

PROCEDIMENTO CIVILE – ONERE DI CONTESTAZIONE – PORTATA INTERPRETATIVA DEL NUOVO ART. 115 C.P.C. – TERMINI DI PRECLUSIONE – IDENTICI A QUELLI PREVISTI PER LE ALLEGAZIONI

APPELLO MILANO, IV SEZIONE, 29 GIUGNO 2011, PRES. Fabrizi, REL. Marini, F. s.r.l. – C. Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni s.p.a.

Procedimento civile – Onere di contestazione – Nuovo art. 115 c.p.c. – Portata interpretativa e non innovativa (C.p.c., art. 115)

Procedimento civile – Onere di contestazione – Preclusione (C.p.c., art. 115)

Il novellato art. 115 c.p.c. ha portata interpretativa e non già innovativa (1)

Anche antecedentemente alla modifica dell'art. 115 c.p.c. ad opera della legge n. 69 del 2009 l'onere di contestazione era assoggettato agli stessi termini preclusivi previsti per le allegazioni, secondo il rito applicabile alla fattispecie (2)

Omissis A ragione infine la F. lamenta che il tribunale abbia ritenuto essersi verificata, nella fattispecie, l'ipotesi della sospensione della garanzia assicurativa ai sensi dell'art. 8 commi V e VI per il mancato pagamento dei premi relativi al periodo 1/3/2001-31/12/2001.

Infatti:

a) come correttamente rileva la F., le due quietanze relative al pagamento del premio per il periodo dall'1/3/2001 al 21/7/2001 (doc. 21) e dall'1/8/2001 al 31/12/2001 (doc. 22) sono state tempestivamente prodotte in giudizio con la “*memoria ex art. 170-180 c.p.c. ... che l'appellata non solo non ha contestato, ma addirittura (ha) ignorato nelle sue difese*”, limitandosi del tutto genericamente ad asserire che “*tali ratei non*” erano “*stati corrisposti e (che) la stessa*” controparte aveva “*documentato il pagamento di premi soltanto sino tutto il 28/2/2001*”, richiamando i soli documenti sub 18 e 19 prodotti dalla F. (v. comparsa conclusionale del precedente grado).

b) Solo in appello (e dunque tardivamente) la C. ha specificatamente contestato il valore probatorio del documento 22, (afferre al pagamento del premio per il periodo 3/8/2001-31/12/2001), laddove ha rilevato che esso (a differenza del doc. 21) non conteneva la data in cui “*il premio è stato corrisposto*”, per cui – secondo l'assunto – non potrebbe “*costituire prova del tempestivo pagamento di tale seconda rata di premio*” (con l'ulteriore conseguenza ad avviso della C. che la garanzia dovrebbe ritenersi sospesa alla data della insolvenza presunta, verificatasi in data 13/9/2001 – o al più il 8/9/2001, come indicato dalla F. ovvero 180 giorni dalla segnalazione di morosità – non avendo l'appellante dimostrato il tempestivo pagamento alla scadenza del 1/8/2011 della seconda rata di premio (relativa al periodo 1/8/2011-31/12/2001).

La tardiva contestazione da parte della C. ha impedito alla F. di poter dedurre e chiedere, tempestivamente e nella sede deputata, la ammissione delle prove a supporto della propria pretesa, con violazione del suo diritto di difesa e del principio del contraddittorio.

La cassazione infatti, già prima della recente modifica dell'art. 115 c.p.c. (attuata successivamente al radicamento della odierna controversia, ma da ritenersi di portata

interpretativa e non già innovativa) ha ritenuto ravvisabile a carico del convenuto un vero e proprio onere di contestazione, con la conseguenza che il giudice, in materia di diritti disponibili, deve ritenere sussistente, senza alcun bisogno di prova, non solo il fatto costitutivo non contestato (Cass. S.U. 761/2002), ma anche tutti gli altri fatti allegati in giudizio, ivi compresi quelli che rilevano solo ai fini probatori.

Principio quest'ultimo del resto connaturato al sistema di preclusioni a cui è improntato il processo civile, il quale comporta che il potere di contestazione "si consumi" nello stesso modo in cui "si consuma", secondo il rito prescelto, il potere di allegazione consentito alla parti.¹

L'aver la C. reso controverso solo nella fase del gravame il pagamento, esonera la F. dalla sua dimostrazione e, per converso, fa sorgere in capo alla C. l'onere, rimasto però insoddisfatto, di dimostrare che il pagamento (afferente alla scadenza del 1/8/2001) non è stato tempestivamente effettuato.

Ne consegue che non è ravvisabile alcun inadempimento dell'appellante e dunque non può, per tale motivo, essere dichiarata – neppure incidenter tantum – come invece ha erroneamente fatto il tribunale, "la risoluzione giudiziale del contratto di assicurazione per colpa dell'assicurata, per omesso pagamento dei premi". *Omissis*

(1-2) Osservazioni sul termine preclusivo per l'onere di contestazione

1. La decisione qui commentata, che si riferisce ad una controversia decisa sulla base della normativa precedente la L. n. 69 del 2009, affronta il delicato problema, denso di implicazioni pratiche, relativo al termine entro il quale si consuma il potere della parte di contestare l'allegazione della controparte, per evitare che la sua inerzia renda il fatto pacifico in causa².

¹ Infatti "L'onere di contestazione tempestiva non è desumibile solo dagli artt. 166 e 416, cod. proc. civ., ma deriva da tutto il sistema processuale come risulta: dal carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena; dal sistema di preclusioni, che comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa; dai principi di lealtà e probità posti a carico delle parti e, soprattutto, dal generale principio di economia che deve informare il processo, avuto riguardo al novellato art. 111 Cost. Conseguentemente, ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore e convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio, senza che rilevi la natura di tale fatto, potendo trattarsi di un fatto la cui esistenza incide sull'andamento del processo e non sulla pretesa in esso azionata. Cass. 12636/2005".

² Cfr. in generale, sul principio della non contestazione, in via esemplificativa, oltre alla dottrina menzionata nelle note successive: CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile II, La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano, 1993, *passim*; CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, *passim*, nonché, più di recente: ROTA, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, diretto da CARPI e TARUFFO, Padova, 2012, 468 ss.; TARUFFO, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in *Poteri del giudice. Commentario del Codice di Procedura Civile* a cura di CHIARLONI, Bologna, 2011, 483 ss.; DE SANTIS, *Il principio di non contestazione*, in AA. VV., *La nuova giustizia del lavoro*, a cura di DALFINO, Bari, 2011, 125 ss.; CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro It.*, 2011, V, 99 ss.; MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, 316 ss.; TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art.*

La corte d'appello milanese sottolinea, innanzitutto, che il novellato art. 115 c.p.c. avrebbe una portata interpretativa e non già innovativa³, avendo la giurisprudenza di legittimità individuato, anche prima della L. 69 del 2009, a carico del convenuto un vero e proprio onere di contestazione che, se non assolto, avrebbe consentito al giudice, in materia di diritti indisponibili, di porre a fondamento della decisione non solo il fatto costitutivo non contestato, “ma anche tutti gli altri fatti allegati in giudizio, compresi quelli che rilevano solo a fini probatori”⁴.

115 c.p.c., in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, 76 ss.; PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, 299 ss. De VITA, voce *Non contestazione (principio di)*, in *Dig. civ.*, Torino, aggiornamento, 2010, p. 832 ss.; MAERO, *Il principio di non contestazione prima e dopo la riforma*, in *Giusto Proc.*, 2010, 455 ss.; ZUFFI, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato* diretto da CONSOLO, Milano, 2010, 1364 ss.; BATTAGLIA, *Sull'onere del convenuto di prendere posizione in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1512 ss.; SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in www.judicium.it.

³ Sull'applicazione del nuovo art. 115 c.p.c. anche prima della L. 69 del 2009 cfr. Trib. Rovereto, 3 dicembre 2009, in *Giur. Mer.*, 2010, 1326, con nota di PAPAGNI, *La novella dell'art. 115 c.p.c. e il «riconoscimento» del principio di non contestazione*, secondo cui il tale norma non opera retroattivamente, secondo cui il tale norma non opera retroattivamente; *contra*, cfr. Trib. Piacenza, 2 febbraio 2010, *ivi*, 2010, 1322, secondo cui “l'intervento legislativo non può essere ricostruito come una vera e propria modifica normativa, ma piuttosto come una mera ricognizione di un precetto già sancito in via interpretativa sulla base del dato normativo pregresso ed è, pertanto, applicabile già prima della modifica della disciplina”.

⁴ Secondo parte della giurisprudenza l'effetto della non contestazione di *relevatio ab onere probandi* si verifica solo per i c.d. fatti costitutivi (o principali), e non per i fatti secondari (o semplici): in tal senso, cfr. Cass. 23 gennaio 2002, n. 761 in *Foro It.*, 2002, I, 2019, con nota di CEA, *Il principio della non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, con massima riprodotta *ivi*, 2003, I, 604, con nota di PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, e commentata altresì, fra i molti, da RASCIO, *Note brevi sul principio di non contestazione (a margine di un'importante sentenza)*, in *Dir. Giur.*, 2002, 78 ss.; Oriani, *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello di eccezioni in senso lato?*, in *Foro It.*, 2003, I, 1516 ss.; 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, 1912 ss.; conf. Cass., 27 febbraio 2008, n. 5191, in *Rep. Foro It.*, 2008, voce <<Prova civile in genere>>, n. 23; Cass., 2 maggio 2007, n. 10098, *ivi*, 2007, voce <<Lavoro e previdenza (controversie)>>, n.72; Cass., 24 giugno 2004, n. 11756. *ivi* 2005, voce *cit.*, n. 107: “Il comportamento di «non contestazione» tenuto dal convenuto assume rilevanza nel processo solo quando abbia ad oggetto i fatti costitutivi della pretesa attorea”; per i c.d. fatti semplici (o secondari) la mancata contestazione potrebbe invece essere valutata solo come comportamento processuale fonte di argomenti di prova: in tal senso cfr. Cass., 27 febbraio 2008, n. 5191, *cit.*, secondo cui “per i fatti c.d. secondari, ossia dedotti in esclusiva funzione probatoria, la non contestazione costituisce argomento di prova ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c.”; altra parte della giurisprudenza ha invece uniformato la valutazione della non contestazione, prescindendo dalla natura del fatto che ne forma oggetto: cfr. Cass. 4 dicembre 2007, n. 25269, in *Rep. Foro It.*, 2008, voce <<Lavoro e previdenza (controversie)>>, n. 83; conf. Cass., 17 aprile 2002, n. 5526, in *Foro It.*, 2002, I, 2017, con nota di CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, secondo cui “la mancata contestazione dei fatti secondari comporta l'espunzione degli stessi dal *thema probandum*, di tal che il giudice, una volta ritenuti accertati per mancanza di contestazione, può desumere dagli stessi, in via

2. Quanto alle modalità di esercizio di tale onere di contestazione, la corte da un lato cita integralmente, in una nota alla motivazione della sentenza, un principio della giurisprudenza di legittimità che individua il termine per contestare nella “prima difesa utile”⁵, ma, dall’altro, conformemente all’orientamento espresso in passato da una diversa sezione dello stesso giudice milanese⁶, individua il termine preclusivo per la contestazione in quello stabilito per le nuove allegazioni, a seconda del rito concretamente applicabile.

In applicazione di tale principio, nella fattispecie viene qualificato incontrovertito un pagamento che l’appellata aveva contestato solo nel giudizio di gravame⁷, senza dimostrare che non era avvenuto nei termini contrattualmente previsti dalla polizza di assicurazione rilevante in quella causa.

3. Il principio affermato nella fattispecie offre lo spunto per svolgere alcune considerazioni più generali, sul termine preclusivo per la contestazione .

presuntiva, l’esistenza dei fatti costitutivi della domanda”. In dottrina affermano che la non contestazione opera allo stesso modo, sia riguardo i fatti principali che rispetto a quelli secondari PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro It.*, 2003, I, 608; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol.I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010, 216.

⁵ Cfr. Cass., 13 giugno 2005, n. 12636, in *Foro It.*, 2006, I, 1492, con nota di DE SANTIS, *Brevi note sulla sanatoria della nullità del ricorso ex art. 414 c.p.c. e sull’applicazione del principio di non contestazione ai c.d. fatti processuali*, nonché con massima riprodotta *ivi*, 2006, I, 1873, con nota di CEA, *Non contestazione dei fatti: passi avanti e chiarezze teoriche*. Secondo questa decisione “nel rito del lavoro, ad ogni onere di allegazione si contrappone l’onere dell’altra parte di contestare il fatto allegato *nella prima difesa utile* (corsivo mio), dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e la parte che lo ha allegato sollevata dal relativo onere probatorio”.

⁶ Cfr. App. Milano, I sezione, 12 ottobre 2009, in *Giur. It.*, 2010, 609.

⁷ In relazione alle contestazioni sollevate per la prima volta in appello, cfr. Cass. 23 giugno 2009, n. 14623, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce <<Procedimento civile>>, n. 199, la quale ritiene che al convenuto, contumace in primo grado ma costituitosi in appello, sia consentito contestare i fatti costitutivi e giustificativi allegati dall’attore a sostegno della domanda; qualora, invece, la parte sia già costituita in primo grado, Cass., 10 luglio 2009, n. 16201, *ivi*, 2009, voce <<Lavoro e previdenza (controversie)>>, n. 73 esclude che possa sollevare una nuova contestazione per la prima volta in appello, su di un fatto incontestato durante il giudizio di primo grado “sempreché il giudice non sia in grado, in concreto, di accertarne l’esistenza o l’inesistenza, *ex officio*, in base alle risultanze ritualmente acquisite”; più genericamente, per l’affermazione che il divieto di *nova* ex art. 437 c.p.c. si estende anche alle contestazioni nuove, non esplicitate in primo grado, cfr. Cass., 28 maggio 2007, n. 12363, *ivi*, 2007, voce cit., n. 138; *contra*, per la ritenuta possibilità di contestare per la prima volta in appello un fatto non contestato in primo grado, gravandosi tuttavia della prova del fondamento della contestazione, cfr. Cass., 7 aprile 2009, n. 8389, *ivi*, 2009 voce <<Prova civile in genere>>, n. 17, secondo cui “qualora l’effettiva titolarità del rapporto controverso abbia costituito, nel primo grado di giudizio, fatto pacifico per mancata contestazione ad opera di tutte le parti in causa, quella di esse che in appello la contesti ha l’onere di fornire la prova del suo contrario assunto, rimettendo in discussione un fatto del quale si è già considerata acquisita la prova come fatto non contestato”.

Al riguardo merita osservare, preliminarmente, che l'art. 115 c.p.c. nulla dice in ordine ai limiti temporali della contestazione, e che gli articoli 167 e 416 del codice di rito disciplinano unicamente la presa di posizione del convenuto nei confronti dei fatti allegati dall'attore, stabilendo che avvenga nel primo atto difensivo (comparsa di costituzione o memoria difensiva, rispettivamente per il processo ordinario e per quello del lavoro).

Al riguardo, ci si può interrogare (i) sulla tempestività o meno di una contestazione del convenuto contenuta nel suo primo atto difensivo, però depositato dopo il termine di costituzione e (ii) sulla contestabilità nel corso del processo di un fatto non considerato nel primo atto difensivo.

Riguardo il quesito sub (i), la lettera degli artt. 167 e 416 c.p.c. parrebbe indirizzare l'interprete a non estendere la decadenza, prevista unicamente per le domande riconvenzionali e le eccezioni in senso stretto (nonché, nel rito del lavoro, per l'indicazione dei mezzi di prova e le produzioni documentali), anche all'onere di contestazione, considerando quindi tempestiva anche una presa di posizione contenuta in una comparsa di risposta o memoria difensiva depositate oltre il termine previsto dalla legge.

Questa conclusione ermeneutica trova una conferma sul piano sistematico, considerando che, fino a quando vigerà la regola dell'inapplicabilità del principio di non contestazione nei confronti del soggetto contumace, consentirgli di prendere posizione con la sua costituzione tardiva sulle allegazioni altrui non pregiudica la posizione processuale della controparte poiché, anche prima di tale costituzione, quei fatti risultavano controversi, stante l'irrelevanza, al riguardo, della contumacia⁸; pertanto, sia prima che dopo la costituzione tardiva del convenuto l'attore aveva l'onere di

⁸ In dottrina, per l'affermazione dell'irrelevanza della contumacia ai fini della non contestazione, cfr. ANDRIOLI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Novissimo dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 216; VERDE, voce <<Prova (dir. proc. civ.)>>, in *Enc. Dir.*, XXXVII, 616; PROTO PISANI, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro It.*, 1990, V, 597; PATTI, voce <<Prova I) Diritto processuale civile>>, in *Enc. Giur.*, XXV, 7; BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto processo civ.* 2009, 778 s.; CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, cit., 270; *contra*, cfr. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit. 294 ss.; in precedenza, PROTO PISANI, in PROTO PISANI, BARONE, ANDRIOLI, PEZZANO, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1974, 218, VELLANI, *Appunti sul nuovo processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1533. In giurisprudenza, cfr. Cass., 23 giugno 2009, n. 14623, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce <<Procedimento civile>>, n. 83; Cass., 2 maggio 2007, n. 10098, cit.; Cass., 19 agosto 2003, n. 12184, *ivi*, 2003, voce <<Prova civile in genere>>, n. 21; Cass., 11 aprile 1985, n. 2410, *ivi*, 1985, voce cit., n. 7. *Contra*, cfr. Trib. Vercelli, 31 marzo 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 161, nonché in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, p.349, con nota di DEMONTIS *Sull'applicabilità del principio di non contestazione al convenuto contumace*: "La non contestazione dei fatti costitutivi della domanda, quale comportamento del convenuto idoneo a farli considerare accertati, è configurabile anche in caso di contumacia del convenuto stesso". Il tribunale di Vercelli richiama il principio secondo cui "il convenuto contumace che si costituisca tardivamente nel processo (del lavoro) ha l'onere di effettuare le proprie contestazioni dei fatti costitutivi della domanda nel momento in cui si costituisce" (così Cass. 29 ottobre 2003, n. 16265, in *Foro it.*, 2003, I, c.3262, con nota di DALFINO, *Rito del lavoro e limiti alla ammissibilità di documenti nuovi*), per trarne la deduzione che, "sino a quando il convenuto non si sia costituito, la non contestazione deve considerarsi ancora possibile, ma non effettuata".

dimostrarli; semmai, sarà l'eventuale mancata contestazione che potrà migliorare la sua posizione processuale, sgravandolo del relativo onere probatorio.

Quanto al quesito sub (ii), prima di rispondervi occorre ricordare che la dottrina si divide sul fondamento della non contestazione⁹: taluno intende tale principio quale manifestazione del principio dispositivo sostanziale e lo ricollega al principio della domanda¹⁰, qualificando la non contestazione come un'allegazione conforme a quella della controparte e, simmetricamente, la contestazione un'allegazione difforme¹¹; altri rilevano invece come il principio di non contestazione "non abbia nulla a che fare con il principio della domanda, né possa considerarsi un riflesso del potere monopolistico delle parti in tema di allegazione dei fatti"¹², ma costituisca invece una tecnica processuale di semplificazione probatoria, significativa espressione del principio di economia processuale, oggi valorizzato costituzionalmente dall'art. 111 Cost., nella parte in cui prevede la ragionevole durata del processo¹³; in quest'ottica, pare persuasiva l'osservazione che con la modifica dell'art. 115 c.p.c. il legislatore abbia inteso valorizzare la non contestazione come comportamento processuale diretto alla prova dei fatti, piuttosto che come strumento per la determinazione delle allegazioni vincolanti per il giudice¹⁴. Con l'art. 115 c.p.c. – si è osservato¹⁵ – la nuova norma non ha individuato alcun preciso comportamento espressivo della non contestazione, ma, attribuendo al giudice il potere di porre a fondamento della decisione i fatti non contestati, lo ha indirizzato a valutare complessivamente, all'esito del processo, l'intero comportamento processuale della parti, alla ricerca dei fatti non contestati.

E' evidente che le due differenti impostazioni teoriche sopra ricordate si riflettono diversamente sul tema dei limiti temporali della contestazione.

Da parte di chi equipara la contestazione ad un'allegazione negativa sarà giocoforza sostenere – come fa la decisione qui commentata – che il termine preclusivo per le contestazioni coincide con quello delle allegazioni¹⁶.

⁹ Per un'ampia ricostruzione delle varie teorie relative al principio di non contestazione cfr. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, *passim*; più di recente, cfr. CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Giusto Processo Civ.*, 2006, 202 ss.

¹⁰ Cfr. VERDE, voce <<Domanda (principio della) (diritto processuale civile)>>, in *Encicl. Giur.*, Roma, 1989, vol. XII, par. 10.

¹¹ Cfr. FORNACIARI, *La definizione del thema decidendum, e probandum nel processo civile di rito ordinario (art.183, commi 3,4,5 c.p.c.)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 313.

¹² Così CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, cit., 202; conf. CARRATTA, *op.ult.cit.*, 229 ss.; RASCIO, *Note brevi sul principio di non contestazione (a margine di un'importante sentenza)*, in *Dir. Giur.*, 2002, 83 ss.

¹³ Così CEA, *op.loc.ult. cit.*

¹⁴ Cfr. BALENA, *op cit.*, 778 s.

¹⁵ SASSANI, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it, par. 4.

¹⁶ In tal senso, cfr. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in www.judicium.it, §19; ID., *La definizione del thema decidendum, e probandum nel*

Per contro, chi riconduce la non contestazione ad un comportamento processuale la ritiene per definizione provvisoria¹⁷ e la svincola da termini preclusivi di sorta¹⁸, facendo rientrare anche la contestazione tardiva di fatti inizialmente non contestati in una valutazione complessiva del contegno processuale della parte¹⁹, fermo restando che a fronte di una contestazione tardiva ritenuta ammissibile²⁰ si porrà il problema di ammettere la controparte a dimostrare – previa, se concedibile, rimessione in termini – la dimostrazione del fatto divenuto solo in quel momento controverso.

Riguardo poi i fatti (sopravvenuti o preesistenti) rilevanti per la decisione²¹ che emergono nel processo successivamente al deposito degli atti introduttivi (per il tramite dell'attività istruttoria, delle produzioni documentali, o di ulteriori atti delle parti, se del caso previa rimessione in termini²²), si ritiene che essi debbano essere allegati dalla

processo civile di rito ordinario (art.183, commi 3,4,5 c.p.c.), in Giust. Civ., 2002, II, 313; cfr. anche CONSOLO, Spiegazioni di diritto processuale civile, vol.I, Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive, cit., 217, secondo cui l'onere di contestazione specifica “nel sistema vigente delle preclusioni, va adempiuto (...) alla prima occasione utile ossia nel primo atto successivo, purché si tratti tendenzialmente di scritti”; TEDOLDI, *op. cit.*, 91 s., secondo cui nel rito ordinario il termine ultimo, comune alle parti, per effettuare le contestazioni sulle altrui allegazioni va individuato nella terza memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c., mentre nel rito del lavoro l'attore non andrebbe onerato di una contestazione “specificata ed istantanea in prima udienza” sulle allegazioni del convenuto, poiché la non contestazione potrà emergere dall'interrogatorio libero delle parti.

¹⁷ Sulla provvisorietà quale caratteristica peculiare della non contestazione, cfr. ANDRIOLI, voce *Prova (dir.proc.civ.)*, cit., 216.

¹⁸ Fermo restando che da sempre si ritiene che non si possa nel rito ordinario contestare per la prima volta un fatto nella comparsa conclusionale (cfr. a titolo esemplificativo, sul punto, Cass., 30 ottobre 1981, n.5754, in *Rep. Giust. civ.*, 1981, voce << Prova civile >>, n.48; Cass., 24 marzo 1981, n.1727, *ivi*, 1981, voce cit., n.44) e nel rito del lavoro, per simmetria strutturale, all'udienza fissata per la discussione orale della causa.

¹⁹ In tal senso, cfr. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it, par.11; BALENA, *op.cit.*, 778 s.

²⁰ Per l'ammissibilità di una contestazione tardiva cfr. TARZIA, *Lineamenti del processo di cognizione*, Milano, 2007, 190.

²¹ Ritiene che l'onere di contestazione operi solo nei confronti dei fatti rilevanti per la decisione che, oltre ad essere entrati nel processo, siano stati anche rilevati FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, cit., par.18.

²² Cfr. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, il quale evidenzia le seguenti ipotesi di ingresso di un fatto nel processo:

- a) tramite la sua introduzione inconsapevole, risultando da un documento prodotto;
- b) con la sua introduzione consapevole, essendo indicato dalla parte, la quale, peraltro – maliziosamente o meno – non gli attribuisce alcun significato giuridico;
- c) con l'acquisizione al processo senza contributo delle parti (ad esempio, nell'ambito di risultanze istruttorie) e dalle stesse non valorizzato giuridicamente per iscritto;
- d) con l'introduzione consapevole ad opera delle parti, che sullo stesso fondano le proprie conclusioni.

parte interessata²³ o, comunque, puntualmente rilevati²⁴, per assumere rilievo al fine del rispetto dell'onere di contestazione ad opera delle parti.

4. Nell'ambito di un siffatto quadro teorico la giurisprudenza prevalente privilegia una scelta di rigore (come quella adottata dalla decisione qui commentata), che impone alla parte di assolvere tempestivamente all'onere di contestazione nella prima difesa successiva alla conoscenza del fatto che si intende rendere controverso²⁵ (così mutuando, a livello pretorio, la regola dettata per le nullità relative dal comma 2 dell'art.157 c.p.c.).

Questa soluzione da un lato risulta pienamente rispettosa del principio di ragionevole durata del processo e di economia processuale, evitando che il corso del processo sia rallentato da improvvisi rallentamenti – magari dilatori – destinati a verificare a livello istruttorio l'effettiva sussistenza di un fatto reso controverso solo dopo la sua iniziale ammissione/non contestazione ma, dall'altro, può suscitare qualche legittima perplessità, laddove, nonostante la mancanza di una specifica norma di diritto positivo che imponga alla parte di contestare specificamente nella prima difesa l'altrui allegazione per evitarne la ritenuta pacificità, introduce surrettiziamente nell'ordinamento una sorta di decadenza, fonte di un pregiudizio non indifferente per la

Secondo l'autore l'onere della contestazione specifica opera solo nell'ultima delle ipotesi sopra descritte, e non nelle prime tre, relative ai c.d. fatti avventizi, rispetto ai quali opera l'onere di contestazione solo nell'ipotesi di loro rilievo officioso, ove consentito.

²³ SASSANI, *L'onere della contestazione*, in www.judicium.it, par.7.

²⁴ FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, cit., par.18.

²⁵ Per un simile orientamento, cfr. Cass., 18 maggio 2011, n.10860, in *Giur. It.*, 2012, 130, in motivazione, con nota di FRUS, *Un interessante (ma non condivisibile) principio in tema di onere di contestazione specifica, diretto a spezzare in taluni casi la necessaria circolarità tra onere di allegazione e di contestazione*; Cass., 4 dicembre 2007, n. 25269, in *Lav. Giur.*, 2008, 270, con nota di IARUSSI, *Onere di contestazione tempestiva dei fatti e giusto processo*, secondo cui “ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio”; conf., in tema di opposizione a decreto ingiuntivo nel rito del lavoro, Trib. Ivrea, 22 dicembre 2006, *Foro it.*, 2007, I, 968, con nota di DE SANTIS: “Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo che si svolge secondo le forme del rito del lavoro, i fatti allegati nel ricorso per ingiunzione devono ritenersi non contestati, e quindi l'opposto sollevato dall'onere della prova, se l'opponente, pur avendo richiesto l'ammissione della prova contraria, abbia tuttavia effettuato una contestazione generica, fatta di affermazioni apodittiche e clausole di stile nonché tardiva rispetto alle preclusioni operanti a suo carico”; parimenti, per l'affermazione che si deve contestare nella prima occasione processuale utile, cfr., oltre a Cass. 12636/2005, menzionata nella decisione annotata, Trib. Ivrea, 17 ottobre 2007, in *Foro pad.*, 2007, I, 586, con nota di ROSITO; cfr. anche Cass., 2 ottobre 2009, n. 21106, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2009, p.789, che nel rito del lavoro ritiene *non possano essere contestati nell'ulteriore corso del giudizio (corsivo mio)* i fatti costitutivi del diritto allegati dall'attore e non specificamente contestati dal convenuto; conf. Cass. 10 luglio 2009, n. 16201, in *Rep. Foro It.* 2009, voce <<Lavoro e previdenza (controversie)>>, n. 73; Cass., 5 marzo 2003, n. 3245, *ivi*, 2003, voce cit., n. 41.

parte che non abbia una reazione più che repentina nei confronti di un'allegazione avversaria.

Non sembra dunque da rigettare aprioristicamente, a prescindere dalla concezione teorica della non contestazione (allegazione negativa, ovvero tecnica processuale di semplificazione probatoria) cui si intenda aderire, un'interpretazione che si attesti su di una posizione di maggiore flessibilità, consentendo alla parte di contestare in un secondo momento un fatto inizialmente non contestato.

Qualora si propenda per tale flessibilità interpretativa, delle due l'una:

- o, conformemente all'orientamento espresso nella decisione qui annotata, si riterrà che il termine ultimo per la contestazione specifica coincida con quello concesso alla parte, nel singolo rito processuale, per effettuare nuove allegazioni;
- ovvero, privilegiando la connotazione della contestazione/non contestazione come comportamento processuale della parte, e la ricerca della verità materiale come obiettivo primario del processo, la si consentirà anche una volta precluse le nuove allegazioni, salvo consentire alla parte che non si era offerta di provare un fatto non contestato, di dedurre i relativi mezzi istruttori, previa se del caso rimessione in termini.

Come si può intuire da quanto precede, con l'attuale quadro teorico e normativo riesce difficile proporre un'interpretazione sul limite temporale della contestazione che sia sottratta ad un certo margine di opinabilità.

In attesa di un intervento risolutore sul punto del legislatore, ovvero del consolidamento della giurisprudenza di legittimità, pur mancando una norma precisa che imponga una specifica scansione temporale per assolvere all'onere di prendere posizione sui fatti allegati dalla controparte, il difensore prudente attingerà le sue scelte processuali all'orientamento più rigoroso e, pertanto, (i) contrasterà i fatti che intende rendere controversi nella prima difesa utile, successiva alla loro conoscenza, ovvero (ii) esplicherà le obiettive ragioni giustificative che lo hanno indotto a contestare in un secondo momento ciò che inizialmente non si era contestato.

GIORGIO FRUS