

STUDI IN ONORE
DI
CARMINE PUNZI

Estratto



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2008 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (To)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

ADRIANA NERI

ECCEZIONI RILEVABILI D'UFFICIO E PRECLUSIONI NEL PROCESSO ORDINARIO DI COGNIZIONE

SOMMARIO: 1. L' art. 112 c.p.c. e la *summa divisio* tra eccezioni in senso lato e in senso stretto. – 2. Eccezioni rilevabili d'ufficio e preclusioni: la tesi della necessaria correlazione tra rilevazione officiosa dell'eccezione in senso lato e allegazione tempestiva del fatto e.i.m. fondante tale eccezione. – 3. (Segue): critica a tale impostazione restrittiva. – 4. L'eccezione in senso lato è rilevabile d'ufficio dal giudice anche se il fatto e.i.m. non è stato allegato nel corso del giudizio di primo grado: conseguenze. – 5. (Segue): limiti al potere di rilevazione officiosa del giudice. – 6. (Segue): ricadute in tema di diritto alla prova. – 7. Conclusioni.

1 – L'art. 112 c.p.c., secondo l'impostazione di un'autorevole dottrina, sancisce l'esistenza di un doppio limite all'esercizio del potere decisorio del giudice: l'uno con riferimento alla domanda e l'altro con riferimento all'eccezione⁽¹⁾.

Il primo, espressione del noto principio della *corrispondenza fra chiesto e pronunciato*, impone al giudice di pronunciarsi su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa, il secondo – sul quale intendiamo concentrare la nostra attenzione – vieta al giudice di statuire su eccezioni che *possono essere proposte solo dalle parti*, sancendo in tal modo una chiara, ancorché implicita, contrapposizione tra eccezioni che sono riservate all'iniziativa della parte ed eccezioni sulle quali il giudice può pronunciare d'ufficio, ossia – per usare la terminologia corrente in dottrina – tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato⁽²⁾.

Come è noto, la scarna formulazione della disposizione in oggetto ha suscitato notevoli dubbi interpretativi in dottrina, con riferimento alle non poche disposizioni nelle quali il legislatore non chiarisce se si tratti di una eccezione riservata alla esclusiva iniziativa della parte⁽³⁾.

Secondo la dottrina più accreditata, l'art. 112 c.p.c. consente al riguardo due op-

⁽¹⁾ SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*¹³, Padova, 2000, pp. 169 e 171.

⁽²⁾ Cfr. FABBRINI, *Eccezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 1 ss.; MONTESANO, ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, Padova, 2001, p. 330 s.

Tra gli studi fondamentali in tema di eccezione v. CHIOVENDA, *Sulla "eccezione"*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, p. 149 ss.; LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 449 ss.; COSTA, *Eccezione*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 349 ss.; CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 266 ss.; COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 172 ss.; FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Furno*, Milano, 1973, p. 247 ss.; ORIANI, *Eccezione*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 262 ss. Con specifico riferimento all'eccezione in senso lato v., di recente, CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, p. 1 ss.

⁽³⁾ Per questo profilo problematico, v. per tutti, ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1011 s.

zioni interpretative: o considerare la norma ivi contenuta una semplice norma di rinvio a tutte quelle disposizioni che prevedono indispensabile l'iniziativa della parte, senza che si renda necessario l'individuazione di un criterio generale che consenta di distinguere tra i due tipi di eccezione o, al contrario, ritenere che la contrapposizione implicita delineata in tale articolo sottenda l'esistenza di un criterio generale che nei casi incerti consenta comunque di orientare l'interprete ⁽⁴⁾.

L'adesione al primo capo dell'alternativa ha condotto la maggior parte degli autori ad affermare che tra le due categorie di eccezioni sussiste un rapporto di regola – eccezione, dove la regola sarebbe la rilevabilità d'ufficio dei fatti estintivi, impeditivi o modificativi, e l'eccezione l'attribuzione alla parte – attraverso specifiche disposizioni di legge – dell'esclusivo potere di dedurre tali fatti ⁽⁵⁾.

Al riguardo occorre evidenziare che, malgrado i notevoli sforzi compiuti ⁽⁶⁾, non sembra sia stato individuato un criterio generale sulla base del quale fondare le distinzioni tra le due tipologie di eccezioni e pertanto idoneo a spiegare perché, nel silenzio della legge, determinate eccezioni debbano ricondursi all'una o all'altra categoria, riuscendo, i vari criteri di volta in volta utilizzati dalla dottrina, a fornire una spiegazione solo parziale e per questo non del tutto soddisfacente del fenomeno ⁽⁷⁾.

Se è vero, quindi, che solo l'esegesi letterale è in grado di fornire un criterio certo ed univoco, dovendosi *in primis* ricollegare la qualifica di eccezione in senso stretto alle ipotesi in cui la legge, espressamente o implicitamente, vieta al giudice l'esercizio del potere officioso di rilevazione ⁽⁸⁾, è altrettanto vero che, nel silenzio

⁽⁴⁾ GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, I, 2, Torino, 1973, p. 1266.

⁽⁵⁾ ORIANI, *Eccezione*, cit., p. 268 ss.; ID., *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, p. 5 ss.; FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., p. 358 s.; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*³, Napoli, 2006, p. 95 s.; GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1272; BALENA, *Provvedimenti urgenti per il processo civile (Legge 2 novembre 1990, n. 353, come modificata dalla l. 21 novembre 1991, n. 374)*, in *Nuove leggi civili*, 1992, p. 216; LUISO, *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di CONSOLO, LUISO e SASSANI, Milano, 1996, p. 122.

⁽⁶⁾ Vedi, specialmente, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*³, Padova, 2006, p. 252, secondo il quale «non può escludersi che il divieto di rilevabilità d'ufficio sia un riflesso di una determinata conformazione dell'effetto sul piano sostanziale».

⁽⁷⁾ Con riferimento ai criteri di natura sostanziale, cfr., in special modo, MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*¹⁸, I, Torino 2006, p. 137, secondo il quale i fatti e.i.m. fondanti eccezione in senso lato producono *ipso iure* i loro effetti, laddove quelli fondanti l'eccezione in senso stretto producono tali effetti non automaticamente, il che sostanzialmente si verifica quando la parte fa valere un controdiritto che potrebbe far valere anche in via autonoma.

Questa impostazione, tuttavia, non riesce a spiegare alcune ipotesi che sono considerate, per antonomasia, eccezioni in senso stretto, come ad es. quella relativa all'eccezione di prescrizione, nella quale la stessa formulazione della norma induce a ritenere, senza alcun dubbio, che l'effetto si produce *ipso iure* (cfr. art. 2934 c.c.).

Anche sulla scorta di tale consapevolezza, un'acuta dottrina ha ipotizzato che il monopolio delle parti in ordine alla deduzione in giudizio di fatti e.i.m. sia il riflesso della unilaterale disponibilità, da parte del soggetto interessato, degli effetti che tali fatti producono, individuando così un criterio orientatore per i casi non previsti dalla legge, nel modo in cui è conformato l'assetto di interessi sul piano sostanziale (CONSOLO, *op. loc. ult. cit.*, p. 252 s.; MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, p. 319 ss.).

⁽⁸⁾ Si pensi, ad es., all'eccezione di inadempimento del contratto (art. 1460 c.c.) o a quella di beneficio di escussione del fideiussore (art. 1944, comma 2°, c.c.) per le quali nulla viene detto dalla legge.

della legge, il criterio sostanziale può svolgere una funzione di ausilio inducendo, ad esempio, ad escludere la sussistenza di una eccezione in senso lato tutte le volte in cui essa sottenda un diritto che il convenuto potrebbe far valere attraverso una autonoma azione, come ad esempio per i casi di annullabilità del contratto ⁽⁹⁾.

Tuttavia, quale che sia l'impostazione alla quale si ritenga di aderire, è certo che il problema non riveste una importanza meramente definitoria, poiché lo stabilire se una determinata eccezione sia in senso stretto o in senso lato comporta differenti ricadute sul piano processuale, essendo le due tipologie di eccezioni soggette ad un regime differenziato.

2. – Com'è noto la riforma del 2005 (l. n. 80/2005), ricalcando la formulazione del legislatore del 1990, ha reintrodotto l'onere del convenuto di sollevare le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta (art. 167, comma 2°, c.p.c.), mentre le eccezioni in senso lato, in assenza di una preclusione specifica, si considerano proponibili per tutto il corso del giudizio di primo grado ⁽¹⁰⁾ e finanche in appello, giusta quanto previsto dall'art. 345, comma 2°, c.p.c.

Il tenore del dato positivo è tale, quindi, da indurre ragionevolmente a ritenere che non sussista alcuna preclusione in ordine al potere del giudice di rilevare in ogni stato e grado del processo i fatti e.i.m., fondanti un'eccezione in senso lato, purché, beninteso, tali fatti emergano dagli atti di causa, non potendo evidentemente tale potere prescindere dal c.d. divieto di utilizzazione del sapere privato, imposto al giudice dall'art. 115 c.p.c.

Tuttavia, com'è noto, si tratta di un punto tutt'altro che pacifico in dottrina, fonte di un acceso dibattito già nel sistema previgente, sostenendosi da una parte che la rilevabilità *ex officio* della eccezione in senso lato sia comunque subordinata alla tempestiva allegazione, ad opera dell'interessato, del fatto e.i.m. sul quale questa si fonda ⁽¹¹⁾. In concreto, ciò significa – attualizzando i termini del dibattito che ancora oggi si perpetua, dato che la novella del 2005 non ha inciso in alcun modo sul punto ⁽¹²⁾ – che l'allegazione dei fatti e.i.m. che il giudice potrebbe rilevare d'ufficio dovrebbe avvenire entro l'udienza *ex art.* 183 c.p.c. ⁽¹³⁾, o al più tardi, entro i termi-

⁽⁹⁾ Cfr. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 435; ORIANI, *Eccezione cit.*, p. 271 s., ID., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio*, cit., p. 1014.

⁽¹⁰⁾ BALENA, *Elementi di diritto processuale civile. Il processo ordinario di primo grado*³, Bari, 2006, p. 39.

⁽¹¹⁾ FABBRINI, *Potere del giudice*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1985, p. 728 s.; SCARSELLI, *Note in tema di eccezione di cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 829 ss.

⁽¹²⁾ Nessuna novità infatti è stata apportata al regime delle eccezioni rilevabili d'ufficio che, ferma l'assenza di disposizioni che stabiliscano una qualche preclusione al riguardo, continuano ad essere proponibili in appello, ai sensi dell'immutato art. 345, comma 2°, c.p.c.

⁽¹³⁾ Cfr., in dottrina, GRASSO, *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 652; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, p. 80 s.; ID., *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 385 ss.; COSTANTINO, *Commento all'art. 17 (art. 183 c.p.c.) l. 353/1990*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1992, p. 70 ss., spec. p. 86 ss.; COLESANTI, *Il processo di cognizione nella riforma del 1990*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 20.

Nel senso che, ferma restando l'inammissibilità di una allegazione tardiva, il giudice potrebbe rile-

ni concessi per la «appendice» di trattazione scritta, prevista dal comma 6° di tale articolo.

Seguendo tale linea interpretativa – che muove dalla fondamentale distinzione tra allegazione del fatto e rilevazione dell'effetto che questo produce – la preclusione che colpisce l'attività assertiva delle parti priverebbe in ogni caso il giudice del potere di rilevare il fatto integrante l'eccezione in senso lato, quand'anche risultante dagli atti di causa.

Sicché, ove l'eccezione in senso lato venisse proposta per la prima volta in appello, la stessa non sarebbe ammissibile allorquando il fatto su cui si fonda non sia stato allegato tempestivamente nel corso del giudizio di primo grado ⁽¹⁴⁾.

3. – L'impostazione restrittiva, cui si è fatto riferimento nel precedente paragrafo, non sembra tuttavia suscettibile di accoglimento, ostandovi, *in primis*, l'insuperabile argomento letterale offerto dagli artt. 167, comma 2° e 345, comma 2°, c.p.c.

Infatti, al di là della contrapposizione operata dall'art. 112 c.p.c., già in sede di disposizioni generali, le norme appena richiamate sanciscono una netta differenziazione di regime per le due tipologie di eccezioni che non può certamente essere ignorata ⁽¹⁵⁾.

Ma a prescindere da queste considerazioni di carattere esclusivamente positivo, la tesi della necessaria correlazione tra allegazione tempestiva del fatto fondante l'eccezione in senso lato e rilevanza del relativo effetto non persuade sotto ulteriori e diversi profili.

Orbene, affermando la necessità della tempestiva allegazione, tale tesi assoggetta inevitabilmente al c.d. onere di allegazione anche i fatti che integrano l'eccezione in senso lato, così operando una ingiustificata parificazione tra fatti che hanno la funzione di identificare il diritto dedotto in giudizio e fatti che tale funzione non hanno ⁽¹⁶⁾.

vare l'effetto giuridico del fatto e.i.m. risultante dagli atti del processo, cfr. CHIARLONI, in *Le riforme del processo civile*, a cura di CHIARLONI, Bologna, 1992, p. 175 ss.; LUISO, in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di CONSOLO, LUISO e SASSANI, Milano, 1996, p. 158 ss.; CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio*, cit., p. 87.

In giurisprudenza, v. Cass. 17 maggio 2004, n. 9323, in *Foro it. Rep.*, 2004, voce *Procedimento civile*, n. 194.

⁽¹⁴⁾ In tal senso, in dottrina, BONSIGNORI, *Il divieto di domande ed eccezioni nuove in appello*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 88 s.; CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 680. *Contra* gli autori citati alla nt. 23.

In giurisprudenza, Cass. 16 luglio 2004, n. 13253, in *Arch. locazioni*, 2004, p. 741; Cass. 7 luglio 2004, n. 12147; Cass. 10 ottobre 2003, n. 15142, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3163. *Contra*, Cass. 24 maggio 2005, n. 10918, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 733, con nota di ORIANI, *Sulle eccezioni proponibili in appello*; Cass., Sez. un., 27 luglio 2005, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2660, con nota adesiva di ORIANI.

Tale orientamento, trae origine dal noto *dictum*, che però concerne il rito del lavoro, di Cass., Sez. un., 3 febbraio 1988, n. 1099, in *Foro it.*, 1998, I, c. 764; in *Giust. civ.*, 1988, I, c. 645, con nota di GIACALONE; in *Corr. giur.*, 1999, p. 1007, con nota di CENTOFANTI; in *Dir. lav.*, 1999, II, p. 12, e I, p. 577, con nota di VALLEBONA. *Contra*, espressamente, Cass., Sez. un., 25 maggio 2001, n. 266, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2810, con nota di IOZZO, *Eccezione di giudicato esterno e poteri del giudice (anche di legittimità)*.

⁽¹⁵⁾ Per tali rilievi cfr. ORIANI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e onere*, cit., p. 127 ss.

⁽¹⁶⁾ Per questa distinzione, v., in luogo di ogni altro, CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1972, p. 343 ss.

Occorre rilevare, infatti, che la necessaria correlazione tra onere di allegazione e principio della domanda – quale riflesso, sul piano processuale, della natura disponibile del diritto – rende indispensabile l'introduzione dei fatti all'interno del processo ad istanza della parte interessata solo con riferimento a quelli che hanno la funzione di identificare il diritto dedotto in giudizio e a quelli rispetto ai quali la legge attribuisce alla parte il monopolio in ordine alla rilevanza dell'effetto⁽¹⁷⁾.

Tale onere, dunque, non sussiste con riferimento a quei fatti che integrano eccezioni in senso lato, visto che questi non determinano alcun ampliamento dell'oggetto del giudizio, ma solo della *quaestio facti*, peraltro nei limiti già tracciati dalla domanda giudiziale⁽¹⁸⁾.

Inoltre, il suo accoglimento condurrebbe ad una interpretazione estremamente riduttiva del significato dell'art. 345, comma 2°, c.p.c., nel senso che la portata di tale norma dovrebbe ridursi alla previsione, alquanto superflua, che nel giudizio di appello può invocarsi l'effetto giuridico di un fatto e.i.m. tempestivamente allegato in primo grado⁽¹⁹⁾ mentre, per altro verso, non può dubitarsi che – anche in assenza di tale disposizione – la parte che abbia allegato il fatto dinanzi al giudice di primo grado possa impugnare la sentenza, censurando l'errore del giudice⁽²⁰⁾.

Giova ancora osservare che, se è vero che proporre un'eccezione significa dedurre un fatto, invocandone gli effetti e.i.m. al fine di ottenere il rigetto della domanda⁽²¹⁾, l'espressione «nuove» eccezioni rilevabili d'ufficio, contenuta nell'art. 345, comma 2°, c.p.c., non può che riferirsi alla possibilità di allegare per la prima volta in appello nuovi fatti storici integranti eccezioni in senso lato⁽²²⁾.

Ragionando diversamente, infatti, si negherebbe in radice il *proprium* della novità in appello, non riuscendosi davvero a comprendere in cosa debba consistere

⁽¹⁷⁾ Cfr. PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3145; MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione, dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di Fazzalari*, Milano, 1993, III, pp. 26 e 30.

⁽¹⁸⁾ Si veda, per tutti, VERDE, *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 7; GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., p. 1269; FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti giuridici*, I, Milano 1989, p. 338 ss.

⁽¹⁹⁾ Il che, varrebbe a dire, per riprendere l'efficace espressione utilizzata da un'autorevole dottrina – limitare la portata della norma all'ipotesi, alquanto banale, in cui la parte deduca il pagamento ma si dimentichi di chiedere il rigetto della domanda. Cfr. ORIANI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e onere di tempestativa allegazione*, cit., p. 132. Con riferimento alla recente riforma processuale, cfr. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Giusto processo civile*, 2006, n. 1, p. 52, secondo il quale la tesi qui criticata produrrebbe l'ulteriore inconveniente di aggravare la posizione del contumace nell'ipotesi in cui non riesca ad ottenere la rimessione in termini, non potendo allegare e provare in appello l'avvenuto pagamento.

⁽²⁰⁾ In tal caso, infatti, la sentenza sarebbe viziata per omessa pronuncia del giudice. Così LUISO, *Diritto processuale civile*⁴. II. *Il processo di cognizione*, Milano, 2007, p. 385; CONSOLO, *Le proposte «Vasalli» di riforma del c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1989, p. 198.

⁽²¹⁾ ORIANI, voce *Eccezione*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 296 s.

⁽²²⁾ LUISO, *Diritto processuale civile*⁴, cit. *Il processo di cognizione*, p. 385, il quale esclude che la possibilità di proporre nuove eccezioni rilevabili d'ufficio comporti «solo la possibilità di richiamare l'attenzione del giudice di appello sugli effetti giuridici di un fatto già acquisito agli atti del processo di primo grado».

l'elemento di novità insito nella proposizione di eccezioni rilevabili d'ufficio consentita dall'art. 345, comma 2°, c.p.c.

4. – Alla luce di quanto detto, deve ritenersi che il potere del giudice di rilevare l'eccezione in senso lato sia del tutto svincolato dall'allegazione del fatto sul quale questa si fonda, nel senso che lo stesso – ove risulti dagli atti di causa legittimamente acquisiti (scritti difensivi, risultanze istruttorie, risposte fornite in sede di interrogatorio libero, allegazioni della controparte) e sia pertanto idoneo a sollecitare il potere di rilevazione del giudice – può essere rilevato dal giudice *ex officio* indipendentemente dalla sua deduzione ad opera della parte interessata ⁽²³⁾.

Seguendo tale linea interpretativa, dovrà altresì riconoscersi al giudice il potere di rilevare l'effetto e.i.m. di un fatto qualora, ad esempio, emerga da documenti prodotti sì dalla parte cui il fatto stesso giovi, ma ad altri fini, ossia anche nel caso in cui si tratti di allegazioni delle quali questa non ha avuto consapevolezza ⁽²⁴⁾.

Il che vuol dire – riguardando la questione dalla diversa prospettiva delle parti, le quali, con riferimento all'eccezione in senso lato hanno un potere di rilevazione concorrente con quello del giudice, essendo il *proprium* di questa la possibilità che *anche* il giudice rilevi il fatto sul quale essa si fonda – che l'attività assertiva delle parti non soggiace ad alcuna preclusione, potendo i relativi fatti essere dedotti per la prima volta in appello ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ ORIANI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e onere di tempestiva allegazione*, cit., p. 134; BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, p. 186 ss.; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 119 ss.; TARZIA, *Lineamenti del processo di cognizione*, Milano, 1996, p. 70, nonché, alla luce della recente riforma, BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. it.*, 2006, IV, p. 77; ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali (I)*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1015; ID., *A proposito dell'interruzione della prescrizione e di non condivisibili interpretazioni dell'art. 345, comma II, c.p.c.(II)*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1165 ss. 77; PROTO PISANI, *Ancora sull'allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione*, in *Foro it.*, 2006, c. 3145 ss.

Seguendo tale impostazione, risulta così superata l'esigenza di considerare implicita l'allegazione negativa dei fatti e.i.m. rilevabili d'ufficio con la stessa allegazione dei fatti costitutivi allegati dall'attore nella domanda. Su questo profilo, sul quale non è possibile soffermarsi in questa sede, v. COMOGLIO, voce *Allegazione*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, vol. I, Torino 1995, p. 280, nt. 48, nonché, di recente, su posizioni critiche, CAVALLINI, *L'eccezione rilevabile d'ufficio*, cit., p. 91 ss.

⁽²⁴⁾ In tal senso, PROTO PISANI, *Ancora sull'allegazione dei fatti*, cit., c. 3146. Si tratta del fenomeno dei fatti c. d. silenti, ossia di quei fatti presenti nella causa, ma non invocati dalle parti per negligenza o inavvertenza. Sul punto, con riferimento al processo francese, cfr., di recente, BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, p. 212 ss.

⁽²⁵⁾ Così perentoriamente ORIANI, *Sulle eccezioni proponibili in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 737 s. Di recente, cfr. GRADI, *Principio di preclusione, inammissibilità di nova in appello ed altri ostacoli alla ricerca della verità*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 521.

È evidente che la riconosciuta possibilità di dedurre tali fatti per la prima volta in appello, reca in sé l'implicita affermazione che gli stessi siano già deducibili in primo grado. Diversamente, infatti, non vi sarebbe alcun ostacolo ad ammetterne l'allegazione oltre il limite temporale della prima udienza di trattazione, essendo pacificamente ammessa in dottrina la possibilità di allegare fatti sopravvenuti successivamente alla precisazione delle conclusioni o fatti che, se pur preesistenti, siano divenuti rilevanti per effetto di *ius superveniens* dopo tale momento. Per questo ordine di idee, v., da ultimo, ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. A proposito dell'interruzione della prescrizione e di non condivisibili interpretazioni dell'art. 345 comma 2 c.p.c. (II)*, p. 1167 nonché gli autori ivi citati alla nt. 151.

5. – Le conclusioni sopra esposte impongono, tuttavia, alcune precisazioni.

Se è vero, infatti, che il sistema delineato dal legislatore è tale da consentire un rilievo *ex officio* da parte del giudice del fatto e.i.m. che da luogo ad un'eccezione in senso lato, senza che a ciò sia indispensabile un'iniziativa della parte, è altrettanto vero che tale potere non è immune da limiti.

Si è già accennato sopra come un primo limite discenda proprio dal divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice, desumibile dall'art. 115 c.p.c., di talché, il fatto che integra l'eccezione in senso lato deve necessariamente risultare dagli atti del processo.

Peraltro, a ben riflettere, ci sembra che il rispetto di tale limite sia intrinseco nello stesso concetto di eccezione rilevabile d'ufficio, nel senso che tale eccezione, per essere tale, deve *poter essere* rilevata dal giudice nel processo.

Un secondo – ma non certo meno pregnante – limite deriva dal rispetto del principio del contraddittorio, costituzionalmente garantito dall'art. 111, comma 2°, Cost. e che, calato nella dinamica del processo, si traduce nella fondamentale esigenza che il giudice indichi alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione (art. 183, comma 3°, c.p.c.)⁽²⁶⁾, non potendo in alcun modo considerare determinati fatti ai fini della decisione, senza aver dato alle parti la possibilità di spiegare in modo pieno ed effettivo le proprie difese, *in condizioni di parità*⁽²⁷⁾.

In tal senso, allora, parafrasando il pensiero di un'autorevole dottrina, può dirsi che nell'atto stesso del rilevare è immanente la necessità di provocare la trattazione, nel pieno contraddittorio delle parti, di quanto si è rilevato⁽²⁸⁾.

6. – I rilievi formulati nel precedente paragrafo consentono di giungere ad una ulteriore conclusione.

Se infatti il giudice deve consentire la piena esplicitazione del principio del contraddittorio, sia che sia stato egli stesso a rilevare d'ufficio l'eccezione risultante dagli atti di causa, sia che sia stata la parte ad allegare il fatto e.i.m. sul quale questa si fonda, ciò vuol dire che su quel fatto deve comunque essere riconosciuto alle parti il diritto alla prova, a prescindere, cioè, dal momento in cui tale evenienza si sia verificata nel processo.

⁽²⁶⁾ Deve infatti condividersi quell'orientamento secondo il quale la disposizione in questione si riferisce non soltanto alle c.d. questioni di diritto, ma anche alle eccezioni rilevabili d'ufficio, le quali, al pari delle prime, costituiscono oggetto del potere dovere del giudice di indicare alle parti le questioni potenzialmente idonee ad essere poste a base della decisione (LUISO, *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., p. 148; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo*, cit., 137. Per la tesi restrittiva, v. soprattutto GRASSO, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 711 ss.

Quanto poi all'espressione «sulla base dei fatti allegati» contenuta nel medesimo comma dell'art. 183 c.p.c., sovente utilizzata a sostegno della tesi qui criticata, cfr. i rilievi di COMOGLIO, *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 987, secondo il quale con essa il legislatore avrebbe inteso scongiurare qualsiasi apertura alla c.d. scienza privata del giudice e, più in generale, ad iniziative inquisitorie non previste dalla legge.

⁽²⁷⁾ Per questo profilo, cfr. per tutti, MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili della terza via*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 931 ss.

⁽²⁸⁾ COMOGLIO, *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 987.

Non sembra infatti possibile ammettere l'allegazione di fatti e.i.m. integranti eccezioni in senso lato e negare al contempo alle parti la possibilità – ove, naturalmente, il fatto non risulti già provato (risultanze istruttorie) o non sia bisognoso di prova (fatto notorio) – di provare i fatti stessi, adducendo l'operatività del meccanismo delle preclusioni, che non consentirebbe di superare lo sbarramento imposto dai nn. 2 e 3 del comma 6° dell'art. 183 c.p.c. così come modificato dalla l. n. 80/2005⁽²⁹⁾.

Se è vero, infatti, che l'allegazione è in funzione della prova⁽³⁰⁾, una volta riconosciuta la possibilità della prima, la seconda non può essere in alcun modo negata.

Invero, la soluzione non sembra così scontata per il giudizio di appello, dal momento che l'art. 345, comma 3°, c.p.c. assoggetta l'ammissione di nuovi mezzi prova alle stringenti limitazioni della indispensabilità della prova stessa e della dimostrazione che la parte non abbia potuto proporre in primo grado il mezzo di prova per causa ad essa non imputabile.

Al riguardo appare necessario, in via prodromica, chiarire che, trattandosi in tal caso di un fatto «nuovo», ossia non allegato nel processo di primo grado e pertanto estraneo al *thema probandum* ivi fissato, non ha alcun senso porsi la questione della dimostrazione della sussistenza di una causa incolpevole di decadenza dalla prova⁽³¹⁾, dovendosi semmai fare riferimento all'ulteriore requisito della indispensabilità.

Senza indugiare, per ragioni di brevità su tale concetto, sul quale molto è stato detto in dottrina⁽³²⁾, ci sembra che la riconosciuta ammissibilità di nuovi fatti storici in appello debba necessariamente comportare la possibilità di prova sui medesimi, a prescindere dal requisito della indispensabilità⁽³³⁾.

Si vuole cioè dire che in tale ipotesi l'ammissibilità del *novum* probatorio discenderebbe *naturaliter* dall'evolversi della vicenda processuale⁽³⁴⁾ la quale, a seguito della nuova allegazione o del rilievo officioso del giudice deve comunque esplicarsi nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, ossia garantendo alle parti non solo la possibilità di controdedurre, ma altresì di formulare istanze istruttorie con riferimento ai fatti e.i.m. oggetto di allegazione o di rilievo.

Pertanto, qualora si ritenesse di dover assoggettare anche le prove connesse a tali fatti al giudizio di indispensabilità, potrebbe rilevarsi come tale genere di prova sia, almeno in astratto, sempre indispensabile ai fini del giudizio, se è vero che con tale

⁽²⁹⁾ In tale senso, PROTO PISANI, *Ancora sull'allegazione dei fatti*, cit., c. 3147, *Contra*, con specifico riferimento all'appello, LUISO, *Diritto processuale civile. II. Il processo di cognizione*, p. 387, RUFFINI, *La prova nel giudizio civile d'appello*, cit., p. 290.

⁽³⁰⁾ SATTÀ, PUNZI, *Diritto processuale*¹³, cit., p. 173.

Del resto, lo stesso art. 2697 c.c., che trova fondamento nella regola *onus probandi incumbit ei qui dicit*, nel sancire l'esigenza che la parte che allega un fatto a sé favorevole deve anche darne la prova, esprime questa intima correlazione.

⁽³¹⁾ RUFFINI, *La prova nel giudizio civile*, cit., p. 290.

⁽³²⁾ Cfr. diffusamente, in luogo di ogni altro, RUFFINI, *op. ult. cit.*, p. 284 ss.

⁽³³⁾ In tal senso TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000, pp. 140 ss., 190 ss. secondo il quale sarebbe addirittura incostituzionale subordinare la prova dei nuovi fatti allegati in appello all'indispensabilità e non solo alla mera rilevanza.

⁽³⁴⁾ Così sostanzialmente ORIANI, *Ancora sull'eccezione di interruzione*, cit., c. 3142.

concetto si vuole esprimere l'idoneità del mezzo di prova a determinare un accertamento dei fatti di causa, «decisivo, talvolta anche per giungere ad un completo rovesciamento della decisione cui è pervenuto il giudice di primo grado»⁽³⁵⁾.

Ma anche a prescindere dalle superiori considerazioni, ci sembra che la soluzione prospettata si imponga anche per una fondamentale esigenza di giustizia, nel senso che non potrebbe ragionevolmente giustificarsi una disparità di regime nella rilevazione delle eccezioni in senso lato, consentendo al giudice di rilevare utilmente l'effetto e.i.m. del fatto cui essa si fonda solo nel caso in cui questo sia già provato o non bisognoso di prova.

Né, evidentemente, potrebbe ammettersi una soluzione differenziata per le prove costituite e per quelle costituende, privilegiando in fase d'appello le seconde, sulla base dell'assunto secondo il quale queste non inciderebbero negativamente sulla celerità del processo⁽³⁶⁾.

Una simile impostazione, infatti, non soltanto è stata autorevolmente confutata da una parte della dottrina con argomentazioni sia ordine letterale che sistematico⁽³⁷⁾, ma deve ormai considerarsi definitivamente superata alla luce del recente *revirement* delle Sezioni Unite⁽³⁸⁾ che, affermando l'assoggettabilità dei documenti al regime restrittivo dell'art. 345, comma 3°, c.p.c., ha segnato la piena equiparazione, sul piano del trattamento processuale, delle prove documentali a quelle costituende.

7. – Le suesposte considerazioni ci sembrano coerenti non soltanto con il sistema delineato dal legislatore negli artt. 167, comma 2° e 345, comma 2°, c.p.c., laddove viene rispettivamente previsto che solo le eccezioni in senso stretto devono proporsi a pena di decadenza nella comparsa di risposta e che le eccezioni in senso lato sono, in-

⁽³⁵⁾ Così testualmente la motivazione di Cass., Sez. un., 20 aprile 2005, n. 8205, per la quale v. i riferimenti contenuti *infra* alla nt. 36

In dottrina cfr. CONSOLO, *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006 p. 120 s.; RUFFINI, *Preclusioni istruttorie in primo grado*, cit., p. 948, il quale tuttavia sottolinea come, per l'irrinunciabile principio di parità delle armi, tale accertamento dei fatti di causa, potrà essere non solo positivo (come affermato nella sentenza in questione) ma anche di contenuto negativo, qualora riguardi la inesistenza del fatto da provare.

Nel senso che dovranno ritenersi indispensabili quei mezzi di prova qualora il rilievo officioso del giudice sia potenzialmente idoneo a conformare diversamente la decisione del giudice d'appello, CAVALLINI, *Le sezioni unite*, cit., p. 954.

⁽³⁶⁾ Cfr. per tutti, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo ordinario di primo grado e d'appello*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 316.

⁽³⁷⁾ Cfr. specialmente RUFFINI, *Nuove produzioni documentali in appello e poteri istruttori del giudice nel rito ordinario e in quello del lavoro*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 918 ss.; DE CRISTOFARO, *Nuove prove in appello, poteri istruttori officiosi e principio del giusto processo*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 116 ss.

⁽³⁸⁾ Il riferimento è alle due note contemporanee pronunce, rispettivamente con riguardo al rito del lavoro e ordinario, di Cass., Sez. un., 20 aprile 2005, n. 8202 e Cass., Sez. un., 20 aprile 2005, n. 8203, entrambe pubblicate in *Corr. giur.*, 2005, p. 929 ss., con note di RUFFINI e CAVALLINI, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1690 ss., con nota di DALFINO, BARONE e PROTO PISANI, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1051 ss., con nota di CAVALLONE, le quali, risolvendo il contrasto di orientamenti venutosi a creare nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, hanno esteso il divieto di ammissione di nuovi mezzi di prova anche ai documenti, assoggettandone in tal modo l'ammissione alla sussistenza di una causa non imputabile che abbia impedito alla parte di produrli in primo grado ovvero alla valutazione della loro indispensabilità.

vece, proponibili in appello, ma anche con una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme del processo, il quale, per essere «giusto», non può prescindere da un accertamento quanto più possibile capace di replicare la realtà materiale⁽³⁹⁾.

Tale considerazione, allora, dovrebbe riuscire a superare la facile obiezione – pur in astratto formulabile – secondo la quale la ritenuta inesistenza di preclusioni in ordine alla possibilità di allegare e provare i fatti fondanti eccezioni in senso lato infligerebbe un grave *vulnus* al canone costituzionale della ragionevole durata del processo, alla tutela del quale il sistema delle preclusioni sarebbe funzionale.

A noi sembra infatti che, nella dinamica del processo, l'obiettivo della ragionevole durata non possa in ogni caso perseguirsi a scapito della giustizia della decisione, senza la quale nessun processo può essere per definizione «giusto», dovendo l'esigenza di celerità e speditezza cedere di fronte a quella di non sacrificare la ricerca della verità materiale, e quindi la qualità della decisione, la quale tanto più si legittima quanto più si avvicina al vero.

In tal senso, il rilievo d'ufficio in ogni stato e grado del processo di fatti e.i.m. fondanti eccezioni in senso lato potrebbe essere letto in funzione strumentale al perseguimento di tale esigenza, posto che, l'eccezione, di per sé, «non altera i termini del giudizio, ma concorre alla realizzazione dell'ordinamento giuridico nell'orbita della domanda»⁽⁴⁰⁾.

In quest'ottica, dunque, non ci sembra azzardato ritenere la disposizione di cui all'art. 345, comma 2°, c.p.c. alla stregua di una clausola di salvaguardia del sistema, ossia l'ultima *chance* concessa al giudice e alle parti, per scongiurare, fino al momento ultimo in cui il legislatore lo consente, il rischio di una decisione contrassegnata dall'odiosa e intollerabile divaricazione tra realtà processuale e materiale, tra diritto e processo.

⁽³⁹⁾ Cfr., per opportuni riferimenti, RUFFINI, *Recensione a SCHIPANI* (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, Milano, 2005; in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 731 s.; PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di CIVININI e VERARDI, p. 64 s.; GRADI, *Principio di preclusione*, cit., p. 528.

⁽⁴⁰⁾ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1962, II, 2, p. 141 s.