche non prospettati in precedenza, comporti l'immutazione dei fatti costitutivi del diritto fatto valere e, introducendo nel processo un nuovo tema di indagine e di decisione, alteri l'oggetto sostanziale dell'azione e i termini della controversia, tanto da porre in essere una pretesa diversa da quella fatta valere in precedenza<sup>40</sup>; iii) infine, per la S.C., costituisce domanda nuova - come tale vietata e, come tale, inammissibile sia in primo grado che in appello - quella conseguente al sopravvenuto mutamento della pretesa di accertamento del contratto di compravendita del diritto di proprietà in quella di esecuzione coattiva di un contratto preliminare ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., mutamento formalizzato all'udienza di precisazione delle conclusioni in primo grado, differenziandosi le due domande sia in relazione al *petitum*, sia alla *causa petendi*, in quanto la prima è diretta ad ottenere una sentenza dichiarativa, fondata su un negozio con efficacia reale, immediatamente traslativo della proprietà per effetto del consenso legittimamente manifestato, mentre l'obiettivo della seconda è rappresentato da una pronuncia costitutiva, fondata su un contratto con effetti meramente obbligatori come il preliminare, avente ad oggetto l'obbligo delle parti contraenti di addivenire ad un contratto definitivo di vendita per atto pubblico o per scrittura privata autenticata<sup>41</sup>. Inoltre, a riprova e conferma delle finalità e degli obiettivi che, nell'ottica della definitiva delimitazione ed individuazione del *thema probandum et decidendum* che le memorie in questione possono assolvere, di recente in giurisprudenza si è affermato che, con la concessione dei termini ex art. 183 c.p.c., il giudice può invitare le parti a depositare prima dell'udienza uno schema processuale - predisposto dopo la cristallizzazione del *thema decidendum e probandum* - contenente l'indicazione, per ciascun fatto, se esso sia stato contestato, quale dei documenti sia inerente al fatto contestato e le eventuali richieste di prova orale

---

39 Cass. civ., sez. III, 2 settembre 2007, n. 18513, in *Giur. it.*, Mass., 2007.

40 Cass. civ., sez. III, 2 settembre 2007, n. 18513, *cit.*

41 Cass. civ., sez. II, 8 febbraio 2010, n. 2723, in *CED*, Cassazione, 2010; conforme, Cass. civ., sez. III, 29 maggio 2012, n. 8564, in *CED*, Cassazione, 2012, che ha ritenuto sussistere un inammissibile mutamento della domanda allorquando la parte, dopo avere invocato, in primo grado, l'esistenza d'un contratto preliminare con conseguente richiesta di esecuzione in forma specifica, abbia invece qualificato, nel giudizio di secondo grado, il medesimo contratto in termini di patto di opzione, conseguentemente chiedendo che venisse accertato l'avvenuto trasferimento del bene per effetto dell'esercizio dell'opzione.

inerenti al medesimo fatto ed, inoltre, può anche invitare le parti a formulare proposte conciliative<sup>42</sup>.

E' importante, tuttavia, tenere presente che la facoltà riconosciuta alle parti, ed esercitabile con le memorie in questione, attiene alla sola *emendatio libelli*, essendo preclusa, invece, la possibilità di svolgere, con le stesse, una vera e propria *mutatio*, la quale incontra la barriera preclusiva della udienza prevista dall'art. 183 c.p.c.; infatti, per la S.C. l'art. 183 cod. proc. Civ. (sia nel testo anteriore alla riforma di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, sia nel testo successivo) consente all'attore di proporre le domande consequenziali alle eccezioni o domande del convenuto soltanto nell'udienza di cui all'art. 183 cod. proc. civ., e non anche, a pena di inammissibilità rilevabile anche d'ufficio, con le memorie previste dalla medesima norma<sup>43</sup>; inoltre, sempre in tale prospettiva, nella giurisprudenza di merito si è affermato che il potere riconosciuto all'attore di introdurre nuove domande o di chiamare altre parti in causa può essere esercitato solo entro il termine della prima udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c.<sup>44</sup>.

Secondo la dottrina, poi, è sempre in tale udienza che il convenuto, nel caso in cui l'attore abbia ampliato l'originario *thema decidendum* come emergente dal relativo atto introduttivo, è obbligato a proporre le eventuali controeccezioni che siano la conseguenza di tali nuove allegazioni e/o deduzioni dell'attore, ritenendosi invece preclusa, per il convenuto, la possibilità di proporre vere e proprie domande nuove per replicare a quanto di nuovo dedotto dall'attore, poichè altrimenti si verrebbe a realizzare un inaccettabile allargamento delle domande proposte nel medesimo processo<sup>45</sup>. Da un altro punto di vista, infine, va osservato che – anche qui in ossequio ad una finalità acceleratoria del processo – la memoria prevista dal secondo termine di cui all'art. 183, 6° comma c.p.c., presenta una natura che potrebbe definirsi composita o mista, in quanto prevede il compimento di attività prettamente assertive, in cui prosegue la individuazione dell'oggetto del processo<sup>46</sup>, a cui si affiancano, in aggiunta, attività specificamente asseverative, con ovviamente – quanto invero consequenziale alla prima -diversa finalità<sup>47</sup>.

### **3. I rapporti tra art. 115 e art. 183 c.p.c.**

---

42 [Trib. Milano, 20 dicembre 2013](#), in *ILCaso.It*, 2013, I, 9903.

43 Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2013, n. 17708, in *CED*, Cassazione, 2013.

44 Trib. Milano, 24 luglio 2008, in *Corriere del merito*, 2009, 1, 23,

45 PROTO PISANI A., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1999, p. 110 e ss.

46 Essendo indubbiamente rivolte alla delimitazione del *thema decidendum* attività quali il replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dalla controparte, nonchè per proporre quelle eccezioni che sono la conseguenza di tali descritte attività della controparte.

47 In quanto, presupponendo l'avvenuta delimitazione del *thema decidendum*, concorrono alla individuazione del *thema probandum*, prevista attraverso la richiesta di nuovi mezzi di prova nonchè la produzione di documenti.

Le due citate norme risultano tra loro collegate poichè danno vita, complessivamente, ad un sistema di preclusioni per le parti processuali, che si riflette chiaramente sulle possibilità che le rispettive pretese possano trovare accoglimento ovvero rigetto ed, in definitiva, sulla concreta attuazione del diritto alla difesa delle parti, sempre che, ovviamente, il maturarsi delle preclusioni che le norme in questione determinano e prevedono sia imputabile ad una condotta non involontaria di queste ultime.

Con il sistema delle preclusioni - irrigidito per effetto della L. 80/2005 ed ancora di più della L. 263/2005, con cui in linea di massima tutte le domande ed eccezioni sono state concentrate negli atti introduttivi, con l'unica appendice di trattazione scritta prevista dalle memorie di cui all'art. 183, 6° comma c.p.c., come affermato da alcuni<sup>48</sup> - il legislatore processuale ha inteso perseguire la riduzione dei tempi del processo, facendo in modo che le parti siano obbligate a scoprire le proprie carte sin da subito, o quasi, onde evitare che fatti e/o circostanze sopravvenute, magari ad istruttoria già avanzata, se non addirittura chiusa, potessero determinare - salva l'ipotesi della rimessione in termine - una regressione del processo ad un momento anteriore, facendolo ripartire da capo (o quasi) con la conseguente necessità di rinnovare tutte le attività istruttorie già svolte, ed inevitabile allungamento della sua durata; non a caso, allora, si ritrovano le preclusioni in questione - volendo limitare l'esame al solo processo ordinario di cognizione - nelle fasi del suo avvio, o quasi, come testimoniato, ad esempio, dalla previsione dell'art. 167 c.p.c., che vieta (*id est*, preclude) al convenuto la possibilità di compiere determinate attività ove non si costituisca nel termine previsto dalla norma in questione, oppure ancora nell'art. 269 c.p.c.; ancora, infine, per l'appello è noto il regime di preclusioni previsto dall'art. 345 c.p.c. relativamente al c.d. *nova*; di contro, alcune eccezioni sono state dalla giurisprudenza individuate in relazione ad ipotesi particolari, di cui un esempio molto indicativo emerge dalla previsione contenuta nell'art. 1453 c.c. Con riguardo a tale norma, invero, per la S.C., il secondo comma della disposizione consente di poter mutare nel corso del giudizio di primo grado, nonché in appello, e persino in sede di rinvio, la domanda di adempimento in quella di risoluzione in deroga al divieto di *mutatio libelli* sancito dagli artt. 183, 184 e 345 cod. proc. civ., purchè il tema di indagine rimanga circoscritto ai fatti posti a fondamento della inadempienza originariamente dedotta<sup>49</sup>; altra eccezione viene ravvisata, dalla giurisprudenza di legittimità, nel caso in cui la domanda originaria dell'attore consisteva nella richiesta di risarcimento del danno per tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano delle direttive comunitarie n. 75/362/CEE e n. 82/76/CEE, non autoesecutive, in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi, fattispecie in cui la S.C. ha ritenuto non integrare una inammissibile *mutatio libelli* la successiva invocazione, nella memoria ex art. 183 cod. proc. civ., della diretta applicabilità del d.lgs. 8 agosto 1991, n. 257 (con cui si è provveduto a trasporre nell'ordinamento nazionale dette

---

48 MAZZARELLA F., TESORIERE G., *op. cit.*, p. 212.

49 Cass. civ., sez. II, 27 maggio 2010, n. 13003, in *CED*, Cassazione, 2010.

direttive), e del correlativo obbligo risarcitorio contrattuale in riferimento alla adeguata remunerazione, ritenendo detta invocazione niente altro che una modificazione della qualificazione giuridica della domanda originaria, che, basata sull'allegazione dei medesimi fatti costitutivi, ineriva sempre al medesimo diritto del quale era domandata la tutela in giudizio<sup>50</sup>; infine, ulteriore deroga si è ravvisata in una fattispecie avente ad oggetto diritti reali, in cui si è ritenuto non costituire una domanda *nuova*, rispetto a quella di accertamento di donazione indiretta, l'indicazione in corso di causa, di un immobile in luogo di un altro, in quanto la domanda resta comunque compresa in quella originaria, essendo fondata su fatti e comportamenti non diversi, per consistenza ontologica, struttura e qualificazione giuridica, nonché per la riferibilità soggettiva, da quelli con detta domanda prospettati ed avendo tale indicazione il solo scopo di precisarne o restringerne il *petitum*<sup>51</sup>.

A questo punto, occorre procedere a ricercare il punto di contatto tra onere/facoltà di specifica contestazione (quale rovescio della medaglia del principio di non contestazione), da un lato, e onere/facoltà di allegazione/precisazione dei fatti, dall'altro.

In tale prospettiva, si ritiene che il rapporto tra tali principi, e conseguentemente tra le norme che li definiscono, ovvero gli artt. 115 e 183 c.p.c., possa individuarsi attraverso la definizione della scadenza processuale ultima, dell'ultima barriera preclusiva, che, permettendo di compiere le attività previste dalla seconda norma richiamata, impedisca nel contempo l'operatività – con i conseguenti riflessi in termini di riparto dell'onere probatorio – del principio codificato dalla prima.

In conseguenza, non pare infondato sostenere, come del resto afferma autorevole dottrina, che sia possibile ricavare una chiara preclusione per l'allegazione di nuovi fatti in giudizio dalla disciplina sulla fase introduttiva del giudizio, ed in particolare dall'art. 183, 6 comma c.p.c.<sup>52</sup>; la circostanza che tale ultima disposizione preveda che il giudice, a chiusura della prima udienza di trattazione, nel concedere alla parte che lo chieda un termine perentorio per la cd. appendice scritta, debba poi concedere un ulteriore termine di 30 giorni non solo per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni formulate dall'altra parte, ma anche per *replicare* alle medesime domande ed eccezioni, appare rinvenire la sua unica plausibile giustificazione nel fatto che, in tal modo, il Legislatore ha inteso individuare, proprio nella chiusura della prima udienza di trattazione e salva la rimessione in termini, la concessione di un termine che si rivela preclusivo anche per la contestazione delle allegazioni avversarie<sup>53</sup>; secondo l'autore innanzi richiamato, dunque, la circostanza per cui il legislatore ha inteso sottoporre alla concessione dell'ulteriore termine di 30 giorni sia il potere di proporre eccezioni dopo la chiusura della prima udienza di trattazione, sia il potere di replicare alle allegazioni della controparte trova come unica sua spiegazione la precisa

---

50 Cass. civ., sez. III, 30 novembre 2011, n. 25570, in *CED*, Cassazione, 2011.

51 Cass. civ., sez. II, 16 novembre 2010, n. 25473, in *CED*, Cassazione, 2010.

52 CARRATTA A., *Principio della non contestazione e art. 115 c.p.c.*, in *Treccani.it*, p. 6 e ss.

53 CARRATTA A., *op. loc. ult. cit.*

volontà di precludere alla parti – una volta terminate le attività di cui all’art. 183 ed esaurito l’eventuale termine successivo di 30 giorni di cui all’art. 183, co. 6, n. 1 – la possibilità di sollevare eccezioni nonché di contestare le allegazioni avversarie<sup>54</sup>; in conclusione, un convincente appiglio normativo per individuare nella chiusura della prima udienza di trattazione il termine di decadenza anche per l’esercizio del potere di contestazione delle allegazioni avversarie può, secondo l’opinione innanzi richiamata, essere rinvenuto nel combinato disposto dell’art. 115, 1° comma c.p.c., e dell’art. 183, 6° comma c.p.c., ove si tenga presente che la contestazione specifica richiesta dal primo comma dell’art. 115 non si concreta in altro che nell’allegazione di un fatto diverso da quello allegato dalla controparte, idoneo a negare la sua fondatezza, per cui tale potere/facoltà potrà – *rectius*, dovrà – in conseguenza, essere esercitato dalle parti nei limiti in cui viene loro riconosciuto il potere/facoltà di allegazione dei fatti in giudizio<sup>55</sup>, essendo indiscutibilmente ai medesimi limiti assoggettato. Del resto, non va trascurato che, per la giurisprudenza di merito, il regime delle preclusioni nel rito civile è posto non solo a tutela dell’interesse di parte, ma anche dell’interesse pubblico al corretto, celere e concentrato andamento del processo civile, con la conseguenza che le relative violazioni devono essere considerate pregiudizievoli di un interesse generale e rilevate d’ufficio dal giudice, anche in presenza di acquiescenza della parte legittimata a dolersene<sup>56</sup>; inoltre, per quella di legittimità, il rilievo d’ufficio delle eccezioni in senso lato non è subordinato alla specifica e tempestiva allegazione della parte ed è ammissibile anche in appello, dovendosi ritenere sufficiente che i fatti risultino documentati *ex actis*, in quanto il regime delle eccezioni si pone in funzione del valore primario del processo, costituito dalla giustizia della decisione, che resterebbe svisato ove anche le questioni rilevabili d’ufficio fossero subordinate ai limiti preclusivi di allegazione e prova previsti per le eccezioni in senso stretto<sup>57</sup>.

Di contro, molte rare sono le ipotesi in cui le attività difensive delle parti non sono assoggettate alla spada di damocle delle preclusioni, e tutte ricollegate a specifiche previsioni di legge, come ad esempio in relazione al caso dei diritti c.d. *autodeterminati*, che, come si è già evidenziato (cfr. *supra*, par. 2), si individuano con il solo riferimento al bene che di essi rappresenta l’oggetto – è il caso del diritto di proprietà – a differenza di quelli c.d. *eterodeterminati* (nei quali, invece, la *causa petendi* è rappresentata dal titolo che ne costituisce la fonte); in relazione alla prima categoria, l’eventuale mutamento del titolo non costituisce una domanda nuova, rispetto a quella originariamente prosposta, e come tale non risulta assoggettata al regime delle preclusioni: al riguardo, invero, la S.C. ha affermato che, nelle azioni a difesa del diritto di proprietà e degli altri diritti reali di godimento, che sono individuati solo in base al loro

---

54 CARRATTA A., *op. loc. ult. cit.*

55 CARRATTA A., *op. loc. ult. cit.*

56 Trib. Taranto, sez. II, 19 maggio 2014, in banca dati *Pluris-cedam.utetgiuridica.it*, voce *Procedimento civile*; Trib. Salerno, sez. II, 18 giugno 2013, in banca dati *Pluris-cedam.utetgiuridica.it*, voce *Prescrizione e decadenza civile*.

57 Cass. civ., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, in *CED*, Cassazione, 2013.

contenuto (con riferimento cioè, al bene che ne costituisce l'oggetto), la *causa petendi* si identifica con il diritto stesso e non, come nei diritti di credito, con il titolo che ne costituisce la fonte (contratto, successione, usucapione etc.), la cui deduzione, necessaria ai fini della prova del diritto, non ha alcuna funzione di specificazione della domanda<sup>58</sup>. Da tale approdo i giudici di legittimità pervengono a statuire che ove l'attore, dopo avere inizialmente allegato, a fondamento della propria pretesa, l'usucapione ordinaria, deduca ed allegghi l'usucapione abbreviata quale titolo di acquisto del diritto di proprietà di cui si assume titolare, sia che ciò avvenga in primo grado sia in appello, non formula un domanda nuova rispetto a quella di usucapione ordinaria proposta *ab initio* con riferimento allo stesso bene, poiché, indipendentemente dalla necessità di provare ulteriori elementi costitutivi della fattispecie acquisitiva, in tal modo la parte istante comunque rivendica lo stesso diritto<sup>59</sup>; ancora, si è affermato che, in quanto il codice civile consente, per ragioni di effettività e concentrazione della tutela, di far valere, contestualmente al mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione del contratto inadempito, la pretesa risarcitoria, il regime delle preclusioni non risulta di ostacolo né alla possibilità dell'introduzione del nuovo tema di indagine, né al pieno dispiegarsi, su di esso, del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio in condizioni di parità: le allegazioni e le deduzioni istruttorie relative alla domanda di risarcimento non richiedono la rimessione in termini, venendo piuttosto in gioco il doveroso esercizio dei poteri di direzione del processo da parte del giudice<sup>60</sup>.

Con riguardo alla individuazione del termine ultimo per formulare contestazioni specifiche nei confronti dell'avversa pretesa, mentre una dottrina afferma che esso debba individuarsi nella seconda memoria prevista dall'art. 183, sesto comma c.p.c., sul rilievo che essa risulta finalizzata a replicare alle precisazioni delle avverse domande e/o eccezioni, come poste in essere con la prima memoria prevista dalla norma innanzi citata<sup>61</sup>, per converso, altra opinione sostiene, invece, che la barriera preclusiva per la specifica contestazione sia rappresentata dalla scadenza del termine concesso dal giudice per il deposito della prima memoria prevista dal sesto comma dell'art. 183 c.p.c.<sup>62</sup>; infine, è da segnalare ulteriore posizione dottrinale che propende ad una maggiore estensione della barriera preclusiva per la specifica contestazione, prendendo spunto dalla collocazione sistematica dell'onere di contestazione sul piano probatorio (e non su quello della determinazione dell'oggetto del processo)<sup>63</sup>: tale impostazione non appare condivisa da recente giurisprudenza, che si è invece mostrata di avviso contrario, rilevando come la funzione che spetta alla prima memoria prevista dal 6° comma dell'art. 183 c.p.c., è quella di

---

58 Cass. civ., sez. II, 16 maggio 2007, n. 11293, in *Giur. it.*, Mass., 2007.

59 Cass. civ., sez. II, 16 maggio 2007, n. 11293, *cit.*

60 Cass. civ., sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510, in *Contratti*, 2014, 8-9, 749.

61 ALPA G., MARICONDA V., *Codice civile commentato*, 2009, IV, p. 99 e ss.

62 BRIGUGLIO C., *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima, riforma in materia di giustizia civile*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

63 CEA C.M., *op. loc. ult. cit.*

addivenire alla definizione del *thema decidendum* attraverso la specificazione del fatto costitutivo delle domande e delle eccezioni proposte dalle parti, affermando pertanto che tale attività non può essere compiuta nella successiva memoria prevista dalla norma citata per le repliche alle domande e/o eccezioni di controparte e per le richieste istruttorie<sup>64</sup>; inoltre, detto orientamento assume ancora maggiore rilievo ove si consideri che in altra pronuncia si è pervenuto ad affermare, sostanzialmente, che la preclusione della possibilità di contestare può dipendere anche dalla condotta processuale di una parte che – magari perché sicura delle proprie posizioni – scegliendo di non redigere la prima memoria prevista dal 6° comma dell'art. 183 c.p.c., preclude definitivamente alla propria controparte la possibilità di formulare specifiche contestazioni, rendendo quindi i fatti – se detta parte non si era premurata di sollevare tali contestazioni in precedenza, magari in prima udienza – non più contestabili, e come tali non necessitanti di prova, cioè pacifici. Si è affermato, infatti, che le attività assertive della parte debbano trovare la loro sede naturale e fisiologica nella prima memoria prevista dal sesto comma dell'art. 183 c.p.c., mentre, quanto alla seconda memoria, esse risultino giustificate unicamente se si traducano in una *replica* alle deduzioni della controparte o in una risposta processuale alle medesime, restando altrimenti la suddetta appendice riservata alla richiesta di prova<sup>65</sup>; il che sta a significare, altresì, che nel caso in cui una parte non abbia depositato la memoria ex art. 183, sesto comma c.p.c., primo termine, la controparte non ha diritto ad alcuna attività assertiva, non avendo alcun argomento a cui replicare o contraddire<sup>66</sup>. Infine, recentissima pronuncia ha decisamente affermato che, allorquando una delle parti, con la seconda memoria prevista dall'art. 183, sesto comma c.p.c, abbia formulato una contestazione specifica nei confronti di circostanze di fatto che la c/p abbia posto a fondamento delle proprie domande e/o eccezioni, detta contestazione è tardiva, per cui i fatti in questione, appunto in quanto non tempestivamente (oltre che specificamente) contestati, sono da ritenersi provati<sup>67</sup>. Non va poi trascurato che il sopra descritto regime delle preclusioni, nell'ambito dei rapporti che legano le due norme sopra richiamate, si riflette anche dal punto di vista dell'attività istruttoria, in quanto l'articolazione di nuovi mezzi istruttori, se astrattamente possibile con la seconda memoria prevista dal sesto comma dell'art. 183 c.p.c – anche, quindi, con riferimento a mezzi istruttori non richiesti dalle parti nei rispettivi atti introduttivi del processo – risulta tuttavia vincolata al rispetto dell'inderogabile onere di contestazione/allegazione come emergente dal combinato disposto delle norme innanzi richiamate, a pena di tardività e conseguente inammissibilità delle nuove richieste istruttorie; a tale proposito, infatti, si è affermato in giurisprudenza che devono ritenersi inammissibili, nel rito ordinario, anche ove sia stata formulata prima del maturarsi delle preclusioni istruttorie (e quindi,

---

64 Trib. Taranto, 9 aprile 2014, in *ILCaso.it*, 2014, I, 10388.

65 Trib. Milano, sez. IX, 23 maggio 2013, est. dr. Buffone, in *La Nuova Procedura Civile*, 2013,3.

66 Trib. Milano, sez. IX, 3 maggio 2013, *cit.*

67 [Trib. Ancona, 24 ottobre 2014](#), in *La Nuova Procedura Civile*, 2014, 6.



anche se richieste con la seconda memoria ex art. 183, sesto comma c.p.c.) le richieste istruttorie fondate su circostanze di fatto dedotte per la prima volta solo con la predetta memoria, e quindi una volta spirata la barriera preclusiva prevista dal codice per le attività assertive, rappresentata dalla prima memoria prevista dal 6° comma dell'art. 183 cpc.<sup>68</sup>.

Infine, va osservato che la mancata contestazione da parte del convenuto circa la pretesa attorea, se per un verso può produrre effetti favorevoli alla stessa, in altre ipotesi può rappresentare, ad esempio, una precisa scelta difensiva del convenuto medesimo, rispetto alla quale l'attore può trovarsi in difficoltà, risultandogli preclusa la possibilità di modificare la propria pretesa, a meno che sin dall'origine il medesimo non abbia avuto l'accortezza di impostarla in un modo non eccessivamente specifico, fondandola su circostanze di fatto astrattamente suscettibili di essere, per loro natura, ricondotte sotto differenti – anche se indubbiamente contigue – previsioni normative. A tal proposito, infatti, la S.C. ha statuito che, nel caso in cui l'attore abbia invocato in primo grado la responsabilità del convenuto ai sensi dell'art. 2043 c.c., il divieto di introdurre domande nuove (la cui violazione è rilevabile d'ufficio da parte del giudice) non gli consente di chiedere successivamente la condanna del medesimo convenuto ai sensi degli artt. 2050 (esercizio di attività pericolose) o 2051 c.c. (responsabilità per cose in custodia), a meno che l'attore non abbia sin dall'atto introduttivo del giudizio enunciato in modo sufficientemente chiaro situazioni di fatto suscettibili di essere valutate come idonee, in quanto compiutamente precisate, ad integrare la fattispecie contemplata da detti articoli<sup>69</sup>; a tal fine, tuttavia, si ritiene insufficiente un mero e generico richiamo alla norma di legge che disciplina suddetta responsabilità speciale, a meno che lo stesso non risulti inserito in una argomentazione difensiva chiara e compiuta<sup>70</sup>; non va trascurato di considerare, tuttavia, che se è indubbio che tali ipotesi di responsabilità speciale prevedono, rispetto alla regola generale dettata dall'art. 2043 c.c., regole di imputazione della responsabilità più favorevoli per l'attore danneggiato poiché comportanti un'inversione dell'onere della prova in suo vantaggio, potranno essere poste a fondamento della responsabilità del convenuto solo se la loro applicazione non si risolva nell'ascrivere a carico di quest'ultimo la mancata prova di fatti che egli non sarebbe stato tenuto a provare in base al criterio di imputazione della responsabilità originariamente invocato dall'attore, nel caso in cui il medesimo abbia invocato la regola generale di cui all'art. 2043 c.c.<sup>71</sup>; a tanto consegue, allora, per rimanere all'esempio sopra formulato, che la prudenza e diligenza da parte del difensore nello svolgimento della propria attività richiede – *rectius*, impone – al medesimo una impostazione della domanda giudiziale nei termini sopra prospettati, il cui difetto potrebbe dare luogo, invece, ad una contestazione di sua colpa professionale. Per converso, va infine evidenziato che potrebbe verificarsi anche il caso in cui la mancata contestazione di determinati fatti, ad opera di una delle parti costituite, non produca gli effetti che abbiamo visto esserle attribuiti dal Legislatore, dalla dottrina e dalla

---

68 Trib. Reggio Emilia, 14 giugno 2012, est. dr. Morlini, in *IICaso.It*, 2012, I, 7495.; Trib. Piacenza, 6 marzo 2012, est. dr. Morlini, in *IICaso.It*, 2012, I, 7049.

69 Cass. civ., sez. III, 5 agosto 2013, n. 18069, in *CED*, Cassazione, 2013.

70 Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2013, n. 15666, in *CED*, Cassazione, 2013.

71 Cass. civ., sez. III, 5 agosto 2013, n. 18069, *cit.*

giurisprudenza; infatti, come condivisibilmente afferma un'opinione, potrebbe accadere che, durante l'iter processuale, nonostante la mancata contestazione del convenuto, l'attore insista per provare quanto affermato, così procedendo a prove testimoniali (ammesse dal giudice, nonostante possa ipotizzarsi la non ammissibilità, per difetto di rilevanza), che si rivelano di contenuto opposto a quanto dedotto<sup>72</sup>; in tal caso, allora, il giudice, dovendo applicare l'art. 115 c.p.c., considererà prova la mancata contestazione, oppure dovrà appoggiarsi al contenuto della testimonianza, di contenuto opposto, e quindi dovrà, pertanto, attribuire prevalenza alla mancata contestazione, che è vincolante, oppure alla testimonianza? A rigore, potrebbe preferire la prevalenza della deposizione testimoniale, in quanto, con la testimonianza di contenuto opposto a quanto affermato, viene meno proprio il fatto che doveva essere contestato, così che la mancata contestazione dovrebbe perdere di rilievo, non potendosi contestare ciò che è venuto meno<sup>73</sup>. In conseguenza, conclude il predetto autore, nel caso in cui il fatto oggetto di una pretesa non contestazione viene ad essere smentito a seguito di una testimonianza che lo mette in discussione, quale logico corollario anche la (pretesa) mancata contestazione dovrebbe perdere quella valenza che gli attribuisce l'art. 115 c.p.c., per cui la caduta del fatto a monte, per effetto della sua smentita a valle (cioè ad opera delle risultanze della prova testimoniale), produce l'ulteriore effetto di liberare il giudice dal vincolo dell'art. 115 c.p.c.<sup>74</sup>. Una simile eventualità, del resto, viene ammessa e riconosciuta anche da altra opinione, la quale pur premettendo che, sulla scorta dei principi di autoreponsabilità e di preclusione - riferito alla fissazione definitiva del *thema probandum* - sussiste una tendenziale irreversibilità della non contestazione, comunque non esclude che la parte che originariamente non abbia contestato un determinato fatto, possa comunque provare a dimostrare che il fatto in questione non risponda al vero<sup>75</sup>; tale possibilità, comunque, non modifica in senso retroattivo lo *status* di quel determinato fatto, rendendolo nuovamente controverso, né tantomeno conduce ad una riapertura del *thema probandum*, bensì consente esclusivamente di provare a dimostrare, ma sempre nel rispetto del rigido sistema di preclusioni previsto in relazione ad ogni grado di giudizio, che quel determinato fatto non è vero<sup>76</sup>, operando quindi esclusivamente sul versante del complessivo assolvimento dell'onere probatorio gravante sulle parti processuali<sup>77</sup>.

---

72 VIOLA L., [Il nuovo principio di non contestazione nella riforma del processo civile](#), in *Altalex.com*, par. 6.

73 VIOLA L., *op. loc. cit.*

74 VIOLA L., *op. loc. cit.*, che con efficace metafora paragona in tal caso la condotta dell'attore ad un "autogol processuale".

75 CEA C.M., [L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione](#), in *www.judicium.it.*, par. 2.

76 CEA C.M., *op. loc. ult. cit.*

<sup>77</sup> Ad esempio può verificarsi nel caso in cui, in ipotesi di sinistro stradale tra veicoli, il danneggiato lamenti un danno allo sportello destro del proprio veicolo ed il convenuto, nel costituirsi, si limiti ad una generica contestazione - il che dovrebbe, alla luce di quanto sino ad ora rilevato, portare a ritenere non contestata la dinamica del sinistro come allegata dal preteso danneggiato -, e tuttavia in sede di CTU, disposta al fine di ricostruire l'effettiva dinamica ed i danni realmente riconducibili, con sicuro nesso causale, al predetto evento infortunistico, il perito accerti che l'auto danneggiata presenta danni allo sportello sinistro, invece che a quello destro e che, inoltre, i danni sono di natura diversa (ad esempio strisciante, e non deformante), per cui l'ipotetico fatto non contestato viene superato da tale prova contraria, emergente dall'istruttoria.

#### 4. La recente riforma.

Pochissimi giorni addietro si registra, per effetto della [L. 10 novembre 2014, n. 162](#), la conversione in legge, con modifiche, del Decreto Legge n. 132 del 12 settembre 2014, la cui evocativa rubrica "*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*", chiaramente ispirata al perseguimento dell'agognato obiettivo del processo giusto, croce e delizia degli ultimi legislatori intervenuti sul processo civile<sup>78</sup> - sotto la spinta delle istituzioni comunitarie, nel dichiarato e parimenti auspicato intento di attrarre, in tal modo, investimenti stranieri - già al solo leggerla si appalesa foriera di novità tutt'altro che piacevoli, mentre quello della loro eventuale efficacia ovviamente è un discorso allo stato prematuro; e comunque, se guardiamo un attimo indietro al recentissimo passato, prendendo ad esempio la sola riforma dell'appello civile, c'è tutt'altro da essere allegri, al punto che, parafrasando quanto sostenuto da autorevole studioso a proposito della riforma del 2012, siamo ormai giunti al punto di non ritorno, nel senso che, se le misure urgenti per la crescita del paese sono tutte di tale fatta, allora la nostra fine appare davvero segnata<sup>79</sup>.

Non essendo questa la sede opportuna per un esame complessivo di tutte le recentemente introdotte innovazioni, si esamina brevemente - per i rapporti con la tematica che in questa sede si è provato ad esporre - la modifica apportata con la introduzione dell'art. 183*bis* cpc, che prevede la possibilità (sempre in un'ottica acceleratoria del processo) che il rito ordinario sia abbandonato con il passaggio a quello sommario di cognizione.

La disposizione in questione<sup>80</sup> pone già dal suo testo una serie di limitazioni del proprio potenziale ambito applicativo, quasi che il legislatore, in ultima analisi, non fosse realmente convinto delle sue potenzialità e, conseguentemente, della sua utilità e congruenza con l'obiettivo dichiaratamente avuto di mira, oltre a presentare, già *ictu oculi*, delle evidenti criticità.

---

78 Con gli effetti davvero devastanti, sotto gli occhi di tutti - basti pensare alla censurabile e censurata riforma dell'appello civile, oltre che del giudizio di cassazione, intervenuta con la L. 134/2012 - in relazione ai quali, per una breve analisi di alcuni dei tanti effetti negativi della riforma in questione, si veda, di recente, CASCELLA G., [Tecnica di redazione dell'appello e rispetto dei requisiti di contenuto-forma ex art. 342 c.p.c.](#), in *La Nuova Procedura Civile*, 2014, 1, nonché CASCELLA G., [Nuovi documenti in appello e valutazione del giudice ex art. 345 c.p.c.](#), in *La Nuova Procedura Civile*, 2014, 6.

79 MONTELEONE G., *Il processo civile in mano al governo dei tecnici*, in [www.judicium.it](#).

80 Che testualmente stabilisce "*Nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, il giudice nell'udienza di trattazione, valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, può disporre, previo contraddittorio anche mediante trattazione scritta, con ordinanza non impugnabile, che si proceda a norma dell'articolo 702 ter e invita le parti ad indicare, a pena di decadenza, nella stessa udienza i mezzi di prova, ivi compresi i documenti, di cui intendono avvalersi e la relativa prova contraria. Se richiesto, può fissare una nuova udienza e termine perentorio non superiore a quindici giorni per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali e termine perentorio di ulteriori dieci giorni per le sole indicazioni di prova contraria*".

Infatti, essa innanzitutto risulta destinata e circoscritta alle sole controversie riservate alla cognizione del tribunale quale giudice monocratico – poiché, evidentemente, ritenute a monte dal Legislatore di minore (anche se solo potenzialmente, invero) complessità, fermo poi il fatto che essa potrà trovare applicazione solo per le controversie sorte dopo la entrata in vigore della legge di conversione e, nello specifico, come stabilisce lo stesso D.L.12.9.14 n. 132, per quelli introdotti decorsi trenta giorni dal momento di entrata in vigore della legge di sua conversione: nel caso di specie, quindi, per i soli procedimenti introdotti – cioè il cui atto introduttivo sia stato notificato - a partire dal 11 dicembre 2014, con la precisazione, ad avviso di chi scrive, che per introdotto deve intendersi quel giudizio il cui procedimento di notifica si sia completato mediante la consegna dell'atto al destinatario di esso ovvero a chiunque sia abilitato a riceverlo, non trovando applicazione in simile ipotesi, il principio della scissione soggettiva del momento perfezionativo della notifica, poiché detto principio non opera tutte le volte in cui dalla distinzione tra i due suddetti momenti del procedimento di notificazione (consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario ad opera del notificante e ricezione da parte del destinatario) con conseguente individuazione delle diverse date di notificazione, dalla stessa non discendano decadenze, o altri impedimenti, distintamente a carico dell'una o dell'altra delle parti, come affermato dalla S.C.<sup>81</sup>

Inoltre, la sua applicazione risulta rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, da compiersi entro una scadenza temporale ben precisa, individuata nell'udienza di trattazione: orbene, prescindendo un attimo dalla pura discrezionalità della decisione sul punto (che non pare infondato ritenere che si spinga, forse, oltre i limiti di quel potere di prudente apprezzamento che l'art. 116 c.p.c. attribuisce al giudice di merito) appare evidente che, per compiere *funditus* una simile valutazione, già alla prima udienza il giudice dovrebbe avere una conoscenza molto approfondita della controversia; tuttavia, considerando la mole di contenzioso che grava sui tribunali affollando i ruoli dei giudici, con controversie che – come tante volte capita – vengono caricate sul ruolo anche lo stesso giorno dell'udienza, tale eventualità appare molto ottimistica, se non proprio utopistica, nonostante il quotidiano impegno e la buona volontà dei magistrati. Inoltre, non va trascurato che, essendo previsto dalla norma che la valutazione in questione deve fondarsi anche sulle prove già prodotte, nel caso in cui il convenuto non si sia costituito nei venti giorni precedenti la udienza di trattazione, un simile mutamento del rito dovrebbe ritenersi non possibile già per il solo fatto che, costituendosi in udienza, è solo in tale momento che il convenuto porterà a conoscenza del giudice, oltre che della parte attrice, le proprie difese e le proprie prove e richieste istruttorie, legittimamente e ritualmente proposte con la costituzione in tale sede, visto che l'art. 167 c.p.c. non include la formulazione di richieste istruttorie tra le attività che sono precluse al convenuto che non si sia costituito entro il termine stabilito dalla norma predetta. Ciò significa, come di recente affermato da una

---

81 Cass. civ., sez. un., 19 aprile 2013, n.9535, in banca dati *Pluris-cedam.utetgiuridica.it.*, voce *Procedimento civile*, sottovoce *Notificazione in materia civile*.

opinione, che il giudice per potere decidere il passaggio dal rito ordinario a quello sommario deve avere preliminarmente valutato la complessità della lite prima dello svolgimento dell'istruzione probatoria nonché della definitiva fissazione del *thema decidendum*<sup>82</sup>, il che, ad avviso di chi scrive, visto quanto sopra evidenziato, finisce per gravare il giudice di un compito tutt'altro che agevole, dato che il medesimo dovrebbe valutare la complessità o meno della controversia praticamente al buio, senza elementi o quasi, mentre, per converso, nel processo a cognizione piena il giudice potrà svolgere un simile compito dopo che le parti si sono avvalse delle facoltà di cui all'art. 183, VI° comma, consentendogli, quindi, di avere le idee molto più chiare circa i contorni esatti della vicenda: non appare infondato, allora, ritenere che una simile situazione si pone in contrasto con la *ratio legis* sottesa all'introduzione della nuova disposizione, che dovrebbe essere quella di accelerare la decisione delle controversie ritenute di maggiore semplicità, ma per farlo in tal modo viene sensibilmente complicato il compito del magistrato, che pertanto verosimilmente non sarà per nulla invogliato ad applicare la predetta disposizione. Ma non solo, in quanto, come afferma l'opinione in precedenza citata, il risparmio in termini di tempo che l'applicazione dell'art. 183bis c.p.c potrebbe astrattamente apportare rischia di rivelarsi davvero di ben poco rilievo; si osserva, infatti, che essendo la stessa norma in commento che a prevede come l'eventuale mutamento del rito debba avvenire previo contraddittorio anche mediante trattazione scritta, tanto comporta che, ove sussista la possibilità della integrazione del contraddittorio nei confronti di un terzo, destinatario di istanza di chiamata in causa, risulterà allora inevitabile attendere non solo che la chiamata in questione sia concretamente eseguita, ma anche l'eventuale costituzione del terzo chiamato, onde il contraddittorio possa definirsi regolarmente instaurato, consentendo al giudice di provvedere<sup>83</sup>; in conseguenza, appare senza dubbio condivisibile la posizione di chi sostiene che, ove si tenga presente che i due riti – ordinario e sommario – non presentano differenze di rilievo se non quella relativa alla sommarietà della fase di trattazione, risulta invero difficile individuare quello che dovrebbe essere il vantaggio (allo stato solo teorico) che la nuova disposizione dovrebbe apportare sia in termini di riduzione sia dei costi sia dei tempi del processo<sup>84</sup>. Ritornando a quella discrezionalità riconosciuta al giudice, di cui si è in detto in precedenza, va aggiunto che la stessa rinvia una ulteriore occasione di sua manifestazione in un momento successivo, a completamento di quella che, in precedenza, si era già palesata con l'ordinanza – espressamente dichiarata non impugnabile – che eventualmente abbia disposto il mutamento del rito: nello specifico, di fronte alla richiesta eventualmente avanzata, da una delle parti, di fissare la nuova udienza, prevista dal capoverso dall'art. 183, in quanto il giudice non può ritenersi obbligato in tal senso, ma ben potrà disattendere la relativa richiesta, previa in ogni caso adeguata motivazione sul punto; in tal

---

82 AMENDOLAGINE V., *Processo civile: le novità del decreto delegato di riforma del processo civile*, Padova, 2014, 176.

83 AMENDOLAGINE V., *op. loc. cit.*

84 AMENDOLAGINE V., *op. loc. cit.*

modo, in sostanza, il Legislatore pare essere riuscito in ciò che, invece, non gli era riuscito con la riforma di luglio 2009, in quanto in alcuni progetti di Legge presentati in Parlamento in tale prospettiva, si prevedeva che la concessione dei tre termini previsti dall'attuale formulazione del sesto comma dell'art. 183 c.p.c. veniva rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice, che avrebbe potuto concederli solo in presenza di gravi motivi che legittimassero una simile richiesta delle parti.

A conferma del fatto che detta ordinanza, con la sua funzione, è stata concepita dal Legislatore in una prospettiva volta al perseguimento di obiettivi diversi ma tra loro intimamente collegati<sup>85</sup>, avendola espressamente dichiarata come non impugnabile, la stessa, per effetto della previsione contenuta nell'art. 177, 3° comma, n. 2, c.p.c., risulterà anche non modificabile e/o revocabile dal giudice che ha emesso l'ordinanza medesima; tale limite, tuttavia, non dovrebbe, verosimilmente, ritenersi insormontabile, dovendosi coordinare la predetta previsione con la disposizione in tema di rimessioni in termini, quale strumento di tutela, di fronte a situazioni che presentino indubbiamente caratteri di novità ed imprevedibilità, il cui verificarsi risulti impossibile attribuire alla condotta delle parti; diversamente argomentando, invero, il combinato disposto degli artt. 177, 3° comma n. 2 c.p.c., e 183bis, 1° cpv., c.p.c., sarebbe fortemente sospetto di incostituzionalità, siccome palesemente irragionevole, anche perchè, non pare superfluo ricordarlo, come del resto appare pacifico in dottrina, nel vigente codice nessuna decadenza è prevista, a carico delle parti, per il caso in cui, nel processo ordinario di cognizione (altra cosa è il rito del lavoro) non abbiano provveduto a formulare richieste istruttorie nei rispettivi atti introduttivi,<sup>86</sup> ed allora – del resto quale logica conseguenza di quanto innanzi rilevato – se con la seconda memoria prevista dal sesto comma dell'art. 183 c.p.c., si è inteso attribuire alle parti la possibilità di richiedere nuovi mezzi di prova, nessuna limitazione è concepibile circa l'ambito della novità dei mezzi di prova che in tale seconda memoria le parti andrebbero a formulare<sup>87</sup>; su tale premessa, pertanto, le parti ben potrebbero articolare i propri mezzi istruttori per la prima volta direttamente con tale memoria, e se tanto appare sostanzialmente pacifico, si rivela altrettanto evidente quale potrebbe essere il pregiudizio per queste ultime, ove le stesse non abbiano articolato sin dall'inizio i propri mezzi istruttori, se il giudice di merito, facendo applicazione di quella totale discrezionalità che l'art. 183bis gli riconosce a tal fine, prima ritenga di mutare il rito da quello ordinario a quello sommario di cognizione, e poi, pur a fronte di una espressa richiesta delle parti di fissare una nuova udienza per la definitiva articolazione dei mezzi istruttori, forte di quella discrezionalità molto estesa, riconosciutagli dalla norma, non accolga tale richiesta.

---

85 Immediatamente, alla riduzione della durata dei processi; mediamente, alla deflazione del contenzioso per arrivare, in via ancora più mediata, a quello che, per converso, appare l'obiettivo principale, ovvero il recupero di competitività ed appetibilità del sistema paese, con l'attrazione degli investitori esteri.

86 ARIETA G., DE SANTIS F., MONTESANO L., *op. cit.*, p. 415.

87 ARIETA G., DE SANTIS F., MONTESANO L., *op. loc. cit.*

Ulteriore problematica, di non trascurabile rilievo, sorge tenendo presente che la norma ha stabilito che sulla questione del mutamento del rito il giudice provochi il contraddittorio tra le parti<sup>88</sup>, eventualmente anche attraverso lo scambio di scritti difensivi, il che porta a ritenere che, in caso di contumacia del convenuto, non risultando possibile il contraddittorio, tale mutamento del rito giocoforza non potrà essere disposto, a meno di non voler ritenere che il Legislatore abbia voluto introdurre, su tale punto specifico, implicitamente quanto consapevolmente, una equiparazione dei concetti di contumacia e non contestazione, poiché solo in tal modo potrebbe giustificarsi un eventuale applicazione dell'art. 183**bis** c.p.c. in presenza della contumacia di una delle parti. Una simile equiparazione, invece, è decisamente esclusa innanzitutto dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui alla contumacia non può attribuirsi l'efficacia di esonerare l'attore dall'*onus probandi* che sul medesimo incombe<sup>89</sup>, avendo la S.C. affermato che l'esclusione dei fatti non contestati dal "*thema probandum*" non può ravvisarsi in caso di contumacia del convenuto, in quanto la non negazione fondata sulla 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<sup>90</sup>, per cui si è pervenuto ad affermare che al convenuto, costituitosi in appello, non è precluso contestare i fatti costitutivi e giustificativi allegati dall'attore a sostegno della domanda<sup>91</sup>; anche la dottrina, del resto, risulta allineata sulla medesima posizione, essendosi affermata la prevalenza, in ogni caso, della tutela del contraddittorio, rispetto al principio di preclusione, essendo un diritto insopprimibile, per la parte, quello di controdedurre, formulando proprie contrapposte allegazioni ed asseverazioni, ad eventuali rilievi ufficiosi formulati dal giudice, senza che tanto le possa risultare precluso in base della fase del processo in cui tale rilievo avvenga, non potendosi ritenere che l'unico rimedio sia rappresentato da una istanza ai sensi dell'art. 153**bis** c.p.c.<sup>92</sup>. Sul punto da ultimo esaminato va tuttavia evidenziato, in conclusione, che, non essendo nuovo il Legislatore, anche di recente, ad avere introdotto disposizioni per settori specifici dell'ordinamento, rivela poi suscettibili di generalizzata

---

88 Si tratta di una evidente applicazione del principio contenuto nell'art. 101,2° comma c.p.c.: devo allora ritenersi che, in applicazione della richiamata disposizione, il giudice dovrebbe concedere alla parti, a pena di nullità, un termine non inferiore a venti giorni, e non superiore a quaranta giorni, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti le contrapposte osservazioni sulla questione medesima; inoltre, analogo dovere per il giudice è previsto dal quarto comma dell'art. 183 c.p.c.

89 Da ultimo, Trib. Bari, sez. lav., 12 maggio 2014, in banca dati *Pluris-cedam.utetgiuridica.it.*, voce *Procedimento civile*, secondo cui "*In assenza di riscontri probatori non può essere valorizzato il comportamento processuale della controparte che non si è costituita e che non ha mosso alcuna contestazione in merito alle pretese avverse. Il principio di non contestazione opera in sfavore alla parte costituita e non anche del contumace. La contumacia è una situazione processuale che determina specifici effetti ma non introduce deroghe al principio dell'onere della prova, per cui dalla contumacia del convenuto non è possibile dedurre la fondatezza dei diritto fatti valere dall'attore*".

90 Cass. civ., sez. III, 23 giugno 2009, n. 14623, in *Giur.it.*, Mass., 2009.

91 Cass. civ., sez. III, 23 giugno 2009, n. 14623, *cit.*

92 BOVE M., *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

applicazione anche al di fuori del peculiare settore nel quale sono state inserite, viene il dubbio che anche stavolta il Legislatore sia stato *consapevole* di tanto, e quindi, abbia voluto introdurre, prima in questo specifico ambito, e poi indirettamente, estenderlo ad ogni ipotesi di contumacia della parte processuale, con i prevedibili riflessi in termini di onere probatorio, il principio che la contumacia equivale a non contestazione, esonerando l'altra parte dalla prova dei fatti costitutivi della propria pretesa, reintroducendo surrettiziamente, e per di più con ben più ampia portata applicativa, una previsione abrogata da tempo<sup>93</sup>; tuttavia, è necessario tenere presente l'avvertimento che – senza dubbio condivisibilmente – formula una opinione circa gli effetti negativi di una applicazione non ponderata della tecnica semplificatoria e deflattiva della non contestazione, in quanto potenzialmente in grado di produrre danni anche superiori a benefici derivanti dal suo utilizzo; si afferma, infatti, che non si può spingere che l'utilizzo di tale tecnica al punto di pregiudicare un altro fondamentale valore del processo come previsto dall'art. 111 Cost., da individuarsi nel diritto delle parti al conseguimento di una decisione che possa effettivamente dirsi giusta perché pronunciata dopo che nel processo e tramite il processo i fatti posti dalle parti a fondamento delle rispettive allegazioni e difese siano stati accertati<sup>94</sup>; a tanto consegue allora, che, in tale prospettiva, il rispetto dell'art. 111 Cost. impone l'indispensabile equilibrio e bilanciamento tra i valori di un processo giusto non solo perché di ragionevole durata, ma anche perché sfociante in una decisione che presenti i caratteri innanzi evidenziati, essendo evidente che tali due valori si equivalgono, e che potrà conseguirsi solo accettando che quella che costituisce, in sostanza, una presunzione di verità (dal Legislatore del 2009 associata al comportamento concludente della parte che non contesta un determinato fatto, rendendolo, appunto, non contestato) non possa prevalere, ma anzi sia giustamente tenuta a ritirarsi di fronte alla verità effettiva che emerga dal processo, nella misura in cui tramite le prove raccolte sia stato possibile pervenire al suo accertamento<sup>95</sup>.

Infine, va detto che una valida ed utile applicazione della norma di novella introduzione, ben potrebbe ravvisarsi nel caso di una ritenuta, da parte del giudice, insufficienza delle prove fornite dalle parti, ciascuna in relazione all'onere probatorio su di essa gravante ex art. 2697 c.c., dato che in simile ipotesi, secondo la giurisprudenza di legittimità, non sussiste alcun obbligo, per il giudice, di segnalare alla parti una simile situazione<sup>96</sup>, per cui il ricorso all'art.

---

93 Giusta la previsione di cui all'art. 13,2° comma del D. Lgs. n. 5/2003 (il c.d. "rito societario"), secondo cui la mancata costituzione in giudizio del convenuto, ritualmente citato e non costituito, faceva ritenere non contestati i fatti posti dall'attore a fondamento della propria domanda, disposizione poi abrogata dalla Corte Costituzionale con la Sentenza n. 340 del 12 ottobre 2007.

94 CEA C.M., *op. loc. ult. cit.*

95 CEA C.M., *op. loc. ult. cit.*

96 Cass. civ., sez. VI (3) ord., 6 novembre 2013, n. 24861, in *CED*, Cassazione, 2013, che ha affermato "Contestata dal convenuto la ricorrenza dei fatti costitutivi del diritto azionato in giudizio dalla parte attrice, il giudice non è tenuto a segnalare d'ufficio l'insufficienza del quadro probatorio da essa offerto, trovando applicazione, al riguardo, il principio per cui il



183bis c.p.c. risulterebbe, in tal caso, pienamente in linea con le finalità acceleratorie/deflative perseguite dal Legislatore, anche se, in tal caso, a mio avviso a discapito delle esigenze di giustizia sostanziale; invece, sul rilievo che l'unica innovazione che, rispetto alla previsione di cui all'art. 183 c.p.c., la nuova disposizione si rivela in grado di apportare è rappresentata dall'ulteriore riduzione del numero di giorni utili per produrre le difese scritte con la relativa documentazione a corredo delle relative istanze di prova, un autore in precedenza citato dubita che essa possa apportare un effettivo contributo alla riduzione dei tempi del processo civile, ritenendola una disposizione non ben ponderata e nemmeno correttamente scritta<sup>97</sup>, mentre per altra opinione la stessa è da ritenersi del tutto inutile, sia perchè di limitata applicazione, sia perchè troppo condizionata dalla discrezionalità del giudice, sia perchè suscettibile di trovare applicazione dopo tempi che possono rivelarsi comunque tutt'altro che brevi, ed infine – *last but not least*, per mutuare un'espressione anglosassone – per la scarsa simpatia nutrita dai giudici per il rito sommario, dimostrata, guardando alle statistiche, dalla elevata frequenza in cui, nei processi introdotti con tale rito, è accaduto l'esatto opposto, con il passaggio dal rito sommario a quello ordinario<sup>98</sup>; conferma, quest'ultima, della indubbia difficoltà per il giudice, nella maggior parte dei casi, di valutare adeguatamente la complessità della lite ove non vi sia una compiuta fase di trattazione della controversia; ed allora, ben si comprende perchè autorevole opinione abbia affermato, sin da subito, che tutto il decreto di riforma del processo civile è, al tempo stesso, molto poco utile ma altrettanto poco dannoso<sup>99</sup>; per fortuna, viene da dire!

## 5. Conclusioni.

Alla luce di quanto sopra evidenziato, appare non seriamente revocabile in dubbio che, in ipotesi di applicazione dell'art. 183bis c.p.c., con conseguente passaggio dal rito ordinario a quello sommario di cognizione, si avrà una immediata cristallizzazione delle barriere preclusive, con conseguente impossibilità, per le parti, di avvalersi delle memorie ex art. 183, sesto comma c.p.c. per l'esercizio delle relative facoltà difensive, con evidente pregiudizio

---

*giudice decide "iuxta alligata et probata partium", dovendosi escludere la nullità della sentenza attesa l'estraneità a tale ipotesi del principio secondo il quale il giudice è tenuto a segnalare alle parti le questioni rilevate "ex officio" ove comportino nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti o una modificazione del quadro fattuale del giudizio, la cui lesione integra la violazione del diritto di difesa delle stesse, private, sul punto, dell'esercizio del contraddittorio".*

97 AMENDOLAGINE V., *op. cit.*, 177.

98 LIBERTINI M., *La degiurisdizionalizzazione*, in *Federalismi.it*, 2014, 18, 5.

99 BRIGUGLIO A., *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma ad iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio*, su [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com).

per la posizione processuale, anche incolpevole, delle medesime ovvero anche solo di una di esse<sup>100</sup>.

Deve dubitarsi, allora, che tanto risponda realmente a quell'interesse pubblico a che il processo civile si svolga in modo celere, corretto ed ordinato, che la S.C. da tempo individua quale *ratio* del sistema della preclusioni nel processo civile<sup>101</sup>.

Pertanto, in previsione del sempre possibile verificarsi di tale ipotesi, è evidente che, per evitare di incorrere nelle citate preclusioni, la parte, da un lato, dovrebbe cercare di formulare una difesa il più compiuta possibile (con i limiti che si è cercato di evidenziare) residuando altrimenti solo la possibilità di una istanza di rimessione in termini, oppure potrebbe cercare di utilizzare la trattazione scritta che eventualmente il giudice disponga al fine di provocare il contraddittorio sulla questione dell'applicazione dell'art. 183*bis* cpc, come una sorta di scritto sostitutivo delle memorie previste dal sesto comma dell'art. 183, sia per precisare le proprie difese alla luce di quelle svolte dalla controparte, sia per introdurre nel *thema decidendum* fatti nuovi, in relazione ai quali formulare nuove istanze istruttorie, o nella medesima udienza (ed appare difficile la contestualità di tali attività) ovvero in quella nuova udienza che il giudice potrebbe disporre a tal fine, con i termini ben più ridotti (complessivi venticinque giorni rispetto agli originari ottanta giorni complessivamente disponibili sommando i tre termini delle memorie previsti dal sesto comma dell'art. 183 c.p.c.).

Quando innanzi evidenziato risulterà possibile, ovviamente, solo in ristrette e ben delineate ipotesi, ovvero nel caso in cui il giudice non rigetti la richiesta di fissazione di tale nuova udienza – perchè, come già detto, non è obbligato a fissarla, essendo chiara in tal senso l'espressione “*se richiesto, può fissare*”, prevista dal capoverso dell'art. 183*bis* c.p.c., che specularmente gli attribuisce, in merito, una piena discrezionalità che, al contrario, il sesto comma dell'art. 183 c.p.c. gli nega totalmente, di fronte alle richieste delle parti, con il prevedere “*se richiesto, il giudice concede alle parti i seguenti termini perentori...*”<sup>102</sup> - oppure se, pur avendo fissato la nuova udienza ed avendo concesso i termini per la indicazione di mezzi di prova e documenti, nonché per la prova contraria, comunque non pervenga a rigettare la relativa richiesta istruttoria.

---

100 Ad esempio, si pensi all'ipotesi in cui parte attrice abbia dichiarato, nell'atto introduttivo, una determinata circostanza ed, a sostegno della stessa, abbia affermato di produrre un determinato documento, e tuttavia il convenuto abbia verificato che, invece, tale documento, pur richiamato nell'indice del foliaro della produzione attorea, risulti fisicamente assente nel relativo fascicolo: in tale caso, allora, al convenuto potrebbe risultare incolpevolmente preclusa la possibilità di sollevare determinate difese, ad esempio una eccezione di prescrizione, che come noto richiede obbligatoriamente la costituzione entro il termine di cui all'art. 167 c.p.c., e per converso la sua posizione potrebbe ulteriormente risultare pregiudicata da una decisione del giudice ex art. 183*bis* c.p.c.

101 *Ex multis*, Cass. civ., sez. II, 18 aprile 2006, n. 8938, in *Giur. it.*, Mass., 2006.

102 In giurisprudenza, sulla obbligarietà della concessione del triplo termine previsto dall'art. 183, 6° comma c.p.c., cfr. Trib. Torino, sez. III, 2 novembre 2011, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

Tale evenienza potrà verificarsi, ad esempio, ove il giudice rilevi che i mezzi istruttori in questione, pur se proposti legittimamente e tempestivamente<sup>103</sup>, tuttavia vertano su circostanze di fatto che, risultando allegate per la prima volta solo in occasione della trattazione scritta disposta al fine di provocare il contraddittorio sulla prospettata, da parte del giudice, decisione di mutare il rito, non possono pertanto ritenersi tempestivamente introdotte nel *thema decidendum* della lite, e quindi la tardività della loro allegazione determina, quale logico corollario, la inammissibilità delle richieste istruttorie che le pongono a loro fondamento.

Altrimenti, non rimane che l'estrema risorsa, rappresentata dall'istanza ex art. 153bis c.p.c., invocabile sulla scorta di quell'orientamento della S.C. che, pur affermando che il vigente modello processuale configura un processo che si articola in fasi successive e non ammette deroghe, fa salvo espressamente il caso eccezionale previsto dall'art. 184bis c.p.c. (vigente all'epoca della decisione) oggi sostituito dall'art. 153bis cpc<sup>104</sup>.

Parafrasando allora una celebre espressione, si può sostenere che davanti al giudice si va non più (solo) per parlare, quanto e soprattutto per *specificamente contestare*, di guisa che, passando all'estremo opposto, la parte che non solo non formuli una contestazione analitica e specifica dei fatti posti dall'avversario a fondamento della sua pretesa, ma, altresì, ometta, a tal fine, anche la redazione delle memorie previste dall'art. 183, tiene una condotta suscettibile di esporre la parte medesima al concreto rischio di una sanzione ai sensi del 3° della comma dell'art. 96 c.p.c., integrando simile contegno processuale gli estremi della colpa grave. Si è infatti affermato in giurisprudenza – in fattispecie avente ad oggetto opposizione a decreto ingiuntivo, ma con espressione di un principio di sicura valenza generale – che la proposizione di un'opposizione a decreto ingiuntivo del tutto generica e quasi indeterminata con riferimento alla parte dedicata alla contestazione nel merito della pretesa monitoria, non ulteriormente specificata nel prosieguo del giudizio per essere stata omessa la redazione delle memorie ex art. 183, comma sesto, c.p.c., nei concessi termini di legge, legittima la condanna della parte opponente ex art. 96, comma terzo, c.p.c.<sup>105</sup>; questo perchè, in siffatte circostanze, l'opponente, integralmente soccombente, non avendo adoperato la normale diligenza per l'acquisizione della consapevolezza dell'infondatezza delle proprie eccezioni e difese, ha agito in giudizio quanto meno con colpa grave<sup>106</sup>.

---

103 In quanto articolati nel rispetto dei termini fissati con l'ordinanza che, dopo aver disposto il mutamento del rito, accogliendo la richiesta delle parti ha disposto il rinvio a nuova udienza fissando i termini per la definitiva articolazione delle richieste istruttorie.

104 Cass. civ., sez. un., 23 giugno 2010, n. 15619, in *Corriere Giur.*, 2011, 2, 201.

105 Trib. Milano, sez. VII, 19 novembre 2013, in banca dati *Pluris-cedam.utetgiuridica.it*, voce *Ingiunzione (procedimento per)*, sottovoce *Responsabilità processuale aggravata*.

106 Trib. Milano, sez. VII, 19 novembre 2013, *cit.*