

## Introduzione

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine. – 2. Precisazione terminologica: il principio di non contestazione come “*generica etichetta del tema*”. – 3. Approccio metodologico: struttura e funzione. – 4. Problematiche sottese alla “non contestazione” nel processo amministrativo e linee evolutive dell'indagine.

### 1. Oggetto dell'indagine

Il legislatore con il codice del processo amministrativo ha sancito il c.d. principio di non contestazione.

A tal proposito, l'art. 64, comma 2, c.p.a. prevede che “*salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite*”.

Il fenomeno della “non contestazione” nel processo attiene al comportamento processuale che una parte può assumere nei confronti delle altrui allegazioni<sup>1</sup>. L'attività di una parte può determinare e condizionare gli effetti delle allegazioni di un'altra<sup>2</sup>.

La presente indagine intende verificare le conseguenze dell'innesto del

---

<sup>1</sup> M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, 34.

<sup>2</sup> M. TARUFFO, *La prova*, cit., 33. L'Autore evidenzia che “*sul piano teorico potrebbe non esservi alcuna connessione o interferenza tra le allegazioni dell'attore e l'atteggiamento del convenuto, e – viceversa – tra le allegazioni del convenuto e l'atteggiamento dell'attore. Si potrebbe infatti immaginare che ognuna delle parti, allegando i fatti che fondano le sue pretese, assuma in ogni caso su di sé l'onere di fornire la prova, spettando comunque al giudice di verificare nella decisione finale ‘chi ha provato che cosa’ e di trarne le necessarie conseguenze*”. L'affermazione sul piano normativo del c.d. principio di non contestazione conferisce rilevanza alla relazione tra allegazione di un fatto e atteggiamento difensivo della controparte costituitasi in giudizio.

c.d. principio di non contestazione nella disciplina del processo amministrativo.

Come è stato osservato in dottrina<sup>3</sup>, infatti, l’art. 64, comma 2, c.p.a. “*fa risaltare ancora una volta il carattere dispositivo del processo amministrativo*”, che merita di essere indagato e ricostruito alla luce delle disposizioni dettate dal codice.

Si rende necessario inquadrare e coordinare la “non contestazione” con gli altri istituti processuali, onde verificare se e in quale misura la “non contestazione” dei fatti *ex adverso* allegati influenzi l’assetto dei poteri del giudice e quelli delle parti.

In quest’ottica, l’analisi della “non contestazione” si rivela osservatorio privilegiato di una serie di problematiche che con essa si intersecano.

## **2. Precisazione terminologica: il principio di non contestazione come “generica etichetta del tema”**

Prima di procedere alla enucleazione e all’esame dei diversi problemi sollevati dall’art. 64, comma 2, c.p.a., è necessaria una precisazione terminologica.

La “non contestazione” nel processo non può essere assunta *a priori* come un “principio”, sebbene la dottrina e la giurisprudenza tradizionalmente utilizzino l’espressione principio di non contestazione.

Nel presente lavoro talvolta pure si adopererà la formula principio di non contestazione, secondo l’uso invalso in dottrina e in giurisprudenza. Tuttavia, tale espressione rischia di rivelarsi inadeguata e giuridicamente imprecisa, potendo essere assunta solo come “*generica etichetta del tema*”<sup>4</sup>. L’art. 64, comma 2, c.p.a., infatti, si limita a descrivere una tecnica processuale e non un vero e proprio principio.

---

<sup>3</sup> F.G. COCA, *Commento all’art. 64 c.p.a., Il principio di non contestazione*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Commentario al codice del processo amministrativo*, Milano, 2011, 550.

<sup>4</sup> In tal senso, si veda B. SASSANI, *L’onere della contestazione*, in *www.judicium.it*, 2010, 2, nota 8.

### 3. Approccio metodologico: struttura e funzione

Il tema della “non contestazione” nel processo è suscettibile di essere indagato da molteplici punti di vista.

Le caratteristiche dell’oggetto di indagine rendono opportuno premettere alla trattazione del merito alcune considerazioni di natura metodologica.

L’indagine muove dall’esistenza di una norma (l’art. 64, comma 2, c.p.a., quasi identico all’art. 115 c.p.c.) che ammette la rilevanza della “non contestazione” nel processo amministrativo.

Tuttavia, dalla semplice lettura della norma, risulta evidente la difficoltà di individuare le ipotesi nelle quali i fatti possano dirsi “*non specificatamente contestati*”, dal momento che la formula legislativa offre poche e peraltro generiche indicazioni.

Non solo. La norma non descrive compiutamente neanche gli effetti che conseguono alla mancata contestazione ad opera di una parte dei fatti *ex adverso* allegati, limitandosi ad affermarne la possibile (o forse doverosa) verifica.

Si tenga presente che nel processo civile il legislatore ha previsto diverse fattispecie nelle quali ha ricondotto determinate conseguenze ad una precisa condotta processuale di “non contestazione”. Tra le ipotesi tipiche di “non contestazione” si possono richiamare l’art. 445-*bis* c.p.c., l’art. 215 c.p.c., l’art. 219 c.p.c., l’art. 232 c.p.c., l’art. 14 c.p.c.<sup>5</sup>.

Nelle predette ipotesi gli effetti che il legislatore ricollega ai diversi comportamenti non contestativi sono di natura eterogenea, dal riconoscimento tacito della scrittura privata<sup>6</sup> alla fissazione della competenza del giudice adito.

In generale, nelle fattispecie tipiche, la condotta processuale di “non contestazione” è descritta dal legislatore, senza che si pongano particolari

---

<sup>5</sup> Sulle diverse fattispecie tipiche di “non contestazione” si vedano S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, vol. LIV, II p.te, 112 ss., il quale evidenzia che, pure in assenza di una norma che prescriveva in via generale l’onere di contestazione, non mancavano esempi “*nei quali per espressa previsione del legislatore, una delle parti viene esonerata dal provare determinati fatti quando l’altra non li contesti o addirittura li ammetta esplicitamente*”; F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012, 54 ss.

<sup>6</sup> Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, Torino, 2004, 219 ss.

questioni, né per quanto riguarda l'applicazione della norma<sup>7</sup>, né rispetto alle ragioni di fondo dei singoli istituti.

Invece, l'art. 115 c.p.c. nel processo civile – e analogamente l'art. 64 c.p.a. nel processo amministrativo – prescrivono soltanto che “*i fatti non specificatamente contestati*” devono essere posti a fondamento della decisione del giudice, senza definire, da una parte, la condotta processualmente integrante la mancata contestazione dei fatti *ex adverso* allegati e, dall'altra, i suoi effetti.

Al quadro delineato ne consegue la necessità di adottare un adeguato metodo di indagine.

Occorre una metodologia che sia in grado di cogliere la complessità del fenomeno, che sappia fornirne una visione generale.

L'esegesi del dato normativo è insufficiente e rischia, da sola, di relegare le questioni problematiche in vicoli ciechi. Il risultato che può conseguirsi, al limite, è quello di aumentare l'incertezza dogmatica o di “risolvere” questioni soltanto in apparenza.

Dunque, un ausilio idoneo in questa ricerca appare quello offerto dall'approccio metodologico che focalizza l'attenzione sia sulla struttura sia sulla funzione di un istituto giuridico.

Il rischio, in tal caso, è quello di privilegiare il profilo funzionale a scapito di quello strutturale, o viceversa. In realtà, il tentativo sarà quello di integrare i due differenti profili per ricostruire le caratteristiche della “non contestazione” nel processo.

Tale metodologia, infatti, rappresenta uno strumento per un approccio più completo all'oggetto dell'indagine, per la moltiplicazione dei punti di vista nell'osservazione, come era nelle intenzioni di uno dei primi sostenitori<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Sul tema si veda F. DE VITA, *Onere di contestazione*, cit., 94 ss.

<sup>8</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Milano, 1939, riedito nella collana “Classici della Cedam”, Milano, 1990, 11, il quale sottolinea che “*il problema del metodo è studiato sotto l'aspetto della funzione e sotto l'aspetto della struttura della scienza*”; inoltre, afferma “*cosa facciamo quando si deve osservare una macchina? Io mi sono orientato così. La prima domanda che ci si pone in tal senso è: a cosa serve? Vuol dire che la si considera, prima di tutto, dal lato della sua funzione; precisamente si fissa l'attenzione sull'opus che essa fornisce: è una macchina da scrivere o una macchina da cucire? Poi viene un'altra domanda cioè muta la posizione dell'osservatore: come è fatta? Questo è il punto di vista della struttura*” (op. cit., 71-72).

L'Autore ricostruisce la distinzione tra la funzione e la struttura degli istituti giuridici come “*una questione di moltiplicazione dei punti di vista nell'osservazione e perciò di*

Autorevole dottrina ha spiegato come la fisionomia di ciascun istituto giuridico è delineata dalla concorrenza di diversi elementi, correlati tra di loro: l'elemento finalistico (o teleologico o funzionale) e l'elemento strutturale (o morfologico)<sup>9</sup>.

L'elemento finalistico spiega le ragioni della previsione di un certo istituto all'interno dell'ordinamento: *“spiega perché il dato istituto giuridico esista e quale meta l'ordinamento giuridico si proponga di conseguire, mediante esso. (...) L'elemento finalistico può anche essere designato come elemento funzionale, per indicare che ogni istituto giuridico adempie ad una sua funzione pratica, in quanto consente al soggetto che ne faccia impiego di conseguire un determinato risultato, ossia lo scopo che egli si prefigge”*<sup>10</sup>.

L'elemento strutturale, invece, è *“essenzialmente tecnico e formale, in quanto si concreti nel modo in cui l'istituto è congegnato e articolato”*<sup>11</sup>.

---

*moltiplicazione delle immagini risultanti dall'osservazione, come rimedio a quella inferiorità della nostra percezione, per cui ogni immagine, in confronto con l'oggetto, è parziale” (op. cit., 72).*

<sup>9</sup> F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, 53 ss.

Il tema della struttura e della funzione del diritto e dei singoli istituti giuridici non potrebbe essere compiutamente affrontato in questa sede, né la trattazione intende farvi diretto riferimento. Tuttavia, la conoscenza del dibattito a livello di teoria generale del diritto tra strutturalismo e funzionalismo, con il superamento del primo a favore del secondo, nonché la cognizione della crescente importanza dell'analisi funzionale del diritto offrono indicazioni essenziali rispetto all'approccio metodologico in questione.

N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 3, evidenzia che *“non può ignorarsi che in seguito alla profonda trasformazione che ha dato ovunque origine al Welfare State, gli organi pubblici perseguono i nuovi fini proposti all'azione dello stato mediante nuove tecniche di controllo sociale, diverse da quelle tradizionali”*. L'Autore sostiene che *“l'introduzione della tecnica dell'incoraggiamento riflette un vero e proprio mutamento nella funzione del sistema normativo nel suo complesso, nel modo di attivare il controllo sociale; segue il passaggio da un controllo passivo, che si preoccupa più di sfavorire le azioni nocive che di favorire le azioni vantaggiose, e un controllo attivo, che si preoccupa di favorire le azioni vantaggiose più che di sfavorire le azioni nocive”* (15). Parla di *“insofferenza al furore antiteleologico di Kelsen e dei kelseniani”*, che tuttavia ha trovato spazio perché ha consentito l'elaborazione della teoria del diritto senza contaminazioni ideologiche (50).

Sulla contrapposizione tra strutturalismo e funzionalismo si vedano anche le indicazioni bibliografiche di L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 57, in particolare nota 10.

<sup>10</sup> F. MESSINEO, *Manuale*, cit., 53.

<sup>11</sup> F. MESSINEO, *Manuale*, cit., 54.

Orbene, nel corso della presente indagine, si cercherà di tener presente l’insegnamento della dottrina in base al quale “*l’interprete deve tenere nella maggiore evidenza l’elemento finalistico, ma anche ricordare che la considerazione del solo fine della norma non basterebbe a ricostruire un istituto giuridico, perché, alla formazione di esso, ha concorso anche l’elemento strutturale*”<sup>12</sup>.

Dunque, anche con riferimento alla “non contestazione” nel processo, l’approccio funzionale serve a comprendere “l’utilità” che tale tecnica è in grado di produrre rispetto alla tutela degli interessi sostanziali divenuti litigiosi.

Per individuare la funzione della “non contestazione” nel processo occorre chiedersi a cosa serva e per quale ragione il legislatore abbia previsto che il giudice debba porre a fondamento della sua decisione i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite.

La funzione connota l’istituto in termini generali. Consente all’interprete di sganciare la “non contestazione” dalla specificità delle norme processuali che ne condizionano gli effetti, illuminandone gli aspetti generali.

Solo successivamente, la questione della “non contestazione” può essere inquadrata nelle diverse realtà processuali al fine di verificarne gli elementi strutturali e gli effetti.

Si tenga presente che la funzione della “non contestazione” nel processo rivelerà gli elementi di omogeneità dell’istituto tra processo civile e processo amministrativo.

Invece, l’indagine relativa alla struttura, che implica la disamina delle norme processuali specifiche del processo civile e del processo amministrativo, servirà a misurarne le differenze.

#### **4. Problematiche sottese alla “non contestazione” nel processo amministrativo e linee evolutive dell’indagine**

Il tema della “non contestazione” dei fatti nel processo è trasversale, nel senso che richiama problematiche generali del processo, di non uni-

---

<sup>12</sup> F. MESSINEO, *Manuale*, cit., 54. L’approccio metodologico che focalizza l’attenzione sia sulla struttura sia sulla funzione degli istituti è utilizzato da S. MENCHINI, *Sospensione*, in *Enc. dir.*, 1990, XLIII, 1 ss. e da L.R. PERFETTI, *Il cumulo di azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1262, al quale si è fatto ampio riferimento nell’impostazione del presente lavoro.

voca soluzione, con riferimento all'accertamento, alla prova e alla valutazione dei fatti allegati dalle parti.

L'indagine muove dalla ricostruzione delle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza che hanno contribuito ad affermare – dapprima nel processo civile e, successivamente, nel processo amministrativo<sup>13</sup> – il c.d. principio di non contestazione, in base al quale i fatti non specificamente contestati devono essere posti a fondamento della decisione del giudice.

Pertanto, non potrà ignorarsi la dottrina processualcivile<sup>14</sup>, che sa-

---

<sup>13</sup> Per quanto riguarda il processo amministrativo, non si rinvengono monografie sul tema; si vedano, tuttavia, le riflessioni di F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1012 ss.; G. TROPEA, *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1142 ss.; C. LAMBERTI, *All'amministrazione inerte nel giudizio si applica sempre il principio di non contestazione?*, in *Giur. it.*, 2012, 1181 ss.; A. CHIZZINI, L. BERTONAZZI, *L'istruttoria*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 677; F. GAFFURI, *Brevi note sul principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Urb. app.*, 2013, 749 ss.; C. LAMBERTI, *Amministrazione non costituita in giudizio e principio di non contestazione*, in *Giur. it.*, 2015, 705-709.

<sup>14</sup> Sul principio di "non contestazione" nel processo civile si vedano i contributi monografici di B. CIACCA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile, I, La contestazione tra norme e sistema*, Milano, 1992; B. CIACCA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile, II. La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano, 1993; A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995. Si vedano, inoltre, C.M. CÉA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite* (Nota a Cass. 17 aprile 2002, n. 5523, 2 aprile 2002, n. 4685, 23 gennaio 2002, n. 761, e Trib. Foggia, 7 maggio 2002), in *Foro it.*, 2002, 2017 ss.; A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile* (Nota a Cass. 23 gennaio 2002, n. 761), in *Foro it.*, 2003, 604 ss.; C.M. CÉA, *Il principio di non contestazione tra fronda e disinformazione* (Nota a Cass. 5 febbraio 2003, n. 1672, e 16 gennaio 2003, n. 559), in *Foro it.*, 2003, 2107 ss.; M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato. Cassazione civile, sez. un., 23 gennaio 2002, n. 761. Cassazione civile, sez. lav., 18 ottobre 2002, n. 14817*, in *Corriere giur.*, 2003, 1335 ss.; S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, cit., 112 ss.; F. DE SANTIS, *Poteri istruttori d'ufficio, effetti della non contestazione e verità del processo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, 155 ss.; S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione è divenuto legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.*, 2009, 273 ss.; M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corriere giur.*, 2009, 1169 ss.; G. IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010, 309 ss.; A. CARRATTA, *Principio della non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili* (Trib. Varese, ord. 27 novembre 2009), in *Famiglia e diritto*, 2010, 571 ss.; F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*,

rà ampiamente utilizzata nell’analisi, nel rispetto delle caratteristiche proprie del processo amministrativo.

Inoltre, l’individuazione della funzione della “non contestazione” nel processo è prodromica agli sviluppi successivi dell’indagine. Serve a coglierne le ragioni di fondo e a recuperare un criterio ordinante nella ricostruzione dell’istituto.

La riflessione sulla funzione consente di cogliere i profili omogenei dell’istituto, validi sia per il processo civile sia per quello amministrativo.

Prima di procedere alla disamina della “non contestazione” nella dinamica del processo, si renderà necessario precisare il significato dell’espressione “*fatti non specificatamente contestati*” utilizzata dal legislatore dal momento che la formula dell’art. 64, comma 2, c.p.a. è generica.

Invero, la difficoltà dell’interprete è di particolare evidenza dal momento che il legislatore non descrive quando la difesa di una parte deve considerarsi come comportamento non contestativo né tanto meno determina le caratteristiche che l’attività processuale di una parte deve assumere affinché possa considerarsi come “contestazione”.

A tal proposito verranno chiariti i profili oggettivi e soggettivi della “non contestazione” nel processo e verranno enucleati i comportamenti qualificabili in termini di “contestazione” e di “non contestazione”.

Solo dopo averne chiarito gli elementi, il fenomeno in esame verrà studiato sia nello svolgimento del processo sia nella fase decisoria in modo da verificarne gli effetti rispetto ai poteri del giudice e a quelli delle parti.

Il terzo capitolo, infatti, ha ad oggetto la disamina degli effetti della mancata contestazione dei fatti nella dinamica del processo. Nel quarto

---

in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2010; B. SASSANI, *L’onere*, cit.; C.M. CEA, *L’evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2011; G. FRUS, *Non contestazione e diritti indisponibili: oscillazioni dottrinali e incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2011, 619-621; M. MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 316-332; M. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 299 ss.; M. TARUFFO, *Commento all’art. 115 c.p.c.*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO (a cura di), *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura civile*, Bologna, 2011, 483 ss.; A. TEODOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 76 ss.; A. ATTERITANO, *Note minime in tema di onere della contestazione e tecniche di accelerazione del processo*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2013; G. FRUS, *Il principio di non contestazione tra innovazioni normative, interpretazioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2014, e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 65-89; L.P. COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1045 ss.

capitolo, infine, verrà indagata la capacità condizionante della “non contestazione” rispetto alla decisione del giudice.

Ed è in questa fase dell’indagine che emergeranno le differenze tra processo civile e processo amministrativo.



## Capitolo I

### *L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sulla "non contestazione"*

SOMMARIO: 1. Le radici storiche della "non contestazione" e il dovere dell'intimato di comparire e di partecipare al processo. – 2. La "non contestazione" nel processo civile sotto la vigenza del Codice del 1865 e la difficoltà di un'applicazione generalizzata del c.d. principio di non contestazione. – 3. La "non contestazione" non è un fenomeno rilevante alle origini del sistema di giustizia amministrativa. – 4. Brevi cenni sull'elaborazione dottrinale del c.d. principio di non contestazione dall'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1940 fino alla riforma del 2009. *a)* La "non contestazione" come precipitato del principio della domanda (o principio dispositivo sostanziale); *b)* La "non contestazione" come atto di rilevanza processuale di non allegazione di fatti contrari a quelli allegati dall'avversario avente la funzione di escludere i fatti non contestati dal *thema probandum*; *c)* La mancata contestazione dei fatti in giudizio come comportamento valutabile *ex art. 116 c.p.c.*; *d)* La tesi che rivaluta la nozione "asserativa" della contestazione nel processo. Critica. – 5. L'elaborazione giurisprudenziale del c.d. principio di non contestazione fino alla riforma del processo civile del 2009. – 6. Le conseguenze della mancata contestazione dei fatti nel processo: la ricostruzione del "principio (o sistema) dispositivo con metodo acquisitivo" e gli ostacoli all'applicazione del c.d. principio di non contestazione nel processo amministrativo. – 7. Le ragioni della necessità di esaminare la giurisprudenza amministrativa sulla mancata ottemperanza agli ordini istruttori da parte della pubblica amministrazione nell'indagine relativa alla "non contestazione" dei fatti nel processo. *a)* La giurisprudenza sulla mancata ottemperanza agli ordini istruttori dal giudice da parte della pubblica amministrazione. – 8. Lo "stato dell'arte" dopo la legge n. 69/2009 e la modifica dell'art. 115 c.p.c. – 9. La "non contestazione" negli ordinamenti stranieri: *a)* la "non contestazione" nell'ordinamento processuale francese; *b)* la "non contestazione" nell'ordinamento processuale tedesco. – 10. I primi orientamenti della giurisprudenza amministrativa sull'applicazione del c.d. principio di non contestazione dopo l'introduzione dell'art. 64, comma 2, c.p.a. – 11. Considerazioni di sintesi sulla ricostruzione delle origini della "non contestazione" nel processo civile e nel processo amministrativo.

## 1. Le radici storiche della “non contestazione” e il dovere dell’intimato di comparire e di partecipare al processo

La considerazione negativa del comportamento del convenuto che partecipa al processo, ma non contesta specificatamente i fatti dedotti dall’altra parte, ha radici storiche risalenti nel tempo.

La rilevanza della “non contestazione” nell’ordinamento processuale risale al processo romano e alla fissazione dei termini della lite.

Il processo *per legis actiones* si caratterizzava per una sostanziale rigidità strutturale<sup>1</sup>. In una prima fase, l’*actor* e il *reus* dovevano presentarsi dinanzi al magistrato per definire l’oggetto della controversia la cui soluzione, in una seconda fase, era affidata ad uno *iudex privatus*<sup>2</sup>.

In particolare, l’attore intimava il convenuto a comparire in giudizio mediante il meccanismo della “*in ius vocatio*”; il convenuto, invece, aveva l’obbligo di presentarsi dinanzi al *magistratus* per la definizione dei termini della lite (“*litis contestatio*”)<sup>3</sup>. In tale occasione, il convenuto doveva assumere un comportamento tale da consentire la prosecuzione del giudizio *apud iudicem*, salvo che non intendesse riconoscere la pretesa attorea<sup>4</sup>.

Anche il processo formulare si articolava nelle due suddette fasi<sup>5</sup>. In particolare, la *litis contestatio* rappresentava una fase necessaria nel corso della quale le parti elaboravano una forma di sintesi della controversia dinanzi al *magistratus*<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> In tal senso, F.M. D’IPPOLITO, F. LUCREZI, *Profilo storico istituzionale di diritto romano*, Napoli, 2003, 155.

<sup>2</sup> La *litis contestatio* consisteva nello scambio tra le parti di dichiarazioni solenni, incompatibili tra loro, in quanto l’attore avanzava una pretesa e il convenuto la negava. Sul tema, si veda F.M. D’IPPOLITO, F. LUCREZI, *Profilo storico*, cit., 155.

<sup>3</sup> La *litis contestatio* comportava la definizione degli elementi della lite e la deduzione della causa in giudizio. Il compimento della *litis contestatio* determinava che la *res* fosse *in iudicium deducta* (vale a dire che la controversia fosse sottoposta alla decisione del giudice).

<sup>4</sup> “*Sul convenuto incombeva non soltanto il dovere di presentarsi in iure ma anche il dovere di assumere una posizione ben chiara, riconoscendo oppure contestando la fondatezza della pretesa avversaria*”; per un’attenta ricostruzione storica si veda A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 18 ss.

<sup>5</sup> In tal senso, F.M. D’IPPOLITO, F. LUCREZI, *Profilo storico*, cit., 173.

<sup>6</sup> In tal senso, F.M. D’IPPOLITO, F. LUCREZI, *Profilo storico*, cit., 173.

Dunque, nel processo romano, sussisteva un vero e proprio dovere delle parti di presentarsi in giudizio ed, eventualmente, di difendersi<sup>7</sup>. Senza il concorso del convenuto il processo non poteva instaurarsi<sup>8</sup>. Nelle fonti romane, tuttavia, non si rinvennero indicazioni sempre concordanti sulle sanzioni che seguivano al comportamento del convenuto "indefensus"<sup>9</sup>.

In ogni caso, nella dinamica del processo, il comportamento omissivo del convenuto assumeva una connotazione decisamente negativa; la sussistenza del "dovere di difendersi" a seguito della chiamata in giudizio dell'attore implicava conseguenze negative a carico del convenuto che non lo rispettava.

La mancata "contestazione" del convenuto si traduceva in una condotta antiggiuridica che veniva diversamente sanzionata<sup>10</sup>, a seconda delle tipologie di processo e di azioni.

Con l'affermazione della *cognitio extra ordinem* e, successivamente, del processo giustiniano, l'obbligo del convenuto di comparire e di difendersi si trasformò in mero obbligo di presentarsi in giudizio. Una volta costituitosi, il convenuto avrebbe potuto assumere la condotta processuale ritenuta più opportuna<sup>11</sup>. In altri termini, se la comparizione del convenuto dinanzi al giudice era obbligatoria, la scelta della linea difensiva, invece, era rimessa alle valutazioni della parte costituita. Il convenuto poneva in essere una condotta giuridicamente sanzionabile soltanto nel caso in cui non si fosse presentato in giudizio.

La mancata contestazione delle pretese avversarie da parte del *reus* che prendeva parte al giudizio non era di per sé sanzionabile. A partire da tale epoca iniziò a delinearsi la distinzione tra la contumacia nel processo e la mancata contestazione della parte costituita.

La *litis contestatio* è sopravvissuta anche nel processo comune italia-

---

<sup>7</sup> La *ratio* sottesa alla previsione del dovere giuridico di presentarsi in giudizio è stata ricollegata all'interesse dell'ordinamento giuridico alla rapida soluzione delle controversie private, in tal senso, A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 28 ss.

<sup>8</sup> G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. an. 1965 (ma 1923), 741.

<sup>9</sup> Così riferisce A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 24 ss.

<sup>10</sup> Sulla mancata *litis contestatio* nel processo privato romano per *legis actiones* come violazione del dovere di difendersi sulle sue conseguenze, si veda A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 29 ss., il quale sostiene anche l'opportunità di distinguere le *actiones in rem* dalle *actiones in personam*.

<sup>11</sup> A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 37.

no, rappresentandone un momento essenziale, vale a dire l’atto solenne di costituzione.

Soltanto con l’evoluzione del processo si diffuse la convinzione che potesse esservi ugualmente il processo anche senza la partecipazione del convenuto.

La formalità della *litis contestatio* di origini romane venne eliminata e, al suo posto, fu prevista una “finzione” affinché il processo potesse considerarsi validamente instaurato. In particolare, l’attore dava avvio al giudizio con la citazione del convenuto e se quest’ultimo non compariva in udienza, la lite si riteneva comunque per contestata (c.d. *fictio litis contestatio*); in tal modo, l’attore avrebbe potuto ottenere la pronuncia del giudice anche in assenza del convenuto<sup>12</sup>.

Successivamente, invece, come evidenziato dalla dottrina, si affermò la convinzione che “*nel processo moderno il rapporto processuale si costituisce colla semplice domanda, e a questa si connettono, come momento in cui ha vita il rapporto processuale, gli effetti che un tempo si connettevano alla contestazione della lite. Onde parlare di contestazione della lite e di contratto o quasi contratto giudiziale non ha senso*”<sup>13</sup>.

Dunque, le origini della rilevanza giuridica della “non contestazione” nel processo si ricollegano ai meccanismi di instaurazione del processo; infatti, nel processo romano classico, il diritto sostanziale era strettamente intrecciato con le vicende processuali e la “*litis contestatio*” estingueva il rapporto giuridico sostanziale in essere tra le parti prima del processo e subentrava un diritto nuovo che si immedesimava con il processo e ne condivideva le sorti<sup>14</sup>.

Invece, come si tenterà di analizzare in seguito, nel processo moderno, la mancata contestazione dei fatti da parte del convenuto assume rilevanza su un piano differente rispetto a quello dell’instaurazione del processo.

A tal proposito, va condivisa la riflessione della dottrina che ha evidenziato una contraddizione nell’inquadramento della “non contestazione” nel

---

<sup>12</sup> Va, tuttavia, osservato che in alcuni sistemi processuali la finzione della *litis contestatio* venne intesa come una “*poena contumacis*”. Vi furono, inoltre, “*alcuni diritti che vollero condannato il contumace pel solo fatto della contumacia*”. Era questa una forma di coazione a comparire: ma essa è abbandonata nei sistemi moderni. Sul tema, si veda G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 742.

<sup>13</sup> G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 742.

<sup>14</sup> G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 136.

processo<sup>15</sup>: da una parte, la rilevanza dell'istituto in esame ha una originaria matrice dispositivo-sostanziale, dall'altra, la "non contestazione" è destinata a spiegare i suoi effetti nell'istruzione probatoria e nella fase decisoria.

## 2. La "non contestazione" nel processo civile sotto la vigenza del Codice del 1865 e la difficoltà di un'applicazione generalizzata del c.d. principio di non contestazione

Nel processo moderno non vi è il dovere dell'intimato di partecipare al giudizio, né tantomeno quello di contestare le affermazioni dell'avversario, pena l'applicazione di sanzioni. Il convenuto che non partecipa al processo può essere danneggiato *di fatto* dalla sua inattività; ma la sua posizione è garantita, per quanto di ragione, dalla decisione di un giudice terzo ed imparziale.

Orbene, come osservato dalla dottrina, nulla vieta che il legislatore possa prevedere, a livello di diritto positivo, conseguenze specifiche per la mancata partecipazione del convenuto al processo<sup>16</sup>. Allo stesso modo, evidentemente, il legislatore può disciplinare le conseguenze del comportamento del convenuto che partecipa al processo ma non contesta i fatti allegati da controparte.

Per quanto riguarda il processo civile, nel codice di procedura del 1865 non vi era un'espressa disciplina degli effetti giuridici della "non contestazione", né vi era una norma che parificasse il silenzio della parte all'ammissione delle circostanze non contestate, come avveniva nel processo tedesco e in quello austriaco<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> In tal senso, B. CIACCA CAVALLARI, *La contestazione*, I, cit., XX, nota 41.

<sup>16</sup> G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 743.

<sup>17</sup> Il riferimento è agli artt. 138 III della ZPO tedesca e 178 della ZPO austriaca. Sul 138, comma 3 della ZPO germanica si vedano F. LENT, *Diritto processuale civile tedesco*, trad. it. a cura di E.F. Ricci, Napoli, 1962, 93 ss., 181; A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, München, 1968, 317; L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, München-Berlin, 1965, 42 ss.; F. STEIN, M. JONAS, *Pohle, Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, 1968, 725; A. SCHÖNKE, K. KUCHINKE, *Zivilprozessrecht*, Karlsruhe, 1969, 220 ss. Sull'art. 178 della ZPO austriaca si vedano, invece, R. POLLAK, *System des Österreichischen Zivilprozessrechtes*, I, Wien, 1930, 474, 480 ss.; H. SCHIMA, *Gemeinsames und Verschiedenes im Österreichischen und Italienischen Zivilprozess*, in *Studi in onore di E. Redenti*, 1951, 342 ss.; H. SPERL, *Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege*, IN, Wien-Leipzig, 1930, 360 ss.

Le uniche disposizioni erano l'art. 218, comma 2, c.p.c.<sup>18</sup> e l'art. 283 c.p.c.<sup>19</sup>. Pertanto, in mancanza di una espressa previsione legislativa avente carattere generale, la dottrina comunemente riteneva che i fatti non contestati non potessero essere considerati dal giudice come ammessi.

Sotto la vigenza del codice di procedura civile del 1865, soltanto una parte minoritaria della dottrina riconobbe efficacia alla “non contestazione” nell'istruzione probatoria<sup>20</sup>.

Negli anni successivi, in mancanza di una norma, la dottrina si interrogò su quali potessero essere gli effetti della mancata contestazione dei fatti allegati da una parte ad opera di un'altra costituita, giungendo a soluzioni diverse a seconda della qualificazione dell'attività (o meglio della non attività) di omessa contestazione<sup>21</sup>.

Una voce autorevole della dottrina sostenne che la mancata contestazione di un fatto nel processo rappresentasse solo una inattività della parte, alla quale l'ordinamento processuale non collegava conseguenze di alcun genere<sup>22</sup>.

Invero, la pacificità o l'ammissione dei fatti non contestati poteva derivare solo da una preclusione, vale a dire dalla previsione della perdita del potere, riconosciuto al convenuto, di contestare i fatti allegati dall'attore<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> L'art. 218, comma 2, c.p.c. stabiliva che “quando la parte non comparisca, o ricusi di rispondere, si hanno per ammessi i fatti dedotti, salvo che giustifichi un impedimento legittimo”.

<sup>19</sup> L'art. 283 c.p.c., invece, prevedeva che “quando la parte contro cui la scrittura privata è prodotta non comparisca, questa si ha per riconosciuta in sua contumacia. Se comparisca e non risponda, o, rispondendo, non neghi la scrittura specificatamente o non dichiari di non riconoscere quella attribuita ad un terzo, la scrittura si ha ugualmente per riconosciuta”.

<sup>20</sup> Si rinvia al pensiero di Mortara, secondo il quale la “non contestazione” era una sanzione per la violazione del dovere di lealtà processuale e di Furno, secondo il quale l'efficacia probatoria della “non contestazione” nel processo deriva dal principio di auto responsabilità delle parti nel processo. Per una ricostruzione dei diversi orientamenti della dottrina, si rinvia a A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 153 ss.

<sup>21</sup> Sul dibattito si veda A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 133 ss.

<sup>22</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, I, 326 ss.

<sup>23</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., I, 326 ss. Non a caso, nell'ipotesi dell'interrogatorio formale, espressamente disciplinato dal legislatore, la “*fictio confessio*” quale conseguenza della mancata contestazione non andava intesa come sanzione, ma solo come perdita del diritto per mancato esercizio nel termine.

Orbene, in assenza di indicazioni legislative specifiche, non era possibile trarre dal comportamento omissivo di una parte effetti sulla valutazione e della decisione del giudice.

### **3. La "non contestazione" non è un fenomeno rilevante alle origini del sistema di giustizia amministrativa**

A differenza di quanto rilevato per il processo civile, l'indagine sulle conseguenze della "non contestazione" alle origini del processo amministrativo è destinata a non produrre alcun riscontro.

All'epoca, il dibattito sugli effetti della mancata contestazione dei fatti nel processo civile trovava le sue ragioni nel fatto che si trattasse – pacificamente – di un processo di parti, l'attività delle quali è fondamentale per l'instaurazione e la definizione della lite.

L'impostazione originaria del processo amministrativo, invece, era differente rispetto a quella del processo civile<sup>24</sup>.

Dopo l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, una delle questioni più dibattute da parte della dottrina<sup>25</sup> fu quella dell'individuazione

---

<sup>24</sup> Sull'originaria impostazione del processo amministrativo si vedano E. FOLLIERI, *La legge 31 marzo 1889 n. 5992 nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, II, Archivio Isap, 1990, 441; R. CAVALLO PERIN, *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, in *Storia d'Italia*, Annali n. 14, Legge diritto giustizia, a cura di L. Violante, Torino, 1998, 255-296; S. PERONGINI, *La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora"*, Napoli, 1999, 268 e la bibliografia ivi richiamata; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova, 2002, 6 ss.; A. SANDULLI, *La storia*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2007, 8 ss.; per ampie indicazioni bibliografiche si vedano A. CROSETTI, *Il Consiglio di Stato dalla unità d'Italia alla Costituzione*, in C. FRANCHINI (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, 2011, 171 ss.; C. FRANCHINI, *L'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2-3, 2013, 537 ss.

<sup>25</sup> Si tenga presente, innanzitutto, che sino al 1907 (cfr. legge n. 642/1907) fu discussa addirittura la natura giurisdizionale o meno della neo-istituita IV sez. del Consiglio di Stato.

Successivamente, poi, il dibattito si è focalizzato (e giammai si è definitivamente sopito) sull'individuazione del tipo di giurisdizione relativamente al processo amministrativo, tema importante ai fini del presente studio.

Per quanto riguarda il dibattito concernente il carattere giurisdizionale o meno della IV sezione del Consiglio di Stato si vedano O. RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza delle autorità giudiziaria e amministrativa*, in *Foro it.*,

della natura (di diritto obbiettivo o, al contrario, di diritto soggettivo) della giustizia amministrativa<sup>26</sup>.

L’opinione prevalente era nel senso che il sindacato del giudice servisse a ristabilire – nell’interesse pubblico generale – la legalità violata dall’amministrazione a seguito dell’emanazione di atti amministrativi illegittimi<sup>27</sup>.

La fisionomia del processo veniva generalmente ricostruita in termini pubblicistici<sup>28</sup>: la giurisdizione rappresentava, dunque, un mezzo di semplice riconoscimento dell’osservanza del diritto pubblico obbiettivo<sup>29</sup>.

---

1893, 482 ss.; S. ROMANO, *Le giurisdizioni amministrative speciali*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1907, 519; V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, 1907; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull’istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 16 ss.; N. PAOLANTONIO, *L’istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura degli atti parlamentari*, Milano, 1991, 59 ss.

<sup>26</sup> La disputa dottrinale viene ricostruita da F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (ristampa con note di aggiornamento), 733 ss., al quale si rimanda per ampi riferimenti bibliografici. L’Autore espressamente si pone la seguente domanda: “*le giurisdizioni di giustizia amministrativa sono di diritto subiettivo od obbiettivo?*”.

Si veda sulla questione, più recentemente, anche L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, 118 ss.

<sup>27</sup> Sull’attribuzione al Consiglio di Stato del potere di annullare i provvedimenti affetti da illegittimità si vedano L. AMMANNATI, *Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1889-90*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Le riforme crispine II, La giustizia amministrativa*, Milano, 1990, 617 ss.; A. ZITO, *La legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato ed i relativi problemi giuridici nelle relazioni del procuratore generale presso la Corte di Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 315-328; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo*, cit., 6 ss.

<sup>28</sup> Cfr., L.R. PERFETTI, *Diritto di azione*, cit., 42.

<sup>29</sup> Come ampiamente noto, il sistema di giustizia delineato dalla legge abolitrice del contenzioso del 1865 lasciava aree estese dell’attività amministrativa sottratte al sindacato giurisdizionale. Orbene, nei suddetti casi, nonostante i poteri di ispezione e di controllo che l’amministrazione stessa esercitava sul proprio operato, “*è evidente che l’amministrazione, presa come un tutto nel definire le opposizioni e le difficoltà, che gli atti dei suoi agenti incontrano negli interessi individuali, finisce con l’essere arbitra in casa propria*”. Di qui si pose la necessità di un istituto nuovo, più consono alla coscienza progredita del diritto e al maggior bisogno di giustizia nelle pubbliche amministrazioni in proporzione alla maggiore estensione degli interessi coinvolti nell’azione amministrativa. Venne così istituita la IV Sezione del Consiglio di Stato con la legge del 2 settembre 1889; nel discorso per l’inaugurazione della predetta Sezione, Silvio Spaventa osservava che “*in questa giurisdizione non si tratta di definire controversie nascenti dalla collisione di diritti individuali e omogenei, ma di conoscere solamente, se il diritto obbiettivo sia stato osservato. Ciò può servire mediatamente anche all’interesse dell’individuo, ma non è l’immediata conseguenza. Il diritto obbiettivo qui si realizza in sé e per proprio conto,*

Secondo tale prospettiva, la funzione giurisdizionale era strumentale alla necessità di apprestare tutela all'interesse pubblico; si riteneva, prevalentemente, che il ruolo del giudice fosse quello di verificare la conformità dell'atto emanato dalla pubblica amministrazione al dettato normativo. Il contenuto della decisione del giudice era il risultato di un giudizio di annullamento o di conferma dell'atto impugnato<sup>30</sup>. Il giudice verificava la legittimità degli atti amministrativi, limitandosi a valutare se l'amministrazione avesse correttamente applicato le regole di legittimità ai fatti che emergevano dalle risultanze documentali acquisite e che avrebbero dovuto essere posti a base del provvedimento finale<sup>31</sup>.

A seguito dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, inoltre, dottrina e giurisprudenza discussero se il giudice amministrativo potesse estendere il suo esame anche a motivi e a vizi di legittimità dell'atto amministrativo impugnato che non erano stati dedotti dal ricorrente<sup>32</sup>.

Una parte della dottrina, nel sostenere la natura di diritto obiettivo del-

---

senza che ne nasca in ogni singolo caso un diritto soggettivo, o se può nascere, non è qui la sede dove possa farsi valere. L'interesse individuale offeso è solamente preso come motivo e occasione per l'amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti, ma non è l'oggetto proprio della decisione, e cui tale riesame può mettere capo". In tal senso, si veda il Discorso inedito di Silvio Spaventa per l'inaugurazione della IV Sezione (per R. Ricci), pubblicato in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 310 ss.

Nel senso che si tratti di giurisdizione di mero diritto obiettivo si vedano A. SALANDRA, *La Giustizia amministrativa*, Torino, 1904, 782, 785; F. D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti fra le due sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Roma, 1915, 104 ss.; tra i processualcivili, G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 358-359. *Contra*, secondo un orientamento minoritario, E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 31 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (ma 1914), 734 ss.

<sup>30</sup> In tal senso, si veda il Discorso inedito di Silvio Spaventa per l'inaugurazione della IV Sezione (per R. Ricci), in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 310.

<sup>31</sup> Sulla ricostruzione delle caratteristiche originarie del giudizio amministrativo si vedano oltre agli autori già citati V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 16 ss.; N. PAOLANTONIO, *L'istruzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura degli atti parlamentari*, in *Quaderni dir. proc. amm.*, 1991, 59 ss.; S. PERONGINI, *La formula, II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora"*, cit., 274; S. LICCIARDELLO, *La formazione del sistema di diritto amministrativo*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAIITA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 9-10.

<sup>32</sup> Così riferisce S. PERONGINI, *La formula, II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora"*, cit., 268, in particolare nota 134.

la giurisdizione conferita al Consiglio di Stato, sostenne la possibilità di un sindacato del giudice esteso a tutti i vizi del provvedimento impugnato, anche se non oggetto di censura di parte<sup>33</sup>.

Il regime delle prove nel processo amministrativo era imperniato sulla “*prova di ufficio*” e non su “*proposizione di parte*”, discostandosi dal sistema vigente nel processo civile<sup>34</sup>.

Il giudice amministrativo, in sede di legittimità, aveva la possibilità di istruire la controversia sulla scorta di quanto stabilito dall’art. 16 della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato del 31 marzo 1889, n. 5992 e dall’art. 37 T.U. sulle leggi del Consiglio di Stato, approvato con legge n. 6166/1889, (nel quale vennero incluse le disposizioni contenute nella legge n. 2248/1865, allegato D, e quelle della legge n. 5992/1889)<sup>35</sup>;

<sup>33</sup> Cfr. S. TRENTIN, *La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Pisa, 1910, 228 ss.

<sup>34</sup> In tal senso, F. CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1916, 109 ss. 103 ss. In generale, per una ricostruzione storica dell’istruttoria nel processo amministrativo, si vedano F. BENVENUTI, *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, 1973; L. MIGLIORINI, *L’istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977; L. MIGLIORINI, *I problemi dell’istruzione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1988; G. SANTANIELLO, *Il sistema probatorio nel processo amministrativo italiano*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione*, Milano, 1988; L. MIGLIORINI, *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, 1990; G. VIRGA, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991; M.E. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull’esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1101-1125; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull’istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984 e in *Opere giuridiche*, Napoli, 2001; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 2001; S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l’ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002; G. CORSO, voce *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVIII, 2003; C.E. GALLO, *L’istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, Tomo, V, II ed., Milano, 2003; M. D’ORSOGNA, *La fase istruttoria*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 302 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008; N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2009, 209 ss.

<sup>35</sup> L’art. 16 della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato del 31 marzo 1889, n. 5992 stabiliva che “*Se la sezione riconosce che l’istruzione dell’affare è incompleta, o che i fatti affermati nell’atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, prima di decidere sul merito, può richiedere all’amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti, od ordinare all’amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti, quando ne sia il caso, ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti*”. L’art. 37 della legge n. 6166/1889 riproduceva il contenuto dell’art. 16 della legge n. 5992/1889, innanzi trascritto.

poi, dall'art. 36 del r.d. 17 agosto 1907, n. 638, dalle norme contenute nel Titolo II del T.U. 17 agosto 1907, n. 642, recante il Regolamento per la procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale<sup>36</sup> e, infine, dall'art. 44 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 recante il "Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato"<sup>37</sup>.

Le norme erano scarse<sup>38</sup>.

I poteri istruttori erano riservati al giudice che, tuttavia, poteva esercitarli solo in presenza di determinati presupposti. In particolare, se l'istruttoria effettuata in sede amministrativa si dimostrava incompleta<sup>39</sup> e se i

---

<sup>36</sup> In particolare, l'art. 26 del T.U. 17 agosto 1907, n. 642 sanciva che *"le sezioni giurisdizionali possono richiedere all'amministrazione e ordinare alle parti di produrre quegli atti e documenti che credono necessari per la decisione della controversia. Possono pure richiedere che l'amministrazione faccia eseguire nuove verificazioni, fissando il termine entro cui dev'essere depositata la relazione. Le parti sono, a cura dell'amministrazione, avvisate, almeno cinque giorni prima, del luogo, del giorno e dell'ora in cui si eseguiranno le verificazioni"*.

<sup>37</sup> L'art. 44 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 sanciva che *"se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti: ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti. Nei giudizi di merito il Consiglio di Stato può inoltre ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura"*.

<sup>38</sup> Per quanto riguarda, invece, le norme che disciplinavano l'istruttoria del procedimento dinanzi alle Giunte amministrative provinciali si vedano l'art. 11 del r.d. n. 639/1907, secondo il quale *"se la giunta provinciale riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con le risultanze dei documenti, prima di decidere in merito può promuovere il parere dei corpi consultivi istituiti per legge o per regolamento, richiedere alla amministrazione interessata nuovi schiarimenti o la produzione di documenti, od ordinare all'amministrazione medesima di far nuove verificazioni, autorizzando le parti, quando ne sia il caso, ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti. Ove le verificazioni ordinate importino spese debbono essere anticipate dalla parte ricorrente"*; e l'art. 14 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1058, recante *"Approvazione del testo unico delle leggi sulla Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 7 luglio 1924, n. 158"*.

<sup>39</sup> L'espressione "istruzione dell'affare" utilizzata nell'art. 44 del r.d. n. 1054/1924, T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato (che riproponeva la disposizione di cui all'art. 16 della legge n. 5992/1889) veniva tradizionalmente riferita all'istruzione effettuata in sede amministrativa. Dunque, se l'istruzione amministrativa si fosse palesata come incompleta, il giudice avrebbe potuto esercitare i suoi poteri istruttori.

Va segnalato, sin da ora, che nella dottrina successiva un Autore ne propose una diversa interpretazione. F. BENEVENUTI, *L'istruzione*, cit., 160 ss., infatti, sostenne che con la

fatti affermati nell’atto o nel provvedimento impugnato erano in contraddizione con i documenti acquisiti al processo, il giudice poteva richiedere all’amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti, ordinare all’amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi e a produrre determinati documenti.

Era escluso ogni apprezzamento sui fatti accertati, nel senso che quando l’istruttoria in sede amministrativa fosse stata completa e i fatti risultassero comunque dubbi, il convincimento dell’amministrazione stessa restava insindacabile<sup>40</sup>.

Il sindacato sui vizi di legittimità rimaneva l’unico strumento attraverso il quale il giudice poteva accedere in qualche modo ai fatti e alla loro ricostruzione in sede giudiziale.

Non deve stupire l’orientamento assunto dalla giurisprudenza secondo la quale, nell’esercizio della giurisdizione di legittimità, le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato potevano essere “*giudici del fatto nei limiti della indagine sul vizio di eccesso di potere*”<sup>41</sup>.

Il giudice amministrativo era chiamato ad accertare se l’atto amministrativo era viziato da violazione di legge, eccesso di potere ed incompetenza<sup>42</sup>.

---

formula “istruzione dell’affare” si intendesse “l’istruzione processuale”. La tesi non riscosse successo. M. Nigro continuò ad interpretare la norma in senso tradizionale, riconoscendo tuttavia il contrasto tra la previsione dell’art. 44 T.U. Consiglio di Stato e l’impostazione del processo amministrativo come processo di parti tanto da proporre l’abrogazione della norma in questione.

<sup>40</sup> Cfr. V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in V.E. ORLANDO, *Primo Trattato di Diritto amministrativo*, III, 1901, 1027-1028, il quale – già agli inizi del ventesimo secolo – puntualizzava che “*la competenza della IV Sezione sulla decisione del fatto non può identificarsi con quella dei giudici ordinari nel merito. Dinanzi a questi, se una data circostanza di fatto risulta da un’asserzione di parte, questa non può costituire una verità acquisita se non è approvata. Perciò il giudice deve decidere secundum probata: ad ogni proposizione di fatto su cui esso si fonda, bisogna che corrisponda una prova giuridica, la quale, ove non via sia l’ammissione spontanea della controparte, bisogna che si raggiunga con uno dei mezzi istruttori all’uopo istituiti dal diritto giudiziario comune. Non è così in IV Sezione. Qui si ha un provvedimento dell’autorità amministrativa, cioè di un potere sovrano. Questo provvedimento suppone una base di fatto che bisogna, per regola generale, credere vera e fondata. Dinanzi ad una competenza dell’ordine amministrativo non può ammettersi una presunzione di dubbio o di sospetto intorno ad una esplicita affermazione della pubblica autorità*”.

<sup>41</sup> In tal senso, Cons. Stato, 11 aprile 1930, in *Giur. it.*, 1930, 133-135 e note 1-3.

<sup>42</sup> V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 1020, osserva che “*più delicata (il termine di paragone è la competenza di merito) è la questione dei poteri della IV Sezione*

Ad avviso della giurisprudenza dell'epoca, "costituisce violazione di legge sindacabile dalle giurisdizioni amministrative in sede di legittimità la non corrispondenza fra una specie di fatto e l'ipotesi preveduta dalla legge o dal regolamento<sup>43</sup>; costituisce eccesso di potere la contraddizione tra i fatti e il contenuto di un provvedimento<sup>44</sup>; le giurisdizioni ammi-

---

sul fatto, quando si tratta della competenza di annullamento per l'art. 24. In verità, tale questione si connette siffattamente con la natura stessa di quella competenza". Ancora "il fatto che dovrebbe servire da sostrato al giudizio di essa le viene fornito dal provvedimento impugnato, cioè da un atto che proviene bensì da un'autorità dello Stato, la quale però in primo luogo non ha competenza giurisdizionale, ed in secondo luogo non si è servita del contraddittorio, posto che lo stadio contenzioso cominci con la IV Sezione. Ciò basta per comprendere come questo magistrato non possa non avere la facoltà di procedere ad accertamenti del fatto, quando la determinazione di esso che sorge dal procedimento impugnato sia monca o evidentemente errata. Come del resto, questa facoltà si rannodi con uno dei tre casi cui la IV Sezione può pronunciare l'annullamento dell'atto".

<sup>43</sup> Sulla violazione di legge si vedano *ex multis* G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936; F. LEVI "Legittimità (dir. amm.)", in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 124 ss.; G. CASTELLI-AVOLIO, *Sviamento di potere: eccesso di potere o violazione di legge?*, in *GM*, 1984, 419; D. MODESTI, *Violazione di legge ed eccesso di potere*, in *NR*, 1993, 643; G. BERTI, *La violazione di legge nel sistema dei vizi del provvedimento amministrativo*, Torino, 1999/2000; R. CAVALLO PERIN, voce *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. IV disc. pubbl.*, vol. XV, 2000, 657-661; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 738; A. POLICE, *Annulabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, 2007, 49-74; R. CAVALLO PERIN, *Violazione di legge*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. 2011.

<sup>44</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18-22 agosto 1905, in *Giur. it.*, 1905, III, 411 e 421, e nota; Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 1906, in *Giur. it.*, 1907, 143 ss. Sull'eccesso di potere la bibliografia è vastissima. Si vedano *ex multis*, tra i contributi più risalenti, A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giust. it.*, 1892, III, 114, anche in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1990, 273 ss.; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano 1911, 121; F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 1938; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Nuovis. Dig. it.*, Appendice, III, 1982; A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in AA.VV., *Atti del convegno celebrativo del 150 anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 94-95; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463-464; E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, 1988; F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, 340 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limite della discrezionalità*, Milano 1993; R. CAVALLO PERIN, *Procedimento amministrativo e giustizia*

nistrative hanno a tal uopo, anche in sede di legittimità, la facoltà di ordinare una istruttoria per l'accertamento dei fatti”<sup>45</sup>.

In altri termini, i poteri cognitori del giudice amministrativo trovavano un limite, quasi invalicabile, nel provvedimento amministrativo. L'accesso del giudice al fatto era “filtrato” dal provvedimento dell'amministrazione.

Si considerava l'istruttoria processuale come un rimedio eventuale contro l'incompletezza dell'istruttoria curata dall'amministrazione<sup>46</sup>.

Tale impostazione era coerente con l'idea antica di ritenere l'accesso ai fatti da parte del giudice, e la conseguente ricostruzione, come operazioni sostanzialmente lesive della sfera discrezionale dell'amministrazione stessa.

L'accertamento giudiziale dei fatti era possibile solo ed esclusivamente nell'ottica della violazione di legge o di evidenti ragioni di contraddittorietà, illogicità e travisamento dei fatti da parte dell'amministrazione (eccesso di potere).

Per quanto riguarda l'istruzione probatoria, le parti potevano chiedere l'assunzione di un mezzo istruttorio ma la scelta circa l'opportunità della relativa acquisizione era rimessa soltanto al Presidente<sup>47</sup>.

In generale, l'ammissione della prova competeva al giudice.

---

*amministrativa*, in *Storia d'Italia*, Annali n. 14, Legge diritto giustizia, a cura di L. Violante, Torino, 1998, 264 ss.; E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa – le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); di recente, si rinvia a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 410 ss., in particolare sull'errore di fatto e sul travisamento, 461 ss., e alla bibliografia ivi richiamata; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 338, 297, 305.

<sup>45</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 1906, in *Giur. it.*, 1907, 143-144. Si veda anche Cons. Stato, sez. IV, 18 e 22 agosto 1905, in *Giur. it.*, 1907, III, 411 e 412 e nota.

<sup>46</sup> Già agli inizi del '900, la dottrina (V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., III, 1901, 1021) osservava che l'art. 37 della legge n. 6166/1889 (norma applicabile all'epoca ai giudizi dinnanzi al Consiglio di Stato) “è concepito in modo da prevedere il caso di una istruzione insufficiente e da offrire, in conseguenza, il modo onde completamente istruire l'affare”. Si veda sul punto, l'opinione sulle norme analoghe, applicabili *ratione temporis*, di L. RAGGI, *Questioni in materia di prova nei procedimenti dinanzi alle sezioni contenziose del Consiglio di Stato e le G.P.A.*, in *Arch. giur. Serafinini*, serie III, XIII, 1910, 177 ss.

<sup>47</sup> L'art. 28 del r.d. n. 642/1907 stabiliva che “se una delle parti domanda l'assunzione di un mezzo istruttorio e le altre aderiscono, il presidente, qualora ne riconosca l'opportunità, dà atto alle parti della domanda ed emette le disposizioni che occorrono per la esecuzione”.

Secondo la dottrina agli inizi del secolo scorso, *"l'accordo delle parti non impone, senz'altro, come nel processo civile, di consentire al richiedente mezzo, bensì lo lascia arbitro di ammetterlo o no, secondo il suo apprezzamento di opportunità circa l'utilità e la verosimiglianza della prova richiesta, cioè secondo il suo convincimento"*<sup>48</sup>.

In un sistema processuale di tal genere, non poteva trovare spazio il meccanismo dell'onere della prova. *"Quando è il giudice che dispone la prova d'ufficio non vi può essere né onere della prova né ripartizione dell'onere fra le varie parti, perché ciascuna può avere vittoria in virtù di una prova ordinata dal giudice anche se non l'ha chiesta, e comunque il giudice può designare di volta in volta (p. es. nell'ordinare l'esibizione di documenti), su chi l'onere stesso venga a gravare. Naturalmente, il ricorrente per maggiore sicurezza e sollecitudine può sentirsi indotto ad assumersi spontaneamente l'onere della prova"*<sup>49</sup>.

Il ricorrente poteva rappresentare l'esigenza di acquisire determinate prove in giudizio, ma la decisione era comunque rimessa in ultima istanza al giudice<sup>50</sup>.

Le parti potevano solo limitarsi a dimostrare l'incompletezza dell'istruttoria o potevano produrre documenti al fine di sollevare *"il dubbio sulla parte di fatto del provvedimento"*<sup>51</sup> e persuadere il giudice ad una istruzione della causa più rigorosa.

Secondo dottrina autorevole del tempo, *"quest'onere spontaneamente assunto non concerne tanto la prova completa dell'erroneità dei fatti posti a luce dal provvedimento o di quelli che possono eliminarne le conseguenze giuridiche, quanto la prova preliminare degli indizi (principio di prova), che valgano a indurre il giudice a ordinare la prova completa"*<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> In tal senso, F. CAMMEO, *Sulle prove*, cit., 109 ss.

<sup>49</sup> In tal senso, F. CAMMEO, *Sulle prove*, cit., 110.

<sup>50</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 1915.

<sup>51</sup> In tal senso, F. CAMMEO, *Sulle prove*, cit., 110.

<sup>52</sup> In tal senso, F. CAMMEO, *Sulle prove*, cit., 110. Secondo la dottrina, *"nella procedura amministrativa non vale il principio che l'onere della prova incombe rigorosamente sul ricorrente, perché le giurisdizioni amministrative hanno la possibilità di istruire d'ufficio: perciò, in difetto di prova fornita dall'attore, non è lecito dire che il ricorso deve essere respinto, ma in vista delle facoltà di istruzione d'ufficio, bisogna dire che può esserlo. Comunque potrebbe doversi respingere. La stessa scelta di istruire d'ufficio non può esercitarsi se non vi sia un principio di prova già emergente dai documenti o dall'istruzione non ritenuta completa, che ha avuto luogo per parte dell'amministrazione atti-*

L'onere della prova non era una prerogativa delle parti. Non sarebbe stato coerente con la possibilità dell'istruzione d'ufficio, che autorizzava una diversa ripartizione dell'onere probatorio ad opera del giudice.

Il giudice poteva individuare la parte sulla quale far gravare l'onere della prova (ordinando alla pubblica amministrazione l'esibizione dei documenti). L'interesse del ricorrente si esauriva nella dimostrazione della incompletezza dell'istruttoria o nella produzione di documenti che sollevassero dubbi sulla parte di fatto del provvedimento<sup>53</sup>.

In definitiva, il vincolo originario del giudice era assai debole già per quanto riguarda la delimitazione dell'oggetto del giudizio; facendo leva sull'inquadramento del processo amministrativo come ipotesi di giurisdizione obiettiva, era possibile che il giudice introducesse in giudizio fatti diversi rispetto a quelli introdotti dalle parti; più precisamente, la delimitazione dei poteri del giudice relativi all'introduzione dei fatti era una questione dibattuta in dottrina e in giurisprudenza.

Dunque, coerentemente, la scelta dell'*an* e del *quomodo* dell'istruzione probatoria era rimessa al giudice.

Dalle origini del sistema di giustizia amministrativa fino agli anni Cin-

---

*va. L'onere di fornire questo principio di prova grava sul ricorrente. Se egli non vi provvede e se la lacuna non è colmata dalle produzioni dell'autorità o degli interessati resistenti, nemmeno l'istruzione d'ufficio può essere ordinata e il ricorso deve essere respinto*". In tal senso F. CAMMEO, *La produzione dei documenti dinanzi alla IV e V sezione e alla G.P.A.*, in *Giur. it.*, 1912, 93 ss. Dunque, l'omesso deposito tempestivo dei documenti non poteva automaticamente comportare la dichiarazione di irricevibilità del ricorso. Infatti, se nonostante l'omesso deposito o la produzione tardiva dei documenti, vi erano elementi *aliunde* desumibili, specie dalle risultanze dell'atto impugnato o dalle produzioni o dalle ammissioni dell'autorità, per decidere in fatto, anche a favore del ricorrente, i giudici potevano decidere nel merito. Se il principio di prova risultava acquisito *aliunde*, il giudice poteva disporre l'istruttoria d'ufficio e ordinare d'ufficio la produzione dei documenti esistenti e non esibiti. In tal modo, il ricorrente poteva pure vedere accolte le sue domande.

Sul tema, si veda anche F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino, 1949, 597 ss.

<sup>53</sup> Per quanto riguarda i singoli mezzi di prova, si discuteva sull'ammissibilità della prova testimoniale dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale.

La questione fu affrontata dalla IV sezione senza una soluzione definitiva (Cons. Stato, sez. IV, 17 novembre 1893, in *Giur. it.*, 1894, III, 13 ss.). La dottrina, invece, ne aveva sostenuto l'ammissibilità. Successivamente, tuttavia, la IV sezione assunse un orientamento costante e negativo circa l'ammissibilità della prova in questione. (Cons. Stato, sez. IV, 8 maggio 1896).

quanta, il ruolo delle parti sia nella delimitazione dell'oggetto del giudizio, sia nell'istruzione probatoria è stato marginale, al pari della tutela giurisdizionale riservata agli interessi di cui erano titolari i privati<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> In tal senso, L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, 1 ss.; O. RANELLETTI, *Diritti subbietivi e interessi legittimi*, in *Foro it.*, 1893, I, 481 ss.; L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1905, 134 ss.; L. PICARDI, *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, II, Roma, 1932, 115 ss.; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, 161 ss.; P. BODDA, *Interesse a ricorrere e interesse legittimo*, in *Foro amm.*, 1935, I, 148; U. FORTI, *Diritto amministrativo*, III, Napoli, 1945, 51 ss.; F. D'ALESSIO, *Istituzioni*, cit., 398 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, 187 ss.

L.R. PERFETTI, *Diritto di azione*, cit., 23, parla di "una teoria del processo assai diversa, dominata dal ruolo dello Stato e dell'interesse pubblico, nella quale si sentono ancora ben vivi i presupposti dello stato amministrativo e della teoria dei diritti pubblici subietivi con l'idea, che ne deriva, dell'eccezionalità della revisione giudiziale della decisione amministrativa e della strumentalità delle posizioni soggettive"; S. LICCIARDELLO, *La formazione del diritto amministrativo*, cit., 10, descrive la IV sezione del Consiglio di Stato come "l'ulteriore pilastro del sistema a diritto amministrativo, per far osservare la legge all'amministrazione e solo indirettamente garantire i cittadini".

Sulla parabola evolutiva dell'interesse legittimo e sul riparto di giurisdizione si vedano R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo. Vicende dell'interesse legittimo*, Napoli, 1977; V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premessa allo studio del diritto vigente*, Pescara, 1979; E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, 123 ss.; F.G. SCOCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; V. CERULLI IRELLI, *Le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione di Roma*, in *Le riforme crispine*, II, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Milano, 1990, 496 ss.; F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 9 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 169 ss., 184 ss.; M. FRANZANI, *Alle radici teoriche dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 279 ss.; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro it.*, 1999, I, 3212 ss.; A. ROMANO, *Sono risarcibili, ma perché devono essere anche legittimi*, in *Foro it.*, 1999, I, 3226 ss.; F.G. SCOCA, *La "gestazione" dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, I, Padova, 2007, 283 ss.; G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2001, 18 ss., 77 ss.; M. OCCHIANA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova, 2002, 77 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione. Relazione al Convegno "Il consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano" (Roma – Consiglio di Stato – 6 febbraio 2003)*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, 169-181; E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedurali e il riparto di giurisdizione conseguente alla pregiudi-*

In un siffatto sistema processuale, il principio di non contestazione non aveva alcun margine di operatività, atteso che l'attività delle parti aveva scarsa rilevanza nella definizione del tema decisorio e nella formazione del tema probatorio.

---

zialità dell'azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato, in E. FOLLIERI (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004, 235 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 980 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 974 ss.; M.A. SANDULLI, *Finalmente “definitiva” certezza sul riparto di giurisdizione in tema di “comportamenti” e sulla c.d. “pregiudiziale” amministrativa? Tra i due litiganti vince la “garanzia di piena tutela” (a primissima lettura in margine a Cass., Sez. Un., 13659, 13660 e 13911 del 2006)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, 880; A. PAJNO, A. SANDULLI, *La giurisdizione*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2007, 41 ss.; S. LICCIARDELLO, *Espropriazioni e giurisdizione*, Torino, 2007; S. PERONGINI, *Effetti sostanziali e processuali della domanda proposta innanzi a giudice privo di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 95; R. CAVALLO PERIN, *Giurisdizione Ordinaria e Pubblica Amministrazione: l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, Abolizione del contenzioso amministrativo, art. 2 sez. II, Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in A. ROMANO, R. VILLATA (diretto da), *Commentario Breve alle Leggi sulla Giustizia Amministrativa*, Padova, 2009, 16-32; F. MANGANARO, *Riflessioni su talune recenti tendenze in tema di riparto di giurisdizione e responsabilità civile dell'amministrazione*, in *Giustamm.it*, 2009; F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2011, 47 ss.; G. CLEMENTE di SAN LUCA, *Approfondimenti di diritto amministrativo per il corso specialistico*, Napoli, 2012, 314 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (Dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 436 ss.; M. TIBERII, *La tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, Napoli, 2013; A. ZITO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 75; A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2013, 5 ss.; N. LONGOBARDI, *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 687 ss.; C. GUACCI, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 114 ss. e la bibliografia ivi richiamata; M. TIBERII, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAITTA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 591 ss., 594 ss.

Per un'accurata disamina delle teorie sull'interesse legittimo si veda anche R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 455 ss.

Si tenga, inoltre, presente che il riparto di giurisdizione fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi è una peculiarità del nostro ordinamento. Per una prospettiva di diritto comparato si vedano S. CASSESE, *Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 685 ss.; M.P. CHITI, *L'affermazione della giustizia amministrativa in Inghilterra. Dalla common law al droit administratif?*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 541 ss.; P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna*, Torino, 1996.

#### **4. Brevi cenni sull'elaborazione dottrinale del c.d. principio di non contestazione dall'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1940 fino alla riforma del 2009**

Il codice di procedura civile del 1940 non disciplinava le conseguenze processuali che si producevano a carico della parte che non aveva contestato i fatti allegati dalla controparte.

L'ostacolo principale alla esatta individuazione delle conseguenze processuali derivanti dalla mancata contestazione dei fatti restava l'assenza di una disciplina *ad hoc*.

In assenza di un riferimento normativo preciso – introdotto soltanto con la modifica dell'art. 115 c.p.c. nel 2009 – la dottrina ha elaborato diverse tesi volte a individuare il fondamento e gli effetti del c.d. principio di non contestazione.

La ricostruzione della elaborazione dottrinale<sup>55</sup>, antecedente alla riforma del processo civile del 2009, si rende necessaria al fine di individuare le problematiche sottese all'introduzione *ex lege* della regola in base alla quale i fatti non contestati devono essere posti a fondamento della decisione dal giudice, sia nel processo civile (art. 115 c.p.c., secondo l'attuale formulazione) sia nel processo amministrativo (art. 64, comma 2, c.p.a.).

##### **a) La "non contestazione" come precipitato del principio della domanda (o principio dispositivo sostanziale)**

Un orientamento della dottrina sosteneva che l'applicazione del principio di non contestazione fosse conseguenza della natura disponibile dei diritti, oggetto del rapporto giuridico dedotto in giudizio<sup>56</sup>.

In particolare, si riteneva<sup>57</sup> che il principio di non contestazione fosse

---

<sup>55</sup> Si veda l'attenta ricostruzione delle diverse opinioni dottrinali effettuata da A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 175 ss.

<sup>56</sup> G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979, 2175 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, 79 ss.; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1987, 71; G. VERDE, *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, 1989, 1 ss.; G. SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, 415 ss.

<sup>57</sup> G. VERDE, *Domanda*, cit., 1 ss.

una regola non codificata e di prevalente origine giurisprudenziale, fondata su un'esigenza logica in base alla quale “non c'è discorso che non poggi sopra un numero di premesse convenzionalmente acquisite (...); è comunemente accettato che il giudice sia vincolato a porre a base della sua decisione i fatti non controversi che ritenga rilevanti<sup>58</sup>”. In altri termini, il giudice poteva investigare esclusivamente laddove finiva “l'area non contestata”<sup>59</sup>.

In tal senso, nel tentativo di trovare un fondamento giuridico al principio di non contestazione, quest'ultimo veniva ricondotto al principio della domanda<sup>60</sup> e, in particolare, “a quel coefficiente di dispositività, che è ad esso sottostante<sup>61</sup>”.

La “non contestazione” di un fatto assumeva rilevanza nel processo nella stessa misura in cui il fatto stesso poteva essere allegato dalle parti. La dottrina in esame sosteneva che l'applicazione del c.d. principio di non contestazione fosse possibile solo se i fatti riguardavano diritti di cui le parti potevano liberamente disporre<sup>62</sup>.

b) *La “non contestazione” come atto di rilevanza processuale di non allegazione di fatti contrari a quelli allegati dall'avversario, avente la funzione di escludere i fatti non contestati dal thema probandum*

La ricostruzione, secondo la quale l'applicazione del principio di non contestazione nel processo civile rappresentava il “riflesso processuale” del principio della domanda, è stata oggetto di puntuali critiche, tra le quali si segnalano quelle articolate dal prof. Carratta nella monografia dal

<sup>58</sup> G. VERDE, *Domanda*, cit., 9.

<sup>59</sup> G. VERDE, *Domanda*, cit., 9.

<sup>60</sup> Sul principio della domanda nel diritto processuale civile, si veda E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 551 ss.; G. VERDE, *Domanda*, cit., 1 ss. Il collegamento tra il principio della domanda e imparzialità del giudice è un dato tradizionale della nostra dottrina; a tal proposito, si vedano V. ANDROLI, *Prova*, in *Noviss. Dig. it.*, 1967, 278 ss.; E. FAZZALLARI, *La imparzialità del giudice*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973, 337 ss.; T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, 752; G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., 2175 ss.

<sup>61</sup> G. VERDE, *Domanda*, cit., 9.

<sup>62</sup> G. VERDE, *Domanda*, cit., 10.

titolo "il principio di non contestazione nel processo civile" del 1995<sup>63</sup> che di seguito si riportano brevemente.

Nel suo lavoro, l'Autore muove dalla constatazione storica dell'influenza della dottrina tedesca rispetto a quella italiana che, tuttavia, avrebbe determinato equivoci nell'individuazione del fondamento del c.d. principio di non contestazione.

Carratta osserva che *"la presenza del paragrafo 138 nella ZPO tedesca è stato un argomento a cui di frequente si è fatto riferimento per negare il ricorso all'espedito della 'non contestazione', anche per il nostro sistema processuale, che non conosce appunto una norma identica. Sul versante opposto, invece, coloro che si sono espressi favorevolmente sulla possibilità di estendere il principio della non contestazione anche al nostro processo civile hanno utilizzato, a conforto di tale tesi, proprio la ricostruzione della Nichtbestreiten offerta dalla dottrina tedesca ed incentrata almeno nella versione tradizionale, sulla identificazione di questo istituto come riflesso della disponibilità sostanziale del rapporto dedotto"*<sup>64</sup>.

Orbene, secondo la dottrina in esame, coloro che si mostrano favorevoli all'operatività del principio di non contestazione nel processo civile (ric conducendolo al principio della domanda) sono condizionati – in maniera distorta – dalla riflessione tedesca sull'inquadramento sistematico della *Nichtbestreiten*<sup>65</sup> disciplinata dal paragrafo 138 ZPO. Invero, la "non contestazione" nel processo tedesco è la conseguenza diretta dell'onere di prendere posizione in maniera completa e veritiera sui fatti allegati dall'avversario<sup>66</sup>. Pertanto, ai sensi del paragrafo 138 ZPO, i fatti non espressamente contestati sono da considerare come fatti ammessi, se la volontà di contestazione non risulta da altre dichiarazioni delle altre parti<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit.

<sup>64</sup> A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 229.

<sup>65</sup> "L'inquadramento sistematico della *Nichtbestreiten* è alla base della riflessione che la dottrina italiana ha sviluppato intorno al principio di non contestazione", in tal senso, si veda A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 229 ss.

<sup>66</sup> Cfr. sul par. 138 ZPO, oltre agli autori citati in nota 33, si vedano WIECZOREK, *Zivilprozessordnung und Nebengesetz*, Berlin-New York, 1976; HANS-GERT SCHOOF, *Entwicklung und aktuelle Bedeutung der Regeln über Geständnis und Nichtbestreiten im Zivilprozess*, Munster, 1980; E. PETERS, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München, 2008.

<sup>67</sup> Si tenga presente che "la finzione" in base alla quale i fatti non contestati nel processo tedesco sono fatti ammessi è determinata dall'esigenza di eliminare il pericolo della discrezionalità del giudice nella valutazione di un simile comportamento. Cfr. HAHN,

L’Autore osserva che, sulla scorta dell’analogia tra fatti confessati e fatti non contestati e quindi ammessi, la dottrina tedesca individua il fondamento della “non contestazione” nella disponibilità della situazione giuridica sostanziale: “*la non contestazione dei fatti allegati dall’avversario è una manifestazione della Verhandlungsmaxime alla quale è improntato il processo; la Verhandlungsmaxime, cioè la struttura processuale per cui è riservato alle parti il potere monopolistico di allegazione dei fatti di causa e di indicazioni delle prove, costituisce la manifestazione nel processo della natura sostanziale disponibile del rapporto dedotto in giudizio; anche la non contestazione, quindi, ha lo stesso fondamento logico-giuridico, cioè la natura disponibile del rapporto*”<sup>68</sup>.

Nell’ordinamento italiano, secondo Carratta, tuttavia, le argomentazioni della dottrina tedesca non possono essere riprodotte in quanto vi è un elemento di diversità fondamentale tra il processo tedesco e quello italiano: nell’ordinamento tedesco vi è una norma di diritto positivo *ad hoc*.

Orbene, la dottrina in esame sostiene che, in assenza di una espressa previsione di legge, la tesi in base alla quale “*il principio di non contestazione rappresenta una manifestazione nel processo della natura disponibile del rapporto sarebbe condivisibile soltanto se si riuscisse a dimostrare che, de iure condito, esiste, rispetto all’allegazione dei fatti di causa rilevanti per la causa una diversa ripartizione dei poteri processuali delle parti e del giudice a seconda della natura (disponibile o indisponibile) del rapporto dedotto in giudizio. Senonché proprio questo manca nel nostro ordinamento*”<sup>69</sup>. Più precisamente, il collegamento tra “non contestazione” e disponibilità del rapporto giuridico sottostante va considerato<sup>70</sup>, ma non può costituire il fondamento della “non contestazione” nel nostro ordinamento; invero, “*il carattere disponibile del rapporto avrà la sua importanza quando si tratterà di stabilire l’applicazione pratica della non contestazione*”<sup>71</sup>.

---

*Materialien zur Zivilprozessordnung*, Berlin, 1880, 214. Per la ricostruzione della dottrina tedesca si vedano i riferimenti bibliografici di A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 208, nota 100.

<sup>68</sup> In tal senso, A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 244.

<sup>69</sup> A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 255.

<sup>70</sup> Non si può consentire sul piano processuale più di quanto si consente sul piano sostanziale.

<sup>71</sup> A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 259.

La dottrina richiamata sostiene che, nel processo civile italiano, la "non contestazione" sia una manifestazione del principio di disponibilità dei fatti di causa in base al quale non solo le parti hanno il monopolio nell'allegazione dei fatti di causa, ma anche il potere di delimitare il *thema probandum*. In tal caso, si riconosce alle parti il potere di escludere alcuni fatti dal novero di quelli bisognosi di prova, attraverso il meccanismo processuale della mancata contestazione dei fatti allegati da controparte<sup>72</sup>. Infatti, nell'ipotesi di "non contestazione" di un fatto, il giudice non può essere ritenuto obbligato a ritenere come vero un fatto non provato, in assenza di una norma dalla quale poter ricavare tale "finzione", come nell'ordinamento tedesco.

Pertanto, secondo la ricostruzione in esame, la mancata contestazione di un fatto allegato da controparte può rappresentare soltanto l'esercizio del potere della parte di delimitare il *thema probandum*: si tratta "di un atto di rilevanza processuale di non allegazione di fatti contrari a quelli allegati dall'avversario", capace di escludere un fatto dalla massa di quelli che devono essere provati in giudizio.

Dunque, l'Autore individua il fondamento giuridico degli effetti della mancata contestazione nell'autoresponsabilità delle parti in giudizio<sup>73</sup>.

A tal proposito l'Autore evidenzia la connessione tra le conseguenze processuali derivanti dalla omessa contestazione di un fatto allegato da una parte ad opera della controparte costituita e l'onere della parte stessa di prendere posizione sui fatti allegati dall'avversario.

Invero, l'onere delle parti di prendere posizione rispetto ai fatti di causa è stato affermato solo nel rito del lavoro (art. 416 c.p.c.); successivamente, è stato esteso anche al rito ordinario civile (art. 167 c.p.c.).

Orbene, la dottrina in esame sostiene che la previsione dell'onere<sup>74</sup> di prendere posizione sui fatti di causa renda concreto il profilo dell'autoresponsabilità sotteso al c.d. principio di non contestazione<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 261 ss.

<sup>73</sup> A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 261 ss.

<sup>74</sup> "Il tratto caratteristico dell'onere non sta tanto nell'effetto utile che conseguirebbe al suo adempimento, bensì nell'effetto svantaggioso che conseguirebbe all'inosservanza del medesimo", in tal senso, S. GALEOTTI, *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Jus*, 1955, 256.

<sup>75</sup> A. CARRATTA, *Il principio di non contestazione*, cit., 292 ss.

In caso di inosservanza del predetto onere, si verificano conseguenze negative nella sfera giuridica del soggetto “onerato”, che si sostanziano nella c.d. *relevatio ab onere probandi*, vale a dire nell’esclusione del fatto dal *thema probandum*, oggetto della controversia.

c) *La mancata contestazione dei fatti in giudizio come comportamento valutabile ex art. 116 c.p.c.*

In assenza di una disposizione legislativa recante la disciplina degli effetti processuali della mancata contestazione delle allegazioni avversarie, la “non contestazione” è stata considerata anche come comportamento processualmente rilevante ai sensi dell’art. 116 c.p.c. (disposizione introdotta per la prima volta nel codice di procedura civile del 1940).

In dottrina, infatti, qualche autore ha sostenuto la valenza della mancata contestazione dei fatti in giudizio come comportamento processualmente rilevante ai sensi dell’art. 116 c.p.c., valutabile in termini di argomento di prova, che necessita di essere corroborato da altri elementi probatori per essere posto a fondamento della decisione e del convincimento del giudice<sup>76</sup>.

Tale ricostruzione è stata recepita anche da un orientamento della giurisprudenza<sup>77</sup>, seppure minoritario.

La predetta dottrina si è interrogata sulla nozione di “non contestazione” fornendo una “risposta piana”<sup>78</sup>: la “non contestazione” si sostanzia in un complesso di argomentazioni del difensore o della parte conciliabile, implicitamente o esplicitamente, con la verità dei fatti allegati dall’altra parte.

---

<sup>76</sup> In tal senso, V. ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, 1967, 274 ss.

<sup>77</sup> Si vedano, *ex multis*, Cass., 10 giugno 1942, n. 1691; Cass., 21 maggio 1952, n. 1477; Cass., 12 giugno 1976, n. 2178; Cass., 13 luglio 1991, n. 7800; Cass., 5 giugno 1991, n. 6344; in particolare, nel rito del lavoro, Cass., 18 marzo 1996, n. 2254; Cass. 29 marzo 1995, n. 3758; Cass., 30 dicembre 1994, n. 11318; Cass., 2 giugno 1994, n. 5359; Cass., 7 luglio 1987, n. 5933; Cass., 6 marzo 1987, n. 2386; in particolare, nel rito ordinario, la contestazione generica non equivale ad ammissione ma può essere discrezionalmente valutata come semplice argomento di prova *ex art. 116, comma 2, c.p.c.*, in tal senso Cass., 5 febbraio 2003, n. 1672; Cass., 9 gennaio 2002, n. 185; Cass., 13 ottobre 1978, n. 4590.

<sup>78</sup> Cfr. V. ANDRIOLI, *Prova*, cit., 274 ss.

L'esperienza giurisprudenziale ha fatto emergere la regola secondo la quale i fatti non contestati non devono essere provati. Secondo la dottrina in esame, tuttavia, tale ricostruzione "*non aveva in sé nulla di ineluttabile ma si inserisce nel libero apprezzamento del comportamento della parte che è materiato sì da autoresponsabilità, e suppone la cooperazione del giudice*"<sup>79</sup>.

In tal senso, gli effetti della mancata contestazione possono prodursi unicamente sul piano probatorio, nel senso che il giudice deve limitarsi a considerare la mancata contestazione dei fatti ad opera di una parte come un comportamento processualmente rilevante sul piano probatorio.

d) *La tesi che rivaluta la nozione "assertiva" della contestazione nel processo. Critica*

Tra gli orientamenti dottrinali maturati nell'ambito del processo civile prima della riforma del 2009 va segnalata la tesi di Ciacca Cavallari, che prospetta una nozione assertiva della "contestazione" nel processo<sup>80</sup>.

Innanzitutto, l'Autore in esame individua una definizione "positiva" della contestazione, vale a dire dell'attività mediante la quale si deducono e si offrono alla considerazione dell'avversario elementi positivi che si pongono come materia di contrasto. La disamina del fenomeno della contestazione viene calata nella fase introduttiva del giudizio e nella fissazione dei termini della lite.

La contestazione positiva o assertiva viene messa a confronto con l'allegazione dei fatti ad opera delle parti, evidenziandone l'autonomia<sup>81</sup>.

Ad avviso della dottrina in esame, l'esercizio del diritto di azione<sup>82</sup> si traduce nella decisione del privato di sottoporre la vicenda alla cognizione di un giudice terzo ed imparziale in modo da ottenere una soluzione dotata di particolare efficacia e forza sul piano ordinamentale.

Si sostiene che l'allegazione dei fatti rappresenti la tecnica attraverso la quale le parti hanno la possibilità di sottoporre al giudice i fatti; che svolge

---

<sup>79</sup> Cfr. V. ANDRIOLI, *Prova*, cit., 274 ss.

<sup>80</sup> Cfr. B. CIACCA CAVALLARI, *La contestazione*, I. cit., 16 ss.; B. CIACCA CAVALLARI, *La contestazione*, II, cit.

<sup>81</sup> B. CIACCA CAVALLARI, *La contestazione*, I. 1992, 16 ss., 41 ss.

<sup>82</sup> Sul diritto di azione nella prospettiva dell'art. 24 Cost. si veda L.R. PERFETTI, *Diritto di azione*, cit., 235 ss.; 262, 268, 275.