

Note brevi sul “principio di non contestazione”
(a margine di una importante sentenza) *

1.- Temo di dover cominciare con alcune considerazioni dal sapore scolastico. Me ne scuso, ma spero che i rilievi che seguono potranno rivelarsi utili alla distanza.

1.1.- Innanzitutto una definizione del principio di non contestazione, tratta appunto dalla letteratura manualistica, che vorrei ricordare e assumere per adesso come ipotesi di lavoro.

Esso, si spiega, rappresenta “un principio di diuturna applicazione nelle controversie civili, di importanza essenziale per... realizzare esigenze di semplificazione e economia processuale. ... Ridotto all’essenziale... comporta che nei processi relativi a diritti disponibili i fatti non contestati sono posti fuori del *thema probandum*, non hanno bisogno di essere provati, devono, invece, essere considerati come esistenti dal giudice. ... ad esempio, la difesa di un convenuto che, a fronte di una domanda di adempimento del contratto, eccepisca... l’esistenza di un termine... comporta la non contestazione del fatto costitutivo, contratto, allegato dall’attore” (PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2002, pp. 405- 406).

1.2.- Quindi qualche notazione indotta dalla scelta, anche nel titolo dell’incontro odierno, di qualificare quello della non contestazione come vero e proprio principio.

Prima notazione. Si tratta di un principio che non trova un riconoscimento esplicito nella legge processuale. La circostanza non è priva di significato, ove riflettiamo 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.

Questa circostanza non è peraltro decisiva per negare la vigenza del principio, perché un principio non scritto può individuarsi pure in via interpretativa, direi almeno secondo due strade, che non si escludono a vicenda.

Una possibilità è quella di dedurre l’esistenza del principio non scritto da altro principio, scritto o comunque sicuramente vigente, di cui il primo rappresenti un’applicazione o un corollario: ad esempio dal diritto di azione e difesa consacrato dall’art. 24 Cost. non si esita a desumere

* Lo scritto riproduce la relazione tenuta a Napoli, il 25 ottobre 2002, in occasione dell’incontro su “Il principio di non contestazione nel processo civile e del lavoro” organizzato dal Centro Nazionale di Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano” – Sezione di Napoli.

l'esistenza del diritto delle parti di dare la prova dei fatti rilevanti per la decisione con tutti i mezzi istruttori generalmente consentiti dall'ordinamento (è il cd. "diritto alla prova").

Non è esclusa però un'operazione inversa, di tipo induttivo: dovendo il principio conformare il sistema in cui vige, si può provare a dimostrarne l'immanenza dai segni che emergono dalla disciplina positiva di singoli istituti. Ancora per esemplificare, sulle disposizioni che prevedono meccanismi di sanatoria per i vizi del processo (si pensi agli artt. 102, 164, 182, 291 c.p.c. e così via) si fa leva per affermare il principio che il processo deve tendere alla decisione sul merito della causa piuttosto che alla chiusura in rito.

Seconda notazione sui principi. Fra quelli relativi al processo è possibile operare una distinzione (su cui –oltre naturalmente a CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano 1951, pp. 695 ss.– cfr. VERDE, *Profili del processo civile*, I, Napoli 1999, pp. 97 ss.; ID., *Dispositivo (principio)*, voce della *Enc. giur.*, XI, Roma 1989, § 1.; ID., *Domanda (principio della)*, voce della *Enc. giur.*, XII, Roma 1989, § 2.: da questi scritti le espressioni fra virgolette che seguono).

Talora essi appaiono "la conseguenza del modo stesso di risolvere il problema della *tutela* delle situazioni giuridiche sostanziali": così 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 che l'ordinamento riconosce alle parti stesse sulle situazioni sostanziali disponibili, monopolio rispetto al quale sarebbe contraddittoria ogni limitazione o sottrazione del potere di richiedere la tutela giurisdizionale e di fissarne i confini (può parlarsi, al riguardo, di "principio dispositivo in senso sostanziale").

Altri principi, più semplicemente, "risolvono problemi di *tecnica processuale*", rispetto ai quali sono concepibili soluzioni compromissorie, attraverso la previsione di deroghe al principio, che può così risultare anche solo tendenziale. È quanto avviene per il "principio dispositivo in senso processuale", che dovrebbe vincolare il giudice alle "prove proposte dalle parti" (art. 115 c.p.c.), ma che invece conosce numerose e rilevanti eccezioni.

2.- E veniamo alla sentenza 23 gennaio 2002, n. 761, delle Sezioni Unite (pubblicata in *Foro it.*, 2002, I, c. 2019, con nota di CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*: appunto dalle colonne del *Foro it.* sono tratte le successive citazioni della sentenza) che ha costituito quantomeno lo spunto per l'organizzazione del nostro incontro.

Il contrasto che le Sezioni Unite erano chiamate a comporre riguardava una questione specifica: vale a dire "se sussista, a carico della parte che contesti globalmente il credito vantato nei suoi confronti... l'onere di contestare specificamente anche il *quantum* e i relativi conteggi". Non

mi occuperò di questo più particolare profilo, in ragione della distribuzione dei compiti concordata con il Consigliere Musella.

Mi vorrei soffermare invece sugli ampi e serrati passaggi della motivazione che la Suprema Corte ha opportunamente ritenuto di dover dedicare alla preliminare individuazione del fondamento e della portata del principio di non contestazione.

2.1.- Nella ricerca del *fondamento* del principio le Sezioni Unite percorrono entrambi gli itinerari prima prospettati.

Innanzitutto fanno riferimento a quelle disposizioni del codice di rito (artt. 167 e 416), per le quali nella comparsa di risposta ovvero nella memoria difensiva il convenuto deve prendere posizione (“in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione”: così specifica il solo art. 416 c.p.c.) sui fatti posti dall’attore a fondamento della domanda.

Da qui l’individuazione di un vero e proprio onere a carico del convenuto, in grado di rendere “la non contestazione un comportamento univocamente rilevante” (c. 2014); da qui ancora la considerazione che “per avere rilevanza, la non contestazione deve, fondamentalmente, riguardare i fatti da accertare nel processo”, mentre con riferimento alla “interpretazione data alla disciplina legale o contrattuale... essa si colloca in un ambito di sostanziale irrilevanza, appartenendo al potere–dovere del giudice la cognizione di tale disciplina” (c. 2033).

Ma non basta, perché –in conformità con il convincimento di autorevole dottrina (pure per altre indicazioni v. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, pp. 221 ss.; ID., *Prova (dir. proc. civ.)*, voce della *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, pp. 610 ss., 613 ss.), la cui considerazione è solo uno dei segni dell’approfondimento teorico che sorregge la sentenza– le Sezioni Unite evidenziano per la non contestazione anche una giustificazione superiore, non a caso colta “sul piano sistematico”. Spiega infatti la sentenza (c. 2035) “che in presenza di situazioni giuridiche sostanziali caratterizzate dal requisito della disponibilità, assoluta o relativa, il processo si attegga 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 e di allegare i fatti posti a fondamento della medesima”.

2.2.- Proprio la spiegazione sistematica appena ricordata riveste, a mio avviso, un ruolo preponderante, nell’economia della decisione, per la determinazione della *portata* del principio di non contestazione. Sotto vari profili.

Primo. La non contestazione è in grado di produrre “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” (c. 2034). Una simile affermazione si giustifica esclusivamente se fondata sul principio dispositivo sostanziale: cioè se la non contestazione viene ricondotta a quell’area –della delimitazione della richiesta di tutela giurisdizionale– rimessa senza deroga alcuna al potere sovrano delle parti.

Secondo. L’efficacia descritta viene riconosciuta alla non contestazione solo quando abbia ad oggetto “i fatti costitutivi del diritto”, evidentemente sul presupposto che gli stessi concorrano alla funzione (di determinare l’oggetto del processo) rispetto alla quale opera il principio dispositivo.

In questa prospettiva si spiega pure perché secondo le Sezioni Unite i “fatti posti [ovvero “affermati”] dall’attore a fondamento della domanda”, rispetto ai quali artt. 167 e 416 c.p.c. impongono al convenuto di prendere posizione, sarebbero “esclusivamente i fatti giuridici costitutivi della medesima”: ciò quantunque la formula, più ampia di quella (“fatti... costituenti le ragioni della domanda”) adoperata per la citazione dal n. 4 dell’art. 163 e considerata dall’art. 164 c.p.c. per la comminatoria di nullità in caso di mancata esposizione, potrebbe comprendere i fatti secondari, che sia pure indirettamente sono comunque posti a fondamento della domanda dall’attore.

Terzo. In coerenza con la premessa sistematica, viene invece attribuito un significato diverso e minore alla non contestazione di circostanze non rilevanti per l’esistenza del diritto fatto valere in giudizio, ma “dedotte al solo fine di dimostrare l’esistenza dei fatti costitutivi” (c. 2034): dunque alla non contestazione di quei fatti che vengono appunto contrassegnati come secondari.

Riferita a questi fatti, dotati di “una rilevanza che si esaurisce sul piano istruttorio” e perciò “non contemplati” dagli artt. 167 e 416 c.p.c. e collocati “in un’area che non è assegnabile all’esclusiva disponibilità delle parti”, la non contestazione ricadrebbe nella “più generica categoria dei comportamenti non vincolanti per il giudice, ma apprezzabili liberamente come semplici argomenti di prova”, evidentemente ai sensi dell’art. 116, 2° comma, c.p.c. (c. 2035).

Quarto. Nella sentenza non è considerata la possibilità che la non contestazione provenga dall’attore ed abbia ad oggetto fatti impeditivi, modificativi ed estintivi dedotti dal convenuto a fondamento di eccezioni di merito. E questo nonostante che:

a) un comportamento rilevante di non contestazione da parte dell’attore è ben concepibile: a fronte dell’eccezione di pagamento della somma data a mutuo ed oggetto della domanda di condanna, l’attore replica che il versamento di denaro è da imputare quale prezzo di una compravendita intercorsa fra le medesime parti oppure che non copre l’intera somma da restituire;

b) l'onere di "prendere posizione", pur non espressamente previsto, dovrebbe ritenersi egualmente esistente a carico dell'attore, quantomeno per ragioni di paritario trattamento fra le parti. Ricordo, a questo proposito, che quando si sollevò il dubbio di legittimità costituzionale degli artt. 414 e 416 c.p.c. per essere richiesta solo al convenuto l'immediata indicazione "a pena di decadenza" dei mezzi di prova e dei documenti depositati, la Corte Costituzionale (sentenza 14 gennaio 1977, n. 13, in *Foro it.*, 1977, I, c. 259) ritenne di poter desumere in via interpretativa a carico dell'attore "la stessa sanzione che per il convenuto si trova espressamente sancita" e solo per questa via giunse ad escludere che vi fosse "alcuna sostanziale discriminazione nella disciplina delle attività processuale delle parti".

Quinto. Nulla è detto circa la non contestazione di circostanze di fatto (esclusivamente) significative per la risoluzione di questioni, magari rilevabili d'ufficio, attinenti al processo e non al merito: circostanze di fatto rispetto alle quali il principio dispositivo sostanziale non ha modo alcuno di operare. Eppure, solo per esemplificare, dalla lettura di due sentenze a cavallo di quella in esame emerge che:

a) pur essendo il giudice tenuto a "rilevare d'ufficio il difetto di legittimazione processuale", "la persona fisica che, nella qualità di organo della persona giuridica, abbia conferito mandato al difensore, non ha l'onere di dimostrare tale sua qualità allorché la controparte, non avendo eccepito o contestato alcunché al riguardo, abbia impostato un sistema difensivo fondato su circostanze logicamente incompatibili con il disconoscimento del potere rappresentativo" (Cass., 11 aprile 2002, n. 5136, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1198);

b) posto che il riparto fra la giurisdizione italiana e quella straniera può dipendere da "particolari situazioni di fatto... anche del tutto estranee al merito", si pone la necessità che le stesse siano provate dalla parte interessata, sempre che, però, "non siano pacifiche" (così si esprime, in motivazione, Cass., S.U., 25 luglio 2001, n. 10089, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2123, con nota di CIPRIANI, *Regolamento di giurisdizione e diritto alla prova*: nella specie era controverso se il convenuto avesse residenza e domicilio in Italia).

Sesto. La sentenza tace sugli effetti della non contestazione dei fatti costitutivi laddove siano in gioco diritti indisponibili. Ma per questa ipotesi pare implicita in tutto il discorso l'irrilevanza della non contestazione o quantomeno l'esclusione del vincolo del giudice al comportamento delle parti (ed in effetti in dottrina si riconosce nella non contestazione su fatti relativi a diritti indisponibili un semplice argomento di prova: PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., pp. 97-98, 406-407).

3.1.- Vorrei a questo punto sottoporre alla vostra considerazione un interrogativo, in me suscitato dalla ricostruzione del principio di non contestazione accolta dalle Sezioni Unite.

Si tratta di questo: cosa accade se la circostanza di fatto, dedotta dall'attore a fondamento della domanda e non contestata dal convenuto, è tuttavia smentita dalle risultanze istruttorie acquisite al processo?

Immaginiamo che (in materia per la quale non è prescritta la forma scritta) l'attore invochi una determinata clausola contrattuale, trascrivendone il contenuto nell'atto di citazione e che il convenuto si difenda unicamente in punto di interpretazione della clausola medesima: che dovrà fare il giudice, ove riscontri, dal documento contrattuale depositato dallo stesso attore, che la clausola è in realtà formulata in maniera significativamente diversa da come trascritta o addirittura non esiste affatto? Davvero il giudice deve ritenere esistente la clausola non contestata, trascurando quanto emerge dagli atti?

Oppure immaginiamo che, agendo l'attore per l'accertamento dell'avvenuta risoluzione del contratto a seguito di diffida ad adempiere *ex art. 1454 c.c.* e limitandosi il convenuto a contestare la gravità del suo inadempimento, il giudice si avveda che la raccomandata con cui si intimava l'adempimento entro un dato termine, invocata e prodotta dall'attore, è stata inviata a persona diversa dal contraente convenuto in giudizio: dovrà il giudice trascurare questa circostanza?

Alla stregua di quanto affermano le Sezioni Unite (e la dottrina più numerosa: per riferimenti, CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano 1995, pp. 229 ss., 233 ss.) bisognerebbe rispondere affermativamente: il giudice è infatti vincolato dal principio dispositivo e i fatti pacifici sono espunti "dall'ambito degli accertamenti richiesti".

Tuttavia in queste e in consimili ipotesi, se per un verso risulta difficile riconoscere nel comportamento del convenuto l'esercizio di un potere di disposizione (CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, II, *La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano 1993, pp. 38-39), per altro verso sorge il sospetto che il giudice venga costretto, in spregio al classico insegnamento per il quale il processo serve a tutelare i diritti e non a crearne di nuovi, a pronunciare una decisione fondata (come recita la formula dell'art. 395, n. 4, c.p.c.) "sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrovertibilmente esclusa" dai documenti della causa, senza che il fatto medesimo abbia costituito "un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare".

Inoltre, e in ogni caso, suscita qualche perplessità (così pure CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, cit., pp. 264 ss., 279 ss., 328 ss., e COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XIX, Torino 1985, pp. 181-182) la circostanza che "l'atteggiamento difensivo", normalmente frutto di una scelta dell'avvocato, sia in grado di produrre effetti parificabili a quelli della prova legale, quantunque per la stessa confessione l'efficacia probatoria è condizionata alla provenienza della dichiarazione sfavorevole dalla persona capace di disporre del diritto (art. 2731 c.c.), mentre all'ammissione, intesa come esplicito riconoscimento, ad opera del

difensore, della verità dei fatti affermati da controparte, la giurisprudenza suole riconoscere semplice efficacia di indizio o di argomento di prova (Cass., 15 maggio 1997, n. 4284, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3257, con nota di E. FABIANI, *Le ammissioni del difensore nella giurisprudenza della Cassazione*, dove altre indicazioni).

3.2.- In realtà è lo stesso collegamento tra la non contestazione e il principio dispositivo sostanziale che, a mio avviso, deve essere rivisto (in questo senso v. già, diffusamente, CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, cit., pp. 238 ss., 250 ss., 259 ss., 267 ss., 328 ss., nonché PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, 608). La ragione è semplice. Per ricondurre il potere di rendere controversi i fatti al potere di determinare l'oggetto del processo occorre preliminarmente compiere un passaggio intermedio, e cioè riconoscere che pure la stessa attività di allegazione dei fatti rientra nel monopolio delle parti, per essere anch'essa manifestazione del principio dispositivo sostanziale. Tuttavia le cose stanno diversamente (su quanto segue: PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., pp. pp. 173-179, testo e nota 6).

Su un punto non può esservi discussione: come risulta dagli artt. 24 Cost., 2907 c.c., 99 c.p.c., oggetto della domanda e quindi del processo, dell'accertamento e del giudicato sono diritti, non i fatti ad essi relativi. Egualmente incontrovertibile è che il principio dispositivo sostanziale riguarda la determinazione dei diritti, che si vogliono sottoporre alla decisione del giudice.

È allora anche vero, di riflesso, che il giudice non potrà porre a fondamento della sua decisione fatti costitutivi diversi da quelli invocati dall'attore, se in questo modo 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, per essere espressione del principio dispositivo, l'allegazione dei fatti nel processo. Ed invero:

–anche norme di legge diverse da quelle invocate dall'attore non possono essere applicate dal giudice per accogliere la domanda, se in questo modo egli decide su un diritto diverso da quello fatto valere in giudizio: è quanto accade nelle ipotesi di concorso (non semplicemente di norme, bensì) di diritti o di azioni (si pensi al caso, peraltro controverso in dottrina, dei molteplici titoli di responsabilità fondati sul medesimo accadimento storico: cfr., anche per riferimenti, MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino 2002, pp. 163 ss.). Eppure questa evenienza non mette in crisi la generale vigenza del principio per il quale *iura novit curia*;

–all'inverso, 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 domanda: è quanto accade per i diritti cd. autodeterminati (esemplarmente, la proprietà), cioè per quei diritti che possono sussistere in un dato

momento una sola volta fra le parti e per la cui individuazione non riveste perciò alcun ruolo il fatto costitutivo.

Pertanto, rispettati i confini del diritto fatto valere in giudizio, il vero limite generale che incontra il giudice nella valorizzazione dei fatti storici è un altro e risiede nel divieto di fare uso della scienza privata. E però questo divieto si spiega con la semplice necessità di garantire l'imparzialità del giudice: con la duplice conseguenza che ad esso non corrisponde un potere monopolistico delle parti nell'introduzione dei fatti nel processo e che il divieto non risulta violato anche quando determinate circostanze di fatto emergano (anziché dagli scritti o dalle dichiarazioni orali di una delle parti) dai documenti prodotti o dalle prove assunte.

Ulteriore diverso profilo è quello relativo alla possibilità, talora riconosciuta a una delle parti, di impedire al giudice di tenere conto dell'efficacia giuridica dei fatti pur risultanti dagli atti di causa. Il riferimento, esemplarmente, è alle eccezioni di merito non rilevabili di ufficio, la cui individuazione senz'altro prescinde dal carattere disponibile o meno del rapporto controverso (ORIANI, *Eccezione*, voce del *Dig. Civ.*, VII, Torino 1991, pp. 268-269, 270 e 271). In questi casi, che per la S.C. non rappresentano la regola [Cass., S.U., 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2810, con nota di IOZZO, *Eccezione di giudicato esterno e poteri del giudice (anche di legittimità)*] le evenienze sono due: se la parte legittimata non ha esercitato il potere di eccezione, il fatto non è in grado di dispiegare nel processo la sua efficacia impeditiva, modificativa o estintiva, sicché rimane irrilevante per la decisione e il problema della sua contestazione e prova è escluso in radice; all'inverso, una volta che l'eccezione è stata sollevata, il fatto impeditivo, modificativo o estintivo è sottoposto alla medesima disciplina processuale (anche in punto di contestazione e prova) riservata ai fatti che fondano le eccezioni rilevabili d'ufficio.

Se, dunque, il principio dispositivo sostanziale non vale ad attribuire alle parti la signoria sui fatti di causa, pare difficile ricondurre ad esso il potere di rendere pacifici o controversi i fatti rilevanti per la decisione. Si possono peraltro ipotizzare le ragioni, che storicamente hanno determinato questo riferimento.

Da un lato, cioè, dobbiamo tenere presente che solo in tempi relativamente recenti si è cominciato a sceverare, superando l'unificante riferimento al principio dispositivo *tout court*, fra le diverse attività di instaurazione del processo, di determinazione dell'oggetto della tutela richiesta, di allegazione dei fatti rilevanti e persino di formulazione delle richieste istruttorie: di qui le oscillazioni che si registrano quando si prova a tracciare la linea di confine fra ciò che tocca la tutela e ciò che riguarda la mera tecnica processuale (per un riepilogo COMOGLIO, *Allegazione*, voce del *Dig. civ.*, I, Torino 1987, pp. 275-278, nonché BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino 2001, 11 ss., 31 ss.).

D'altro lato è possibile che di fronte a un meccanismo processuale, quello della non contestazione appunto, "di diuturna applicazione" e "di importanza essenziale" sul piano dell'economia, si sia dovuto far ricorso al principio dispositivo per giustificarne la vigenza in mancanza di altri, più sicuri indici rivelatori.

3.3.- Negli ultimi trent'anni sono però progressivamente emersi, sul piano normativo, elementi nuovi, che uniti alla consapevolezza della reale portata del principio dispositivo sostanziale permettono di giustificare diversamente il principio di non contestazione.

Innanzitutto, è solo a seguito delle riforme del 1973 e del 1990 che il nostro codice di rito conosce disposizioni (non solo gli artt. 167 e 416, ma anche gli artt. 186-bis e 423) che, non limitate a speciali procedimenti (come l'art. 663) o a determinate questioni (come l'art. 14, 3° comma), impongono in linea generale un'attività di contestazione alle parti costituite e, per questa via, consentono di riconoscere una qualche efficacia ai comportamenti di non contestazione (CARRATTA, *A proposito dell'onere di "prendere posizione"*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, cc. 152 ss.).

Al contempo, la novella dell'art. 111 Cost., imponendo al legislatore "la ragionevole durata" del processo come obiettivo da perseguire, ha attribuito sicuro rilievo costituzionale al valore dell'economia processuale (OLIVIERI, *La "ragionevole durata" del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, cc. 253-254) al cui servizio, come detto all'inizio, il principio di non contestazione è concepito.

Vi è insomma quanto basta perché il principio di non contestazione sia tenuto fermo, ancorché sganciato dal principio dispositivo (cfr. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti*, cit. 608). Dalla qual cosa discendono conseguenze di un certo rilievo.

Prima conseguenza. Non vi è motivo di distinguere tra fatti principali e fatti secondari (così anche PROTO PISANI, *op. loco ult. cit.*), né tra fatti costitutivi e fatti estintivi, modificativi, impeditivi, 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 potranno che essere i medesimi.

Seconda conseguenza. Il giudice non è 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) di *tutela* per quella (dei principi) di mera *tecnica processuale*; e sarebbe eccessivo rispetto (non solo alla sua fonte, *sc.* le scelte strategiche del difensore, bensì anche e specialmente rispetto) all'obiettivo di economia, conseguibile per il solo

fatto che non dovranno assumersi, perché irrilevanti, i mezzi di prova eventualmente proposti per la dimostrazione dei fatti non contestati dall'avversario.

Emerge così una gerarchia a mio avviso più netta e coerente fra confessione da un lato, ammissione del difensore e non contestazione dall'altro: la prima ha l'efficacia dimostrativa diretta (di prova legale e, in certi casi, di prova libera) che ad essa attribuiscono gli artt. 2730 ss. c.c.; la seconda ha il diverso e minore valore probatorio, di indizio o argomento di prova, riconosciute dalla giurisprudenza; la terza solleva la parte che ha invocato il fatto non contestato dall'onere (altrimenti imposto dall'art. 2697 c.c.) di fornirne la prova, ma è priva di qualsivoglia capacità dimostrativa (né tanto meno vincola il giudice).

Terza conseguenza. Proprio perché non implica attività di disposizione né produce alcuna efficacia dimostrativa è possibile potenziare la non contestazione come strumento al servizio dell'economia, riconoscendone gli estremi non solo nell'adozione di difese assolutamente incompatibili con la contestazione di determinati fatti, bensì pure nel silenzio, nella contestazione generica e nella contestazione parziale (salvo che la stessa non coinvolga necessariamente fatti ulteriori rispetto a quelli specificamente contestati, come nell'esempio –prospettato dalle Sezioni Unite, cc. 2033-2034– del convenuto che, di fronte alla richiesta di compensi per un certo numero di ore di lavoro straordinario, pur senza contestare la qualificazione del rapporto come di lavoro subordinato neghi in assoluto che vi sia mai stato alcun rapporto di lavoro con l'attore).

Quarta conseguenza. Il potere di rendere il fatto controverso compete anche al terzo, che sia intervenuto nel processo solo per avervi un proprio interesse, ai sensi del 2° comma dell'art. 105 c.p.c. Conclusione, questa, senz'altro coerente con la funzione dell'intervento adesivo dipendente (diretto a scongiurare la pronuncia di una sentenza in qualche modo capace di pregiudicare il terzo), ma difficile da giustificare, ove l'attività di contestazione dei fatti sia ricollegata al potere di disporre del diritto controverso.

Quinta conseguenza. Potrà avvenire che i documenti prodotti o le prove (testimonianza, ispezione giudiziale, ecc.) ad altro fine assunte convincano il giudice della non verità (o della verità di una differente ricostruzione) dei fatti pacifici.

Per quanto detto, in casi del genere il giudice 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. Tuttavia l'eventuale successiva negazione o diversa ricostruzione, in sentenza, del fatto non contestato non dovrà pregiudicare i poteri processuali delle parti. E quindi:

–nel rito del lavoro, in cui l’indicazione dei mezzi di prova deve avvenire senza conoscere quali dei fatti allegati saranno contestati da controparte e dunque bisognosi di prova, il giudice – prima di porre a fondamento della sentenza la prova raggiunta della non verità (o della diversa verità) del fatto pacifico– dovrà ammettere i mezzi di prova di cui al ricorso o alla memoria difensiva e che in un primo momento aveva riconosciuto superflui perché diretti alla positiva dimostrazione di un fatto incontroverso;

–nel rito ordinario, in cui le preclusioni istruttorie (art. 184 c.p.c.) maturano dopo che si è svolto l’interrogatorio libero e le parti hanno compiuto le precisazioni di cui all’art. 183 c.p.c., le cose stanno diversamente, perché nulla esclude che le richieste istruttorie e le produzioni documentali siano state selezionate in riferimento alle circostanze effettivamente in contestazione e dunque nei limiti degli oneri probatori allo stato incombenti sulla parte. Sicché il giudice, prima di negare (o di ricostruire in altro modo) in sentenza il fatto non contestato dovrà (non solo ammettere i mezzi di prova diretti alla sua dimostrazione e che in ipotesi fossero stati comunque richiesti, ma pure, ove occorra previo esercizio del dovere di segnalazione di cui al 3° comma dell’art. 183 c.p.c.) accordare la rimessione nei termini di cui all’art. 184-bis c.p.c. alla parte che ne faccia richiesta deducendo di non avere in precedenza provveduto a deduzioni istruttorie sul presupposto di non esservi tenuta per assenza di contestazioni.

Sesta conseguenza. Non fondata sul principio dispositivo sostanziale e ricostruita come semplice strumento di alleggerimento degli oneri probatori in funzione di economia processuale, la non contestazione dovrebbe produrre il suo effetto tipico anche nei processi relativi a situazioni giuridiche indisponibili o semindisponibili (quali possono essere quelle sottoposte al rito del lavoro e della previdenza): sollevata la parte, normalmente tenuta, 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, va però aggiunto, la disciplina processuale privilegia la ricerca della verità materiale, come testimoniano tanto il potenziamento dei poteri inquisitori del giudice (ed è il caso delle controversie di lavoro: art. 421, 2° comma, c.p.c.) quanto l’eventuale previsione dell’intervento del pubblico ministero, quantomeno con i poteri di cui all’art. 72, 2° comma, 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 recessivo.

Sicché –fermo il risultato finale della non contestazione, vale a dire l’impossibilità di applicare la regola di giudizio dell’art. 2697 c.c. ai fatti pacifici relativamente ai quali non si sia svolta attività istruttoria– il giudice non solo dovrà (come nei processi su diritti disponibili)

prendere atto della non verità (o della diversa verità) del fatto incontrovertito, quando essa emerga dai documenti prodotti in giudizio o dalle prove ad altro fine assunte, ma inoltre:

–potrà non accontentarsi della mancanza di contestazioni e così 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 (e con la possibilità che invece l'assunzione della prova smentisca le circostanze incontrovertite);

–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.

Nicola Rascio