



***Il “restyling” del c.p.c.
Le esperienze dei Giudici di Prossimità:
la casistica e la risoluzione dei problemi***

10 dicembre 2010 h. 15,30
Auditorium Gian Carlo Mazzocchi

**RACCOLTA DI CONTRIBUTI
VOLUME II**

Raccolta di contributi a cura di GIUSEPPE BUFFONE

2010

Indice

BUFFONE G.	<i>Il calendario del processo</i>	003
BUFFONE G.	<i>Diritto intertemporale</i>	008
BUFFONE G.	<i>Scritti del terzo</i>	012
BUFFONE G.	<i>Responsabilità processuale aggravata</i>	016
BUFFONE G.	<i>Onere di contestazione</i>	023

«IL CALENDARIO DEL PROCESSO»

..... Giuseppe Buffone

La Legge 18 giugno 2009 n. 69 ha scolpito nel codice rito l'art. 81-bis disp. att. c.p.c., ove il Legislatore ha introdotto il “*calendario del processo*”. Alla stregua del nuovo grimaldello normativo, il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa il calendario del processo con l'indicazione delle udienze successive e degli incumbenti che verranno espletati.

Tale incumbente non si applica ai procedimenti sommari o con istruzione deformalizzata¹, pur non ignorando che sul punto altra giurisprudenza è di contrario avviso². Viene, però, qui condivisa quella dottrina che, commentando il nuovo istituto, ha affermato che il calendario del processo costituisce un elemento di rigidità che stona con il carattere informale ed elastico del procedimento sommario.

In effetti, il calendario ex art. 81-bis cit. va effettivamente e correttamente inteso nella sua versione interpretativa “*rigida*”. Fissando la calendarizzazione delle udienze, il giudice di merito prefigura alle parti il percorso procedimentale cui le stesse saranno sottoposte, consentendo loro di conoscere in via anticipata la durata del processo ma, soprattutto, mirando al precipuo scopo di garantire che tale durata sia ragionevole³. In tal senso si deve discorrere di “CALENDARIO RIGIDO”: il giudice fissa dei “paletti” procedurali che devono avere la precipua funzione di contenere la tempistica del rito nel senso che là dove salti un incumbente, per un qualsiasi motivo, non si assiste ad un effetto domino (vengono modificate tutte le altre date di udienza) ma ad un effetto programmatico. Il giudicante, “saltata” una udienza, dovrà rifissare l'incumbente in data anteriore a quella che segue nel calendario⁴. L'effetto finale, sul processo, è che gli eventi patologici del procedimento non vanno ad allungare la vita biologica del rito (poiché il calendario determina i segmenti temporali entro cui espletare ogni incumbente).

Proprio alla luce di tale interpretazione, si comprende perché il legislatore, nell'art. 81-bis cit. abbia usato una formula letterale tanto criticata dai commentatori: non “*udienze fissate*” nel calendario, ma “*termini fissati*” nel calendario. L'articolo in esame, infatti, espressamente prevede che “*i termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini*”.

In realtà non si tratta di un refuso legislativo ma dell'esternazione di una *voluntas legis*: le date indicate nel calendario costituiscono il termine entro cui il precedente incumbente calendarizzato deve essere esaurito. L'effetto finale è che, qualunque evento sopraggiunga, la durata del processo non cambia.

¹ Trib. Varese, sez. I civile, ordinanza 18 novembre 2009 in *Giur. Merito*, 2010, 2, 406.

² Trib. Mondovì, ordinanza 5 novembre 2009 in *Guida al Dir.*, 2009, 50

³ La Corte Europea dei diritti dell'uomo (cfr. in particolare le pronunce sul ricorso n. 62361/00, proposto da Pizzati c. Italia e sul ricorso n. 64897/01 proposto da Z. c. Italia), ai cui principi il giudice nazionale deve uniformarsi nella determinazione della durata ragionevole del procedimento, ha in linea di massima stimato tale durata in anni tre (3) per quanto riguarda il giudizio di primo grado ed in anni due (2) per quanto riguarda il giudizio di secondo grado (cfr. Cassazione civile, sez. I, 3 aprile 2008, n. 8521). In nessun caso, pertanto, può essere concessa proroga ove i suddetti termini vengano disattesi

⁴ Per essere chiari. Ipotizzando siano state fissate due date - udienza il 3 maggio; ed udienza il 25 giugno - se l'udienza del 3 maggio non dovesse essere celebrata per un motivo qualsiasi, il giudice sarebbe tenuto a fissare per il medesimo incumbente una data anteriore al 25 giugno e non anche a modificare l'intero calendario.

La funzione del calendario è, quindi, quella di contribuire alla ragionevole durata del processo civile. Non si condivide, pertanto, l'opinione pur autorevolmente espressa in Dottrina, secondo la quale la fissazione del calendario del processo "*non serve ad accelerare i tempi del processo, bensì solo a renderli prevedibili*". Tale interpretazione rischia di svilire il significato della norma, atteso che l'interesse della parte non è certo quello di poter prevedere razionalmente un processo di durata, però, irragionevole. Non è l'imprevedibilità della durata del procedimento a vulnerare il Giusto processo ma la sua eccessiva consistenza.

Così individuata la ratio e la portata applicativa del nuovo istituto, resta da chiarirne il regime giuridico. E' certo, come hanno scritto i commentatori, che la sua portata è "*limitata all'eventualità che debba svolgersi un'attività di assunzione probatoria*", atteso che l'istituto trae linfa direttamente dall'ordinanza ex art. 183, comma VII, c.p.c. e, dunque, in tanto è necessitato in quanto debba provvedersi alla istruzione della causa.

Orbene, secondo i primi commenti di Dottrina, l'art. 81-bis in esame sarebbe solo una specificazione del generale potere di direzione del processo già attribuito al giudice dall'art. 175 c.p.c. La fissazione del calendario del processo sarebbe, cioè, solo una possibile opzione del giudice nell'ambito del procedimento. Secondo altri, sarebbe, invece, "un potere-dovere" del giudice.

Si afferma, al riguardo, in dottrina, che un presunto dovere del giudice di fissare il calendario del processo appare in realtà privo di sanzione sul piano della qualificabilità degli atti processuali, salvo, al più, il prefigurarsi di una responsabilità disciplinare del magistrato per l'omessa predisposizione del calendario del processo o la violazione ingiustificata delle sue indicazioni.

Come emerge da tali rilievi, il problema riguarda la discrezionalità o obbligatorietà della fissazione del calendario del processo.

Secondo chi scrive (v. Trib. Varese, sez. I, ord. 15 aprile 2010) il calendario del processo deve intendersi necessariamente in termini di "*discrezionalità*". L'adempimento *de quo* che si richiede al magistrato, infatti, deve inevitabilmente essere collocato nel contesto concreto dell'Ufficio in cui il giudice si trova a operare. Si vuol dire che il numero delle cause pendenti sul ruolo del giudice influenza in modo preponderante l'attività gestionale dei procedimenti cosicché, secondo una formula inversamente proporzionale, maggiori saranno le cause iscritte al ruolo - e che il giudice si trova a dover gestire - minore sarà la possibilità oggettiva di pianificare e programmare lo svolgimento delle singole udienze per ogni processo. Altrimenti detto: la minore "governabilità" del ruolo inevitabilmente comporta una maggiore esigenza di flessibilità e duttilità che fa iato con un elemento di programmazione quale il calendario, poiché intriso di inevitabile rigidità, come la dottrina, sino ad ora unanimemente, ha riconosciuto. Ed allora imponendo l'uso del calendario, nel senso di obbligare il giudice ad apporlo sempre e comunque, a prescindere dal contesto concreto in cui l'attività giurisdizionale è esercitata, si correrebbe il rischio di andare a pregiudicare proprio quelle esigenze di celerità e di organizzazione che la legge 69 del 2009 ha inteso tutelare. Per altro verso questa interpretazione potrebbe prestare il fianco a dubbi di costituzionalità. Come ha insegnato la giurisprudenza costituzionale, infatti, una norma è in sé incostituzionale, poiché irragionevole, là dove tradisca, in modo insanabile, la *ratio legis* che ne ha giustificato la introduzione nel sistema normativo. E, allora, se il calendario del processo persegue la finalità, vuoi di consentire la prevedibilità dei tempi del processo, vuoi di contenere la durata del procedimento entro tempi ragionevoli, si darebbe luogo ad una aporia dichiararne l'obbligatorietà pur laddove la sua applicazione rigida ed obbligatoria in uno specifico contesto giudiziario

porterebbe di fatto ad un risultato del tutto inverso e contrario. Si pensi al consumo di tempo ed attività che si richiederebbe al giudice chiamato a gestire un ruolo di migliaia di cause per pianificare per ognuna di esse, man mano che sono in rotazione, un calendario di tempi ed udienze, “sentiti i difensori”. È chiaro che la stessa ordinanza ex articolo 183, comma VII, c.p.c. rischierebbe di dover essere emanata solo successivamente ad una difficile attività di programmazione e dunque con ulteriori ritardi nell'eventuale scioglimento delle riserve. Per non parlare dell'inevitabile prevenzione che andrebbe ad innescarsi nei giudici con Ruolo particolarmente gravoso: se è vero che il calendario (obbligatorio) va rispettato anche a rischio di rilievi disciplinari, allora il magistrato sarebbe indotto, “in prevenzione”, a pianificare tempi più lunghi proprio per evitare di dovere incorrere in continue proroghe e rinvii determinati, come gli operatori del diritto ben sanno, dalla oggettiva grande difficoltà che si ricollega all'attività gestionale di un ventaglio di cause ben superiore a carichi esigibili.

Vi è ancora ed infine che l'obbligatorietà del calendario non consentirebbe neanche ciò che può apparire più razionale e ragionevole ovvero scegliere i processi in cui adottare una calendarizzazione, tenuto conto di eventuali urgenze o dei temi oggetto del contendere o ancora della natura giudica dei diritti coinvolti.

In giurisprudenza, i giudici di merito hanno già evidenziato le difficoltà sin qui illustrate. Ad esempio, Tribunale di Catanzaro, sezione II civile, ordinanza 3 giugno 2010 (est. Francesco Tallaro), ha osservato che l'art. 81-bis disp. att. c.p.c. *“deve essere applicato secondo un principio di ragionevolezza, pena la sua esposizione a censure di legittimità costituzionale, sicché esso – da un lato – non deve comportare, contrariamente alle finalità che hanno animato il legislatore, un appesantimento dell'attività giurisdizionale ed un rallentamento del processo, mentre – dall'altro lato – nel darvi attuazione occorre tener conto della situazione contingente. Dove, pertanto, nel concreto contesto dell'Ufficio giudiziario, il calendario del processo rappresenterebbe un inutile ed irragionevole appesantimento dell'attività di programmazione del ruolo, lo stesso va apprestato limitatamente all'attività istruttoria già ammessa, ed ipotizzando che essa si compia effettivamente all'udienza fissata”*.

Per tutti i motivi fin qui esposti, nell'ordinanza con cui il giudice si pronuncia sulle richieste istruttorie, il magistrato “può” discrezionalmente apporre il calendario, sentiti i difensori, come può, invece, ritenere tale incumbente da non espletare, motivando la sua scelta in base alle ragioni del caso concreto.

ESEMPIO DI DISPOSITIVO CON CALENDARIO

**P.Q.M.
OMISSIS**

Visto l'art. 81-bis disp. att. c.p.c.,

sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa;

FISSA il CALENDARIO DEL PROCESSO, con l'indicazione delle udienze successive e degli incombenti che verranno espletati, per come da stampato allegato all'odierna ordinanza

AVVISA le parti che i termini fissati nel calendario potranno essere prorogati solo sussistendo gravi motivi sopravvenuti. La parte interessata alla proroga, è invitata a farne richiesta prima della scadenza dei termini.

DISPONE che il CALENDARIO DEL PROCESSO, sia unito al fascicolo d'Ufficio e rimanga in copia fotostatica allegato anche all'odierna ordinanza. Si inseriscano nel calendario anche le udienze già tenute



TRIBUNALE DI VARESE
SEZIONE PRIMA CIVILE

R.G.A.C. .../2009

CALENDARIO DEL PROCESSO⁵

GIORNO DI UDIENZA	INCOMBENTE CALENDARIZZATO	NOTE
IV) 20 OTT 2010	Escussione dei testi	Esaurimento della prova orale
V) 10 DIC 2010	Ove, eventualmente, all'udienza del 20 ottobre 2010, all'esito delle prove, venga ammessa la CTU. In quel caso: udienza di giuramento del CTU	Udienza interlocutoria eventuale: 11 marzo 2011
VI) 29 APR 2011	Precisazione delle conclusioni	

TEMPO PIANIFICATO PER LA DEFINIZIONE DEL PROCESSO: 1 ANNO E 6 MESI

⁵ **Regime.** Art. 81-bis disp. att. c.p.c. (*Calendario del processo*). – Il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa il calendario del processo con l'indicazione delle udienze successive e degli incombenti che verranno espletati. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini

Durata Massima. La Corte Europea dei diritti dell'uomo (cfr. in particolare le pronunce sul ricorso n. 62361/00, proposto da Pizzati c. Italia e sul ricorso n. 64897/01 proposto da Z. c. Italia), ai cui principi il giudice nazionale deve uniformarsi nella determinazione della durata ragionevole del procedimento, ha in linea di massima stimato tale durata in anni tre (3) per quanto riguarda il giudizio di primo grado ed in anni due (2) per quanto riguarda il giudizio di secondo grado (cfr. Cassazione civile, sez. I, 3 aprile 2008, n. 8521). In nessun caso, pertanto, può essere concessa proroga ove i suddetti termini vengano disattesi.

«DIRITTO INTERTEMPORALE»

Giuseppe Buffone

Tribunale di Varese, ordinanza 7 aprile 2010

PLURALITÀ DI PARTI NELLO STESSO PROCESSO – LITISCONSORZIO FACOLTATIVO – CITAZIONE INTRODUTTIVA DEL GIUDIZIO NOTIFICATA AL CONVENUTO IN DATA ANTERIORE AL 4 LUGLIO 2009 (ANTERIORMENTE ALL'ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE 69/2009) – CHIAMATA DEL TERZO DA PARTE DEL CONVENUTO NOTIFICATA AL TERZO IN DATA SUCCESSIVA AL 4 LUGLIO 2009 (DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE 69/2009) – DIRITTO SOPRAVVENUTO – NUOVO ART. 163 C.P.C. (INTRODUZIONE, A PENA DI NULLITÀ, DELLA INDICAZIONE DELL'ART. 38 C.P.C. NELL'AVVERTIMENTO AL CHIAMATO IN GIUDIZIO) – APPLICABILITÀ ALLA CHIAMATA DEL TERZO – SUSSISTE

Massima - *In caso di pluralità di parti nello stesso processo può aversi che a detta pluralità corrisponda una pluralità di rapporti processuali (connessi per l'oggetto o per il titolo o per le ragioni di mera affinità, e non di necessità) o invece che ad essa faccia riscontro un unico inscindibile rapporto processuale. Nella seconda ipotesi (di litisconsorzio necessario), essendo il rapporto processuale sostanzialmente unico, non è suscettibile di trovare regolamentazione differenziata in ragione della unicità del procedimento. Nella prima ipotesi, invece (di litisconsorzio facoltativo), essendo i singoli rapporti processuali sostanzialmente autonomi anche nelle loro vicende e, come tali, scindibili, nulla impedisce che, nonostante la formale unicità del processo, possa aversi che le distinte domande giudiziali siano governate da regimi giuridici diversi, atteso che l'occasione della trattazione unitaria non ne cancella l'autonomia prima ontologica che strutturale. Per tale motivo, in caso di litisconsorzio facoltativo, la chiamata del terzo, da parte del convenuto, notificata in data successiva al 4 luglio 2009, deve seguire le norme della legge 69/2009 pur là dove la citazione introduttiva del giudizio sia stata notificata al convenuto i data anteriore al 4 luglio 2009*

Un problema che si è posto nella giurisprudenza e tra gli Avvocati riguarda il caso in cui l'atto di citazione per la chiamata del terzo debba essere notificato sotto la vigenza delle modifiche apportate al processo civile dalla legge 18 giugno 2009 n. 69 ma relativamente ad un processo instaurato in data anteriore al 4 luglio 2010.

Come noto, il novum della riforma confluisce anche nell'art. 163, comma III, n. 7 c.p.c. poiché l'atto di citazione, per effetto della manipolazione normativa, deve contenere, tra l'altro, "l'avvertimento che la costituzione oltre i termini di legge implica le decadenze di cui agli artt. 38 e 167". E' stato, cioè, aggiunto il richiamo all'art. 38 c.p.c. atteso il nuovo e diverso regime in punto di rilevabilità d'ufficio ed eccezione della questione di competenza del giudice adito. La modifica incide sulla stessa validità dell'atto di citazione: ai sensi dell'art. 164, comma I, c.p.c., infatti, "la citazione è nulla (...) se manca l'avvertimento previsto dal n. 7) dell'art. 163 c.p.c.". Orbene, il dato letterale non è una mera clausola di stile: ed, infatti, gli artt. 38 e 167 c.p.c. individuano precise ipotesi di decadenza che devono essere rese note, con la citazione, al convenuto. Al riguardo, invero, taluni in dottrina reputano che per la validità della citazione non basti indicare le norme di legge che contengono le decadenze ma sia necessario trascriverne il loro contenuto (non essendo, quindi, sufficiente la ripetizione della formula legislativa). La giurisprudenza è, però, ferma nel ritenere sufficiente la menzione del referente normativo. Certo è che l'assenza o l'incompletezza del medesimo, si traduce in una omissione che genera la «nullità della citazione a mente dell'art.

164», come insegna la Dottrina. La nullità è sanata: o per la rinnovazione disposta officiosamente dal rilievo del Giudice; o tacitamente ove il convenuto si costituisca e nulla contesti. La sanatoria può anche intervenire con la fissazione della nuova udienza ove il convenuto si costituisca ma eccepisca la nullità (v. Cass. civ., 1 luglio 2008 n. 17951).

Va rilevato, in effetti, che quanto alla chiamata del terzo, successiva alla legge 69/2009, ma facente capo ad un processo ad essa anteriore, vi è stata divergenza di opinioni. Secondo taluni, in questo caso, il principio del *tempus regit processum* determinerebbe l'applicazione delle regole previgenti, pure alla vocatio in ius del terzo, notificata dopo il 4 luglio 2009. Secondo altri, il principio del *tempus regit actum* determinerebbe l'applicabilità alla nuova citazione delle nuove regole che ne sanciscono la validità.

Per risolvere la questione giuridica in esame è opportuno ricordare che, in tema di diritto sopravvenuto, dove la citazione sia notificata in tempi diversi, secondo la Suprema Corte il momento per determinare la giurisdizione e la competenza è quello della prima notificazione (Cass. civ. 18 maggio 1976 n. 1760).

Secondo i Supremi giudici, occorre tenere conto del fatto che *“il processo è unico, e viene instaurato al momento della notificazione del primo atto introduttivo della lite, mentre gli eventuali atti successivi di integrazione del contraddittorio nei confronti di altri soggetti litisconsorti necessari hanno unicamente la funzione di fare partecipare al giudizio i soggetti ai quali la causa sia comune, e che per errore o dimenticanza non vennero evocati sin dall'inizio in giudizio. Non si ha quindi la proposizione di una domanda nuova nei confronti di costoro, che vengono solamente messi al corrente della esistenza del giudizio al quale sono interessati, poiché la decisione avrà necessariamente effetto anche nei loro confronti, affinché possano esporre - ove lo vogliano - le proprie difese”* (v. Cass. civ., sez. II, sentenza n. 8913 del 1998).

Tale indirizzo, però, come emerge chiaramente dalla lettura delle sentenze citate, riguarda lo specifico caso della competenza ma, soprattutto, l'ipotesi del litisconsorzio necessario in cui, fin dall'inizio, le parti sopravvenute avrebbero dovuto essere evocate in giudizio. Non vengono, cioè, in rilievo né domande nuove, né cause differenti cumulate dinanzi allo stesso giudice.

All'inverso, nelle ipotesi del litisconsorzio facoltativo, è stato ritenuto che il giudice, investito di più domande, deve verificare la propria giurisdizione con riferimento a ciascuna di esse (S.U. n.3426-1976; cfr. anche S.U. n.1999-1967; S.U. n.771-1957) ed a maggior ragione, tale principio deve essere applicato, quando non già di cumulo di domande tra le stesse parti si tratti, ma di litisconsorzio facoltativo ex art.103, comma I c.p.c. (cfr. Cass. civ., sez. Un., sentenza n. 1315 del 22 febbraio 1990).

In effetti, il dato rilevante da cui occorre muovere è il seguente: come i migliori studi di Dottrina insegnano, nel processo cd. cumulato (litisconsorzio facoltativo per connessione tra le cause) le singole cause restano autonome dal punto di vista processuale e ciò che varia è la possibilità di utilizzare una comune piattaforma probatoria, in virtù del principio di acquisizione e verso il fine di evitare un contrasto fra accertamenti di fatto. Ve ne è conferma in quella giurisprudenza di Cassazione che, proprio per il processo cumulato, non reputa applicabile l'art. 10, comma II, c.p.c. (Cass. civ., sez. III, sentenza n. 10081 del 12 ottobre 1998; Cass. civ., sez. II, sentenza n. 3149 del 20 novembre 1962).

Ve ne è ancora traccia nel principio *tot capita, tot sententiae*, in virtù del quale la sentenza del giudice nel processo cumulato è formalmente unica ma

sostanzialmente plurima (Cass. civ. 22 gennaio 2004 n. 1103; Corte di Appello di Milano, sentenza 12 dicembre 2003 in *Gmil*, 2004, 381). Ed, infatti, le spese vanno liquidate in relazione a ciascuna di esse (Cass. civ. 12 giugno 2001).

Ennesima conferma si ha nei poteri discrezionali del giudice: potere discrezionale di autorizzare la chiamata del terzo (Cass. civ., Sez. Unite, sentenza 23 febbraio 2010 n. 4309 in www.tribunale.varese.it/Massimario, 2010, III) e potere discrezionale di disporre la separazione dei processi (art. 102, comma II, c.p.c.).

Ecco perché la Cassazione giunge a tenere distinte anche le vicende processuali che sfiorano le distinte cause cumulate (Cass. civ., sez. III, sentenza n. 3740 del 5 maggio 1990) affermando che il litisconsorzio facoltativo dà luogo ad una *“pluralità di rapporti autonomi, anche con riguardo alle relative vicende processuali, nell'ambito dello stesso giudizio, sicché la nullità della citazione per la chiamata in causa del terzo, non rilevata in primo grado e da questi fatta valere in appello, determina la necessità di rimettere al primo giudice la sola causa di rivalsa e non l'intero giudizio, con la conseguente separazione delle distinte cause, ancorché unitariamente trattate e decise in primo grado”*.

In conclusione, dunque, in caso di pluralità di parti nello stesso processo può aversi che a detta pluralità corrisponda una pluralità di rapporti processuali (connessi per l'oggetto o per il titolo o per le ragioni di mera affinità, e non di necessità) o invece che ad essa faccia riscontro un unico inscindibile rapporto processuale. Nella seconda ipotesi (di litisconsorzio necessario), essendo il rapporto processuale sostanzialmente unico, non è suscettibile di trovare regolamentazione differenziata in ragione della unicità del procedimento. Nella prima ipotesi, invece (di litisconsorzio facoltativo), essendo i singoli rapporti processuali sostanzialmente autonomi anche nelle loro vicende e, come tali, scindibili, nulla impedisce che, nonostante la formale unicità del processo, possa aversi che le distinte domande giudiziali siano governate da regimi giuridici diversi, atteso che l'occasione della trattazione unitaria non ne cancella l'autonomia prima ontologica che strutturale..

Conclusioni differenti sarebbero suscettibili di porsi anche in contrasto con la *Charta Chartarum*: il terzo citato in giudizio direttamente, beneficerebbe del nuovo regime giuridico nelle more entrato in vigore; il terzo chiamato in causa come tale nel processo altrui, sarebbe trattato alla stregua delle vecchie norme, sulla base di una differenziazione non giustificata dall'esigenza di cui all'art. 102 c.p.c. ed affidata alla scelta discrezionale della parte.

Vi è, inoltre (ed infine) che per il terzo - litisconsorte facoltativo il processo *“inizia”* dalla chiamata in causa a lui ritualmente notificata, senza che possano farsi retroagire, nei suoi riguardi, gli effetti sostanziali e processuali della domanda alla data storica di prima citazione.

«SCRITTI DEL TERZO»

..... Giuseppe Buffone

IN GIURISPRUDENZA

Cassazione, Sezioni unite civili, 23 giugno 2010, n. 15169

(Pres. Carbone – Rel. Goldoni)

Scritture private provenienti da terzi – Contestazione – applicabilità degli artt. 2702 c.c. e 214 c.p.c. - In genere: non sussiste – Eccezioni: scritture per Legge dotate di speciale carica sostanziale – Testamento – Querela di Falso – Necessaria

Cass. civ., Sez. Unite, sent. 23 giugno 2010, n. 15169 (Pres. Carbone, rel. Goldoni)

Le scritture private provenienti da terzi possono essere liberamente contestate, non applicandosi alle stesse la disciplina sostanziale di cui all'art. 2702 cc né quella processuale di cui all'art. 214 cpc, atteso che le stesse costituiscono prove atipiche il cui valore probatorio è puramente indiziario e che possono quindi contribuire a fondare il convincimento del giudice in armonia con altri dati probatori acquisiti al processo; peraltro, nell'ambito delle scritture private deve riservarsi diverso trattamento a quelle la cui natura le connota di una carica di incidenza sostanziale e processuale intrinsecamente elevata, tale da richiedere la querela di falso onde contestarne la autenticità. *(La Corte conclude nel senso che le scritture private provenienti da terzi possono essere liberamente contestate, non essendo soggette alla disciplina sostanziale di cui all'art. 2702 cc né a quella processuale di cui all'art. 214 cpc, sicché non è necessario impugnarle per falsità e tanto discende dal fatto che le stesse hanno valore di prove atipiche ed un valore meramente indiziario e sono inadeguate a costituire di per sé, l'unica fonte di convincimento per il giudice del merito, pur essendo suscettibili di integrare il fondamento della decisione nel concorso di altri elementi che ne confortino la credibilità e l'attendibilità. Si ricordi, però, che secondo Cass. civ. 5440/2010, se lo scritto del terzo è una testimonianza scritta, esso è inutilizzabile per violazione di norme cogenti del processo civile).*

Nell'ordinamento processuale vigente manca una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova, cosicché la loro produzione, in linea di principio non è vietata.

E, però, pur non essendo vietato, come costantemente affermato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, nel vigente ordinamento processuale improntato al principio del libero convincimento del giudice, la possibilità di porre a fondamento della decisione prove non espressamente previste dal codice di rito, purché sia fornita adeguata motivazione della relativa utilizzazione (tra le altre v. Cass. 5965/04, 4666/03, 12411/01, 12763/00), deve tuttavia escludersi che le prove c.d. “atipiche” possano valere ad aggirare divieti o preclusioni dettati da disposizioni, sostanziali o processuali, così introducendo surrettiziamente elementi di prova che non sarebbero altrimenti ammessi o la cui ammissione richieda adeguate garanzie formali

Quanto agli scritti del terzo, sub specie di deposizioni testimoniali scritte, la giurisprudenza ne ha chiarito termini e modi perché siano rilevanti. Si è, infatti, affermato (v. Tribunale di Varese, sez. I civile, ordinanza 17 dicembre 2009⁶) che il contenuto di uno scritto redatto dal terzo, costituendo prova atipica, in tanto può avere piena efficacia probatoria in quanto il suo contenuto venga acquisito al procedimento mediante prova orale o, oggi, mediante ricorso all'art. 257-bis c.p.c. per i procedimenti successivi al 4 luglio 2009 (v. legge 69 del 2009). Al riguardo, anche di recente, la Suprema Corte (in relazione ai fatti cd. notori, v. Cass. civ., sez. II, 18 dicembre 2008, n. 29728) ha ricordato come non si possa derogare (se non nei casi ex lege) “al principio dispositivo e al contraddittorio, introducendo nel processo civile prove non fornite dalle parti e relative a fatti dalle stesse non vagliati né controllati”. Ed, allora, il fatto di introdurre nel processo dichiarazioni di terzi formate fuori dal procedimento si traduce in uno strappo al tessuto connettivo del “giusto processo” perché la deposizione trova ingresso nella lite giudiziale senza un vaglio condotto dal Giudice, e senza il contraddittorio delle parti. Sugli scritti dei terzi, in realtà, vi è sempre stato acceso dibattito in dottrina che, però, può dirsi oggi da sopire alla luce del già citato nuovo art. 257-bis c.p.c. introdotto dalla Legge 69 del 28 giugno 2009: tale norma ha procedimentalizzato l'ingresso nel processo delle dichiarazioni dei terzi. Tali dichiarazioni, se rese nelle forme legislative di nuovo conio, assumono la stessa efficacia probatoria della deposizione testimoniale. Ma il presupposto è il consenso delle parti. Come ha scritto la Dottrina, in tal modo, considerato che le parti debbono dare il loro preventivo consenso, si tende a non violare il principio fondamentale del contraddittorio a cui si ispira il processo.

Le conclusioni cui si deve pervenire sono, allora, le seguenti: lo scritto del terzo può valere come deposizione testimoniale solo mediante ricorso all'art. 257-bis c.p.c. (per i procedimenti post *legem* 69/2009) ovvero escussione diretta del terzo stesso ad opera del Giudice sul contenuto del suo scritto (*ante legem* 69/2009).

Se, cioè, il Legislatore ha ormai tipizzato il solo caso in cui può avere efficacia la “testimonianza scritta”, allora ogni altra procedura è in insanabile contrasto con il formante legislativo ove voglia pervenire a tale effetto (deposizione

⁶ In www.dirittoegiustizia.it, 2009, 12

scritta valente come testimonianza) con mezzo diverso (scritto non sottoposto alle formalità di Legge).

E, peraltro, la norma consente all'interprete di guardare al passato per accendere nuova luce sul pregresso dibattito: pare, infatti, di poter dire che se per il futuro (dal 4 luglio 2009) il Legislatore ha previsto una rigorosa forma solenne per la testimonianza scritta, allora, per il passato (ante 4 luglio 2009) non può certo ritenersi che una testimonianza "fuori processo" del terzo abbia alcuna efficacia.

È ovvio che quanto sin qui affermato riguarda una specifica tipologia di atti orbitanti nella generale categoria "scritti del terzo" e, cioè, la specifica ipotesi della "testimonianza scritta" (come nel caso di specie, in cui i documenti contengono, per l'appunto, la rubrica «deposizione del testimone»).

Il fatto che una "testimonianza scritta" non possa essere avvolta dalla coltre della prova non esclude che possa valere quale mero indizio. Secondo la costante giurisprudenza della Cassazione, il documento scritto non proveniente dalle parti in causa, bensì da un terzo estraneo al rapporto sostanziale intercorso tra le parti, "può valere come indizio" (Cass. civ. sez. I, Sentenza n. 23554 del 12 settembre 2008) ma "con il supporto di altri elementi probatori": e, però, presupposto indefettibile, a parere di chi scrive, è che lo scritto stesso non sia in sé una dichiarazione testimoniale elusiva delle debite forme di Legge come è avvenuto nel caso di specie.

Tale rilievo è stato di recente ribadito. Il Supremo Consesso (v. Cass. civ., sez. III,⁷ sentenza 10 febbraio - 5 marzo 2010, n. 5440) ha affermato che la deposizione testimoniale scritta "*non può costituire una scrittura proveniente da terzo, liberamente valutabile dal giudice, essendo la stessa redatta e finalizzata in funzione volutamente probatoria di una tesi di parte*: pertanto, in questi casi, la dichiarazione si risolve in una sorta di testimonianza scritta, inammissibile perché fornita senza le garanzie del contraddittorio, di cui agli artt. 244 e segg. c.p.c., che nella specie risulterebbero eluse.

Quanto sin qui osservato va integrato dei chiarimenti resi da *Cass. civ., Sez. Unite, sent. 23 giugno 2010, n. 15169 (Pres. Carbone, rel. Goldoni)*: le scritture private provenienti da terzi possono essere liberamente contestate, non applicandosi alle stesse la disciplina sostanziale di cui all'art. 2702 cc né quella processuale di cui all'art. 214 cpc, atteso che le stesse costituiscono prove atipiche il cui valore probatorio è puramente indiziario e che possono quindi contribuire a fondare il convincimento del giudice in armonia con altri dati probatori acquisiti al processo; peraltro, nell'ambito delle scritture private deve riservarsi diverso trattamento a quelle la cui natura le connota di una carica di incidenza sostanziale e processuale intrinsecamente elevata, tale da richiedere la querela di falso onde contestarne la autenticità.

⁷ V. www.tribunale.varese.it/Massimario

«RESPONSABILITÀ PROCESSUALE AGGRAVATA»

Giuseppe Buffone

IN GIURISPRUDENZA

Tribunale di Piacenza, sez. civile, ordinanza 22 novembre 2010 (Giud. G. Morlini)

MASSIMA.

Nel rito sommario di cognizione introdotto dalla L. n. 69/2009 possono essere azionate tutte le domande, e cioè sia quelle di accertamento, sia quelle costitutive, sia quelle di condanna. La pronuncia *ex art. 96 comma 3 c.p.c.*, che può essere effettuata d'ufficio e non ha limite nella determinazione dell'importo della condanna, non abbisogna della preventiva instaurazione del contraddittorio *ex art. 101 c.p.c.*, essendo *posterius* e non *prius* logico della decisione di merito. Trattasi di pronuncia che introduce nell'ordinamento una forma di danno punitivo per scoraggiare l'abuso del processo e preservare la funzionalità del sistema giustizia, ciò che esclude la necessità di un danno di controparte, pur se la condanna è prevista a favore della parte e non dello Stato; e di una pronuncia che presuppone il requisito della malafede o della colpa grave. E' teoricamente possibile la coesistenza di una pronuncia di condanna ai sensi del primo e del terzo comma dell'articolo 96 c.p.c. (a cura di G.M.)

- 1 LEGGE 18 GIUGNO 2009 N. 69 ED ART. 96 COMMA III C.P.C.
- 2 IL DANNO PUNITIVO
- 3 ELEMENTO SOGGETTIVO
- 4 IL DANNO CD. STRUTTURATO
- 5 CUMULO
- 6 CONTRADDITTORIO
- 7 CONCLUSIONI: DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ

(Saggio in corso di pubblicazione)

1. LEGGE 18 GIUGNO 2009 N. 69 ED ART. 96 COMMA III C.P.C.

Nelle più recenti e pregiate elaborazioni dottrinarie (si cita, in particolare, il saggio di ELENA MORANO in responsabilità civile e previdenza, Giuffré ed.) è acceso il dibattito sui nuovi orizzonti della lite temeraria di cui all'art. 96 comma III: "tra funzione punitiva e risarcitoria" (MORANO, *I nuovi orizzonti della lite temeraria di cui all'art. 96 comma III: "tra funzione punitiva e risarcitoria*, cit.). La sentenza del tribunale di Piacenza (nella penna autorevole di Gianluigi Morlini), che qui si commenta, dimostra un chiaro superamento di tali limiti, offrendo un approdo a lidi nuovi che possono apportare un prezioso contributo al benessere del processo civile, fornendo una valida panacea per la patologia odiosa dell'"ABUSO DEL PROCESSO", retto da mala fede o, addirittura, dolo. Si tratta di un *trend* giurisprudenziale già autorevolmente espresso, di recente, nella pregiata sentenza *Trib. Roma, sez. XI, 11 gennaio 2010 (est. Crisafulli*; sia consentito richiamare: BUFFONE G., *Il ricorso cd. anomalo al credito costituisce abuso del diritto di difesa, sanzionabile mediante condanna per responsabilità processuale aggravata* in *Giur. di Merito*, 2010, 09)

E' opportuno, in sintesi, ricostruire il problema e la materia.

La legge 18 giugno 2009 n. 69 aggiunge un terzo comma all'art. 96 c.p.c.: oltre alle due categorie classiche di responsabilità aggravata, "quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, non inferiore ad euro 1.000 e non superiore ad euro 20.000". Secondo la dottrina, «si tratta di una forma di condanna ai danni forfettariamente determinati che dovrebbe, semplificando la vita all'avente diritto e tranquillizzando il giudice, far uscire l'art. 96 dal suo limbo di norma poco (o punto) applicata» (SASSANI, A.D. 2009: *ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione* in www.judicium.it)

In effetti l'art. 96 c.p.c., classica formulazione, si presta ad uso particolarmente difficoltoso. L'illecito processuale in esame, in quanto ipotesi speciale del *genus* ex art. 2043 c.c. (Cass. civ., Sez. I, 23 marzo 2004, n. 5734) richiede, infatti, la concreta ed effettiva esistenza di un danno che sia conseguenza del comportamento processuale della controparte (cfr. Cass. civ., Sez. I, 4 novembre 2005, n. 21393; Cass. civ. Sez. I, 12 dicembre 2005, n. 27383). Ne consegue che, ove dagli atti del processo non risultino elementi oggettivi dai quali desumere la concreta esistenza del danno, nulla può essere liquidato a tale titolo, neppure ricorrendo a criteri equitativi (cfr. ex multis, Cass. civ., Sez. II, 1 dicembre 1995, n. 12422). Alla luce di tale impostazione - di recente ribadita anche dalla Corte costituzionale⁸ - chi volesse ottenere il risarcimento dei danni cagionati dalla responsabilità processuale aggravata per mala fede o colpa grave della controparte soccombente, dovrebbe fornire la prova sia dello stato soggettivo dell'autore dell'illecito, sia dell'*an* che del *quantum debeatur*⁹.

I principi sin qui esposti sono stati, invero, di recente mitigati proprio dalla Suprema Corte di Cassazione che - nella configurazione del danno da lite temeraria - ha ammesso per la quantificazione del pregiudizio - il ricorso a nozioni di comune esperienza¹⁰, con un indirizzo accolto, di recente, dalle Sezioni Unite¹¹, anche se parte della giurisprudenza successiva ha ribadito, comunque, l'orientamento più restrittivo.

Il nuovo terzo comma dell'art. 96 c.p.c. si allontana dal modello di illecito sin qui descritto per introdurre una nuova ipotesi *ex novo* con le seguenti novità:

- 1) la condanna può intervenire d'ufficio, su iniziativa del giudice
In questo caso, tuttavia, il giudice deve poter attingere dagli elementi in atti per concludere nel senso della condanna, elementi che devono essere introdotti in parte motiva per giustificare la pronuncia ex officio.
- 2) la condanna può intervenire in via equitativa.
L'ammontare risarcitorio segue le regole proprie dell'equità.

⁸ In tal senso, C. cost. 23 dicembre 2008, n. 435, in Giust. civ., 2009, n. 3, 551, la quale - nel ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 96 comma 1 c.p.c. nella parte in cui richiede un'istanza di parte - ha sottolineato che tale previsione si colloca nell'alveo della responsabilità civile, con i conseguenti profili risarcitori e problematiche in ordine all'onere della prova del richiedente.

⁹ In tal senso, *ex plurimis*: v. Cons. Stato, 25 febbraio 2003 n. 1026; Cass. 9 settembre 2004, n. 18169

¹⁰ Cass. 5 maggio 2003, n. 6796

¹¹ Il riferimento è a Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili, ordinanza n. 3057 del 09 febbraio 2009 che recita "Costituisce causa di responsabilità processuale aggravata, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 96 c.p.c., la proposizione di regolamento di giurisdizione senza il riscontro preventivo (nell'esercizio di un minimo di elementare diligenza) dell'erroneità della propria tesi alla stregua della disciplina positiva e della giurisprudenza, costituendo tale difetto di diligenza un elemento rilevatore di un uso distorto del regolamento ai fini meramente dilatori, oltre che, secondo nozioni di comune esperienza, di conseguenze pregiudizievoli per le controparti. Ai fini della quantificazione del danno la Corte può fare riferimento a nozioni di comune esperienza, tra cui il pregiudizio che la controparte subisce per il solo fatto di essere stata costretta a contrastare un'ingiustificata iniziativa dell'avversario, non compensata, sul piano strettamente economico, dal rimborso delle spese e degli onorari del procedimento stesso, liquidabili secondo tariffe che non concernono il rapporto tra parte e cliente.

Si è scritto, con ampia motivazione, che la previsione in esame, differentemente da quella enucleata nell'art. 91 c.p.c., avrebbe **natura sanzionatoria** e andrebbe, dunque, qualificata in termini di **sanzione processuale** (DEMARCHI, *Questioni pregiudiziali di rito, condanna alle spese e consulenza tecnica nella miniriforma del processo civile - Relazione al convegno di studi su "L'imminente ennesima riforma del processo civile, Milano, 18 maggio 2009* - in *www.ilcaso.it, sez. dottrina, 2009*).

2. IL DANNO PUNITIVO

L'opinione su espressa è quella condivisa dal Tribunale di Piacenza e, invero, quella preferibile.

Depone in tal senso la scelta di "sganciare" la norma dai precedenti commi che costituivano una applicazione dell'art. 2043 cod. civ. e la scelta, altresì, di svincolare la somma oggetto di condanna da parametri fissi¹² o specifici comportamenti delle parti. Ad ogni modo, per comprendere l'esatto "significato" della norma può farsi riferimenti al suo diretto ascendente normativo. All'uopo va rilevato che, per un giusto coordinamento, la riforma rimuove il comma terzo dell'art. 385 c.p.c. che prevedeva: "quando pronuncia sulle spese, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 375, la Corte, anche d'ufficio, condanna, altresì, la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari"¹³, se ritiene che essa ha proposto il ricorso o vi ha resistito anche solo con colpa grave".

La norma, oggi abrogata, di cui all'art. 385, comma IV, c.p.c. rappresenta indubbiamente il ceppo da cui è germinata l'attuale nuova formulazione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c., eccezion fatta per l'elemento costitutivo del dolo o della colpa grave. Basta osservare, al riguardo, che la norma suaccennata era stata introdotta dal d.lgs. 40/2006 e, dunque, costituiva un approdo delle più recenti intenzioni legislative.

La disposizione può, allora, aiutare ad interpretare il nuovo art. 96 cit.

La dottrina, al riguardo, non ha esitato a definire il nuovo art. 385, comma IV, c.p.c. in termini di **condanna alle spese di natura punitiva**¹⁴, facendo leva, *in primis*, proprio sulla possibile inflizione *ex officio* «così appunto marcatamente assumendo le fogge di una "pena privata" dal carattere inedito per il nostro ordinamento» (LUISO, CONSOLO¹⁵).

L'interesse presidiato dalla norma era (ed è per il nuovo 96) quello di deflazionare il contenzioso civile nonché quello di incidere, in misura efficace, contro le cd. liti temerarie, vera e propria patologia della giustizia civile.

Sulla scorta del nuovo grimaldello normativo, il giudice può (e, invero, deve) responsabilizzare la parte che abbia proposto una domanda giudiziale (o alla stessa resistito) senza sperimentare alcuna seria soluzione conciliativa ed adducendo – a sostegno delle proprie richieste - argomenti dai quali è possibile evincere un contegno tradottosi in un abuso dello strumento processuale. La norma risponde anche all'esigenza di preservare l'interesse pubblico ad una Giustizia sana e funzionale, scoraggiando il contenzioso fine a sé stesso che, aggravando il ruolo del magistrato e concorrendo a rallentare i tempi di definizione dei processi, crea nocumento alle altre cause in trattazione mosse da ragioni serie e, spesso, necessità impellenti o urgenze nonché agli interessi pubblici primari dello Stato che, in conseguenza dei ritardi, è sottoposto alle sanzioni previste dalla legge 89/2001, giusta l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁶ (Per i contributi

¹² Nell'originario progetto si ancorava la condanna alle tabelle forensi; si passava, poi, ad un ventaglio che andava da euro 1.000 ad euro 20.000. Il testo attuale elimina ogni target per il giudice

¹³ Dizione, quella del doppio dei massimi tariffari, che doveva confluire nel nuovo 96, comma III, c.p.c. nella versione originaria

¹⁴ LUISO, CONSOLO, *Codice di procedura civile commentato*, 2007, II, 3098

¹⁵ Ibidem

¹⁶ Su tali punti, si v. *Relazione al Parlamento sull'Amministrazione della giustizia*, 2010

di giurisprudenza richiamati: Trib. Varese, Sez. I, Sent. 30 Ott. 2009 in *Giur. di Merito*, 2010, 2, 431 con nota critica di ROSARIA GIORDANO che, abilmente, mette in evidenza le debolezze della tesi qui seguita; cfr. anche VANACORE, *Marca "punitiva" del nuovo art. 96 c.p.c.: a margine di un decisum del Tribunale di Varese*, in *Resp. civ.*, 2010, 387 ss.; Trib. Varese, sez. Luino, Ord. 23 gennaio 2010 in *Foro Italiano*, 2010, 7-8, I, 2229).

Molte, comunque, le questioni giuridiche che il nuovo disposto solleva.

3. ELEMENTO SOGGETTIVO

Alcune sono esaminate dal Tribunale di Piacenza che, ad esempio, "salva" l'architettura della norma ritenendo che, comunque, un coefficiente soggettivo di partecipazione al "danno" debba essere rintracciato nel senso che persiste l'esigenza della colpa grave o della malafede. Quanto a tale elemento soggettivo, come afferma la più recente Dottrina, la malafede processuale consiste nella consapevolezza dell'infondatezza della domanda o dell'eccezione proposta, oppure nella consapevolezza di agire slealmente abusando del proprio diritto o, ancora, nella consapevolezza di utilizzare lo strumento processuale per scopi estranei ai suoi fini istituzionali. La colpa grave, invece, sussiste quando la parte omette di osservare la benché minima diligenza nella verifica dei necessari presupposti per la proposizione della domanda giudiziale ovvero per la difesa in giudizio. Diligenza che consente di avvedersi dell'infondatezza della propria pretesa e di prevedere le conseguenze dei propri atti (v. Cass. 20 luglio 2004, n. 13455, in *Guida dir.*, 2004, 43, 49; Cass. 23 marzo 2004, n. 5734, in *Guida dir.*, 2004, 18, 67; Cass. 17 ottobre 2003, n. 15551, in *Giur. it.*, 2004, 1598).

4. DANNO CD. STRUTTURATO

In merito al danno, il Tribunale di Piacenza "guarda" alle spese legali e, così facendo, colloca la propria decisione lungo una direttrice ermeneutica di recente molto percorsa dalla giurisprudenza. Quanto al danno, infatti, secondo le Sezioni Unite il giudice può fare riferimento a nozioni di comune esperienza, tra cui il pregiudizio che la controparte subisce per il solo fatto di essere stata costretta a contrastare un'ingiustificata iniziativa dell'avversario, non compensata, sul piano strettamente economico, dal rimborso delle spese e degli onorari del procedimento stesso, liquidabili secondo tariffe che non concernono il rapporto tra parte e cliente (Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili, ordinanza n. 3057 del 09 febbraio 2009).

Certa giurisprudenza – e chi scrive – reputa, invero, che la liquidazione del danno ex art. 96 comma III c.p.c. possa costituire un terreno fertile per tutelare esigenze più complesse, accedendo alla tesi del cd. "danno strutturato". Nella fase liquidatoria, il danno viene, cioè, a strutturarsi nel senso che, il giudice, non deve guardare tout court all'interesse privato della vittima ma deve e può tenere anche conto degli effetti negativi che la singola lite temeraria ha avuto sul suo ruolo e, dunque, sull'amministrazione giudiziaria e, infine, sul contribuente (quale soggetto su cui, alla fine, in via indiretta, ricadono almeno in parte le conseguenze delle patologie del processo civile: si pensi, in primis, alle condanne milionarie cui sottoposta l'Italia per il danno da irragionevole durata del processo). Questo ragionamento induce a poter ritenere che là dove il giudice abbia applicato l'art. 96 comma 3 c.p.c. nella quantificazione del danno, la vittima dell'illecito non potrà poi anche richiedere, eventualmente, il danno da irragionevole durata del processo perché a questi è già stata versata (dalla controparte invece che dallo Stato) la somma di denaro che lo compensa del danno da illegittimo coinvolgimento nel processo, se durato oltre il termine di irragionevole durata. Da qui l'ottima idea di parametrare il

risarcimento secondo i noti barèmes della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo in materia di violazione del giusto processo (art. 6 CEDU).

5. CUMULO

Acutamente, il Tribunale di Piacenza non esclude il concorso tra le singole norme in seno all’art. 96 c.p.c. La soluzione è, invero, nella disposizione. Essa precisa: “in ogni caso” [*anche, cioè, nei casi di cui ai commi I e II*], quando pronuncia sulle spese, il giudice, anche d’ufficio, “può altresì” [*può, cioè, anche, in aggiunta*] irrogare la sanzione processuale. Si tratta, allora, di una condanna accessoria che può intervenire in via esclusiva o in aggiunta a quelle già previste.

E tanto discende da un corretto inquadramento sistematico della disposizione: essa è autonoma (rispetto alle altre “96”), con natura giuridica diversa rispetto alle altre “96”), sorretta da *ratio* diversa (rispetto alle altre “96”).

Le altre due previsioni, infatti, orbitano, comunque, nei “fatti illeciti” e, dunque, non mirano a sanzionare la parte ma a compensare il danneggiato di una perdita.

96 COMMA 1	La parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave,	SU ISTANZA DI PARTE	<i>Il giudice condanna al risarcimento del danno</i>	Quantum debeatur in via equitativa
96 COMMA 2	Il giudice accerta l’inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l’esecuzione forzata, e l’attore o il creditore procedente, ha agito senza la normale prudenza.	SU ISTANZA DI PARTE	<i>Il giudice condanna al risarcimento del danno</i>	Quantum debeatur in via equitativa
96 COMMA 3	In ogni caso, quando pronuncia sulle spese	ANCHE D’UFFICIO	<i>Il giudice condanna la parte soccombente ad una somma equitativamente determinata</i>	AN e Quantum debeatur in via equitativa

6. CONTRADDITTORIO

La liquidazione *ex officio* della somma ex art. 96 c.p.c. impone al giudice di instaurare sul punto il contraddittorio delle parti? Secondo il Tribunale di Piacenza: no. La soluzione è corretta e divisibile. Come ha correttamente segnalato la dottrina, la condanna ex art. 96, comma III, c.p.c. non è una questione su cui si fonda la decisione ma una pronuncia accessoria: è, cioè, un *posterius* e non un *prius* (DEMARCHI, cit.; espressamente preso in considerazione nella sentenza).

7. CONCLUSIONI: DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ

L'interpretazione dell'art. 96, comma III, c.p.c., in termini di sanzione punitiva, non va esente da rilievi critici. Trai tanti, il più evidente, è nel difficilissimo bilanciamento tra esigenza punitiva e funzione compensativa. L'esigenza di punire la parte che abusa del processo da un lato, convive con il rischio di arricchire troppo la controparte litigante dall'altra.

La questione è semplice.

Il Legislatore tutela un interesse pubblico ma riversa la sanzione in favore di un interesse privato perché la condanna viene “*incassata*” da una delle parti del processo (quella che subisce l'abuso). Vi è, allora, che il giudice, pur dovendo “punire” uno dei litiganti per un verso, non può però arricchire l'altro di riflesso. E, allora, il divieto di locupletazione rappresenta il limite implicito al *quantum* del danno. Ma ciò vuol dire che la sanzione può perdere totalmente efficacia persuasiva e deterrente: e, infatti, se il soggetto che abusa dispone di grandi patrimoni, dovendo sempre guardare al pregiudizio della controparte, ben può capitare che la sanzione (limitata dal divieto di locupletazione) sia di fatto irrilevante per il sanzionato.

Da qui una certa irragionevolezza della norma.

- 1) se ha funzione risarcitoria, è irragionevole scriverla “in bianco”, senza cioè alcun parametro oggettivo di riferimento per la compensazione;
- 2) se ha funzione punitiva, è irragionevole non prevedere che la somma sia destinata alla cassa delle Ammende piuttosto che alla parte privata.

Non è da escludere una questione di legittimità costituzionale (artt. 3, 111 Cost.).

Ad ogni modo, rivisitare i criteri di regolamentazione delle spese di lite e attribuire la corretta veste giuridica all'art. 96 c.p.c. comma III, consente, in uno con le altre misure pure introdotte nell'ordinamento, di ricordare al litigante che “il processo civile è una cosa seria”. Al contempo, la parte che subisce l'abuso può trarre il convincimento di una Giustizia sana e efficace, cosicché l'utente, al termine del processo, potrà tornare a dire «a questo mondo c'è giustizia, finalmente»

«ONERE DI CONTESTAZIONE»

Giuseppe Buffone

Tribunale di Varese, sezione Prima civile, sentenza 19 gennaio 2010 (est. Stefano Sala)**Litisconsorzio necessario – Contumacia di uno dei convenuti – Principio di non contestazione – Non applicabile – Principio di non contraddizione**

In presenza di un unico fatto generatore della responsabilità, l'accertamento dello stesso non può condurre a risultati differenti a seconda che la statuizione produca effetto nei confronti di un litisconsorte ovvero di un altro. La struttura dell'azione diretta si fonda su di un medesimo accertamento che coinvolge tutti i tre soggetti implicati nel processo ed impone un accertamento unico ed uniforme, anche in ottemperanza al principio di non contraddizione. Pertanto, l'esistenza del rapporto di assicurazione e la responsabilità dell'assicurato non possono essere contemporaneamente affermate e negate. Una volta accertata o negata nel giudizio promosso dal danneggiato nei confronti dell'assicuratore, in contraddittorio con l'assicurato, la responsabilità è accertata o negata anche nei rapporti tra danneggiato e assicurato. Ne consegue che, operando il principio di non contestazione sull'accertamento dei fatti posti a fondamento della responsabilità, questo non può trovare applicazione nel giudizio litisconsortile ove uno dei litisconsorti sia contumace. In questa ipotesi, l'attore avrà l'onere di provare il fatto pur di fronte alla mancanza di contestazione da parte del convenuto costituito (sulla falsa riga di quanto già avviene per l'ipotesi della confessione, v. Sezioni Unite n. 10311/2006)

Trib. Lamezia Terme, sez. civile, ordinanza 18 marzo 2010 (est. G. Ianni)

Massima - La “non contestazione” che permette la pronuncia di ordinanza ex art. 186 bis c.p.c. consiste in un contegno processuale, non potendo concorrere ad integrarla atteggiamenti assunti dalla parte prima e al di fuori del giudizio. Il provvedimento in questione, pertanto, non può essere pronunciato dall'istruttore ove una parte, dichiaratasi disponibile stragiudizialmente al pagamento di una certa somma, in giudizio contesti i presupposti della domanda avversaria

Massima - E' una contestazione specifica, sia in ordine all'*an* che in ordine al *quantum debeatur*, quella con cui una parte chieda l'integrale rigettato dell'avversa domanda, lamentando che i danni sofferti dalla controparte non si sarebbero verificati ove la stessa avesse tenuto un comportamento diligente, denunciando immediatamente i vizi scoperti ed in via subordinata invochi una riduzione rispetto all'ammontare richiesto in quanto non corrispondente all'entità del pregiudizio sofferto.

Trib. Lamezia Terme, sez. civile, sentenza 28 giugno 2010 (est. G. Ianni)

Massima - La “non contestazione” sui fatti indicati può esonerare le parti dal rispetto dell'art. 1988 c.c. secondo cui, nell'ambito del rapporto tra assicuratore e assicurato, il contratto di assicurazione si prova per iscritto. A differenza di quanto accade nel caso della forma scritta ad substantiam, infatti, quando la legge richiede la forma scritta a fini probatori, tale onere non attiene alla validità del contratto bensì alla dimostrazione giudiziale della sua stipulazione e del suo contenuto. Ciò comporta, evidentemente, delle limitazioni per chi intende avvalersi in sede processuale di quel contratto, in quanto l'interessato non potrà ricorrere a tal fine alla prova per testimoni e per presunzioni, potendo solo utilizzare gli strumenti del giuramento o della confessione giudiziale o stragiudiziale in surroga alla copia scritta del negozio.

1. Art. 115, I c.p.c.: *relevatio ab onere probandi*. – 2. Fatto non contestato e discrezionalità del giudice – 3. *Ratio legis*: incidenza anche sul principio del “giusto processo” – 4. Evoluzione pretorile dell’istituto – 5. Non contestazione e “triplice” effetto per il processo – 6. Contestazione “tempestiva” – 7. Ambito applicativo – 8. La “specificità” della contestazione e la “negazione” del fatto – 9. Tecnica di non contestazione: le regole – 10. Contumacia e parti – 11. Bilateralità dell’onere di contestazione – 12. Limiti - 13. Ipotesi di comparsa con contestazioni specifiche.

Bibliografia

[1]. Il saggio di legificazione contenuto nella l. 18 giugno 2009 n. 69 contiene diverse previsioni normative che, in vario modo e con diverso approccio, recepiscono orientamenti di giurisprudenza ormai consolidati o via di consolidarsi. Un ruolo preminente spetta, senz’altro, al principio di contestazione, recepito dal legislatore della riforma nel “nuovo” art. 115, comma I, c.p.c.

“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”.

L’ultimo inciso («fatti non specificamente contestati») approda nell’art. 115 cit., per l’appunto, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 69/09 cit. la quale ha, di fatto, convalidato la giurisprudenza di Cassazione che, a partire dall’arresto a Sezioni Unite del 2002 (sentenza n. 761), ha affermato l’esistenza, nell’ordinamento processuale civile, di un onere di contestazione per le parti, legato ai fatti introdotti dall’altra¹⁸, ritenendo che il *deficit* di contestazione “rende inutile prove il fatto, poiché non controverso ... vincolando il giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza”.

Vi è chi, invero, già passato, autorevolmente scriveva che «*dinanzi al magistrato non si va per tacere ma bensì per parlare, per far conoscere le proprie ragioni e i torti dell’avversario con dichiarazioni precise, positive e pertinenti alla lite*» (L. MORTARA). Il *punctum pruriens* involgeva, tuttavia, gli effetti che produceva il “silenzio” della parte costituita sulle affermazioni dell’altra. L’art. 115 novellato dà una risposta ora normativa poiché recepisce il principio per cui la non contestazione di fatti allegati dalla controparte vale *relevatio ab onere probandi* per il deducente (SASSANI, 5)¹⁹. Vengono così recepiti gli insegnamenti di quella autorevole Dottrina che, già da tempo, aveva ritenuto che per la concreta determinazione del *thema probandum*, occorresse fare riferimento ad un principio tacito, ma non per questo meno importante, in tema di prova: per l’appunto, il principio di non contestazione. Secondo la dottrina citata, si tratta di un principio «*di diuturna applicazione nelle controversie civili, di importanza essenziale per non rendere impossibile o comunque eccessivamente difficile l’onere*

¹⁷ Tratto da: BUFFONE G., *La riforma del processo civile*, Buffetti editore, 2009

¹⁸ Ma va precisato: originariamente solo per il rito del lavoro

¹⁹ V. PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena* (nota a Cass. civ., sez. III, 20 marzo 2006, n. 6092; Cass. civ., sez. lav., 6 febbraio 2006, n. 2468; Cass. civ., sez. lav., 30 gennaio 2006, n. 2035) in *Foro It.*, 2006, 11, 1, 3143

probatorio delle parti ed in specie dell'attore, per evitare il compimento di attività inutili e quindi realizzare esigenze di semplificazione e di economia processuale»²⁰.

[2]. Un primo dato di rilievo va evidenziato.

Il Legislatore ha scelto una precisa collocazione topografica del principio. Avrebbe, infatti, potuto inserirlo nel primo comma dell'art. 115 ovvero nel secondo.

La collocazione, nell'una o nell'altra volta, determina conseguenze rilevanti in punto di regime giuridico applicabile e, in specie, quanto al potere discrezionale del giudice al cospetto del fatto non contestato (o contestato genericamente).

115 Comma I	115 Comma II
Il giudice DEVE porre a fondamento della decisione	Il giudice PUÒ porre a fondamento della decisione

Ciò vuol dire che i fatti non contestati “DEVONO” essere posti a fondamento della decisione senza che residui discrezionalità per il giudicante, cosa che è consentita solo nel secondo comma dell'art. 115 c.p.c. La realtà è che la collocazione topografica depone nel senso di dovere ritenere “provati” i fatti non contestati e, cioè, farli confluire nel concetto di “prova” che è menzionato nel comma I dell'articolo in esame²¹.

FATTO NON CONTESTATO = FATTO PROVATO

Dalla qualificazione del fatto non contestato come fatto provato (alcuni specificano: perché pacifico²²) deriva la “irreversibilità della originaria non contestazione, non in forza di una decadenza che non è scritta nella legge, ma in via di interpretazione sistematica (VALLEBONA, 2).

Giova, dunque, rilevare che il giudice che non porrà a fondamento della decisione un fatto non contestato incorrerà in *error in procedendo* per violazione dell'art. 115, comma I, c.p.c. E' quanto già affermava la Suprema Corte prima della legge 69/09 (v. Cassazione civile, sez. III, 05 marzo 2009, n. 5356): “*l'art. 167 c.p.c., imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi del diritto preteso dalla controparte, considera la non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e dovrà, perciò, ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti*”.

Ancora più esplicitamente: il “fatto non contestato non ha bisogno di prova perchè le parti ne hanno disposto, vincolando il Giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza”²³.

Sono, dunque, senz'altro corrette le osservazioni di chi, già in passato, ha esaminato l'istituto pervenendo alla conclusione per cui «la non contestazione è diretta

²⁰ La dottrina citata è PROTO PISANI *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 158 ss.; v. anche *Lezioni di diritto processuale civile*, 4a ed., Napoli, 2002, 108 s

²¹ Per alcuni, la non contestazione è da equiparare alla ammissione implicita

²² ²² VALLEBONA, *L'onere di contestazione nel processo del lavoro* in www.judicium.it

²³ Cassazione civile, sez. III, 21 maggio 2008, n. 13078

all'attribuzione di efficacia probatoria (in questo caso di prova legale) a fatti non investiti dalla fase dell'accertamento probatorio; accertamento probatorio che, proprio in virtù dell'intervenuta non contestazione, si rivela superfluo»²⁴.

Il fatto non contestato, pertanto, acquista l'efficacia tipica della prova legale.

[3]. La *ratio* del principio di non contestazione, tenuto conto dell'architettura generale della legge 69/2009, va ricercata nelle superiori esigenze di semplificazione del processo e di economia processuale, o anche, se si vuole, nella responsabilità o autoresponsabilità delle parti nell'allegazione dei fatti di causa²⁵. Non si tratta, pertanto, di una sanzione²⁶. Non deve ignorarsi, però, che la Cassazione più recente non ha esitato a ritenerlo protetto da rilievo costituzionale, quale strumento per garantire un "giusto processo". In particolare, Cass. civ. 24 gennaio 2007 n. 1540 (sez. tributaria) ha affermato che il c.d. "principio di non contestazione" - da intendersi correttamente come onere di contestazione tempestiva, col relativo corollario della non necessità di prova riguardo ai fatti non tempestivamente contestati, e, a fortiori, non contestati tout court - è invocabile anche nel processo tributario, sia perché questo, essendo strutturato sulla falsariga del processo civile, ha natura dispositiva come quello ed è anch'esso caratterizzato da un sistema di preclusioni, sia per la incidenza del principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost. "Questo non può essere inteso soltanto come monito acceleratorio rivolto al giudice in quanto soggetto del processo, ma soprattutto al legislatore ordinario ed allo stesso giudice in quanto interprete della norma processuale - dovendo ritenersi che una lettura costituzionalmente orientata delle norme sul processo non possa mai prescindere dal principio in esame -, nonché alle parti, che, specie nei processi dispositivi, *devono responsabilmente collaborare alla ragionevole durata del processo, dando attuazione, per quanto in loro potere, al principio di economia processuale e perciò immediatamente delimitando, ove possibile, la materia realmente controversa.*

[4]. La riforma, comunque, recepisce il consolidato principio giurisprudenziale secondo cui la mancata contestazione di un fatto allegato dalla controparte comporta la sua ammissione, principio anche di recente difeso dalla Suprema Corte (cfr. Cassazione Sezione Prima Civile n. 5191 del 27 febbraio 2008, Pres. Luccioli, Rel. De Chiara) e dalla giurisprudenza di merito. In proposito - acclarato che la non contestazione vale come comportamento processualmente rilevante se riferito a fatti e non all'applicazione di regole giuridiche - la sentenza delle Sezioni Unite n. 761 del 2002²⁷ facendo leva sull'onere del convenuto - previsto dall'art. 416 c.p.c., per il rito del lavoro, e dall'art. 167, primo comma, c.p.c. (come novellato dalla legge 26 novembre 1990, n. 353), per il rito ordinario - di prendere posizione, nell'atto di costituzione, sui fatti allegati dall'attore a fondamento della domanda, ha affermato che il difetto di contestazione di quei fatti ne implica l'ammissione in giudizio se si tratta di fatti c.d. principali, ossia costitutivi del diritto azionato (BUFFONE, *Profili ...*, 2).

E' opportuno evidenziare che a questa sistematica della materia - germinata dall'esame del rito nel processo del lavoro - sono seguiti ulteriori sviluppi, con l'affermazione del più ampio principio secondo cui "l'onere di contestazione tempestiva

²⁴ Sicuramente da leggere integralmente: C. M. CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile in Giusto processo civile*, 2006, fasc. 2, 173 ss.

²⁵ così già CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995., 262 ss.; della stessa idea PROTO PISANI

²⁶ VALLEBONA, *L'onere di contestazione nel processo del lavoro* in www.judicium.it

²⁷ CREA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite (nota a Cass., sez. un., 23 gennaio 2002 n. 761)* in *Foro It.*, 2002, I, 2017

non è desumibile solo dagli artt. 167 e 416 c.p.c., ma deriva da tutto il sistema processuale, come risulta:

- a) dal carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena;
- b) dal sistema di preclusione, che comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa;
- c) dai principi di lealtà e probità posti a carico delle parti;
- d) infine, 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 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, senza che rilevi la natura di tale fatto (Cass. 12636/2005, preceduta da Cass. 3245/2003, riferita al solo processo del lavoro, e seguita da Cass. 1540/2007, che ha esteso il principio al processo tributario).

Alla descritta evoluzione della giurisprudenza di Cassazione, il Legislatore ha reputato di dover dare continuità, confermando, quindi, la sussistenza di un onere, per la parte costituita, di contestare tempestivamente i fatti allegati dalla parte avversaria, che altrimenti è esonerata dal fornirne la prova. L'orientamento recepito nell'art. 115 c.p.c. era stato, invero, respinto sia da una parte della giurisprudenza che da una parte della dottrina: e, tuttavia, sotto la volta del "giusto processo", come disegnato nell'art. 111 Cost., l'opzione avversa si rivela idonea a vulnerare sia la ragionevole durata del procedimento, sia la regola dell'economia.

Ed, invero, la stessa giurisprudenza di Cassazione a favore del principio della "non contestazione" non omette di rilevare come, i precedenti in distonia, si limitino a "confermare acriticamente il precedente orientamento (v. Cass. 2959/2002, 13830/2004, 5488/2006)", (così Cass. Civ. 5191/2008, già cit.).

Nel ventaglio dei fatti introdotti nel giudizio, dovrà dunque effettuarsi un distinguo: andranno a confluire nel *thema probandum* solo i fatti «*beweisbedürftige*» ovvero, secondo la dizione tedesca, quelli "bisognosi di prova": tali non sono i fatti non contestati che, in quanto ammessi, sono pacifici.

[5]. Il difetto di contestazione implica l'ammissione dei fatti dedotti in giudizio e produce un triplice effetto: un effetto per chi doveva contestare (e non l'ha fatto), un effetto per il deducente (colui che allega il fatto non contestato), un effetto per il giudice.

Per il contestatore: il principio comporta che i fatti allegati dalla parte avversaria, qualora non siano contestati, debbono essere considerati incontrovertibili e non richiedenti una specifica dimostrazione (si v. Cass. civ., sez. 2, sentenza n. 27596 del 20 novembre 2008, ove la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva respinto la domanda di accertamento dell'esistenza di una servitù di passaggio sul rilievo che gli attori non avevano allegato alcun fatto costitutivo del diritto stesso, senza tenere in adeguata considerazione che l'esistenza del diritto non era stata contestata dai convenuti e che l'unico oggetto del giudizio consisteva nello stabilirne l'estensione e le modalità di esercizio).

Per il deducente: questo sarà esonerato dall'onere della prova.

Per il giudice: avrà l'obbligo di ritenere il fatto provato senza svolgere istruttoria al riguardo. Alcuni commentatori reputano che, nonostante il disposto dell'art. 115, comma I, c.p.c., residui uno spazio di discrezionalità del Giudice nel valutare il fatto non contestato. L'opinione è da respingere. Come si scrisse già, a commento delle Sezioni Unite 761/02, la non contestazione (per la dottrina citata: una particolare ipotesi di ammissione implicita) «non è rimessa alla valutazione caso per caso del giudice circa la effettiva incompatibilità logica tra impostazione difensiva del convenuto e negazione del fatto, ma viene ricavata una volta per tutte direttamente dalla legge, intesa nel senso della

automatica equiparazione tra omessa o generica contestazione e ammissione del fatto non contestato» (VALLEBONA, 2).

Un problema diverso può, tutt'al più, riguardare l'eventuale contrasto tra fatto non contestato ed altre prove legali acquisite alla piattaforma probatoria (ad es. un documento acquisito ex art. 210 c.p.c. che si ponga in contrasto con la prova emergente dalla non contestazione). Ma tale *impasse* non va risolto svilendo l'efficacia probatoria del fatto non contestato bensì mediante corretta applicazione dell'art. 116, comma I²⁸, c.p.c. e, cioè, valutando con prudenza l'impianto di prove acquisite. Ciò può comportare che il giudice si convinca nell'attribuire maggiore peso probatorio ad una prova piuttosto che ad un'altra (dovendo, però, motivare sul punto).

[6]. Quale è l'ultimo momento utile per contestare i fatti avversi? Parte della dottrina afferma essere le memorie di replica ex art. 183, comma VI, n. 2²⁹, ove si chiude il sipario sul panorama probatorio. La giurisprudenza, tuttavia, ha puntualizzato che l'onere di contestazione deve essere assolto nella prima difesa utile (Cass. civ. 27 febbraio 2008 n. 5191; Cass. civ. 21 maggio 2008 n. 13079). L'orientamento più recente della Cassazione si fonda sul dettato legislativo che indica in quali atti il convenuto deve prendere posizione sulle deduzioni dell'attore. Si tratta, innanzitutto, della comparsa di risposta ex art. 167 c.p.c.: *“nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda”*.

Deve, allora, ritenersi che il principio introdotto (*rectius*: riconosciuto) nell'art. 115 c.p.c. debba essere coordinato con le regole già esistenti e, dunque, l'onere di contestazione vada adempiuto con la prima difesa utile.

Va ricordato, comunque, che la questione (con riferimento al rito del lavoro) è stata risolta nella motivazione della sentenza Sez. Un. 761 del 23 gennaio 2002 che ha particolarmente approfondito la questione esponendo le argomentazioni fondamentali sulle quali si è basata, poi, la nuova giurisprudenza.

In detta decisione infatti si legge: *“...Il menzionato difetto di contestazione...omissis... A) se concerne fatti costitutivi del diritto, si coordina al potere di allegazione dei medesimi e partecipa della sua natura, sicchè simmetricamente soggiace agli stessi limiti apprestati per tale potere; in altre parole, considerato che l'identificazione del tema decisionale dipende in pari misura dall'allegazione e dall'estensione delle relative contestazioni, risulterebbe intrinsecamente contraddittorio ritenere che un sistema di preclusioni in ordine alla modificabilità di un tema siffatto operi poi diversamente rispetto all'uno o all'altro dei fattori della detta identificazione”*.

La dottrina³⁰, peraltro, ha osservato che «la contestazione tardiva (vale a dire la contestazione successiva ad un fatto originariamente incontestato), in quanto comportamento che può provenire esclusivamente dalla parte (che inizialmente non aveva contestato), può essere assimilata all'eccezione in senso stretto»: conseguentemente, in considerazione di quanto previsto dagli art.345, 2° comma, e 437, 2° comma, c.p.c., la contestazione successiva di fatti rimasti incontestati nel giudizio di primo grado deve ritenersi inammissibile in appello, sia nel processo del lavoro che nel rito ordinario (salva la rimessione, oggi ex art. 153 c.p.c.)

[7]. La non contestazione va considerata come comportamento processualmente rilevante se riferito a fatti e non all'applicazione di regole giuridiche: le questioni di diritto sono estranee all'applicazione dell'art. 115 c.p.c.

²⁸ Come correttamente rileva, in dottrina, F. DANOVÌ

²⁹ ALPA, MARICONDA, *Codice civile commentato*, 2009, IV, 98

³⁰ CEA, *Commento della sentenza SS.UU. 761/2002 in Foro it.*, 2002, I, 2017 ss., 2026

Fermo restando, poi, il comune presupposto della rilevanza limitata ai casi di non contestazione di fatti, occorre nondimeno osservare come secondo la giurisprudenza sinora formatasi le conseguenze variano in relazione al tipo dei fatti di cui trattasi, come suggerirebbe il testuale tenore delle norme, ex artt. 115, 167 e 416 c.p.c., istitutive dell'onere suddetto, lette alla luce di rilievi sistematici sulla struttura del processo in cui esse si inseriscono.

Si afferma, dunque, che il difetto di contestazione implica l'ammissione dei fatti dedotti in giudizio se si tratta di fatti c.d. principali, ossia costitutivi del diritto azionato: per i fatti c.d. secondari, ossia dedotti in esclusiva funzione probatoria, la non contestazione costituirebbe, invece, argomento di prova ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c.

Occorrerebbe, allora, distinguere i fatti costitutivi del diritto, dalle circostanze dedotte al solo fine di dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi: posta tale distinzione, la giurisprudenza richiamata conclude che nei «fatti posti dall'attore a fondamento della domanda», dei quali appunto è menzione nelle dette norme, è palesemente riconoscibile il connotato della prima categoria di fatti, potendosi della funzione fondante rispetto alla pretesa accreditare esclusivamente i fatti giuridici costitutivi della medesima. Per i **fatti secondari**, il difetto di contestazione potrà essere utile al giudice come argomento di prova ex art. 116, secondo comma cod. proc. civ. (Cassazione civile, sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761).

Può ritenersi che la riforma abbia esteso il principio di non contestazione anche ai fatti secondari? Per un verso, dando credito al filone metodologico, deve ritenersi che il legislatore abbia recepito non più e non meno di quanto era già presente nella giurisprudenza: ed allora la differenza tra fatti principali e fatti secondari conserverebbe valenza sistematica.

Per altro verso, le norme che hanno costituito l'emersione a valle del principio a monte, sono rimaste immutate (in particolare, l'art. 167 c.p.c. che continua a individuare, come fatti da contestare, quelli posti a fondamento della domanda, cioè i fatti primari).

In realtà deve propendersi per una estensione del principio a tutti i fatti.

Il riferimento a “quelle norme” era, per l'appunto, determinato dalla carenza di altri referenti normativi. Ma, allo stato, il principio di non contestazione è stato tipizzato dal legislatore in via generale e senza porre l'accento sui soli fatti primari.

Ciò è anche in linea con lo spirito della riforma e recepisce quelli che erano i suggerimenti della migliore dottrina. Questa affermava che la distinzione tra valore della non contestazione dei fatti principali e valore della non contestazione dei fatti secondari non reggesse poiché la non contestazione «opera allo stesso modo sia riguardo ai fatti principali che riguardo ai fatti secondari»³¹ (v. al riguardo, comunque, Cass. 17 aprile 2002, n. 5526, Foro it., 2002, I, 2017).

Il principio di contestazione, pertanto, si applica sia ai fatti primari che secondari.

[8]. Quale contenuto deve avere la contestazione per impedire l'ammissione dei fatti?

La disposizione è chiara: determinano un vicolo per il giudice “i fatti non specificatamente contestati”. Ciò vuol dire che la contestazione generica equivale a difetto di contestazione. La contestazione, per essere efficace, deve essere “specificata”. Ecco, allora, un elenco di formule che sono oggi da considerare contestazioni generiche e, perciò, producono gli effetti di cui all'art. 115, comma I, c.p.c.

CONTESTAZIONI GENERICHE (EQUIVALENTI A DIFETTO DI CONTESTAZIONE)

³¹ Il già più volte citato PROTO PISANI il quale rievoca, anche, CARNELUTTI, La prova civile, Roma, 1915, 16 ss.

*La parte impugna e contesta quanto ex adverso dedotto
Le deduzioni avverse sono sfontate di prova
Quanto dedotto da parte avversa è falso e non corrisponde a verità
Si contesta sotto ogni aspetto quando dedotto da parte avversa
La domanda è inammissibile, improcedibile, improponibile e, comunque, infondata in fatto e diritto*

Conferma di quanto sin qui esposto si ricava dalla recentissima Cass. civ. 5356/2009:
«l'assunto di aver "...impugnato e contestato la domanda formulata dalla controparte perchè infondata in fatto ed in diritto" riguarda una affermazione difensiva assolutamente generica»

E', al contrario, specifica una contestazione che contrasta il fatto avverso con un altro fatto diverso o logicamente incompatibile oppure con una difesa che appare seria per la puntualità dei riferimenti richiamati. Un esempio può essere chiarificatore.

(ATTORE: CAIO; CONVENUTO: TIZIO)

Attore: Tizio ha colpito Caio al volto e gli ha provocato la rottura del setto nasale

Contestazione: Ipotesi 1 – Convenuto: *Si impugna e contesta quanto dedotto da Caio*

Contestazione: Ipotesi 2 – Convenuto: *Tizio non ha colpito al volto Caio ma all'addome, per cui la rottura dei denti non è stata causata dal convenuto*

Contestazione: Ipotesi 3 – Convenuto: *Tizio non ha colpito Caio che è stato colpito da Sempronio.*

Contestazione: Ipotesi 4 – Convenuto: *NEGO di aver colpito Caio al volto e di avergli provocato la rottura del setto nasale (firm. Caio)*

La contestazione n. 1 è generica. Le contestazioni ai numeri 2 e 3 sono specifiche.

Deve precisarsi che il principio di non contestazione deve necessariamente essere coordinato con il principio di **vicinanza della prova**: e, cioè, la specificità della contestazione varierà a seconda della prossimità del *contestatore* al fatto. Non è, infatti, sempre possibile contestare in modo dettagliato e specifico: si pensi ai casi in cui il fatto accade sol perché narrato dall'attore, là dove il convenuto – in passato – negava la verità del fatto e si affidava all'onere della prova gravante sull'avversario. Si pensi al caso in cui un soggetto assuma di essere caduto, in un determinato giorno, di una determinata ora, presso una insidia del manto stradale. Come può l'ente convenuto contestare specificamente la dinamica dell'accaduto? E' chiaro che in casi del genere il giudice dovrà alleggerire il peso dell'onere di contestazione.

Va, in tal senso, recepito quanto già sostiene la giurisprudenza nel rito lavoro, posto che, allo stato, la non contestazione è principio comune ai due riti.

Quanto alla ipotesi n. 4 di contestazione, una *querelle*, in argomento, ha investito in passato l'efficacia – ai fini dell'assolvimento dell'onere di contestazione – della mera negazione del fatto. Si è sostenuto, infatti, che i requisiti di precisione e non genericità prescritti dalla legge non escludono la sufficienza della "mera secca negazione del fatto", da qualificare come modo estremamente preciso di prendere posizione. L'opinione non può essere condivisa. Come ha scritto la dottrina, al riguardo, aderendo alla tesi suaccennata, la rilevanza pratica dell'onere di non contestazione «è destinata a scemare rapidamente, poiché i legali prudenti, nel difendere il convenuto, si adegueranno a quanto richiesto e provvederanno a negare esplicitamente i fatti affermati dal ricorrente che non intendono dare per pacifici» (VALLEBONA, 6). Ed, allora, una contestazione non può dirsi specifica ove si limiti a negare il fatto avverso.

[9]. Cassazione civile, sez. lavoro, sentenza 15.04.2009 n. 8933, in particolare, ribadisce che “negare il fatto avverso”, *tout court*, equivale a contestazione generica ma ribadisce, anche, tali altri principi pur di grande importanza:

- I) contestare sostenendo che la parte avversaria non ha provato i fatti dedotti ed allegati costituisce una contestazione meramente apparente, come tale equivalente alla “non contestazione”;
- II) in tanto può operare il principio di non contestazione in quanto le circostanze oggetto della contestazione siano «nella sfera di conoscenza e di disponibilità del contestatore»;
- III) la contestazione generica, in presenza di fatti ritualmente allegati dalla controparte in modo preciso e puntuale, va equiparata alla mancanza di contestazione,
- IV) per potersi assegnare alla contestazione un effettivo rilievo processuale devono, con essa, venire richiamate circostanze fattuali a tal fine pertinenti e significative,
- V) l'adempimento da parte dell'attore dell'onere di individuare con precisione nel libello introduttivi i fatti allegati è necessario al fine di consentire un'efficace contestazione di essi da parte del convenuto,
- VI) l'onere di contestazione va valutato tenendo conto anche della concreta possibilità del convenuto di avere conoscenza specifica dei fatti allegati.

[10]. E' opportuno precisare che i principi sin qui richiamati, non riguardano il **processo in contumacia**³²: se il convenuto non si costituisce, i fatti affermati dall'attore non si reputano “non contestati”, poiché detta regola del processo contumaciale “è *in contrasto con la tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito il valore di confessione implicita*” (Corte Costituzionale, sentenza 12 ottobre 2007 n. 340).

Ed, infatti, l'art. 115 c.p.c. fa riferimento alla “**parte costituita**”.

Autorevole dottrina, in tal senso, ha da data risalente affermato che il principio in questione non può mai trovare applicazione in caso di contumacia consistendo la stessa in «un comportamento equivoco e non concludente»³³.

Ma cosa accade **in caso di litisconsorzio** con un convenuto contumace? Si pensi al tipico caso dei sinistri stradali (ove, in genere, il proprietario del mezzo resta contumace).

A parere di chi scrive dovrebbe propendersi per l'applicazione dei medesimi teoremi che la Cassazione ha costruito per la confessione nel giudizio liticonsortile. Al riguardo, le S.U. (sentenza 5.5.2006, n. 10311), in ipotesi di litisconsorzio necessario hanno affermato che, ai sensi dell'art. 2733, c. 3, c.c., la confessione resa da alcuni soltanto dei litisconsorzi è liberamente apprezzata dal giudice, in relazione a tutti i litisconsorzi e non solo in relazione ai non confitenti. Hanno precisato, in particolare, che i rapporti non possono essere regolati diversamente tra le parti del giudizio essendo i fatti gli stessi.

La circostanza che uno solo dei litisconsorti ammetta il fatto, non contestandolo, non può, peraltro, rendere pacifico quel fatto in presenza di un convenuto contumace, poiché si frustrerebbero le sue ragioni ed il suo diritto di difesa che si esplica nella impossibilità di far conseguire dalla contumacia effetti pregiudizievoli.

Deve, dunque, propendersi per il mero argomento di prova ovvero per il fatto che può essere liberamente apprezzato dal giudice.

³² VIDIRI, *La contumacia ed il principio di non contestazione nel processo del lavoro* in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, 6, 494

³³ E' l'opinione di VERDE

[11] Si è scritto, a commento del nuovo art. 115 c.p.c., che ad una prima lettura “la nuova norma sembra addossare l’onere di contestazione – e tutte le conseguenze che derivano dal suo mancato assolvimento – alla sola parte convenuta” (CORRADO, 1).

L’assunto non può essere condiviso. La lettera della disposizione è chiara nel riferirsi, per precisa scelta, alla “PARTE COSTITUITA”, con ciò riferendosi non solo al convenuto ma anche all’attore, ancor più, ad esempio, laddove sia stata proposta domanda riconvenzionale. Si vuol dire che l’onere di contestazione è bilaterale.

“Il principio della parità di trattamento delle parti del processo impone di applicare la affermata equiparazione del fatto non contestato al fatto pacifico anche ai fatti fondanti le eccezioni del convenuto e che il ricorrente deve contestare alla prima udienza” (VALLEBONA, 5).

Stesso dicasi per l’eventuale terzo chiamato in causa.

Al riguardo va precisato che l’intervento del terzo non trova alcuna preclusione nel difetto di contestazione delle altre parti: ove il fatto sia ad esso comune, questo, costituendosi, può contestare le circostanze fattuali che trova in giudizio, sottraendole dall’alveo dei fatti non contestati.

Si pensi, ad esempio, al garante che contesta l’an della responsabilità ove il garantito aveva contestato solo il *quantum debeatur*.

Va, in ultimo, precisato che la struttura dialettica a catena del processo civile fa sì che divengano non contestati anche i fatti la cui ammissione è compatibile con talune contestazioni della parte. Del pari la contestazione di un fatto si estende a quelli incompatibili con la stessa.

Ad esempio.

Se Tizio contesta di avere investito Caio, sostenendo che ad investirlo sia stato Sempronio, la contestazione si estende al *quantum*, anche se sul punto nulla è stato detto, poiché la contestazione del fatto a monte è incompatibile con l’ammissione del fatto a valle. Al contrario, se Tizio contesta il danno subito da Caio, sostenendo che questi non avesse le cinture, è chiaro che non viene in contestazione il fatto del sinistro, la cui ammissione è compatibile con il contestare le sole conseguenze dannose dell’illecito.

[12]. Un limite all’applicazione del principio di contestazione va, comunque, rinvenuto nelle procedure in cui vengono in rilievo diritti indisponibili della persona ovvero interessi per cui è posto a garanzia e controllo il giudice: tipico il caso dei procedimenti in materia di famiglia ove siano coinvolti minori. Il fatto che i genitori, ad esempio, lascino “pacifico” un fatto non impedisce al giudice di svolgere comunque istruttoria sullo stesso ove l’interesse superiore del minore lo richieda.

Il presupposto logico-giuridico dell’applicazione del principio di non contestazione è, dunque, rappresentato dai «*fatti disponibili*»

Aderendo, dunque, alla teorizzazione della migliore dottrina, deve ritenersi che il principio di non contestazione non trovi applicazione:

- 1) **nei processi relativi a diritti indisponibili:** in queste controversie le parti non possono, con il loro contegno processuale, vincolare in alcun modo la decisione del giudice.
- 2) **Per i contratti per cui è richiesta la forma scritta ad substantiam:** in tal caso, il potere del giudice di rilevare d’ufficio la nullità prevale (ed eventualmente inibisce) l’efficacia vincolante della non contestazione (si pensi ai contratti della Pubblica Amministrazione).
- 3) **Nel processo contumaciale:** poiché la ficta confessio è incompatibile con il nostro sistema processuale (come disegnato dalla Costituzione).