

## LA DISCIPLINA DELLE ECCEZIONI NEL PROCESSO CIVILE

Relatore:

dott. Renato ORIANI

ordinario di diritto processuale civile

nell'Università di Napoli

Sommario: 1. L'eccezione nel quadro delle attività del convenuto – 2. I vari profili dell'eccezione – 3. Eccezione in senso lato ed eccezione in senso stretto – 4. Impostazione del problema – 5. Varie opinioni sui criteri distintivi tra eccezione in senso lato ed eccezione in senso stretto – 6. La soluzione non dipende dalla natura processuale o sostanziale dell'eccezione in senso stretto – 7. Proposta ricostruttiva – 8. ... Continua – 9. Ipotesi di eccezioni in senso stretto: la previsione di legge – 10. ...: la titolarità di azione costitutiva – 11. Eccezione in senso stretto e diritto potestativo – 12. Conclusioni sul tema – 13. Il giudice è tenuto a segnalare le eccezioni rilevabili di ufficio – 14. Riflessi sulla legge 353/90 – 15. Casistica.

1. – Di fronte alla domanda dell'attore il convenuto, chiamato in giudizio in attuazione del principio del contraddittorio e costituitosi, può assumere vari atteggiamenti:

1) limitarsi a contestare la sua fondatezza sul presupposto dell'inesistenza dei fatti costitutivi (nel senso che il fatto storico non si è verificato o si è svolto con modalità diverse da quelle prospettate ex adverso) o della disposizione di legge (nel senso che essa manca o contiene una disciplina diversa da quella indicata dall'attore): siamo nell'ambito della mera difesa;

2) proporre eccezione, introdurre cioè, come si esprime con grande chiarezza l'art. 2697 c.c., dove appunto il contenuto dell'eccezione è indicato (cfr., anche, art. 2734 c.c.), fatti estintivi, modificativi, impeditivi del diritto dedotto in giudizio al fine di conseguire il rigetto della domanda. Le eccezioni sono di due tipi, come risulta dagli artt. 112, 416, 167 e 345 c.p.c. (questi due ultimi articoli nella versione adottata dalla legge 353/90): rilevabili di ufficio e riservate esclusivamente alla parte;

3) formulare domanda di accertamento incidentale;

4) proporre domanda riconvenzionale.

2. – L'eccezione può essere considerata sotto vari profili. In primo luogo si pone il rapporto con la mera difesa. La contrapposizione tra fatti costitutivi, da un lato, e fatti estintivi e modificativi dall'altro non è disagevole, in quanto i secondi si verificano in un momento temporale successivo rispetto al compiersi dei primi, laddove molto più difficoltosa è l'opera volta a distinguere i fatti costitutivi da quelli impeditivi. Il rapporto tra mera difesa ed eccezione rientra naturaliter nella trattazione dell'onere della prova.

Sotto un altro profilo si può approfondire l'eccezione, con riguardo cioè alla sua idoneità ad ampliare l'oggetto del processo. Si ritiene comunemente, e giustamente, che l'eccezione non dilati l'oggetto del processo: essa amplia la cognizione del giudice, non la portata della decisione. Il che è perfino ovvio ove venga dedotto in via di eccezione un fatto giuridico; ma la conclusione vale anche allorquando l'eccezione introduca un rapporto giuridico, l'effetto di una fattispecie, che potrebbe costituire l'oggetto di un autonomo processo. La giurisprudenza utilizza al riguardo lo schema dell'eccezione riconvenzionale, che presenta caratteri diversi da quelli indicati da chi conio tale figura. Talvolta però la dottrina insiste nel riscontrare in particolare ipotesi (si pensi all'eccezione di compensazione o di usucapione) un allargamento dell'oggetto del processo. Questo tema rientra nel

più ampio contesto della individuazione dell'oggetto del processo, con corollari anche in tema di competenza e di limiti oggettivi del giudicato.

Relativamente ai rapporti tra eccezione e domanda riconvenzionale, dubbi concernono l'ammissibilità del cd. accertamento costitutivo incidenter tantum. Potrà la parte convenuta dedurre la esistenza degli elementi che consentono l'emanazione di una sentenza costitutiva non al fine appunto di ottenere in via riconvenzionale una tale sentenza, ma al solo fine di conseguire il mero rigetto della domanda? Si tratta cioè di appurare a) se vi sono casi previsti dalla legge di accertamento costitutivo incidenter tantum, e una volta riscontrata l'esistenza, b) se tali casi sono tipici ed eccezionali, o invece costituiscano espressione di un principio generale. Sul punto abbiamo vari orientamenti, anche nella giurisprudenza, condizionati peraltro pure dalle idee che si nutrono in tema di azioni costitutive.

3. – Riguarda invece puramente e semplicemente l'eccezione il profilo della rilevabilità o meno di ufficio dei fatti estintivi, modificativi, impeditivi, la presenza cioè nel nostro ordinamento sia dell'eccezione in senso stretto, riservata esclusivamente alla parte, sia dell'eccezione in senso lato, in cui entra in gioco il potere di rilievo di ufficio da parte del giudice. Prima della novella del 1973, sul processo del lavoro, se ne discuteva al fine di determinare l'ambito di applicazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. La distinzione infatti non rilevava al fine di comprenderne il significato degli art. 183, 184 e 345 c.p.c., giacché tutti riconoscevano e riconoscono – non è ancora entrata in vigore, in parte qua, la legge 353/90, che ha modificato tali articoli – che è possibile proporre nel corso del giudizio di primo grado e di appello qualsiasi tipo di eccezione, in senso lato e in senso stretto; né pare che la distinzione sia stata utilizzata soverchiamente in sede di esegesi né dell'art. 36 c.p.c. né degli art. 346 e 665 c.p.c., dove si parla genericamente di eccezioni, laddove qualche richiamo ad essa compare, nella giurisprudenza, a proposito del concetto di prove nuove in appello e, in dottrina, in merito alle eccezioni nuove nel giudizio di rinvio. Con la riforma del 1973 è diventata molto importante stabilire se si è di fronte ad un'eccezione in senso lato o in senso stretto, posto che ai sensi dell'art. 416 c.p.c. nella memoria difensiva il convenuto deve a pena di decadenza proporre "le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili di ufficio".

Il nuovo testo dell'art. 167 estende al processo ordinario di cognizione la regola sancita nell'art. 416 c.p.c., laddove il nuovo testo dell'art. 345, 2° comma c.p.c. ("non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche di ufficio") fa propria non la formulazione dell'art. 437 c.p.c., bensì l'interpretazione adottata al riguardo dalla giurisprudenza. È quest'ultimo un punto che va sottolineato, giacché l'esperienza si rivela particolarmente significativa.

Di fronte all'art. 437 c.p.c. la dottrina prevalente aveva negato la possibilità di proporre eccezioni in appello, fossero esse eccezioni in senso stretto o eccezioni in senso lato. Ebbene, con un'indubbia forzatura del dato normativo la giurisprudenza ha finito con il consentire la proposizione di eccezioni in senso lato. Detto orientamento, unito a quello che permette la libera produzione di documenti in appello indipendentemente dal requisito della indispensabilità che riguarderebbe solo le prove costituenti e non quelle precostituite, deve far riflettere il teorico sulla relazione di rigetto, che talvolta provoca un sistema a maglie troppo strette di preclusioni. Quanto più il regime delle preclusioni è rigoroso, tanto più si corre il rischio di allontanarsi, per realizzare il valore della celerità del processo, dalla esigenza di giustizia fondata sulla migliore decisione della lite; evidentemente deve essere apparso intollerabile ai giudici accogliere una domanda che, sulla base di documenti acquisiti per la prima volta in appello, era chiaramente infondata.

I nuovi testi degli art. 167 e 345 esaltano e drammatizzano il problema dei caratteri distintivi tra eccezione in senso lato ed eccezione in senso stretto, riguardo ai quali non si segnalano orientamenti giurisprudenziali univoci.

È opportuno, pertanto, soffermare l'attenzione su questo profilo dell'eccezione, di rilevante importanza pratica, intendendosi sottoporre all'esame della giurisprudenza i risultati raggiunti in

altra sede (Eccezione, voce del Digesto, IV ed., vol. VII Civile, Torino 1991, ai cui più ampi sviluppi mi permetto di rinviare), al fine di controllare se siano altresì idonei ad evitare l'insorgere di infinite complicazioni in sede applicativa.

4. – In primo luogo si impone un'osservazione. Su un piano meramente astratto, al legislatore che voglia regolare la materia delle eccezioni si apre un'alternativa molto secca e lineare: o prevedere che tutti i fatti est. mod. imp. sono rilevabili dal giudice solo se allegati dalla parte interessata o svincolare completamente il rilievo di tali fatti ad opera del giudice dalla iniziativa di parte. Il primo capo dell'alternativa risponde ad una visione dell'ordinamento processuale di "colorazione accentuatamente individualistica", il processo come cosa delle parti; la soluzione di cui al secondo capo risulta intrisa di una colorazione più sociale che autoritaria, sul presupposto che non è sufficiente il libero dispiegarsi dell'attività delle parti ad assicurare l'attuazione della legge, imponendosi l'intervento del giudice, anche al fine di sopperire all'inerzia e alla stessa ignoranza delle parti.

L'alternativa nella sua absolutezza è alquanto semplicistica, perché almeno nel nostro sistema, a controllare soltanto le disposizioni contenute nel codice civile, ci si accorge che vi sono ipotesi, numerose, in cui il fatto est. mod. imp. deve essere allegato dalla parte ed ipotesi, molto meno numerose, in cui la stessa legge lo indica come rilevabile di ufficio. Quanto alle prime, e limitando l'esame al codice civile, la dottrina ha ricordato le seguenti previsioni (che peraltro necessitano tutte di specifico esame): eccezione di compensazione ex art. 1242; di annullamento del contratto ex art. 1442, di rescissione del contratto ex art. 1449; di inadempimento ex art. 1460; di vizi della cosa compravenduta ex art. 1495; di riscatto totale nella vendita congiuntiva di cosa indivisa ex art. 1507; di difformità o vizi dell'opera nell'appalto ex art. 1667; di esclusione a favore del fideiussore ex art. 1944; di divisione tra più fideiussori ex art. 1947; di escussione a favore del socio ex art. 2268; di ritenzione ex artt. 748, 975, 1006, 1152, 1502 e 2756; di prescrizione ex art. 2938; in parte, di decadenza ex art. 2969. Sul lato opposto fa ricordato l'art. 1421 c.c., che prevede il rilievo di ufficio della nullità.

Ed allora il problema che si pone è quale sia il regime della miriade dei fatti est. mod. imp., per i quali la legge non contempla alcuna disciplina (ad es., pagamento, novazione, impossibilità di adempiere per caso fortuito o causa di forza maggiore etc.)? Come colmare il vuoto di normativa?

5. – Sono stati prospettati molteplici criteri, che consentano all'operatore del diritto di risolvere i vari casi pratici sottoposti al suo esame.

Carnelutti ad es. proponeva un parallelismo tra onere dell'affermazione ed onere della prova. Come il convenuto ha l'onere di provare i fatti est. mod. imp., così è tenuto ad allegarli: il giudice "non può pronunciare su eccezioni, le quali non siano proposte dalle parti, salvo che la legge gliene dia la potestà". Al giudice risulta inibito dichiarare l'avvenuto pagamento, che non sia stato dedotto dal convenuto, ma che pure risulti dagli atti del processo, in quanto la cognizione del giudice riguarda fatti allegati.

La giurisprudenza, talvolta, ricorre al principio della disponibilità delle situazioni giuridiche: nell'ambito dei rapporti disponibili opera l'iniziativa esclusiva della parte interessata, laddove in presenza di una questione di ordine pubblico, il giudice deve sollevare di ufficio e decidere la questione. È opportuno peraltro ribadire che gli orientamenti della giurisprudenza non sono affatto univoci, tanto è vero che si ritiene costantemente, in piena adesione alla dottrina dominante, che il pagamento, pur nell'ambito dei rapporti disponibili, è rilevabile di ufficio.

Di recente, si è osservato che la negazione della rilevanza di ufficio dei fatti est. mod. imp. trova una costante corrispondenza in una peculiarità strutturale (non della fattispecie, ma) dell'effetto dell'eccezione, e cioè nella sua disponibilità per atto unilaterale del soggetto interessato. Tale disponibilità, che ha modo di manifestarsi sia attraverso la diretta ed espressa rinuncia all'eccezione medesima sia attraverso una "preclusione per incompatibilità", va posta in relazione con la

circostanza che il soggetto passivo del rapporto sia portatore esclusivo dell'interesse tipico alla stabilità dell'effetto medesimo: il riscontro di una tale caratteristica va condotto, peraltro, con riguardo all'assetto statico e tipico assunto dagli interessi delle parti sul piano della regolamentazione sostanziale del singolo istituto, non già all'atteggiarsi dinamico che essi assumono nel processo.

Accanto a queste teorie che tendenzialmente dilatano l'ambito delle eccezioni in senso stretto, le quali finiscono con il rivelarsi come "prevalenti" rispetto alle eccezioni ricomprese nell'area della rilevanza di ufficio, vanno ricordate altre opinioni, che equilibrano o addirittura ribaltano il rapporto tra eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto.

Così c'è chi distingue le fattispecie estintive proprie dalle fattispecie estintive improprie, per trarne conseguenze nel nostro campo. Le prime operano negativamente sulle fattispecie costitutive, e nessun altro effetto producono fuori da questa immediata incidenza, onde l'eccipiente non afferma l'esistenza di una propria situazione giuridica a contenuto positivo, opponibile a quella dell'avversario, ma nega soltanto l'esistenza di quest'ultima (pur non contestando l'esigenza della fattispecie costitutiva). Nelle seconde la legge ricollega al concretarsi di una realtà la nascita di una situazione giuridica attiva insieme con un effetto impeditivo o estintivo, che non attiene alla funzione essenziale della fattispecie, ma si pone come una indiretta conseguenza della sua formazione: si tratta di casi in cui si costituisce, a favore di un soggetto, una situazione giuridica che è incompatibile, rebus sic stantibus o definitivamente, con una situazione giuridica altrui (onde l'effetto indirettamente impeditivo o addirittura estintivo della fattispecie costitutiva). Secondo questa opinione, nelle fattispecie estintive proprie solo la legge può indicare la necessità per il loro rilievo di un'eccezione di parte; nelle fattispecie estintive improprie, la regola è, invece, l'eccezione di parte. Ed infatti gli effetti negativi non possono rilevarsi nel processo indipendentemente dalla esistenza di una situazione soggettiva alla quale in via diretta si ricollegano; quest'ultima, secondo i principi, non può che essere dedotta dal suo titolare, tranne che sia prevista esplicitamente l'iniziativa di ufficio; l'eccezione finisce per essere in tal modo necessariamente riservata alla parte. Altri, infine, sostengono (sul presupposto che non è dato distinguere tra fattispecie estintive proprie – ad es. novazione – e fattispecie estintive improprie – ad es. compensazione –, giacché l'unico dato rilevante in entrambe le ipotesi è "l'operare come fatto – estintivo – di quello che in se stesso è l'effetto giuridico di una autonoma fattispecie sostanziale che crea determinate situazioni giuridiche soggettive non compatibili con il perdurare di altre situazioni giuridiche soggettive, frutto di diverse ed autonome fattispecie materiali") che non vi sono eccezioni in senso stretto al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge.

6. – La varietà delle opinioni avanzate esclude che la soluzione sia condizionata dalla natura sostanziale o processuale dell'eccezione in senso stretto. Recentissimi studi hanno riproposto la consueta alternativa, se essa vada costruita in chiave sostanziale o su un piano processuale.

Per alcuni l'eccezione è la dichiarazione di volontà emessa nell'esercizio di un diritto potestativo sostanziale, cui consegue l'effetto impeditivo, modificativo, estintivo: occorre, in altri termini, la istanza-eccezione-manifestazione di volontà al fine dello stesso manifestarsi dell'efficacia appunto estintiva (modificativa-impeditiva) del fatto considerato.

Altri, invece, ritiene che l'effetto estintivo già si è prodotto sul piano sostanziale, e l'eccezione si concreti in una istanza processuale diretta a provocare la rilevanza della fattispecie estintiva-modificativa-impeditiva in occasione dell'accertamento giudiziale.

La controposizione è rilevante sul piano pratico, anche se sulla conseguenza a mio avviso più importante, concernente il tempo di produzione della fattispecie estintiva, non si nota eccessivo contrasto, perché anche chi propende per una concezione sostanziale dell'eccezione e subordina quindi la produzione dell'effetto estintivo alla proposizione dell'eccezione finisce con il far retroagire gli effetti della fattispecie est. mod. imp. ad un momento anteriore alla proposizione dell'eccezione.

La contrapposizione non rileva, però, ai fini della soluzione della nostra questione. Né deve indurre a diverso avviso il fatto che proprio coloro che si sono occupati da ultimo del problema aderendo, il Proto Pisani, ad una concezione sostanziale del potere di eccezione e seguendo, la Merlin, un'impostazione processuale sono arrivati a risultati antipodici a proposito del rapporto tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato. Ed invero sull'atteggiarsi di tale rapporto, per un verso, si contrappongono studiosi, pur consonanti sulla natura dell'eccezione, e, per altro verso, concordano studiosi, pur confliggenti sulla detta natura.

7. – Per quanto mi riguarda, ho già espresso l'idea che regola generale è il rilievo di ufficio da parte del giudice dei fatti est. mod. imp.; ricorre eccezione in senso stretto (in deroga al principio generale) nei casi previsti dalla legge e allorquando l'eccezione si coordina con una fattispecie, che potrebbe dar luogo all'esercizio di un'azione costitutiva (sempre che si ammetta un accertamento costitutivo incidenter tantum).

Gioca un ruolo decisivo la lettera dell'art. 112 c.p.c., la cui formula ("il giudice non può pronunciare di ufficio su eccezioni che possono essere proposte solo dalla parte") non è tautologica, come talvolta si è sostenuto. Essa non significa soltanto, lapalissianamente (un quarto d'ora prima della sua morte era ancora in vita) che sulle eccezioni riservate alla parte il giudice non può pronunciare di ufficio. L'art. 112 stabilisce un principio generale ed una deroga: la regola è che i fatti est. mod. imp. sono rilevabili di ufficio, laddove assumono carattere eccezionale le ipotesi in cui il loro rilievo è subordinato all'iniziativa di parte.

La formulazione è frutto di una laboriosa gestazione, in cui si è avuta piena consapevolezza delle scelte da effettuare e dei valori in gioco.

Ed invero al progetto preliminare Solmi, che da un lato stabiliva il carattere tassativo ex lege delle eccezioni riservate alla parte e dall'altro lato pretendeva il rispetto del contraddittorio sulle eccezioni rilevabili di ufficio, furono mosse varie obiezioni: in particolare si manifesta timore per l'aumento dei poteri del giudice e per l'abbandono del principio che le eccezioni di interesse privato sono opponibili solo dalla parte interessata. Il progetto definitivo Solmi mantenne l'impianto del progetto preliminare, sulla base forse dell'osservazione, avanzata anch'essa nel corso dei lavori preparatori, che il potere di rilievo del giudice importa una preziosa elasticità in un processo dotato di organiche preclusioni e consente di conseguire l'attuazione della legge di fronte ad errori della parte, posto che, data la natura di mera difesa propria dell'eccezione, ci si muova comunque nei limiti segnati dalla domanda.

Ma le critiche continuarono, tanto che nel dibattito dinanzi alla Commissione delle Assemblee legislative venne approfondito l'aspetto politico della questione, in quanto si trattava di "sapere se si voglia o meno allargare il potere del giudice nel processo, tenendo conto dei riflessi di tale allargamento sull'area dei diritti soggettivi individuali, anche nel terreno del diritto materiale". Accanto a chi proponeva una drastica limitazione del principio dispositivo, altri prospettarono l'opportunità di distinguere tra rapporti disponibili e rapporti di ordine pubblico. Alla fine la C.A.L. propose la seguente versione: "(Il giudice) non può pronunciare su eccezioni non proposte. Egli deve, tuttavia, sollevare d'ufficio e decidere questioni che sono di ordine pubblico".

Accogliendosi la proposta della C.A.L., si sarebbe aggiunta una nuova disposizione a quelle che discriminano tra processi su rapporti disponibili e processi su rapporti indisponibili (artt. 114 e 806 c.p.c., 2698, 2733, 2739 c.c.); si sarebbe così riservato, nei giudizi concernenti rapporti disponibili, un ruolo decisivo ed esclusivo alla iniziativa di parte, ed esaltato, invece, nelle controversie relative a diritti indisponibili, il rilievo di ufficio del giudice, sancendo su un piano generale la disciplina dettata in tema di decadenza dall'art. 2969 c.c.

Ed invece il codice del 1940 non segue affatto il suggerimento della C.A.L., non enuncia alcuna contrapposizione tra rapporti disponibili e rapporti indisponibili. Viene ribadita l'impostazione dei progetti, e solo scompare il riferimento alla legge come unico dato su cui fondarsi per stabilire la natura riservata dell'eccezione (per la correttezza di questa scelta, infra, par. 10). Rimane però

confermato ed anzi risulta meglio riaffermato, sia pure implicitamente, che il principio generale è rappresentato dalla normale rilevabilità di ufficio dei fatti est. mod. imp. e che la deroga è rappresentata dai casi in cui l'eccezione può essere proposta solo dalla parte.

8. – Se la regola è che il giudice non può accogliere le domande infondate perché si è verificato un fatto est. mod. imp. quantunque non allegato, e la deroga è rappresentata dalle ipotesi di eccezioni riservate alla parte, l'interprete deve individuare dette ipotesi. Occorre allora prendere le mosse dal dato positivo ed esaminare i casi in cui la legge prevede eccezioni riservate alla parte, al fine di verificare se esiste un elemento comune, un collante che le leghi; ove al fondo fosse presente un'unica ratio, si potrebbe immaginare di estenderla ad altre ipotesi. Sennonché l'assortimento delle eccezioni in senso stretto è molto vario, perché ricomprende meri fatti, diritti di credito, azioni costitutive, situazioni cioè del più svariato genere in cui l'unico elemento comune sembra essere il dato estrinseco che al giudice è fatto divieto di rigettare la domanda per uno dei fatti ivi contemplati, se la parte non li ha richiamati espressamente.

Ed invero non sembra fattore decisivo il criterio dell'ordine pubblico, la cui presenza imporrebbe il rilievo di ufficio. In primo luogo il suggerimento della c.a.l. per l'esplicita enunciazione di tale criterio non fu recepito dal legislatore. In secondo luogo, è facile osservare che a fondamento della prescrizione si pongono sicuramente esigenze pubbliche come è reso palese dagli artt. 2936 e 2937, 2° comma c.c.: eppure la prescrizione non può essere rilevata di ufficio. Neppure la ratio comune è da individuare nel fatto che attraverso l'eccezione si deducono gli effetti di un'autonoma fattispecie, che potrebbero costituire oggetto di un autonomo processo: la prescrizione, la decadenza, il beneficium excussionis sono fatti che non potrebbero giammai costituire oggetto di un autonomo processo.

Si deve allora concludere nel senso che soltanto nei casi previsti dalla legge l'iniziativa della parte è condizione indispensabile per la pronuncia del giudice? Una risposta positiva apparirebbe prematura.

9. – Innanzi tutto, è da intendersi sul significato da attribuire alla previsione di legge. Non è necessario, onde rinvenire un'ipotesi di eccezione riservata alla parte, una formula esplicita, quale quella ad es. contenuta negli artt. 2938, 2969 c.c. etc. L'interprete risulta abilitato dalla lettura complessiva ed in chiave sistematica di un certo istituto a concludere nel senso che determinati fatti o situazioni giuridiche sono sottratte al rilievo di ufficio da parte del giudice. Si veda ad es. quanto si è sostenuto a proposito della nullità del brevetto nel giudizio di contraffazione del marchio o a proposito della trascrizione, ritenute da una certa dottrina oggetto di eccezione in senso stretto, sulla base di una lettura congiunta di una serie di disposizioni normative. È il caso di ribadire che la presenza di un'eccezione in senso stretto non può essere, però, fondata sulla sola circostanza che si tratti di rapporti disponibili.

10. – Se la legge è del tutto muta, non consegue sempre la piena rilevabilità di ufficio del fatto est. mod. imp.

Si può prendere le mosse da una vecchia sentenza del S.C. del 1959, che coglie un aspetto molto importante dell'atteggiarsi delle situazioni giuridiche. Talvolta il legislatore collega immediatamente la produzione di un effetto a certi fatti, cosicché, con il semplice verificarsi di questi, sorge la conseguenza prevista dalla norma (come si è detto, norma-fatto-effetto); talaltra costruisce la fattispecie in modo tale che non per la presenza di determinate circostanze si realizza la nuova situazione sostanziale, ma è necessaria anche una manifestazione di volontà dell'interessato (norma-fatto-potere sull'an-effetto), nonché in altre ipotesi, oltre a questa, una pronuncia giurisdizionale che verifichi preliminarmente l'avvenuta integrazione della fattispecie (norma-fatto-potere sull'an-accertamento giudiziale-effetto). Nelle ultime ipotesi l'ordinamento attribuisce al soggetto privato la facoltà di scelta, se creare il nuovo rapporto, previsto a tutela del suo interesse

dalla norma di modificazione, ovvero se conservare lo status esistente; la legge inserisce, all'interno della fattispecie produttiva del rapporto, un atto con il quale l'interessato deve manifestare l'iniziativa di avvalersi della tutela disposta a suo favore.

Orbene, in queste situazioni l'atto di volontà della parte, come occorre nel proporre azione, così occorre nell'eccezione. Ciò si verifica ad es. nelle azioni costitutive: gli artt. 1442 e 1449 c.c. prevedono appunto un'eccezione di annullamento e di rescissione. La conclusione si estende, de plano, anche ad altre ipotesi (si pensi, ad es., ad un'eccezione di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, ad un'eccezione revocatoria, ad un'eccezione di riduzione delle disposizioni testamentarie), sempre che si ritenga ammissibile in via generale un accertamento costitutivo incidenter tantum. Nulla esclude però che, data la particolarità della materia e degli interessi coinvolti, la legge ammetta eccezionalmente un rilievo di ufficio da parte del giudice.

11. – Alquanto più articolato è il discorso a proposito dei diritti potestativi, esercitabili anche al di fuori del processo. Delle due, l'una. O il diritto viene esercitato con atto stragiudiziale ed allora l'effetto giuridico potrà dar luogo ad eccezione, allorché configuri un fatto est. mod. imp. del diritto dedotto in giudizio. È da chiarire che qui l'effetto già si è prodotto al di fuori del processo; ciò significa che pur quando non sia stato allegato dalla parte che l'ha esercitato, il giudice ne dovrà tener conto (sempre che risulti dal fascicolo processuale), giacché così non fa prendere atto e conoscere di una realtà già compiutamente svoltasi e cristallizzata al di fuori del processo.

O, invece, il diritto potestativo non è stato esercitato al di fuori del processo. Nulla allora impedisce che sia esercitato nel corso del processo. L'eccezione, però, non si identifica affatto con l'esercizio del diritto sostanziale, che rappresenta piuttosto l'antecedente dell'atto processuale diretto a provocare la decisione in ordine agli effetti giuridici conseguenti al potere di modificazione.

12. – La conclusione raggiunta, e cioè che ai fini dell'accertamento della fondatezza della domanda attrice, il giudice ha il potere-dovere di rilevare di ufficio fatti est. mod. imp. che risultano dagli atti del processo, salvo le indicate deroghe, non importa sovrapposizione della volontà del giudice a quella della parte; non c'è alcuna violenza rispetto al libero dispiegarsi della volontà della parte. Il giudice si limita a prendere atto degli effettivi e reali termini in cui si è atteggiata, di per sé e senza alcuna sua inammissibile intrusione, la situazione sul piano sostanziale; la sua opera non fa che rispecchiare l'assetto di interessi determinatosi al di fuori del processo, evitando così scarti tra la realtà processuale e quella sostanziale.

Il processo, secondo quanto diceva Chiovenda, serve alla tutela dei diritti, non a crearne di nuovi, come si verificherebbe se il giudice accogliesse la domanda pur risultando dagli atti che il diritto non esiste più, ad es. perché c'è stato adempimento. Se la giurisdizione è attuazione della legge, l'accoglimento di una domanda che si riveli per tabulas infondata non può che rappresentare un'ipotesi eccezionale: bisogna spiegare perché il giudice ritenga la domanda meritevole di accoglimento, non perché la respinga. Altrimenti si viene a postulare non tanto "una insanabile disarmonia tra diritto e processo, o meglio un'insufficienza del processo rispetto al diritto che... non può soddisfare, ma addirittura una frattura tra processo e giudizio, tra la realtà accertata nel processo e il contenuto dell'accertamento giudiziale".

Non si tratta, come è stato efficacemente notato, "di un trattamento più favorevole al convenuto, ma del fatto che l'eccezione per se stessa non altera i termini del giudizio, ma concorre alla realizzazione dell'ordinamento giuridico nell'orbita della domanda... (l'eccezione) è compresa nella domanda, perché il giudice deve giudicare della domanda tota re perspecta, cioè nell'integralità dell'ordinamento".

In conclusione, il processo serve per attuare diritti esistenti, onde il giudice legittimamente rifiuta la protezione di diritti estinti o mai sorti. Non si indulge, in tal modo, ad una visione autoritaria del processo, né si favorisce un sopruso del giudice nei confronti delle parti: piuttosto si conforma

soltanto il contenuto del provvedimento giurisdizionale all'assetto degli interessi realizzato dalle parti in piena libertà, evitandosi scarti nell'ambito della stessa realtà processuale.

13. – Non è possibile nascondersi controindicazioni alle raggiunte conclusioni. Il giudice fonda la sua decisione su circostanze non previamente rischiarate alla luce del contraddittorio. Sono note le osservazioni di Chiovenda: “i nostri giudici sono molto corrivi ad argomentare da fatti che le parti non hanno allegati, col pretesto che (emergono dagli atti): essi temono di riuscire minori del loro alto ufficio, se non esercitano con assoluta indipendenza il loro ingegno su tutte le risultanze degli atti. Questo sfrenato esercizio è tuttavia pericoloso... Quando il giudice assume di sua testa un fatto che la parte cui giova non fece valere, egli si trova sempre nella possibilità di errare: finché una parte non fa valere un fatto che le giova, l'avversario non ha interesse a dedurre la inesistenza di quel fatto o a dedurre altri fatti che ne elidano le conseguenze: quindi il giudice non solo trae partito da un fatto non rischiarato alla luce del contraddittorio, ma assumendo la veste di difensore di una parte, offende il principio dell'uguaglianza delle parti, ch'è uno dei principi fondamentali che informano tutto il processo civile”.

Queste frasi provengono da chi pure aveva sempre sostenuto che il giudice può rilevare di ufficio un pagamento, che la parte cui giova non aveva eccepito. Sarebbe però troppo semplice limitarsi a riscontrare una mera incoerenza nel pensiero del Chiovenda e chiudere così il discorso. C'è una indubbia preoccupazione verso esiti della controversia fondati sulla cosiddetta terza opinione, che il giudice introduca di soppiatto senza una preventiva discussione sul punto ad opera delle parti. Queste preoccupazioni, se per un verso non sono però in grado di condurre ad una conclusione diversa da quella già raggiunta, per cui il giudice non può consapevolmente creare nuovi rapporti accogliendo domande che ex actis risultino prive di fondamento, per altro verso impongono, onde essere neutralizzate, meccanismi che eliminino i predetti inconvenienti. L'antidoto era stato già lucidamente predisposto nel progetto preliminare Solmi, il cui art. 162 ult. comma, prevedeva appunto che “il giudice segnala alle parti le eccezioni rilevabili di ufficio delle quali ritenga necessaria la discussione”. L'art. 172 del progetto definitivo Solmi, e l'art. 183 hanno trasformato il termine eccezioni in quello di questioni: ma il più comprende indubbiamente il meno.

La conseguenza è che vi è un dovere sia del g.i. che del collegio di sollecitare la discussione in ordine a fatti est. mod. imp. non allegati dalle parti, ma risultanti dagli atti. Si tratta ora di controllare quale sono le conseguenze della violazione del dovere da parte del giudice.

La giurisprudenza ritiene la norma priva di sanzioni, laddove la prevalente dottrina da un lato ha parlato di nullità della sentenza e dall'altro ha sollecitato, in una prospettiva de iure condendo che peraltro non si è realizzata in occasione della legge 353/90, l'introduzione nel nostro sistema di una norma del tenore di quella ora contenuta nell'art. 16 codice di rito francese.

Di recente, dure critiche sono state mosse verso l'idea che ci si possa lamentare di una sentenza sostanzialmente giusta solo perché non si è previamente discusso in ordine ad un punto che, comunque, anche dopo tutte le più ampie discussioni non avrebbe potuto ricevere una soluzione diversa: si è accennato con timore ad una “involuzione formalistica della cultura delle garanzie”, paventando che le garanzie si trasformino da presidio di giustizia in cause di ingiustizia (o di ingiusta dilazione) delle decisioni.

Qui si può osservare che, sul piano delle conseguenze pratiche, è opportuno distinguere tra il processo di primo grado e il processo di appello. Ove il giudice di primo grado abbia rilevato, ad es., il pagamento non opposto, senza una previa segnalazione alle parti della questione rilevabile di ufficio, la situazione è sostanzialmente identica sia che la sentenza sia nulla, sia che invece si escluda la presenza di un vizio: anche ad ammettere la nullità della sentenza non deriverebbero conseguenze diverse da quelle prospettabili in caso di validità della sentenza. Ed infatti l'attore non potrà limitarsi in sede di appello a dedurre la pretesa nullità della sentenza, ma potrà e dovrà svolgere tutte le difese anche sul fatto pagamento (che sarà rischiarato alla luce del contraddittorio), dato che il giudice di appello deciderà sempre e comunque nel merito.

Il discorso è diverso, ove l'eccezione sia rilevata di ufficio dal giudice di appello, senza che sul fatto est. mod. imp. sia stata richiamata l'attenzione delle parti: qui è importante stabilire se la sentenza è viziata o meno, giacché la nullità comporterebbe cassazione con rinvio. Va però tenuto presente che il problema si complica in quanto entra in gioco l'effetto devolutivo dell'appello e la sua portata. Si è ad es. affermato in un caso in cui il convenuto, condannato in primo grado a pagare una somma avuta a titolo di mutuo, si era limitato nell'atto di appello a contestare di aver mai ricevuto la somma, che il giudice di appello non può respingere la domanda di restituzione, accogliendo l'eccezione di pagamento proposta solo nella comparsa conclusionale di appello (e a fortiori, è lecito aggiungere, rilevando di ufficio il pagamento non opposto). Se valesse il principio sotteso a questa massima non avrebbe senso interrogarsi sul regime della sentenza che abbia violato l'art. 183 c.p.c., posto che il rilievo di ufficio non può aver luogo. Si tratta allora di accertare se la cognizione del giudice di appello rimane ristretta all'esame dei motivi di impugnazione, o se invece nell'ambito del capo di domanda cui si riferisce l'impugnazione i poteri del giudice di appello sono gli stessi che competono al giudice di primo grado.

Qui va solo segnalato che, ove si riconosca il potere di rilievo di ufficio, difficilmente si potrebbe evitare la sanzione dell'invalidità (e della conseguente cassazione) per una sentenza emanata senza il preventivo invito rivolto alle parti discutere su quel fatto est. mod. imp. risultante dagli atti, ma non rischiarato alla luce del contraddittorio.

14. – I proposti criteri distintivi tra eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto rasserenano alquanto le prospettive che si aprono all'applicazione del nuovo testo dell'art. 167 c.p.c., prospettive davvero fosche ove si abbia riguardo agli orientamenti giurisprudenziali formati in sede di interpretazione dell'art. 416 c.p.c. Se infatti li si vanno ad esaminare, si scopre che per molti anni si è dibattuto continuamente (e ne danno testimonianza le centinaia di massime dedicate all'argomento) se una certa deduzione del convenuto integrasse eccezione in senso stretto, eccezione in senso lato o addirittura una mera contestazione dei fatti costitutivi. Negli ultimi tempi, soltanto, si sono raggiunti su molti punti indirizzi consolidati, senza che però risultino con chiarezza i criteri distintivi tra i vari comportamenti del convenuto. Se la stessa situazione si dovesse verificare anche di fronte al nuovo art. 167, sarebbe una ben grave iattura: ci attenderebbe un vasto ed abnorme contenzioso, per anni ed anni fonte di una deprecabile incertezza sul piano processuale e di una arbitraria discrezionalità del giudice. Questi pericoli sono forse scongiurati, se si presta credito ai rilievi svolti. Ed invero sono date all'operatore del diritto univoche indicazioni, di non ardua e complessa applicazione concreta, in ordine al rapporto rilievo di ufficio-potere della parte.

D'altro lato, le conclusioni raggiunte (da taluno definite preoccupanti) importano una preziosa elasticità in un processo dotato di organiche preclusioni; si evita, in tal modo, la completa cristallizzazione della res controversa e si esonera il convenuto dall'allegare sin dall'inizio del processo, sia pure in via gradata, tutti i fatti est. mod. imp.: non è superfluo ribadire che in massima parte le eccezioni sono rilevabili di ufficio, posto che il giudice è tenuto a non dar corso alle richieste di tutela, che risultino ex actis infondate. Sarebbe, poi, strano che, per un verso, si sostenga uno "sbilancio" a favore dell'attore, il quale godrebbe di un vero e proprio favore nei confronti del convenuto, e poi, per altro verso, si adottino conclusioni non necessitate, che appesantiscono la posizione di quest'ultimo.

Di recente, si è parlato addirittura a proposito dell'asserita discriminazione operata dal legislatore nei riguardi del convenuto, di un problema di costituzionalità per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.: questione che non risulta sollevata né in dottrina né in giurisprudenza nei riguardi dell'art. 416 c.p.c. e che per la verità non sembra fondata. Ma a parte i dubbi (infondati) di costituzionalità, resta pur sempre l'esigenza di adottare interpretazioni che non facciano sorgere (o quanto meno diminuiscano) i dubbi sulla esistenza di contrasti con i valori costituzionali.

15. – Come si è già avuto modo di accennare, la giurisprudenza si rivela molto incerta e incoerente in ordine alla distinzione tra eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto. Ad enunciazioni di principio molto rigorose nel senso qui prospettato si alternano sovente applicazioni specifiche del tutto opposte, in cui il richiamo alla disponibilità del rapporto conduce ad un dilatarsi oltre misura dell'ambito delle eccezioni in senso stretto. Ed allora può presentare qualche utilità fare sintetica opera di casistica.

Sono rilevabili di ufficio ad es. il pagamento, la novazione, la remissione, la rinuncia al diritto, la risoluzione consensuale del contratto, la presupposizione, la simulazione, la condizione, il termine (anche quando la scadenza del termine non rientra tra i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio), la legittima difesa, la compensatio lucri cum damno, l'esimente di cui all'art. 1227, 2° comma c.c., il concorso del fatto colposo del creditore etc.

Nonostante qualche incertezza, è da ritenersi che possa essere rilevata di ufficio anche la risoluzione di diritto del contratto verificatasi a seguito dell'inutile decorso del termine dopo la diffida ad adempiere, nonché la risoluzione del contratto per mancato rispetto del termine essenziale: al qual riguardo resta solo il dubbio se, essendo impedita la risoluzione dalla richiesta di esecuzione entro tre giorni dalla scadenza del termine (art. 1457 c.c.), la tardività della richiesta avanzata dopo i tre giorni non possa che essere fatta valere in via di eccezione ex art. 2969 c.c., trattandosi di un termine di decadenza in materia disponibile. Il giudice invece non potrà rilevare di ufficio la risoluzione del contratto in presenza di una clausola risolutiva espressa, posto che a norma dell'art. 1456, 2° comma c.c., la risoluzione si verifica di diritto solo quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della detta clausola.

Nel campo dei diritti reali, non è dubbio che il trasferimento del luogo di esercizio della servitù non può essere disposto di ufficio dal giudice, dubitandosi piuttosto, di fronte alla natura costitutiva della sentenza, se sia sufficiente l'eccezione o occorra la domanda riconvenzionale ai fini del rigetto dell'actio negatoria servitutis. Il giudice può invece rigettare di ufficio la domanda di rivendica sul presupposto che a favore del convenuto si è realizzato uno dei modi di acquisto della proprietà contemplati dagli art. 923 ss. c.c., tranne però l'usucapione. A norma dell'art. 1165 c.c., infatti, le disposizioni generali sulla prescrizione, quelle relative alle cause di sospensione e di interruzione ed al computo dei termini si osservano, in quanto applicabili, rispetto all'usucapione. In virtù del collegamento tra l'art. 2938 c.c., inserito tra le disposizioni generali sulla prescrizione, e l'art. 1165 c.c., il giudice non può rilevare di ufficio l'usucapione non opposta.