



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

# **INNOVAZIONE E DIRITTO**

## **Il nuovo principio di “non contestazione” ex art. 115 c.p.c. nell’ambito del processo tributario**

**di Giuseppina Simioli**

**Cenni introduttivi – Contesto dottrinale e giurisprudenziale previgente alla Legge 18 giugno 2009, n. 69 – La novellata disposizione normativa di cui all’art. 115 c.p.c. e sua natura**

### **Cenni introduttivi**

La Legge 18 giugno 2009, n. 69, recante “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”, è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 19 giugno 2009, n. 140, ed è in vigore dal 4 giugno 2009.

Le legge in oggetto ha apportato modifiche su molte disposizioni del codice di procedura civile al fine di snellire ed accelerare i processi civili.

L’art. 45, comma 14, della suddetta legge ha modificato il comma 1 dell’art 115 c.p.c<sup>1</sup>. sulla disponibilità delle prove, prevedendo espressamente il principio di non contestazione.

Il comma 2 dell’articolo in parola resta invariato, mentre il comma 1 modificato recita: “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”.

Le norme modificate trovano applicazione nel processo tributario stante il rinvio disposto dall’articolo 1, comma 2, del Decreto Legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, in base al quale “ I giudici tributari applicano le norme del presente decreto e, per quanto da esse non disposto e con esse compatibili, le norme del codice di procedura civile”.

Il processo civile si pone come paradigma processuale di riferimento del rito fiscale<sup>2</sup>, in virtù della cosiddetta clausola di rinvio summenzionata.

---

<sup>1</sup> Sull’importanza e gli effetti dell’applicazione della non contestazione da parte dei giudici tributari si rinvia a Federico Sorrentino, Il principio di non contestazione nel processo tributario, in Il Fisco, n. 32, 2010, fasc. 1, p. 5163.

L'Agenzia delle Entrate, con la circolare 31 marzo 2010, n. 17/E<sup>3</sup>, prende posizione sulle disposizioni del codice di procedura civile modificate, applicabili, a Suo avviso, al regime processuale tributario<sup>4</sup>.

In particolare, la suddetta circolare illustra le principali novità introdotte dalla Legge n. 69 nell'ambito processuale civile evidenziando "quelle che non trovano applicazione nel processo tributario dinanzi alle Commissioni tributarie" e facendo osservare che "in assenza di tale evidenziazione, si intende che la disposizione commentata si applica anche al processo tributario".

Alla fine della circolare è allegato "un prospetto comparativo delle modifiche normative più rilevanti introdotte dalla Legge n. 69/2009".

I chiarimenti più interessanti riguardano:

- la disciplina<sup>5</sup> della restrizione delle ipotesi di compensazione delle spese<sup>6</sup>, in cui viene prevista che la compensazione delle spese, oltre all'ipotesi di soccombenza reciproca, è ammessa per gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione ed è direttamente applicabile al processo tributario;
- la condanna d'ufficio della parte soccombente ad una somma equitativamente determinata<sup>7</sup>;
- il principio del contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio<sup>8</sup>;
- il principio di non contestazione, ex art. 115 c.p.c.<sup>9</sup>;
- la rimessione in termini<sup>10</sup>;
- la consulenza tecnica<sup>11</sup>, in base agli artt. 191 e 195 c.p.c.<sup>12</sup>;

<sup>2</sup> Si veda Alfio Cissello, Riforma del processo civile e contenzioso tributario: chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate, in *Il Fisco*, n. 15, 2009, fasc. 2, p. 2365.

<sup>3</sup> Cfr. Circ. n. 17/E del 31 marzo 2010, in *Il Fisco*, n. 15, 2010, fasc. 1, pp. 2341 e ss.

<sup>4</sup> Per maggiori approfondimenti sul tema processuale si consulti Francesco Tesaurò, *Manuale del processo tributario*, Torino, 2009.

<sup>5</sup> Cfr. il nuovo art. 92 c.p.c., Condanna alle spese per singoli atti. Compensazione delle spese.

<sup>6</sup> Cfr. in argomento F. Graziano, *Le spese del giudizio tributario*, in *Corriere Tributario*, n. 33, 2009, p. 2679.

<sup>7</sup> Tale comma dell'art. 96 c.p.c., Responsabilità aggravata, è stato aggiunto ex art. 45, comma 12, Legge n. 69/2009, in vigore dal 4 luglio 2009 ed applicabile ai giudizi instaurati successivamente a tale data (ex art. 58, comma 1, della citata Legge n. 69/2009).

<sup>8</sup> Il comma 2, dell'art. 101 c.p.c., Principio del contraddittorio, è stato aggiunto ex art. 45, comma 13, Legge n. 69/2009, in vigore dal 4 luglio 2009 ed applicabile ai giudizi instaurati successivamente a tale data (ex art. 58, comma 1, della citata Legge n. 69/2009).

<sup>9</sup> L'art. 115 c.p.c., Disponibilità delle prove, è stato sostituito dal comma 14 dell'art. 45 della suddetta Legge n. 69, in vigore dal 4 luglio 2009 ed applicabile ai giudizi instaurati successivamente a tale data (ex art. 58, comma 1, della citata Legge n. 69/2009).

Si riporta il testo dell'articolo anteriormente vigente:

"Art. 115 c.p.c. Disponibilità delle prove. – "Salvi i casi previsti dalla Legge, il giudice deve porre a fondamento delle decisioni le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero.

Può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza".

<sup>10</sup> In base all'art. 153 c.p.c., Improrogabilità dei termini perentori, i termini perentori non possono essere oggetto né di abbreviazione né di proroga, nemmeno sull'accordo delle parti, ma la parte può chiedere al giudice la rimessione in termini sempreché dimostri di essere incorsa in decadenza per causa ad essa non imputabile.

- il termine “lungo” per l’impugnazione<sup>13</sup>.

In relazione alle modifiche dei termini, vi sono modifiche di termini del processo civile che vengono applicate anche nel contenzioso tributario, in quanto termini che il processo tributario mutua dal processo civile.

La riforma del 2009 ha apportato modifiche anche in ordine alle norme relative alla procura alle liti, all’incompetenza<sup>14</sup>, alla litispendenza<sup>15</sup> e continenza<sup>16</sup> di cause<sup>17</sup>.

Pur non avendo precise indicazioni, sembrerebbe in ogni caso dedursi che, anche nel giudizio tributario, le pronunce previste per le fattispecie di litispendenza, continenza e connessione debbano essere rese nella forma dell’ordinanza e non più in quella della sentenza.

Nel presente lavoro sarà esaminato la disposizione di cui all’art. 115 c.p.c. sia prima della riforma del 2009 che successivamente alla riforma stessa.

Contesto dottrinale e giurisprudenziale previgente alla Legge 18 giugno 2009, n. 69

Antecedentemente alla riforma n. 69/2009, dottrina e giurisprudenza si chiedevano se fosse presente nell’ordinamento processuale civile il principio di non contestazione.

In particolar modo, ci si chiedeva se la mancata contestazione di fatti, giuridicamente rilevanti, costituisse o meno prova, ai fini della decisione del giudice<sup>18</sup>.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con la storica sentenza n. 761 del 2002<sup>19</sup>, avevano introdotto il principio di non contestazione nel processo civile<sup>20</sup>.

Occorre precisare che la pronuncia richiamata atteneva al rito del lavoro, ma i principi affermati, per la loro generalità ed assolutezza, erano ritenuti applicabili anche al contenzioso civile ordinario e conseguentemente a quello tributario, stante il disposto di cui all’art. 23, comma 3,

<sup>11</sup> Si veda E. Sollini, Consulenza tecnica e giudice tributario alla luce della L. n. 69/2009, in *Il Fisco*, n. 4, 2010, fasc. 1, p. 533.

<sup>12</sup> L’art. 191 c.p.c. disciplina la Nomina del consulente tecnico, mentre l’art. 195 c.p.c. disciplina il Processo verbale e Relazione.

<sup>13</sup> Il novellato art. 327 c.p.c., Decadenza dall’impugnazione, prende in esame l’applicazione del nuovo termine “lungo” per l’impugnazione delle sentenze, che è stato ridotto da un anno a sei mesi, ivi compresa la fase transitoria.

<sup>14</sup> Si consulti Cesare Glendi, La competenza delle Commissioni tributarie, in *Corriere Tributario*, n. 15, 2001, p. 1113.

<sup>15</sup> Cfr. Cesare Glendi, La litispendenza, in *Corriere Tributario*, n. 38, 2001, p. 2873.

<sup>16</sup> Cesare Glendi, La continenza, in *Corriere Tributario*, n. 40, 2001, p. 3004.

<sup>17</sup> Sono state modificate anche le norme sulla connessione ex art. 40 c.p.c., sulla riassunzione della causa ex art. 50 c.p.c., sull’ordinanza di ricasazione ex art. 54 c.p.c., sulla pubblicità della sentenza ex art. 120 c.p.c., sul contenuto della sentenza ex art. 132 c.p.c. e sulle notificazioni ex art. 137 c.p.c.

<sup>18</sup> In tal senso Luigi Viola, Il nuovo principio di non contestazione nella riforma del processo civile. Riflessioni a caldo sull’art. 115 c.p.c. come novellato dalla Legge 69/2009, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), del 17.09.2009.

<sup>19</sup> Cfr. Costanzo Maria Cea, Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite, nota alla sent. n. 761 del 2002 Cass, SS.UU., in *Foro it.*, I, 2002, p. 2017.

<sup>20</sup> Tale pronuncia aveva una portata innovativa, in quanto precedenti orientamenti ritenevano non sussistere nel nostro ordinamento giuridico un principio che imponesse alla parte l’onore di contestare specificatamente i fatti dedotti dalla controparte.

del D. Lgs. n. 546 del 1992<sup>21</sup>, dove sancisce che la parte resistente “espone le sue difese prendendo posizione sui motivi dedotti dal ricorrente”<sup>22</sup>.

La giurisprudenza ante 2002 sosteneva che i fatti non controversi, esclusi dal thema probandum, fossero solo quelli esplicitamente ammessi dalla controparte.

La mancata contestazione poteva essere considerata come argomento di prova ai sensi dell’art.116, comma 2, c.p.c. o in ogni caso come un supporto integrativo di una più complessiva valutazione probatoria<sup>23</sup>.

Non sono mancate dispute su tale argomento sia in sede giurisprudenziale che in quella dottrinale<sup>24</sup>, che ha hanno portato alla contrapposizione di due teorie, una negativa e l’altra positiva.

Partiamo dall’esame di quella negativa.

Suddetta tesi sosteneva che la disposizione di cui all’art. 88 c.p.c.<sup>25</sup>, attraverso comportamenti di lealtà e probità, non considerava la non contestazione come prova, tale da poter essere posta a fondamento della decisione, in quanto era contrario alla lealtà processuale approfittare della dimenticanza di una parte per farne prova di veridicità di quanto affermato.

Inoltre, sosteneva che il fatto non provato atteneva ad un comportamento umano che prescindeva del tutto dal reale accadimento fattuale.

In tal modo, l’equiparazione tra mancata contestazione e prova non era condivisibile<sup>26</sup>.

Quando il legislatore ha voluto considerare la mancata contestazione come prova, lo ha fatto in modo esplicito<sup>27</sup>, con la conseguenza che l’equiparazione tra mancata contestazione e prova doveva ritenersi eccezionale e, dunque, non suscettibile di un’applicazione generalizzata ed estesa pure a casi non espressamente previsti, come nel caso della disposizione in esame prima della Legge di riforma.

Parte della giurisprudenza sosteneva la tesi negativa<sup>28</sup>, mentre altra parte<sup>29</sup> sembrava mostrarsi favorevole alla sola possibilità che la mancata contestazione potesse divenire argomento di prova, ex art. 116 c.p.c.

<sup>21</sup> Il richiamato disposto normativo riprende in sostanza l’art. 167, comma 1, c.p.c.

<sup>22</sup> Cfr. Federico Sorrentino, Il principio di non contestazione nel processo tributario, op. cit., p. 5164.

<sup>23</sup> Cfr. Umberto Scotti, Art. 115 c.p.c. L’onere di specifica contestazione, in [www.osservatorio.it](http://www.osservatorio.it) del 14.02.2011.

<sup>24</sup> Si consulti Bruno Sassani e Roberta Tiscini, Prime Osservazioni sulla Legge 18 giugno 2009, n. 69, in [Judicium.it](http://Judicium.it), del 13.06.2009.

<sup>25</sup> Cfr. art. 88 c.p.c. Dovere di lealtà e di probità.

<sup>26</sup> Cfr. Luigi Viola, Il nuovo principio di non contestazione nella riforma del processo civile. Riflessioni a caldo sull’art. 115 c.p.c. come novellato dalla Legge 69/2009, op. cit., in cui l’Autore afferma che “in pratica nel processo, le parti dovrebbero provare le verità storiche, ma queste non possono ritenersi accertate per un’omissione di contestazione; le prove servono a dimostrare accadimenti storici, mentre la mancata contestazione non è prova di alcunché”.

<sup>27</sup> Cfr. artt. 215, comma 1, c.p.c. , Riconoscimento tacito della scrittura privata e 232, comma 1, c.p.c. Mancata risposta.

<sup>28</sup> Cfr. Cass. Civ. Sez. III, 28 ottobre 2004, n. 20916, in Guida al Diritto, n. 47, 2004, p. 61, secondo cui “affinché un fatto allegato da una parte possa considerarsi pacifico sì da essere posto a base della decisione ancorché non provato,

Occorre sottolineare che nell'art. 116 c.p.c., in base al quale "il giudice deve valutare secondo il suo prudente apprezzamento" il "deve" non costituisce un limite<sup>30</sup>, ma un vero e proprio obbligo per il giudice di porre a fondamento della decisione i fatti non contestati, che sono il risultato di un comportamento omissivo della parte e non di una prova semplicemente proposta, né più e né meno dei fatti sui quali la parte ha giurato (o non giurato) oppure ha confessato<sup>31</sup>.

Ciò porta a problematiche di carattere processuale e sostanziale<sup>32</sup>.

In contrapposizione alla tesi negativa vi era la cosiddetta tesi positiva.

Detta tesi proponeva, invece, un'equiparazione tra mancata contestazione e prova e si fondava sui seguenti rilievi.

Innanzitutto, la parte ha l'onere di prendere "posizione sui fatti" posti dalla controparte, ex art. 167 c.p.c., in modo tempestivo.

Qualora non dovesse farlo tempestivamente, incorrerà nelle decadenze, essendogli impedita la prova di fatti contrari a quanto già affermato<sup>33</sup>.

non è sufficiente la sua sola mancata contestazione, non esistendo nel nostro ordinamento processuale un principio che vincoli alla contestazione specifica di ogni situazione di fatto dichiarata da controparte".

<sup>29</sup> Cfr. Cass. civ. Sez. III, 4 febbraio 2005, n. 2273, in Mass. Giur. It., 2005, secondo cui "non sussistendo nel vigente ordinamento processuale un onere per la parte di contestazione specifica di ogni fatto dedotto ex adverso, la mera mancata contestazione in quanto tale e di per sé considerata non può avere automaticamente l'effetto di prova; tuttavia ove il giudice valuti tale comportamento ex art. 116 c.p.c. non semplicemente di per sé (e quindi solo in quanto omessa contestazione), ma come espressione significativa del comportamento processuale della parte, da inquadrare nell'ambito di quest'ultimo e valutata in relazione all'intero complesso di tesi difensive esposte, assume la rilevanza prevista da detta norma e può quindi costituire perfino unica e sufficiente fonte di prova".

<sup>30</sup> Come nel caso delle prove proposte dalle parti.

<sup>31</sup> In tal senso Giorgio Grasselli, La modifica all'art. 115 c.p.c.: una piccola grande rivoluzione, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com). L'Autore osserva che tali problematiche sostanziali e processuali sussistono non risultando chiarito dalla Novella del 2009 se il fatto non contestato assume lo stesso grado di rilevanza del fatto confessato o giurato o assume l'effetto di esonerare l'altra parte dall'onere della prova.

La seconda soluzione sembra più rispondente al vero.

<sup>32</sup> Secondo quanto sostenuto da tale ultimo Autore citato, in ordine alle questioni di carattere sostanziale ci rifacciamo al meccanismo processuale di funzionamento delle prove. La norma che disciplina le regole per l'accesso dei mezzi di prova nel processo è l'art. 2697 c.c. sull'onere della prova. Detta disposizione si sostanzia nel principio per cui, fintanto che l'attore non abbia provato il fatto costitutivo, nessun onere probatorio grava sul convenuto. Se ciò dovesse verificarsi, quest'ultimo, per evitare la soccombenza, sarà tenuto a provare i fatti su cui si fonda l'eccezione proposta.

<sup>33</sup> Ritenendo, dunque, pacifico il fatto. Secondo Cass. civ. Sez. V, n. 1540 del 2007, in Giur. It., n. 3, 2008, p. 777 "nell'evoluzione giurisprudenziale l'onere di contestazione (col relativo corollario del dovere, per il giudice, di ritenere non abbisognevole di prova quanto non espressamente contestato), è divenuto principio generale che informa il sistema processuale civile, poggiando le proprie basi non più soltanto sul tenore dei citati artt. 416 e 167 c.p.c., bensì anche sul carattere dispositivo del processo - comportante una struttura dialettica a catena -, sulla generale organizzazione per preclusioni successive - che, in misura maggiore o minore, caratterizza ogni sistema processuale -, sul dovere di lealtà e probità posto a carico delle parti dall'art. 88 c.p.c. - che impone ad entrambe di collaborare fin dalle prime battute processuali a circoscrivere la materia realmente controversa, senza atteggiamenti volutamente defatiganti, ostruzionistici o anche solo negligenti - ed infine, soprattutto, sul generale principio di economia che deve sempre informare il processo, viepiù alla luce del novellato art. 111 Cost.. In particolare, giova sottolineare che la struttura ontologicamente dialettica del processo civile (nonché di quelli ad esso assimilati) comporta che soprattutto il momento probatorio sia dominato da un generale onere di attivazione delle parti (o comunque di reazione alle attività della controparte) anche in funzione di una sollecitazione semplificatoria, come evincibile persino dalle disposizioni del codice civile in materia di prova (si pensi, ad esempio, in relazione alle produzioni della controparte, alla previsione della querela di falso nelle ipotesi disciplinate dagli artt. 2700 e 2702 c.c., al generale onere di contestarne la conformità previsto, per riproduzioni meccaniche e copie fotografiche, dagli artt. 2712 e 2719 c.c. ovvero all'onere di espresso disconoscimento previsto, con riguardo agli atti di ricognizione o rinnovazione, dall'art. 2720 c.c. - per un'applicazione specifica nel processo tributario dell'art. 2712 c.c.

Risulterebbero, pertanto, confermati tacitamente i fatti dell'attore.

In secondo luogo, il processo civile è incentrato sulle deduzioni processuali ed è lasciato un limitato controllo in itinere al giudice, con la conseguenza che la mancata contestazione dà rilievo al silenzio sui fatti posti dalla controparte<sup>34</sup>.

La novellata disposizione normativa di cui all'art. 115 c.p.c. e sua natura

Con la Legge di riforma<sup>35</sup> si afferma in modo chiaro il principio di non contestazione nel sistema processuale civile.

A seguito delle modifiche apportate dalla citata Legge anche i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita devono essere posti a fondamento della decisione del giudice.

Come anzidetto, il novellato art. 115, comma 1, c.p.c. recita che "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".

Pertanto, diventano prove sia quelle proposte dalle parti sia le mancate contestazioni, affermando il Legislatore, con la congiunzione "nonché", che pure queste ultime devono essere poste a fondamento della decisione del giudice.

La nuova versione dell'articolo in esame ha conferito dignità normativa ad una prassi interpretativa ormai largamente maggioritaria<sup>36</sup>.

È importante capire se detta nuova tecnica normativa possa dare risposte univoche ai tanti interrogativi che la non contestazione suscita.

Con la Novella n. 69 sono scomparsi tutti i dubbi sul valore da attribuire al silenzio ed alla contestazione generica, semprechè la contestazione, affinché sia idonea ad evitare che il fatto diventi non bisognoso di prova<sup>37</sup>, debba essere specifica<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. Luigi Viola, Il nuovo principio di non contestazione nella riforma del processo civile. Riflessioni a caldo sull'art. 115 c.p.c. come novellato dalla Legge 69/2009, op. cit. dove l'Autore afferma che prendere "posizione" significherebbe dire qualcosa in positivo o in negativo, per cui se non si esprime in negativo, allora, vi sarà una sorta di ficta confessio. Cfr. anche la sentenza della Suprema Corte n. 5356 del 2009.

<sup>35</sup> Si consulti E. Manzon, La Legge n. 69/2009 (interventi sul processo civile) ed il processo tributario. Primi rilievi, in Rivista di Diritto Tributario, n. 10, 2009, p. 891.

<sup>36</sup> Costanzo M. Cea, La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione, in Foro it., 2009, V, p. 268 e ss.

<sup>37</sup> L'operatività della "non contestazione" in ambito tributario è stata sancita dalla Suprema Corte, con la sentenza 24 gennaio 2007, n. 1540, in banca dati "fisconline", molto prima della Legge n. 69/2009.

Con la sentenza 5 novembre 2004, n. 21209, inoltre, la Cassazione ha stabilito che l'obbligo per l'Amministrazione di prendere posizione sui fatti dedotti dall'avversario è ancora più forte di quello che grava sui convenuti privati.

<sup>38</sup> Tali non sono il silenzio o la contestazione generica.

Si deve rammentare che nell'ordinamento giuridico italiano è già prevista una norma simile a quella introdotta dal nuovo art. 115 c.p.c. Infatti, l'art. 10-bis del D. Lgs. n. 5/2003 prevede che la notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza rende pacifici i fatti allegati dalle parti ed in precedenza non specificamente contestati.

Con la riforma è stato, poi, risolto il problema relativo alla parte contumace, essendo previsto che la non contestazione debba provenire esclusivamente dalla parte costituita.

Ciò non rappresentava un grande problema interpretativo, in quanto la maggior parte degli autori e della giurisprudenza era concorde nel ritenere la contumacia<sup>39</sup> come un evento neutro, inidoneo a dispensare l'attore dall'onere della prova.

Da ciò non scaturisce, però, che il futuro Legislatore fosse vincolato a ritenere estraneo alla tradizione del processo civile italiano contumaciale il fenomeno della ficta confessio<sup>40</sup>.

L'art. 45, comma 14, della Legge di riforma mantiene ferma la rubrica della disposizione in parola e, almeno in modo formale, lo sostituisce nella sua totalità.

Dunque, il comma 2 non viene modificato, a differenza del primo dove viene aggiunto "nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita".

Con siffatta tecnica legislativa resta sancita all'interno del processo civile di cognizione, l'operatività del principio di non contestazione, inteso quale onere di contestazione tempestiva ed efficace dei fatti allegati dalla controparte.

Nell'ambito sostanziale non rappresenta una novità, ma rappresenta una novità in quello formale.

Dottrina e giurisprudenza si sono progressivamente evolute dal processo del lavoro a quello dell'ordinario processo civile di cognizione, per poi trovare applicazione anche nel processo tributario<sup>41</sup>.

Per quanto concerne la portata dell'art. 115 c.p.c., come osservato in dottrina<sup>42</sup>, vi sono ancora problemi sulla portata stessa della disposizione in parola.

Ci si chiede, in merito alla estensione della norma stessa, se essa sia relativa a tutti o solo ad alcuni dei fatti.

Ancora, dubbi sorgono sulla maggiore o minore intensità di specifiche contestazioni dalle parti costituite dei fatti avversariamente allegati, sui limiti temporali della non contestazione con l'atto successivo a quello in cui sono stati allegati i fatti ex adverso o con maggiori o minori possibilità, di tardive contestazioni persino nei gradi successivi.

<sup>39</sup> Salvo specifiche ipotesi delineate dal Legislatore.

<sup>40</sup> In tal senso Costanzo M. Cea, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, op. ult. cit., in cui l'Autore afferma che non vi è nessun divieto di natura costituzionale atto ad impedire l'estensione della tecnica della non contestazione anche alla parte rimasta contumace.

<sup>41</sup> Su tale punto si rinvia per un maggiore approfondimento a E. De Roma, *Principio di non contestazione tra processo civile e processo tributario*, in *GT - Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, n. 8, 2007, p. 680.

<sup>42</sup> Cesare Glendi, *Nuove disposizioni generali del codice di procedura civile e processo tributario*, in *Corriere Tributario*, n. 32, 2010, p. 2570.

Con tali questioni<sup>43</sup> aperte, la Circolare n. 17/E del 2010 ha suggerito “agli Uffici di contestare punto per punto, nei propri atti difensivi, i fatti enunciati nel ricorso del contribuente, evitando formule generiche”.

Come sostenuto<sup>44</sup>, a livello processuale l’art. 115 c.p.c. dovrebbe lasciare inalterato il potere discrezionale del giudice di merito di valutare la rilevanza sia dei fatti provati sia di quelli non contestati, anch’essi parte degli elementi probatori dei quali il giudice si deve avvalere allargando la propria facoltà di acquisizione degli stessi.

La riforma del 2009 ha risolto l’annosa questione sul se e quando un fatto poteva ritenersi riconosciuto, ma ha specificato che la “non contestazione” per assumere rilievo deve essere riferita alla “parte costituita”<sup>45</sup>.

Come sostenuto da tempo dalla Suprema Corte, la mancata costituzione del convenuto non può essere ritenuta come “non contestazione dei fatti” e, pertanto, non esime l’attore dall’onere di provare i fatti costitutivi del proprio diritto.

La Novella n. 69 non ha modificato gli artt.167, comma 1, c.p.c. e 416, comma 3, c.p.c., che regolano, rispettivamente quanto al giudizio ordinario e al procedimento soggetto al rito del lavoro, l’onere di contestazione gravante sulla parte convenuta e ha preferito al proposito intervenire con una norma generale, ovvero la disposizione di cui all’art.115, in tema di Disponibilità delle prove<sup>46</sup>, con l’indicazione fra il materiale probatorio che il giudice deve porre a fondamento della decisione, oltre alle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, anche “i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita”<sup>47</sup>.

Non essendo stato modificato l’art. 167 c.p.c., si è in presenza di un difetto di coordinamento, in quanto il convenuto non è tenuto ad una specifica contestazione dei fatti affermati dell’attore e nemmeno, per quanto riguarda la parte attrice, di tale onere è menzione espressa nell’art. 183<sup>48</sup> c.p.c.

Leggendo suddette norme ancor meno può dedursi che la mancata contestazione può avere i rilevanti effetti di cui all’art. 115 c.p.c. come modificato.

<sup>43</sup> Sulle problematiche richiamate si veda E. De Roma, Il principio di non contestazione assume valenza generale, in *Corriere Tributario*, n. 33, 2009, p. 2683.

<sup>44</sup> Giorgio Grasselli, *La modifica all’art. 115 c.p.c.: una piccola grande rivoluzione*, op. cit.

<sup>45</sup> Ciò per la salvaguardia del principio del contraddittorio.

<sup>46</sup> Cfr. Circolare n. 17/E dell’Agenzia delle Entrate, dove si legge al par. 2.11 “ La novella dell’art. 115 c.p.c. recepisce l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale i fatti allegati da una delle parti vanno considerati pacifici se la controparte li abbia esplicitamente ammesse ovvero abbia assunto una posizione difensiva incompatibile con la loro negazione, ammettendone così implicitamente l’esistenza (Cass, Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5488).

La norma impone agli Uffici di contestare punto per punto, nei propri atti difensivi, i fatti enunciati nel ricorso del contribuente, evitando formule generiche (sulla costituzione in giudizio cfr. Circ. n. 98/E del 1996)”.

<sup>47</sup> Cfr. Umberto Scotti, *Art. 115 c.p.c. L’onere di specifica contestazione*, op. cit.

<sup>48</sup> Cfr. art. 183 c.p.c., *Prima comparizione delle parti e trattazione della causa*.

Pertanto, volendo coordinare le due disposizioni occorre attribuire alla locuzione di cui all'art. 167 c.p.c. prendendo posizione sui fatti un significato più ampio e decisivo.

Dunque, occorre attribuire ad essa locuzione un vero e proprio onere al pari di quello previsto dall'art. 2697 c.c.<sup>49</sup>.

La riforma ha, orbene, accentuato il potere-dovere del giudice di porre a fondamento della decisione anche fatti acquisiti al processo, in quanto sostenuti da una parte e non specificatamente contestati dall'altra, rimanendo inalterato il principio per cui il giudice non può attingere elementi di prova da altri fatti estranei alla lite, che nessuna delle due parti ha dedotto in giudizio a sostegno delle rispettive domande ed eccezioni, salva la previsione della disposizione di cui all'art. 115, comma 2, c.p.c. per le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza<sup>50</sup>.

Sulla natura della disposizione di cui all'art. 115 c.p.c., è stato osservato<sup>51</sup> che la citata modifica legislativa è formulata senza alcuna espressione "interpretativa", con il dubbio se detta norma debba avere applicazione solo in futuro<sup>52</sup>.

In via preliminare si deve capire se il Legislatore abbia voluto, con la riforma n. 69, innovare rispetto al diritto vivente.

Orbene, a tale dubbio occorre dare risposta negativa, in quanto si tratterebbe di una innovazione di forte impatto rispetto al passato e ai principi generali sulla natura dei diritti indisponibili<sup>53</sup>.

Se dal nuovo contesto normativo sembra emergere una volontà del Legislatore ad innovare rispetto alla portata del principio di non contestazione nei suoi termini tradizionali, si deve concludere dando rilievo ad una volontà dello stesso Legislatore di chiarire quanto già era divenuto un principio di diritto vivente, affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione con la storica sentenza n. 761/2002 summenzionata.

Pertanto, sembra preferibile optare per la natura "interpretativa" della disposizione in parola, che ha espressamente introdotto il principio di non contestazione, in quanto con l'adozione della natura innovativa si avrebbero effetti applicativi distorti, quali ritenere il principio di non

<sup>49</sup> Cfr. 2697 c.c., Onere della prova.

<sup>50</sup> Cfr. Giorgio Grasselli, La modifica all'art. 115 c.p.c.: una piccola grande rivoluzione, op. cit., in cui L'Autore afferma che "la nuova regola posta dall'art. 115 c.p.c. non pone dubbi di sorta: il fatto non contestato si ha per riconosciuto, con effetti non sostanziali (come nel caso della confessione o del giuramento), bensì esclusivamente processuali; in altre parole, la parte che allega un fatto non specificatamente contestato dalla controparte è dispensata dall'onere di darne prova, ed il giudice può porre quel fatto a fondamento della propria decisione in forza del principio di acquisizione".

<sup>51</sup> Federico Sorrentino, Il principio di non contestazione nel processo tributario, op. cit., p. 5165.

<sup>52</sup> Per i ricorsi formulati dal 4 luglio 2009, ex art. 58, comma 1, Legge n. 69/2009.

<sup>53</sup> I diritti indisponibili non possono neanche essere oggetto di confessione giudiziale, ai sensi dell'art. 2733, comma 2, c.c.

contestazione non applicabile ai giudizi promossi in data anteriore al 4 luglio 2009, in contrasto con il diritto vivente.