

Il principio di non contestazione: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali.

Sommario: 1) Introduzione al tema. Campo di indagine.– 2) La disciplina positiva.– 3) Fondamento sistematico del principio di non contestazione.– 4) Cenni sugli orientamenti dottrinali in tema di non contestazione alla luce della riforma del processo del lavoro e del codice di rito ordinario.– 5) Panorama della giurisprudenza di legittimità in tema di oneri contestativi da parte del convenuto, anteriormente alla sentenza n.761/2002 delle Sezioni Unite. Tendenziale negazione del principio di non contestazione.– 6) (Segue) L'indirizzo applicativo del principio di non contestazione.– 7) La sentenza 23 gennaio 2002 n.761 delle Sezioni Unite.– 8) Considerazioni su portata e conseguenze applicative della sentenza delle Sezioni Unite.– 9) (Segue) Problemi ancora aperti. – 10) La più recente giurisprudenza sul tema. – 11) Riflessioni conclusive.

1.- Introduzione al tema. Campo di indagine.

Contrariamente a quanto potrebbe sembrare ad un primo, superficiale approccio, il tema del principio di non contestazione - secondo cui, nel processo civile su rapporti disponibili, i fatti allegati da una parte e non espressamente contestati dall'altra non hanno bisogno di essere provati - si rivela estremamente complesso, investendo diverse problematiche generali del processo, di non semplice o univoca soluzione, quali la individuazione dei fatti da provare, la qualificazione delle eccezioni proponibili in giudizio e l'ambito di operatività delle preclusioni.

Oltretutto, il ricorso al principio di non contestazione assume diversa valenza a seconda dell'impostazione che, a livello sistematico, si dia del rapporto tra poteri o facoltà delle parti e poteri o facoltà del giudice, specie con riferimento alla rilevazione e all'inquadramento giuridico dei fatti.

Fatte queste premesse, lo svolgimento del tema non può che prendere l'abbrivio da una verifica delle disposizioni normative, vecchie e nuove, che prevedono specifiche conseguenze in ipotesi di mancata reazione della parte. L'esposizione verrà poi sviluppata confrontando con la realtà del processo le varie teorie che hanno tracciato il profilo sistematico del principio in questione. In seguito, la non contestazione verrà indagata per il modo in cui si è manifestata nella elaborazione dottrinale. L'analisi proseguirà focalizzando l'attenzione sulla posizione assunta in materia dalla giurisprudenza per poi chiudersi con l'indicazione di alcuni aspetti problematici sui quali la risposta giurisprudenziale è stata considerata inappagante.

2.- La disciplina positiva.

Quello di cui si discute è un principio che non trova un riconoscimento esplicito nella legge processuale. La circostanza non è priva di significato ove si

pensi che il codice di rito si apre con un libro intitolato “Disposizioni generali” e dedicato proprio all’esposizione dei principi che dovrebbero trovare tendenziale applicazione in tutti i modelli di processo disciplinati nei tre libri successivi o anche fuori del codice stesso.

Particolare siffatto non è peraltro decisivo per negare la vigenza del principio, perché un principio non scritto può ricavarsi pure in via interpretativa, almeno secondo due strade, che non si escludono a vicenda: una è quella di dedurre l’esistenza da altro principio scritto o sicuramente vigente; l’altra è un’operazione inversa, di tipo induttivo, in base alla quale, assumendo che il principio debba conformare il sistema in cui vige, si può provare a dimostrarne l’immanenza dai segni che emergono dalla disciplina positiva di singoli istituti.

Secondo l’autore che più a fondo si è occupato del tema ¹, anche il nostro codice di rito, pur non contenendo una norma di tenore eguale a quella presente nell’ordinamento tedesco (che impone alla parte di dichiararsi in maniera completa e veritiera sulle allegazioni avversarie, considerando come ammessi i fatti non espressamente contestati ²), riconosce il fenomeno della non contestazione.

Non mancherebbero invero esempi nei quali, per espressa previsione legislativa, una delle parti viene esonerata dal provare determinati fatti quando l’altra non li contesti o addirittura li ammetta esplicitamente.

Questi esempi - che si ritrovano sia all’interno della disciplina del processo ordinario di cognizione, sia in riferimento ai processi speciali del IV libro, sia, infine, nell’ambito del processo di esecuzione - sono caratterizzati in vario modo.

Così, le fattispecie disciplinate dagli artt. 14, 35, 186 *bis*, 263, 266, 423, 785 del c.p.c. e dall’art. 2734 del c.c. sono tutte contraddistinte dalla presenza di un preciso “onere di contestazione” a carico della parte contro cui la pretesa è diretta.

Infatti, l’art. 14 c.p.c., ultimo comma, dispone che, quando la controversia riguarda somme di denaro o beni mobili, se il convenuto “non contesta” nella sua prima difesa il valore della causa dichiarato dall’attore o presunto dalla competenza del giudice adito, quella somma o quantità di beni mobili rimane fissata anche ai fini del merito. La conseguenza è che il convenuto non potrà più, se non lo ha fatto nella prima difesa, tornare a contestare il *quantum* della pretesa così determinato.

Dal canto suo, l’art. 35 evita che l’eccezione di compensazione possa immorare la conclusione del giudizio in caso di non contestazione della domanda.

Ancora, gli artt. 186 *bis*, per il (nuovo) rito ordinario, e 423, per il rito del lavoro, prevedono che, qualora il convenuto abbia ommesso di contestare il pagamento di somme dovute all’attore, quest’ultimo possa richiedere al giudice istruttore, fino al momento della precisazione delle conclusioni, la concessione di una ordinanza costituente titolo esecutivo.

Un altro esempio verrebbe offerto dall’art. 263 c.p.c., il quale dispone che, nel

¹ CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano 1995, *passim*. Dello stesso autore, *A proposito dell’onere di “prendere posizione”*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 151 ss.

² Si tratta del § 138 della *Z.P.O.* nella quale disposizione si esclude anche che la parte possa eludere un simile onere dichiarando di non conoscere i fatti di cui si discute, perché la dichiarazione di ignoranza può valere soltanto per i fatti che non hanno costituito atti propri della parte.

corso del procedimento per rendimento di conti, se il conto depositato non viene contestato, il giudice istruttore ordina con provvedimento esecutivo il pagamento delle somme dovute.

Un onere di contestazione sarebbe pure ravvisabile nelle disposizioni (artt. 663 e 666) sul procedimento sommario di convalida della licenza o dello sfratto per finita locazione o per morosità, le quali consentono al giudice di convalidare la licenza o lo sfratto a seguito della mancata opposizione o della contumacia dell'intimato o di emanare una ordinanza di pagamento dei canoni non contestati.

Analogamente, gli artt. 785 e 789 c.p.c. stabiliscono, rispettivamente, che se non sorgono contestazioni, il giudice dispone la divisione e ne dichiara esecutivo il progetto.

Si rammentano ancora gli articoli: 548 c.p.c., relativo alla mancata dichiarazione del terzo nell'espropriazione presso terzi; 512, 597 e 598 c.p.c., per la distribuzione delle somme ricavate dall'espropriazione forzata; 30, comma 3°, della legge n. 392 del 1978, per la procedura di rilascio dell'immobile locato a equo canone; 101, comma 3°, della legge fallimentare, per la procedura di accertamento dei crediti tardivamente ammessi al passivo.

In questo stesso gruppo di norme andrebbe inserito anche l'art. 2734 c.c. per il quale le dichiarazioni aggiunte alla confessione "fanno piena prova nella loro integrità se l'altra parte non contesta la verità dei fatti o delle circostanze aggiunte". Anche in questo caso l'inosservanza dell'onere di contestare rende superflua la prova di quei fatti o circostanze aggiunti alla confessione e favorevoli al confitente.

Tra le previsioni che assumono la non contestazione a momento qualificante della fattispecie disciplinata, va poi annoverato l'art. 669 *novies* - anch'esso, come l'art. 186 *bis*, introdotto dalla riforma del 1990 - il cui secondo comma stabilisce che, se non c'è contestazione sulla causa dell'inefficacia del provvedimento cautelare, il giudice la dichiara con ordinanza avente efficacia esecutiva.

In tutti questi esempi alla parte costituita si richiede di non rimanere in silenzio di fronte a quanto affermato dall'avversario ma di attivarsi, elevando le sue eventuali contestazioni che potranno risolversi in "mere difese" o in vere e proprie "eccezioni".

Invece, per altre ipotesi il legislatore ha esteso l'applicazione del principio della non contestazione anche al convenuto contumace. E' quello che avviene, ad esempio, oltre che nelle citate situazioni in tema di sfratto, nel caso dell'art. 215, dove si dispone che, se la parte alla quale è attribuita la scrittura privata prodotta in giudizio è contumace o non la disconosce o non dichiara di non conoscerla, non c'è bisogno che si proceda alla verifica giudiziale per considerarla riconosciuta.

A questo proposito, potrebbe citarsi quanto previsto dall'art. 13, 2° comma, D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, che, nell'ambito del nuovo rito applicabile a partire dal 1° gennaio 2004 alle controversie in materia societaria, di intermediazione finanziaria, nonché bancaria e creditizia, ha introdotto una particolare disciplina della contumacia del convenuto, il perfezionamento della quale appare legato alla mancata notificazione della comparsa di risposta invece che alla mancata costituzione e dalla quale può discendere, se l'attore chiede l'immediata fissazione

dell'udienza, una sorta di *ficta confessio* in ordine a tutti “i fatti affermati dall'attore” nell'atto di citazione, con conseguente possibilità che il tribunale decida sulla domanda in base alla “concludenza” di questa, se del caso deferendo all'attore giuramento suppletorio.

Peraltro, proprio la presenza “eccezionale” di queste norme, di dubbio inquadramento sistematico, dimostrerebbe l'impossibilità di un'applicazione generalizzata del principio in esame. A questo risultato si arriverebbe considerando in primo luogo la già rilevata (e significativa) assenza di un generale onere di contestare le affermazioni avversarie e, in secondo luogo, l'irrilevanza della non contestazione ricavabile dalla stessa disciplina che il nostro legislatore ha riservato alla contumacia e all'assenza.

Gli artt. 290 e ss. del c.p.c. lascerebbero intendere che nessuna conseguenza a fini probatori produce la contumacia, ossia il comportamento inattivo per eccellenza. *A fortiori*, questo dovrebbe valere per la semplice non contestazione della parte costituita in giudizio.

La non contestazione, dunque, potrebbe assumere soltanto una rilevanza probatoria minima e residuale. Essa, infatti, andrebbe riportata nel più ampio concetto di contegno processuale della parte e troverebbe un immediato referente normativo nella disciplina dell'art. 116, comma 2°, c.p.c.

3.- Fondamento sistematico del principio di non contestazione.

E' prevalente la tesi che i comportamenti processuali relativi alla non contestazione di determinati fatti rappresentino manifestazione diretta del principio dispositivo (sostanziale). Attribuire alle parti il potere esclusivo di proporre la domanda e di determinare i diritti su cui il giudice dovrà pronunciare non significa altro che proiettare nel processo il monopolio riconosciuto dall'ordinamento alle parti stesse sulle situazioni sostanziali disponibili, rispetto al quale sarebbe contraddittoria ogni limitazione o sottrazione del potere di richiedere la tutela giurisdizionale e di fissarne i confini. Nel processo su rapporti disponibili le parti hanno la possibilità di determinare, in maniera vincolante per il giudice, non soltanto il *quod decidendum*, ma anche il *quod probandum*, e cioè quali, fra i fatti allegati, siano bisognosi di prova³.

Secondo taluni approfondimenti, solo i c.d. fatti principali possono essere oggetto di non contestazione, distinguendosi correlativamente tra i profili dell'attività processuale di parte relativi alla determinazione del reale ambito controverso e quelli,

³ CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano 1951, 695 ss.; VERDE, voce *Prova - Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 616; Id., *Profili del processo civile*, Processo di cognizione, 2, Napoli 1996, 83.; Id., voce *Dispositivo (principio)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma 1989, par. 1; Id., voce *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma 1989, par. 2. Anche PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 1994, 105, subordina gli effetti della non contestazione - consistenti nel “porre il fatto ammesso fuori del *thema probandum* ed a vincolare il giudice a doverlo ritenere, in quanto pacifico e non controverso, come esistente” - alla disponibilità dei diritti oggetti del giudizio.

c.d. secondari, suscettibili di essere valutati sul piano probatorio ⁴.

Proprio movendo da tale premessa sistematica, affinché un fatto possa ritenersi pacifico, e quindi posto a base della decisione senza necessità di essere provato dal soggetto astrattamente gravato dal relativo onere probatorio, non è sufficiente che all'allegazione del fatto da una delle parti segua il mero silenzio della controparte che sia costituita in giudizio, così come analoga rilevanza non può attribuirsi neanche alla contumacia della medesima controparte, in difetto di un onere generale di contestazione ⁵.

In diversi termini, la “non contestazione” è la conseguenza dell'applicazione del principio dispositivo (sostanziale) e prescinde dalla previsione a carico del convenuto di un onere di contestazione. Essa equivarrebbe a un atto di volontà delle parti, vincolante per il giudice, di esclusione dei fatti dalla massa di quelli suscettibili di prova.

Alla tesi secondo cui la non contestazione va ricollegata al potere monopolistico delle parti di allegazione dei fatti di causa, si è rimproverato soprattutto di riconoscere un peso eccessivo ai poteri delle parti, arrivando a sostenere che queste, non contestando, possono vincolare il giudice ad assumere in sentenza i fatti così come sono stati allegati.

Si è inoltre rilevato che essa, formatasi sulla base dell'originaria formulazione del codice del '40 e per di più riprendendo idee già sviluppatesi sotto il codice di rito del 1865 intorno alla valutazione giudiziale del comportamento processuale della parte, doveva essere riesaminata alla luce delle importanti modifiche apportate al nostro processo civile ad opera della legge n.533/1973, per il rito del lavoro, e della legge n.353/90, per quello ordinario.

Sulla scia di un movimento che ha sceverato tra quanto attiene alla tutela giudiziaria nel suo momento iniziale - e cioè le attività di instaurazione del processo e di delimitazione dell'oggetto della lite - e quanto attiene al modo in cui essa si esplica, vale a dire l'allegazione dei fatti e l'istruzione probatoria, riportando al principio dispositivo solo le attività del primo tipo, il principio di non contestazione è stato riguardato non come un canone essenziale del processo, riflesso della tutela privatistica e disponibile degli interessi ivi dibattuti, ma come il risultato di una scelta di mera tecnica processuale finalizzata al soddisfacimento di superiori esigenze di semplificazione e di economia del processo. In questa prospettiva, il fondamento del valore del principio della non contestazione è stato individuato nella responsabilità o

⁴ Vedi soprattutto VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 200 ss. Dello stesso autore, *Profili del processo civile*, Parte generale, I, Napoli 1999, 100-101, ove distingue tra attività assertiva e attività asseverativa; la prima ha la funzione di introdurre i fatti principali e secondari nel processo, la seconda ha, invece, la funzione di fornire al giudice elementi di convincimento, cioè materiale probatorio; nell'ambito dell'attività assertiva, “mentre è sicuro il vincolo del giudice quanto ai fatti c.d. principali, non egualmente è sicuro che tale vincolo si estenda ai c.d. fatti secondari.”

⁵ Vedi CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1923, 749 ss.; FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 77; CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico di prova*, Ristampa, Milano, 1992, 25, in nota 19; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1954, 340; Id. voce *Prova (Diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig.it.*, XIV, Torino 1967, 274; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 88.

autoresponsabilità delle parti nell'allegazione dei fatti di causa di cui sarebbero espressione gli art. 167, 1° comma, e 416, 3° comma, c.p.c. ⁶.

4.- Cenni sugli orientamenti dottrinali in tema di non contestazione alla luce della riforma del processo del lavoro e del codice di rito ordinario.

A seguito delle riforme del processo del lavoro e del rito ordinario, si è posto il problema dell'incidenza sulla tematica della non contestazione dell'obbligo di prendere specifica posizione sui fatti di causa, sancito dagli artt. 167, primo comma, e 416, terzo comma, a carico del convenuto, nel quadro - peraltro - di un sistema di preclusioni per le deduzioni difensive e probatorie.

Più precisamente, si è dovuto valutare, da un lato, se, prevedendo le nuove norme il dovere delle parti di prendere posizione sulle allegazioni dell'avversario, atteggiamenti difensivi (delle parti costituite) meramente passivi o omissivi siano di per sé idonei a rendere pacifici i fatti in tali termini non contestati, e, dall'altro, se siano ammissibili contestazioni tardive di circostanze precedentemente ammesse (o da ritenersi come tali).

Sul piano teorico si è rilevato che l'orientamento tradizionale doveva ritenersi superato in ragione del dovere di prendere posizione posto dalla nuova disciplina del processo del lavoro e del rito ordinario⁷. Tuttavia, si è affermato che il vincolo fissato dall'art. 167, 1° comma, rimarrebbe più debole rispetto a quello scaturito dall'art. 416, 3° comma, stante la previsione contenuta in quest'ultima disposizione, ma assente nella prima, che la presa di posizione deve essere espressa in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione⁸. Analogamente, si è cercato di svilire la forza normativa del cosiddetto onere di "prendere posizione", sottolineando l'assenza di una qualsiasi sanzione all'interno dell'art. 167, 1° comma, per la eventuale violazione del relativo precetto⁹.

Altro autore sostanzialmente nega la presenza nel nostro sistema processuale del principio in discorso, sulla base di una puntualizzazione della categoria processuale della contestazione e della individuazione della sussistenza di un

⁶ CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 238 ss., 250 ss., 259 ss., 267 ss., 328 ss.

⁷ BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 277 ss.; CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., *passim*; Id., *A proposito dell'onere di "prendere posizione"*, cit., 151 ss.; FRUS, *Note sull'onere del convenuto di "prendere posizione" nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 63 ss.

⁸ COMOGLIO - FERRI - TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, 471; TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo civile*, Milano, 1991, 131; MANDRIOLI, *Le modifiche del processo civile*, Torino 1991, 68; Id., *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino 1995, § 8; TARUFFO, *La struttura del procedimento di primo grado*, in BORRÉ - CASTELLANO - PROTO PISANI - RICCI - TARUFFO, *La riforma del processo civile - Linee fondamentali*, Milano 1991, 27 ss., spec. 31; RAMPAZZI, *Comparsa di risposta*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di CHIARLONI, Torino 1992, 125. E su questa base si è affermata la sufficienza della contestazione generica ai fini della "presa di posizione" di cui all'art. 167, 1° comma.

⁹ ATTARDI, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.*, 1990, V, 385 ss.; Id., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova 1991, 67 ss.; TARZIA, *Lineamenti*, cit., 133 ss.; LUISO (CONSOLO-SASSANI), *La riforma del processo civile*, Milano 1991, 101; MANDRIOLI, *Corso*, cit., II, § 8 testo e nota 5; COMOGLIO, voce *Istruzione e trattazione nel processo civile* in *Digesto Civ.*, X, Torino 1993, 232; BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli 1994, 125; Id., *Le preclusioni*, cit., 277 ss.; VACCARELLA-CAPPONI-CECCHIELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino 1992, 82 ss.; TRISORIO LIUZZI, *La difesa del convenuto e dei terzi nella nuova fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 80-81.

obbligo di contestazione, o principio di contestazione, avente come contenuto la necessaria introduzione di fatti modificativi, estintivi o impeditivi destinati a completare il quadro del *quod desputandum*. La non contestazione dei fatti dedotti dall'avversario costituirebbe, quindi, una "inazione incapace di alcuna valenza espressiva" che non rende gli stessi incontrovertibili, né li sottrae al relativo onere probatorio; di conseguenza, le tardive contestazioni non possono ritenersi inammissibili, salva la sanzionabilità anche a norma dell'art. 116, secondo comma, c.p.c., di simili non leali comportamenti processuali¹⁰.

Sul piano applicativo, le risposte della dottrina sono state piuttosto frastagliate - con una prevalenza di tesi volte a escludere che l'inosservanza del dovere di prendere posizione sui fatti di causa esoneri l'altra parte dall'onere di provare i fatti in tali termini non contestati - e orientate più che altro a riconoscere la rilevanza di simili comportamenti sotto il profilo della correttezza processuale e di una eventuale loro elastica valutabilità in sede decisoria a norma dell'art. 116, secondo comma, c.p.c.¹¹

Senza assumere una posizione netta circa il valore di una non contestazione meramente passiva, si è sottolineato come la posizione delle parti dovrebbe chiarificarsi nel corso della fase preliminare particolarmente in sede di interrogatorio libero¹².

Da quanti, invece, valorizzano incisivamente l'assenza di contestazione si osserva, in generale, che "la mancata contestazione - a fronte di un onere esplicitamente imposto dal dettato legislativo - rappresenta (...) in positivo l'adozione di una linea difensiva incompatibile con la negazione del fatto e quindi rende inutile provarlo, perché non controverso". Viene comunque specificato che l'esclusione dal *thema probandum* dei fatti non contestati (e la correlativa *relevatio ab onere probandi* per l'attore) non comporta anche l'eliminazione del poterdovere del giudice di valutare la verità oltre che la fondatezza *in iure* dei medesimi fatti¹³.

Scendendo più in concreto, le posizioni tendono a diversificarsi. Si sostiene che la rilevanza di una prova negativa può risultare *aliunde* e che, in presenza di una contestazione generica, i fatti non possono più ritenersi pacifici (sempre che il livello di genericità della contestazione non sia tale da far qualificare la relativa enunciazione quale inoperante clausola di stile), salva la valutabilità di un simile

¹⁰ CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, I - *La contestazione tra norme e sistema*, Milano, 1992, e II - *La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano 1993. In particolare, riassuntivamente, vol. I, 164 ss.

¹¹ Cfr. la ricognizione compiuta da CARRATTA in *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 285 ss., quanto al rito del lavoro, e in *A proposito dell'onere di "prendere posizione"*, cit., 155 ss., quanto al rito ordinario così come novellato; per una recente riproposizione dell'impostazione tradizionale, pur a seguito delle menzionate riforme, v. COMOGLIO - FERRI - TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit. 512, secondo cui "la mera mancanza di contestazione non pare sufficiente a porre automaticamente fuori discussione la verità del fatto. Potrà trattarsi di un comportamento processuale valutabile dal giudice ai fine di trarne argomenti di prova, ma non di un comportamento negoziale capace di incidere sull'accertamento della verità dei fatti. Di conseguenza il fatto non contestato non cessa per questa sola ragione di essere 'incerto', e quindi di avere bisogno di essere provato in giudizio".

¹² PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, V, 53 ss.; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 120.

¹³ Così CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 331.

comportamento difensivo sul piano probatorio¹⁴. Di contro, si tende a equiparare la contestazione non puntuale - considerata violazione dell'art. 167, nel quale la mancata ripetizione della formula "sovrabbondante ed enfatica" di cui all'art. 416 non sarebbe significativa - alla mancata contestazione¹⁵.

Si è, altresì, affermato che il principio di contestazione opererebbe non solo per i fatti principali (ovverosia i fatti costitutivi, allegati dall'attore a fondamento della domanda, e i fatti impeditivi, modificativi e estintivi, solitamente allegati dal convenuto a fondamento delle eccezioni), ma anche per quelli secondari (cioè per i fatti dedotti in funzione probatoria dei principali)¹⁶.

Anche sulla questione della revocabilità della non contestazione, *alias* della contestazione tardiva, pur tenendo conto del nuovo sistema processuale caratterizzato dalla maturazione di preclusioni e decadenze nel corso della fase preparatoria del giudizio, non si riscontra una necessaria corrispondenza tra le posizioni assunte dai vari autori.

A questo riguardo, anzi, il discorso si complica notevolmente intrecciandosi con il problema concernente l'individuazione dei caratteri delle eccezioni e del termine ultimo per dedurre fatti modificativi, estintivi e impeditivi, integranti eccezioni in senso lato.

Per alcuni, alla posizione rigorosa circa la portata del silenzio sui fatti addotti dall'avversario si associa l'esclusione della possibilità di una contestazione in qualunque momento di fatti precedentemente ammessi o qualificabili come tali: la tesi è collegata alla ricostruzione delle prescrizioni ex artt. 167 e 416 in termini anche di onere sanzionato con decadenze superabili solo nella ricorrenza dei presupposti della rimessione in termini ex art. 184 *bis* ed è argomentata con il rilievo che nel novellato rito ordinario sussiste un preciso collegamento cronologico e causale tra l'esito della fase diretta alla fissazione del tema controverso e le iniziative probatorie delle parti, assoggettate a preclusioni temporali. In base a tale impostazione, è perciò impossibile allegare nuovi fatti estintivi, modificativi, impeditivi pur rilevabili di ufficio, dopo l'udienza ex art. 183 c.p.c., a meno che non ricorrano ipotesi di rimessione in termini¹⁷.

A parere di altri, invece, non è possibile - soprattutto per le mere difese, ma anche per le allegazioni di nuovi fatti-eccezioni in senso lato, ossia rilevabili di

¹⁴ Vedi, sia pure con diverse sfumature, autori citati alle note 8 e 9.

¹⁵ CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 294 ss.; Id. *A proposito dell'onere di "prendere posizione"*, cit., 157 ss.

¹⁶ CARRATTA, *Il principio*, cit., 331.

¹⁷ CARRATTA, *op.ult.cit.*, 311 ss.; Id. *A proposito*, cit., 157; RAMPAZZI, in AA.VV. *Le riforme del processo civile*, Bologna-Roma 1992, 125-127; RICCI, in CARPI-TARUFFO, *Commentario breve*, Appendice di aggiornamento, Padova 1991, 47 ss. Nello stesso senso, con espresso riferimento al rito del lavoro, FRUS, *op.loc.cit.*, spec. 91 ss.; COSTANTINO, in AA.VV., *Commentario alla l. 26 novembre 1990 n. 353. Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Nuove leggi civ.*, 1992, 87 ss.; VACCARELLA-CAPPONI-CECCHIELLA, *Il processo civile*, cit. 98 ss.; COLESANTI, *Il processo di cognizione nella riforma del 1990*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 20, il quale però aggiunge che si tratta di una soluzione "squisitamente formalistica", onde "ogni sforzo va compiuto per evitare che essa abbia a divenire 'diritto vivente' nell'esperienza giurisprudenziale". Nel senso che il limite per il rilievo di ufficio dell'eccezione in senso lato è costituito dall'udienza ex art. 183 c.p.c., GRASSO, *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, *ibid.*, 652.

ufficio - far operare una preclusione non prevista dalla legge; devono, quindi, ritenersi ammissibili contestazioni su fatti precedentemente qualificabili come pacifici, pur se intervenute quando non sono più consentite le richieste istruttorie, e anche per la prima volta in appello, salve, al più, la valutabilità di tale comportamento processuale ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c., e la possibilità della controparte di fruire della rimessione in termini ex art. 184 *bis* ¹⁸.

Intermedia è la posizione di alcuni autori, per i quali non è ammissibile un'allegazione tardiva, dopo l'udienza di trattazione, ma rimane sempre fermo il potere del giudice di rilevare di ufficio il fatto estintivo, modificativo, impeditivo risultante dagli atti, che non integri eccezione in senso stretto ¹⁹.

Anche altro autore - che pure, in relazione al rito del lavoro, aveva ritenuto non derogato il principio della provvisorietà della non contestazione, salvo peraltro un esercizio dei poteri istruttori di ufficio finalizzato al temperamento, in questa come in altre situazioni, delle particolari rigidità delle preclusioni probatorie, suscettibili di manifestarsi irragionevolmente lesive in un sistema contemporaneamente ispirato al c.d. principio di eventualità quanto alla indicazione dei mezzi di prova ²⁰ - ha assunto, a proposito del nuovo rito ordinario, una netta posizione contraria alla tesi dell'ammissibilità di contestazioni tardive, ritenuta incompatibile con le finalità di chiarezza e semplificazione cui mira il concatenamento tra la fase diretta alla chiarificazione delle posizioni delle parti e la fase di formulazione delle richieste istruttorie, sostenendo che le non contestazioni e le ammissioni possono essere "ritirate" solo in base ai presupposti e alla procedura della rimessione in termini ²¹. Per tale esponente della dottrina, che recentemente ha esteso siffatta posizione al rito del lavoro ²², sembra però doversi distinguere tra momento ultimo per contestare i fatti storici dedotti dall'attore e momento ultimo per allegare i fatti - eccezioni in senso lato; nel primo caso, la contestazione non può ammettersi se non contenuta nella fase preparatoria - e cioè entro il termine di cui all'art.183, comma

¹⁸ ORIANI, voce *Eccezione*, in *Dig.civ.*, Torino 1991, VII, 266 ss.; Id., *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 9 ss., e in *Studi in onore di V. Denti*, Padova 1994, II, 315 ss.; Id., *Eccezione rilevabile di ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, in *Foro it.*, 2001, I, 127 ss., dove, quanto al momento ultimo per allegare in giudizio i fatti impeditivi, modificativi, estintivi posti a fondamento di eccezioni rilevabili d'ufficio, ritiene che tali fatti saranno allegabili in giudizio durante tutto il corso del giudizio di primo grado, ed anche per la prima volta in appello; BALENA, *Le preclusioni*, cit. 278; Id., *La riforma*, cit., 186 ss., secondo cui è inevitabile ammettere che le parti possano provvedervi finanche in sede di precisazione delle conclusioni, tanto più che si tratta di poteri talora esercitabili dallo stesso giudice d'ufficio, in applicazione del principio *iura novit curia*. Nello stesso ordine di idee: TRISORIO LIUZZI, *La difesa del convenuto*, cit. 80-81. TARZIA, *Lineamenti*, cit., 69 e 131; MANDRIOLI, *Corso*, cit., II, § 8; Id., *Le nuove ordinanze di "pagamento" e "ingiunzionale" nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv.dir.proc.*,1991, 644 ss.; VACCARELLA-CAPPONI-CECCHIELLA, *Il processo civile*, cit., 121; OBERTO, *L'introduzione della causa in primo grado dopo la riforma del processo civile (citazione, comparsa di risposta, intervento e chiamata in causa)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 451.

¹⁹ CHIARLONI, in *Le riforme del processo civile*, a cura di CHIARLONI, Torino 1992, 175 ss., spec. 178; CONSOLO-LUISSO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 158 ss.

²⁰ PROTO PISANI, *In tema di prova nel processo del lavoro: temperamenti al principio di eventualità*, *Foro it.*, 1981, I, 2402 ss.

²¹ PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 158 ss.; *Lezioni di diritto processuale civile*, 4^a ed., Napoli 2002, 108 ss. e 120 ss.

²² PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, I, 2003, 606.

5 - conclusa la quale dovrebbe essere giustificata ai sensi dell'art.184 *bis* relativo alla rimessione in termini; la contestazione mediante allegazione di fatti modificativi, impeditivi e estintivi, posti a fondamento di eccezioni rilevabili d'ufficio, può invece effettuarsi durante tutto il corso del giudizio di primo grado e, anche per la prima volta, in appello ²³.

Generalmente, si ritiene che le conseguenze derivanti dall'inosservanza dell'onere di prendere posizione non trovano applicazione nei confronti della parte contumace, e questo perché il nostro ordinamento considera la contumacia una semplice inattività da cui non sarebbe possibile ricavare conseguenze sul piano della formazione del convincimento giudiziale: un comportamento neutro cui non può annettersi valore di *ficta confessio*. D'altro canto, che una simile impostazione sia condivisa anche dal legislatore del 1990 sarebbe confermato dall'art. 186 *bis*, il quale prevede espressamente che l'ordinanza di pagamento di somme non contestate può essere emessa solo nei confronti della parte "costituita" ²⁴.

Altri ha osservato che con la novella si è inteso applicare in modo generalizzato lo schema dell'onere di dichiararsi sulle allegazioni avversarie per finalità di concentrazione processuale e che il riferimento al solo art. 186 *bis* appare poco convincente per escludere l'equiparazione contumacia = non contestazione, o per concludere che la contumacia deve essere equiparata a una vera e propria "presa di posizione" o, addirittura, a una esplicita contestazione dei fatti *ex adverso* allegati. Si sottolinea, in proposito, che la scelta compiuta dal legislatore rispetto allo specifico provvedimento dell'art.186 *bis* può essere giustificata anche prescindendo dal riferimento alla contumacia come semplice inattività; per esempio, per profili pratici, data l'inutilità di un provvedimento anticipatorio in un processo tendenzialmente destinato a esaurirsi in tempi brevi ²⁵.

5.- Panorama della giurisprudenza di legittimità, in tema di oneri contestativi da parte del convenuto, anteriormente alla sentenza n.761/2002 delle Sezioni Unite. Tendenziale negazione del principio di non contestazione.

Con indirizzo risalente, ma tenuto fermo anche dopo la riforma del codice di rito, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che, nei giudizi relativi a diritti disponibili, i fatti allegati possono essere considerati "pacifici", esonerando la parte dalla necessità di fornirne la prova, soltanto quando l'altra parte li abbia esplicitamente ammessi, o abbia impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi, ovvero quando si sia limitata a contestarne esplicitamente e specificamente taluni soltanto, evidenziando in tal modo il proprio non interesse ad un accertamento degli altri ²⁶.

²³ PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, 605 - 606.

²⁴ VERDE, opere cit. alla nota 3; TARZIA, *Lineamenti*, cit., Milano 1991, 71; COMOGLIO, *I provvedimenti anticipatori*, in AA.VV. *Le riforme della giustizia civile*, 301 ss., spec. 312-313; MANDRIOLI, *Corso*, cit., 102; PROTO PISANI, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro it.* 1990, V, 397; Id. *La nuova disciplina*, cit., 238, e, più da recente, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 607.

²⁵ CARRATTA, *Il principio*, cit., 296 ss.

²⁶ Sconfinata è la giurisprudenza al riguardo. Vedi, *e plurimis*, Cass. 11 gennaio 1983 n. 195; Cass. 26 agosto 1986 n. 5229; Cass. 5 dicembre 1992 n. 12947; Cass. 20 maggio 1993 n. 5733; Cass. 18 dicembre 1993 n. 12553; Cass. 1°

Tale indirizzo si fonda sul convincimento che la non contestazione non può essere considerata un istituto del codice di rito, mancando la previsione a carico del convenuto di un preciso onere di contestare i fatti affermati *ex adverso*.

Peraltro, la valutazione della non compatibilità dell'impostazione difensiva con la contestazione di determinati fatti appare talvolta compiuta con una certa larghezza, senza richiedere un'incompatibilità assoluta tra le deduzioni difensive e la contestazione del fatto allegato dalla controparte ²⁷.

D'altra parte, si è precisato che la valutazione del sistema difensivo della parte ai fini della individuazione dei fatti da considerare come implicitamente ammessi rappresenta un giudizio di fatto rimesso al giudice di merito, con le inerenti conseguenze quanto alla sua sindacabilità in cassazione ²⁸.

Altrettanto costante è l'affermazione che non possono essere parificate a una ammissione implicita (e non ne producono gli stessi effetti) le ipotesi di contumacia, di silenzio o di contestazione generica. E ciò proprio nella considerazione dell'inesistenza, nel nostro ordinamento, di un onere generale di contestazione.

Si è ad esempio affermato che tanto l'esistenza del debito quanto la mora del debitore devono essere provati dall'attore a prescindere dalla totale mancanza di eccezioni del convenuto su entrambi i temi di indagine ²⁹; oppure, sempre in ipotesi in cui la parte aveva taciuto completamente sui fatti allegati dalla controparte, che nel rito del lavoro l'onere della contestazione posto a carico del solo convenuto, a differenza dell'onere di proporre le eccezioni in senso proprio e di dedurre le prove, non è sancito dall'art. 416 c.p.c. a pena di decadenza e che la mancata contestazione non implica ammissione di quanto asserito dalla controparte. Ne deriva che il giudice del merito, nella controversia avente ad oggetto la legittimità dell'impugnato licenziamento, non è esonerato dalla valutazione della prova, di cui è onerato il lavoratore ricorrente, in ordine alla qualità di imprenditore del datore di lavoro al fine dell'applicabilità del regime della tutela reale della stabilità del rapporto, ancorché il lavoratore medesimo abbia omesso di contestare quanto assunto della controparte ³⁰.

Sulla "forma" della contestazione si è sottolineato che l'art. 416 c.p.c., nel prevedere l'onere per il convenuto di prendere posizione, in maniera precisa e non limitata a una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, non sanziona l'inosservanza di tale onere con la previsione di una qualche forma di decadenza, né contiene ulteriori clausole o

agosto 1994 n. 7156; Cass. 13 maggio 1995 n. 5277; Cass. 23 maggio 1995 n. 5643; Cass. 18 luglio 1997 n. 6623; Cass. 4 agosto 1997 n. 7189; Cass. 23 febbraio 1998 n. 1940; Cass. 16 ottobre 1998 n. 10247; Cass. 13 febbraio 1999 n. 1213; Cass. 12 maggio 1999 n. 4687; Cass. 13 ottobre 1999 n. 11513; Cass. 18 luglio 2000 n. 9424; Cass. 8 agosto 2000 n. 10434; Cass. 20 ottobre 2000, n. 13904.

²⁷ Vedi, per es., Cass. n. 5733/1993, cit., secondo cui i fatti allegati da una parte possono considerarsi pacifici non solo quando siano stati esplicitamente ammessi dalla controparte, ma anche quando questa non li contesti specificamente ed imposti altrimenti il proprio sistema difensivo.

²⁸ Cass. n. 195/1983, cit, e, più di recente, Cass. 20 gennaio 1997 n. 551.

²⁹ Cass. 2 maggio 1997 n.4476.

³⁰ Cass. 6 marzo 1986 n.1488; Cass. 18 luglio 1987 n.6339; Cass. 6 febbraio 1990 n.815; Cass. 19 agosto 1996 n. 7630.

previsioni in base alle quali possa ritenersi che la contestazione generica di quei fatti esoneri l'attore, in ordine ai fatti costitutivi del diritto da lui azionato, dall'onere probatorio posto a suo carico dalla norma generale di cui all'art. 2697 c.c., o il giudice dal verificare l'adempimento di detto onere. Una generica contestazione non può, pertanto, equivalere a una ammissione, da parte del convenuto, della sussistenza dei fatti affermati dall'attore, ma può eventualmente integrare violazione del dovere di lealtà processuale, sanzionabile ai sensi degli artt. 88 e 92 c.p.c., e comunque essere discrezionalmente valutata, attenendo al contegno della parte nel processo, come semplice argomento di prova, ai sensi del secondo comma dell'art. 116 c.p.c., e pertanto, in quanto tale, solo come elemento aggiuntivo e integrativo rispetto alle risultanze dei veri e propri mezzi di prova³¹.

Ancora più specificamente, una tale limitata conseguenza della non contestazione è stata affermata con riferimento ai fatti costitutivi osservandosi che l'inadempimento, da parte del convenuto, dell'onere impostogli dal terzo comma dell'art. 416 c.p.c. non è sanzionato da decadenza, come previsto invece dalla stessa norma per l'onere di proposizione delle eccezioni e delle domande riconvenzionali e di indicazione dei mezzi di prova; ne consegue che tale carenza non preclude al convenuto la successiva contestazione dei fatti adottati a fondamento della domanda anche in grado di appello, né al giudice il potere-dovere di accertarne la esistenza, all'uopo ricavando eventuali argomenti di prova anche da quel comportamento del convenuto stesso ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c.³²

Non sono mancate neanche recenti pronunce nel senso della idoneità di una contestazione globale a rendere non pacifici i singoli fatti, non imponendo l'art. 416, terzo comma, c.p.c., al convenuto - nel rito del lavoro - di formalizzare un'articolata e analitica contestazione rispetto ad ogni singola e particolare circostanza dei fatti adottati dalla controparte³³.

Si è, poi, escluso che nel solo fatto della contumacia possa configurarsi un atteggiamento di non contestazione³⁴.

L'orientamento prevalente era nel senso di attribuire alla non contestazione il connotato della provvisorietà e reversibilità, in base al presupposto che le preclusioni previste dall'art. 416 c.p.c. per le domande riconvenzionali e le eccezioni non rilevabili di ufficio non si estendono alle eccezioni improprie o mere difese volte alla contestazione dei fatti costitutivi allegati dall'attore a sostegno

³¹ Cass. 10 novembre 1990 n. 10849; Cass. 2 giugno 1994 n. 5359; Cass. 7 luglio 1994 n. 6417; Cass. 19 agosto 1994 n. 7447; Cass. 13 marzo 1996 n. 2058; Cass. 1° settembre 2000 n. 11495; Cass. 27 marzo 2001 n.4438.

³² Così Cass. 18 marzo 1996 n.2254; vedi, in un'ipotesi in cui il convenuto era rimasto contumace nel giudizio di primo grado, ma con riferimento alle mere difese, Cass. n.7630/1996 cit. e, più recentemente, Cass. 12 agosto 2000 n.10758, pur premettendo, quest'ultima sentenza, che nel rito del lavoro la mancata contestazione di una circostanza di fatto allegata dalla controparte nel giudizio di primo grado implica l'inadempimento dell'onere sancito dal terzo comma dell'art. 416 c.p.c., che può comportare conseguenze sfavorevoli non solo sul piano del regolamento delle spese processuali, ma anche su quello della valutazione del contegno delle parti dal quale il giudice può desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, comma secondo, c.p.c.

³³ Cass. n.9424/2000, cit.

³⁴ Cfr. Cass. 28 giugno 1984 n.3796; Cass.4 dicembre 1986 n.7186.

della domanda, per le quali non è prevista alcuna esplicita comminatoria di decadenza: conseguentemente, la contestazione dei fatti costitutivi da parte del convenuto può intervenire in qualsiasi momento, anche per la prima volta in appello³⁵. Si è ulteriormente specificato, al riguardo, che nelle controversie assoggettate al rito del lavoro, il divieto di nuove eccezioni in grado d'appello, sancito dall'art. 437 comma secondo c.p.c., riguarda solo le eccezioni in senso proprio, riservate al potere dispositivo della parte, non anche le eccezioni in senso improprio o mere difese³⁶.

6.- (Segue) L'indirizzo applicativo del principio di non contestazione.

Se questo era l'orientamento assolutamente prevalente nella giurisprudenza della Suprema Corte, non va sottaciuta l'esistenza di decisioni che hanno contribuito a far accrescere la possibilità di dare generalizzata applicazione anche nel nostro ordinamento al principio della non contestazione.

E' stata ad esempio affermata la rilevanza "ai fini della prova" della mancata contestazione o della genericità della contestazione, pur subordinandola alla specificità e concretezza delle allegazioni della controparte³⁷.

Si è ritenuto corretto l'operato del giudice di merito che, valutata come del tutto generica e "non seria" la contestazione del convenuto in ordine ai conteggi, non ammetta una consulenza tecnica d'ufficio per la verifica dei calcoli e decida la causa sulla base di quelli allegati dal ricorrente, così risolvendo i problemi tecnici

³⁵ In tal senso, Cass. 25 settembre 1998 n.9602, in tema di contratti agrari, per l'esercizio del diritto di ripresa a norma dell'art. 42 della legge n. 203 del 1982 ove occorre provare, tra l'altro, che il rapporto rientri tra quelli "in corso" ovvero "in regime di proroga" legale, disciplinati dal regime transitorio di cui all'art. 2 dell'indicata legge. Ne consegue, per la indicata pronuncia, che l'eccezione che il rapporto non era "in corso" e non era "in regime di proroga" non costituisce eccezione in senso proprio, ma semplice difesa, come tale non preclusa a norma dell'art. 437 c.p.c., ma proponibile per la prima volta in appello; Cass. 11 agosto 2000 n.10640, per la quale l'inapplicabilità a un licenziamento della disciplina della tutela cosiddetta reale di cui all'art. 18 della legge n. 300 del 1970, in ragione dello svolgimento senza fini di lucro, da parte di datore di lavoro non imprenditore, di attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto (art. 4, comma primo, della legge n. 108 del 1990), non costituisce oggetto di un'eccezione in senso stretto; pertanto la questione può essere rilevata dal giudice d'ufficio, e quindi - a prescindere dal diverso problema dell'incidenza dell'onere della prova - anche nel caso in cui sia fatta valere dall'interessato oltre i termini di decadenza posti dalla norme processuali ai fini della deduzione delle eccezioni in senso stretto. Nel senso dell'ammissibilità della, per così dire, revoca tardiva di una precedente non contestazione (eventualmente anche in appello), vedi anche Cass. n. 10849/1990, cit., Cass. 11 novembre 1995 n. 11736, Cass. n. 2254/1996, cit., Cass. 25 febbraio 1999 n.1655.

³⁶ Cass. n.2254/1996, cit.; Cass. n. 2058/1996, cit.; Cass. 6 settembre 1995 n.9373, quest'ultima in una fattispecie concernente la contestazione da parte del conduttore di immobile non abitativo, per la prima volta in grado d'appello, della serietà del motivo addotto dal locatore a fondamento del diniego di rinnovazione del contratto alla prima scadenza, ai sensi degli artt. 28 e 29 legge 27 luglio 1978 n. 392. Seguono le stesse coordinate interpretative, Cass. 15 maggio 1981, n. 3206; Cass. 7 luglio 1987, n. 5933; Cass. n. 10849/1990 cit.; Cass. 11 novembre 1995 n.11736, cui *adde* Cass. n.10758/2000, citata alla nota 27, e, con riferimento al rito ordinario, Cass. 1° marzo 1994 n. 2035 e Cass. n.6417/1994 cit., per la quale la tardività della costituzione in giudizio del convenuto ne comporta la decadenza dalle eccezioni processuali e di merito, ma non solleva l'attore dall'onere di provare i fatti costitutivi della propria pretesa, che, pertanto, in mancanza di tale prova, non può essere accolta dal giudice. Vedi, in relazione al rito del lavoro, anche Cass. 8 gennaio 2002 n.126, che ha confermato la sentenza d'appello con cui il tribunale, sulla base dell'immutata situazione di fatto, aveva ritenuto, condividendo un'allegazione nuova dell'appellante FF.SS., che la disciplina privatistica, da applicarsi per effetto di precedente giudicato al rapporto di lavoro con un incaricato di servizi di pulizia, non consentisse l'automatica equiparazione della retribuzione a quella dei dipendenti legati da un rapporto di pubblico impiego.

³⁷ Così Cass. 28 dicembre 1996 n. 11537, Cass. 13 giugno 2000 n.8082.

connessi alla valutazione degli elementi rilevanti ai fini della decisione. D'altra parte, la sua scelta circa gli elementi di fatto da porre alla base della decisione si fonda su una corretta applicazione dell'art. 116, secondo comma, c.p.c., per il quale il comportamento processuale della parte (che comprende il sistema difensivo adottato dal suo procuratore) può costituire anche l'unica e sufficiente fonte di prova e non soltanto un elemento di valutazione delle prove già acquisite al processo ³⁸.

In un significativo arresto della Suprema Corte, la circostanza che un elemento costitutivo della domanda sia pacifico è stato ritenuto un limite alla rilevabilità d'ufficio della sua mancanza. Nel rito del lavoro, ha sostenuto la Corte, tale pacificità può derivare dalla mancata contestazione del fatto costitutivo nella memoria difensiva di costituzione in primo grado ed in appello, in relazione all'onere posto dagli artt. 416, ultimo comma, e 436, secondo comma, c.p.c., a carico rispettivamente del convenuto e dell'appellato, di "prendere posizione in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda" e di compiere una "dettagliata esposizione di tutte le sue difese" ³⁹.

In alcune occasioni, la Suprema Corte, nell'individuare il contenuto dell'*onus probandi* che incombe su attore e convenuto, ha affermato che l'attore è liberato dall'onere di provare le circostanze di fatto costituenti la *causa petendi* della domanda se tali circostanze non vengono contestate dal convenuto (ed anche in questo caso si fa riferimento alla non contestazione *tout court*, senza che si parli di ammissione esplicita o implicita dei fatti) ⁴⁰.

Altre volte, la S.C. ha osservato come il controllo della *legitimitatio ad causam* demandato al giudice in ogni stato e grado del processo non implichi il dovere di rilevare d'ufficio il difetto di tale presupposto processuale o di procedere d'ufficio ad atti istruttori *ad hoc* allorquando le parti si siano presentate in lite dichiarandosi in possesso delle qualità richieste e nessun contrasto sia insorto in proposito e ancora come la questione relativa alla legittimazione della parte possa essere sollevata e esaminata anche di ufficio in ogni stato e grado del processo, ma solo in quanto siano accertati i presupposti di fatto che la escludono. Pertanto, il giudice non può rilevare d'ufficio un difetto di legittimazione - o, comunque, di un fatto costitutivo della domanda qualora non di legittimazione si tratti, ma di titolarità attiva del rapporto - che non risulti specificamente contestato ⁴¹.

³⁸ Cass. 6 luglio 1998 n. 6568.

³⁹ Cass. 2 marzo 1995 n.2415. Nella specie è stata confermata la sentenza di merito che aveva determinato le spettanze di un lavoratore subordinato sulla base dei contratti collettivi del settore, senza verificare l'adesione alle associazioni stipulanti di un datore di lavoro che, come evidenziato dalla S.C., non aveva contestato nelle sue difese la dedotta applicabilità dei contratti di categoria ed inoltre aveva affermato di avere sempre riconosciuto retribuzioni e ferie nelle misure previste dagli stessi.

⁴⁰ Cass. 4 agosto 1988, n. 4834.

⁴¹ Cass., 13 aprile 2001, n. 5536, in tema di prova della qualità di erede della parte; premesso che la qualità di erede atiene ai fatti costitutivi della domanda, nell'ipotesi in esame si è ritenuto il suddetto fatto pacifico per non essere stato contestato dalla controparte. Nella stessa prospettiva, Cass. 23 ottobre 1968 n. 3440; Cass. 18 luglio 1977 n. 3215; Cass. 18 gennaio 1978 n. 235; Cass. 10 aprile 1980 n.2295; Cass. 9 aprile 1982 n.2201; nonché Cass. 14 febbraio 1995, n. 1576, Cass. 5 giugno 1996 n.5262, Cass. 20 agosto 1997, n. 7758. Vedi, poi, Cass. 9 aprile 1985 n.2356 e Cass. 3 febbraio 1998 n.1039 in tema di prova della proprietà, ove si è affermato che il giudice non può

Sulla stessa linea si è affermato, richiamando espressamente il principio di non contestazione, che la società la quale proponga l'impugnazione della sentenza emessa nei confronti di altra società, a cui la prima si dichiara succeduta *in universum ius* a seguito di intervenuta fusione per incorporazione, deve provare siffatta qualità se questa sia contestata. Al contrario, tale prova non è richiesta se il fatto non sia contestato ovvero se l'altra parte lo consideri espressamente come accertato⁴².

Analogamente, in tema di legittimazione processuale, la Corte ha più volte affermato che, pur dovendo rilevare d'ufficio il difetto di capacità processuale delle parti, il giudice non è tenuto a svolgere di sua iniziativa alcun accertamento sull'effettiva legittimazione delle stesse, quando non risulti dagli atti (ovviamente quelli ritualmente prodotti in giudizio) alcun elemento che valga a escluderla e, per altro aspetto, il contraddittorio sia stato accettato senza alcuna tempestiva eccezione. Sulla base di tali principi, che valorizzano ai fini probatori la non contestazione (sotto forma di totale silenzio) della parte convenuta, si è detto, ad esempio, che qualora una società commerciale, tanto in veste di attrice, quanto di convenuta, sia stata esattamente identificata nei suoi elementi essenziali - tra i quali particolarmente la denominazione, e, all'occorrenza, la sede - l'individuazione dell'organo che ne abbia la rappresentanza in giudizio non può costituire oggetto di indagine da parte del giudice se la controparte non abbia dedotto, né dagli atti risulti, alcun elemento idoneo a dimostrare la mancanza, in chi ha conferito la procura alle liti, del relativo potere in base all'ordinamento interno dell'ente⁴³.

Nella stessa prospettiva si è chiarito che, quando sia in causa una società persona giuridica, la persona fisica che sta in giudizio come suo rappresentante non ha l'onere - ove la controparte non lo contesti - di provare tale qualità, che deve invece essere presunta in base all'ordinamento interno dell'ente in quanto reso conoscibile attraverso il regime di pubblicità legale; sicché, in mancanza di contraria risultanza agli atti della causa, l'eventuale difetto di legittimazione processuale non può essere rilevato. Ancor più specificamente, si è precisato che la legittimazione processuale non contestata nel giudizio di merito deve in ogni caso presumersi, anche in rapporto a un soggetto che non sia organo societario. Quest'ultimo non è quindi tenuto a fornire in tale sede la prova della propria rappresentanza della parte in causa, ossia di una propria qualità institoria o di una procura conferita per delibera degli organi sociali, sussistendo ragionevole presunzione che la procura alle liti sia stata

procedere ad atti istruttori per accertare il diritto di proprietà dell'attore quando la tardività della contestazione non consenta lo svolgimento del contraddittorio sull'argomento, mentre detto controllo può essere esercitato di ufficio sulla scorta degli elementi acquisiti in causa (per la verità, la seconda sentenza si riferisce a un'azione di *negatoria servitutis* per mancato rispetto delle distanze legali tra edifici in ordine alla quale la prova della proprietà non involgeva certo una questione di *legittimatio ad causam* ma di titolarità attiva del rapporto dedotto in giudizio).

⁴² Cass. 23 febbraio 2001 n.2655, che in motivazione sottolinea come la rigidità del principio per cui chi impugna deve provare di averne il diritto, deve essere "contemperata con l'altro principio cosiddetto di non contestazione - già presente nel nostro sistema processuale (art. 416, 3° comma, c.p.c.) e codificato nel testo riformato dell'art. 167, 1° comma c.p.c. - ossia con l'onere del convenuto di prendere posizione sui fatti posti a fondamento della domanda." Nella specie, l'appellato aveva solo dedotto la mancata prova della esistenza di una procura rilasciata dalla società incorporante al soggetto che nell'atto di appello se ne era dichiarato procuratore, senza eccepire il difetto di legittimazione ad impugnare in capo alla società.

⁴³ Così Cass. n.2655/ 2001, cit.

conferita dall'organo competente al riguardo in base allo statuto e alle delibere assembleari ⁴⁴.

In applicazione del richiamato orientamento, si è osservato che all'assenza di contestazione dei poteri rappresentativi in capo alla persona che ha rilasciato la procura *ad litem* va parificata una contestazione tardiva o generica di detti poteri ⁴⁵.

L'indirizzo espresso dalle sentenze indicate in questo paragrafo, configura, quindi, la non contestazione dei fatti costitutivi quale fenomeno tendenzialmente stabile, non rimediabile con una successiva contestazione, in dissonanza con l'orientamento prevalente che, come si è visto, tendeva ad attribuire alla non contestazione caratteri di provvisorietà e reversibilità ⁴⁶.

7.- La sentenza 23 gennaio 2002 n. 761 delle Sezioni Unite.

La sentenza n. 761 del 2002 delle Sezioni Unite è stata salutata come il primo autorevole avallo della tesi della esistenza nel nostro sistema processuale del principio in parola.

Le Sezioni Unite erano state chiamate a dirimere il contrasto, insorto all'interno della sezione lavoro della Cassazione, sulla necessità di contestare anche i conteggi allegati alla quantificazione della somma pretesa dall'attore, una volta che il convenuto contesti in radice l'esistenza del credito.

a) Per un primo orientamento, l'onere di contestare specificamente i conteggi relativi al *quantum* delle pretese azionate è configurabile soltanto nel caso in cui non sia sorta controversia sull'*an debeat*, e non già nell'ipotesi in cui il credito dedotto in giudizio risulti globalmente contestato, posto che in tali casi non sarebbe logico porre a carico del presunto debitore la revisione critica del conteggio di una somma la cui spettanza egli ha inteso negare in radice ⁴⁷.

⁴⁴ Cass. 15 gennaio 1966 n. 15; Cass. 22 gennaio 1968 n. 158; Cass. 23 aprile 1969 n.1285; Cass. 7 ottobre 1970 n.1833; Cass.1° dicembre 1973 n.330; Cass.25 gennaio 1975 n. 296; Cass. 12 giugno 1975 n. 2346; Cass. 4 marzo 1978 n.1096; Cass. 18 novembre 1981 n. 6123; Cass. 8 agosto 1986 n. 4973; Cass. 30 gennaio 1989 n. 554; Cass. 29 maggio 1993 n.6029; Cass. 13 giugno 2002 n.8442; Cass. 25 luglio 2002 n.10901. Sulla stessa linea, Cass. 29 maggio 1993 n. 6029, Cass. 14 dicembre 1999 n. 894 e Cass. 7 agosto 2000 n.10360 secondo cui "*In presenza di un atto di citazione in appello che contiene la denominazione della società, l'indicazione dell'organo che ne ha la rappresentanza in giudizio e una firma leggibile di sottoscrizione della procura alle liti, il convenuto può contestare che le indicazioni contenute nell'atto corrispondano alla realtà e che la persona firmataria sia effettivamente titolare dell'organo. Tuttavia, se il convenuto non sollevi contestazioni, la sentenza d'appello impugnata con il ricorso per cassazione non può considerarsi viziata da violazione di norme sul procedimento se il giudice non abbia ritenuto di dover richiedere all'attore di dare dimostrazione dei poteri che la persona, che ha agito per la società, ha dichiarato di poter esercitare in quanto titolare di un organo dotato di poteri di rappresentanza*".

⁴⁵ Oltre a Cass. n. 6029/1993, Cass. n. 894/1999 e Cass. n.10360/2000, citate alla nota precedente, vedi Cass. 8 aprile 1995 n. 4073, Cass. 4 febbraio 1997 n. 1021, Cass. 2 agosto 2000 n.10167 e Cass. 9 gennaio 2002 n.192. Nella fattispecie esaminata da tale ultima sentenza, i poteri rappresentativi dell'appellante erano stati contestati soltanto nella comparsa conclusionale del giudizio di appello e per la S.C. non poteva in ogni caso considerarsi contestazione la generica eccezione, opposta dalle dette parti in sede di appello incidentale, di "inammissibilità, improponibilità, improcedibilità, genericità ed infondatezza" dell'appello principale.

⁴⁶ Vedi anche Cass. 23 giugno 1998 n. 6230, la quale ha confermato la sentenza di appello che aveva ritenuto tardiva l'eccezione del convenuto di un fatto costitutivo rimasto incontestato nel corso del giudizio di primo grado (nella specie, l'entità delle somme che l'attore sosteneva di aver riscosso e poneva a base della sua domanda diretta a conseguire le differenze retributive a lui spettanti).

⁴⁷ Cass. 30 dicembre 1994 n. 11318, Cass. 29 marzo 1995, n. 3758, Cass. 12 giugno 1995 n. 6609.

b) Secondo un opposto orientamento, nel rito del lavoro, caratterizzato da un sistema di preclusioni tendente a consentire all'attore di conseguire rapidamente il bene reclamato, nonché dall'obbligo del convenuto di prendere posizione precisa, non limitata ad una generica contestazione, sui fatti affermati dall'attore, diventano incontestabili tutte le situazioni di fatto in ordine alle quali non sussistono divergenze tra le parti; conseguentemente, sebbene il convenuto abbia contestato l'esistenza del credito, non possono essere sollevate in appello contestazioni relative a conteggi rimasti incontestati nel corso del giudizio di primo grado⁴⁸.

c) Nell'ambito di quest'ultimo orientamento, ne era sorto un altro che, pur insistendo sulla necessità della contestazione del *quantum*, tendeva però a attribuire alla mancata contestazione dei conteggi il valore di elemento integratore del convincimento del giudice⁴⁹.

Le Sezioni Unite non hanno ritenuto persuasivo nessuno dei suddetti indirizzi. Per addivenire alla soluzione adottata, la sentenza procede lungo coordinate argomentative abbastanza eccentriche rispetto al problema specifico oggetto di causa e incentrate, per l'appunto, sul generale tema dei comportamenti non contestativi del convenuto.

Questi, infatti, i punti che innervano la motivazione della pronuncia in discorso:

1) sul piano sistematico, in presenza di situazioni giuridiche sostanziali caratterizzate dal requisito della disponibilità, assoluta o relativa, il processo si atteggia secondo il principio dispositivo, ossia secondo un modello che postula, come tratti qualificanti indefettibili, l'affidamento esclusivo alla parte del potere di proporre la domanda (determinando l'oggetto della lite) e di allegare i fatti posti a fondamento della medesima. Il potere di allegazione è, infatti, in questi limiti, riflesso processuale dell'autonomia sostanziale delle parti, la quale resterebbe vulnerata, ove soggetta all'iniziativa officiosa;

2) il difetto di contestazione è sostanzialmente irrilevante se concerne l'interpretazione della disciplina legale o contrattuale della quantificazione del credito, perché la cognizione di tale disciplina appartiene al novero dei poteri-doveri del giudice, che non può essere condizionato dalle prospettazioni difensive o dai comportamenti processuali delle parti;

3) la non contestazione è invece rilevante se riguarda i fatti da accertare in giudizio. La conferma sistematica di tale assunto è fornita dal combinato disposto degli articoli 416 e 167 c.p.c., i quali sanciscono, il primo per il processo del lavoro, il secondo per il rito ordinario, l'onere per il convenuto di prendere posizione sui fatti dedotti dall'attore a fondamento della domanda;

4) conseguentemente, la non contestazione dei conteggi rileva tutte le volte che le operazioni di quantificazione del credito siano affidate all'allegazione di fatti non incompatibili con la negazione dell'esistenza del credito stesso. In altre parole, la

⁴⁸ Cass. 8 aprile 2000, n. 4482, Cass. 24 novembre 1998, n. 11919, Cass. 29 maggio 2000 n. 7103, nonché, in senso analogo (ma in una fattispecie peculiare), Cass. 4 aprile 2000, n. 4116.

⁴⁹ Cass. 29 marzo 1995 n.3758, Cass. 6 luglio 1998 n. 6568, Cass. 7 luglio 1999 n. 7089.

mancata contestazione del *quantum* diventa processualmente rilevante ogni volta che essa abbia ad oggetto fatti (e non si riferisca pertanto solo all'applicazione di regole giuridiche), la cui esistenza non è esclusa automaticamente dalla contestazione dell'*an* del diritto; in tali casi, infatti, la contestazione dell'esistenza del diritto non "preclude l'applicabilità della regola che impone al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti allegati *ex adverso*, con la conseguenza che il comportamento omissivo si connota di idoneità ad essere apprezzato dal giudice ai fini dell'identificazione dell'oggetto della lite o del tema probatorio";

5) la non contestazione gioca un ruolo diverso a seconda che investa i fatti costitutivi del diritto, cioè posti a fondamento della domanda (i c.d. fatti principali) o quelli che vengono dedotti al solo scopo di dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi (i c.d. fatti secondari). Essa assume rilevanza solo nel primo caso in quanto gli articoli 167, 1° comma, e 416, 3° comma, c.p.c. impongono al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti dedotti dall'attore "a fondamento" della domanda e la funzione fondante della pretesa è predicato esclusivo dei fatti giuridici costitutivi della medesima;

6) quando il difetto di contestazione investe i fatti costitutivi della domanda, la mancata contestazione assume la fisionomia di un "comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti (...) espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti";

7) in diversi termini, a fronte di un onere esplicitamente imposto dal dettato legislativo, la mancata contestazione, rappresenta, in positivo e di per sé, l'adozione di una linea difensiva incompatibile con la negazione del fatto, e, quindi, rende inutile provarlo, perché non controverso; ne consegue che, nell'ambito di operatività di un onere siffatto, si rende sostanzialmente inavvertibile, ai fini dell'identificazione dei fatti "pacifici", la tradizionale differenza fra ammissione implicita e non contestazione;

8) ove invece abbia ad oggetto i c.d. fatti secondari, la non contestazione si colloca nella categoria dei comportamenti non vincolanti per il giudice, ma apprezzabili liberamente come semplici argomenti di prova. La rilevanza di detti fatti si esaurisce sul piano istruttorio, nel senso che, ove provati, il giudice può, in base ad essi, formare il suo convincimento circa l'esistenza dei fatti costitutivi del diritto. Per questa stessa ragione, essi non sono contemplati dalle norme citate e, anche in processi di tipo dispositivo, si collocano in un'area che non è assegnabile all'esclusiva disponibilità delle parti. Del resto, l'identificazione dei temi dei mezzi di prova non è qualificabile in termini di disposizione della situazione sostanziale (prerogativa esclusiva della parte) ed opera sul diverso piano della formazione del convincimento del giudice ai fini degli accertamenti richiestigli; di ciò si ha conferma nella non indifferente disponibilità della prova concessa al giudice non solo nel rito ordinario (artt. 61 e 197, 116, secondo comma, 118, primo e secondo comma, 213,

240, 241, 253, 257, 317), ma anche e principalmente nel rito del lavoro, con riguardo al quale l'art. 421, secondo comma, prevede che il giudice possa "disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile";

9) la non contestazione dei conteggi, sotto il mero profilo dell'osservanza delle regole tecno-matematiche (vale a dire, senza riferimento ai fatti costitutivi), non essendo valutabile come manifestazione del potere di disposizione della situazione sostanziale ma come momento del controllo di inferenza dei dati da esaminare ai fini del contenuto della decisione, è assimilabile al difetto di contestazione dei fatti secondari, sicché anche in questo caso si risolve in un comportamento che può essere valutato dal giudice come argomento di prova ex art. 116, 2° comma, c.p.c.;

10) la non contestazione assume un diverso grado di stabilità, a seconda che investa i fatti costitutivi della domanda, ovvero i fatti secondari (cui va equiparata l'ipotesi del difetto di contestazione delle regole tecno-matematiche seguite nelle operazioni di quantificazione del credito). Nel primo caso, in quanto riflesso del potere di allegazione dei fatti, alla non contestazione è predicabile il connotato della tendenziale irreversibilità sicché (salve sempre le condizioni per provvedimenti di rimessione in termini ai fini dell'ammissibilità di contestazioni rimesse a atti successivi a quelli introduttivi del giudizio) soggiace agli stessi limiti previsti per tale potere, e quindi, con riferimento al rito del lavoro, il limite di contestabilità dei fatti originariamente incontestati si identifica con quello previsto dall'art. 420, 1° comma, c.p.c. per la modificazione di domande, eccezioni e conclusioni già formulate. Non si è in presenza di decadenza, posto che tale sanzione è prevista dall'art. 416 solo per le domande riconvenzionali e le eccezioni non rilevabili d'ufficio, ma di preclusione argomentabile in via sistematica. Ai fini della tempestività della contestazione non assume alcun rilievo la tardività della costituzione in giudizio, in quanto un problema di preclusioni alla contestabilità può porsi soltanto nel presupposto (non identificabile nella contumacia) della rilevanza di un originario atteggiamento di non contestazione. Quando invece ha per oggetto i c.d. fatti secondari o le regole su cui si fondano le operazioni di quantificazione del credito, la non contestazione si iscrive nell'area della provvisorietà, ossia della revocabilità, versandosi in un ambito nel quale il controllo probatorio è, in ogni caso, necessario e l'atteggiamento difensivo del convenuto e i suoi eventuali mutamenti rilevano solo come "argomenti" da valutarsi, nel concorso delle ulteriori risultanze istruttorie, ai fini della formazione del convincimento del giudice. Né ciò contrasta con la struttura propria del rito speciale, in quanto una tardiva contestazione dei fatti probatori non comporta alcuna alterazione del sistema difensivo che l'attore deve, in ogni caso, avere approntato secondo il principio di eventualità (vale a dire formulando - già nell'atto introduttivo del giudizio, sotto pena di preclusione - le proprie istanze istruttorie con la completezza che si imporrebbe in presenza di un'integrale contestazione ad opera della controparte) e che, quindi, già appartiene potenzialmente al tema istruttorio della causa. Le sopravvenute contestazioni che implicano modificazioni del tema istruttorio, non essendo colpite

da specifica sanzione di decadenza ex art. 416 c.p.c., possono essere assoggettate a un sistema di preclusioni solo nella misura in cui procedono da modificazioni dell'oggetto della controversia, le quali si correlano al potere di allegazione ed ai limiti che lo governano.

8.- Considerazioni su portata e conseguenze applicative della sentenza delle Sezioni Unite.

Una prima notazione si impone: la sentenza delle Sezioni Unite ha fatto, in un certo senso, un'invasione di campo accomunando nella disciplina della non contestazione il rito del lavoro, cui era soggetta la controversia sottoposta al suo esame, e il rito ordinario.

In passato le stesse Sezioni Unite hanno sottolineato la diversità del sistema del rito speciale, la cui precipua caratteristica - lo si ribadisce in questa sentenza - è il contemperamento del principio dispositivo con le esigenze della ricerca della "verità materiale"⁵⁰.

Tale autonomia, peraltro, nello specifico potrebbe essere ancora più marcata, attesa la sopra evidenziata differenza tra il testo dell'art. 167 secondo comma c.p.c. ("nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda") e quello del terzo comma dell'art. 416 stesso rito ("il convenuto deve prendere posizione, in maniera precisa e non limitata a una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda").

Sul piano squisitamente tecnico, si nota che le Sezioni Unite avrebbero dovuto soltanto decidere se la non contestazione dell'*an* di un determinato credito comporti o no contestazione implicita anche del *quantum*. Risolto nel modo suindicato il contrasto di giurisprudenza, e la questione specifica su cui era stata chiamata a pronunciarsi, la sentenza prosegue, in un palese *obiter dictum*, affrontando di petto il tema generale del principio di non contestazione. Ciò, forse, indebolisce il valore di precedente dell'arresto sugli aspetti del tema non strettamente attinenti alla fattispecie esaminata.

Su un punto, infine, la sentenza è andata addirittura oltre quanto opinato dagli stessi fautori del principio, a proposito degli effetti della non contestazione: vi si afferma, infatti, che il fatto non contestato deve ritenersi sussistente o provato (ossia processualmente vero), laddove è affermazione ricorrente che esso dovrebbe ritenersi solo non bisognevole di prova, libero rimanendo il giudice di non ritenerlo provato.

La rilevanza della non contestazione viene riconosciuta dalla sentenza solo con riferimento ai "fatti costitutivi", evidentemente nel presupposto che gli stessi hanno la funzione, espressione del potere dispositivo, di determinare l'oggetto del processo.

Nella sentenza non è considerata la possibilità che la non contestazione provenga dall'attore e abbia a oggetto fatti impeditivi, modificativi e estintivi adottati dal convenuto a fondamento di eccezioni di merito, ma è ovvio che un

⁵⁰ Vedi sentenza 13 novembre 1997 n. 262 per la quale la parte ricorrente non decade dalla prova testimoniale dedotta senza l'indicazione delle generalità dei testi, malgrado l'abrogazione del terzo comma dell'art.244 c.p.c.

comportamento rilevante di non contestazione da parte dell'attore è ben concepibile. E difatti, in tal senso, si è pronunciata Cass. 5 marzo 2003 n.3245 (di cui *infra*).

Analogamente, nulla è detto circa la non contestazione di circostanze di fatto significative per la risoluzione di questioni, rilevabili di ufficio, attinenti al processo e non al merito, rispetto alle quali il principio dispositivo sostanziale non ha alcun modo di operare. Eppure, come si è visto, si ammette comunemente che nemmeno il difetto di legittimazione processuale può essere rilevato di ufficio se non contestato.

Ancora, la sentenza tace sugli effetti della non contestazione dei fatti costitutivi laddove siano in giuoco diritti indisponibili. Ma per questa ipotesi è implicito tutto il discorso sull'irrilevanza della non contestazione o quantomeno l'esclusione del vincolo del giudice al comportamento delle parti (e in effetti in dottrina si riconosce nella non contestazione su fatti relativi a diritti indisponibili un semplice argomento di prova).

E' stato facile prevedere che l'opera di chiarificazione teorica effettuata in tema dalle Sezioni Unite avrebbe avuto notevoli ricadute sul piano dei risvolti applicativi.

Non v'è dubbio, ad esempio, che comportamenti non contestativi quali il silenzio e la contestazione generica, rappresentando violazione dei precetti di cui agli articoli 167 e 416 c.p.c, dovranno causare l'espunzione dal *thema probandum* dei fatti in tal guisa messi in discussione.

Altro importante aspetto della decisione delle Sezioni Unite è l'aver configurato la non contestazione come fenomeno tendenzialmente stabile, con il limite derivante dall'operatività dell'istituto della rimessione in termini.

Le Sezioni Unite prendono esplicita posizione soltanto sul problema dell'applicazione dell'istituto nel rito del lavoro, affermando che il limite per la revoca della non contestazione è rappresentato dall'udienza prevista dall'art. 420, 1° comma, c.p.c. per la modifica delle domande, eccezioni e conclusioni già formulate. Appare scontato, tuttavia, che la stessa conclusione deve raggiungersi per quel che concerne il rito ordinario, ove l'onere della contestazione dei fatti costitutivi della domanda (originariamente incontestati) deve essere assolto non necessariamente nell'atto introduttivo oppure nel termine concesso dal giudice ex art.180 c.p.c. per proporre le eccezioni non rilevabili d'ufficio ma nel termine di cui al quinto comma dell'art.183 c.p.c. per il maturare delle preclusioni assertive⁵¹.

Anche per quanto riguarda la prevenzione di contestazioni tardive di fatti secondari non dovrebbe ravvisarsi alcuna differenza tra il rito del lavoro e quello ordinario, imponendo l'art.163 c.p.c. all'attore di impostare la piattaforma probatoria in base al criterio dell'eventualità.

Ulteriore ricaduta potrebbe aversi per la soluzione dell'annoso problema dell'individuazione della nozione di non contestazione che sta alla base delle ordinanze anticipatorie di condanna ex art. 186 *bis* e 423, 1° comma, c.p.c. L'aver ancorato positivamente il principio di non contestazione all'onere per il convenuto di prendere posizione sui fatti posti a fondamento della domanda significa propendere

⁵¹ In tal senso, PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., spec. 115 ss.; CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, cit., spec. 311 ss. CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.* 2002, 2017 ss. spec.2025.

per la tesi la quale esclude che la non contestazione, cui fa riferimento il legislatore nei predetti articoli, equivalga a riconoscimento del diritto⁵².

9.- (Segue) Problemi ancora aperti.

Pur non avendo affrontato l'argomento delle contestazioni tardive in appello, l'affermazione di tendenziale irreversibilità del fenomeno contestativo, il collegamento con le varie fasi procedurali che scandiscono il maturare delle preclusioni e la dichiarata intenzione di superare l' "orientamento giurisprudenziale (affidato all'insufficiente rilievo che la contestazione è atteggiamento difensivo riconducibile al novero delle mere difese) affermativo dell'indiscriminata provvisorietà della non contestazione e della persistente sua revocabilità in ogni fase del giudizio di merito" fanno tuttavia chiaramente intuire che i giudici della Suprema Corte propendano per la tesi dell'inammissibilità. Peraltro, le Sezioni Unite escludono che le raggiunte conclusioni contrastino con quelle espresse dalle stesse Sezioni Unite nella sentenza 8 gennaio 1997, n. 89; quest'ultima - precisa la decisione in commento - sebbene si collochi in apparenza nella logica del riferito orientamento tradizionale, in realtà non affronta in alcun modo il tema delle conseguenze della non contestazione di determinati fatti, mentre si limita ad affermare la non soggezione di una contestazione sopravvenuta, che riguardi il *quantum* del credito oggetto del giudizio, al divieto dei *nova* in appello sancito dall'art. 437 c.p.c., incombendo "a qualsiasi creditore provare non soltanto l'*an debeatur*, ma anche il *quantum*" (in un senso, quindi, non dissimile da quello sopra esposto, circa l'ininfluenza della non contestazione, ove riferita al solo dato contabile, in sé considerato)⁵³.

Tale aspetto della non contestazione si interseca con la delicata e ancora controversa problematica inerente l'allegazione, per la prima volta in appello, dei fatti modificativi, impeditivi e estintivi rilevabili di ufficio.

In proposito, partendo dal presupposto che la non contestazione dei fatti è un riflesso del principio di allegazione e produce l'effetto di espungere i fatti non contestati dal *thema probandum* e di vincolare il giudice a ritenerli accertati, si sostiene che la contestazione tardiva, in quanto comportamento che può provenire esclusivamente dalla parte (che inizialmente non aveva contestato), possa essere assimilata all'eccezione in senso stretto; conseguentemente, in considerazione di quanto previsto dagli art. 345, 2° comma, e 437, 2° comma, c.p.c., la contestazione successiva di fatti rimasti incontestati nel giudizio di primo grado deve ritenersi inammissibile in appello, sia nel processo del lavoro che nel rito ordinario (salva, ovviamente, l'ipotesi di rimessione in termini ex art. 184 *bis* c.p.c)⁵⁴.

In realtà, in punto di allegazione dei fatti integranti eccezioni in senso lato, la sentenza deve essere letta sinotticamente con il suo più immediato precedente (Cass.

⁵² Così CEA, *op.loc.cit.*

⁵³ Per la verità, nel caso scrutinato, le Sezioni Unite affermarono che la contestazione avente per oggetto l'entità delle somme reclamate dal ricorrente, attenendo, limitatamente al *quantum*, ai fatti costitutivi del credito, rientra tra le mere difese e deve, pertanto, essere esaminata dal giudice di appello.

⁵⁴ CEA, *op.cit.* 2026.

Sez. Un. 3 febbraio 1998 n.1099), che, oltre a individuare i caratteri distintivi dei vari tipi di eccezione, ha affermato il principio secondo cui l'esaurimento della fase di trattazione esclude qualunque ulteriore allegazione (in fatto) e le disposizioni di cui agli articoli 420 e 436, 185 e 345, comma 2, non autorizzano l'allegazione di nuovi fatti rilevabili di ufficio senza limiti di tempo, consentendo, al contrario, di rilevare (anche di ufficio), e dunque di porre a base della decisione, l'effetto giuridico (estintivo - impeditivo - modificativo) di un fatto già tempestivamente allegato o comunque introdotto nel processo⁵⁵.

Siffatta conclusione è fortemente contrastata da consistente parte della dottrina processualcivilistica, per la quale "non v'è, in generale, alcuna correlazione logica e comunque necessaria tra le preclusioni eventualmente operanti in primo grado e la limitazione dei *nova* in appello, poiché (...) nulla esclude che il legislatore per un verso preveda determinate barriere preclusive a garanzia della concentrazione del procedimento di primo grado, e per altro verso consenta alle parti, poi, almeno entro certi limiti, di correggere e d'integrare le proprie difese, anche attraverso nuove allegazioni e/o nuove prove in appello"⁵⁶. Critiche suscita, in altri termini, l'illusione di un collegamento automatico tra il principio di non contestazione e la proponibilità senza limiti di eccezioni in senso lato, che finisce per introdurre un irrigidimento delle preclusioni non previsto dal legislatore⁵⁷. Non sussiste però il contrasto che si è voluto intravedere⁵⁸ con la sentenza n.226 del 2001, anch'essa resa a Sezioni Unite, a proposito di rilevanza di ufficio del giudicato esterno. L'indirizzo restrittivo di Cass. Sez. un. n.1099/1998 - la quale limita la possibilità per il giudice di rilevare le eccezioni in parola alla avvenuta allegazione tempestiva dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi nella memoria responsiva o al più tardi all'udienza di discussione - è infatti ripudiato da Cass. n.226 del 2001 in ragione della peculiarità dell'istituto del giudicato, non inquadrabile nel novero delle prove e non soggetto alle regole che le governano, con la conseguenza che l'allegazione della relativa eccezione in sede di merito non è assoggettata a preclusioni.

10.- La più recente giurisprudenza sul tema.

Si registrano già varie pronunce che costituiscono attuazione dei principi enunciati dalle Sezioni Unite nella sentenza n.761/2002.

- Cass. 11 febbraio 2002 n.1902, Cass. 13 febbraio 2003 n.2165 e Cass.10 giugno 2003 n.9285 ritengono non sufficiente una contestazione generica dei fatti costitutivi allegati dall'attore.

- Cass. 26 settembre 2002 n.13972, Cass. 3 febbraio 2003 n.1562 e Cass. 15 gennaio 2003 n.535 riaffermano che nel rito del lavoro la mancata specifica contestazione dei fatti costitutivi del diritto fatto valere dal ricorrente - che può

⁵⁵ Tale principio è stato a volte esteso alle mere difese. Vedi, in tal senso, Cass. 7 ottobre 1999 n.11252.

⁵⁶ Così BALENA, *La riforma*, cit., 427, cui si rinvia per ulteriori ragguagli bibliografici.

⁵⁷ La incondizionata proponibilità per la prima volta in appello delle eccezioni rilevabili di ufficio è fermamente sostenuta da ORIANI, *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello di eccezioni in senso lato?*, in *Foro it.*, 2003, 1516 ss.

⁵⁸ ORIANI, *op.cit.*, 1518.

essere effettuata entro il limite temporale previsto dall'art. 420, primo comma, c.p.c., per la modificazione delle domande, eccezioni e conclusioni - rende i fatti stessi incontrovertibili e, conseguentemente, essi non possono essere contestati nell'ulteriore corso del giudizio, sono sottratti al controllo probatorio del giudice e devono essere ritenuti sussistenti senza necessità di un apposito accertamento.

- Secondo Cass. 8 gennaio 2003 n.85 *“Nel rito del lavoro la contestazione dei conteggi su cui si fonda la domanda attrice deve essere effettuata nella memoria di costituzione ex art. 416 c. p.c. ed assume rilievo solo quando non sia generica, ma involga specifiche circostanze di fatto suscettibili di dimostrare la non congruità e la non rispondenza al vero di tali conteggi, circostanze che devono risultare dagli atti o essere successivamente provati”*.

- Per un'altra sentenza in corso di pubblicazione - la sezionale 2003L3225 della Sezione Lavoro - poiché l'art. 416, terzo comma, c.p.c. pone a carico del convenuto un onere di contestazione specifico in relazione ai fatti costitutivi del diritto affermati dall'attore, la sussistenza di fatti modificativi, impeditivi o estintivi della pretesa attorea non può essere rilevabile d'ufficio qualora non sia stata oggetto di rituale allegazione. (Nella specie la S.C. ha cassato la sentenza di appello che aveva rilevato d'ufficio l'improponibilità della domanda volta a conseguire l'indennità di accompagnamento per carenza della relativa domanda amministrativa, nonostante la mancata allegazione di tale fatto in primo grado da parte dell'ente previdenziale).

- Cass. 17 giugno 2003 n.9684, ribadisce il profilo concernente le preclusioni derivanti dalla non contestazione, sostenendo che *“Nel rito del lavoro, la sussistenza di fatti modificativi, impeditivi o estintivi della pretesa attorea costituenti mere difese può essere dedotta per la prima volta nel giudizio di appello, ed è rilevabile d'ufficio dal giudice anche nel silenzio della parte interessata, a condizione che gli stessi fatti risultino essere stati già acquisiti agli atti nel corso del giudizio di primo grado previo rituale e tempestivo esercizio del potere di allegazione, a mezzo del tempestivo deposito della memoria difensiva ex art. 416 c.p.c.”* (Nella fattispecie l'INPDAP aveva solo in appello contestato l'esistenza di taluni elementi necessari, come la durata del periodo non di ruolo, per conseguire il computo degli stessi nell'indennità di premio servizio oggetto della domanda).

- Nella stessa direzione si colloca Cass. 27 maggio 2002 n.7739 per la quale *“Nella controversia promossa dal lavoratore licenziato per superamento del periodo di comporto, gravando sul datore di lavoro l'onere della prova del fatto costitutivo del recesso, la deduzione, da parte del lavoratore, della insussistenza del fatto, non costituisce un'eccezione in senso proprio, ma una mera difesa, come tale proponibile anche per la prima volta in appello, salvo l'onere della deduzione delle circostanze che la sostanziano con l'atto introduttivo.”* (Nella specie, ha osservato il S.C., poiché il fatto costitutivo del licenziamento è il superamento dell'anno di assenza per malattia, l'allegazione del fatto, contenuta, per implicito con il richiamo alla lettera, nel ricorso introduttivo di non avere goduto delle ferie maturate in detto anno, non costituiva una eccezione ma una mera difesa sicché il

giudice di appello, anche di ufficio, doveva tenerne conto nel valutare il superamento del periodo di comporta).

Da queste due ultime sentenze - che apparentemente attribuiscono caratteri di provvisorietà e reversibilità alla non contestazione ma in realtà applicano i principi di Cass. Sez. Un. n.761/2002 con riferimento alle contestazioni costituenti eccezioni improprie o mere difese deducibili anche per la prima volta in appello non essendo per esse prevista alcuna esplicita comminatoria di decadenza - si può rilevare che per la S.C. quando la mera difesa si svolge mediante l'allegazione di un fatto contestativo in via diretta di quello (costitutivo) posto a base della domanda, non può proporsi per la prima volta in appello se il fatto medesimo non sia stato allegato in prime cure.

Sempre sul versante delle preclusioni conseguenti alla mancata contestazione Cass. 2 dicembre 2002 n.18194 rileva che *“Nel rito del lavoro, avuto riguardo al disposto dell’art. 416, terzo comma, c. p. c. (che, imponendo al convenuto di prendere posizione circa i fatti affermati dall’attore per contrastare, o comunque ridimensionare, la pretesa di controparte, fa della mancata contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell’oggetto del giudizio), la contestazione di fatti originariamente non contestati non può essere consentita in appello nonché attraverso produzione di prove precostituite (nella specie, documentali)”*. (Nella fattispecie, il convenuto in un giudizio di impugnativa del licenziamento voleva dare in appello la prova documentale della intervenuta cessazione della azienda, ostativa alla liquidazione dei danni maturati successivamente a tale evento).

- Cass. 4 aprile 2003 n. 5328 applica (nuovamente) il principio di non contestazione alle questioni rilevabili d'ufficio, precisando che *“La rilevabilità del difetto di legittimazione processuale, pur rientrando tra le questioni rilevabili anche d'ufficio dal giudice, deve essere coordinata con il sistema processuale vigente, introdotto dalla novella n.353 del 1990 con le modifiche di cui alla legge n.354 del 1995, e con le preclusioni da esso introdotte, per cui esso dovrebbe poter essere rilevato in primo grado non oltre l'udienza di trattazione, e in appello l'assenza di poteri rappresentativi può essere inserita nei motivi di appello. Ne consegue che, in difetto di una tempestiva contestazione all'interno dei due momenti processuali sopra indicati, e qualora il giudice di merito non abbia ritenuto di chiedere d'ufficio, ad una delle parti, la giustificazione dei poteri rappresentativi in capo alla persona che ha rilasciato la procura ad litem, la questione non è proponibile per la prima volta con il ricorso per cassazione.”* Nello stesso senso, Cass. 13 giugno 2002 n. 8442 e Cass. 25 luglio 2002 n.10901 per le quali *“ Il principio che il giudice ha l'obbligo di accertare, anche d'ufficio e in sede di impugnazione, la legittimazione processuale, comporta che egli deve verificare se il soggetto che agisce per l'ente dichiara di agire in una veste astrattamente idonea ad abilitarlo alla rappresentanza del giudizio, non anche che il giudice è tenuto, di sua iniziativa, a svolgere accertamenti in ordine all'effettiva esistenza della qualità spesa dal rappresentante, avendo quest'ultimo l'onere di provare la qualità allegata solo in caso di*

contestazione della controparte; la tempestività di tale contestazione va valutata in relazione al momento in cui la suddetta controparte ha avuto certezza della carenza di prove in ordine alla qualità di rappresentante allegata dal suo contraddittore”.

- Cass. 5 marzo 2003 n.3245 precisa che il principio di non contestazione vale anche per l'attore. Essa afferma infatti che *“Il sistema di preclusioni su cui fonda il rito del lavoro (come il rito civile riformato) comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa, evidenziando con chiarezza gli elementi in contestazione; ne consegue che ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto che sia) un onere di allegazione (e di prova), il corretto sviluppo della dialettica processuale impone che l'altra parte prenda posizione in maniera precisa rispetto alle affermazioni della parte onerata, nella prima occasione processuale utile (e perciò nel corso dell'udienza di cui all'art. 420 c.p.c., se non ha potuto farlo nell'atto introduttivo), atteso che il principio di non contestazione, derivando dalla struttura del processo e non soltanto dalla formulazione dell'art. 416 bis c.p.c., è applicabile, ricorrendone i presupposti, anche con riguardo all'attore, ove oneri di allegazione (e prova) gravino anche sul convenuto”.*

Si segnala una decisione che, sulla portata applicativa del principio di non contestazione, va oltre il *dictum* della sentenza delle Sezioni Unite.

Cass. 17 aprile 2002 n.5526 finisce, infatti, non si sa quanto consapevolmente, per estendere l'operatività del principio della non contestazione anche ai c.d. fatti secondari. Propendendo per l'incondizionata vigenza del principio di non contestazione (sia nel rito del lavoro che in quello ordinario) e affermandone la tendenziale irreversibilità, la pronuncia in questione, sia pure non esplicitamente, ha tenuto in non cale la distinzione operata dalle Sezioni Unite tra fatti principali e fatti secondari, giacché, da un lato, ha affermato che la non contestazione rende accertati anche i fatti secondari, dall'altro, ha ritenuto possibile utilizzare i fatti secondari accertati per deficit di contestazione quale fonte per l'inferenza presuntiva diretta ad affermare la sussistenza dei fatti costitutivi della domanda. (Nella specie l'obbligo contributivo del datore del lavoro era stato desunto presuntivamente dal fatto che egli aveva predisposto e sottoscritto moduli DM 10 M reperiti presso il suo consulente del lavoro).

Altre sentenze sembrano invece discostarsi dai risultati raggiunti da questa evoluzione giurisprudenziale, tornando a risalenti orientamenti.

- Cass. 5 luglio 2002 n. 9741 e Cass. 5 marzo 2002 n. 3175 tornano ad affermare che *“I fatti allegati da una parte possono essere considerati pacifici, esonerando la parte sulla quale grava il relativo onere, dalla necessità di fornirne la relativa prova, quando l'altra parte abbia impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi.”*

- Così, per Cass. 11 dicembre 2002 n.17644 *“Nel processo del lavoro, le parti concorrono a delineare la materia controversa, di talché, ove fatti costitutivi del diritto dedotto dal ricorrente non siano oggetto di specifica contestazione da parte*

del resistente (costituito), i fatti stessi restano estranei alla materia del contendere ed al conseguente potere di accertamento del giudicante. Ai fini della contestazione del fatto costitutivo, tuttavia, non è necessario che la stessa sia specifica e dettagliata, dal momento che la pur semplice contestazione, da parte del resistente, conferisce al fatto la natura controversa, potendo la genericità della contestazione costituire elemento di valutazione, da parte del giudicante, del fatto contestato”.

- In motivazione, Cass. 5 febbraio 2003 n.1672 afferma (richiamando la sentenza n.11495/2000) che la contestazione generica non equivale ad ammissione, da parte del convenuto, della sussistenza dei fatti affermati dall'attore, sicché essa, potendo eventualmente integrare violazione del dovere di lealtà processuale, può essere discrezionalmente valutata, attenendo al contegno della parte nel processo, come semplice argomento di prova ai sensi dell'art. 116, 2 comma, c.p.c. ed essere utilizzata, in quanto tale, soltanto come elemento aggiuntivo ed integrativo rispetto alle risultanze dei veri e propri mezzi di prova. Del pari, sempre in motivazione, Cass. sez. I, 16 gennaio 2003, n. 559 ripete che i fatti allegati da una parte in tanto possono essere considerati pacifici, esonerando la parte sulla quale grava il relativo onere, dalla necessità di fornirne la relativa prova, in quanto siano stati esplicitamente ammessi dall'altra parte ovvero quando quest'ultima abbia impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi (e ciò perché nel vigente ordinamento non sussiste il principio secondo cui il convenuto ha l'onere di contestare espressamente tutte le circostanze dedotte dalla controparte).

Addirittura in netta antitesi con la sentenza delle Sezioni Unite si pone altra sentenza in corso di pubblicazione (la sezionale 2003L1445 della Sezione Lavoro) secondo cui *“Nel rito del lavoro, il convenuto, rimasto contumace nel giudizio di primo grado, ben può nell'atto di appello contestare la fondatezza della domanda, nel rispetto delle disposizioni di cui agli artt. 434 e 437 c.p.c. La previsione dell'obbligo del convenuto di formulare nella memoria difensiva di primo grado, a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito nonché di prendere posizione precisa in ordine alla domanda e di indicare le prove di cui intende avvalersi, infatti, da un lato, non esclude il potere dovere del giudice di accertare se da parte attorea sia stata data dimostrazione probatoria dei fatti costitutivi e giustificativi della pretesa, indipendentemente dalla circostanza che, in ordine ai medesimi, siano state o meno proposte, dalla parte legittimata a contraddire, contestazioni specifiche, difese ed eccezioni improprie, e dall'altro non impedisce alla parte di sollevare (ed impone al giudice di esaminare) in qualunque momento - e quindi anche nel giudizio di appello - tutte le difese in senso lato e le questioni rilevabili d'ufficio che possano incidere sul rapporto controverso.”*

11.- Riflessioni conclusive.

Un passaggio molto delicato della sentenza è, come si è accennato, quello relativo al rapporto tra non contestazione e preclusioni.

Sul punto la sentenza deve leggersi quasi come la seconda parte di un discorso che abbraccia problematiche quali l'individuazione dei caratteri distintivi, il potere di allegazione e di rilevazione delle eccezioni e i limiti temporali di allegabilità dei fatti principali integranti eccezioni in senso lato, la cui prima parte è stata scritta con la più volte citata sentenza delle stesse Sezioni Unite n.1099/1998.

Si ricorda, al riguardo, che tale ultima sentenza sottolineò la necessità di distinguere tra il potere di allegazione da quello di rilevazione dei fatti: il primo compete esclusivamente alla parte ed è di norma, con esclusione cioè dei soli fatti sopravvenuti, esercitabile nei tempi e nei modi stabiliti dal rito in concreto applicabile, posto che ipotizzare l'allegabilità di fatti nuovi anche oltre i termini previsti, per la sola ragione che la rilevanza dei loro effetti non si iscrive nel novero delle eccezioni riservate alla parte, significherebbe compromettere il sistema delle preclusioni, sul quale ciascun rito si fonda, e in particolare la sua funzione di affidare alla fase degli atti introduttivi del giudizio la cristallizzazione dei temi controversi e delle relative istanze istruttorie. Il potere di rilevazione compete alla parte (e soggiace perciò alle preclusioni previste per le attività di parte) solo nei casi in cui la manifestazione della volontà della parte sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nel caso di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva), ovvero quando singole disposizioni espressamente prevedano come indispensabile l'iniziativa di parte; cioè, in ipotesi di eccezioni in senso stretto. Tale potere di rilevazione appartiene non in via esclusiva alla parte ed è legittimamente esercitabile anche oltre il suddetto limite temporale, quando ha per oggetto fatti rilevabili *ex officio* vale a dire integranti eccezioni in senso lato, i quali fanno sorgere il potere - dovere del giudice di tenerne conto ai fini della decisione. Tuttavia, in entrambi detti casi (rilevabilità di parte "tardiva" o di ufficio) è necessario che i predetti fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultino comunque legittimamente acquisiti al processo. E' da considerare, inoltre, che, pur in caso di eccezioni rilevabili *ex officio*, l'allegazione dei fatti non può andare disgiunta dalla prova della loro esistenza, sicché anche sotto questo profilo, una tardiva allegazione finirebbe per incontrare un limite di utilizzabilità nelle ormai intervenute decadenze istruttorie. Per converso, l'acquisizione processuale corretta dei fatti il cui effetto modificativo o estintivo sia rilevabile di ufficio consente siffatto rilievo, indipendentemente dall'iniziativa dell'acquisizione stessa, anche, cioè, se essa non sia avvenuta ad istanza della parte destinata a giovare di quell'effetto.

Potremmo dire che il pensiero della S.C. è questo: una contestazione che si traduca nell'esposizione di un fatto storico, costituente eccezione in senso lato, può essere dedotto tardivamente, e anche in appello, purché sia stato allegato, non importa se dalla parte cui giova, nel corso del giudizio di primo grado entro e non oltre l'udienza di discussione, per quanto concerne il rito del lavoro, e il termine di cui all'art.183 comma quinto, con riferimento al rito ordinario. Questa conclusione è stata recepita dalla citata sentenza n.18194 del 2002 che, proprio richiamandosi alla sentenza in commento, ha ritenuto preclusa, al datore di lavoro, l'allegazione in sede

di appello dell'intervenuta cessazione dell'attività aziendale, ostativa alla liquidazione dei danni maturati successivamente a tale evento.

Si è visto in precedenza come più volte lo stesso principio è stato esteso alle eccezioni improprie o mere difese formulate mediante enunciazione di fatti contestativi (di quelli rappresentati dall'attore), argomentando che anche essi devono essere tempestivamente allegati⁵⁹.

In ordine a quest'ultimo profilo, il problema diventa quello, non facile, di sceverare tra un tale tipo di mera difesa (potrebbe dirsi "contrappositiva"), dai confini invero assai incerti, e la mera difesa *tout court*, incondizionatamente deducibile per la prima volta in appello, che dovrebbe ridursi alla semplice negazione dei fatti costitutivi della domanda (nel senso che il fatto storico non si è mai verificato o si è svolto con modalità diverse da quelle prospettate *ex adverso*) o della disposizione di legge su cui risulti fondata (nel senso che essa manchi o che i suoi effetti sono diversi da quelli invocati dall'attore)⁶⁰.

Come accennato al paragrafo 9, tale approdo euristico è stato criticato da diversi esponenti della dottrina, per i quali i divieti di cui agli artt.436 e 345 c.p.c. riguardano unicamente le eccezioni riservate mentre quelle in senso lato, al pari delle mere difese, sono (allegabili e) rilevabili *ex officio* anche per la prima volta in appello.

Si obietta infatti che (a) il divieto di proposizione in appello di nuove eccezioni non riservate, uscito dalla porta, verrebbe a rientrare dalla finestra, (b) l'aver subordinato la rilevabilità d'ufficio in appello dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi fondanti eccezioni in senso lato alla tempestiva allegazione nella memoria difensiva del giudizio di primo grado o, al più tardi, nell'udienza di discussione equivarrebbe a introdurre una preclusione non prevista nel sistema delineato dal legislatore del '90, (c) nessun nesso può intravedersi tra il principio di non contestazione e la deducibilità di eccezioni in senso lato nel corso del giudizio⁶¹.

Viene poi messa in discussione l'affermazione in base alla quale l'operatività del principio di non contestazione debba essere esclusa per i c.d. fatti secondari

⁵⁹ Vedi Cass. n.7739/2002 e Cass. n.9684/2003 citate al paragrafo precedente nonché Cass. n. 11252/1999 citata alla nota 56. In quest'ultima sentenza la S.C. ha affermato che la contestazione del diritto a pensione di invalidità, riconosciuto in primo grado, effettuata per la prima volta in appello dall'INPS per mancanza di domanda amministrativa - in quanto era stata proposta la diversa domanda di pensione di reversibilità - era inammissibile sul rilievo che l'istituto non aveva allegato il fatto pur costituente mera difesa nel corso del primo giudizio, ove si era limitato a contestare la sussistenza del grado invalidante prescritto dalla legge. E' dato leggere in sentenza che "a fronte della mancata allegazione da parte del convenuto nella memoria prevista dall'art.416 c.p.c. di fatti contestativi di quelli rappresentati dal ricorrente, la materia del contendere si individua e si fissa quale assieme dei punti effettivamente controversi, con la conseguenza che non v'è più spazio - ancorché si tratti di mere difese - per il potere di rilievo da parte del giudice della carenza fattuale di condizioni o presupposti dell'azione ..."; è pertanto necessario che il fatto costituente mera difesa "risulti acquisito agli atti e provato *rite et recte* alla stregua della specifica disciplina processuale dell'acquisizione".

⁶⁰ ORIANI, *Eccezione*, in *Dig.civ*, VII, Torino, 1991; Id. *L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.* 1991, V, 5 ss.; secondo COMOGLIO - FERRI - TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit. 329, per mera difesa o difesa generica si intende la contestazione dei fatti costitutivi sui quali si fonda la domanda, sia affermandone la insussistenza, sia eccependone l'inefficacia.

⁶¹ ORIANI, in *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello di eccezioni in senso lato?*, cit., spec.1517-1518.

(quelli, cioè, dedotti esclusivamente per dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi della domanda).

Si fa rilevare, al riguardo, che ove il convenuto neghi l'esistenza del fatto costitutivo (ad es., l'avvenuta prestazione di lavoro straordinario), ma non contesti la sussistenza di un episodio addotto come prova (ad es. l'essere stato visto il lavoratore rientrare a casa con la tuta da lavoro in orario compatibile con il diritto azionato), limitandosi a sostenerne l'inidoneità a dimostrare il fatto principale, il giudice dovrebbe ritenere la prova irrilevante per mancata contestazione del fatto secondario; altra cosa è stabilire se quest'ultimo sia idoneo a dimostrare l'esistenza del fatto costitutivo (o principale). La non contestazione del fatto secondario può vincolare il giudice a ritenerlo vero senza bisogno di prova, ma lo lascia assolutamente libero sul giudizio di inferenza probatoria dello stesso, nel senso che l'accertata esistenza del fatto secondario non presuppone automaticamente quella del fatto costitutivo, che il giudice può, comunque, ritenere non provato ⁶².

Mette conto a questo punto rimarcare che la spiegazione sistematica del principio della non contestazione assume un ruolo preponderante nell'economia della decisione, le cui griglie di intreccio sono perfettamente coerenti a quella premessa. Per le Sezioni Unite il principio di non contestazione è, in pratica, l'interfaccia del potere di allegazione delle parti, a sua volta riflesso del potere dispositivo sostanziale, condividendone la natura e soggiacendo ai limiti per esso previsti. Da ciò corollano le conclusioni circa la rilevanza della non contestazione, limitata ai fatti principali, e il rapporto tra allegabilità del fatto contestativo e sistema delle preclusioni.

Ma è proprio sul collegamento tra potere di allegazione e principio di non contestazione, da un canto, e principio dispositivo sostanziale, dall'altro, che sussistono forti perplessità.

E' incontrovertibile che il principio dispositivo sostanziale riguarda la tutela giudiziaria nel suo momento iniziale, ovverosia la determinazione dei diritti che si vogliono sottoporre alla decisione del giudice, sicché, simmetricamente, il giudice non potrà porre a fondamento della sua decisione fatti costitutivi diversi da quelli invocati dall'attore, poiché altrimenti finisce per decidere su di un diritto diverso da quello oggetto della richiesta di tutela giurisdizionale. Da questo limite non può però desumersi che rientra nel potere monopolistico delle parti, in quanto espressione del principio dispositivo, ovverosia della facoltà di disposizione della situazione sostanziale controversa, l'allegazione nel processo dei fatti posti a fondamento della domanda o dell'eccezione. In particolare l'allegazione di fatti contestativi, che non sia per legge appannaggio della parte, non è riflesso della facoltà di disposizione della situazione sostanziale controversa, ma si correla al modo di esplicazione della tutela giudiziaria, finendo per rappresentare un mero problema di tecnica processuale che ciascun ordinamento può risolvere a propria discrezione.

Per vero, non è il principio dispositivo sostanziale che impedisce al giudice di fondare l'accoglimento della domanda su di un fatto diverso da quello invocato dall'attore, se in questo modo non si travalicano i limiti del diritto oggetto della

⁶² CEA, *op.cit.*, 2024.

domanda. Così, per l'individuazione dei diritti c.d. autodeterminati (esemplarmente, la proprietà), che possono sussistere in un dato momento una sola volta fra le parti, il fatto costitutivo non riveste alcun ruolo.

In altri termini, l'allegazione dei fatti principali non individuatori, cioè non indispensabili per l'individuazione del diritto fatto valere in giudizio - ovverosia dei fatti costitutivi concorrenti - così come l'allegazione dei fatti impeditivi, modificativi, estintivi - fondanti eccezioni rilevabili d'ufficio - non sono espressione dell'autonomia sostanziale, ma mere questioni di tecnica processuale, di modello di processo concretamente adottato⁶³. Ne segue che i fatti possono emergere anche dagli atti del processo, cioè da allegazioni della parte cui nuocciono, dall'interrogatorio libero, da documenti, testimonianze e altre risultanze istruttorie, ivi comprese le consulenze tecniche; il tutto, ovviamente, sempre nel rispetto del divieto per il giudice di utilizzare il proprio sapere privato e del dovere di provocare il contraddittorio delle parti sui fatti che egli rilevi d'ufficio.

Affermare, come hanno fatto le Sezioni Unite, specie nella sentenza n.1099/1998, che un fatto estintivo, modificativo o impeditivo è rilevabile d'ufficio indipendentemente dall'iniziativa della relativa acquisizione - in quanto, anche nel caso in cui essa non sia avvenuta ad istanza della parte destinata a giovare di quell'effetto, vi è pur sempre allegazione di parte, riflesso del potere dispositivo sostanziale- ha il sapore della finzione.

Un esempio varrà a chiarire il punto.

Se una banca chiede il pagamento di una certa somma a titolo di saldo di conto corrente intrattenuto presso di essa da un cliente e questi si difenda eccependo che la banca ha applicato interessi ultralegali, potrà il giudice respingere o contenere la domanda ove da una disposta consulenza tecnica risulti, invece, che per un mero errore contabile la banca non ha effettuato lo storno di una voce addebitata due volte sul conto del convenuto? Nessuno potrebbe dubitare che la risposta dovrebbe essere affermativa, anche se il fatto posto a base dell'eccezione (non riservata ma) rilevabile d'ufficio non è stato, né potrebbe dirsi, allegato dalla parte.

Se, dunque, il principio dispositivo sostanziale non vale a attribuire alle parti la assoluta signoria sui fatti di causa, appare difficile ricondurre a esso il potere di rendere pacifici o controversi i fatti rilevanti per la decisione⁶⁴.

La disponibilità della situazione controversa è salvaguardata dal divieto di rilevare fatti individuatori della stessa ovvero fatti oggetto di eccezioni riservate alla parte. Tutti gli altri fatti, sia principali che secondari, servono al convincimento del giudice circa la sussistenza della situazione o del rapporto giuridico controverso, al fine di emettere una decisione quanto più possibile rispondente alla realtà sostanziale. L'eventuale rilievo di tali fatti da parte del giudice non comporta disposizione della situazione o del rapporto controverso.

⁶³ In questo senso vedi già, diffusamente, CARRATTA, *op.loc.cit.* alla nota 6. Vedi anche BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino 2001, 11 ss., e 133.

⁶⁴ E' questa la conclusione di RASCIO, *Note brevi sul principio di non contestazione (a margine di una importante sentenza)*, in *Dir. e giur.* 2002, 78 ss. spec. 85-87; nonché di PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti principali e principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 608.

In definitiva, il frutto dell'analisi effettuata è che si rivela sostanzialmente errato far dipendere la natura, la funzione o la disciplina dell'allegazione di fatti - e per essa del principio di non contestazione - dalla assimilazione alla domanda o all'eccezione ovvero dal carattere disponibile della situazione giuridica controversa, sulla base di argomentazioni insensibili al modo in cui è strutturato il giudizio. Al contrario, tanto l'allegazione dei fatti quanto, specularmente, il fondamento del fenomeno non contestativo rappresentano una variabile dipendente da determinate scelte di tecnica processuale. In particolare, il fondamento del principio in discorso potrà essere ricercato in superiori esigenze di semplificazione del processo e di economia processuale.

La condivisione di tale risultato, nel senso di escludere che il principio di non contestazione sia esplicazione del principio dispositivo sostanziale dovendo piuttosto ricostruirsi come semplice strumento di alleggerimento degli oneri probatori in funzione di economia processuale, induce conseguenze di significativo rilievo⁶⁵.

A) Non vi sarebbe motivo di distinguere tra fatti principali e fatti secondari, né tra fatti costitutivi e fatti estintivi, modificativi, impeditivi fondanti eccezioni rilevabili *ex officio*, e neppure tra fatti rilevanti per la decisione sul merito e fatti (esclusivamente) significativi per la risoluzione di questioni attinenti al processo: per tutti, gli effetti della non contestazione, con i connessi benefici in termini di economia processuale, non possono che essere i medesimi.

B) Il giudice non sarebbe vincolato a tenere per veri i fatti che una parte afferma e l'altra non contesta. Simile vincolo, infatti, non sarebbe giustificato, in mancanza di previsione di legge, una volta abbandonata l'area dei principi valevoli in punto di tutela giurisdizionale della pretesa azionata per quella (dei principi) di mera tecnica processuale, rispetto ai cui obiettivi di economia dei giudizi si rilevarebbe perfino eccessivo non assumere i mezzi di prova eventualmente proposti per la dimostrazione dei fatti non contestati dall'avversario.

D) Analogamente, nell'ipotesi in cui i documenti prodotti o le prove ad altro fine assunte convincano il giudice della non verità (o della verità di una differente ricostruzione) dei fatti pacifici, egli non potrà ignorare le risultanze istruttorie ormai acquisite, non essendo vincolato dal comportamento di non contestazione e non soccorrendo, per le prove precostituite come per le attività istruttorie già svolte, le ragioni di economia che ostano all'assunzione di prove su fatti pacifici.

C) Il giudice potrebbe rilevare *ex actis* i c.d. fatti avventizi⁶⁶ ossia i fatti che le parti non abbiano espressamente invocato a sostegno delle loro pretese e in particolare: i fatti inconsapevolmente introdotti nell'involucro processuale dalla parte (ad esempio, i fatti risultanti da un documento); i fatti consapevolmente introdotti

⁶⁵ L'indicazione che segue è in larga parte tratta da RASCIO, *op. loc.cit.*

⁶⁶ BUONCRISTIANI, *op.cit.* 102 e soprattutto 213. Si ricorda che l'art. 7 del nuovo codice di procedura civile francese offre una significativa esplicazione dei fatti che sono nel dibattimento, prevedendo che "tramite gli elementi del dibattito, il giudice può prendere in considerazione anche i fatti che le parti non hanno specificamente invocati a sostegno delle loro pretese." Per tale sistema processuale, sono quindi fatti avventizi rilevabili dal giudice tutte le circostanze fattuali versate in causa risultanti *ex actis* ma silenti in quanto non invocate per inavvertenza o negligenza dalle parti e pertanto tendenzialmente destinate a rimanere inerti nel processo a meno che il giudice, studiando la causa non noti tali fatti e li consideri rilevanti per la decisione.

dalle parti e richiamati nelle argomentazioni difensive, ma senza attribuirvi alcun significato giuridico; i fatti acquisiti al giudizio non direttamente per iniziativa delle parti e non valorizzati dalle parti nella ricostruzione della propria linea difensiva; e quindi, per quanto più specificamente concerne la non contestazione, i fatti impeditivi, modificativi o estintivi non utilizzati o addirittura ignorati dal convenuto, purché tali fatti integrino un'eccezione rilevabile d'ufficio.

E) La non contestazione potrebbe produrre il suo effetto tipico anche nei processi relativi a situazioni giuridiche indisponibili o semidisponibili (quali possono essere quelle sottoposte al rito del lavoro e della previdenza): sollevata la parte dagli oneri probatori relativi al fatto pacifico, nessun vincolo si produce per il giudice, che potrà diversamente accertare il fatto medesimo in considerazione degli elementi istruttori comunque acquisiti. In questi casi, però, la disciplina processuale privilegia la ricerca della verità materiale, come testimoniano sia il potenziamento dei poteri inquisitori del giudice (ed è il caso delle controversie di lavoro) sia l'eventuale previsione dell'intervento del pubblico ministero, quantomeno con i poteri di cui all'art.72, comma, 2, c.p.c. E di fronte a questa esigenza il principio di non contestazione, essendo principio di tecnica processuale, può subire attenuazioni e deroghe, diviene cioè recessivo. Il giudice non solo dovrà prendere atto della non verità o della diversa verità del fatto incontrovertito, che dovesse risultare dai mezzi istruttori, ma potrà non accontentarsi della mancanza di contestazioni e ritenere egualmente rilevanti, dando loro ingresso nel processo, le prove in ipotesi dedotte dalle parti per la dimostrazione dei fatti pacifici, al fine di verificarne il reale accadimento; potrà al medesimo fine esercitare, naturalmente nel rispetto del divieto di fare uso della scienza privata, i poteri istruttori attribuitigli dalla legge; non potrà considerare pacifico il fatto, pur incontrovertito fra le parti private, in relazione al quale il pubblico ministero abbia mosso contestazioni ovvero abbia svolto richieste di prova contraria.

Si può quindi concludere rilevando che il dibattito sulla non contestazione ha perso il carattere puramente teorico di indagine intorno a un principio astratto in cerca di cittadinanza nel sistema processuale per transitare sul terreno concreto delle applicazioni giurisprudenziali. In tale nuovo contesto la sentenza delle Sezioni Unite n. 761/2002 è senza dubbio destinata ad influenzare prepotentemente la discussione sul tema, ma di essa dovranno ancora essere esaminate attentamente tutte le implicazioni, dirette e mediate, soprattutto per ciò che concerne l'interazione del principio con il potere di rilevazione dei fatti non integranti eccezioni riservate e col sistema delle preclusioni. Pregiudiziale si profila, in proposito, la risoluzione dell'interrogativo sulla necessità di trovare il fondamento del valore del fenomeno non contestativo in fattori diversi dal principio dispositivo, come ad esempio nell'operata scelta ordinamentale di mera tecnica processuale legata a valutazioni di opportunità storicamente condizionate e, come tali, pienamente reversibili.

Sergio Del Core