

CAPITOLO I

LA NON CONTESTAZIONE NEL DIRITTO VIVENTE

E NEL SISTEMA NORMATIVO. GLI EFFETTI

SOMMARIO: 1. Posizione del tema – 2. Considerazioni preliminari sul diritto positivo e vivente relativo al principio di non contestazione, al netto della riforma dell'art. 115 c.p.c. – 3. Quadro delle opinioni maturate alla luce della collocazione e del testo della nuova disposizione sulla non contestazione – 4. Effettive conseguenze della riforma dell'art. 115 c.p.c. e prospetto della ricerca – 5. Gli effetti della non contestazione – 6. Le affermazioni delle sezioni unite della Corte di cassazione – 7. Principio di non contestazione e processo di cognizione nelle applicazioni giurisprudenziali – 8. Segue: la giurisprudenza che esclude la sussistenza di un onere di contestazione produttivo di effetti e/o di un termine preclusivo per la contestazione – 9. Segue: i diversi orientamenti giurisprudenziali che attribuiscono efficacia alla non contestazione – 10. Segue: la giurisprudenza sui comportamenti che integrano la non contestazione; quella sul principio di non contestazione come frutto di meccanismi di preclusione – 11. Fondamento del principio di non contestazione e natura della mancata contestazione nell'elaborazione della dottrina precedente la riforma dell'art. 115 c.p.c. – 12. L'inquadramento normativo: le ipotesi tipiche di non contestazione – 13. L'evoluzione dell'onere di contestazione nel nostro ordinamento: il codice del 1865 ed i progetti di riforma precedenti l'approvazione del codice del 1940 – 14. Segue: le modifiche del codice di rito vigente, le leggi speciali ed i progetti di riforma fino alla recente modifica dell'art. 115 c.p.c. – 15. Segue: l'iter di approvazione della modifica dell'art. 115 c.p.c. – 16. La rilevanza transnazionale della non contestazione nella normativa comunitaria

1. Posizione del tema

La l. 18 giugno 2009, n. 69, recante *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, con l'art. 45, comma 14, ha sostituito l'art. 115 c.p.c., rubricato *Disponibilità delle prove*, secondo il quale, nella formulazione oggi vigente, «salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza».

La novità della disposizione consiste nel riconoscimento espresso, in una norma di carattere generale quale l'art. 115 c.p.c., del potere del giudice di fondare la decisione sui «fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita».

Tradizionalmente¹, come noto, si considera insito nel processo, anche in difetto di una previsione normativa di portata generale, il principio di non contestazione, in virtù del quale, secondo la definizione più diffusa, i fatti non contestati non sono bisognosi di prova.

La definizione è sostanzialmente comune a tutte le elaborazioni interpretative² dottrinarie e giurisprudenziali, anche ampiamente divergenti, sul principio di non contestazione; tuttavia nulla dice riguardo al suo contenuto, in particolare alla sua natura, alla sua fonte, al suo oggetto ed ai suoi limiti di applicazione e di efficacia.

Il principio ha subito negli ultimi anni una particolare evoluzione applicativa e normativa, soprattutto a seguito della nota sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, n. 761 del 23 gennaio 2002³, che ha costituito il volano del suo graduale e sempre maggiore riconoscimento⁴, finalmente culminato con la descritta modifica dell'art. 115 c.p.c. e proseguito con la previsione nel codice del processo amministrativo: con essa la Suprema Corte aveva provato a porre alcuni punti fermi circa l'onere di contestazione nel processo

¹ Sull'evoluzione storica del principio, ad integrazione di quanto sarà chiarito *infra* cap. I, parr. 13, 14 e 15, sembra sufficiente rinviare alla estremamente esauriente monografia di Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 17 ss.; v. anche, di recente: Tedoldi, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 76 ss.; e, mi si permetta di citarla una sola volta, De Vita, voce *Non contestazione (principio di)*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ., Agg. V*, Torino, 2010, 832 ss.

² Fin da quelle più risalenti, formulate nel vigore del codice del 1865. Basti pensare che già Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, s.d., 541, sostiene che la regola relativa sia «una delle massime del diritto probatorio più universalmente e frequentemente praticate». Contrario, tuttavia, all'idea che Mortara fosse un sostenitore dell'onere di immediata contestazione: Cipriani, *Lodovico Mortara e il silenzio delle parti*, in *Giusto proc. civ.*, 2, 2006, 223 ss.

³ Come noto intervenuta a risolvere il contrasto, sorto nell'ambito della sezione lavoro della Suprema Corte, in ordine al fatto se, nel rito del lavoro, la contestazione dell'*an* renda o meno irrilevante la non contestazione dei conteggi allegati, con i quali l'attore quantifica il credito. Sul tema specifico v. *infra* cap. II, par. 3. La sentenza è pubblicata in *Foro it.* 2002, I, 2019 ss., con nota di Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*; in *Giust. civ.*, 2002, I, 1245, con nota di richiami; nonché in *Corr. giur.*, 2003, 1335 ss., con nota di M. Fabiani, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*; ancora in *Dir. Lav.*, 2003, 142 ss., con nota di Brizzi; è stata altresì commentata, tra gli altri che nel prosieguo si vedranno, da Proto Pisani, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, 604 ss.; da Rascio, *Note brevi sul «principio di non contestazione» (a margine di una importante sentenza)*, in *Dir. giur.*, 2002, 78 ss.; nonché in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, I, Milano, 2005, 739 ss. (nel prosieguo il lavoro sarà citato con la sola indicazione delle pagine di *Dir. e giur.*); da Cattani, *Sull'onere della specifica contestazione da parte del datore di lavoro dei conteggi relativi al quantum delle spettanze richieste dal lavoratore*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1909 ss.; da Amendola, *Linee evolutive della giurisprudenza sul processo del lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2004, 2, 322 ss.; e da Proietti, *Rito del lavoro e principio di non contestazione*, in *Dir. lav.*, 2003, 659 ss.

⁴ Secondo Maero, *Il principio di non contestazione prima e dopo la riforma*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 2, 460, non era necessario che la Corte inventasse un nuovo principio per giungere al medesimo risultato.

di cognizione, nell'ambito del quale la mancanza, fino a poco fa assoluta, di dati normativi positivi ed espliciti, ha posto e pone ancora - nonostante l'intervento delle sezioni unite, prima, e del legislatore, poi - diversi, numerosi e rilevanti problemi interpretativi.

Ebbene, considerando naturalmente l'art. 115 c.p.c. novellato, ma attraverso un *iter* che tenga conto degli spunti e delle soluzioni proposte dalle sezioni unite e degli orientamenti precedenti e successivi⁵, nonché degli altri dati normativi positivi, l'obbiettivo è quello di focalizzare e risolvere i dubbi che sussistono circa il contenuto del principio di non contestazione, che si possono così sintetizzare:

a) individuazione del fondamento del principio di non contestazione: in altre parole, qualificazione della natura del comportamento contestativo-non contestativo;

b) effettiva esistenza nel nostro sistema processuale, prima e dopo la recente riforma dell'art. 115 c.p.c., di un principio generale di non contestazione, in virtù del quale, anche al di fuori delle ipotesi in cui il legislatore espressamente fa conseguire effetti ad un comportamento non contestativo, la parte contro la quale è allegato un fatto ha sempre l'onere di contestarlo;

c) identificazione - al di fuori delle ipotesi in cui una disposizione individui specificamente i comportamenti processuali ai quali conseguono gli effetti della mancata contestazione - delle attività (o meglio delle inattività) integranti la non contestazione: definizione, dunque, della soglia difensiva entro o oltre la quale i fatti allegati siano o meno da considerare come contestati;

d) qualificazione degli effetti della mancata contestazione: occorre accertare quale sia, al di fuori delle fattispecie non contestative disciplinate anche negli effetti, l'incidenza della non contestazione sul potere del giudice di valutazione del fatto non contestato ai fini della decisione;

e) limiti soggettivi dell'onere di contestazione, vale a dire necessità di chiarire se l'onere di contestazione riguardi o meno tutte le parti;

f) identificazione dell'oggetto della mancata contestazione produttiva di effetti, delimitazione dell'ambito di applicazione del principio ed individuazione degli eventuali limiti, per così dire, oggettivi della (o le deroghe alla) regola per la quale i fatti non contestati non devono essere provati o sono in qualche misura già provati;

g) soluzione del dubbio se la non contestazione sia revocabile o meno e di quello se la contestazione debba essere necessariamente formulata entro un determinato termine processuale ovvero sia liberamente esercitabile nel corso del giudizio.

⁵ Un quadro dei quali, con un'analisi della sentenza a sez. un., è stato dato poco dopo questa da Del Core, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 111 ss.

2. Considerazioni preliminari sul diritto positivo e vivente relativo al principio di non contestazione, al netto della riforma dell'art. 115 c.p.c.

Anticipando sinteticamente i risultati dell'esame del diritto positivo e vivente, finalizzato alla soluzione dei problemi applicativi del principio di non contestazione appena delineati, si può per il momento affermare che già prima della riforma dell'art. 115 c.p.c., e soprattutto dopo il sigillo della pronuncia a sezioni unite⁶, nel nostro ordinamento si riconosceva la sussistenza di un principio generale di non contestazione, in virtù del quale, anche al di fuori delle ipotesi in cui il legislatore espressamente fa conseguire effetti ad un comportamento non contestativo specificamente individuato, la parte contro la quale è allegato un fatto ha sempre l'onere di contestarlo, nel processo di cognizione ordinario, nel rito del lavoro e nel poi abrogato rito societario.

Seppure sulla base di diversi presupposti ed attraverso strade differenti, il principio era già considerato uno strumento da riconoscere e valorizzare nel processo di cognizione per i fini di economia processuale che è in grado di realizzare: la sua vigenza era già quasi univocamente affermata⁷, anche se da diversi punti di partenza e attraverso diversi percorsi argomentativi che possono condurre, e di fatto spesso conducono, a risultati più o meno diversi circa il suo contenuto.

Infatti, il diverso, possibile, fondamento del principio di non contestazione non incide, in astratto e prescindendo da un riconoscimento positivo, sulla esistenza nell'ordinamento un principio generale di non contestazione: ciò che cambia, in relazione alle diverse concezioni dell'istituto, sono i presupposti perché il principio sussista e sia applicabile.

Così, se la contestazione-non contestazione ha natura dispositiva⁸, nei limiti in cui è vigente il principio dispositivo, il principio di non contestazione non può che essere immanente al sistema; in altre parole, il principio di non contestazione, se tale comportamento è un'espressione della volontà della parte di

⁶ Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, cit., 2024, osserva che l'aspetto maggiormente rilevante della sentenza a sezioni unite va individuato nella incondizionata affermazione di vigenza del principio di non contestazione nel processo civile, per la quale «oggi finalmente il principio della non contestazione entra nel processo civile per la porta principale». Id., *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in www.judicium.it, 1, osserva che alla riforma del 2009 va attribuito il merito di aver ancorato il principio a solidi riscontri positivi. Rascio, *Note brevi*, cit., 85, sottolinea che un onere generale di contestazione per le parti, legato alla sussistenza di un sistema di preclusioni, è venuto in essere, negli ultimi trent'anni, a seguito delle riforme del 1973 e del 1990, nonché della novella dell'art. 111 Cost., che ha imposto al legislatore la garanzia della ragionevole durata dei giudizi; v. anche Id., *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire*, in *Corr. giur.*, 2010, 1245.

⁷ Mortara, *Commentario*, III, cit., 541, affermava appunto quanto già riportato in nt. 2.

⁸ Gli orientamenti qui accennati saranno descritti nel prosieguo della ricerca.

escludere i fatti non contestati dal *thema probandum*, sussiste per sua natura nell'ordinamento - in cui vige il principio dispositivo - in via generale ed anche in difetto di una espressa previsione normativa. Il legislatore, attraverso la previsione di preclusioni e decadenze, può anticipare il momento entro il quale la contestazione deve avvenire, limitandone l'esercizio ad una particolare fase processuale, ma in ogni caso il fatto pacifico non è bisognoso di prova ai fini della decisione, anche laddove la relativa decadenza non vi sia.

Diversamente, se è presupposta un'essenza probatoria della non contestazione, in tanto può esistere un onere generale di contestazione, in quanto sussista una norma che permetta (o addirittura imponga) al giudice di considerare, in misura più o meno intensa, i fatti non contestati come provati ai fini della decisione, pur in difetto del raggiungimento, attraverso i mezzi di prova tipici, della piena prova dei fatti stessi (e, quindi, in deroga alla norma dell'art. 2697 c.c.): le disposizioni normative di riferimento erano, prima della novella dell'art. 115 c.p.c., l'art. 116, secondo comma, c.p.c., che attribuisce efficacia di argomento di prova al comportamento della parte e, quindi, anche alla mancata contestazione, ovvero, se si attribuisce rilevanza presuntiva alla non contestazione, gli artt. 2727 e 2729 c.c.; anche in relazione a questa concezione del principio di non contestazione, nulla esclude che la legge preveda dei termini di decadenza dalla possibilità di contestare, per evitare che il fatto non contestato sia in qualche misura provato.

Infine, se il principio di non contestazione è espressione della tecnica processuale fondata su di un sistema di preclusioni, si giunge, in via astratta, alla conclusione che la non contestazione può avere rilievo, ai fini della decisione, solo se il legislatore - espressamente o implicitamente attraverso la struttura complessiva del singolo modello processuale - impone alla parte di contestare entro un termine i fatti contro di essa allegati.

In particolare, nell'ambito della cognizione piena, il riscontro normativo dal quale era già desumibile la sussistenza di un onere di contestazione per la parte, è individuabile nell'onere di «prendere posizione», imposto al convenuto negli artt. 167, primo comma, 416, terzo comma, c.p.c., e 4, primo comma, del D.lgs. n. 5 del 2003, nel processo societario, unico rito nel quale, prima della sua abrogazione, il termine di decadenza dalla contestazione era previsto espressamente dall'art. 10, comma 2 *bis* e la contumacia era qualificata espressamente come *ficta confessio* dall'art 13, comma 2.

Invece, molte delle questioni prospettate *supra* restavano sostanzialmente aperte, non trovando nella disciplina positiva precedente la riforma del 2009, né negli orientamenti esegetici che si esamineranno, una soluzione univoca⁹.

⁹ Cea, *La modifica all'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 268, osserva come nonostante la sentenza a sezioni unite n. 761 del 2002, «la giurisprudenza del giudice di legittimità sembra navigare attraverso una sorta di percorso a vista, che talvolta lascia disorientati»; così anche Id., *Commento art. 115*, in *La riforma del c.p.c.*, Commentario a cura di Cipriani, Menchini e De Cristofaro, in *Nuove leggi civ. comm.*,

In ogni caso spesso, per non dire sempre, le soluzioni fornite dagli interpreti erano direttamente dipendenti dalla qualificazione dogmatica univoca che questi presupponevano: l'inquadramento esclusivo, costante ed operato in via generale, della non contestazione in un ambito dispositivo, oppure probatorio, oppure di una tecnica legislativa di soluzione della controversia, era il primo passo solitamente mosso nella ricerca delle risposte ai dubbi sull'applicazione del relativo principio; ed i passi successivi, appunto le opzioni interpretative nel fornire queste risposte, erano sempre condizionati dal primo, costituendone di solito un corollario.

Tuttavia, l'*iter* che ci accingiamo a percorrere metterà in rilievo un dato certo: l'ordinamento positivo italiano, laddove tipizza una non contestazione produttiva di effetti, e la normativa comunitaria che attribuisce rilevanza transnazionale alla non contestazione, non ne presuppongono una concezione univoca, ma volta per volta, e spesso anche contemporaneamente, utilizzano la non contestazione nelle sue diverse, possibili, accezioni ontologiche e concettuali; anche se si constaterà che mai il legislatore, nazionale o comunitario, considera la non contestazione, di per sé, come una prova intesa in senso stretto o come un argomento di prova.

Il dato sarà confermato anche dall'analisi della più autorevole dottrina italiana, effettuata però non nella sua attività di esegesi *de jure condito*, ma nell'esercizio della sua funzione propositiva, dinamica e programmatica, che si è esplicita *de jure condendo* nei progetti di riforma dei codici del 1865 e del 1940, susseguitisi con diversi esiti per oltre un secolo e fino a tempi recentissimi.

E l'utilizzazione di una non contestazione eterogenea, da parte del legislatore positivo o progettuale, avviene, si potrebbe dire, inconsciamente, senza una giustificazione teorica esplicita, come se fosse nella natura delle cose, o meglio perché in realtà lo è.

Peraltro, si vedrà che anche la giurisprudenza, esplicitamente o implicitamente, spesso presuppone allo stesso tempo una nozione della non contestazione come atto dispositivo, come prova o argomento di prova e come strumento per la realizzazione dell'economia processuale¹⁰; e a sua volta lo fa quasi inconsapevolmente, senza motivare l'accostamento e, per la verità, senza incorrere in particolari contraddizioni o incoerenze logiche.

2010, 793 s.; va segnalato che gli scritti di Cea sulla non contestazione pubblicati fino al 2009, già citati e che si citeranno, sono oggi raccolti nel volume *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2010, 85 ss., che per ragioni di sintesi non sarà richiamato nel prosieguo.

¹⁰ Anche la dottrina ha rilevato come nell'evoluzione giurisprudenziale l'onere di contestazione poggi sia sulle norme degli artt. 416 e 167 c.p.c., sia sul carattere dispositivo del processo, sull'organizzazione dei sistemi di preclusioni, sul dovere di lealtà e probità e, soprattutto, sul principio di economia: F. De Santis, *La ragionevole durata, l'applicazione della norma processuale e la rimessione in termini: «percorsi» per un processo d'inizio secolo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 884 s.

Ma anche nelle argomentazioni della dottrina che ha operato *de jure condito*, la schematizzazione dogmatica della non contestazione, pur essendo indubbiamente presente, non è sempre così netta ed è, talvolta, differenziata: basti pensare alla distinzione, formulata da autorevole dottrina e seguita dalla giurisprudenza delle sezioni unite, tra la non contestazione dei fatti principali, considerata di natura dispositiva, e quella dei fatti secondari, qualificata come probatoria¹¹.

Si può fin da ora anticipare, dunque, che l'analisi confermerà in definitiva che la non contestazione è un fenomeno naturalmente eterogeneo, che non può essere aprioristicamente inquadrato in una categoria dogmatica esclusiva; non vi è, in altre parole, una non contestazione unica, ma una serie di fattispecie non contestative più o meno caratterizzate da tratti comuni.

Di conseguenza, le risposte alle tante questioni applicative del principio di non contestazione non risolte dal legislatore, non possono derivare, si potrebbe dire "a cascata", da una categorizzazione a monte del fenomeno stesso, ma vanno cercate in relazione alle singole fattispecie di non contestazione, alla luce delle rispettive e specifiche nature.

L'operazione, tuttavia, naturalmente va oggi effettuata tenendo conto delle precisazioni più o meno esplicite desumibili dalla disposizione di carattere generale dell'art. 115 c.p.c. riformato.

3. Quadro delle opinioni maturate alla luce della collocazione e del testo della nuova disposizione sulla non contestazione

Anche i commentatori della modifica dell'art. 115 c.p.c.¹² tendono alla qualificazione univoca della natura della non contestazione, quale presupposto per definire le prospettive applicative ed interpretative lasciate irrisolte dal legislatore; e svolgono questa operazione soprattutto, ma non solo, alla luce di alcuni aspetti testuali e di collocazione della nuova disposizione, più o meno ampiamente considerati, talvolta in senso anche largamente divergente.

Così, chi considera il mancato assolvimento dell'onere di contestazione previsto dalla norma, nelle controversie relative a diritti disponibili, come un'espressione del principio dispositivo, dunque come «un mezzo di fissazione formale del fatto allegato e non contestato», in quanto tale vincolante per il giudice¹³, ritiene errata la collocazione nel primo comma dell'art. 115 c.p.c., perché questo «non delimita il tema della prova, ma stabilisce in base a quali prove il giudice possa decidere la causa», affermando che, poiché «la non

¹¹ V. *infra* cap. I, parr. 6 e 11, e cap. III, par. 7.

¹² Secondo Maero, *Il principio di non contestazione*, cit., 461, il processo civile ben avrebbe potuto fare a meno del principio di non contestazione.

¹³ Bove, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010, 88 s., per il quale (nt. 91) prima della riforma l'onere non era vigente.

contestazione non è un mezzo per provare il fatto, bensì per rendere inutile la prova di un fatto», la disposizione «avrebbe trovato miglior collocazione nel secondo comma del medesimo art. 115»¹⁴. E sulla medesima linea si è ritenuta «macroscopicamente sbagliata» la collocazione della nuova disposizione nel primo comma, perché essa non riguarda la prova, ma il diverso concetto della formazione del *thema probandum* ed avrebbe dovuto, dunque, essere inserita nel secondo comma, essendo i fatti non contestati specificamente assimilabili a quelli notori come non bisognosi di prova¹⁵.

Si è sostenuto¹⁶, inoltre, che la norma, pur avendo funzione di semplificazione processuale, tocca le regole sulle prove, ponendo sullo stesso piano fatti non contestati e prove; che comunque la previsione nella parte generale comporta lo sganciamento della non contestazione dagli artt. 167 e 416 c.p.c. e dal principio dispositivo; e che, quanto agli effetti, il giudice non può prescindere dai fatti non contestati, ma che altro materiale ritualmente acquisito al processo non è comunque sottratto alla sua valutazione.

Ancora si è affermato che il legislatore, come desumibile dalla collocazione, non ha voluto utilizzare la non contestazione come metodo per la fissazione formale dei fatti, ma «come comportamento processuale significativo e rilevante sul piano della *prova dei fatti*», così da evitare che l'omessa contestazione, determinando automaticamente e necessariamente la verità del fatto non contestato, possa contrastare con le risultanze istruttorie¹⁷. E che la previ-

¹⁴ Bove, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in *www.judicium.it*, par. 7, nel commentare il d.d.l. originario, non diverso, nella collocazione, dalla versione approvata; e dopo l'approvazione del testo definitivo: Bove-Santi, *Il nuovo processo civile. Tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, 44.

¹⁵ E.F. Ricci, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1361, nel commentare il d.d.l. originario. L'osservazione è stata poi condivisa da Bocagna, *Le modifiche al primo libro del c.p.c.*, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Napoli, 2009, 35 s.; v. anche Giordano-(Lombardi), *Il nuovo processo civile*, Roma, 2009, 167; Pacilli, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 311 ss.; Zuffi, *Commento art. 115*, in *Codice di procedura civile commentato. Artt. 1-286*, Tomo I, diretto da Consolo, Milano, 2010, 1360 s.; e Maero, *Il principio*, cit., 461 ss. Punzi, *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1210 ss., sottolinea come i rilievi della dottrina al d.d.l. originario, sulla formulazione e sulla collocazione della norma, sono stati solo parzialmente accolti in sede parlamentare, rilevando criticamente, poi, come non si sia intervenuti sull'art. 167 c.p.c.; v. anche Id., *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1195 ss.

¹⁶ Ianniruberto, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 312 e 316; v. anche, per tutte le volte in cui sarà citato nel prosieguo, Id., *Lealtà delle parti ed economia del processo, nel principio di non contestazione posto dal novellato art. 115 c.p.c.*, relazione tenuta il 28 aprile 2010 a Roma, in occasione di un corso di formazione per magistrati del CSM. Secondo Viola, *Il nuovo principio di non contestazione nella riforma del processo civile*, in *www.altalex.com*, par. 6, in particolare la testimonianza contraria prevale sulla non contestazione.

¹⁷ Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *www.judicium.it*, par. 12 (il saggio è anche in *Giusto proc. civ.*, 2009, 3, 749 ss.); v. anche Id., *Commento art. 115*, in Balena-Caponi-Chizzini-Menchini, *La riforma*

sione del principio in una disposizione sulle prove in sede decisoria, piuttosto che in una sull'allegazione dei fatti, attesta la volontà del legislatore di non utilizzare la non contestazione come strumento per la fissazione formale dei fatti, ma come comportamento processuale da cui derivano conseguenze sul piano probatorio; con la conseguenza che la non contestazione non è una prova legale ed il fatto pacifico non è escluso dal *thema probandum*; e che inoltre non determina una *relevatio*, né un'inversione, dell'onere della prova, ma ha il valore delle prove liberamente valutabili, rispetto alle quali è perfettamente equiparata¹⁸.

Si è anche giunti alla conclusione che la collocazione nel primo comma dell'art. 115 tagli «il filo che lega la stessa valutabilità della non contestazione alla presenza di meccanismi preclusivi», per ricondurla «alla sede naturale delle regole di giudizio, cioè alle regole finali che presiedono alla decisione», e che dunque la non contestazione è strettamente legata all'onere della prova; con la conseguenza che essa non è mai fonte di prova, ma esonera l'altra parte dal relativo onere; inoltre, la sua funzione di regola di giudizio non esclude che il giudice, in fase di ammissione delle prove, possa ritenere irrilevanti le procedure probatorie eventualmente richieste in relazione al fatto non contestato, e soprattutto rende possibile che la non contestazione resti comunque superata dalle risultanze del giudizio, che permettano al giudice di escludere la verità del fatto non contestato¹⁹.

Si è osservato che la collocazione nella norma rubricata «disponibilità delle prove», ha principalmente la valenza negativa di escludere definitivamente l'orientamento delle sezioni unite, per il quale la non contestazione partecipa dalla natura delle allegazioni e concorre a determinare il *thema decidendum*, per confermare la sua natura di «strumento di economia processuale», restituendola «a quel che essa è e determina: una semplice *relevatio ab onere probandi*, con cui il fatto non specificamente contestato viene espunto dal novero dei fatti bisognosi di prova e deve essere utilizzato dal giudice al fine di risolvere la *quaestio facti*, nella valutazione complessiva di tutte le prove acquisite»²⁰.

della giustizia civile. *Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, 35; Id., *Onere di contestazione delle avverse allegazioni*, in *Guida al dir.*, 2009, 27, 110 ss.; e Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, Bari, 2012, 102 ss.

¹⁸ Santangeli, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *www.judicium.it*, par. 2; secondo Del Torto, *Il principio della non contestazione alla luce della l. 18 giugno 2009, n. 69: un punto di svolta?*, in *Giur. merito*, 2010, 4, 983 ss., la non contestazione deve essere valutata con «pari dignità» rispetto alle prove dedotte dalle parti o dal P.M.

¹⁹ Sassani, *L'onere della contestazione*, in *www.judicium.it*, parr. 4 e 6 (il saggio è anche in *Giusto proc. civ.*, 2010, 2, 401 ss.); Id., *Commento art. 115*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile. (Legge 18 giugno 2009, n. 69)*, a cura di Saletti-Sassani, Torino, 2009, 71; v. anche Id., *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2010, 229 s.

²⁰ Tedoldi, *La non contestazione*, cit., 85 ss., per il quale, per la natura *lato sensu* probatoria della non contestazione, il relativo principio «ben avrebbe potuto veder ingresso, più declamatorio

Vi è chi ha sostenuto che l'ubicazione nel primo comma, tecnicamente criticabile, non deve essere sopravvalutata, poiché il rischio di trasformare la non contestazione in un mezzo di prova è disinnescato proprio perché il principio è inserito nell'art. 115 e non nell'art. 116 c.p.c., collocazione che avrebbe alimentato il dubbio per cui la non contestazione dovesse valere come argomento di prova; dunque, «il principio si esprime sì sul piano probatorio, ma non come mezzo (debole) di prova, quanto, invece, come espunzione del fatto dalle prove da acquisire», e la mancata collocazione nell'art. 116 rende ancor «più praticabile (rispetto al passato) la lettura maggiormente condivisa e che vuole il principio di non contestazione legato agli ancor più basilari principi di economia processuale e di selezione dei fatti rilevanti per il processo» e «la non contestazione si risolve in una *relevatio ab onere probandi*», che semplifica l'accertamento dei fatti, ma non è risolutivo per lo stesso, nel senso che il giudice «può decidere *in jure* la lite prescindendo dal fatto..., ma anche e soprattutto perché il fatto non contestato non lo si deve reputare per ciò solo provato»²¹. E, sulla medesima linea, si è detto che non si deve far discendere dall'inserimento della disposizione nel primo comma dell'art. 115 c.p.c., la qualificazione della mancata contestazione come prova automatica del fatto, che esclude ogni discrezionalità del giudice nella valutazione della sua esistenza o inesistenza; tanto perché se queste fossero state le intenzioni del legislatore, questi avrebbe dovuto permettere al giudice di porre a fondamento della decisione, oltre alle prove, «non già “i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita”, bensì “la mancata contestazione specifica della parte costituita”, vale a dire il comportamento in ipotesi rilevante (al pari delle prove) ai fini della dimostrazione dei fatti»; dunque la non contestazione non si aggiunge ai mezzi di prova, ma è «un'alternativa agli stessi, in grado (semplicemente) di renderne superflua l'assunzione»²².

che effettuale, persino nell'art. 116, c. 1, c.p.c. o nell'art. 2697 c.c.»; in senso analogo Luiso, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano, 2011, 57; v. anche Id., *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2011, 251; nel senso che si determina una *relevatio ab onere probandi*, poi, Redenti-Vellani, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, 170.

²¹ M. Fabiani, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. giur.*, 2009, 1170 s., che rileva la differenza fra l'abrogato art. 10 D. Lgs. 5 del 2003, che fissando il termine per la contestazione dava «per scontato che la mancata contestazione avrebbe dovuto essere valutata come regola di giudizio», e l'art. 115, che «non disciplina il tempo della “non contestazione”, ma fissa il principio quale regola di giudizio, lasciando impregiudicato, sul piano del diritto positivo, il regime di revoca[bilità] della “non contestazione”». V. anche Id., *Accertamento del passivo fallimentare e riforme processuali*, in *Foro it.*, 2010, 476 s.

²² Rascio, *La non contestazione come principio*, cit., 1247 s., il quale osserva subordinatamente che, seppure dalla collocazione nel primo comma si dovesse equiparare la non contestazione alla prova, questa sarebbe prova libera, se non anche argomento di prova. L'orientamento che si sta esponendo è sostanzialmente comune a Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010, 215 s., e III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2010, 129; Dalfino, *Le novità per il processo civile del 2009 e il rito del lavoro*, in *www.judicium.it*, par. 8; nonché in *Arg. dir. lav.*, 2010,