

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche – Ciclo XXX°

Curriculum in Diritto processuale civile

LE ECCEZIONI IN SENSO LATO

Nome: Maddalena

Cognome: Ciccone

Matricola: 798823

Tutore: Prof. Elena Sara Chiara Marinucci

Supervisor: Prof. Giorgio Costantino

Coordinatore: Prof. Margherita Ramajoli

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

INDICE

LE ECCEZIONI IN SENSO LATO

CAPITOLO PRIMO

Introduzione

1. Premessa e ambito della ricerca.....	1
2. L'eccezione nell'attività difensiva del convenuto.....	4
3. Eccezione in senso lato ed eccezione in senso stretto: impostazione del problema.....	10

CAPITOLO SECONDO

Evoluzione storica e natura dell'eccezione

1. L' <i>exceptio</i> nell'esperienza giuridica romana: il processo formulare...	17
2. L' <i>exceptio</i> nella <i>extraordinaria cognitio</i>	23
3. L' <i>exceptio</i> nel diritto comune.....	26
4. La teoria dell' <i>exceptio</i> nel diritto moderno tra diritto materiale e fenomeno processuale. La concezione tedesca.....	28
5. L'eccezione di merito come potere sostanziale. Il concetto di eccezione nel diritto italiano.....	32
6. Classificazione delle eccezioni.....	39
7. La teoria dell' <i>exceptio</i> nel diritto francese.....	41

CAPITOLO TERZO

L'eccezione di merito in senso stretto come potere sostanziale

1. La teoria sostanziale dell'eccezione di merito in senso stretto.....	46
2. La correlazione tra azione ed eccezione nella teoria sostanziale dell'eccezione di merito in senso stretto.....	51
3. I rapporti tra l'eccezione di merito in senso stretto e la cosa giudicata materiale.....	52
4. La concezione sostanziale nelle eccezioni di impugnativa negoziale...	58
5. Critica alla teoria dell'eccezione di merito quale potere sostanziale.....	63
6. La tesi della situazione giuridica sostanziale unitaria. Critica.....	70
7. Critica alla concezione sostanziale dell'eccezione di merito in senso stretto come diritto potestativo.....	75

CAPITOLO QUARTO

Eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto. Ipotesi ricostruttive

1. L'eccezione come potere processuale.....	80
2. (<i>Segue</i>) Eccezioni e preclusioni processuali. Rilevazione e allegazione delle eccezioni. Eccezioni in senso lato e onere di tempestiva allegazione.....	86
3. Il problema dell'ingiustizia della decisione.....	96
4. L'eccezione in senso stretto come istanza volta a promuovere l'applicazione dell'effetto. Risolto il problema dell'ingiustizia della decisione.....	101

5. Il divieto di rilevazione officiosa del fatto non esclude la ricostruzione degli effetti dell'eccezione in senso stretto come operanti di diritto. Il problema del concorso di fattispecie ad effetti negativi.....	106
6. L'eccezione in senso stretto come potere processuale che riflette la disponibilità per atto unilaterale dell'effetto sostanziale cui accede...	118
7. Confronto delle tesi sostenute con la fisionomia normativa delle eccezioni in senso stretto. Considerazioni <i>a contrario</i> sulle fattispecie di eccezioni in senso lato.....	128
8. Confronto con la fisionomia normativa delle eccezioni in senso stretto. L'eccezione di prescrizione.....	131
9. (<i>Segue</i>) L'eccezione di decadenza.....	137
10. (<i>Segue</i>) L'eccezione di compensazione.....	140
11. (<i>Segue</i>) Le eccezioni corrispondenti all'esercizio di un'azione costitutiva. Le eccezioni di impugnativa negoziale.....	151
12. Confronto delle tesi sostenute con la fisionomia normativa delle eccezioni non sottoposte espressamente ad istanza di parte per le quali sia ricostruibile la volontà del legislatore di assoggettarle all'esclusiva rilevabilità di parte.....	163
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	172
BIBLIOGRAFIA.....	184

CAPITOLO PRIMO

Introduzione

SOMMARIO: 1. Premessa e oggetto dell'indagine – 2. L'eccezione nell'attività difensiva del convenuto – 3. Eccezione in senso lato ed eccezione in senso stretto: impostazione del problema

1. Premessa e oggetto dell'indagine

Il presente lavoro ha ad oggetto lo studio delle eccezioni in senso lato e si incentra su quello che è stato definitivo in dottrina come il problema più controverso nella disciplina delle eccezioni: l'individuazione dei criteri distintivi tra eccezione in senso stretto, riservata alla parte, ed eccezione in senso ampio o lato, rilevabile anche d'ufficio¹.

In particolare, l'attenzione si rivolge allo studio delle eccezioni di merito, le uniche in relazione alle quali si pone la necessità di verificare i rapporti con il giudicato sostanziale, atteso che solo queste hanno ad oggetto fatti rilevanti per l'esistenza e il modo di essere del diritto sostanziale oggetto del processo².

L'eccezione di merito appartiene a uno di quei campi della scienza giuridica nei quali sono più forti i nessi che si interpongono tra diritto e processo.

Se in origine lo studio di questi rapporti ha prevalentemente interessato il punto di vista dell'attore e il correlato concetto di azione, attualmente è pacifico che il problema può essere correttamente risolto solo avendo riguardo al processo nella sua

¹ ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1991, VII, 262 ss. L'a. avverte subito che il problema più controverso, specie alla luce dell'art. 416 c.p.c. introdotto con la riforma del processo del lavoro, è l'individuazione dei criteri distintivi tra eccezione in senso stretto ed eccezione in senso ampio o lato: un vasto ed abnorme contenzioso non è ancora riuscito a fissare per l'operatore del diritto precise regole cui uniformare la sua condotta. È contrario, invece, alla distinzione tra eccezioni in senso stretto e in senso lato, nonostante la lettera degli artt. 112 e 416 c.p.c., ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Torino, 1966, 314 ss., in quanto l'eccezione è sempre la facoltà processuale di opporre un determinato fatto estintivo, impeditivo e modificativo dei rapporti giuridici di diritto sostanziale o processuale, esercitata nel processo dalla parte e ad essa riconosciuta dal diritto processuale obiettivo.

² Cfr. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 204 ss.

integralità e, quindi, prendendo in considerazione anche le richieste e gli interessi del convenuto.

Ed invero, la funzione giurisdizionale soggiace ad un limite iniziale, rappresentato dalla domanda (*ne procedat iudex ex officio*), e ad un limite finale, non potendo estendersi oltre quanto richiesto dalle parti (*ne eat iudex ultra petita partium*). Il giudice, cioè, non può esplicare la funzione giurisdizionale a lui affidata se la parte interessata non lo richiede, essendo necessaria la domanda della parte, qualunque forma essa assuma, affinché il giudice possa pronunciarsi.

Allo stesso tempo, si prevede, inoltre, che, una volta instaurato il processo, la funzione giurisdizionale sia collegata anche all'attività della parte contro la quale è stata chiesta l'attuazione della legge.

Ebbene, l'esame dei casi nei quali, mentre è vietato il rigetto d'ufficio della domanda, questo rigetto deve avvenire su richiesta del convenuto forma oggetto della dottrina dell'eccezione.

Prima della riforma del 1973³, la distinzione tra eccezioni in senso stretto e in senso lato era volta principalmente a determinare l'ambito di applicazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, non rilevando, invece, al fine di comprendere il significato degli artt. 167, 183, 345 c.p.c., essendo pacifico che, nel corso del giudizio di primo grado e anche in appello, fosse possibile proporre qualsiasi tipo di eccezione in senso stretto e in senso lato.

Con la novella del 1973 è divenuto molto importante, invece, stabilire se si è di fronte ad un'eccezione in senso lato o in senso stretto, in quanto solo per quest'ultime la legge prevede la decadenza dal potere di formularle.

Beninteso, la necessità di individuare le eccezioni riservate alla parte sussisterebbe anche in assenza di preclusioni volte a limitare entro la prima udienza l'estensione del *thema decidendum* – salvo che per le eccezioni rilevabili anche

³ Si tratta della riforma del processo del lavoro, attuata con l. 11 agosto 1973, n. 533, che ha introdotto un sistema processuale che, da limitata eccezione, si è trasformato in un modello di rilevanza generale, in virtù della frequente e continua estensione del contenuto delle sue norme. Per un'analitica descrizione dei progetti di riforma che, dalla l. 11 agosto 1973, n. 533, sfociarono nella l. 26 novembre 1990, n. 353, cfr. COSTANTINO, *Scritti sulla riforma della giustizia civile*, Torino, 2006, 25-26. Con il nuovo processo del lavoro, oltre alla sperimentazione di un giudice unico e monocratico, munito di competenza *rationae materiae*, si è introdotto un rigido sistema di preclusioni che ha riguardato anche l'introduzione di nuove eccezioni, con la deroga delle eccezioni rilevabili anche d'ufficio.

d'ufficio – poiché, come vedremo, la ragione del divieto di rilevare d'ufficio un determinato fatto impeditivo, estintivo o modificativo risiede sul piano della disciplina sostanziale.

È evidente, tuttavia, che l'urgenza di individuare un criterio distintivo si aggrava se la parte, con la presentazione degli atti introduttivi, perde il potere processuale di far valere quel fatto in suo favore.

Il sistema di preclusioni oggi delineato dal codice di procedura civile obbliga all'esatta individuazione della categoria delle eccezioni rilevabili solo su istanza di parte, poiché solo per esse vigono le preclusioni degli artt. 167 e 345 c.p.c., ma nulla ci dice in ordine ai criteri in grado di distinguerle all'interno della più ampia categoria delle eccezioni⁴.

Il *discrimen* tra eccezioni riservate alla parte ed eccezioni rilevabili anche d'ufficio, infatti, prima di essere un problema processuale, è un problema di natura sostanziale, ed è sul piano sostanziale che si deve tentare di individuare la regola idonea a distinguere i casi in cui è necessaria l'istanza di parte per attribuire al fatto

⁴ Il codice di procedura civile del 1940, entrato in vigore nel 1942, è il primo segnale del passaggio, che poi si realizzerà compiutamente nel 1973, dal principio liberale al principio di preclusione, quale espressione dei presupposti culturali che hanno condotto all'affermazione della c.d. concezione pubblicistica del processo, a discapito dei principi liberali, che avevano ispirato la precedente codificazione unitaria. Il definitivo passaggio ad un processo ispirato al principio di preclusione, decisamente orientato verso la *revisio prioris instantiae*, avviene con la riforma del rito del lavoro del 1973, ispiratrice della successiva riforma del rito ordinario del 1990, a cui si deve la formulazione dell'art. 345 c.p.c. del divieto generalizzato di nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove, salvo talune deroghe. Sul concetto di preclusione, cfr. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 478 ss.: «ogni processo, qual più qual meno, e così anche il nostro processo, per assicurare precisione e rapidità allo svolgimento degli atti giudiziari, pone dei limiti all'esercizio di determinate facoltà processuali, colla conseguenza che di là da quei limiti queste facoltà non si possono più esercitare. Ho dato a codesta conseguenza il nome di 'preclusione', da un bel verbo delle fonti che si trova usato, proprio nel significato che intendo, nella '*poena praeclusi*' del diritto comune, salvo che nella preclusione odierna si prescinde naturalmente dall'idea della pena. Ho raccolto e ravvicinato sotto questa osservazione e questo nome numerosi casi (e non sono tutti) nei quali si trova applicato dalla legge questo espediente. Sono casi svariati, sia per la facoltà processuale a cui ciascuno si riferisce, sia per gli effetti che può avere la preclusione dell'esercizio di questa facoltà; ma tutti hanno comune questo elemento, nel quale sta per me l'essenza della preclusione, intendo dire la perdita o estinzione o consumazione, che dir si voglia, di una facoltà processuale per il solo fatto che si sono raggiunti i limiti dalla legge segnati al suo esercizio». CHIOVENDA non certo estraneo, quindi, all'idea di porre dei limiti temporali a determinate attività processuali delle parti, ma non era affatto contrario, ad es., alla proposizione in appello di nuove allegazioni di fatto ed istruttorie. Il motivo di tale posizione in favore di un appello aperto ai *nova* è verosimilmente rintracciabile nel fatto che egli, fautore della concezione pubblicistica della funzione giurisdizionale, accordava una netta preferenza alla ricerca della verità da parte del giudice, che di certo mal si concilia con un sistema di preclusioni.

il suo effetto impeditivo, estintivo o modificativo, da quelli in cui tale regola non vale.

Ciò in quanto, come vedremo nel prosieguo della trattazione, deve ritenersi che il divieto di rilevabilità d'ufficio sia un riflesso di una determinata conformazione dell'effetto sul piano sostanziale.

2. L'eccezione nell'attività difensiva del convenuto

Ai fini di una corretta impostazione del problema appare necessario partire dalla determinazione del contenuto dello strumento processuale dell'eccezione, che ne consenta la distinzione all'interno degli strumenti difensivi del convenuto.

Questi, validamente costituito e chiamato in giudizio in attuazione del principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c.), qualora decida di spendere quei poteri difensivi che in astratto l'ordinamento gli riconosce, può assumere diversi comportamenti⁵.

Egli può, innanzitutto, limitarsi alla contestazione della fondatezza della domanda. Qui siamo nell'ambito della mera difesa, con cui il convenuto si limita a negare il fondamento delle ragioni affermate dall'attore, senza richiamare l'esame del giudice su fatti diversi da quelli che sono posti a base della domanda.

Con la mera difesa, il convenuto si inserisce nell'ambito di questioni che già appartengono a quelle che il giudice deve esaminare d'ufficio, anche se il convenuto non si è costituito o se manchi una sua attiva partecipazione al processo.

La contestazione può essere in fatto o in diritto. La prima consiste nella negazione dell'esistenza 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*⁶.

⁵ Cfr. ORIANI, *L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 5; COSTA, *Eccezione (diritto vigente)*, in *Nov. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 349 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 90 ss.

⁶ Di per sé, la pura e semplice negazione dell'esistenza dei fatti storici allegati dall'attore ha un'importanza relativa, poiché non aggiunge nulla a quello che il giudice avrebbe comunque dovuto esaminare. Ciò deve coordinarsi, tuttavia, con gli effetti che la legge può attribuire alla mancata proposizione delle mere difese. Ciò può determinare, infatti, la pacificità del fatto non contestato e, quindi, la non necessità che esso sia oggetto di prova. L'utilità della contestazione in fatto – a parte evitare che il fatto allegato dalla controparte diventi pacifico e, quindi, non bisognoso di prova – sta in ciò, che il convenuto, quando pone in essere la contestazione, non si limita a negare, ma cerca di provare il contrario di quanto affermato dall'attore e cioè che i fatti sono diversi da quelli raccontati dall'attore. Il senso della mera difesa in fatto, quindi, è quello di svolgere attività istruttoria sui fatti

La seconda consiste, invece, nella negazione dell'esistenza della disposizione di legge invocata dall'attore a tutela della propria situazione giuridica soggettiva, nel senso che essa manchi o che i suoi effetti sono diversi da quelli invocati dall'attore. Essa serve a convincere il giudice che l'esatta soluzione della *quaestio iuris* è diversa rispetto a quella affermata dall'attore, per cui le conseguenze giuridiche non sono quelle da lui affermate⁷.

Con le mere difese il convenuto attua il principio del contraddittorio ma non arricchisce il processo di questioni nuove, in quanto le questioni all'interno delle quali il convenuto esplica la propria attività difensiva sono le stesse che il giudice avrebbe comunque dovuto affrontare e risolvere d'ufficio.

Con l'eccezione, invece, il convenuto arricchisce di nuovi fatti la cognizione del giudice, contrapponendo alle ragioni dell'attore affermazioni che, senza negarne o riconoscerne il fondamento di fatto sono, tuttavia, rivolte ad escluderne la concluzione, al fine di conseguire il rigetto della domanda.

Il convenuto, cioè, contesta l'efficacia giuridica, passata o attuale, dei fatti che sono posti alla base della domanda attrice, richiamando circostanze impeditive o fatti estintivi e modificativi.

L'eccezione non amplia il tema del dibattito processuale e della decisione fissato con la domanda, ma rientra nella competenza del giudice e rimane perfettamente nell'orbita dei poteri di cognizione che la domanda vale a conferirgli.

Spesso, nel linguaggio processuale, il termine eccezione è usato con significati di varia ampiezza, il più ampio dei quali comprende ogni tipo di istanza con funzione di contrasto della domanda principale o riconvenzionale, il quale esige, tuttavia, ulteriori specificazioni⁸.

allegati dall'attore (attraverso prove contrarie a quelle richieste dall'attore), per cercare di giungere ad accertare fatti diversi da quelli allegati dall'attore, attraverso mezzi istruttori che riescano a convincere il giudice che, nella realtà, i fatti non si sono svolti nel modo affermato dall'attore. Cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2017, 254 ss.

⁷ La difesa in diritto è ben compatibile con quella in fatto, non essendo necessario che il convenuto, per difendersi in diritto, confermi la verità di quanto asserito dall'attore.

⁸ Un significato generalissimo è quello dell'eccezione come qualunque difesa della quale il convenuto si serva per provocare il rigetto della domanda: quindi anche la semplice negazione della domanda. In un senso più ristretto, l'eccezione comprende ogni difesa di merito consistente nella contrapposizione di fatti estintivi, impeditivi e modificativi alla domanda attrice. Ad es. l'eccezione di simulazione, di pagamento, ecc. In un senso ancora più ristretto, l'eccezione ricomprende solo la contrapposizione di fatti che, senza escludere il diritto fatto valere con l'azione, danno al convenuto il potere giuridico di

Fuor di dubbio, tuttavia, è la necessità di distinguere tra mera difesa (contestazione dei fatti costitutivi) ed eccezione (deduzione di fatti estintivi, modificativi, impeditivi), anche se la legge talvolta usa l'espressione difesa come comprensiva dell'eccezione (è il caso, ad esempio, del vecchio art. 167 c.p.c.) e talvolta, specie nel codice civile (ad es. artt. 1271, 1272, 1273, 1462, 1945 e 1993), usa il termine eccezione anche per indicare la contestazione dei fatti costitutivi: il che forse spiega perché spesso in dottrina e giurisprudenza non si parli di mera difesa ma di eccezione in senso lato. Tale necessità deriva non solo dall'art. 416 c.p.c., che contrappone eccezione e contestazione dei fatti costitutivi, ma anche dagli artt. 167, 183, 345 c.p.c., nonché dall'art. 2697 c.c., che prevede un regime completamente diverso sul piano probatorio tra la mera difesa e l'eccezione⁹.

Nel processo del lavoro, se n'è discusso per farne derivare conseguenze non tanto in tema di regola di giudizio, ma per stabilire se il giudice fosse di fronte ad un'eccezione (deduzione di un fatto impeditivo) preclusa al convenuto perché non

annullarlo. Tali fatti non possono essere rilevati d'ufficio dal giudice, anche se affermati dall'attore. In questi casi, in dottrina si parla di eccezione in senso sostanziale o in senso proprio. Cfr., ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 368; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, 289, dove si parla di eccezioni in senso generalissimo, in senso stretto e in senso ancora più stretto; REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, 55-56, che parla di eccezione in senso lato con riguardo ad ogni difesa del convenuto, eccezione in senso proprio in riferimento alla deduzione di fatti estintivi modificativi impeditivi, eccezione in senso stretto, concernente l'eccezione riservata alla parte; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1943, 118. Distinguono nettamente tra la difesa (mera contestazione dei fatti costitutivi) e l'eccezione (deduzione di fatti estintivi, modificativi, impeditivi), salvo poi operare un'ulteriore distinzione nell'ambito dell'eccezione, BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., 90 ss.; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1931, 281 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. 27 marzo 1985, n. 2164, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, 681, che distingue soltanto tra eccezioni in senso stretto da un lato ed eccezioni in senso lato o improprio dall'altro (comprensive delle mere difese); Cass. 18 gennaio 1983, n. 338, in *Giust. civ.*, 1983, I, 3031, con nota di FERRONI, *Eccezione in senso stretto, eccezioni in senso lato, difese nel processo del lavoro*, il quale esclude possa parlarsi di eccezioni in senso lato a proposito delle argomentazioni difensive di puro diritto; Cass. 14 dicembre 1982, n. 6875, in *Prev. soc.*, 1983, II, 330, che distingue tra eccezioni in senso proprio e in senso improprio (comprensivo della mera difesa). Fanno rientrare nel termine eccezione, se intesa in senso generico, qualsiasi difesa del convenuto comunque rivolta al rigetto della domanda, salvo un senso più specifico e un senso ancora più ristretto, Cass. 6 maggio 1968, n. 1387, in *Riv. giur. lav.*, 1968, II, 558; 9 agosto 1963, n. 2255, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2322. A differenza di altri ordinamenti in cui per indicare i fenomeni sottostanti all'eccezione vengono utilizzate espressioni diverse, il nostro vocabolario giuridico è alquanto povero, non essendosi neppure accolto, né sul piano positivo, né nell'elaborazione teorica il suggerimento di chi proponeva di indicare con il termine obiezione il primo tipo di eccezione. Cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, 37 e 41.

⁹ Si ritiene che il rapporto tra mera difesa ed eccezione appartenga *naturaliter* allo studio dell'onere della prova. Cfr., per tutti, VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.

formulata nella memoria difensiva, o ad una mera difesa (contestazione del fatto costitutivo) consentita per la prima volta anche in appello¹⁰.

In ogni caso, appare opportuno sottolineare che, nell'interpretare l'attività difensiva del convenuto (cioè se ha avanzato una mera difesa ovvero una vera e propria eccezione), non sempre si è tenuto conto che, anche ad ammettere la presenza di un'eccezione, si deve pur sempre chiarire se si tratti di un'eccezione in senso stretto, poiché solo questa va proposta, a pena di decadenza, nel primo atto difensivo.

L'oggetto del dibattito processuale si amplia, invece – potendo giungere fino al punto di spostare la competenza del giudice – con la proposizione di una domanda incidentale (art. 34 c.p.c.) o riconvenzionale (art. 36 c.p.c.), che il convenuto avanza per far valere una propria ragione, richiamando, non più, come con l'eccezione, semplici fatti operanti in vario modo sul rapporto dedotto in giudizio dall'attore, ma facendo valere un vero e proprio rapporto giuridico, così spostando il *thema decidendum* delineato dalla domanda dell'attore.

La nozione di eccezione è espressa nell'art. 2697 c.c., che ne individua il contenuto nell'opposizione di fatti estintivi, modificativi ed impeditivi del diritto dedotto in giudizio, al fine di conseguire il rigetto della domanda¹¹.

¹⁰ Per es., è stato ed è controverso se abbia natura di difesa o di eccezione la deduzione del datore di lavoro: a) in una causa di impugnativa del licenziamento senza giusta causa, che il licenziamento è stato disposto nell'ambito di un licenziamento collettivo per riduzione del personale. Nel senso che si tratti di difesa, v. Cass. 17 marzo 1981, n. 1571, *Foro it.*, 1981, I, 981; di eccezione, v. Cass. 14 aprile 1981, n. 2265, *id.*, Rep. 1981, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 474. Esclude la natura di eccezione in senso stretto, Cass. 18 dicembre 1986, n. 7709, *id.*, Rep. 1986, voce cit., n. 211); b) che contesti il suo obbligo di assumere il lavoratore avviato, in quanto manca la richiesta di esso datore di lavoro, che costituisce requisito di legittimità del provvedimento dell'ufficio provinciale del lavoro. Per il carattere di mera argomentazione difensiva, v. Cass. 11 dicembre 1987 n. 9207, *id.*, 1988, I, 2998, con nota di ORSENIGO, *In tema di onere della prova*; c) che la dimensione dell'impresa e il numero dei dipendenti occupati impedisce l'applicabilità dell'art. 18 statuto lavoratori. Per la mera difesa, v. Cass. 6 dicembre 1986, n. 7269, *id.*, Rep. 1986, voce cit., n. 209; 26 maggio 1986, n. 3538, *ibid.*, n. 210; 27 novembre 1986, n. 7019, *ibid.*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2054; 14 ottobre 1986, n. 6015, *ibid.*, n. 2055; 16 settembre 1982, n. 4889, *id.*, 1983, I, 389, con osservazioni redazionali molto critiche per la scarsa chiarezza della motivazione, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1264, con nota di MOSCA, *Disciplina limitativa dei licenziamenti*, in *Mass. giur. lav.*, 1983, 66, con nota di DETTORI, *Onere della parte*; per la natura di eccezione, v. Cass. 7 aprile 1981 n. 1957, *Foro it.*, Rep. 1981, voce cit., n. 1689.

¹¹ Correttamente, l'art. 2697 c.c. non parla di attore e convenuto, poiché, pur essendo, di regola, l'attore, cioè colui che instaura il processo, ad affermare l'esistenza di un suo diritto, vi sono casi di inversione di iniziativa processuale, cioè casi in cui la qualità di attore spetta a chi nega l'esistenza del diritto altrui. Ciò accade, ad es., nell'azione negatoria (art. 949 c.c.), come pure nei procedimenti c.d. impugnatori. Giustamente, quindi, l'art. 2697 c.c. prescinde dalla nozione formale di attore e convenuto, utilizzando la nozione sostanziale di soggetto che afferma e soggetto che nega l'esistenza di un diritto.

Le eccezioni, cioè, introducono nel processo fatti principali, nuovi e diversi da quelli allegati a fondamento della domanda, che, in quanto estintivi, impeditivi o modificativi del diritto fatto valere dalla controparte, comportano uno specifico onere probatorio a carico di chi li deduce¹².

La portata di tale nozione ben si coglie nel raffronto tra eccezioni di merito ed eccezioni processuali, o di rito: le eccezioni di merito producono effetti sul diritto sostanziale azionato in giudizio; l'efficacia delle eccezioni processuali concerne, invece, il diritto d'azione. In altre parole, mentre le eccezioni di merito si oppongono all'emanazione di una sentenza di merito favorevole all'attore, le eccezioni processuali si oppongono all'emanazione di una sentenza purchessia.

Le eccezioni sono di due tipi: rilevabili anche d'ufficio e riservate esclusivamente alla parte¹³. Le prime attengono ad elementi necessariamente acquisiti al processo, rispetto ai quali il giudice ha un vero e proprio obbligo di rilevazione officiosa¹⁴.

Di vere eccezioni di rito non rilevabili d'ufficio, può parlarsi in relazione all'eccezione d'incompetenza territoriale derogabile, ai sensi dell'art. 38, co. 3, c.p.c., ovvero all'eccezione di carenza di giurisdizione nei confronti del convenuto straniero

¹² *Prima facie*, l'art. 2697 c.c. parrebbe affermare che ciascuna parte ha l'onere di provare i fatti allegati, cioè che ciascuna parte ha l'onere dell'iniziativa probatoria dei fatti a lei favorevoli: l'attore i fatti costitutivi e il convenuto i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi. In realtà, non è vero che l'onore della prova comporti anche l'onere dell'iniziativa probatoria, vigendo, nel nostro ordinamento, il c.d. principio di acquisizione, in forza del quale quando una prova è legittimamente acquisita al processo, il giudice può trarre da essa ciò che serve per provare indifferentemente tutti i fatti allegati, chiunque sia il soggetto che ha preso l'iniziativa per acquisire al processo la prova in questione. Proprio in virtù del principio di acquisizione, la regola dettata dall'art. 2697 c.c. deve più correttamente definirsi una regola di giudizio che si applica allorché i fatti allegati non risultano provati attraverso una qualunque delle prove acquisite, ripartendo il rischio della mancata prova. In altre parole, la regola dell'onere della prova si applica in presenza di un fatto affermato e non provato e non ha modo di essere applicata quando il fatto è stato comunque provato, qualunque sia la parte che abbia preso l'iniziativa per acquisire al processo il mezzo di prova a cui risulta provato quel fatto. Del resto, se così non fosse, le prove acquisite al processo su iniziativa del giudice non sarebbero utilizzabili e risulterebbero un non senso i poteri istruttori officiosi. Cfr. LUISSO, *Diritto processuale civile*, cit., 256-257.

¹³ Non esistono eccezioni rilevabili solo d'ufficio e da ciò consegue che la distinzione vale solo per il giudice, essendo questi, e non la parte, ad essere limitato nella sua rilevazione.

¹⁴ Si tratta, ad esempio, dei rilievi formulati dalle parti in merito a questioni che il giudice è tenuto ad esaminare nel corso della prima udienza di comparizione e trattazione, di cui all'articolo 183 c.p.c., che attengono alla regolarità del contraddittorio, alla validità delle domande e delle notificazioni, alla rituale costituzione delle parti. Lo stesso principio è applicabile alle questioni relative al difetto di legittimazione processuale che attengono alla regolarità del contraddittorio ed alla validità della sua costituzione. Tanto il difetto di "*legitimatio ad processum*", in quanto inerente alla carenza di un presupposto processuale, quanto quella di difetto di "*legitimatio ad causam*", attinente all'insussistenza di una condizione dell'azione, aderiscono certamente a questioni rilevabili d'ufficio, immediatamente connesse alla proposizione delle domande.

(art. 4 della l. 31 maggio 1995, n. 218). La natura riservata alla parte di tali eccezioni non muta la natura processuale delle stesse, le quali danno pur sempre luogo a decisioni di rito, che non incidono sul diritto sostanziale azionato.

In questi casi, il legislatore ha sottratto al giudice il rilievo di tali eccezioni in ragione della natura derogabile che può assumere la competenza ovvero la giurisdizione, ai sensi degli artt. 28 c.p.c. e 4 della L. n. 218 del 1995¹⁵.

Un discorso a parte merita, poi, l'eccezione di difetto di giurisdizione, disciplinata dall'art. 37 c.p.c. come questione rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, ma che, nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza di legittimità, ha mutato radicalmente disciplina¹⁶.

Secondo l'ormai consolidato orientamento della Suprema Corte, infatti, la regola di cui all'art. 37 c.p.c., deve essere coordinata con il principio del giudicato, che non consente (c.d. giudicato interno) di rimettere in discussione nei successivi gradi di giudizio questioni già decise nei gradi precedenti che non abbiano formato oggetto di specifica impugnazione. La giurisprudenza di legittimità tende, anzi, ad interpretare in senso restrittivo l'art. 37, primo comma, c.p.c., attribuendo rilevanza ostativa anche al giudicato meramente implicito.

¹⁵ In entrambi i casi, l'accordo in deroga può realizzarsi anche con la mancata opposizione dell'eccezione d'incompetenza o di carenza di giurisdizione. Nell'ipotesi di eccezione di carenza di giurisdizione nei confronti del convenuto straniero, il significato da attribuire al silenzio della parte onerata dell'eccezione è dichiarato in modo espresso dal legislatore, laddove prevede che la giurisdizione sussiste comunque se il convenuto compare nel processo senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo.

¹⁶ Cfr. Cass., sez. un., 11 aprile 2012, n. 5704, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Contratti pubblici*, n. 1331; sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2067, *id.*, 2011, I, 1386, con osservazioni di COSTANTINO; sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, *id.*, 2009, I, 806, con nota di POLI, *Le Sezioni Unite e l'art. 37 c.p.c.*; in *Corr. giur.*, 2009, 372 con note di CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione)* e CUOMO ULLOA, *Il principio di ragionevole durata e l'art. 37: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito)?*; in *Giur. it.*, 2009, 406, con note di VACCARELLA, *Rilevanza del difetto di giurisdizione e translatio iudici* e SOCCI, *Il difetto o conflitto di attribuzione (o di giurisdizione), del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali, non può essere eccepito o rilevato in Cassazione per la prima volta*; *ibid.*, 1459, con nota di CARRATA, *Rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del "giudicato implicito"*; in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1071, con note di RICCI, *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame* e PETRELLA, *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*; *Giusto proc. civ.*, 2009, 263, con nota di BASILICO, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.* Cfr. anche PICCININNI, *L'eccezione di giudicato nel processo civile*, Napoli, 2016, 142 ss.; *ID.*, *Il regime di rilevazione del difetto di giurisdizione ed il «giusto processo» civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 897.

Pertanto, ferma la rilevabilità del difetto di giurisdizione durante tutto il giudizio di primo grado, dopo l'emissione della sentenza di merito la questione di giurisdizione può essere esaminata solo se la pronuncia, anche implicita, su di essa abbia formato oggetto di gravame. Il giudicato implicito costituisce, dunque, un limite al rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione¹⁷.

3. Eccezione in senso lato ed eccezione in senso stretto: impostazione del problema

La distinzione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni rilevabili anche d'ufficio non è espressamente prevista dalla legge, la quale, tuttavia, ne presuppone l'esistenza.

La norma di riferimento è l'art. 112, seconda parte, c.p.c., in virtù del quale il giudice «non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti»¹⁸.

Se è vero che, sul piano strutturale, nell'eccezione si rinvencono «gli stessi elementi della domanda: fatto, norma, conseguenze giuridiche»¹⁹, in quanto proporre un'eccezione nel processo non significa altro che dedurre un fatto e chiedere che sia applicato l'effetto del fatto alla situazione sottoposta al giudizio, si comprende la ragione per la quale l'art. 112, c.p.c. definisca i limiti di operatività del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato anche con riferimento alle eccezioni di parte, stabilendo il divieto, per il giudice, di pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti.

¹⁷ Tale orientamento ha ricevuto espressa consacrazione nel nuovo codice del processo amministrativo, che ha positivizzato il principio della rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione, con il limite dell'intervenuto giudicato, anche se implicito. Ai sensi dell'art. 9 del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, infatti, «Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione».

¹⁸ La disposizione si riferisce, senz'altro, anche alle eccezioni processuali, data la sua collocazione nel codice di procedura civile. In tale ambito, tuttavia, come sopra esposto, la distinzione non pone particolari problemi ermeneutici, stante la pacifica rilevabilità d'ufficio della quasi totalità delle eccezioni processuali.

¹⁹ Così ORIANI, *Eccezione*, cit., 297, il quale aggiunge anche che nell'eccezione v'è però un dato semplificante rispetto alla domanda, e cioè che la conseguenza giuridica, trattandosi di un fatto idoneo ad estinguere o modificare il diritto dedotto *ex adverso* o ad impedirne la nascita, è sempre l'inesistenza del diritto vantato dall'attore e, quindi, sul piano processuale, il rigetto della domanda.

In tal modo, la dizione codicistica sottolinea la circostanza che nel proporre l'*exceptio* la parte non fa altro che allegare in giudizio un fatto opposto a quello costitutivo, essendo evidente che in questo modo la parte collabora con la controparte ai fini della determinazione del contenuto di merito della decisione e, contemporaneamente, estende l'ambito di esercizio del dovere decisorio del giudice anche con riferimento ai fatti impeditivi, estintivi o modificativi posti a fondamento dell'eccezione.

Avendo di mira la decisione del giudice, l'art. 112 c.p.c. fa propria la tradizionale distinzione tra eccezioni in senso stretto e in senso lato, ossia tra eccezioni riservate alla parte ed eccezioni sulle quali il giudice può pronunciare d'ufficio²⁰.

All'interprete si pone, dunque, la seguente alternativa: o l'art. 112 c.p.c. è una norma di rinvio alle disposizioni che prevedono caso per caso l'indispensabile iniziativa della parte, senza che sia necessario o possibile la ricerca di un principio unitario; oppure la norma richiama un principio generale di distinzione che resta in essa inespresso e che dovrebbe desumersi da altra norma o dall'intero sistema.

Talvolta il problema è risolto espressamente dalla legge sostanziale. Ad esempio, per la prescrizione (art. 2938 c.c.) e la compensazione (art. 1242 c.c.) il codice sancisce espressamente il divieto di rilevanza d'ufficio, mentre l'opposto è detto per la nullità del contratto (art. 1421 c.c.).

La dottrina ha, inoltre, individuato, come ulteriori ipotesi di eccezioni riservate esclusivamente alla parte, (20) l'eccezione di annullamento (art. 1442 c.c.), di rescissione (art. 1449 c.c.); di inadempimento (art. 1460 c.c.), di vizi della cosa compravenduta (art. 1495 c.c.), di riscatto totale nella vendita congiuntiva di cosa indivisa (art. 1507 c.c.), di difformità o vizi dell'opera nell'appalto (art. 1667 c.c.), di escussione a favore del fideiussore (art. 1944 c.c.), di divisione tra più fideiussori (art. 1947 c.c.), di escussione a favore del socio (art. 2268 c.c.), di ritenzione (artt.

²⁰ Secondo E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 316 ss., la funzione essenziale della norma, secondo alcuni, non si rinviene tanto nella previsione del potere ufficioso di rilievo delle eccezioni, considerando normale il legislatore la possibilità che si abbia la pronuncia d'ufficio su fatti impeditivi, estintivi e modificativi, quanto nell'introduzione del divieto per il giudice di pronunciarsi d'ufficio nei casi in cui l'iniziativa della parte è invece indispensabile.

748, 975, 1006, 1152, 1502 e 2756 c.c.)²¹. Sul lato opposto va ricordato l'art. 1421 c.c., che prevede il rilievo d'ufficio della nullità.

Il problema riguarda, allora, il regime dei fatti impeditivi, estintivi e modificativi per i quali la legge non contempla alcuna disciplina, posto che nella maggioranza dei casi manca un'esplicita previsione.

Ciò spinge l'interprete a chiedersi se esista un *proprium* specifico e caratterizzante dell'una o dell'altra categoria, che consenta poi di indirizzarlo nel tracciare il confine tra le due²².

La giurisprudenza di legittimità sembra aver accolto le indicazioni provenienti da quella dottrina²³ secondo cui l'art. 112 c.p.c., non stabilisce, soltanto, che sulle eccezioni riservate alla parte il giudice non può pronunciare d'ufficio, ma stabilisce un principio generale ed una deroga: la regola è che i fatti estintivi, modificativi e impeditivi sono rilevabili di ufficio, laddove assumono carattere eccezionale le ipotesi in cui il loro rilievo è subordinato all'iniziativa di parte.

Seguendo tale impostazione, 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 costitutiva²⁴.

A partire dalla storica sentenza delle Sezioni Unite del 1998²⁵, la Corte di Cassazione ha individuato un criterio generale di distinzione: le eccezioni in senso

²¹ Cfr. ORIANI, *Eccezione*, cit., 266-267; FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti in onore di C. Furno*, Milano, 1973, 265, nt. 19. Cfr., anche PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 163, che pone in rilievo come le ipotesi di eccezione *ex lege* sono notevolmente differenti e che non è possibile trovare l'elemento che le accumuna.

²² Cfr. CARNELUTTI, *Eccezione e analisi dell'esperienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 644 ss., il quale, partendo dalla presenza di disposizioni antitetiche, si chiede quale norma abbia carattere eccezionale, «così da non poter essere prodotta *ad consequentias*».

²³ ORIANI, *Eccezione*, cit., 270 ss.; ID., *Ancora sull'eccezione di interruzione di prescrizione: a proposito di allegazione e prova.*, in *Foro it.*, 2006, I, 3136; ID., *L'interruzione della prescrizione è rilevabile d'ufficio: le sezioni unite della Corte di cassazione abbandonano un indirizzo risalente al 1923*, *id.*, 2005, I, 2660; ID., *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, *id.*, 2003, I, 3515; ID., *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello di eccezioni in senso lato?*, *id.*, 2003, I, 1516; ID., *La disciplina delle eccezioni nel processo civile*, in www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_7.pdf; ID., *L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile*, *id.*, 1991, V, 5.

²⁴ Qualora si ammetta, però, la possibilità di un accertamento costitutivo *incidenter tantum*, circostanza, questa, nient'affatto pacifica.

²⁵ Cass, sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Foro it.*, 1998, I, 764.

stretto sono un'ipotesi "eccezionale", che ricorre quando il legislatore riserva la deduzione del fatto impeditivo, estintivo o modificativo alla parte interessata, ovvero quando l'eccezione corrisponde all'esercizio di un'azione costitutiva; in mancanza di un'espressa previsione di legge in senso diverso, tutti i fatti estintivi – modificativi – impeditivi sono rilevabili d'ufficio.

Secondo la Suprema Corte, infatti, «difetta nel nostro ordinamento un qualsiasi criterio contenutistico che si possa identificare come comune denominatore dei vari casi in cui la legge prevede l'iniziativa della parte quale condizione indispensabile per la pronuncia».

L'art. 112 c.p.c. integra, dunque, una norma "in bianco", che rinvia ai singoli casi nei quali la legge specificamente richiede l'iniziativa della parte interessata ai fini della rilevazione dell'eccezione, con un correttivo: le eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva. In questi casi, la fattispecie è costruita in modo tale che la presenza di determinate circostanze non ha un'autonoma efficacia produttiva della nuova situazione sostanziale, ma la consegue solo per il tramite di una manifestazione di volontà dell'interessato. Non basta l'allegazione del fatto, ma occorre che l'interessato scelga se conservare la situazione precedente o sostituirla con la nuova, analogamente all'ipotesi in cui la parte, invece di esercitare l'eccezione, agisse in via di azione.

In tal senso si esprimeva già una vecchia sentenza del Supremo Collegio, che si pronunciava in un caso in cui era stata rilevata dal giudice, sebbene non opposta, la risoluzione consensuale del contratto, di cui era stata chiesta l'esecuzione²⁶.

²⁶ Cfr., Cass. 13 aprile 1959, n. 1086, *Giur. it.*, 1959, I, 1, 1192, con nota di BONACCORSO, *L'eccezione nel sistema di difesa del convenuto*. La sentenza utilizza espressioni proprie della dottrina chiovendiana, o meglio di 1088. Secondo CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 288 ss., l'eccezione è un controdiritto tendente ad impugnare ed annullare l'azione, inteso come diritto all'attuazione della legge spettante a chi ha ragione. L'eccezione è un diritto (potestativo) di impugnazione, che differisce dagli altri diritti di impugnativa perché la sua efficacia di annullamento è limitata all'azione, lasciando normalmente intatto il rapporto giuridico con tutte le azioni che possono derivarne in avvenire. Per BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 128 ss., l'eccezione è un potere accordato e disciplinato dal diritto sostanziale, e rivolto *ad impugnandum ius*: chi è titolare di un'eccezione ha la potestà, esercitabile al fine di difesa, di far venir meno il diritto dell'avversario. Secondo l'a., se la prescrizione risulta dagli atti ma non è eccepita, non è lecito affermare che il giudice non può prendere in considerazione un motivo di estinzione del diritto esistente e a lui noto: al contrario, il giudice non lo assume a fondamento della sua decisione perché esso non costituisce un motivo di estinzione. L'estinzione, infatti, è ricollegata al verificarsi non solo di quella circostanza, ma anche di un atto di volontà di quell'interessato. Se questa volontà non si manifesta, l'estinzione non si verifica e il giudice non può tenerne conto. Nello stesso senso, cfr.,

In tale decisione si afferma che le eccezioni in senso stretto sono solo quelle previste dalla legge e quelle con le quali, coerentemente alla loro natura di contro-diritto volti all'impugnazione del diritto dell'attore, si fa valere, contro la domanda, un diritto di impugnazione che potrebbe anche farsi valere separatamente in via di azione autonoma e senza l'esercizio del quale il diritto dell'attore non potrebbe essere disconosciuto. Trattasi di quei diritti potestativi (annullamento, rescissione, risoluzione), il cui esercizio in giudizio da parte del titolare è necessario perché si verifichi il mutamento della situazione giuridica.

Al contrario, tutti gli altri fatti estintivi, modificativi, impeditivi del diritto dell'attore, appunto perché i relativi effetti si sono già verificati fuori del processo, senza necessità di alcun atto di volontà del convenuto diretto alla loro costituzione, possono e debbono essere rilevati d'ufficio dal giudice, nell'esercizio del suo poterdovere di accertare la fondatezza o meno della domanda attrice.

La sentenza coglie un aspetto importante, «anche se per la verità non nuovo, né originale»²⁷: talvolta il legislatore collega immediatamente la produzione di un effetto a certi fatti, cosicché, col semplice verificarsi di questi, sorge la conseguenza giuridica prevista dalla norma; talaltra costruisce la fattispecie in modo tale che la presenza di determinate circostanze non è sufficiente a realizzare la nuova situazione sostanziale, essendo necessaria anche una manifestazione di volontà dell'interessato, nonché in altre ipotesi, oltre a questa, una pronuncia giurisdizionale che verifichi preliminarmente l'avvenuta integrazione della fattispecie.

In queste 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, cioè,

anche, MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, 379 ss.; ALLORIO, *Limiti di efficacia del patto 'solve et repete'*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1937, 555 ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, a cura di VOCINO, Milano, 1955, 194. Prospetta, invece, un'impostazione processualistica dell'eccezione, DENTI, *Questioni pregiudiziali di ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217 ss.; ID., *Questioni pregiudiziali*, in *Nov. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 675; ID., *In tema di eccezioni riconvenzionali*, in *Giur. it.*, 1964, I, 119; ID., *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 29.

²⁷ Le parole sono di ORIANI, *L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile*, cit., 5 ss.

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 favore²⁸.

In queste situazioni, l'atto di volontà della parte, così come occorre nel proporre azione, così occorre nell'eccezione. Ciò si verifica, appunto, nelle azioni costitutive²⁹, come ad es. gli artt. 1442 e 1449 c.c., che prevedono un'eccezione di annullamento e di rescissione.

La conclusione si estende, *de plano*, anche ad altre ipotesi (si pensi, ad esempio, all'eccezione di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, all'eccezione revocatoria, all'eccezione di riduzione della disposizione testamentaria), sempre che si ritenga ammissibile, in via generale, un accertamento costitutivo *incidenter tantum*³⁰.

L'errore in cui non bisogna incorrere, tuttavia, è quello di identificare l'eccezione, con l'esercizio del diritto sostanziale, il quale rappresenta, piuttosto, l'antecedente dell'atto processuale diretto a provocare la decisione in ordine agli effetti giuridici conseguenti al potere di modificazione³¹.

²⁸ Il testo riproduce, pressoché alla lettera, le parole di MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 151-152.

²⁹ Si ritiene generalmente che dove c'è azione costitutiva, c'è eccezione in senso stretto. In tal senso, cfr. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1989, 122; VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 1986, 177; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit. I, 369, con dubbi sulla possibilità di una cognizione *incidenter tantum* sull'eccezione di annullabilità; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, I, 434.

³⁰ Sul punto, cfr. ORIANI, *Eccezione*, cit., 271-272.

³¹ Cfr. ORIANI, *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, III, 2-3; DALBOSCO, *La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1989, 383 ss.; DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, cit., 29, anche se con riguardo al diverso caso delle azioni costitutive; ANDOLINA, *Per un profilo degli atti processuali con effetti di diritto sostanziale*, in *Jus*, 1959, 104 ss.; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, 105 ss. Ad esempio, di fronte alla vendita non ancora eseguita il curatore del venditore fallito ha la scelta tra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto; ove dal compratore sia chiesta l'esecuzione del contratto, il giudice dovrà accogliere la domanda, a meno che il curatore non abbia manifestato la volontà di sciogliere il contratto. Per questo caso, peraltro molto controverso, cfr. COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972, 254. L'accoglimento della domanda ha luogo non perché il convenuto non ha proposto eccezione, ma perché lo scioglimento è subordinato al compimento di un atto da parte del curatore. Questo atto potrà essere compiuto nel processo ed in tal caso l'eccezione mirerà a far valere l'effetto risolutivo. Si pensi, ancora, al caso in cui l'appaltatore chieda l'esecuzione del contratto ed il committente receda dal contratto; al fine del rigetto della domanda attrice il convenuto farà valere l'effetto caducatorio del contratto, e quindi estintivo delle obbligazioni ivi sancite, conseguenti all'esercizio del diritto potestativo di recesso. Nel senso che il committente può far valere il recesso anche nel giudizio di appello, mirando ad ottenere il rigetto della domanda, v. Cass. 28 marzo 1980, n. 2055, *Foro it.*, Rep. 1980, voce *Appello civile*, n. 72.

In seguito alla decisione della Cassazione del 1998, la giurisprudenza si è progressivamente adeguata al criterio generale in essa indicato, pur non mancando sentenze che ampliavano il campo delle eccezioni in senso stretto e, soprattutto, subordinavano il rilievo delle eccezioni in senso lato alla tempestiva allegazione della parte³².

L'impostazione adottata dalla Suprema Corte, tuttavia, nell'affermare che l'art. 112 c.p.c. integra una norma "in bianco", che rinvia ai singoli casi nei quali la legge specificamente richiede l'iniziativa della parte interessata ai fini della rilevazione dell'eccezione, con il correttivo delle eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva, ha condotto ad un progressivo abbandono dell'idea dell'esistenza anche soltanto di una ragione sostanziale alla base del fenomeno, che valga a spiegare perché certi fatti si considerino da sempre eccezioni in senso stretto benché la legge non dica nulla in proposito³³.

Obiettivo del presente lavoro è, quindi, quello di tentare il superamento dei risultati ermeneutici a cui è giunta la giurisprudenza della Corte di cassazione, con il supporto di certa dottrina, ipotizzando che l'art. 112 c.p.c. non costituisca una norma in bianco, ma rimandi ad un principio di distinzione che rimane in essa inespresso e che va ricercato nel dato positivo e nella disciplina sostanziale dei casi in cui la legge prevede eccezioni riservate alla parte, al fine di verificare se esiste un elemento comune, poiché, ove vi fosse, sarebbe lecito provare ad estenderlo ad altre ipotesi.

³² Cfr. Cass., sez. un., 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, I, 2810, con nota di IOZZO, *Eccezione di giudicato esterno e poteri del giudice (anche di legittimità)*; sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, *id.*, 2005, I, 2660, con nota di ORIANI, *L'interruzione della prescrizione è rilevabile d'ufficio: le sezioni unite della Corte di cassazione abbandonano un indirizzo risalente al 1923*; in *Riv. dir. proc.*, 2006, II, 715 ss., con nota di RICCI, *Sui poteri ufficiosi del giudice in tema di interruzione della prescrizione e di riduzione della penale*; in *Corr. giur.*, 2005, 1538 ss., con nota di DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*; sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, in *Foro it.*, 2013, I, 3515, con nota di ORIANI, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*

³³ CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2015, 259.

CAPITOLO SECONDO

Evoluzione storica e natura dell'eccezione

SOMMARIO: 1. L'*exceptio* nell'esperienza giuridica romana: il processo formulare – 2. L'*exceptio* nella *extraordinaria cognitio* – 3. L'*exceptio* nel diritto comune – 4. La teoria dell'*exceptio* nel diritto moderno tra diritto materiale e fenomeno processuale. La concezione tedesca – 5. L'eccezione di merito come potere sostanziale. Il concetto di eccezione nel diritto italiano – 6. Classificazione delle eccezioni – 7. La teoria dell'*exceptio* nel diritto francese

1. L'*exceptio* nell'esperienza giuridica romana: il processo formulare

La spiegazione dell'origine e della struttura dell'*exceptio* si rinviene sul piano storico e, in particolare, nella speciale conformazione del processo formulare romano¹.

¹ Il processo *per formulas* costituisce il procedimento ordinario a partire dal III secolo a.C. e per tutto il periodo classico. Prima della *formula*, il sistema processuale in uso nell'antica Roma è quello delle *legis actiones*, fino a quando, con le *Leges Iuliae iudicariae*, viene formalmente abolito (tranne pochi casi) e sostituito dall'*agere per formulas*. Cfr. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Soveria Mannelli, 2002, 78 ss.; CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Torino, 2001, 88. Il diritto romano delle *legis actiones* è un diritto dominato da un rigoroso formalismo orale e gestuale. Tutti gli atti giuridici consistono nell'impiego di forme solenni (*certa verba*) e la loro validità ed efficacia deriva unicamente dalla forma in cui essi sono compiuti. Si discorre, a tal proposito, di «*puissance irrésistible de la forme*» (cfr. CARRE DE MALBERG, *Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, Parigi, 1887, 18). In un tale sistema, in cui il giudice è tenuto a cercare la prova dell'esistenza dei diritti fatti valere in giudizio in elementi meramente formali, nessuna rilevanza è attribuita a quelle difese che, in epoca successiva, sono opposte nella forma dell'eccezione. La nozione stessa di eccezione, quale mezzo di difesa che permette al convenuto di opporre all'attore fatti in grado di paralizzare l'azione, senza negarne l'esistenza, risulta incompatibile con i principi dell'antico diritto romano, il quale non conosce che una sola specie di difese, quelle che consistono nella mera negazione del diritto dell'attore. Cfr. IHERING, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, IV, tradotto da BELLAVITE, Milano, 1855, 53 ss.; GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, tradotto da LONGO, Milano, 1909, 1044, il quale nega categoricamente l'esistenza di eccezioni al tempo delle *legis actiones*, sia nella veste della *formula*, sia sotto qualunque altra forma equivalente, giacché, tutti questi modi presuppongono il potere preventivo del magistrato di *denegare legis actionem*, potere che egli, prima della *lex Aebutia* (legge di data incerta – l'ipotesi più accreditata propone il 130 a.C. – che costituisce il primo passo verso l'abolizione delle *legis actiones*) non aveva. *Contra*, SAVIGNY, *Traité de droit romain*, tradotto da GUENOUX, Parigi, 1846, V, 178; ID., *Sistema del diritto romano attuale*, V, tradotto da SCIALOJA, Torino, 1893, 212; ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927, 25, per i quali le eccezioni, dal punto di vista della loro sostanza, sono indipendenti da qualunque forma di processo in cui si facciano valere e, in quanto diritto di eccepire, si possono trovare anche al tempo delle *legis actiones*. Sarebbe contrario al principio di verosimiglianza storica ammettere come l'influenza benefica esercitata dalle eccezioni pretorie non abbia alcun peso al tempo delle *legis actiones*. Secondo CARRE DE MALBERG, *Histoire de l'exception*,

Tale procedura deriva il suo nome dalla *formula*, l'atto conclusivo della prima fase del giudizio davanti al magistrato (fase *in iure*), in base al quale si svolge la seconda fase davanti al giudice nominato dal magistrato stesso (fase *apud iudicem*).

Nella fase *in iure* le parti espongono le rispettive pretese e il magistrato, valutati il contenuto e il fondamento della domanda, concede o nega l'*actio* richiesta². Se concede l'azione, la prima fase si conclude con la redazione della *formula*, la quale comprende l'indicazione della pretesa dell'attore – l'*intentio* – nonché l'invito, diretto al giudice, di condannare il convenuto, qualora la pretesa risulti fondata, e di assolverlo in caso contrario: la *condemnatio*. Nella fase *apud iudicem*, valutate le prove ed attenendosi alla formula, il giudice emette la sentenza di accoglimento o di rigetto della domanda³.

Ciò che caratterizza la *formula* è lo stretto nesso di causalità che lega l'*intentio* alla *condemnatio*, la quale discende necessariamente dall'accertamento della verità dell'*intentio*: «*Si paret [...] iudex condemnato, si non paret absoluito*»⁴.

Si deve al diritto pretorio l'introduzione dell'*exceptio* tra le forme di difesa del convenuto nel processo privato romano, in ragione della più ampia ingerenza concessa al magistrato nell'ambito del procedimento formulare⁵.

cit., 43 ss., invece, non vuol dire che, nel periodo delle *legis actiones*, le leggi da cui hanno avuto origine successive eccezioni, come, ad es., la *lex Praetoria* e la *lex Cinciae* non prevedessero alcuna sanzione. Sebbene non opponibili nella forma di eccezioni nell'interesse del convenuto, esse prevedevano la produzione di conseguenze giuridiche, per lo più consistenti nella possibilità di intentare un'azione di ripetizione.

² Una volta comparse le parti nella fase *in iure*, se il convenuto riconosce fondata la domanda dell'attore, o questo non contesta l'*exceptio* del convenuto, il magistrato decide la causa senza rinviare le parti alla fase *in iudicium* (c.d. *denegatio actionis*). Ne consegue, che l'*exceptio*, così come l'*actio*, presuppone una controversia non decisa davanti al pretore. Cfr. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 190, secondo il quale l'*exceptio* è concessa, come l'*actio*, solo laddove sia controverso un fatto, altrimenti il pretore può decidere immediatamente la questione senza rinvio al giudice. Se, invece, il convenuto nega la pretesa attorea o afferma essere infondata, il magistrato manda le parti davanti al giudice. Lo stesso accade laddove il convenuto, pur riconoscendo giuridicamente fondata l'azione, contrappone nuovi fatti dei quali il pretore deve tenere conto, inserendoli nella *formula*, e che, se dimostrati fondati davanti al giudice, hanno la forza di paralizzare l'azione avversaria, con assoluzione del convenuto. Cfr. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 2 ss.

³ Cfr. LUZZATTO, *Eccezione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XV, 1965, 135; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, 46; ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 1 ss.; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 190; CARRE DE MALBERG, *Histoire de l'exception*, cit., 96 ss.

⁴ Cfr. BETTI, *Su la formula del processo civile romano*, in *Il Filangieri*, 1914, 697.

⁵ Sul punto, cfr. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, 2006, 7, che sottolinea come l'introduzione del processo formulare investa il magistrato giudicante di una funzione eminentemente creatrice di diritto, fondata sul suo *imperium* e quindi espressione del potere supremo della *civitas*.

Caratteristica fondamentale dell'*exceptio* è che con essa non si disconosce il diritto dell'attore, o l'obiettività del fatto illecito contestato, ma vengono fatte valere alcune circostanze che esonerano il convenuto dall'obbligo o dalla responsabilità e che, se accertate esistenti, pongono il giudice nell'alternativa di assolvere⁶. Ciò è possibile perché nell'ordinamento romano il pretore ha poteri di diversa natura: quello di *ius dicere* e quello di comporre la *formula*, non solo sulla base del *ius civile*, bensì anche in base al diritto che da lui stesso emana: il *ius honorarium*.

Introdotta generalmente al momento della *litis contestatio* e su istanza del convenuto, l'*exceptio* si presenta come una clausola inserita nella *formula* dopo l'*intentio* e prima della *condemnatio*, che opera quale condizione negativa della condanna⁷. In altre parole, al presupposto positivo della verità dell'*intentio* si aggiunge un presupposto negativo, l'*exceptio*, che consente al magistrato di incidere sulla struttura della *formula* allentando il vincolo di causalità che lega l'*intentio* alla *condemnatio*, al fine di evitare che il giudice debba necessariamente pronunciare una condanna, pur in presenza di circostanze favorevoli al convenuto⁸.

⁶ Il primo rimedio utilizzato per evitare una pronuncia di condanna è quello delle *praescriptiones pro reo*: clausole collocate prima dell'*intentio* con cui il magistrato demanda al giudice di accertare, in via pregiudiziale, l'esistenza di circostanze favorevoli al convenuto, la cui sussistenza impedisce al giudice l'esame dell'*intentio*. Un esempio è quello della *praescriptio longi temporis*, opponibile all'attore che abbia lasciato trascorrere il tempo utile per intentare l'azione, allo scopo di escludere la disamina della causa. Nel diritto giustiniano, scomparsa la *formula*, le *praescriptiones* divengono tutt'uno con le *exceptiones* e si trovano usate indifferentemente nelle fonti. Cfr. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Padova, 1962, 775; ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 5, specie nota 4; SAVIGNY, *Traité de droit romain*, cit., 175 ss. Tra l'*exceptio* e la *praescriptio* sussiste, tuttavia, una differenza fondamentale: l'*exceptio* è esaminata nello stesso momento in cui è esaminata l'*intentio*, alla quale si trova direttamente opposta; la *praescriptio* tende, invece, ad impedire lo svolgimento del processo, dovendo essere esaminata dal giudice *in limine litis* e prima dell'*intentio*. L'*exceptio* pone una condizione alla *condemnatio*, laddove la *praescriptio pro reo* pone una condizione all'esercizio stesso dell'azione. Cfr. CARRE DE MALBERG, *Histoire de l'exception*, cit., 93.

⁷ Il SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 191, pur ritenendo che l'*exceptio* sia per lo più collocata dopo l'*intentio*, ammette che a volte sia collocata anche dopo la *condemnatio*, poiché l'inserzione tra l'*intentio* e la *condemnatio* potrebbe dare luogo ad espressioni inadatte e ambigue. Deve ritenersi, quindi, come affermato dal KELLER, *Il processo romano e le azioni*, traduzione italiana dell'AVV. FILOMUSI GUELFU, con annotazione di DI CRESCENZIO, Napoli, 1872, 114, che la redazione della *formula* non fosse strettamente obbligatoria.

⁸ Osserva PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 153, che «l'eccezione nasce in seno al processo o quantomeno con riferimento al processo», cioè come «strumento tecnico inserito nel sistema delle strutture del processo». Nella sua configurazione originaria la *formula* presenta la struttura di una proposizione condizionale (*si paret condemna, si non paret absolve*). L'inserzione dell'*exceptio* introduce un'ulteriore proposizione condizionale, più ristretta e inversa rispetto a quella fondamentale.

L'introduzione dell'*exceptio* produce, quindi, uno squilibrio nella *formula*, in quanto all'inserzione del presupposto negativo non segue la modifica dell'ultima parte della *formula*, ma la mera subordinazione della condanna all'inesistenza di talune circostanze che, se provate, conducono all'assoluzione del convenuto⁹.

Così, la clausola che, nello schema originario, sembra subordinare l'assoluzione del convenuto unicamente al non verificarsi dell'*intentio*, con l'introduzione dell'*exceptio* opera nonostante l'*intentio* sia fondata e purché l'eccezione risulti provata¹⁰.

L'importanza dell'*exceptio* nel periodo della *formula* è grandissima, traducendosi in «una novità poderosa del procedimento formulare che reagisce al diritto materiale»¹¹. La sua funzione si collega all'attività del magistrato di correzione della norma del *ius strictum*, essendo volta, nella maggioranza dei casi, ad apportare un correttivo d'equità al formalismo e al rigore del diritto primitivo.

Tale potere discrezionale del magistrato, che gli consente non solo di correggere il *ius civile*, ma di contrapporsi ad esso, viene concepito come fondato sull'*aequitas*¹².

Su questo aspetto si incentra tutta la forza del diritto pretorio, in grado di mitigare i rigidi schemi del *ius civile*. Lo strumento che giustifica questa rottura è, appunto, l'equità, applicata dal pretore per il progresso del diritto e per consentirne la rispondenza alla continua evoluzione delle istanze della società¹³.

L'*aequitas* paralizza, quindi, il *ius civile* privandolo di ogni valore: ad esso, per il tramite dell'*exceptio*, si sostituisce il *ius honorarium*.

⁹ Al riguardo, cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 50.

¹⁰ Tale squilibrio si spiega ponendo in risalto l'origine tarda dell'*exceptio* (probabilmente di molto posteriore al processo formulare), che si inserisce in uno schema ormai rigido di redazione della *formula*. Cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit. 50; SAVIGNY, *Traité de droit romain*, cit., 178.

¹¹ BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano, 1903, 484.

¹² Sull'*aequitas* come strumento di correzione e di adeguamento del *ius civile*, cfr. VACCA, *Metodo casistico*, cit., 6 ss. Secondo l'opinione preferibile (cfr. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, cit., 194 ss.; CARRE DE MALBERG, *Histoire de l'exception*, cit., 25), l'*aequitas* trova riconoscimento anche nel periodo delle *legis actiones*. Se le parti non possono ancora opporre l'*exceptio doli*, gli è tuttavia consentito l'inserimento, nel contratto, della c.d. *clausula doli*, ossia la condizione dell'assenza di dolo, che diviene, così, elemento di validità dell'atto formale.

¹³ Come affermato da SAVIGNY, *Traité de droit romain*, cit., 19, gli aspetti innovativi ascrivibili all'opera del pretore sono di due specie: da un lato l'introduzione dell'*exceptio* che, in quanto strumento processuale che vince la resistenza dei rigidi schemi del *ius civile*, trasforma l'intera fisionomia del diritto romano; dall'altro, lo sviluppo delle regole di diritto fondate sull'*aequitas*, attraverso la quale il magistrato è in grado di portare a compimento sensibili riforme sul piano del diritto sostanziale

La sostituzione è piena, poiché sebbene si incontrino tanto *exceptiones* di diritto pretorio (*exceptio doli, metus*) quanto di diritto civile, come quelle fondate su una legge o un senatoconsulto (*exceptio legis Paetoriae, legis Cinciae, s.c. Velleiani* o *Macedoniani*), in tal caso il pretore trova nella legge solo il fondamento o l'occasione della sua *exceptio* che, come tale, rimane di *ius honorarium*, nel senso che la regola ha origine nella legge ma lo strumento adottato per far valere la sanzione è di origine pretoria¹⁴.

La norma correttiva opera, dunque, sul piano del *ius honorarium*, lasciando salva, almeno in linea di principio, la validità della norma del *ius civile*. Il convenuto, cioè, oltre a produrre fatti che annullano *ipso iure* il diritto dell'attore e la relativa azione – ad es. l'avvenuto pagamento o l'estinzione del debito *per acceptilatio* – può invocarne altri che, sebbene non annullino l'azione *ipso iure*, gli consentono di accedere alla difesa *ope exceptionis*, ad es. in caso di dolo, violenza o di *pactum de non petendo*. Nel primo caso l'azione è nulla di pieno diritto (*ipso iure*), nel secondo rimane senza effetto per un'eccezione (*per exceptionem*)¹⁵.

Tale duplicità di piani in cui operano le difese *ipso iure* e le *exceptiones* si spiega considerando che l'*exceptio* trova origine proprio nell'inderogabilità e nella rigidità del *ius civile*. A ben vedere, infatti, con l'abrogazione delle *legis actiones* si abbandonano il formalismo e i rigidi schemi processuali precedentemente utilizzati, in favore di un sistema processuale – l'*agere per formulas* – dalla struttura maggiormente elastica e variabile¹⁶.

Tale evoluzione è graduale e coincide con una significativa estensione dell'*imperium* e dell'autorità del pretore, che gli consente di comporre una *formula* che in nessun modo o solo in parte corrisponde al preesistente diritto civile, con ciò introducendo un nuovo *ius*, quello pretorio.

¹⁴ Cfr. LUZZATTO, *Eccezione*, cit., 136; PUGLIATTI, *Eccezione*, cit., 168; CARRÉ DE MALBERG, *Histoire de l'exception*, cit., 43 ss.

¹⁵ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 270; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, 290; MACKELDEY, *Manuale di diritto romano*, Firenze, 1851, 153.

¹⁶ In particolare, viene meno la stretta correlazione tra la norma di diritto civile, sulla quale l'*actio* è fondata, e l'azione stessa – in forza della quale ad ogni norma o legge sostanziale corrisponde esattamente un mezzo processuale – e l'azione può essere intrapresa liberamente dalle parti, con la collaborazione del pretore che, nella *formula*, espone i termini della lite per come presentati dalle parti.

La contrapposizione tra mezzi di difesa di diritto civile e mezzi di difesa di origine pretoria non riguarda, quindi, la diversa natura dei mezzi di difesa fatti valere, quanto, piuttosto, la fonte da cui essi promanano: le difese *ipso iure* discendono dal *ius civile* e costituiscono la negazione dell'*intentio* dell'attore; le *exceptiones* trovano origine nel *ius honorarium* e sono volte a paralizzare, senza negare, la domanda attorea *iure praetorio*.

Il meccanismo descritto si coglie anche sul piano della redazione della *formula*. Se il convenuto invoca una difesa *ipso iure* non è necessaria alcuna modifica della struttura della *formula*, poiché se il giudice accerta l'inesistenza attuale del rapporto di diritto, ad es. perché il debito è stato pagato, la locuzione «*si non paret [...] absolvito*» gli consente già da sola il rigetto della domanda. Al contrario, se il convenuto fa valere in giudizio la stipulazione di un *pactum de non petendo*, l'*intentio* non contiene già in sé l'invito, diretto al giudice, di avere riguardo a tale circostanza, con ciò giustificandosi l'*adiectio formulae*: «*nec inter [...] convenisse, ne ea pecunia peteretur*», cioè la c.d. *exceptio pacti conventi*¹⁷.

Ius civile e *ius honorarium* rappresentano, quindi, due ordinamenti giuridici distinti: dal punto di vista del *ius civile* non v'è dubbio che il diritto esista, sebbene contro di esso possa essere fatta valere un'eccezione; quest'ultima, tuttavia, esiste solo nel campo del diritto pretorio, non avendo alcuna rilevanza per il diritto civile¹⁸.

Una delle caratteristiche più interessanti di tale duplicità di ordinamenti giuridici è la circostanza che entrambi possono essere attuati dal medesimo organo giurisdizionale¹⁹. Lo stesso giudice, può, cioè, decidere talvolta secondo il diritto civile, talvolta secondo il diritto onorario: se la *formula* contiene l'*exceptio* il giudice

¹⁷ Cfr. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 9; CARRÉ DE MALBERG, *Histoire de l'exception*, cit., 232; SAVIGNY, *Traité de droit romain*, cit., 170.

¹⁸ In tal senso, cfr. BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette, Milano, 1931, 134; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 52.

¹⁹ Una distinzione analoga a quella del diritto romano si riscontra anche nel diritto inglese. Accanto alla *common law* si sviluppa, infatti, un distinto sistema di diritto: l'*equity*, nato dalla cristallizzazione delle decisioni e dei rimedi processuali escogitati dal tribunale del Lord Cancelliere. Cfr. DAVIE, *Equity*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 638 ss.; NASI, *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 111 ss.; CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, Torino, 1975, 50 ss. A differenza del diritto romano, tuttavia, questi sistemi giuridici sono applicati da distinti organi giurisdizionali: le Corti di *common law* e, per l'*equity*, la Corte di *Chancery*, successivamente fuse in un unico organo giurisdizionale. Cfr. CHESHIRE, *Il concetto del «Trust» secondo la Common Law inglese*, Torino, 1933.

deve porsi dal punto di vista del diritto pretorio ed eventualmente ritenere impedito o estinto il diritto affermato dall'attore, una volta dimostrata la fondatezza dell'eccezione. Se invece la *formula* non contiene l'*exceptio*, il giudice deve decidere in base al diritto civile, negando qualsiasi rilevanza alle circostanze favorevoli al convenuto.

2. L'*exceptio* nella *extraordinaria cognitio*.

Il processo formulare fin qui descritto costituisce la procedura ordinaria applicabile in età classica alle controversie fra privati.

L'abolizione dell'*ordo iudiciorum privatorum* e la diffusione del modello processuale della *cognitio extra ordinem* incide in modo significativo sul significato e sulla natura dell'*exceptio*²⁰. Nell'*extraordinaria cognitio*, infatti, non solo scompare il sistema delle *formulae*, ma viene meno la stessa distinzione tra procedimento *in iure* e procedimento *apud iudicem* e il processo si svolge, dall'inizio alla fine, davanti al giudice, il quale imposta la lite, esamina le prove ed emette la sentenza.

In sostanza, nella prassi del processo *extra ordinem* viene meno la distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium*, nel senso che il diritto civile e il diritto pretorio si fondono in un unico ordinamento, che rappresenta un corpo giuridico unitario: il *ius civile* raccolto nel *Corpus iuris civilis*²¹.

Ciononostante, l'*exceptio* – e con essa l'antitesi tra difese *ipso iure* e *ope exceptionis* – non esaurisce la sua funzione con il venir meno di un autonomo *ius*

²⁰ Già a partire dall'ultima età repubblicana, in una serie di giudizi comincia ad applicarsi una procedura che non segue più le regole dell'*ordo iudiciorum privatorum* e che, perciò, viene definita *cognitio extra ordinem*. Si tratta, innanzitutto, di controversie di carattere amministrativo, che, per la posizione di preminenza dello Stato di fronte al privato, sono sottratte alla giurisdizione ordinaria di un giudice privato. A partire dall'epoca classica sono decise *extra ordinem* anche alcune controversie tra privati, sebbene di carattere residuale. Con l'affermazione della monarchia assoluta, tuttavia, scompaiono le magistrature – e con esse il pretore – e accentratisi tutti i poteri nelle mani del monarca assoluto, anche la funzione giurisdizionale diventa prerogativa esclusiva dell'imperatore, che la esercita di persona ovvero, più frequentemente, attraverso funzionari. Si arriva, così, all'abolizione della *formula* e all'affermazione del processo *extra ordinem* quale unica forma di processo civile. Cfr. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 132 – 133.

²¹ RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, estratto degli *Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo*, III – IV, Palermo, 1917, 590.

honorarium. Essa cessa di esistere come clausola inserita nella *formula* redatta dal pretore e indirizzata al giudice, ma sopravvive come mezzo di difesa offerto al convenuto per ottenere il riconoscimento dell'avvenuta estinzione del diritto attoreo²².

La differenza si rinviene nel fatto che, poiché il diritto pretorio diviene tutt'uno con il *ius civile*, quei fatti e atti prima tutelati mediante eccezione divengono un tutt'uno con le cause estintive *ipso iure*.

Con la scomparsa della *formula*, la distinzione tra circostanze che agiscono *ipso iure* e quelle che operano *ope exceptionis* non può più ricondursi alle particolarità di un modello processuale ormai abrogato, fondandosi, piuttosto, sull'intimo rapporto tra i molteplici fatti che hanno importanza per la nascita o l'estinzione di un diritto.

Ed invero, con il diritto giustiniano la distinzione tra difese *ipso iure* e *exceptiones* muta il suo contenuto: nel primo caso il giudice può rigettare d'ufficio la domanda dell'attore; nel secondo caso il convenuto deve allegare l'eccezione a lui spettante, altrimenti è condannato, sebbene dal giudizio risulti la circostanza che potrebbe dar luogo alla sua assoluzione²³.

Ciò deriverebbe dalla tendenza, sviluppata nel diritto romano più tardo e, in seguito, con i glossatori, a riconoscere un significato e un valore di carattere sostanziale a principi e concetti dal significato prevalentemente formale. Anziché adottare espressioni prive di valore, i compilatori mantengono la pregressa terminologia, mutandone il significato.

Tuttavia, secondo alcuni studiosi, il fondamento di questa nuova nozione di *exceptio* sarebbe rintracciabile già nelle sue caratteristiche originarie²⁴.

²² Cfr. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 270. Cfr. anche SAVIGNY, *Traité de droit romain*, cit., 180 ss., che sottolinea come nel diritto giustiniano, a seguito della fusione dei due ordinamenti, l'*exceptio* perda la connotazione di strumento processuale, mantenendo solo quella di mezzo di difesa a disposizione del convenuto. In particolare, l'*exceptio* continua a designare un'eccezione all'obbligazione risultante dall'azione intentata, sebbene tale eccezione non si riferisca più alle istruzioni impartite al giudice in ordine alla pronuncia della condanna.

²³ Cfr. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1987, 148; BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit. 750 ss., secondo il quale l'iniziativa del convenuto costituisce il presupposto necessario da cui dipende un congruo allargamento dei poteri del giudice.

²⁴ Secondo BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 56, specie nota 2, è innegabile che l'*exceptio* del diritto classico abbia subito trasformazioni profonde. L'a. ritiene, tuttavia, necessario porre in luce i legami che uniscono la nozione giustiniana alla nozione classica di eccezione, concludendo che la caratteristica precipua dell'eccezione del diritto giustiniano sia una caratteristica che, sia pure con valore più ristretto rispetto ad altre particolarità, già esisteva precedentemente. Tale

A ben vedere, infatti, anche il pretore, nella procedura formulare, generalmente inserisce l'*exceptio* nella *formula* solo su domanda della parte interessata²⁵. Sebbene in epoca classica tale caratteristica rivesta un'importanza secondaria – visto il preponderante rilievo riconosciuto alla struttura della *formula* e alla posizione che, al suo interno, è riservata all'*exceptio* – ciò non escluderebbe la presenza, già allora, di tale particolarità, divenendo solo successivamente caratteristica essenziale dell'eccezione²⁶.

Tale interpretazione troverebbe giustificazione nelle fonti romane e, in particolare, in due testimonianze di Gaio, le quali dimostrerebbero l'esattezza di tale tesi: l'affermazione «*omnis exceptio obicitur a reo*»²⁷, che individua la regola del rilievo di parte di tutte le eccezioni, e il passo secondo cui «*[...] peremptoria quidem exceptione si reus per errorem non fuerit usus, in integrum restituitur adiciendae exceptionis gratia, dilatoria vero si non fuerit usus, an in integrum restituitur, quaeritur*»²⁸. Gaio esamina la situazione nella quale si trova il convenuto che per errore ha ommesso di far inserire l'eccezione nella *formula*. Se si tratta di un'eccezione perentoria, il convenuto ottiene la *restitutio in integrum*, mentre la soluzione non è così sicura nel caso di eccezioni dilatorie²⁹.

Si comprende, quindi, perché spetti all'interessato far valere in giudizio l'eccezione: se fosse rilevabile d'ufficio non occorrerebbe procedere alla *restitutio in*

conclusione non è condivisa da chi sostiene che i Digesti e le Istituzioni contengono elementi dell'epoca classica «raccolti da Giustiniano a scopo puramente decorativo o di riverenza per l'antica giurisprudenza» (cfr. BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, cit., 166), ovvero che «nella grande opera di fusione tra le due legislazioni esistono dei sedimenti inevitabili» (cfr. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, cit., 590). Come rileva CHIAZZESE, *Confronti testuali*, estratto degli *Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo*, XIV, Palermo, 1917, 349, anche la partizione tra *ius strictum* e *aequitas* ha valore soltanto formale nel diritto giustiniano, poiché il primo è sempre eliso dalla seconda.

²⁵ Sul punto, cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 290 ss., il quale sottolinea come sebbene l'inserzione dell'eccezione nella *formula* presupponga, di solito, l'istanza del convenuto, si tratta in ogni caso di una concessione del pretore, collegata alla funzione correttiva del *ius civile* che il magistrato esercita nel processo formulare; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 190.

²⁶ In argomento, cfr. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit. 750 ss., secondo il quale l'iniziativa del convenuto costituisce il presupposto necessario da cui dipende un congruo allargamento dei poteri del giudice.

²⁷ GAIO, IV, 119.

²⁸ GAIO, IV, 125.

²⁹ Cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 59 ss.

integrum perché l'eccezione sarebbe stata inserita nella *formula* anche senza domanda del convenuto.

3. L'*exceptio* nel diritto comune.

Con il sorgere delle scuole di diritto romano, a partire dal XII secolo, la teoria dell'*exceptio* si arricchisce notevolmente, attraverso un lavoro di sistemazione dottrinale affidata, innanzitutto, alla scuola dei glossatori.

In particolare, sulla scorta della tendenza del *ius honorarium* a prevalere sul *ius civile*, la Glossa stabilisce una duplice correlazione – tra *regula* ed *exceptio*, da un lato, e tra *rigor* e *aequitas* dall'altro – espressa nella massima «*regola est de rigore, exceptio de aequitate*»³⁰.

Dal punto di vista del sistema normativo, la dialettica tra *aequitas* e *rigor iuris*, si traduce nell'opposizione tra diritto naturale e diritto civile. Lo *ius honorarium* è infatti reinterpretato dai glossatori in chiave di diritto naturale, ovvero, come talvolta si dice, di *ius commune*³¹.

Così, sebbene non possa più rintracciarsi alcun contrasto tra un diritto più recente, fondato sull'*aequitas* e opposto ad un *ipsum ius* primitivo e rigoroso, nel diritto intermedio l'*exceptio* continua a sussistere come espressione del *ius naturale*, mentre l'*actio*, di conseguenza, diviene espressione del *ius civile*³².

La contrapposizione si pone, dunque, tra la regola, di carattere statico, derivante da un ordinamento primigenio e tendenzialmente incompatibile con altri ordinamenti giuridici, e l'eccezione, derivante, all'opposto, da una fonte dinamica e continuamente produttiva di diritto e di norme giuridiche, i cui presupposti si

³⁰ Sul punto cfr. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, 1962, 51. La costruzione da cui partono i glossatori è quella secondo la quale l'*exceptio* costituisce manifestazione immediata dell'equità: essa agisce nel processo instaurando un'antitesi con l'*actio* e riducendo automaticamente questa al *rigor iuris*. Nel linguaggio corrente si arriva addirittura a scambiare i termini *exceptio* e *aequitas*. Cfr. CORTESE, *Eccezione (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 142.

³¹ Cfr. CORTESE, *La norma giuridica*, cit., 169; CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1959, 251 ss.

³² Sul punto, cfr. PATETTA, *Nota sopra alcuni mss. delle Istituzioni di Giustiniano con appendice di glosse inedite*, in *BIDR*, IV, 1891, 92; FLACH, *Études critiques sur l'histoire du droit romain au Moyen âge*, appendice II, Parigi, 1890, 137.

rinvengono nella legittimità della *iurisdictio* del magistrato e nella giustizia naturale incarnata dall'*aequitas*.

In tale contesto, l'eccezione assume come punto di riferimento il chiamato in giudizio, in quanto strumento posto a tutela del convenuto, nel senso che viene in considerazione in quanto comportamento del soggetto che si difende e come concretizzazione di tale comportamento in un atto.

L'*exceptio* non è più espressione di una relazione dialettica tra due diversi sistemi e ordinamenti giuridici, identificandosi, piuttosto, nel rimedio e nello strumento di difesa a disposizione del convenuto.

In tale contesto, i glossatori accolgono un concetto di eccezione in grado di comprendere ogni forma di difesa del convenuto, salvo poi tenere distinti i casi nei quali è necessaria l'allegazione del convenuto da quelli nei quali tale necessità non sussiste.

In altre parole, i glossatori intendono il termine *exceptio* in una duplice accezione. *Stricto sensu*, le eccezioni sono un mezzo per paralizzare un'*intentio* che *ipso iure tenent*: si tratta delle c.d. *exceptiones iuris* – in grado di contrastare un'*actio* validamente proposta – che corrispondono alle antiche eccezioni di diritto romano; *lato sensu*, invece, l'*exceptio* indica tutti i mezzi di difesa a disposizione del convenuto – le *exceptiones facti* – cosiddette perché non si oppongono a un *ius actionis*, ma ad una mera pretesa di fatto non corroborata dal diritto³³.

In tal modo, la distinzione, già conservata nei testi giustiniani, sopravvive anche nel diritto comune, attraverso le nuove categorie delle *exceptiones iuris* – rilevabili solo su istanza di parte – ed *exceptiones facti* – rilevabili anche d'ufficio dal giudice³⁴.

³³ Cfr. CARRÉ DE MALBERG, *Histoire de l'exception*, cit., 236 ss. e 251, il quale sottolinea come nel diritto canonico tutte le difese opposte dal convenuto costituiscono un'eccezione. Che tenda a dimostrare l'inesistenza assoluta del diritto e dell'azione dell'attore, ovvero semplicemente a paralizzarne l'efficacia, non ha importanza, poiché tutte le difese, tranne quelle che consistono in una negazione pura e semplice della pretesa attorea, sono considerate eccezioni: «eccezione è ogni difesa diversa dalla negazione *de verbo ad verbum* della domanda».

³⁴ Sul punto, cfr. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, cit., 193 ss. Ricollegare l'eccezione all'ordine naturale e all'equità ha come conseguenza lo spostamento, in certa misura, delle sue radici dal terreno del *ius* in senso formale a quello del semplice *factum*, nel senso che l'*aequitas*, intesa come *factum*, è vista come forza intrinseca dei rapporti umani concettualmente anteriore alla normazione positiva. Interessante, a tal proposito, quella corrente della scuola dei glossatori che si rifà alla scuola di Martino, c.d. gosiiana, che vede nell'*exceptio* una *condicio facti* risolutiva dell'azione. Cfr. CORTESE, *Eccezione*, cit., 143.

Tale distinzione costituisce il mezzo attraverso il quale la dottrina è riuscita a conservare nel tempo la nozione di *exceptio*³⁵.

L'*exceptio* romana costituisce, quindi, un precedente storico che segna la linea di continuità di svolgimento dell'istituto. Questa continuità non deve essere intesa come identità di costruzione teorica, ma nel senso che, a partire dal diritto romano e attraverso il sistema medievale, la distinzione tra eccezioni riservate alla parte – le c.d. eccezioni in senso stretto – e altre difese del convenuto è rimasta intatta³⁶.

Così, quando gli scrittori di diritto comune affermano che, affinché un'*exceptio iuris* sia rilevata dal giudice, occorre che sia opposta *voce hominis*, tracciano una linea di continuità con la tradizione giuridica romana, che consente di spiegare perché alle *exceptiones iuris* è attribuita tale trattamento.

4. La teoria dell'*exceptio* nel diritto moderno tra diritto materiale e fenomeno processuale. La concezione tedesca.

A partire dal processo formulare e fino al diritto comune, le esigenze pratiche che vengono in rilievo in sede di tutela delle situazioni giuridiche finiscono con l'accentuare l'aspetto processuale dell'*exceptio*.

Per ciò che riguarda i rapporti tra tali aspetti processuali e il c.d. diritto materiale, non si tratta di un problema di nesso con diritti soggettivi posti in capo al convenuto,

³⁵ Cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 68 ss. Meno condivisibile appare, invece, il tentativo compiuto dai giuristi medievali di spiegare, a livello teorico, la distinzione tra i casi nei quali la domanda dell'attore deve essere respinta d'ufficio e quelli nei quali deve essere respinta solo su istanza di parte attraverso il richiamo alla filosofia scolastica, nella parte in cui distingue le due forme in cui può presentarsi l'essere: la forma potenziale e la forma attuale. Secondo ARISTOTELE, *Metafisica*, Milano, 1994, 414 ss.: «Per quanto concerne le cose che dipendono dalla ragione, la questione può così definirsi: esse passano dall'essere in potenza all'essere in atto, quando siano volute e non intervengano ostacoli dal di fuori». Per un'ampia esposizione della filosofia scolastica, cfr. SERTILLANGES, *S. Thomas d'Aquin*, Parigi, 1925, I, 70 ss. e 144 ss. Ispirandosi a questi concetti, i glossatori distinguono tra esistenza e efficacia di un diritto: la domanda dell'attore deve essere respinta d'ufficio se il diritto da lui affermato è inesistente; al contrario, il diritto a cui viene opposta una *exceptio iuris* è esistente ma inefficace. Cfr. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 58, secondo la quale l'eccezione è diretta a privare di efficacia un atto annullabile ma non inesistente, mentre le negazioni si limitano a dichiarare l'inesistenza di un atto.

³⁶ Ciò non significa che un mezzo di difesa che in diritto romano dà luogo ad un'*exceptio* debba necessariamente costituire anche negli ordinamenti moderni un'eccezione in senso stretto. Ciò che appare interessante, in tale sede, è la conservazione delle due categorie di difese e non l'appartenenza di una determinata difesa all'una o all'altra categoria.

ma, piuttosto, di legami funzionali con principi obiettivi: l'equità e, successivamente, il diritto naturale.

La diffusione della categoria dogmatica del diritto soggettivo impone, invece, un mutamento di prospettiva, al fine di risolvere la questione dei vincoli correnti tra l'*exceptio* e la situazione giuridica sostanziale del convenuto³⁷.

Comincia ad affermarsi il principio per cui al diritto fatto valere dall'attore deve contrapporsi, simmetricamente, quello del convenuto e si assegna all'*actio* e all'*exceptio* la medesima natura, appunto, di diritti.

A fronte della tendenza volta a negare l'attualità del concetto di eccezione, per come inteso nel diritto romano classico, così come la distinzione tra *exceptiones iuris* e *exceptiones facti*, la dottrina tedesca adduce una nuova giustificazione alla nozione di *exceptio*³⁸.

Si afferma, infatti, l'esistenza di una distinzione tra la «negazione della presente esistenza del diritto asserito dall'attore» e «la contrapposizione di un altro e diverso diritto, spettante al convenuto, per cui il diritto dell'attore, supposto che esista, viene impedito nella sua efficacia»³⁹. A questa seconda categoria di difese spetta il nome di eccezioni, le quali si caratterizzano per la presenza di due diversi elementi: la qualità di controdiritto del convenuto e il risultato di impedire l'efficacia del diritto dell'attore.

È con l'opera di codificazione del codice civile tedesco, che accoglie il concetto di *Einrede* come controdiritto sostanziale di rifiutare la prestazione dovuta, nonché con l'enucleazione della categoria dei diritti potestativi, che si assiste a quella ricostruzione che identifica l'eccezione di merito in senso stretto con una figura di potere sostanziale⁴⁰.

³⁷ Il peso della tradizione giusnaturalista, con la sua apertura nuova alla realtà individuale, accentua l'esigenza di riconduzione dell'eccezione a un diritto soggettivo materiale. Cfr. SFORZA, *Diritto soggettivo*, in *Enc. del dir.*, XII, 1964, 673 ss.; CORTESE, *Eccezione*, cit., 143.

³⁸ L'ALBRECHT, *Le eccezioni nel diritto comune tedesco*, Monaco, 1835, 118, invece, valorizzando l'origine dell'antitesi *ipso iure* – *ope exceptionis*, da rintracciarsi nella distinzione del procedimento *in iure* e *in iudicio*, afferma che nel diritto successivo l'essenza dell'eccezione non solo si è modificata ma è venuta meno in tutte le sue proprietà, residuando unicamente dal punto di vista storico.

³⁹ Cfr. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 180.

⁴⁰ Le ragioni per le quali il *BGB*, sovvertendo la configurazione dell'eccezione consegnata dalla storia, codifica l'*Einrede* come diritto sostanziale dell'obbligato – e non del convenuto – di rifiutare la prestazione si rinvengono nel dibattito sulla figura dell'*exceptio* romana e sulla sua evoluzione storica, che precede la codificazione e, probabilmente, nella convinzione dell'inconfigurabilità dell'*exceptio*

In altre parole, la dottrina tedesca configura, accanto all'istituto dell'*Einwendung*, quello c.d. dell'*Einrede*, figure, queste, che consentono di riproporre l'antico dualismo tra *exceptiones facti* e *exceptiones iuris*: le prime concernenti ogni fatto determinante l'inesistenza o la nullità *ipso iure* dell'*actio*, le quali, quindi, non si oppongono ad uno *ius actionis*, ma ad una pretesa di mero fatto; le seconde intese quali veri e propri diritti dell'obbligato a fronte di un'esistente azione altrui⁴¹.

Per *Einwendung* – i cui esempi tipici sono rappresentati dai casi in cui il convenuto oppone di aver già restituito quanto ricevuto a titolo di mutuo, ovvero che il contratto è stato concluso da un'incapace – si intendono tutti i fatti aventi efficacia estintiva o impeditiva del diritto, nonché i tipi più vari di obiezioni proponibili per far cadere le pretese, quindi anche la negazione dell'esistenza del diritto azionato dall'attore. L'*Einrede* configura, invece, una c.d. eccezione materiale, che consiste nel far valere un diritto indipendente e opposto all'azione⁴².

Si tratta di un diritto sostanziale che legittima il suo titolare a rifiutare una prestazione a cui è tenuto, dal cui esercizio consegue la produzione di un'efficacia paralizzante della pretesa altrui. Tale eccezione sostanziale è proprio e solo una figura di diritto materiale, da cui va tenuto distinto il potere processuale di allegazione in giudizio di fatti rilevanti (*Einrede* in senso processuale)⁴³.

in un sistema diverso dal sistema formulare. Contro tali conclusioni si pone SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 184, che rivendica l'utilità della figura dell'eccezione come difesa del convenuto fondata su un vero e proprio diritto contrapposto a quello dell'attore, in tal modo convalidando la distinzione compiuta dalle fonti romane tra *exceptiones iuris* e *exceptiones facti*. È sulla scorta di tale elaborazione teorica che si giunge all'elaborazione del *BGB* ed è per tali ragioni che la codificazione mantiene il concetto di eccezione, attraverso l'istituto dell'*Einrede*, facendone, tuttavia, un vero e proprio diritto sostanziale dell'obbligato, contrapposto a quello del creditore.

⁴¹ La distinzione è del SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 219. La scuola storica ottocentesca e la pandettistica, che si occupano del problema in relazione all'*actio*, lo adombrano appena quando si soffermano sull'*exceptio*, né giungono, per quest'ultima, alla saldatura con un preesistente diritto sostanziale. Cfr. CORTESE, *Eccezione*, cit., 149.

⁴² *Contra*, cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, traduzione italiana a cura di FADDA e BENZA, Torino, 1902, 201, il quale nega che si possa alludere ad un diritto del convenuto se non in senso strettamente rituale – intendendolo, cioè, solo come facoltà concessagli di domandare la reiezione dell'istanza – giacché, a suo avviso, l'*exceptio* consiste nell'apportare all'attore non soltanto un diritto soggettivo, ma anche un mero fatto; ALBRECHT, *Le eccezioni nel diritto comune tedesco*, cit., 118, secondo il quale il concetto di eccezione è estraneo al diritto moderno, potendosi parlare di una sola specie di difesa, che consiste nella negazione dell'esistenza della pretesa attorea. Ogni altro concetto è inaccettabile, perché mira a rendere possibile l'impossibile e cioè a stabilire una nozione intermedia tra esistenza e inesistenza del diritto.

⁴³ MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 213.

E invero, nella dottrina tedesca prevale la qualificazione della *Einrede* come potere sostanziale, attributivo della facoltà di produrre in via unilaterale effetti giuridici sfavorevoli nella sfera giuridica altrui. Tale potere sostanziale si caratterizza per la peculiarità dell'oggetto su cui incide e la specificità dell'effetto sostanziale realizzato: oggetto ne possono essere solo i diritti che sorgono dalla violazione del diritto primario; l'effetto prodotto non è a contenuto estintivo del diritto ma è soltanto paralizzante, impedendone la possibilità di esercizio.

A seguito dell'esercizio della *Einrede* il diritto non si estingue: esso rimane esistente, ma inefficace, ossia non può essere fatto valere, né può essere attuato. L'eccezione è, cioè, «un diritto che esclude non la pretesa, ma l'esercizio della pretesa», con ciò richiamando l'antica dottrina del diritto esistente ma inefficace e ammettendo che «il diritto di esigere da altri un'azione od omissione continui ad esistere anche quando l'obbligato si rifiuta legittimamente di compiere l'azione o l'omissione»⁴⁴.

È evidente l'influenza che il concetto di *exceptio*, tipico del diritto romano classico, esercita sull'opera dei pandettisti, nella parte in cui distinguono una difesa, l'eccezione appunto, in grado di paralizzare e di privare di ogni efficacia il diritto dell'attore.

Tuttavia, se nel diritto romano classico tale categoria si giustifica in funzione della fonte da cui essa promana, in quanto l'*exceptio* trova origine nel *ius honorarium* e si collega alla funzione correttiva del *ius civile* che il magistrato esercita nel processo formulare, nel diritto moderno, non esistendo più alcun contrasto tra un diritto più recente, fondato sull'*aequitas* e opposto ad un *ipsum ius* primitivo e rigoroso, il fondamento della conservazione di una nozione autonoma di eccezione, rispetto alle altre difese, deve rintracciarsi sul piano del diritto sostanziale.

⁴⁴ BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 97.

5. L'eccezione di merito come potere sostanziale. Il concetto di eccezione nel diritto italiano.

Nello studio della teoria dell'eccezione, la dottrina italiana muove dall'analisi dell'attività difensiva del convenuto, nonché delle ragioni su cui essa si fonda⁴⁵.

In particolare, accanto alla negazione del fondamento della domanda o del fatto costitutivo del diritto vantato dall'attore ed alla contrapposizione di un fatto impeditivo o estintivo, tale da escludere gli effetti giuridici del fatto costitutivo, si individua una terza categoria di difesa, che consiste nella contrapporre al fatto costitutivo, fatti estintivi e impeditivi che non valgono di per sé ad escludere l'azione, ma che danno al convenuto il potere giuridico di annullarla⁴⁶.

Si tratta dei casi in cui la legge prevede che taluni fatti, aventi rilievo impeditivo, estintivo o modificativo del diritto fatto valere in giudizio dall'attore, non possono essere assunti dal giudice a fondamento della decisione in assenza di una qualificata istanza a ciò diretta dalla parte interessata.

In tali ipotesi, il soggetto interessato è titolare di un potere sostanziale, al cui esercizio è condizionata la produzione dell'effetto giuridico incidente sul diritto.

⁴⁵ Tale dottrina si riconduce all'opera e all'insegnamento di CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, 149 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 288 ss.; ID., *Principii di diritto processuale civile*, cit., 272 ss.; ID., *Prefazione* alla monografia di ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 4. Cfr., inoltre, ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, a cura di VOCINO, Milano, 1955, 105 ss.; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1943, 106 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Milano, 1936, 92 ss.; ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 26 ss.

⁴⁶ È questa l'impostazione c.d. classica del problema, su cui cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 264 ss.; ID., *Principii di diritto processuale civile*, cit., 264 ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., 192; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 22 ss.; ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 26 ss., secondo la quale le eccezioni si distinguono dalle altre categorie di difese non solo dal punto di vista storico, ma anche avendo riguardo alla sua intima natura, considerato che nella sua sostanza, quel *ius excipiendum*, è un diritto contrapposto ad un altro diritto – l'*actio* – il quale viene reso inefficace, parzialmente o totalmente, quantunque l'azione non possa dirsi infondata. Questa distinzione tra negazioni assolute e relative, da un lato, ed eccezioni, dall'altro, è accolta, anche dal SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 130 e 131, 153 e 154, 184 ss., 214 ss., nonché da ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, tradotto da SERAFINI, Bologna, 1874, 186, *specie* nt. 3; CROME, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, tradotto da ASCOLI e CAMMEO, Milano, 1906, 394. L'importanza pratica di tenere distinte le eccezioni dalle altre difese appare evidente sotto due punti di vista: le difese, siano esse assolute o relative, se fondate, estinguono il diritto *ipso iure*, mentre le eccezioni lo estinguono *ope exceptionis*. A ciò si aggiunga che le negazioni, tendenti ad affermare l'inesistenza del diritto, devono sempre essere rilevate d'ufficio dal giudice, mentre le eccezioni, mirando a far dichiarare nullo un rapporto esistente ma viziato, nel silenzio del convenuto o nella sua contumacia non possono mai produrre il loro effetto paralizzante dell'azione e il giudice, anche se esse emergono dagli atti della causa, non ne può tenere conto, dovendo accogliere la domanda avversaria come se l'eccezione non esista.

È questa la teoria sostanziale dell'eccezione di merito in senso stretto ed in ciò si distingue dal concetto di eccezione in senso lato, che rappresenta, invece, ogni mezzo di cui il convenuto si serve al fine di ottenere il rigetto della domanda, venendosi così a confondere con l'ampia nozione di difesa.

La particolarità dell'eccezione in senso stretto si coglie tanto nella necessità dell'iniziativa del convenuto, quanto nell'esigenza di un atto dispositivo della parte, caratteristiche, queste, che consentono di distinguere tra fatti operanti *ipso iure* – rispetto ai quali sussiste il potere – dovere del giudice di rilevarli anche d'ufficio – e fatti operanti *ope exceptionis*, a seguito di un atto di volontà del convenuto, titolare del diritto d'eccezione.

Una volta configurata l'eccezione in senso proprio come un contro-diritto del convenuto, resta da chiarirne la natura⁴⁷.

Per distinguere l'eccezione in senso stretto da quella in senso lato, la dottrina italiana si ispira al concetto di diritto potestativo⁴⁸. La tesi è stata sostenuta da Chiovenda, il quale, già nello studio dell'azione afferma la nozione di diritto potestativo, applicandola poi anche all'eccezione⁴⁹.

⁴⁷ In ciò, la dottrina italiana si distingue da quella germanica, la quale, in sede di codificazione del BGB, si spinge al punto di elaborare un concetto di eccezione sostanziale (*Einrede*), concepito come contro-diritto dell'obbligato, e non del convenuto, di paralizzare la pretesa del creditore. Cfr. *supra*, nt. 41.

⁴⁸ Osserva CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 272, *specie* nt. 1, che «si deve al concetto di diritto potestativo d'aver chiarito la natura del diritto d'eccezione». L'a. adotta una differente terminologia, discorrendo di «eccezione in senso proprio o sostanziale». In generale, sulla nozione di diritto potestativo, cfr. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 10 ss.; ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Padova, 2003, 1 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 2000, 37 ss.; FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 1 ss.; MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, 84 ss.; BIGLIAZZI – BRECCIA – BUSNELLI – NATOLI, *Diritto civile*, I, Torino, 1987, 321 ss.; LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 610 ss.; GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Parigi, 1985, 6 ss.; CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti*, Napoli, 1977, 69 ss.; MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1964, 737 ss.; AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, 557 ss.; SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 172 ss.

⁴⁹ Cfr. CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»*, cit., 149 ss.; ID., *Principii di diritto processuale*, cit., 272. L'a. fa ricorso a quel concetto di diritto potestativo già impiegato nella dottrina dell'azione, configurando l'eccezione in senso proprio come il «contro-diritto di fronte all'azione e per l'appunto un diritto di impugnazione, cioè un diritto potestativo diretto all'annullamento dell'azione». Cfr. anche ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 31 ss., che ritiene che la natura dell'*exceptio* sia simile a quella dell'*actio* e che per ben comprendere l'intima natura dell'*exceptio* si debba determinare prima quella dell'*actio* e trarne le conseguenze per la determinazione della natura dell'eccezione quale diritto di eccepire. E, considerata l'azione come un diritto potestativo tendente a coprire la volontà di legge esistente nel caso concreto, anche l'eccezione quale diritto di eccepire – contrapposto all'azione quale diritto di agire – appare nel processo come un contro-potere diretto all'annullamento del potere giuridico di azione, avendo l'eccezione, così come l'azione, natura di diritto potestativo; CROME,

In particolare, l'eccezione in senso stretto sarebbe un contro-diritto tendente ad impugnare e annullare il diritto d'azione. L'elemento caratterizzante risiede nel fatto che è rimessa all'interessato la scelta in ordine alla produzione dell'effetto impeditivo o estintivo dell'azione, poiché fin tanto che il diritto non è esercitato questa esiste ed è efficace e l'effetto di annullamento dell'azione si produce solo a seguito dell'istanza del convenuto⁵⁰.

Si realizza, così, una «gradazione dell'efficacia impeditiva o estintiva dei fatti giuridici: in quanto che vi sono casi in cui l'ordinamento giuridico segue una via intermedia fra l'assegnare ad un fatto un'assoluta efficacia impeditiva o estintiva e l'escludere da quel fatto qualunque efficacia impeditiva o estintiva, e questa via intermedia è rappresentata dal diritto d'impugnazione concesso all'interessato»⁵¹.

In questi casi è rimessa all'esclusiva valutazione del convenuto la decisione circa la possibilità di provocare, attraverso l'eccezione, l'annullamento dell'azione,

Parte generale del diritto privato francese moderno, cit., 393, ove si legge che «nel processo, quale diritto di eccepire, l'eccezione si configura come l'actio».

⁵⁰ Una critica alla teoria chiovendiana si trova in CARNELUTTI, *Un lapsus evidente?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 446 ss.; ID., *Eccezione e analisi dell'esperienza*, *ibid.*, 644 ss.; ID., *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto da CARNELUTTI, Napoli, 1958, 178; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1938, 416 ss. Secondo l'a., «deve ormai ritenersi superata quella concezione dell'eccezione come controdiritto del convenuto che era legata al concetto dell'azione quale diritto alla sentenza favorevole; dal lato materiale il convenuto, quando eccepisce il pagamento già avvenuto della somma richiestagli dall'attore, non chiede al giudice di riconoscergli alcun diritto ma solo l'inesistenza di un suo obbligo verso di lui e pertanto la sua libertà; dal lato processuale il convenuto non esercita con l'eccezione un diritto verso il giudice né maggiore né diverso da quello che esercita con la semplice difesa». In particolare, secondo l'a., dovendo il giudice sempre decidere *iuxta alligata partium*, il principio dispositivo è da solo sufficiente ad escludere che il giudice possa tener conto di un qualsiasi fatto estintivo od impeditivo che non sia stato allegato dal convenuto, non essendoci ragione alcuna per distinguere il caso del pagamento da quello della prescrizione. Cfr., in tal senso, anche COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, 463. Il principio dispositivo, tuttavia, non distingue tra l'una e l'altra parte del processo, ma vieta al giudice di andare a cercare di sua iniziativa i possibili fatti estintivi o impeditivi e di cercarne le prove; non gli impedisce, invero, di tenerne conto se affermati dall'attore, anziché dal convenuto, oppure da uno tra più convenuti, se risultano provati o sono fatti notori. Quando, ad es., il pagamento risulta dagli atti, anche se il convenuto è rimasto contumace o, essendo presente, non lo ha rilevato, il giudice non può condannarlo. Né sembra convincente il riferimento del CARNELUTTI alla distribuzione dell'onere della prova, laddove afferma che «l'onere della prova implica l'onere dell'affermazione», trattandosi di un principio che regola le conseguenze della mancata prova di un fatto, non escludendo in alcun modo che delle prove esistenti in atti il giudice debba tener conto, anche se fornite da una parte diversa da quella cui l'onere incombeva

⁵¹ Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 296.

essendo egli il solo a poter valutare la convenienza, anche economica, che l'annullamento può ingenerare⁵².

Oggetto dell'eccezione è, dunque, l'annullamento dell'azione, distinguendosi «dagli altri diritti di impugnazione appunto perché, come eccezione, la sua efficacia di annullamento è limitata all'azione. Mentre i diritti di impugnazione hanno un'estensione più o meno ampia, a seconda dell'intento che si propone l'attore, e di solito si dirigono contro l'intero rapporto giuridico, l'eccezione ha, per definizione, confini circoscritti: essa non può avere altro effetto che quello di annullare l'azione, lasciando intatto il rapporto giuridico con tutte le altre azioni che possono derivarne in avvenire»⁵³.

Secondo tale impostazione, l'idea dell'eccezione come diritto del convenuto *ad impugnandam actionem* si troverebbe già adombrata nelle fonti e, in particolare, nel diritto giustiniano, ove l'*exceptio* già assumerebbe la connotazione di un diritto volto ad impugnare l'azione (*datur exceptio ad impugnandam actionem*)⁵⁴.

In tal senso, l'opera degli scrittori del diritto comune si farebbe apprezzare non tanto per il tentativo di conservare il concetto di *exceptio*, cui, col mutare dell'ordinamento processuale, viene meno la stessa ragion d'essere, ma per l'ulteriore motivo di aver saputo cogliere e individuare, nell'ambito delle difese del convenuto, quelle che rappresentano una vera e propria impugnazione dell'azione ed hanno bisogno dell'iniziativa di parte affinché il giudice ne possa tenere conto in sede di giudizio⁵⁵.

⁵² «S'intende, ripeto, che questa necessità della istanza del convenuto non è che la manifestazione esteriore e tangibile dell'intima natura di diritto che le eccezioni possiedono. Il giudice non può supplire d'ufficio alle prescrizioni non opposte appunto perché non può attuare d'ufficio i diritti dei litiganti». Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 295 ss.

⁵³ CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»*, cit., 151 ss. Da tale punto di vista, si può sottolineare come, al contrario della dottrina italiana, la dottrina tedesca contrappone l'eccezione non all'azione, ma alla pretesa (la c.d. *Anspruch*), la quale, secondo la dottrina maggioritaria, è un concetto sostanziale. Ciò che tramite l'eccezione viene annullata non è l'azione, ma la pretesa materiale. L'eccezione si distingue, quindi, dal diritto di impugnazione, poiché mentre quest'ultimo si dirige verso un diritto o un rapporto giuridico, l'eccezione di derivazione tedesca lascia intatto sia il diritto che il rapporto giuridico e colpisce solo la pretesa. Sul punto, cfr., fra tutti, LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Leipzig, 1903, 44 e 317; CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen, 1900, 183.

⁵⁴ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 291.

⁵⁵ Interessante, a tal proposito, è la chiave di lettura offerta da quella dottrina (ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 3 ss.) che sostiene il concetto di eccezione in senso sostanziale, basata su un duplice punto di vista. L'uno, il punto di vista storico, a cui si riconnette la sua natura processuale formale dell'*exceptio*, che è del tutto peculiare al periodo romano della procedura formulare; l'altro,

Proprio per tali ragioni si sarebbe venuta a formare la ben nota distinzione tra *exceptiones facti* e *exceptiones iuris*: le prime designano ogni difesa de convenuto che escludono l'azione *in via facti* e per la sola forza della legge (*ipso iure*); le seconde, invece, indicano quelle difese che devono essere opposte *voce hominis* e che escludono l'azione solo in forza della volontà del convenuto, in quanto espressione di un diritto di impugnare un'azione esistente e che, in difetto di eccezione, condurrebbe alla sentenza di accoglimento⁵⁶.

La natura di contro-diritto dell'eccezione in senso proprio non comporta, poi, che il convenuto, opponendo l'eccezione, chieda qualcosa di diverso dal mero rigetto della domanda attorea, esulando dai confini della difesa, poiché, anche quando l'eccezione ha la sua radice in un diritto del convenuto (come nel caso dell'eccezione di ritenzione), essa non tende a far valere questo diritto ma esclusivamente ad annullare l'azione. Con la differenza che, con l'eccezione in senso improprio, il rigetto della domanda deriva dal fatto che l'azione o non è mai nata o è venuta meno anteriormente all'eccezione, mentre all'esercizio dell'eccezione in senso proprio consegue il rigetto della domanda quantunque l'azione sia, prima dell'esercizio dell'eccezione, viva ed efficace.

In ciò si coglie, quindi, il segno distintivo e l'acutezza della tesi dell'eccezione in senso sostanziale: questa non coincide sempre e necessariamente con l'esistenza, dal punto di vista sostanziale, di un diritto autonomo, la cui titolarità spetta al convenuto in qualità di debitore, di obbligato o di altra situazione giuridica soggettiva a livello

il punto di vista sostanziale, per cui l'*exceptio*, indipendentemente dal processo in cui la si fa valere, e scomparsa la speciale procedura classica divisa *in iure* e *in iudicio*, sopravvive nei moderni ordinamenti con quelle sue intrinseche ed essenziali caratteristiche che la distinguono dalle altre negazioni. Questi due diversi aspetti dell'*exceptio*, non appaiono ben distinti nel periodo della procedura formulare, ma talmente intrecciati da poter indurre a credere che la natura sostanziale dell'*exceptio* sia tutt'uno con la sua natura formale. Per cui, scomparsa con l'*ordo iudiciorum privatorum* la particolare procedura divisa *in iure* e *in iudicio* e composto per sempre il dissidio tra il *ius pretorio* e il *ius civile*, l'*exceptio* apparirebbe, nel periodo post classico, come una sopravvivenza storica priva di qualsiasi significato. Ma se la pura indagine storica conduce a questo risultato, lo studio dell'intima natura dell'*exceptio* aiuta a chiarire un istituto che, lungi dall'essere una mera sopravvivenza di un procedimento scomparso, ancor oggi vive nella sua pienezza e acquista centrale importanza nello studio dei diversi atteggiamenti che può assumere il convenuto nel processo.

⁵⁶ Cfr. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XV, 1965, 177 ss.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 272, il quale sottolinea come «finché il convenuto non dichiara di voler esercitare l'eccezione l'azione esiste e produce i suoi effetti: soltanto, l'azione trovasi in uno stato analogo a quello di ogni diritto soggetto a una impugnativa, cioè in uno stato *di pendenza*; il quale si risolve a favore dell'azione quando l'eccezione non è fatta valere; si risolve *contro* l'azione nel caso contrario»; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 292.

sostanziale. L'eccezione, quale diritto potestativo *ad impugnandam actionem*, rileva solo nel processo e in quanto diritto volto a paralizzare l'efficacia dell'azione. Anche quando l'eccezione in senso proprio corrisponde ad un diritto sostanziale del convenuto, questi non fa valere tale diritto, ma si limita a porre nel nulla l'azione avversaria. Solo nel caso della compensazione, data la particolare natura di tale eccezione, il convenuto otterrebbe il rigetto dell'azione facendo valere il proprio credito o quella parte del credito necessaria per compensare⁵⁷.

Del resto, vi sono diritti del convenuto che danno luogo a semplici difese, anziché ad eccezioni vere e proprie, come ad esempio il diritto di usufrutto, che non conferisce al convenuto il diritto di impugnare l'azione di rivendicazione, ma ne esclude l'esistenza: è il fatto stesso dell'esistenza dell'usufrutto e non la volontà del convenuto che toglie al proprietario il diritto di rivendicare la cosa, attribuendo al possesso del convenuto quel carattere di legalità che da solo esclude la rivendicazione.

Il problema concerne, semmai, il discernere le ipotesi in cui si abbia un'eccezione sostanziale, tale che il giudice non possa valutarla d'ufficio ma solo su iniziativa del convenuto, da quelle in cui tale potere sostanziale non sussiste, la soluzione del quale richiede uno sforzo interpretativo ad opera del giudice.

Talvolta è la stessa legge a dare indicazioni, vietando al giudice di rilevare d'ufficio un'eccezione, come nel caso della prescrizione. Tuttavia, nel silenzio della legge, l'interprete, al fine di stabilire se una determinata circostanza sia necessaria per l'esistenza del rapporto – nel qual caso non si ha un'eccezione in senso sostanziale – ovvero se la circostanza sia tale che la sua mancanza conferisce al

⁵⁷ Tale eccezione ha una posizione a sé (Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 293 e 303 ss.), poiché essa non suppone, a differenza delle altre eccezioni, alcun difetto inerente all'azione, in quanto il credito a cui è opposta la compensazione è perfettamente valido e esistente, solo che il convenuto ha il potere di provocarne l'estinzione attraverso il sacrificio di una parte di un proprio credito e, in particolare, della parte corrispondente al credito il cui adempimento è richiesto dall'attore. Il carattere di eccezione in senso proprio, in tal caso, si desume, secondo l'a., dal fatto che, basandosi su di un diritto di credito del convenuto, potrebbe farsi valere con un'azione autonoma. L'equivoco sorge dalla presenza della locuzione che prevede che la compensazione «opera di diritto», la quale, tuttavia, non può essere intesa come equivalente a quella «deve rilevarsi d'ufficio», riferendosi, piuttosto, al momento in cui si produce l'effetto compensativo se, e al momento in cui, essa è fatta valere come eccezione.

convenuto il mero diritto di impugnare l'azione, deve avere riguardo alla natura del rapporto giuridico fatto valere in giudizio⁵⁸.

Come osservato in dottrina, il pregio della tesi esposta è quello di distinguere l'eccezione dalle altre difese non per una diversa intensità di efficacia ma per una diversa maniera di efficacia⁵⁹. È necessaria la volontà del convenuto per attribuire efficacia estintiva, impeditiva o modificativa ad un fatto: se tale volontà è stata manifestata dall'interessato l'eccezione ha lo stesso valore di ogni altro fatto estintivo, impeditivo e modificativo.

Tale costruzione è basata sulla teoria del diritto concreto d'azione, secondo la quale l'azione spetta solo al vincitore, laddove il giudice accerti come esistenti i fatti che rendono necessaria la tutela. Ne deriva che si può giudicare dell'esistenza concreta del diritto d'agire solo *ex post*, dalla sentenza favorevole. La sovrapposizione tra diritto sostanziale e processuale che inevitabilmente si crea, conduce il Chiovenda ad individuare nel diritto potestativo (nel quale esiste un potere, ma non un obbligo) la base tanto dell'azione che dell'eccezione. Se l'azione (o l'eccezione) spetta solo al vincitore è naturale che la controparte non possa opporsi all'effetto che ne deriva.

⁵⁸ Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 296 ss., per il quale «il fatto che in alcuni casi il giudice possa rilevare d'ufficio i fatti impeditivi o estintivi, e in altri casi no, rimane un'accidentalità arbitraria e inesplicabile. [...] Non può essere criterio decisivo l'ordine pubblico, [anche se] comunemente si sente affermare che il giudice può rilevare d'ufficio solo quei fatti che interessano l'ordine pubblico. Questo è a mio avviso un errore. Intanto, il giudice deve rilevare d'ufficio la mancanza dei fatti costitutivi, anche se l'ordine pubblico sia ad essi completamente estraneo. [...] D'altro lato, anche quando una circostanza interessa l'ordine pubblico, la legge può benissimo subordinare alla volontà e all'iniziativa del convenuto, come principale interessato, la valutazione di quella circostanza nel processo. Così che l'ordine pubblico può servire solo come criterio concorrente nell'indagine, nel senso che, quando una circostanza interessa l'ordine pubblico normalmente non è rimesso all'iniziativa del convenuto farla valere nel processo e quindi il giudice deve valutarla d'ufficio, ma non mai nel senso inverso, che cioè, solo perché una circostanza non interessa l'ordine pubblico, il giudice non debba valutarla d'ufficio. Può invece giovare [...] il fatto che la circostanza di cui si tratta potrebbe dar vita ad una separata autonoma azione del convenuto [...] (salvo sempre il carattere della eccezione, la quale non tende alla prestazione, ma, come mero diritto potestativo, tende all'annullamento dell'azione avversaria) [...]. In questi casi, infatti, come il convenuto sarebbe libero di proporre o no l'azione né il giudice potrebbe ad esso sostituirsi, così deve ritenersi che il convenuto sia libero di proporre o no la corrispondente eccezione, in quanto è a lui concessa nel suo interesse la facoltà di annullare con questa l'azione senza che l'esistenza stessa dell'azione possa dirsi senz'altro esclusa da quella facoltà. Altro criterio utile può trarsi dalla tradizione».

⁵⁹ Cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 102-103.

L'impostazione esaminata è stata, tuttavia, abbandonata dalla dottrina successiva, che ha accolto la teoria del diritto astratto d'azione. È oggi pacificamente ammesso, infatti, che il diritto d'azione si configuri come il diritto ad ottenere una sentenza di merito sul diritto fatto valere.

Dal momento che l'azione sussiste anche se la sentenza è sfavorevole all'attore, non è possibile sostenere che l'azione venga meno in seguito all'impugnazione compiuta dall'eccipiente⁶⁰. Solo alle eccezioni processuali può riconoscersi efficacia sull'azione, mentre negli altri casi l'effetto non concerne l'azione ma il diritto sostanziale.

6. Classificazione delle eccezioni.

La dottrina tradizionalmente distingue le eccezioni dal punto di vista della loro efficacia e, in particolare, in eccezioni temporanee o dilatorie e perpetue o perentorie⁶¹. Perentorie sono le eccezioni che annullano l'azione in via definitiva, come ad es. l'eccezione di prescrizione, mentre le eccezioni dilatorie hanno l'effetto di escludere l'azione «come attualmente esistente»⁶², come nel caso del *beneficium excussionis*.

Ne consegue, che mentre le eccezioni dilatorie possono essere fatte valere entro un determinato termine, superato il quale divengono inefficaci, ovvero solo se

⁶⁰ Cfr. ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917, 286; HEINTZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 217 ss.; ORIANI, *Eccezione nel diritto processuale civile*, in *Il diritto*, Enc. giur., V, Milano, 2007, 683 ss.; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 103 ss.

⁶¹ La distinzione tra *exceptiones peremptoriae* o *perpetuae* e *dilatoriae* o *temporales* è già nota ai romani. Cfr. Gaio, IV, 120: «*Dicuntur autem exceptiones aut peremptoriae, aut dilatoriae*»; 121: «*Peremptoriae sunt, quae perpetuo valent, nec evitari possunt*»; 121: «*Dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus nocent*». Le prime paralizzano l'azione in qualsiasi momento venga esercitata, in quanto si riferiscono a circostanze che vengono in considerazione in ogni caso. Le seconde, invece, paralizzano la pretesa dell'attore solo per un determinato periodo. Nel diritto romano classico, se le eccezioni dilatorie si oppongono all'*intentio* e trovano la loro base nel *ius civile*, una volta inserite nella formula e giudicate fondate nella fase *apud iudicem*, esse comportano la completa assoluzione del convenuto e la definitiva perdita del diritto di credito. Al contrario, trattandosi di eccezioni che si fondano su regole di procedura, se giudicate fondate il giudice si astiene dall'emettere una sentenza e l'azione non è annullata definitivamente. Nel diritto giustiniano scompare tale differenza e tutte le eccezioni dilatorie hanno il medesimo effetto e non impediscono la riproposizione dell'azione, una volta spirato il termine o rimossa la circostanza impeditiva. Cfr. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 24.

⁶² Cfr. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 276.

ricorrono determinate circostanze, le eccezioni perentorie, invece, non sono soggette ad alcuna restrizione e possono essere sollevate in ogni tempo e in ogni circostanza.

V'è poi una particolare categoria di eccezioni, costituita dalle eccezioni diminutorie, che si pone a metà strada tra le eccezioni perentorie e le eccezioni dilatorie⁶³.

Il punto di contatto tra le eccezioni diminutorie e le eccezioni dilatorie si rinviene nel fatto che, mentre queste si dirigono verso una pretesa prematura, quelle si rivolgono a una pretesa eccessiva. D'altro canto, le eccezioni diminutorie e le eccezioni perentorie hanno in comune il fatto che entrambe possono essere fatte valere in ogni tempo dall'interessato.

Un caso tipico di eccezione diminutoria è quello della rimessione parziale del debito, per effetto della quale la condanna è ridotta per un importo uguale alla differenza tra l'importo originario del debito e la somma oggetto di rimessione. Il concetto di eccezione diminutoria è giustificato dalla circostanza che può ben esistere un diritto che esiste ma che è in parte estinto, dando luogo, così, ad un'estinzione parziale.

Infine, dalle eccezioni diminutorie vanno tenute distinte le eccezioni parziali, le quali non conducono ad una diminuzione della condanna, ma che, laddove riconosciute fondate, determinano l'assoluzione del convenuto. Un caso tipico è quello in cui all'azione di rivendica dell'attore il convenuto opponga il suo diritto al possesso della cosa: egli non nega che l'attore sia proprietario della cosa, ma nega che questi, nonostante l'esistenza del diritto di proprietà, possa rivendicarla contro di lui.

Eccezioni di tal fatta mirano, dunque, ad assicurare un equilibrio fra i diritti delle parti, laddove sussista la particolarità per cui l'esistenza di uno non esclude l'esistenza dell'altro.

⁶³ L'esistenza di eccezioni di tal genere nel diritto romano classico è stata dapprima negata dalla dottrina dominante, per poi essere affermata dall'ARANGIO – RUIZ, *L'exceptio in diminuzione della condanna*, *Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza della R. Università di Modena*, Modena, 1930, 45. *Contra*, BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, cit., 173; SOLAZZI, *Sull'exceptio in diminuzione della condanna*, in *BIDR*, 1934, 41 ss., qualunque sia stato il principio seguito nel diritto romano classico, è certo, comunque, che nel diritto giustiniano l'eccezione può anche essere diretta a diminuire la condanna. Cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 133.

7. La teoria dell'*exceptio* nel diritto francese.

L'influenza esercitata dall'opera dei glossatori e dei canonisti consente la conservazione del concetto di eccezione anche nel diritto francese, ove si afferma e si sviluppa, fino a raggiungere nuove e sconosciute applicazioni ed esercitando un'influenza preponderante sulla teoria dei mezzi di difesa.

Tuttavia, lungi dal presentare le medesime caratteristiche riconosciute nel periodo del processo formulare romano, la nozione di eccezione, attraverso l'opera dei giuristi francesi, perde il suo originario significato, subendo notevoli alterazioni⁶⁴.

Da un lato, si manifesta la tendenza della dottrina francese ad interpretare in senso ampio il termine eccezione, tale da ricomprendere, senza alcun criterio specifico di sussunzione, tutti i mezzi di difesa invocabili dal convenuto avverso la domanda attorea⁶⁵. Dall'altro, la stessa dottrina non è in grado di tracciare una linea di demarcazione precisa tra le difese propriamente dette e le eccezioni, esistendo, nel linguaggio dei giuristi francesi, una confusione che viene dissipata solo con il codice di procedura civile del 1806⁶⁶.

Ed invero, i redattori del codice, sulla scorta di uno studio più attento e approfondito del diritto romano, mettono mano alla teoria delle eccezioni, arrivando, tuttavia, a risultati del tutto opposti rispetto a quelli raggiunti dalla dottrina tedesca e italiana. Essi rifiutano, infatti, la distinzione tra difese *ipso iure* e *exceptiones*, in quanto ormai completamente destituita di fondamento e contraria ai principi del diritto moderno⁶⁷.

A partire dal XVI secolo, la teoria delle eccezioni viene precisata, soprattutto ad opera della prassi, la quale manifesta la tendenza a restringere la portata del termine eccezione, nel senso che inizia a distinguere tra le difese volte a combattere la pretesa

⁶⁴ Cfr. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 43.

⁶⁵ «Tutte le difese del convenuto appartengono a due specie: le eccezioni dilatorie o le eccezioni perentorie». Cfr. BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, Parigi, 1899, 120 ss. La tendenza a ricomprendere nella nozione di eccezione tutti i mezzi di difesa esercitabili dal convenuto è l'immediata conseguenza del formalismo tipico del processo feudale, caratterizzato da domande e difese presentate secondo forme solenni. Agli inizi del XVI secolo, la pratica processuale è talmente abituata a tale ampia accezione del termine eccezione che le *défenses au fond* sono ricomprese nella categoria delle eccezioni perentorie. Cfr. CARRE DE MALBERG, *Histoire de l'exception*, cit. 326.

⁶⁶ Cfr. GLASSON, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, III, Parigi, 1883, 401.

⁶⁷ Cfr. CARRE DE MALBERG, *Histoire de l'exception*, cit. 214.

stessa dell'attore e che hanno come scopo quello di contestarla nel suo fondamento, e le difese che, senza toccare il merito della domanda, si limitano a contestarne la forma o a stabilire che l'azione non è ricevibile⁶⁸.

In particolare, inizia ad emergere la distinzione tra le *défenses au fond*, con le quali il convenuto si oppone al merito della domanda, e le *exceptions*, le quali tendono, invece, a dimostrare che la pretesa dell'attore, fondata o no, è irricevibile⁶⁹. Queste ultime derivano dal difetto, *a parte actoris*, di una delle condizioni richieste per intentare l'azione⁷⁰.

Non sussiste, nel diritto francese, altra nozione idonea a distinguere le eccezioni, nel senso romano del termine, dalle mere difese, considerato che le *défenses au fond* comprendono, sotto un'unica denominazione, tutte le possibili difese di merito del convenuto, senza alcuna distinzione tra difese e eccezioni in senso stretto. Tale scelta di sistema si basa sul fatto che i proceduristi francesi negano la sopravvivenza dell'*exceptio* romana nel diritto moderno⁷¹. Tale opinione deriva dal fatto che

⁶⁸ Il sistema processuale in vigore nel XVI secolo si caratterizza per un duplice ordine di ragioni: da un lato, l'abbandono del formalismo e delle solennità tipiche della procedura feudale lascia spazio all'affermazione di una procedura notevolmente semplificata e più accessibile alle parti; dall'altro, la diffusione di un modello processuale fondato sulla presentazione per iscritto di domande e difese, che sono scambiate tra le parti per il tramite dei procuratori. Cfr. CARRE DE MALBERG, *Histoire de l'exception*, cit., 325.

⁶⁹ Cfr. IMBERT, *La pratique judiciaire tant civile que criminelle*, I, Parigi, 1616, 174 ss. Cfr. anche GLASSON, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, I, cit., 701 e GARSONNET – CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, I, Parigi, 1912, 103 ss., che accolgono la distinzione fatta dalla pratica forense già al tempo della Glossa tra *défenses au fond*, che riguardano il merito della domanda, e le *exceptions*, che comprendono le difese che si limitano ad attaccare le forme del giudizio. Di quest'ordine di idee sono anche il PONCET, *Traité des jugements précédé du traité des actions*, Bruxelles, 1835, 74 ss., il quale distingue, tuttavia, tra le *exceptions de théorie*, che corrispondono alle *défenses au fond*, e le *exceptions de pratique*, che corrispondono alle eccezioni di rito.

⁷⁰ In tal modo, la pratica francese dimostra di non vedere nell'eccezione che un mezzo tratto dalla procedura o una *fin de non-recevoir*. Cfr. CARRE DE MALBERG, *Histoire de l'exception*, cit., 299 ss. Quanto alla natura delle *fins de non-recevoir*, si dice che esse sono dei «*moyens de fond ou des défenses qui présentent cette seule particularité de permettre aux juges, si elles sont fondées, d'écarter le fond sans l'examiner*». Cfr. GLASSON, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, I, Paris, 1902, 471. Contro questa definizione si rileva che non sembra corretto parlare di una difesa di merito che ha la sola particolarità di non far esaminare al giudice il merito della domanda. Inoltre, non è neanche pacifico che la *fin de non-recevoir* sia sempre una difesa di merito. Infatti, secondo altra opinione, «*les fins de non-recevoir se tirent de la forme, ou du défaut de qualité, ou du laps du temps*». Cfr. MERLIN, *Fins de non-recevoir*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, VI, 1727, 741.

⁷¹ Cfr. GARSONNET – CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, cit., 766 ss.; GLASSON, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, I, cit., 679 ss.

L'*exceptio* non è considerata quale diritto di eccepire – a differenza delle conclusioni raggiunte dalla dottrina tedesca e italiana – ma solo come il prodotto della lotta tra il *ius civile* e il *ius pretorio*⁷².

A ben vedere, infatti, l'*exceptio*, intesa quale diritto di difesa tendente a paralizzare la domanda, in sé fondata, costituisce «un diritto di formazione successiva che era prevalso e aveva reagito a un diritto più antico ma non abrogato»⁷³. «Questa sovrapposizione di due diritti di epoche differenti, questi mezzi di difesa che paralizzano le domande fondate in diritto, non possono esistere da noi che non abbiamo che una sola legislazione e non ammettiamo che l'attore possa soccombere» avendo fatto valere una «pretesa conforme al diritto»⁷⁴.

Accanto a questa distinzione, accolta dalla dottrina dominante, emerge un'altra tesi, sostenuta dal Pothier⁷⁵, il quale dopo aver distinto le difese in senso stretto dalle eccezioni o *fin de non-recevoir*, distingue le eccezioni in perentorie e dilatorie, nonché in eccezioni che concernono la forma e eccezioni che concernono il diritto. Le eccezioni dilatorie sono quelle che tendono a modificare o ritardare l'azione, senza annullarla. Le eccezioni perentorie, invece, si suddividono in *exceptions péremptoires du fond*, che hanno come effetto proprio quello di sopprimere l'azione, e in *exceptions péremptoires de forme*, atte a far valere vizi di procedura.

Anche nella prospettiva del Pothier, dunque, non v'è traccia della distinzione tra le semplici difese e le eccezioni in senso materiale, poiché la categoria delle *exceptions péremptoires du fond* comprende tanto le difese che negano l'esistenza attuale della pretesa attorea, come la transazione, quanto vere e proprie eccezioni con efficacia paralizzante, come la prescrizione.

In ogni caso, la tesi fin qui descritta è rimasta minoritaria, avendo, i redattori del codice, recepito la più generica distinzione tra *défenses au fond* e *exceptions*, così dimostrando di respingere la categoria delle *exceptions péremptoires du fond*,

⁷² Cfr. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 29.

⁷³ Cfr. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, I, Parigi, 1882, 679: «un droit de formation postérieure qui avait prévalu et réagi contre un droit plus ancien mais non abrogé».

⁷⁴ Cfr. GARSONNET – CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, cit., 766: «cette superposition de deux droits d'âge différents, ces moyens de défense qui paralysent les demandes fondées en droit ne peut exister chez nous qui n'avons qu'une seule législation et n'admettons pas que le demandeur puisse succomber dans une prétention conforme au droit».

⁷⁵ Cfr. BUGNET, *Œuvres de Pothier – Traité de la procédure civile*, Parigi, 1848, 21 ss.

ricondotte nell'ambito delle vere e proprie difese (*moyens de défense au fond*), mentre è fatta salva la categoria delle *exceptions péremptoires de forme*, che acquistano la più generale nomenclatura di *exceptions*. Sopravvive, invece, la classe delle eccezioni dilatorie, la quale, depurata da tutto ciò che poteva costituire un *moyen du fond* – ricondotto alla categoria delle difese – si riferisce ai soli mezzi di difesa volti a far valere un vizio di procedura.

Parte della dottrina ritiene che la teoria delle eccezioni, in tal modo, abbia ricevuto un chiarimento⁷⁶. Altra parte della dottrina ritiene, invece, che abbia ricevuto un'indubbia semplificazione, ma in maniera tale che la questione più rilevante, quella della distinzione tra eccezioni di merito e altre difese, più che essere risolta, viene soppressa⁷⁷.

La contraddizione si coglie nel fatto che anche il diritto francese conosce categorie di difese rilevabili solo su domanda dell'interessato e che, date le teorie seguite dalla dottrina francese, le disposizioni che vietano al giudice di rilevare d'ufficio determinate circostanze, più che ricevere una spiegazione, divengono inesplicabili. Ne costituisce un esempio la norma che vieta al giudice di rilevare d'ufficio la prescrizione, la quale può essere correttamente intesa solo attribuendo all'eccezione un significato tecnico, che possa distinguerla dalla mera difesa⁷⁸.

La dottrina francese non trova, quindi, né nella legge, né nella giurisprudenza, il fondamento per una razionale classificazione delle difese, facendo sì che la teoria delle eccezioni divenga una «costruzione quasi enigmatica»⁷⁹.

La soluzione apprestata dalla dottrina e dal codice civile francese costituisce, d'altro canto, la dimostrazione della necessità di accogliere una distinzione tra i vari mezzi di difesa che il convenuto impiega nella sua attività difensiva, giacché la strada

⁷⁶ Cfr. CARRE DE MALBERG, *Histoire de l'exception*, cit., 300.

⁷⁷ Cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 80 ss.

⁷⁸ Cfr. la norma dell'art. 2247 dell'attuale codice civile francese (precedentemente contenuta nell'art. 2223 c.c.), secondo il quale «*les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription*». È significativo che nel diritto francese anteriore al codice civile, la prescrizione è spesso ricordata come un esempio di *fin de non-recevoir*. Cfr. DE FERRIERE, *Fins de non-recevoir*, in *Dictionnaire de droit et de pratique*, I, 1779, 609. Si dimostra, così, che la pratica francese attribuisce alle *fins de non-recevoir* la particolarità di non poter essere rilevate d'ufficio dal giudice. Per le *fins de non-recevoir* in genere è questo l'insegnamento della dottrina precedente alla redazione del codice civile. Scrive, infatti, il POTHIER, in BUGNET, *Œuvres de Pothier*, cit., 373 che «*les fins de non-recevoir doivent être opposées par le débiteur; les juges ne les suppléent pas*».

⁷⁹ Cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 86.

percorsa in Francia, nell'abbandonare la distinzione tra mezzi di difesa rilevabili anche d'ufficio e mezzi di difesa riservati all'istanza di parte, conduce a risultati complicati e incerti.

CAPITOLO TERZO

L'eccezione di merito in senso stretto come potere sostanziale

SOMMARIO: 1. La teoria sostanziale dell'eccezione di merito in senso stretto – 2. La correlazione tra azione ed eccezione nella teoria sostanziale dell'eccezione di merito in senso stretto – 3. I rapporti tra l'eccezione di merito in senso stretto e la cosa giudicata materiale – 4. La concezione sostanziale nelle eccezioni di impugnativa negoziale – 5. Critica alla teoria dell'eccezione di merito quale potere sostanziale – 6. La tesi della situazione giuridica sostanziale unitaria. Critica – 7. Critica alla concezione sostanziale dell'eccezione di merito in senso stretto come diritto potestativo

1. La teoria sostanziale dell'eccezione di merito in senso stretto

La concezione sostanziale dell'eccezione in senso stretto, per come recepita e sviluppata dalla nostra dottrina, si deve all'insegnamento di Giuseppe Chiovenda¹.

Come diritto appartenente alla classe dei diritti di impugnazione, l'eccezione rientra nella categoria dei diritti potestativi, il cui elemento caratterizzante è individuato nel fatto che è rimessa all'interessato la scelta in ordine alla produzione dell'effetto impeditivo o estintivo dell'azione². Questa, fin tanto che il diritto

¹ Cfr. CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, 149 ss.; ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 268 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, 304 ss. Secondo l'a., l'eccezione in senso stretto consiste in un controdiritto del convenuto; più precisamente, in un «contro-diritto tendente ad impugnare e annullare il diritto di azione. [...] L'eccezione si distingue dagli altri diritti di impugnazione appunto perché, come eccezione, la sua efficacia di annullamento è limitata all'azione. Mentre i diritti di impugnazione hanno una estensione più o meno grande secondo l'intento che si propone l'attore, e di solito si dirigono contro l'intero rapporto giuridico, l'eccezione ha, per definizione, confini obbligati: essa non può avere altro effetto che di annullare l'azione, quella sola azione cioè che è proposta e contro cui essa si rivolge, lasciando intatto il rapporto giuridico con tutte le altre azioni che possono derivarne in avvenire». Qualora il diritto di impugnazione si diriga contro l'intero rapporto, non si ha più un'eccezione, ma un'azione riconvenzionale. «Un vizio del consenso può opporsi come eccezione per ottenere il rigetto della singola azione contrattuale fatta valere dall'attore, oppure come fondamento di un'azione riconvenzionale diretta contro l'intero contratto. [...] Solo nei casi di rapporti giuridici estremamente semplici, che si esauriscono in un solo diritto e in una sola azione, può accadere che indirettamente l'efficacia dell'eccezione si rifletta sulla vita stessa del rapporto giuridico». In modo analogo, cfr., ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927, 31 ss. e 51 ss.; COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 174.

² Per diritto potestativo si intende comunemente il diritto di produrre unilateralmente, mediante una propria manifestazione di volontà, un effetto giuridico che investa la sfera giuridica (oltre che propria

potestativo non è esercitato, esiste ed è efficace e l'effetto di annullamento dell'azione si produce solo a seguito dell'istanza del convenuto³.

Questa impostazione entra in crisi con l'abbandono, da parte della dottrina successiva, della concezione concreta dell'azione (secondo la quale l'azione spetta solo al vincitore, qualora il giudice accerti come esistenti i fatti che rendono necessaria la tutela)⁴ e con la contestuale adozione di un concetto di azione come diritto astratto, ossia come potere di ottenere una sentenza di merito sul diritto fatto valere: se l'azione esiste pur quando la domanda è dichiarata infondata, l'eccezione in senso proprio non può più consistere nel diritto di annullare l'azione⁵.

Il nucleo fondamentale della teoria chiovendiana è rimasto, tuttavia, inalterato in quella dottrina che riconosce natura sostanziale all'eccezione di merito in senso stretto: essa resta un diritto potestativo che abilita il soggetto che ne è titolare alla produzione, mediante atto unilaterale, di un effetto nella sfera giuridica altrui⁶.

anche) di altri soggetti, i quali, per un verso non sono tenuti ad alcuna cooperazione, per l'altro non possono in alcun modo impedire che l'effetto si produca; versano, cioè, in una situazione di soggezione. Cfr. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 1 ss.
³ Cfr. COLESANTI, *Eccezione*, cit., 178, il quale sottolinea che la dottrina delle eccezioni formulata da CHIOVENDA si pone in armonia con tutto il sistema chiovendiano, dominato dall'idea dell'azione come diritto potestativo alla sentenza favorevole.

⁴ Sul punto, v. *supra* cap. I, § 5.

⁵ Cfr. ORIANI, *Eccezione nel diritto processuale civile*, in *Il diritto, Enc. giur.*, V, Milano, 2007, 683 ss.; CARNELUTTI, *Un lapsus evidente?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 446 ss., per il quale, se l'azione si intende come diritto al provvedimento di merito, è altrettanto chiaro che al concetto chiovendiano di eccezione manca la base; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 217 ss.; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, 103 ss., il quale osserva: «qualora si respinga la teoria del diritto concreto di agire, si deve anche affermare che l'eccezione sostanziale non può essere considerata come diretta *ad impugnandam actionem*. Dal momento che l'azione sussiste anche se la sentenza è sfavorevole all'attore, non si può dire che l'azione venga meno in seguito all'impugnazione compiuta dall'eccepiente. Solo alle eccezioni processuali può riconoscersi efficacia sull'azione; negli altri casi [...] l'effetto impeditivo o estintivo dell'eccezione non concerne l'azione ma il diritto sostanziale»; ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917, 286. In senso critico, COLESANTI, *Eccezione*, cit., 179, osserva che «l'esattezza di tale affermazione non deve far perdere di vista un punto essenziale: che una tale critica pecca a sua volta di unilateralità, giacché in sostanza essa non conduce che alla sostituzione di un concetto di eccezione ad un altro, in corrispondenza della mutata premessa intorno alla natura e al modo di concepire il diritto di azione».

⁶ COLESANTI, *Nostalgie in tema di eccezioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 273 ss.; ID., *Eccezione*, cit., 173 ss., *specie* 181, il quale, sebbene sottolinei l'estremismo dell'idea dell'eccezione come contro-diritto sostanziale, non riesce, tuttavia, a liberarsi di tale suggestione; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 94.; ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 204 ss.; ID., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60 ss.; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, 210 ss.; CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 266 ss.; ID., *Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1610 ss.; ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli 1959, 276 ss.; LA ROSA, *Per una triplice*

In altre parole, quando la legge prevede che determinati fatti impeditivi, estintivi o modificativi del diritto fatto valere in giudizio non possono essere assunti dal giudice a fondamento della decisione in assenza dell'eccezione del convenuto, ciò presuppone l'attribuzione all'interessato di un diritto potestativo, dal cui esercizio discende l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo. Ciò che muta è solo l'oggetto su cui incide l'effetto giuridico: non più sull'azione ma sul diritto sostanziale dedotto in giudizio dall'attore con la domanda.

Al verificarsi del fatto la legge non ricollega, dunque, direttamente la produzione dell'effetto, ma prevede la mera imputazione, in capo al soggetto, di un potere sostanziale che gli attribuisce la possibilità, mediante il suo esercizio, di produrre in via unilaterale l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo del diritto⁷.

distinzione delle eccezioni, in *Giur. it.*, IV, 1959, 81 ss.; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, 78, specie nt. 114; ID., *Il «sistema» del Carnelutti*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1937, 77; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 100 ss.; ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 31 ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, a cura di VOCINO, Milano, 1955, 105 ss.; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1943, 106 ss.; REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1939, 96 ss.; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., 217 ss. Anche LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, 52 ss., configura l'eccezione in senso sostanziale come «un vero diritto del convenuto, il quale può opporla o non opporla secondo che più gli piaccia e, se non lo fa, il giudice non può tener conto di quel fatto nemmeno se gli risulti dagli atti». Questo diritto del convenuto è spiegato da LIEBMAN come «un diritto processuale analogo all'azione» e, quindi, data la concezione liebmaniana dell'azione, come un «diritto al giudizio» sul merito, ossia sull'esistenza del controdiritto affermato e fatto valere con l'eccezione. In senso analogo, cfr. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, 24 ss.; ID., *Compensazione legale e pignoramento*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, 36 ss., specie 44 e 46.

⁷ La teoria sostanziale dell'eccezione si fonda sull'esigenza di individuare, nell'ambito dell'attività difensiva del convenuto, quali siano le eccezioni condizionate, ai fini della loro rilevanza in sede di giudizio, all'iniziativa della parte. Si tratta della stessa esigenza che aveva indotto i giuristi dell'età intermedia a conservare, o, secondo alcuni, a ricreare, il concetto di eccezione (anche se non più corrispondente a quello delle fonti romane), nonché della stessa esigenza che ha trovato espressione nella moderna dottrina, attraverso il sorgere e l'affermarsi del concetto della *Einrede* germanica e dell'eccezione in senso sostanziale nella dottrina tradizionale. Solo il diritto potestativo che condiziona il potere decisorio del giudice costituisce un'eccezione, mentre i fatti estintivi, impeditivi, modificativi operanti *ipso iure* danno luogo a mere difese. Cfr. COLESANTI, *Eccezione*, cit., 193. Sul punto, già BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 41 ss., parla di eccezioni in senso sostanziale, da un lato, e di obiezioni, dall'altro, per indicare le circostanze rilevabili solo su istanza di parte e quelle, invece, rilevabili anche d'ufficio dal giudice, laddove risultino dagli atti. La distinzione si coglie nel fatto che le mere difese, quando esse comunque emergano dagli atti allegati nel processo dalle parti, non creano un problema di rilevanza nel processo, posto che la difesa basata su tali fatti, avendo riguardo alla stessa fattispecie del diritto fatto valere dall'attore – la *res in iudicium deducta* – forma oggetto di giudizio già in base alla domanda e ai fini della valutazione della fondatezza o meno di essa. Per tale ragione è anche indifferente in quale modo e ad opera di quale parte ne sia avvenuta la deduzione nel processo, dovendo il giudice comunque tenerne conto al fine di emanare una sentenza giusta in ordine alla domanda.

Nell'allegazione dell'eccezione da parte del convenuto è insito, quindi, un atto di volontà diretto ad attuare il risultato cui l'interessato, in virtù della potestà a lui spettante, è autorizzato a produrre⁸.

In tale contesto, il divieto di rilevazione officiosa del fatto dipende dalla conformazione, sul piano del diritto materiale, della fattispecie costituiva dell'effetto, la quale non opera *ipso iure*, ma richiede, per la sua realizzazione, l'atto unilaterale della parte interessata, che costituisce esercizio del potere sostanziale. Fin tanto che quest'ultimo non viene esercitato l'effetto giuridico non si realizza, pur sussistendo i fatti che ne costituiscono il presupposto⁹.

⁸ Così, espressamente, BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 168.

⁹ Per spiegare tale impostazione, talvolta la moderna dottrina muove dall'analisi della costruzione della fattispecie normativa. Per riferimenti, cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 94 ss.; ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., 195 ss. Vi sono alcuni casi in cui la fattispecie è costruita secondo lo schema: norma – fatto – effetto. In questi casi, l'effetto discende direttamente dalla verifica di un fatto giuridico (un evento naturale, un contratto etc.) e, pertanto, il giudice può rilevarlo anche d'ufficio, in quanto l'effetto si produce automaticamente, di diritto (*ipso iure*), nel momento in cui si realizza la fattispecie costitutiva. Così, ad es., il fatto illecito determina l'insorgere dell'obbligo di risarcire il danno (art. 2043 c.c.); l'apertura della successione è provocata dalla morte del *de cuius* (art. 456 c.c.); i contratti di conto corrente, di mandato e di commissione si sciolgono per il fallimento di una delle parti (art. 78 l.fall.); il proprietario del suolo acquista *ipso iure* per accessione la proprietà della piantagione, costruzione, opera nel momento in cui si incorpora nel suolo (art. 934 c.c.); alla cessazione, per recesso del locatore, dal rapporto di locazione relativo ad immobile destinato ad uso commerciale, artigianale, industriale consegue il diritto del conduttore all'indennità per la perdita di avviamento commerciale (art. 34 l. 27 luglio 1978 n. 392). Cfr. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza (I Quaderni della «Rivista di dir. civile»)*, Padova, 2003, 1 ss. Vi sono altri casi in cui, invece, la fattispecie è costruita secondo lo schema: norma – fatto – potere (manifestazione di volontà) – effetto (cfr. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 246 ss.). In queste ipotesi, il legislatore avrebbe subordinato la produzione dell'effetto all'iniziativa della parte interessata, su cui ricade la scelta se modificare o meno la sfera giuridica (oltre che propria) di un altro soggetto, che nulla può e deve fare, potendo solo subire. La parte non chiede alcunché, né altri è tenuto a cooperare, facendosi a meno della collaborazione altrui per la produzione dell'effetto. Questa situazione di preminenza, consistente nel potere di incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui, viene comunemente qualificata come diritto potestativo. I sostenitori della concezione sostanziale dell'eccezione ritengono tale seconda categoria comprensiva delle eccezioni di merito in senso stretto e, tra queste, anche delle eccezioni di impugnativa negoziale: l'esercizio del potere (l'avvenuta manifestazione di volontà) del convenuto, servirebbe, in questi casi, a produrre l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo. Il problema si pone, tuttavia, poiché i fatti opposti con le c.d. eccezioni di impugnativa negoziale, qualora siano fatti valere in via di azione, danno luogo a sentenze costitutive, ossia quelle sentenze che producono una modificazione giuridica a contenuto estintivo del rapporto giuridico contrattuale. Altri autori, quindi, più correttamente, ritengono che le ipotesi di impugnativa negoziale siano riconducibili all'ulteriore schema di costruzione della fattispecie normativa, caratterizzato dalla sequenza: norma – fatto – potere sull'*an* – accertamento giudiziale – effetto. In tali ipotesi, infatti, per la produzione dell'effetto non basta l'atto volontario del soggetto, occorrendo non solo una sua iniziativa giudiziale, cioè una domanda rivolta al giudice, ma altresì un provvedimento del giudice, cui soltanto si correla l'effetto impeditivo, modificativo, estintivo. In tal senso, cfr. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, cit., 5.

Questa impostazione troverebbe oggi conferma nella regola sancita dall'art. 112 c.p.c., interpretata nel senso che rientra nella sfera di autonomia del soggetto, ossia nella disponibilità della parte, il servirsi o meno dell'eccezione, mediante un atto normativo qual è l'allegazione in giudizio dei fatti che ne costituiscono il fondamento.

Letta in tal senso, la disposizione costituirebbe prova della natura di controdiritto del convenuto, tradizionalmente attribuita all'eccezione in senso sostanziale¹⁰.

Ciò spiegherebbe anche la ragione per la quale il giudice non può porre d'ufficio il fatto a base della decisione, dichiarando inesistente il diritto: egli è chiamato ad accertare che, sul piano del diritto sostanziale, una determinata situazione giuridica sia o meno esistente, di modo che deve essere dichiarato esistente il diritto in relazione al quale, per non essere stata fatta valere dalla parte l'eccezione, non si è realizzato l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo¹¹.

Anche se quegli stessi fatti emergono dalle allegazioni dell'attore, ovvero se in queste è dato rinvenire una dichiarazione confessoria della verità di quei fatti, il giudice non può comunque tenerne conto, laddove manchi l'atto di volontà del convenuto rivolto a chiedere il giudizio e a sottoporre alla cognizione del giudice l'esistenza e la fondatezza di quelle eccezioni¹².

¹⁰ Al riguardo, cfr. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 451; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, 435; ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 164;

¹¹ Cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 168-169, ove si legge che, nell'allegazione dell'eccezione da parte del convenuto è insito un atto di volontà diretto ad attuare il risultato cui il convenuto è autorizzato, in virtù della potestà a lui spettante. Solo apparentemente, in determinati casi, il giudice non può prendere in considerazione i motivi di estinzione del diritto affermato dall'attore, nel caso in cui il convenuto abbia ommesso di farli valere, sebbene essi risultino dagli atti; al contrario, egli non li assume a fondamento della sua decisione perché essi non costituiscono motivo di estinzione. L'estinzione è, infatti, ricollegata non solo al verificarsi di quelle circostanze, ma altresì ad un atto di volontà dell'interessato. Se questa volontà non si manifesta, l'estinzione non si verifica e il giudice non può, perciò, tenerne conto.

¹² Cfr. COLESANTI, *Eccezione*, cit., 193.

2. La correlazione tra azione ed eccezione nella teoria sostanziale dell'eccezione di merito in senso stretto

Per ben comprendere la teoria in esame, occorre precisare che il concetto di eccezione quale deduzione di un potere sostanziale, si fonda sulla correlazione tra due entità contrapposte: l'*actio* e l'*exceptio*¹³.

Già nello studio dell'azione, infatti, Chiovenda, afferma la nozione di diritto potestativo, applicandola poi anche all'eccezione. L'eccezione *iuris*, come l'azione, è un diritto di impugnazione – il diritto di impugnare il diritto di azione – e in tal senso, rappresenta un controdiritto, cioè un diritto potestativo diretto all'annullamento dell'azione¹⁴.

Alla base v'è, quindi, una concezione sostanziale dell'azione, da cui si deduce la presenza di una regola analoga riguardante l'eccezione, a cui si affida il compito di soddisfare analoghe esigenze di tutela sostanziale.

In realtà, l'evoluzione del concetto di eccezione quale *pendant* dell'azione avrebbe dovuto portare alla sua progressiva processualizzazione, in corrispondenza

¹³ «L'*exceptio* tratta dal mondo dei fatti, posta in costante correlazione con l'azione, finisce, nell'idea del giurista, per assumere l'identica natura, con funzione antitetica». È quanto afferma E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 271 ss., per il quale questo collegamento costituisce manifestazione di un concettualismo giuridico fondato su basi geometriche, il quale costituisce «una delle più sorprendenti ipotesi di costrizione della realtà normativa entro schemi predisposti», per lo più riconducibile alla dottrina tedesca (cfr. KELLER, *Il processo romano e le azioni*, traduzione italiana dell'AVV. FILOMUSI GUELFU, con annotazione di DI CRESCENZIO, Napoli, 1872, 234; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, tradotto da SCIALOJA, Torino, 1893, 180 ss. e 214 ss.). Il passaggio dalla constatazione che l'eccezione rappresenta la contestazione della pretesa attorea, all'idea che il contenuto dell'azione è simile a quello dell'eccezione, si risolve in un evidente «salto logico, meno incauto», nell'opinione dell'a., «nel remoto passato che nella dommatica moderna, alla quale non è consentito ancorare l'eccezione alle vicissitudini del concetto di azione a priori, senza controllare, cioè, se la presunta correlazione abbia retto tutte le volte che quel concetto abbia subito modificazioni talora radicali». Sul punto, cfr., anche COLESAI, *Eccezione*, cit., 184 ss.

¹⁴ Cfr. CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»*, cit., 149 ss.; ID., *Principii di diritto processuale*, cit., 272. L'a. fa ricorso a quel concetto di diritto potestativo già impiegato nella dottrina dell'azione, configurando l'eccezione in senso proprio come il «contro-diritto di fronte all'azione e per l'appunto un diritto di impugnazione, cioè un diritto potestativo diretto all'annullamento dell'azione». Cfr. anche ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 31 ss., che ritiene che la natura dell'*exceptio* sia simile a quella dell'*actio* e che per ben comprendere l'intima natura dell'*exceptio* si debba determinare prima quella dell'*actio* e trarne le conseguenze per la determinazione della natura dell'eccezione quale diritto di eccepire. E, considerata l'azione come un diritto potestativo tendente a coprire la volontà di legge esistente nel caso concreto, anche l'eccezione quale diritto di eccepire – contrapposto all'azione quale diritto di agire – appare nel processo come un contro-potere diretto all'annullamento del potere giuridico di azione, avendo l'eccezione, così come l'azione, natura di diritto potestativo; CROME, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, tradotto da ASCOLI e CAMMEO, Milano, 1906, 393, ove si legge che «nel processo, quale diritto di eccepire, l'eccezione si configura come l'*actio*».

alla sorte toccata all'altro termine del rapporto¹⁵. Con l'affermazione dell'azione quale diritto astratto si radica, invece, un concetto di eccezione chiaramente sostanzialistico (evidentemente ispirato alla sistematica germanica), mantenendosi la figura del diritto potestativo ma sostituendosi al diritto *ad impugnandam actionem* il diritto *ad impugnandum ius*¹⁶.

Configurare tale potestà a far venir meno il diritto dell'avversario, che diventa, così, l'omologo non dell'azione ma del diritto che con l'azione può farsi valere, è stato ritenuto necessario per spiegare perché, in certi casi, la legge richieda l'istanza della parte per la rilevazione *in iudicio* del fatto impeditivo o estintivo, laddove nella teoria di Chiovenda, invece, l'eccezione è contrapposta all'azione sul piano meramente processuale¹⁷.

L'idea di una situazione sostanziale dedotta, oltre che con l'azione, anche con l'eccezione, assume come dimostrativa la sola circostanza che la legge, talvolta, subordina la rilevazione giudiziale delle fattispecie impeditive, estintive, modificative all'iniziativa di parte. Ciò è ritenuto sufficiente a provare che in tali casi la parte è titolare di una situazione soggettiva che si fa valere con l'eccezione.

Tuttavia, la circostanza che la rilevazione dei fatti storici sia riservata alla parte non basta da sola a dimostrare l'esistenza di un diritto che non sia poi desumibile anche *aliunde*. La riserva potrebbe, infatti, esprimere la presenza di una situazione attiva meramente processuale e ciò dovrebbe ritenersi corretto, fino a che non sia possibile cogliere contrari elementi dimostrativi sul piano sostanziale.

3. I rapporti tra l'eccezione di merito in senso stretto e la cosa giudicata materiale

Come noto, la cosa giudicata materiale consiste nell'accertamento stabile dell'esistenza della situazione giuridica al momento del passaggio in giudicato della

¹⁵ Cfr. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 271, nota 5.

¹⁶ Su cui cfr. la sintesi di BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 104 e 129.

¹⁷ Già LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, cit., 54 ss.; ID., *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, cit., 449 ss., per il quale l'eccezione in senso stretto è «propriamente il diritto al giudizio sul fatto estintivo o impeditivo che si fa valere»; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Milano, 1936, 90 ss.

sentenza, così determinando la perdita di rilevanza dei fatti giuridici a quel tempo realizzati e non opposti nel processo in cui il giudicato si è formato.

A tal riguardo, occorre verificare se il fatto giuridico oggetto dell'eccezione in senso stretto sia ricompreso nei limiti di efficacia del giudicato.

L'affermazione della natura sostanziale dell'eccezione di merito in senso stretto porta, anzitutto, ad ammettere che la fattispecie di potere sostanziale sia esercitabile anche stragiudizialmente.

Ed invero, se si riconosce che il soggetto è titolare di un potere sostanziale al cui esercizio mediante atto unilaterale è collegato, in via diretta, l'effetto giuridico impeditivo, estintivo e modificativo, costituisce precipitato logico ammettere che esso, al pari di ogni altro potere sostanziale, può essere esercitato al di fuori del processo¹⁸. Solo a tale condizione, infatti, è possibile prefigurarne un esercizio posteriore alla definizione del processo¹⁹.

¹⁸ Segnala tale conseguenza, ORIANI, *Eccezione nel diritto processuale civile*, cit., 273. Ammettono l'esercizio stragiudiziale dell'eccezione PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., 205; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 271 ss. e 349 ss. A proposito dell'eccezione di prescrizione, TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Milano, 1980, 202 ss. Sottolinea che è «consono alla natura del diritto potestativo che nell'eccezione si esprime» la sua esercitabilità stragiudizialmente, nei casi in cui l'effetto sia ricollegato direttamente all'atto unilaterale del soggetto titolare, BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, Bologna, 1988, 5; ID., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, 211 ss.

¹⁹ Osserva MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, 377, nt. 315, che nel senso della tendenziale inconfigurabilità dell'esercizio stragiudiziale si è per lo più pronunciata proprio la dottrina che accoglie la concezione sostanziale dell'eccezione: CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 274, secondo il quale la questione non avrebbe da noi altrettanta importanza che nell'ordinamento tedesco, nel quale è possibile anche l'esercizio stragiudiziale della pretesa; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 181 ss., che, pur ritenendo astrattamente, e *a priori*, configurabile l'esercizio stragiudiziale dell'eccezione sostanziale, lo esclude sul piano del diritto positivo, in virtù del divieto di autotutela, presente nel nostro ordinamento, secondo il quale non è concesso al titolare del diritto sostanziale di provvedere con le proprie forze alla risoluzione delle controversie alle quali sia interessato, essendo a tal fine necessaria l'attività di determinati organi pubblici. Pur riconoscendo che in talune ipotesi tipiche l'autotutela è, invece, ammessa – tra cui rientrano proprio ipotesi di potere sostanziale, come ad es. il diritto di ritenzione – l'a. ritiene che nessuna di esse sia idonea a fornire appoggio alla teoria che considera valido l'esercizio stragiudiziale dell'eccezione, trattandosi di casi sporadici; COLESANTI, *Eccezione*, cit., 183, nota 45, per il quale di esercizio stragiudiziale può discorrersi solo all'interno delle concezioni che costruiscono l'eccezione come potere sostanziale di impugnativa del diritto, salvo poi ricostruire il fenomeno nei medesimi termini; SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., 177-178, in tal caso, però, coerentemente, poiché l'a. non aderisce alla concezione sostanziale dell'eccezione. In senso favorevole, cfr., invece, ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 99 ss., che, pur accogliendo la teoria di CHIOVENDA sui concetti di azione ed eccezione, ritiene ammissibile l'esercizio stragiudiziale dell'eccezione, almeno nei casi in cui ciò risulti «praticamente possibile», come nel caso dell'eccezione di ritenzione e di inadempimento. Anche presso la dottrina civilistica si è spesso negata l'ammissibilità dell'esercizio stragiudiziale dell'eccezione sostanziale: cfr., ad es., REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 236.

La soluzione contraria, per risultare fondata, dovrebbe dimostrare che la fattispecie legale che disciplina il potere sostanziale prevede, quale presupposto per il suo esercizio, la pendenza attuale di un processo che ne impone l'esercizio al suo interno. In tal modo, tuttavia, il potere di eccezione – che sorgerebbe, quindi, solo a seguito della proposizione della domanda – dovrebbe qualificarsi come un mero potere processuale, con ciò negando il presupposto su cui si fonda la teoria sostanziale dell'eccezione, che vuole l'interessato titolare di un potere sostanziale che gli consente, mediante atto unilaterale, di produrre immediatamente una modificazione giuridica sul piano del diritto sostanziale²⁰.

Opposta è, invece, la soluzione cui dovrebbe giungere l'interprete che faccia proprie le premesse della concezione sostanziale, poiché in tal caso si tratta di consentire al debitore di determinare, senza aspettare di essere convenuto, la propria liberazione, che si suppone inoperante in mancanza dell'esercizio dell'eccezione²¹.

Ciò appare conforme, del resto, ai generali principi che governano il nostro ordinamento, considerato che, trattandosi di un potere sostanziale, non pare contestabile che il suo esercizio avvenga mediante un atto avente anch'esso natura sostanziale. Il fatto che l'esercizio del potere sostanziale, ossia dell'eccezione, possa avvenire in occasione del processo, nulla toglie alla natura dell'atto compiuto in questa sede, che resta un atto sostanziale.

Anche a prescindere da tali considerazioni, appare maggiormente coerente ritenere che, una volta attribuita all'eccezione la natura di potere sostanziale, questo segua il regime di ogni altro potere sostanziale, incorrendo altrimenti nell'equivoco

²⁰ In tal senso, CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»*, cit., 152, che giustifica la non esercitabilità in via stragiudiziale dell'eccezione, osservando che questa, configurandosi come *ius ad impugnandam actionem*, presuppone che l'azione sia esercitata e, quindi, che il processo sia pendente. Occorre, tuttavia, specificare che l'esercizio stragiudiziale del potere sostanziale è senz'altro da escludere qualora si accolga un concetto di eccezione in linea con la teoria del diritto concreto d'azione: se l'eccezione sostanziale è diretta *ad impugnandam actionem* non può ammettersene un esercizio stragiudiziale. Ciò in quanto l'annullamento dell'azione non può che avvenire nel processo a seguito della sentenza, essendo necessario che la manifestazione di volontà del convenuto a ciò diretta avvenga lite pendente. In tal senso, cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 310.

²¹ Questo è l'argomento valorizzato da SCHLESINGER, *Compensazione (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, III, Torino, 1964, 724, il quale si esprime in senso favorevole all'esercizio stragiudiziale del potere sostanziale di compensazione ed in effetti valido per tutte le eccezioni, laddove concepite in senso sostanziale.

di qualificare un potere come sostanziale, per poi affermarne l'esercitabilità solo all'interno del processo²².

Ciò non vuol dire che il potere sostanziale non possa essere esercitato anche nel corso del processo, ma questo nulla toglie alla natura sostanziale, appunto, del potere, nonché degli effetti che ne derivano, trovando nel giudizio solo l'occasione del suo dispiegamento.

Muovendo dai principi che sono alla base della teoria sostanziale dell'eccezione in senso stretto, deve allora necessariamente affermarsi che l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo non si produce fin tanto che il potere sostanziale sotteso all'eccezione di merito non sia stato esercitato, con la conseguenza che i limiti di efficacia del giudicato non precludono l'esercizio del potere sostanziale, seppure questo fosse stato esistente e liberamente esercitabile al tempo del primo processo²³.

In altri termini, applicando la teoria sostanziale dell'eccezione, non può che concludersi nel senso che il giudicato non preclude le eccezioni di merito in senso stretto – *rectius*, le situazioni giuridiche di potere sostanziale che ad esse si ritengono sottese – esistenti al tempo del primo processo.

Questa impostazione si pone, tuttavia, in contrasto con il tradizionale insegnamento secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile, in forza del quale, a seguito dell'accoglimento della domanda, il soccombente non può più

²² In modo conforme, MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 380-381, secondo cui «una soluzione negativa a tale proposito rimarrebbe priva di giustificazione all'interno della concezione dell'eccezione come potere sostanziale [...]. La riluttanza in genere manifestata sul punto dalla nostra dottrina costituisce inequivoco segno della sua indisponibilità ad accogliere tutte le conseguenze applicative delle premesse poste» con la concezione sostanziale dell'eccezione di merito in senso stretto».

²³ Tale implicazione è evidenziata da MERLIN, *Sulla spendibilità della compensazione in sede di opposizione all'esecuzione. Problemi e prospettive*, in *Riv. es. forzata*, 2000, 97 ss.; ID., *Compensazione e processo*, I, cit., 123 ss. e 271 ss. Cfr. LA ROSA, *Per una triplice distinzione delle eccezioni*, cit., 81 ss., il quale ammette l'esercizio dell'eccezione sostanziale dopo il giudicato. *Contra*, con riguardo all'eccezione di compensazione, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 278 – la cui impostazione è adottata dalla dottrina successiva, tra cui LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, 1931, 208-209; FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, 155; CALAMANDREI, *Compensazione in sede esecutiva per credito anteriore al giudicato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, II, 1940, 3 ss., il quale accoglie la tesi dell'operatività *ipso iure* della compensazione, secondo la quale, premesso che l'effetto si produce solo con l'esercizio del potere di eccezione e che l'azione esecutiva intrapresa sulla base della sentenza può essere contrastata solo mediante la deduzione di fatti sopravvenuti, è da escludere l'opponibilità dell'eccezione di compensazione fondata su un credito anteriore alla sentenza, poiché l'effetto di tale potere si pone in contrasto con il giudicato.

esercitare l'eccezione²⁴. Egli aveva a disposizione un mezzo – l'eccezione appunto – il cui utilizzo gli avrebbe consentito di andare esente da condanna. Tuttavia, una volta che la tutela richiesta dall'attore sia stata concessa, il mezzo di difesa perde rilievo, proprio in quanto, per un verso, è stato raggiunto quel risultato (la condanna) che l'eccezione era volta ad evitare e, per altro verso, si è concluso il processo all'interno del quale l'eccezione era esercitabile.

Ciononostante, la circostanza per cui il giudicato non preclude l'esercizio dell'eccezione di merito in senso stretto, appare imposta dalla corretta applicazione dei principi che sono alla base della teoria sostanziale dell'eccezione.

In particolare, posto che al fatto qualificato dalla norma attributiva dell'eccezione in senso stretto non è ricollegato alcun effetto giuridico diretto; che per la sua realizzazione è necessario l'esercizio del potere sostanziale; che il giudicato sostanziale preclude i fatti produttivi di effetti giuridici incidenti sulla situazione accertata e coperta dal giudicato; ne deriva che l'atto di esercizio del potere successivo al giudicato costituisce un fatto sopravvenuto, senza che in contrario possa rilevare la circostanza che il potere già esisteva al tempo del primo processo.

A tale conclusione non può neppure obiettarsi che, sebbene il potere esistente al tempo del primo processo ma non esercitato non possa considerarsi precluso dal giudicato, occorre comunque verificare se non vi sia una norma specifica che ricollegli alla sentenza, quale mero fatto, una tale efficacia estintiva del potere preesistente. Una norma di questo tipo non esiste nel nostro ordinamento, né può rintracciarsi nella disposizione che prevede la preclusione processuale del potere di

²⁴ Cfr. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., 293 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 1998, 195 ss.; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1997, 469 ss.; CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, 68-69; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 302; FABBRINI, *Eccezione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 517-518; ID., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti in onore di C. Furno*, Milano, 1973, 370-371; SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1973, 194 e 596; ID., *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963, 236; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, III, cit., 67; REDENTI, *Sull'«assorbimento» di eccezioni riconvenzionali*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, II, Milano, 1962, 619 ss.; CALAMANDREI, *Compensazione in sede esecutiva per credito anteriore al giudicato*, cit., 5; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., 230 ss.; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 227-228; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., 587; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 322 e 341; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, cit., 196 ss.

eccezione in senso stretto, atteso che essa può riguardare solo il potere processuale, appunto, e non il sottostante potere sostanziale²⁵.

Al contrario, il potere, in quanto avente natura sostanziale, garantisce al suo titolare una libertà di scelta e tale libertà è attribuita al soggetto fin tanto che, sul piano del diritto materiale, non intervenga un fatto che determini l'estinzione del potere²⁶.

Queste osservazioni valgono anche con riferimento al potere di eccezione, considerato che i sostenitori della teoria sostanziale ritengono che il divieto di rilevazione officiosa del fatto dipenda dalla circostanza che l'effetto giuridico si realizza solo allorché «non piaccia al convenuto valersi del suo diritto»²⁷. Solo ad esso spetta l'iniziativa e la responsabilità di realizzare l'effetto, «perché egli solo deve essere giudice della convenienza di provocarlo»²⁸.

Ciononostante, è ben possibile che, in occasione del processo, si verifichino autonome cause di estinzione del potere sostanziale, che comportano l'impossibilità di un suo successivo esercizio. Ad es., nel caso di decorso del termine per l'esercizio del potere, di rinuncia espressa o tacita al potere da parte del suo titolare, ovvero di altro comportamento incompatibile con l'attuazione del rapporto, al quale la legge ricolleggi il venir meno del potere²⁹.

Tali cause di estinzione possono indubbiamente verificarsi anche all'interno del processo, ma restano del tutto autonome e indipendenti rispetto al suo svolgimento, restando ferma la validità dell'affermazione per cui, in base alla concezione

²⁵ Sul punto, cfr. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 231.

²⁶ LA ROSA, *Per una triplice distinzione delle eccezioni*, cit., 87, che, nell'ammettere l'esercizio dell'eccezione sostanziale successivamente alla formazione del giudicato, rileva che «non vi è alcuna ragione, né logica né pratica, per impedire l'esercizio di tali contro-diritti anche avverso al giudicato; ché, anzi, da un punto di vista pratico, si salvaguarda con tale soluzione la libertà di scelta del titolare dell'eccezione di scegliere, per l'esercizio di essa, il tempo da lui ritenuto più opportuno, evitando lo svantaggio di subire preclusioni imposte dall'altrui operato».

²⁷ Cfr. CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»*, cit., 153.

²⁸ Cfr. CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»*, cit., 155; COLESANTI, *Eccezione*, cit., 193-194.

²⁹ Cfr. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 274 ss.; ATTARDI, *Per una critica al concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, 1 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 479-480. In particolare, nelle fattispecie di preclusione dell'eccezione per comportamento incompatibile, nella ricostruzione di MERLIN assume rilievo il comportamento obiettivamente volto a dare attuazione al rapporto (ad es., l'adempimento o la novazione), ma non rientra, di per sé, la complessiva condotta processuale del convenuto che omette di esercitare l'eccezione, pur facendo valere altre difese dirette a conseguire il rigetto della domanda attorea.

sostanziale dell'eccezione in senso stretto, non ne è precluso l'esercizio successivamente alla definizione del giudizio al cui interno può essere fatta valere.

Una volta ammesso l'esercizio stragiudiziale del potere sostanziale, resta aperta la questione della natura dell'eccezione, se rilevabile d'ufficio o solo su istanza di parte, nel caso in cui il potere sia stato esercitato prima del processo e la sua efficacia impeditiva estintiva, modificativa venga in rilievo in pendenza di questo.

Potrebbe concludersi nel senso della rilevabilità d'ufficio: se il diritto viene esercitato con atto stragiudiziale, allora l'effetto giuridico può dar luogo ad eccezione, allorquando configuri un fatto estintivo, modificativo, impeditivo del diritto dedotto in giudizio. Qui l'effetto già si è prodotto al di fuori del processo e 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), poiché così non fa che prendere atto e conoscere di una realtà già compiutamente svoltasi e cristallizzata al di fuori del processo.

Una tale soluzione, tuttavia, pare affrettata, considerato che si basa sull'equazione, tutt'altro che scontata, tra la verifica dell'effetto sul piano sostanziale e la sua rilevabilità anche d'ufficio.

Al contrario, al fine di determinare se un fatto impeditivo, estintivo, modificativo sia rilevabile anche d'ufficio o no, occorre avere riguardo a come il legislatore ha mostrato di conformare l'effetto sul piano sostanziale³⁰.

4. La concezione sostanziale nelle eccezioni di impugnativa negoziale

Si deve riconoscere che, mentre per alcune figure, quali la prescrizione e la compensazione, la dimostrazione dell'operatività *ipso iure* dell'effetto pare facilmente condivisibile – sebbene sia stata proposta una loro ricostruzione come fattispecie di potere sostanziale – residuano altre ipotesi in cui analoga conclusione necessita di un maggiore impegno esplicativo, poiché la concezione sostanziale dell'eccezione appare maggiormente persuasiva³¹.

³⁰ V. *infra*, cap. IV.

³¹ Per l'operatività *ipso iure* della prescrizione e della compensazione, cfr. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 260 ss., 301 ss., 406 ss. Analogamente, ORIANI, *Eccezione nel diritto processuale*

Si tratta, in particolare, del settore delle eccezioni di impugnativa negoziale, con esclusione dell'eccezione di nullità, la cui rilevabilità d'ufficio e l'operatività *ipso iure* non sono in discussione, stante il disposto dell'art. 1421 c.c.³².

Tali sono le eccezioni che trovano fondamento in un rapporto giuridico di fonte negoziale e che hanno ad oggetto un fatto coevo o successivo alla formazione del titolo. Con tali eccezioni – omologamente alle corrispondenti azioni – la parte convenuta fa valere un vizio originario o sopravvenuto dell'atto negoziale³³.

civile, cit., 274; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 251; CAVALLINI, *Eccezione rilevabile di ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, 46-47. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 292 ss. Nella dottrina civilistica, cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 120; PANZA, *Prescrizione*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Milano, 1996, 226 ss.; B. GRASSO, *Prescrizione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Torino, 1986, 58 ss.; FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti in onore di C. Furno*, Milano, 1973, 367; PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 164-165; REDENTI, *La compensazione dei debiti nei nuovi codici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 10 ss.; CALAMANDREI, *Compensazione in sede esecutiva per credito anteriore al giudicato*, cit., 6; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., 220 ss. La tesi per cui l'effetto giuridico si produrrebbe solo a seguito dell'esercizio del potere di parte si fonda quasi esclusivamente sulla regola della non ripetibilità dell'adempimento del debito prescritto o affetto da eccezione di compensazione. In tal senso, cfr. PAGNI, *Le eccezioni di impugnativa negoziale*, cit., 234-235. Nella dottrina civilistica, invece, cfr. BIGLIAZZI GERI – BRECCIA – BUSNELLI – NATOLI, *Diritto civile*, I, Torino, 1987, 387 ss. Tuttavia, tale rilievo non pare decisivo (lo riconosce anche PAGNI, *op. ult. cit.*, nt. 80), considerato che la *soluti retentio* opera anche laddove l'adempimento sia effettuato anche successivamente all'esercizio dell'eccezione. Cfr. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Tutela dei diritti*, II, *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1998, 442 ss.; PANZA, *op. cit.*, 228. In argomento, v. infra, cap. IV, § 5.

³² In tal senso, E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 303 ss., il quale afferma il carattere meramente «negativo» degli effetti oggetto di eccezione in senso stretto e delinea i casi in discorso come «fattispecie impeditive – modificative – estintive ad effetti pseudopositivi». L'a. ritiene che sia dovuto «soprattutto alla presenza di questi modelli se si è determinata negli studiosi la convinzione che l'eccepiente deduca in giudizio una propria situazione giuridica sostanziale, tutte le volte che la legge gli riserva l'iniziativa dell'accertamento giudiziale dell'effetto negativo». La «pseudopositività» dell'effetto sarebbe data dal fatto che esso consiste nella nascita, in capo all'interessato, di una posizione soggettiva attiva – il diritto potestativo – il cui contenuto si risolve però nel fornire lo strumento per la realizzazione di un ulteriore effetto giuridico, il quale è, a sua volta, a contenuto meramente negativo (caducazione/modificazione del rapporto).

³³ Sono da sempre discussi in dottrina l'ammissibilità, il fondamento e il meccanismo delle c.d. eccezioni di impugnativa. Cfr. FABIANI – GIORGIETTI, *La proponibilità in via di eccezione del diritto alla revocatoria fallimentare prescritto*, in *Foro it.*, 1999, I, 552 ss.; MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 232 ss.; BUONCRISTIANO, *Brevi osservazioni sui problemi sostanziali e processuali dei concorsi privati nella più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Giur. it.*, 1987, I, 805; ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.*, 1987, IV, 431 ss.; FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, cit., 382 ss.; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 305 ss.; CAPPELLETTI, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 206; ID., *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di castello, 1949, 45 ss.; MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Il Contratto: silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, 45 ss.; ANDRIOLI, *L'azione revocatoria*, Roma, 1935, 150 ss.

Tale categoria trova riscontro nel diritto positivo, in particolare nel codice civile, che, con riguardo ai rapporti giuridici di fonte contrattuale, prevede espressamente la possibilità di usare in chiave meramente difensiva (in veste di eccezioni, appunto) le impugnative negoziali. La legge, ad esempio, prevede espressamente le eccezioni di annullabilità (art. 1442, comma 4, c.c.), di rescindibilità (art. 1449, comma 2, c.c.), di garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto (artt. 1495, comma 3, c.c. e art. 1667, comma 3, c.c.)³⁴.

Tali fattispecie mal si prestano, almeno a prima vista, ad essere descritte mediante la formula '*ipso iure*', poiché, a ben vedere, l'effetto non riguarda esclusivamente la singola obbligazione, ma l'intero rapporto sinallagmatico da cui essa trae causa³⁵. La stessa previsione della possibilità di opporre il vizio anche in via di eccezione – così rafforzando la tutela predisposta a favore dell'interessato – sembra tradursi proprio nella possibilità di sottoporre la fattispecie ad accertamento giudiziale, anche se essa non abbia ancora esplicato, ovvero, addirittura, non possa più esplicare, la sua efficacia impeditiva – estintiva – modificativa.

Secondo l'impostazione tradizionale, infatti, nei casi di vizi che danno luogo ad ipotesi di impugnativa negoziale, al momento della formazione del contratto, ovvero successivamente, nella fase di svolgimento del rapporto, si verifica un fatto al quale la legge non ricollega direttamente (*ipso iure*) la produzione di effetti impeditivi ed estintivi.

Ed invero, nelle ipotesi di annullamento e di rescissione del contratto, al momento della formazione del titolo si verificano fatti che non impediscono la produzione degli effetti giuridici a cui l'atto è preordinato, ma ne consentono il successivo venir meno a seguito del compimento di una specifica e qualificata attività da parte del soggetto

³⁴ In mancanza di una previsione espressa, è controverso se l'eccezione di risoluzione possa definirsi come una figura di carattere generale, che trova applicazione anche in fattispecie diverse da quelle espressamente previste dal codice civile. Sul tema, cfr. DELLACASA - ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, Milano, 2006, 145 ss.; in relazione all'eccezione di eccessiva onerosità sopravvenuta, MACARIO, *Le sopravvenienze*, *ibid.*, 493 ss., specie 653 ss.; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 333 ss. La questione, tuttavia, ai nostri attuali fini è irrilevante.

³⁵ A meno che non si adotti quella ricostruzione secondo cui è la stessa caducazione/modificazione del rapporto fondamentale a prodursi *ipso iure* e, cioè, «non appena si verifichi il fatto previsto dalla norma»: cfr. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 188 ss.

interessato. In altre parole, il rapporto giuridico viene ad esistenza ma può successivamente estinguersi³⁶.

Analogamente, nella risoluzione per vizi della cosa compravenduta o dell'opera appaltata, l'inadempimento della prestazione del venditore o dell'appaltatore non determina *ipso iure* l'estinzione del contratto, ma necessita di una qualificata attività della parte³⁷.

³⁶ Per l'opinione dominante, il contratto annullabile è efficace. Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 985 e 997 ss.; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *I rimedi*, IV, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, a cura di GENTILI, Milano, 2006, 1 ss., specie 97 – 98; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 369 e 373 ss.; SACCO, *Le invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 2002, 599 ss., specie 607 e 626 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 642 ss. e 669 ss.; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 199 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 254; MESSINEO, *Annullabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1985, 469 ss., specie 470; ID., *Il contratto in generale*, II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU – MESSINEO, Milano, 1972, 294 ss., 302, 394 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da GROSSO – SANTORO PASSARELLI, Milano, 1972, 246 ss. Parte della dottrina ha messo in discussione l'orientamento tradizionale, parlando di efficacia, seppur interinale del contratto, ma "minorata". Cfr. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 850, 873 e 875 ss., per il quale il contratto annullabile è senz'altro efficace contro la parte non protetta (...) infatti questa può legittimamente rifiutare l'adempimento del contratto, eccependo l'annullabilità». Per altra opinione, l'efficacia del contratto annullabile «non è data da una sua qualità intrinseca, ma da altri atti o fatti che si aggiungono alla vicenda», tra i quali, in specie, la convalida, l'esecuzione del contratto, la mancata impugnazione nel termine previsto. Sul punto, cfr. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, Milano, 2005, 11; ID., *Il contratto annullabile*, in *Il contratto in generale*, VII, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Torino, 2002, 165 ss. Ritengono, invece, che il contratto annullabile sia totalmente privo di effetti: GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO – GABRIELLI, Torino, 2006, 1407 ss., specie 1628 ss.; CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, II, diretto da CICU – MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1987, 647 ss., specie 650 ss. (per il quale il contratto annullabile produce effetti solo a seguito di convalida ad opera della parte interessata). Per quanto concerne il contratto rescindibile, l'opinione dominante è nel senso che esso sia efficace. Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 1009 e 1012 – 1013; SACCO, *Le invalidità*, cit., 626 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 682 e 690; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 423 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 259 ss. Cfr., anche, ROPPO, *Il contratto*, cit., 893, per il quale la sentenza di rescissione rimuove gli effetti del contratto prodotti sino a quel momento, seppure in modo minorato e precario, analogamente a quanto sostenuto dall'a. in materia di annullabilità.

³⁷ Che il fatto – inadempimento che costituisce causa di risoluzione del contratto non operi *ipso iure* è opinione pressoché unanime, in relazione alle disposizioni generali di cui agli artt. 1453, 1454 e 1456 c.c., nonché a quelle specifiche ex artt. 1492 e 1668, comma 2, c.c., in tema di contratto di vendita e di appalto. Con riferimento alla risoluzione in generale, cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., 939 ss. e 962 ss.; SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile*, fondato da SCHLESINGER, diretto da BUSNELLI, Milano, 2007, 671 ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 371 – 372 e 382 ss.; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 305 ss.; SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in *Obbligazioni e contratti*, cit., 643 ss.; MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, II, Milano, 1965, 10 ss. Le conclusioni divergono nell'ipotesi di termine essenziale, poiché in tal caso non v'è dubbio che, ex art. 1457 c.c., l'effetto si realizzi *ipso iure* (immediatamente, ovvero alla scadenza di tre giorni se manca la richiesta della prestazione). Cfr. ROPPO, *op. cit.*, 969 ss.; SICCHIERO, *op. cit.*, 638 ss.; SACCO, *op. ult. cit.*, 661.

In tale contesto, il legislatore, affianco alla proposizione di una domanda di impugnativa negoziale volta all'ottenimento di una decisione giudiziale, ha previsto, in favore dell'interessato, convenuto per l'esecuzione del contratto, il anche la proponibilità di un'eccezione, mediante la quale egli può ottenere il rigetto della domanda di condanna mediante l'opposizione dei medesimi vizi che costituiscono fatti costitutivi delle omologhe azioni di impugnativa negoziale.

Ebbene, la teoria dell'eccezione in senso sostanziale ricollega la produzione dell'effetto giuridico direttamente all'atto di esercizio dell'eccezione di impugnativa, il cui esercizio mediante atto unilaterale realizza il mutamento giuridico³⁸.

Il potere sostanziale di eccezione rientrerebbe, quindi, nello schema: norma – fatto – potere (manifestazione di volontà) – effetto, in forza del quale la produzione dell'effetto è subordinata all'iniziativa della parte interessata, su cui ricade la scelta se modificare o meno la sfera giuridica (oltre che propria) di un altro soggetto, che nulla può e deve fare, ma solo subire la scelta della parte titolare del potere sostanziale³⁹. Questa situazione di preminenza, consistente nel potere di incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui, è quella che viene comunemente qualificata come diritto potestativo.

Nelle ipotesi di impugnativa negoziale, quindi, al verificarsi di un determinato fatto la legge non attribuisce *ipso iure* efficacia impeditiva, estintiva, modificativa del rapporto giuridico, di modo che, fin tanto che non interviene il provvedimento costitutivo dell'effetto, nel caso in cui si proponga una domanda di impugnativa negoziale, ovvero non venga opposta l'omologa eccezione, il rapporto giuridico deve ritenersi esistente.

³⁸ In tal senso, cfr. MARINI, *Il contratto annullabile*, in *I rimedi*, I, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, a cura di GENTILI, Milano, 2006, 382 ss.; PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., 220; SACCO, *Le invalidità*, cit., 626; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 237 ss. e 337 ss.; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., 106 – 107; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., 106 ss. Le ricostruzioni degli autori citati si differenziano notevolmente per ciò che, mentre alcuni mantengono fermo il presupposto per cui, dal lato attivo, il soggetto è titolare di un potere di modificazione giuridica esercitabile mediante la domanda giudiziale, dal cui accoglimento deriva la produzione dell'effetto giuridico, altri escludono che nel settore in considerazione ricorrano ipotesi di tutela costitutiva, ed affermano che il mutamento giuridico è sempre conseguibile mediante atto unilaterale, esercizio di potere sostanziale.

³⁹ Cfr. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 246 ss.; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 303. V. anche *supra* nota 7.

Ne consegue, che, in forza della teoria sostanziale dell'eccezione, la sentenza di rigetto emessa in conseguenza della proposizione dell'eccezione di impugnativa, presuppone la realizzazione di una modificazione giuridica che determina l'estinzione dell'obbligazione di cui è chiesto l'adempimento⁴⁰.

A ben vedere, infatti, se il rapporto dedotto in giudizio dall'attore deve ritenersi esistente, essendo efficace il titolo che ne costituisce la fonte, in tanto la domanda dell'attore potrà essere rigettata, in quanto si sia realizzato un mutamento giuridico, comportante l'estinzione del diritto fatto valere in giudizio; modificazione giuridica, la quale non può che conseguire alla proposizione dell'eccezione da parte del convenuto⁴¹.

5. Critica alla teoria dell'eccezione di merito quale potere sostanziale

Così esposta la teoria sostanziale dell'eccezione in senso stretto – con le implicazioni che ne derivano in ordine alla necessaria consequenzialità tra tale impostazione e l'esercitabilità dell'eccezione successivamente al passaggio in giudicato della sentenza – in questa sede si vuole contestare l'assunto secondo cui la previsione legale dell'eccezione di merito in senso stretto attribuirebbe all'interessato

⁴⁰ Che l'eccezione produca un effetto propriamente estintivo è sostenuto da ROPPO, *Il contratto*, cit., 847, per il quale l'eccezione di annullamento ha il medesimo effetto della corrispondente azione, cioè «la cancellazione degli effetti contrattuali»; PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., 205 ss. e 220; SACCO, *Le invalidità*, cit., 625 – 626, specie nota 22; BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 664; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 237 ss. e 333 ss.; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., 107; ID., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 475 ss., specie 536 – 537; CARRESI, *Il contratto*, cit., 656; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 170 – 171; MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., 398 ss.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 275 – 276; PUGLIATTI, *Eccezione*, cit., 163 ss.; LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961, 264; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., 105 ss.

⁴¹ Cfr., con riferimento all'eccezione revocatoria, LIEBMAN, *L'eccezione revocatoria e il suo significato processuale*, in *Foro it.*, 1926, I, 65 ss., il quale, sul presupposto della natura costitutiva della corrispondente azione, rileva la «esigenza logica» che, per effetto della modificazione giuridica, si ammetta il risultato che sarebbe conseguibile in via di azione, ossia la produzione della modificazione giuridica, dalla quale dipende la possibilità, per il convenuto, di vedere rigettata la domanda. Per analoghe considerazioni, con riferimento all'eccezione revocatoria nel fallimento, cfr. MONTANARI, *Le eccezioni in senso stretto e la revocatoria nel giudizio sommario di verifica dello stato passivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, *Numero speciale diritto e processo commerciale*, 131 ss.

un potere sostanziale, al cui esercizio è condizionata la produzione dell'effetto giuridico impeditivo, estintivo, modificativo del diritto altrui.

Considerato che la teoria sostanziale dell'eccezione appare maggiormente persuasiva in relazione alle eccezioni di impugnativa negoziale, è in tale settore che sembrano doversi concentrare gli sforzi volti a dimostrare l'infondatezza della teoria dell'eccezione come potere sostanziale. Le eccezioni fondate su vizi – genetici o funzionali – del rapporto contrattuale forniscono, infatti, utile occasione per sottolineare le difficoltà ricostruttive dell'impostazione sostanzialistica dell'eccezione in senso stretto.

Essa muove da un dato non contestato, secondo il quale la legge, in presenza di un fatto integrante motivo di impugnazione negoziale, non prevede un potere sostanziale – tradizionalmente qualificato come diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale⁴² – dal cui esercizio consegue immediatamente la produzione dell'effetto giuridico, ma attribuisce al soggetto un potere che si esercita mediante domanda giudiziale, con la quale è richiesta l'emanazione di un provvedimento giurisdizionale che attua la modificazione giuridica. L'effetto giuridico, quindi, consegue solo alla sentenza e non direttamente all'atto di parte.

In altre parole, la mancata realizzazione *ipso iure* dell'effetto, sembra correlarsi con la circostanza che la caducazione del rapporto fondamentale, dovuta al realizzarsi della fattispecie estintiva – impeditiva – modificativa, è configurata dalla legge come oggetto di un diritto potestativo esercitabile solo giudizialmente, presentandosi, dunque, come effetto che si realizza tramite l'apporto costitutivo della pronuncia giudiziale⁴³.

Senonché, accanto alla possibilità di far venir meno il negozio mediante proposizione di una domanda giudiziale volta all'ottenimento di una sentenza costitutiva, la dottrina dell'eccezione in senso sostanziale prevede, altresì, in favore dell'interessato convenuto per l'esecuzione del contratto, che egli, sulla base della medesima ragione di impugnazione, possa produrre immediatamente, sul piano

⁴² Cfr. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 242, la quale osserva che nelle fattispecie di impugnativa negoziale, come l'annullamento, «la produzione dell'effetto negativo è subordinata alla nascita, in capo all'interessato, di un diritto potestativo il cui esercizio serve a liberare l'effetto impeditivo».

⁴³ Sul punto, cfr. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 236 ss.

sostanziale, quello stesso effetto giuridico, ovvero un effetto giuridico minore, mediate un atto unilaterale di esercizio del potere di modificazione giuridica⁴⁴.

Di fronte alla premessa per cui nell'allegazione dell'eccezione in senso stretto è insita la manifestazione di volontà del convenuto diretta alla produzione di un effetto impeditivo-estintivo-modificativo sul piano del diritto sostanziale, l'interprete si trova a dover scegliere tra due costruzioni alternative, entrambe, come vedremo, parimenti inappaganti.

Da un lato, potrebbe supporre che il vizio funzionale o genetico del contratto dia vita a due distinti poteri sostanziali, con effetti di diversa estensione: l'uno, rappresentato dal potere di eccezione, diretto a porre nel nulla esclusivamente la posizione di obbligo derivante dal rapporto viziato a carico dell'interessato; l'altro, costituito, invece, dal vero e proprio diritto potestativo di annullamento, rescissione, risoluzione del contratto, diretto, a sua volta, a porre nel nulla l'intero rapporto, per il tramite della sentenza⁴⁵.

⁴⁴ L'opponibilità in via di eccezione risponde all'esigenza di risparmiare al titolare del diritto potestativo l'onere di attivazione del giudizio diretto alla caducazione/modificazione del rapporto, laddove quest'ultimo sia rimasto inattuato. Per tutti, cfr. SCHLESINGER, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, 367, il quale, a proposito dell'eccezione di annullabilità, afferma che «la parte interessata è sollevata dall'onere di chiedere una declaratoria di annullamento in quanto, in seguito al contratto, la situazione di fatto già in pratica corrisponde alla situazione giuridica che si determinerebbe in seguito all'annullamento. In tal senso, già BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 274-275, che, in relazione al previgente art. 1302 c.c. (eccezioni di rescindibilità e annullabilità del contratto) osserva, con particolare riguardo alla loro imprescrittibilità, che la norma «ha lo scopo di evitare ogni pregiudizio a chi si trova – a causa dell'inesecuzione – in una situazione particolarmente favorevole. Se non esiste una simile posizione, se cioè ha avuto luogo l'esecuzione del contratto, l'eccezione può venire efficacemente combattuta con la replica di prescrizione». Tale esigenza è assicurata, appunto, dalla previsione della possibilità di tener conto della fattispecie impeditiva-estintiva-modificativa anche prescindendo dalla pronuncia costitutiva del giudice. Ciò si traduce in due precisi vantaggi: uno di ordine processuale e l'altro di ordine sostanziale. Dal punto di vista processuale, l'interessato è ammesso a beneficiare del trattamento proprio dell'eccezione, anziché di quello della domanda giudiziale, evitando, così, che la sua iniziativa possa essere riguardata come volta ad introdurre un nuovo *thema decidendum*, con tutte le conseguenze che ne derivano. Dal punto di vista sostanziale, l'eccezione risulta opponibile anche se è prescritta l'azione diretta alla modificazione del rapporto, regola, quest'ultima derogata, tuttavia, in relazione all'eccezione di rescindibilità, per la quale il vantaggio è, dunque, solo di ordine processuale. Cfr. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 239.

⁴⁵ Una duplicazione di poteri sostanziali – tra cui quello di eccezione concepito come minore – appare implicita nella tesi di LIEBMAN, *L'eccezione revocatoria e il suo significato processuale*, cit., 65 ss., della natura costitutiva della pronuncia conseguente all'esercizio dell'eccezione di caducabilità. La differenza rispetto al diritto potestativo principale sarebbe di ordine sostanziale, in quanto espressa dai più ristretti limiti oggettivi (il singolo diritto, non l'intero rapporto) del mutamento giuridico operato dalla pronuncia stessa. Ad analoghe conclusioni giunge E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 308 ss.; ID., *Profilo sostanziale e profilo processuale della fattispecie impeditiva nella fideiussione con beneficio dell'escussione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 80 ss., che assume le fattispecie in discorso

Una diversa soluzione configura tanto l'eccezione quanto l'omologa azione come esercizio dell'unico potere sostanziale prodotto dalla fattispecie: entrambi determinano il dispiegarsi dell'effetto impeditivo-estintivo-modificativo sull'intero rapporto sinallagmatico⁴⁶.

La prima soluzione non appare accoglibile. Occorre, infatti, considerare, che il riconoscimento di una duplicità di poteri sostanziali in capo all'interessato equivale ad ammettere che il medesimo vizio (errore, violenza, dolo) sia in grado di produrre l'estinzione tanto della singola obbligazione – qualora venga opposta l'eccezione – quanto dell'intero rapporto contrattuale – nel caso in cui l'impugnativa negoziale sia avanzata in via di azione.

Tale ricostruzione, per risultare fondata, dovrebbe dimostrare che le reciproche posizioni di obbligo possono essere oggetto di alterne vicende, anche laddove la causa delle vicende medesime non sia peculiare ad una di esse, ma sia, invece, attinente all'intero rapporto sinallagmatico. Il risultato sarebbe, tuttavia, del tutto contrastante con il sistema normativo nel quale i vizi genetici e funzionali del contratto non sono affatto considerati come cause di estinzione dell'obbligazione, la quale è solo indirettamente coinvolta dalla vicenda negoziale, ma esclusivamente come cause di estinzione dell'intero rapporto contrattuale⁴⁷.

Anche il secondo capo dell'alternativa si rivela, però, gravemente insoddisfacente rispetto alla disciplina normativa delle fattispecie di impugnativa negoziale. La prospettiva da cui muove tale seconda soluzione è, infatti, quella per cui l'eccezione sarebbe un particolare modo di esercizio dell'unico potere sostanziale scaturente dai vizi genetici o funzionali del contratto. I suoi effetti, in altre parole, si

come produttive di due distinti effetti giuridici: l'uno meramente negativo e operante *ipso iure*, sulla singola obbligazione scaturente dal contratto, l'altro positivo, rappresentato dal binomio diritto potestativo-azione costitutiva, volto a produrre, per il tramite della sentenza, un più ampio effetto caducatorio dell'intero rapporto.

⁴⁶ In tal senso, cfr. ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, cit., 819, secondo il quale «quando uno dei contraenti agisca per l'esecuzione del contratto [...], l'altro, eccedendo l'impugnabilità del contratto stesso, provoca automaticamente, con la sua dichiarazione di volontà, la modificazione giuridica in gioco: annullamento, rescissione, risoluzione» (la tesi appare però abbandonata dall'a. nel successivo scritto *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1990, 535 ss.); ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 184 ss.

⁴⁷ Artificiosa apparirebbe, quindi, la loro assunzione quali cause di estinzione del rapporto obbligatorio, evidentemente implicata dall'idea di una duplicità degli effetti. Cfr. MERLIN, *Compensazione e processo*, I. cit., 242, specie nota 81.

identificherebbero, sul piano sostanziale, proprio con quelli di annullamento, rescissione, risoluzione del contratto⁴⁸.

L'impressione è che questa impostazione manifesti una contraddizione di fondo: se il potere esercitato in via di domanda e quello esercitato in via di eccezione si fondano sui medesimi fatti e ad essi consegue la produzione del medesimo effetto giuridico – di annullamento, rescissione o risoluzione del contratto – si perviene al risultato per cui la stessa figura di potere, nell'un caso non permette al titolare di ottenere immediatamente il mutamento giuridico, essendo necessario il provvedimento giurisdizionale, mentre, nell'altro, gli consente di realizzarlo direttamente, con un proprio atto unilaterale⁴⁹.

Ciò rivela un'evidente antinomia, poiché la parte interessata sarebbe dotata di un duplice potere sostanziale tendente al medesimo scopo: la produzione della stessa modificazione giuridica. Nel caso in cui ciò avvenga mediante l'atto di esercizio dell'eccezione, tuttavia, la modificazione avverrebbe direttamente, escludendosi la natura costitutiva della pronuncia emessa sul punto dal giudice⁵⁰.

⁴⁸ Quest'impostazione è evidente in PUGLIATTI, *Eccezione*, cit., 164, per il quale, «quando il titolare del diritto (ad ottenere) l'annullamento, esercita tale diritto, in via di azione e in via di eccezione, tende a porre nel nulla le proprie situazioni soggettive passive e, correlativamente quelle attive dell'altra parte»; SCHLESINGER, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, cit., 366; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 198-197, il quale afferma che «non è esatto ritenere che coll'eccezione si faccia valere un potere giuridico materiale più ristretto che non coll'azione (o colla riconvenzione): il potere giuridico materiale è lo stesso nell'una e nell'altra ipotesi [...]. Nei due casi, ora considerati, è diverso quello che la parte domanda, non il rapporto (di diritto materiale), in base al quale essa domanda. [...] Perciò, ad es., sia che un contratto venga annullato in via di azione, sia che venga annullato in via di eccezione, esiste uno stesso potere di diritto materiale diretto all'annullamento. Sulla stessa linea si pone l'insegnamento di CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 299 ss., il quale pure coglie la differenza tra azione ed eccezione esclusivamente sul piano dell'estensione dell'accertamento richiesto al giudice.

⁴⁹ Confrontando le disposizioni degli artt. 1442, comma 4, 1449, comma 2, 1495, comma 3, 1667, comma 3, c.c., la legge sembra escludere che la modificazione giuridica segua all'atto unilaterale di parte (manifestazione di un potere sostanziale), riferendosi esclusivamente alla possibilità di domandare l'annullamento, la rescissione e, in materia di vendita e appalto, di opporre la garanzia. *Contra*, ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 536, il quale afferma che «è ben possibile che il legislatore attribuisca al potere dell'interessato di opporre l'impugnabilità di un atto in via di eccezione contenuto ed efficacia diversi da quelli propri del potere di far valere l'impugnabilità stessa proponendo una domanda giudiziale: indiretta conferma di ciò si ha – nel caso dell'annullabilità di un contratto – nel fatto che l'annullabilità di un contratto può essere opposta in via di eccezione anche quando la relativa azione sia prescritta». In realtà, la sola diversità del termine di prescrizione non può valere a dimostrare la duplicità di fattispecie di potere in considerazione, atteso che tale elemento ricorre nella maggioranza delle situazioni, ma non in tutte, come ad es. avviene in materia di rescissione, *ex art.* 1449 c.c.

⁵⁰ Non è sempre chiaro, nel pensiero della dottrina che segue l'impostazione esposta nel testo, se il potere sostanziale esercitato in via di eccezione sia idoneo a produrre direttamente la

Che, astrattamente, un tale sistema possa essere adottato, è indubitabile. Il punto è, però, che occorre dimostrare che il legislatore abbia effettivamente previsto, in favore dell'interessato, due distinte situazioni giuridiche.

In particolare, bisognerebbe provare che la previsione legislativa dell'eccezione di impugnativa negoziale valga ad attribuire all'interessato un potere sostanziale che lo abilita a realizzare direttamente il mutamento giuridico mediante atto unilaterale.

Questa dimostrazione non sembra possa essere ricavata dal diritto positivo, a ciò ostandovi la scelta operata dal legislatore a favore di un sistema che chiaramente subordina la produzione dell'effetto giuridico alla preventiva verifica giudiziale dei presupposti a cui è condizionato.

Al riguardo, appare nuovamente necessario rilevare che, se si tratta di potere sostanziale, non può esserne imposto l'esercizio all'interno del processo, dovendo, al contrario, senz'altro ammettersi un suo esercizio stragiudiziale, o comunque a prescindere dalla proposizione di una domanda di condanna nei confronti del titolare del potere; il che varrebbe a vanificare la scelta legislativa a favore del previo accertamento giurisdizionale dei presupposti della modificazione giuridica, essendo

modificazione/estinzione o abbia, invece, a tal fine, bisogno dell'intervento costitutivo della pronuncia, la quale realizzerebbe così integralmente il mutamento, ma lo accerterebbe solo *incidenter tantum*. Posta la comune premessa che sia l'azione che l'eccezione sottendano l'esercizio di poteri sostanziali, si è alternativamente assunto che: a) entrambi sono diretti a provocare una pronuncia costitutiva del giudice, la quale, però, nel caso dell'esercizio dell'azione, realizzerebbe un mutamento esteso all'intero rapporto, mentre nel caso dell'eccezione, limitato alla singola posizione soggettiva. Cfr. LIEBMAN, *L'eccezione revocatoria e il suo significato processuale*, cit., 65 ss.; b) entrambi sono diretti a provocare una pronuncia costitutiva del giudice che realizza il mutamento dell'intero rapporto, accertandone però la sussistenza, nel caso dell'eccezione, limitatamente alla singola posizione soggettiva. Cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 168 ss. e 234, che ricostruisce l'eccezione come potestà diretta a provocare un mutamento giuridico che si realizza per il tramite dell'accertamento costitutivo del giudice; c) l'effetto sostanziale provocato dall'eccezione e dall'azione hanno identica estensione. Nel primo caso si realizza, però, direttamente in forza dell'atto di esercizio dell'eccezione (con conseguente portata dichiarativa della pronuncia), nel secondo caso, invece, in forza dell'apporto costitutivo della sentenza. Inoltre, a parte la diversa modalità di realizzazione, la differenza tra le due ipotesi sarebbe data dalla natura dell'accertamento operata dal giudice (*incidenter tantum* oppure con efficacia di giudicato). Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 299 ss.; d) entrambi i poteri determinano la caducazione del rapporto (ed hanno, dunque, il medesimo effetto) in forza della sola dichiarazione di volontà dell'interessato (con conseguente portata dichiarativa della pronuncia emanata sul punto), potendosi però accertare la sua sussistenza con efficacia di giudicato solo in caso di esercizio dell'azione. Qui i due poteri sostanziali si riuniscono in uno solo e la differenza rimane di ordine esclusivamente processuale: accertamento *incidenter tantum* o con efficacia di giudicato. Cfr. ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, cit., 819; ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, cit., 184 ss.

questa conseguibile da parte dell'interessato direttamente mediante un proprio atto unilaterale.

A ciò si aggiunga che, trattandosi di un potere sostanziale, risulterebbe inspiegabile la previsione volta ad ammetterne l'esercizio in via di eccezione anche successivamente al decorso del termine di prescrizione entro il quale deve essere esercitato il potere diretto all'ottenimento della modificazione giuridica in via giurisdizionale⁵¹.

Non vale, a tal fine, obiettare che, trattandosi di un potere sostanziale, esso sarebbe esercitabile *sine die*, non potendo apparire contraddittoria l'idea di un potere che sopravvive alla sua estinzione per prescrizione e che può essere esercitato e provocare, ciononostante, la caducazione del rapporto⁵². Oltretutto, ciò vanificherebbe in radice la *ratio* della previsione legislativa che vuole che la modificazione giuridica sia sottoposta a termine.

In ultima analisi, non può negarsi che, se si assume esistente un potere sostanziale che vale a produrre in via unilaterale l'effetto giuridico cui la parte aspira, perde ogni ragion d'essere la previsione legislativa che, invece, onera la parte della proposizione di una domanda giudiziale da esercitarsi entro un termine prescrizione, poiché il medesimo effetto giuridico sarebbe realizzabile in ogni tempo mediante l'esercizio del potere sostanziale.

Se ciò non fosse sufficiente, si rileva ulteriormente che, riconoscere natura sostanziale al potere di eccezione in senso stretto equivale a destituire di fondamento

⁵¹ Il principio a cui si fa riferimento è quello dell'imprescrittibilità delle eccezioni. Ciò in quanto, rispetto al potere processuale di eccezione – che sorge con la proposizione della domanda giudiziale – non può discorrersi di mancato esercizio del potere anteriormente alla sua costituzione, che si ha, appunto, con la proposizione della domanda giudiziale. Si rivela corretto, pertanto, la formula *tant dure l'action, tant dure l'exception*, la quale, correttamente intesa, vuol significare che, sin tanto che è proponibile l'azione, corrispondentemente al convenuto è dato il potere di eccezione funzionale a difendersi avverso di essa. Sul punto, cfr. VITUCCI, *Tant dure l'action tant dure l'exception*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 245 ss.; ID., *La prescrizione e la decadenza*, cit., 478. In modo analogo, cfr. MERLIN, *Compensazione e processo*, cit., 381 ss.

⁵² Non stupisce, dunque, che sia BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 260 ss., che CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 302, negano il valore generale della massima dell'imprescrittibilità dell'eccezione. Deve, infatti, considerarsi che, anche se il potere di eccezione è assunto come idoneo a provocare la caducazione/modificazione del rapporto fondamentale, risulta assai difficile spiegare perché, se esercitato oltre il termine di prescrizione (come talvolta consente la legge), esso non potrebbe fondare anche la pretesa di restituzione di quanto già prestato in esecuzione del contratto.

l'impostazione tradizionale, secondo cui l'effetto modificativo/estintivo necessita, per la sua produzione, dell'intervento costitutivo della pronuncia giudiziale.

A ben vedere, infatti, se l'effetto impeditivo-estintivo-modificativo si realizza direttamente ed immediatamente per il tramite dell'atto di esercizio dell'eccezione, una volta che questo si è verificato, anche in occasione del processo, la pronuncia del giudice non può che essere di mero accertamento dell'avvenuta produzione dell'effetto sul piano sostanziale.

In altre parole, se l'esercizio del potere sostanziale è condizione necessaria e sufficiente per la realizzazione dell'effetto che esso è autorizzato a produrre, il giudice non può che limitarsi a constatare che tale effetto si è verificato e la sua pronuncia non può, pertanto, avere natura costitutiva, ma meramente dichiarativa.

6. La tesi della situazione giuridica sostanziale unitaria. Critica

Al fine di sostenere che la norma disciplinante l'eccezione di impugnativa valga ad attribuire all'interessato una situazione giuridica di potere sostanziale, occorre menzionare anche la scelta di chi, oltre a porsi nel secondo capo dell'alternativa (esposta nel precedente paragrafo), nega in radice la premessa per cui le ipotesi di impugnativa negoziale costituiscono altrettante fattispecie di tutela costitutiva⁵³.

In quest'ottica, partendo dal presupposto che, nei casi di eccezione in senso stretto – in particolare nelle eccezioni di impugnativa negoziale – al soggetto è attribuito un potere sostanziale che lo abilita, tramite atto unilaterale, all'immediata produzione, sul piano sostanziale, della modificazione giuridica, si giunge alla conclusione per cui l'interessato è titolare di una situazione giuridica di potere sostanziale unitaria, il

⁵³ La nostra dottrina non ha mancato di percorrere tale opzione ricostruttiva, riconoscendo nelle eccezioni di impugnativa negoziale dei diritti potestativi 'autosufficienti'. La più completa ed approfondita elaborazione di questa ricostruzione si deve a PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 197 ss. In senso analogo, riconducendo la modifica direttamente alla manifestazione di volontà, si sono espressi: PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., 220; ID., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 90 ss.; ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, cit., 431 ss. (diversamente, però, poi in ID., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., 535 ss.); DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 22 ss.; ANDOLINA, *Per un profilo degli atti processuali con effetti di diritto sostanziale*, in *Jus*, 1959, 57 ss.; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., 105 ss.;

cui esercizio realizza l'effetto giuridico, il quale, pertanto, in nessun caso richiede per la sua produzione l'intermediazione dell'accertamento giurisdizionale.

La premessa da cui parte la tesi in esame è che la situazione giuridica sottesa all'azione e all'eccezione sia la medesima e sia rappresentata proprio dal potere di annullamento, risoluzione, rescissione. Ne consegue, che la diversità (quantitativa e non qualitativa) degli effetti prodotti in via di domanda rispetto a quelli realizzati in via di eccezione non discende da motivi di diritto materiale – la differente natura del potere esercitato nei due casi – bensì da ragioni di tecnica processuale, ossia l'operare del principio della domanda.

Così argomentando, nulla impone di ritenere che la modificazione giuridica debba necessariamente conseguire al provvedimento giurisdizionale, ma, anzi, è possibile assumere che tale modificazione si realizzi immediatamente sul piano sostanziale mediante un atto unilaterale. Il potere sostanziale sotteso alla previsione dell'eccezione sarebbe, pertanto, esercitabile anche stragiudizialmente, considerato che la modificazione giuridica è posta in essere con un atto unilaterale di parte, senza bisogno del provvedimento del giudice⁵⁴.

Seguendo questa impostazione, si elimina in radice il problema dell'individuazione delle ragioni a fondamento del fenomeno del potere sostanziale di eccezione⁵⁵. In altre parole, diviene irrilevante capire perché il convenuto possa andare esente da condanna – nonostante egli debba, in linea di principio, ritenersi obbligato – essendosi realizzato l'effetto estintivo che, in base al modello normativo di riferimento, dovrebbe ritenersi attuato dalla sentenza che accoglie la domanda di modificazione giuridica.

Accogliendo la tesi per cui a favore dell'interessato vi sarebbe un'unica situazione giuridica di potere sostanziale, è soltanto tale figura che interviene nella produzione della modificazione giuridica.

Ne deriva che, una volta realizzatosi l'effetto giuridico sul piano sostanziale, colui che ha esercitato il potere mediante atto unilaterale può agire in giudizio nei confronti dell'altra parte, sia per l'accertamento negativo delle situazioni giuridiche

⁵⁴ Cfr. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 280 – 281 (per l'annullamento), 373 ss. (per la risoluzione per inadempimento), 445 ss. (per la rescissione).

⁵⁵ In tal senso si esprime anche MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 246, specie nota 87.

sorte dal contratto, sia per la condanna alle restituzioni a seguito dell'intervenuta caducazione degli effetti negoziali. Qualora, invece, sia stata proposta nei suoi confronti una domanda giudiziale avente ad oggetto una o più situazioni giuridiche nascenti dal contratto, egli può difendersi facendo valere in causa l'atto di esercizio del potere che, attuando la modificazione giuridica, costituisce fatto estintivo del diritto fatto valere dall'attore.

Appare evidente, quindi, che, una volta ammesso che ricorre un'unica figura di potere sostanziale, il problema della natura dell'eccezione di impugnativa si dissolve, atteso che le eccezioni di questo tipo non presenterebbero caratteri strutturali autonomi.

In tale contesto, infatti, l'eccezione si configura, in ogni caso, come l'istanza del convenuto volta a far valere in giudizio un fatto giuridico a rilievo estintivo o modificativo del diritto azionato, che, in queste ipotesi, è rappresentato dall'atto di esercizio del potere sostanziale⁵⁶.

La tesi in esame si pone, tuttavia, in contrasto con il consolidato insegnamento per cui, nelle ipotesi di impugnativa negoziale, eccezione fatta per le ipotesi di nullità, il legislatore ha predisposto un sistema di tutela costitutiva.

Sebbene non possa negarsi che gli schemi della tutela costitutiva e del potere sostanziale, dal punto di vista funzionale, siano entrambi idonei a raggiungere il medesimo scopo e che la modificazione giuridica può essere alternativamente ricollegata al realizzarsi dell'una o dell'altra fattispecie⁵⁷, manca, tuttavia, la prova

⁵⁶ Cfr. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., 219 – 220, il quale osserva, in materia di impugnative contrattuali, che, mentre nell'ordinamento tedesco, ove è adottato il modello del diritto potestativo, nel processo, in via difensiva, viene in rilievo la validità dell'atto di esercizio del potere produttivo dell'effetto, costituente un fatto rilevabile d'ufficio, nell'ordinamento italiano, proprio in quanto è adottato l'opposto modello dell'azione costitutiva, viene in rilievo un'ipotesi di eccezione sostanziale. In altre parole, nell'ordinamento tedesco, ove, in materia di impugnative negoziali, è adottato il modello del potere sostanziale, anziché quello dell'azione costitutiva, a fianco della previsione del potere sostanziale non v'è, a favore dell'interessato, anche la previsione dell'eccezione di impugnativa, non essendo previsto, cioè, che il potere sia esercitabile in via di eccezione. Ciò, in quanto, una tale figura di eccezione non avrebbe senso, poiché l'interessato, mediante l'esercizio del potere, può immediatamente produrre l'effetto giuridico e, in applicazione dei principi generali, allegare in causa l'atto di esercizio, che costituisce fatto giuridico a rilievo estintivo o modificativo. Ciò trova ulteriore conferma nel fatto che le eccezioni di impugnativa sono previste in fattispecie in cui non trova applicazione il sistema del potere sostanziale, bensì quello dell'azione costitutiva (ad es., il § 2083 BGB in materia di eccezione di impugnativa del testamento ed il § 478 BGB previgente, in tema di compravendita).

⁵⁷ Cfr. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 3 ss., che evidenzia come i due istituti, quello del potere sostanziale e della sentenza costitutiva, per quanto operanti uno sul

che, nelle ipotesi in considerazione, il legislatore abbia adottato la tecnica del potere sostanziale.

Tale vicinanza funzionale non ha mancato di influenzare le ricostruzioni dogmatiche relative alla conformazione strutturale della tutela costitutiva. Come visto, infatti, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono che anche alla base della sentenza costitutiva vi sarebbe un diritto potestativo, il quale avrebbe una duplice manifestazione: talvolta sarebbe ad esercizio stragiudiziale, altre volte ad attuazione giudiziale.

Sembra da escludere, tuttavia, sia dal punto di vista del dato letterale delle norme⁵⁸, sia dal punto di vista della disciplina positiva degli istituti, che nelle fattispecie di impugnativa negoziale il legislatore abbia utilizzato lo schema del potere sostanziale, ossia dell'atto unilaterale del soggetto, anziché del provvedimento giurisdizionale che accoglie la domanda giudiziale di modificazione giuridica.

Prendendo in considerazione l'ipotesi di annullamento del contratto, la dottrina in esame conferisce rilievo, ad esempio, alla disciplina della convalida del contratto annullabile, *ex art. 1442, comma 2, c.c.*, dalla quale si dedurrebbe che, potendo la parte rifiutare l'adempimento della prestazione, con ciò le sarebbe stato attribuito il potere sostanziale (e unilaterale) di annullamento⁵⁹.

piano sostanziale e l'altro sul piano processuale, siano espressione del medesimo fenomeno, vale a dire quello della produzione di effetti nella sfera giuridica altrui. Anche nel caso della sentenza costitutiva è infatti evidente che, seppur mediato dal controllo giudiziale, di regola l'effetto si produce non in conseguenza dell'accordo delle parti. Ed invero, fattispecie che in un certo ordinamento e in una determinata epoca danno luogo a sentenze costitutive, in altri ordinamenti e altre epoche generano diritti potestativi. Anche storicamente, diritto potestativo e tutela costitutiva nascono pressoché contemporaneamente, tra il 1800 e il 1900. Un terzo istituto, talvolta richiamato quale ulteriore alternativa cui il legislatore può ricorrere per raggiungere il medesimo scopo, è quello del diritto di una parte a che l'altra presti il suo consenso alla produzione consensuale dell'effetto, vale a dire l'istituto dell'obbligo a contrarre. Sul punto, cfr. CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti*, Napoli, 1977, 115 ss.

⁵⁸ Il criterio letterale, anche non decisivo è pur sempre rilevante, soprattutto laddove la formulazione delle norme è coerente con una determinata configurazione dell'istituto. Cfr. per l'annullamento e la rescissione, gli artt. 1441, 1442, 1447, 1448 c.c.; in materia di risoluzione nella vendita e nell'appalto, gli artt. 1492 e 1668 c.c. e, in generale l'art. 1453 c.c., di cui è significativo il raffronto con gli artt. 1385, 1454 e 1456 c.c. In tutte le disposizioni indicate, infatti, si discorre di domande di risoluzione, di annullamento, ecc. Ciò trova conferma anche nella disciplina della trascrizione delle domande giudiziali, all'art. 2652, commi 1 e 4, ove si discorre, rispettivamente, di domande di risoluzione e di domande dirette all'accertamento della simulazione e n. 6, c.c., che significativamente distingue tra domande «dirette a far dichiarare la nullità» e «a far pronunciare l'annullamento».

⁵⁹ Cfr. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 273 ss. Occorre, tuttavia, sottolineare che, nell'opinione dell'a., l'esercizio del potere sostanziale non realizza effetti estintivi, bensì libera l'efficacia impeditiva del fatto costituente motivo di annullamento, senza con ciò negare che il

Tali conclusioni non convincono, potendosi dubitare che la facoltà della parte di rifiutare l'adempimento, derivante dalla necessità di non incorrere nella convalida del contratto, coincida con il potere sostanziale di annullamento, ossia con lo scioglimento del vincolo negoziale. Appare dubbio, infatti, che il rifiuto di adempimento del contratto integri quella manifestazione di volontà che è condizione necessaria perché si possa configurare l'esercizio del potere sostanziale, in quanto il mancato adempimento o il rifiuto di esso consiste in una mera omissione, alla quale può attribuirsi un diverso significato solo se ciò emerga chiaramente e specificatamente dal comportamento complessivo della parte⁶⁰.

La legittimità del rifiuto non presuppone, cioè, lo scioglimento del vincolo, ma può discendere da una diversa qualificazione che l'ordinamento gli attribuisce, alla stregua della quale non è illecito il mancato adempimento dell'obbligazione esistente⁶¹.

Da tale angolo visuale, il comportamento del debitore, più che qualificarsi come inadempimento, deve considerarsi un mancato adempimento, il quale costituisce un'attività lecita, volta ad impedire l'attuazione di un assetto di interessi valutato con disvalore dall'ordinamento. In altre parole, la legittimità del mancato adempimento in presenza di una ragione di impugnativa del contratto può spiegarsi altrimenti che con l'idea per cui il rifiuto di adempiere corrisponde all'esercizio di un potere sostanziale di annullamento.

Ricorre, infine, un'ulteriore ragione per escludere che la parte sia titolare di un'unitaria situazione di potere sostanziale, la quale si desume dalla disposizione normativa che sottopone a termine di prescrizione l'azione di annullamento ma non l'eccezione: non è possibile, infatti, che la medesima situazione giuridica soggettiva

contratto annullabile produca provvisoriamente i propri effetti, i quali vengono eliminati con efficacia *ex tunc*, a seguito dell'esercizio del potere.

⁶⁰ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 678; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 1001; MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 310 -311; PIAZZA, *Convalida, I) Convalida del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 5; BIGLIAZZI GERI – BRECCIA- BUSNELLI – NATOLI, *Diritto civile*, I, cit., 841 ss.; BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 260.

⁶¹ Questo fenomeno è studiato soprattutto dalla dottrina tedesca, la quale a tal proposito discorre di efficacia *ipso iure*, a determinati fini, con particolare riguardo alla mora, dei fatti costitutivi della *Einrede*, la cui efficacia caratteristica consiste nell'effetto incidente sul diritto, collegato al solo atto unilaterale di esercizio. Per alcuni spunti in tal senso, cfr. PUGLIATTI, *Eccezione*, cit., 164 – 165.

sia, nello stesso tempo, estinta ed esistente, a seconda dell'avvenuta o meno esecuzione del contratto⁶².

La dottrina in esame ritiene di superare il problema rilevando che il termine prescrizionale sarebbe da porre in relazione con le azioni restitutorie, in modo analogo a quanto previsto dall'art. 1422 c.c. per la nullità.

Il rilievo non appare, tuttavia, decisivo, considerato che la lettera della legge espressamente ricollega il termine di prescrizione all'esercizio del potere e ai suoi fatti costitutivi e che in nessun caso tale termine può riferirsi alle azioni restitutorie, in quanto i diritti in questione sono dipendenti dall'effetto di annullamento, cosicché, in un momento anteriore, non essendo tali diritti esistenti, neppure può iniziare a decorrere, rispetto ad essi, il termine di prescrizione⁶³.

7. Critica alla concezione sostanziale dell'eccezione di merito in senso stretto come diritto potestativo

Occorre ancora, seppur brevemente, soffermarsi sulle conseguenze che derivano dalla qualificazione dell'eccezione in senso stretto come potere sostanziale e, in particolare, come diritto potestativo.

Come affermato nel precedente paragrafo, sostenere la natura di diritto potestativo dell'eccezione di merito in senso stretto dovrebbe avere, quale effetto, quello di disconoscere la natura costitutiva della sentenza che si pronuncia sul vizio genetico o funzionale del contratto.

Una tale conclusione non è, tuttavia, del tutto pacifica in dottrina⁶⁴. Un'autorevole opinione, al contrario, ricostruisce l'eccezione come potestà diretta a provocare un

⁶² Assunta l'identità della situazione giuridica di potere sostanziale, occorre spiegare come sia possibile che il medesimo potere allo stesso tempo si estingua per prescrizione e ciononostante sia ancora esercitabile in via di eccezione. Per analoghi rilievi, cfr. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 247; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 308.

⁶³ In tal senso, cfr. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, cit., 23. Soluzione diversa vale, invece, per la nullità, come dispone l'art. 1422 c.c., in quanto il contratto nullo è *ab origine* inefficace, con la conseguenza che le attribuzioni patrimoniali sono anch'esse *ab origine* indebite: dal momento della *datio* sorgono i diritti restitutori, in relazione ai quali, pertanto, corre il termine prescrizionale.

⁶⁴ Sul punto, cfr. *supra* nt. 50.

mutamento giuridico che si realizza per il tramite dell'accertamento costitutivo del giudice, sebbene questo avvenga solo *incidenter tantum*⁶⁵.

Appare, quindi, opportuno precisare che il diritto potestativo costituisce una particolare specie di situazione giuridica soggettiva, che conferisce al titolare il potere di ottenere la costituzione, modificazione, estinzione di situazioni soggettive e di rapporti riguardanti (anche) altri soggetti, senza che questi possano opporsi o debbano in qualche modo attivarsi per prestare la propria cooperazione giuridica⁶⁶.

Per diritto potestativo si intende, quindi, il diritto di produrre unilateralmente, mediante una propria manifestazione di volontà, un effetto giuridico che investe la sfera di altri soggetti, i quali non sono tenuti ad alcuna prestazione – essendo irrilevante ogni loro comportamento ai fini della realizzazione del diritto – ma devono soltanto subire gli effetti dell'esercizio del diritto sul rapporto; versano cioè in una situazione di “soggezione”⁶⁷. Una simile espressione allude al fatto che il diritto potestativo è una situazione di potere così forte e penetrante da essere di per sé sufficiente a realizzare l'interesse del suo titolare⁶⁸.

⁶⁵ Cfr., LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 1980, 54 ss.; ID., *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, cit., 449 ss.; ID., *L'eccezione revocatoria e il suo significato processuale*, cit., 65 ss.; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 168 ss. e 234.

⁶⁶ Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 72; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 62; CARPINO, *Diritti potestativi*, in *Enc. giur.*, XI, 1988, 1 ss.; TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1985, 70.

⁶⁷ Cfr. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1994, 22.

⁶⁸ Non è del tutto vero che il soggetto passivo non sia talvolta destinatario di un divieto, come invece sostiene qualche autore nei casi in cui esiste la possibilità di impedire l'esercizio del diritto potestativo ponendosi volontariamente in una situazione tale da non renderne di fatto possibile l'esercizio, ad es. vendendo a terzi il bene in relazione al quale avevo in precedenza stipulato un patto di opzione, distruggendo il bene al quale il diritto potestativo si riferisce, ovvero – ma il caso è più che altro teorico – impedendo fisicamente alla controparte di manifestare la propria volontà. Ad es., il patto di opzione di cui all'art. 1331 c.c. prevede che il soggetto attivo sia titolare del diritto potestativo consistente nella manifestazione di voler concludere il contratto, essendo il soggetto passivo correlativamente vincolato per effetto del consenso precedentemente prestato alla conclusione del patto di opzione. Tale soggetto non sarà, dunque, tenuto ad ulteriori manifestazioni di volontà, trovandosi in una situazione di soggezione nei confronti del titolare del diritto di opzione. Qualora, tuttavia, il soggetto passivo stipuli con un terzo, spogliandosi del diritto in relazione al quale era stata stipulata l'opzione, anteriormente rispetto all'esercizio del relativo diritto da parte del soggetto attivo, quest'ultimo non avrà la possibilità di rivolgersi al terzo al quale sia stato anteriormente alienato il diritto al fine di operare un eventuale riscatto, ma potrà, al più, agire nei confronti della propria controparte per il risarcimento dei danni. Per ulteriori approfondimenti, cfr. BIGLIAZZI GERI – BRECCIA- BUSNELLI – NATOLI, *Diritto civile*, I, cit., 323 ss.; ID., *Istituzioni di diritto civile*, Genova, 1978, 327; CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti*, cit., 94 ss.; CARIOTA FERRARA, *Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, 361; MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Nov. dig. it.*, II, Torino, 1964, 738 ss.; ID., *Sui cosiddetti diritti potestativi*, in *Studi in onore di C. Fadda*, Napoli, 1906, 32 ss.; CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903, 22.

Ne sono esempi il diritto di divisione (art. 713 c.c.), il diritto di comunione forzosa del muro (art. 874 c.c.), il diritto di opzione (art. 2441 c.c.) o di recesso dal contratto (art. 1373 c.c.), la risoluzione per inadempimento in presenza di una clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), il riscatto convenzionale nella vendita (art. 1500 c.c.).

Di fronte all'esercizio dei diritti di divisione e di comunione forzosa del muro, gli altri comproprietari o il proprietario del muro di confine, per quanto in disaccordo, sono tenuti a subire l'effetto di una tale iniziativa, in quanto l'esercizio del diritto da parte del suo titolare è condizione sufficiente alla realizzazione del suo interesse.

Ciò non significa che non possa essere necessario l'intervento del giudice, ma soltanto che le parti convenute non possono opporsi alla divisione o alla comunione del muro. Il giudice, infatti, può, a seconda delle circostanze, rimandare la divisione ad un momento successivo, ma non può impedire l'effetto estintivo della comunione (art. 713, co. 4, c.c.).

Non si ritiene, tuttavia, che lo stesso valga nelle ipotesi di impugnativa negoziale, ove, invece, ad operare è lo schema della tutela costitutiva, ossia un sistema in cui la sentenza non si limita a dichiarare l'esistenza o l'inesistenza di un preesistente diritto, ma produce essa stessa un effetto giuridico.

In tali casi, la natura costitutiva della decisione del giudice non vale ad attribuire alla parte interessata un potere analogo a quello che costituisce il contenuto del diritto potestativo, in quanto, una volta proposta la domanda, il convenuto può senza dubbio opporsi e il giudice, laddove non ritenga provati i motivi di annullamento, può (anzi deve) respingere la richiesta dell'attore.

Si tratta di ipotesi in cui è la sentenza ad essere condizione necessaria per dar vita all'effetto: non è tanto la volontà della parte che propone la domanda a costituire elemento essenziale della fattispecie, quanto, piuttosto, la sentenza del giudice che dichiara, ad esempio, l'annullamento del contratto⁶⁹.

Non si è, dunque, in presenza di una sentenza costitutiva quando tale effetto sorge a prescindere da essa, in forza della manifestazione di volontà dell'attore (in forma di azione, o anche svincolata dalla proposizione del giudizio, o addirittura a

⁶⁹ FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, cit., 40.

prescindere da quest'ultima, sulla sola base dei requisiti oggettivi previsti dalla legge)

70

La necessità della sentenza per la produzione dell'effetto ha una precisa rilevanza in ordine alla questione del rilievo incidentale dell'effetto costitutivo.

A ben vedere, infatti, se, affinché l'effetto si produca, è necessaria la sentenza, sembrerebbe intuitivo dedurre che un rilievo incidentale di tale effetto non sia possibile⁷¹.

Si prenda ad esempio la servitù coattiva. Se per la sua costituzione è necessaria la sentenza del giudice, vuol dire che prima della sentenza essa non esiste. Conseguentemente, in qualunque altro giudizio in cui la sua esistenza sia rilevante, non sarà possibile conoscere incidentalmente della sussistenza dei requisiti per la sua costituzione e, riconosciutane la presenza, giudicare come se la servitù esistesse. Rilevante è, infatti, la servitù, non i fatti necessari per la sua costituzione e, poiché la servitù non nasce sulla base di tali fatti, ma solo in conseguenza della sentenza, finché tale sentenza non venga emanata qualunque altro giudice non potrebbe che ritenere la servitù inesistente⁷².

Tale ricostruzione, apparentemente del tutto lineare, è messa in crisi proprio nel settore delle impugnative negoziali, ossia quelle azioni che, fondandosi su vizi genetici o funzionali del negozio, hanno in comune di presupporre un contratto e di essere volte alla rimozione dell'effetto da questo prodotto⁷³.

⁷⁰ Ciò non significa che il legislatore non possa, in relazione al medesimo effetto, prevedere delle fattispecie alternative. Quello che però deve essere escluso è che l'effetto possa essere prodotto puramente e semplicemente da quei fatti (ivi inclusa eventualmente la manifestazione di volontà), la cui presenza è necessaria per l'accoglimento della domanda. Se così fosse, infatti, la fattispecie sarebbe in ogni caso già completata prima della sentenza e questa non potrebbe essere mai costitutiva.

⁷¹ In conformità a tale impostazione, cfr. ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, cit., 426 ss.; DENTI, *Questioni pregiudiziali*, in *Nov. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 676; CAPPELLETTI, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, cit., 203 ss.; ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 481 ss.; ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, 3 ss., nt. 87; Sul punto cfr. inoltre, in giurisprudenza, Cass. 17 marzo 1993, n. 3158, in *Giur. it.*, 1994, I, 128.

⁷² Secondo MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 154 e 162 ss.; ID., *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, cit., 18, nota 8; ID., *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, 517 ss., invece, la servitù coattiva non si produrrebbe in virtù della sentenza, ma – secondo un più generale modello proposto dall'autore – direttamente in conseguenza della manifestazione di volontà, dopodiché la sentenza avrebbe soltanto un ruolo determinativo, in ordine all'oggetto del già costituito diritto.

⁷³ Per una più ampia disamina, relativa anche agli altri settori interessati dal problema, cfr. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 127 ss.

Ad opinione di chi scrive, tuttavia, anche in questi casi lo schema è il medesimo: se la sentenza è costitutiva ciò significa che l'effetto demolitorio si produce solo in seguito ad essa.

Ciò vuol dire che, azionato un contratto, vanamente il convenuto eccepirà, ad esempio, la sua risolubilità: salve le ipotesi di risoluzione stragiudiziale, infatti, finché non viene emessa una sentenza che risolve il contratto, questo produce a pieno titolo i suoi effetti⁷⁴.

Per quanto nulla impedirebbe di far valere un diritto di impugnativa in via di eccezione, tale diritto, in relazione all'effetto che deriva dall'atto, in sé è irrilevante, poiché, fintanto che l'effetto non viene rimosso, esso appartiene a pieno titolo al mondo giuridico.

Questa è, a parere di chi scrive, la conseguenza inevitabile dell'aver concepito determinati vizi dell'atto come privi di rilevanza diretta, frapponendogli, al contrario, una tutela costitutiva. Dal momento che la rilevanza del vizio è mediata dalla decisione del giudice non è possibile prescindere da essa nella ricostruzione della fattispecie.

⁷⁴ In tal senso AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 412. Per l'ammissibilità dell'eccezione di risoluzione, cfr., invece, PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 337 ss., secondo cui i giudizi di impugnativa negoziale – e fra questi quello di risoluzione – avrebbero natura dichiarativa e non costitutiva; ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, cit., 183 ss.

CAPITOLO QUARTO

Eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato.

Ipotesi ricostruttive

SOMMARIO: 1. L'eccezione come potere processuale – 2. (*Segue*) Eccezioni e preclusioni processuali. Rilevazione e allegazione delle eccezioni. Eccezioni in senso lato e onere di tempestiva allegazione – 3. Il problema dell'ingiustizia della decisione – 4. L'eccezione in senso stretto come istanza volta a promuovere l'applicazione dell'effetto. Risolto il problema dell'ingiustizia della decisione – 5. Il divieto di rilevazione officiosa del fatto non esclude la ricostruzione degli effetti dell'eccezione in senso stretto come operanti di diritto. Il problema del concorso di fattispecie ad effetti negativi – 6. L'eccezione in senso stretto come potere processuale che riflette la disponibilità per atto unilaterale dell'effetto sostanziale cui accede – 7. Confronto delle tesi sostenute con la fisionomia normativa delle eccezioni in senso stretto. Considerazioni *a contrario* sulle fattispecie di eccezioni in senso lato – 8. Confronto con la fisionomia normativa delle eccezioni in senso stretto. L'eccezione di prescrizione – 9. (*Segue*) L'eccezione di decadenza – 10. (*Segue*) L'eccezione di compensazione – 11. (*Segue*) Le eccezioni corrispondenti all'esercizio di un'azione costitutiva. Le eccezioni di impugnativa negoziale – 12. Confronto delle tesi sostenute con la fisionomia normativa delle eccezioni non sottoposte espressamente ad istanza di parte per le quali sia ricostruibile la volontà del legislatore di assoggettarle all'esclusiva rilevabilità di parte

1. L'eccezione come potere processuale

Una volta negata la possibilità di configurare l'eccezione in senso stretto come controdiritto sostanziale idoneo a determinare la nascita dell'effetto estintivo, impeditivo, modificativo, dovrebbe convenirsi sulla necessità di accogliere la diversa ricostruzione dell'eccezione in senso stretto come potere processuale¹.

Sotto questo profilo, l'adesione della dottrina alla concezione c.d. processualistica ha spesso coinciso con il rifiuto dell'idea che le ipotesi di eccezioni rilevabili solo su istanza di parte corrispondano a determinate ed uniformi

¹ Cfr. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1991, VII, 262 ss., specie 273, secondo il quale «le ipotesi di eccezione in senso stretto considerate nel codice civile sono configurate con riguardo all'impossibilità per il giudice di rilevare d'ufficio determinati fatti. È il momento del giudizio, del processo che balza in primo piano [...]. L'interprete, cioè, non può non tener conto del fatto che il legislatore ha configurato l'eccezione esclusivamente in chiave processuale, come opposizione all'accoglimento della domanda sul presupposto di particolari fatti est., mod., imp.».

caratteristiche dell'istituto, in grado di spiegare la *ratio* del divieto di rilevazione d'ufficio in sede giudiziale e, nel contempo, rendere riconoscibili i casi di eccezioni in senso stretto da quelli di eccezioni in senso lato.

Si è affermato, così, che l'eccezione di merito in senso stretto consiste nell'istanza del convenuto volta a condizionare il potere decisorio del giudice all'accertamento e qualificazione di fatti che, secondo la disciplina sostanziale, hanno rilievo estintivo, impeditivo, modificativo della situazione giuridica dedotta in giudizio dall'attore².

In tale contesto, l'istanza di parte costituisce il presupposto necessario per l'esercizio del potere del giudice di porre a fondamento della decisione il fatto che ne costituisce oggetto, discorrendosi di potere processuale di eccezione di merito in senso stretto, per identificare la posizione giuridica abilitante il convenuto ad affermare, nel processo, l'esistenza del fatto avente gli effetti descritti³.

Il descritto condizionamento è spiegato attraverso i principi che regolano i poteri giudiziali in tema di accertamento: dovendo il giudice sempre decidere *iuxta alligata partium*, il principio dispositivo è da solo sufficiente ad escludere che il giudice possa

² Cfr. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 221 ss., il quale, nell'accogliere la tesi dell'eccezione in senso stretto come potere processuale volto ad istituire il descritto condizionamento del potere decisorio del giudice, sottolinea l'equivoco in cui incorre la concezione sostanziale dell'eccezione di merito in senso stretto, allorché nell'identificare il contenuto della situazione giuridica, individua tale contro-diritto viene sia nel diritto (potestativo) di produrre l'effetto giuridico incidente sulla situazione sostanziale, sia nel diritto processuale al giudizio sul fatto, avente efficacia impeditiva, estintiva, modificativa, che viene eccepito. L'a. prosegue avvertendo che questa impostazione mette in luce un'antinomia che è logica prima che giuridica, consistente nell'identificare l'eccezione di merito in senso stretto tanto nel potere sostanziale di produrre l'effetto giuridico impeditivo, estintivo, modificativo del diritto quanto nel potere processuale a che il giudice, nel decidere, accerti e qualifichi il fatto rilevante per l'esistenza del diritto. L'eccezione, almeno astrattamente, può essere o l'una o l'altra situazione giuridica soggettiva, ma non entrambe insieme. Sul punto, cfr. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XV, 1965, 195-196, 187-188, 202; LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 450 ss., il quale da un lato riconosce, con riferimento alle eccezioni in senso stretto, che «l'effetto giuridico [...] si verifica soltanto se l'interessato lo fa valere espressamente (*ope exceptionis*)» e, dall'altro, negli stessi casi definisce l'eccezione come diritto processuale del convenuto al giudizio sul fatto estintivo, impeditivo, modificativo che viene eccepito; CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 266 ss., da cui si desume che l'eccezione è il diritto processuale al giudizio, il cui esercizio fonda il dovere del giudice di decidere sul merito del contro-diritto (sostanziale) di eccezione.

³ Tale è la posizione sostenuta da CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1931, 291-292, ed avvalorata successivamente da quella dottrina che si è espressa a favore della concezione c.d. processualistica dell'eccezione in senso stretto, tra cui, soprattutto, FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti in onore di C. Furno*, Milano, 1973, 356; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 55 ss. In modo conforme, cfr., anche SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, 138 ss.; CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, 523 ss.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 421 ss.; DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 33.

tener conto di un qualsiasi fatto impeditivo, estintivo o modificativo che non sia stato allegato dal convenuto⁴. L'istanza del convenuto per la pronuncia sulle eccezioni in senso stretto sarebbe, quindi, necessaria in quanto allegazione del fatto.

In sostanza, questa dottrina muove dall'idea che la pronuncia giudiziale sui fatti alla base delle eccezioni in senso stretto è sempre condizionata ad un'allegazione soggettivamente qualificata, nel senso che l'introduzione del fatto storico/eccezione è in ogni caso riservata alla parte nel cui interesse è destinato a prodursi l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo⁵.

⁴ Secondo altri, invece, i fatti impeditivi, estintivi e modificativi devono ritenersi implicitamente allegati dall'attore con la proposizione della domanda, di modo che, un'ulteriore iniziativa del convenuto non sarebbe in alcun modo necessaria. Cfr. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1989, I, 118; COMOGLIO, *Allegazione*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, I, Torino, 1987, 280; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 346 ss., per il quale l'assenza di fatti impeditivi, estintivi, modificativi è, a sua volta, fatto costitutivo del diritto fatto valere in giudizio. Considerato che, in realtà, tutti i fatti che non concorrono all'individuazione dell'oggetto del giudizio, compresi quelli costitutivi (su cui cfr. la trattazione sulle domande autodeterminate di MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 465 ss., e CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, Torino, 1980, 177 ss.), possono essere accertati anche in assenza di un'allegazione soggettivamente qualificata (purché sia rispettato il divieto di utilizzo della scienza privata), non v'è alcun bisogno, per spiegare la possibilità di accertamento di fatti impeditivi, estintivi e modificativi in assenza di un'apposita allegazione da parte del convenuto, di ricorrere all'espedito dell'allegazione implicita da parte dell'attore. Per una critica alla tesi dell'allegazione tacita, cfr. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, cit., 267; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario al c.p.c.*, I, diretto da ALLORIO, Torino, 1973, 1257 ss.; ID., *La pronuncia d'ufficio*, cit., 55 ss., 83 ss., 84 ss., 245 ss., 318, secondo il quale, per quanto riguarda i fatti costitutivi, l'allegazione della parte interessata sarebbe sempre e comunque necessaria in forza del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (principio della domanda). Per ciò che attiene all'accertamento dei fatti oggetto di eccezioni in senso lato, la possibilità di prescindere dal rilievo della parte è spiegata, invece, con il rilievo secondo cui «anche quando rigetta la domanda per avere rilevato una fattispecie impeditiva o estintiva, il giudice continua ad assolvere il compito di pronunciare intorno alla rilevanza giuridica della realtà storica indicata dall'attore», al pari, cioè, di quando il giudice accerta l'inesistenza del fatto costitutivo, escludendo, con ciò, che il fenomeno vada a vulnerare il principio della domanda; MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991, 335 ss.

⁵ È evidente il richiamo a CARNELUTTI, *Eccezione e analisi dell'esperienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 646., secondo cui l'eccezione in senso stretto non è altro che «l'affermazione di un fatto impeditivo o estintivo, necessaria affinché il giudice ne possa conoscere». Secondo l'a., l'eccezione in senso stretto troverebbe giustificazione già sulla base del principio dispositivo e della correlata regola *iudex iudicare debet iuxta alligata*, la quale si applicherebbe – anche in forza dell'implicazione sussistente, secondo l'a., tra onere della prova e onere dell'allegazione – indifferentemente ai fatti costitutivi e ai fatti impeditivi, estintivi, modificativi, non essendoci ragione alcuna per distinguere il caso del pagamento da quello della prescrizione. Tale impostazione è propria anche di una certa dottrina civilistica, su cui cfr. BARBERO, *Il Sistema del diritto privato*, Torino, 1988, 160; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, 459; STOLFI, *Diritto civile*, II, Torino, 1926, 171-172; PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, Napoli, 1911, 171.

La tesi, però, va incontro alla facile obiezione dell'irrelevanza e non conferenza del richiamo al principio dispositivo e alla correlata regola *iudex iudicare debet iuxta alligata* all'ipotesi dell'eccezione in senso stretto.

Tali principi impongono che la tutela dei diritti avvenga su istanza di parte, ma non appaiono invocabili nel caso in cui il diritto del convenuto non sia oggetto di accertamento giurisdizionale. Il convenuto, infatti, esercitando l'eccezione, non domanda la tutela del proprio diritto, né il giudice vi provvede, poiché l'eccezione non incide sull'ampiezza, ma solo sul contenuto di merito della pronuncia del giudice, che ne conosce solo al fine di decidere sul diritto fatto valere dall'attore con la domanda⁶.

In tal caso, al contrario, opera il c.d. principio di acquisizione, secondo il quale, al fine di tenere conto di un fatto giuridico, non è necessaria l'allegazione soggettivamente qualificata, ossia proveniente dalla parte interessata, purché risulti, in generale, dagli atti del giudizio⁷.

Ne consegue, che il potere di accertamento del giudice sui fatti giuridici – siano essi costitutivi, impeditivi, estintivi o modificativi – non può mai ritenersi condizionato alla presenza di una specifica allegazione della parte a cui favore si rivolge la loro efficacia, a meno che i fatti medesimi non valgano ad individuare l'oggetto del processo⁸.

⁶ Né sembra convincente il riferimento di CARNELUTTI, *Un lapsus evidente?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 446 ss.; ID., *Eccezione e analisi dell'esperienza*, cit., 644 ss.; ID., *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto da CARNELUTTI, Napoli, 1958, 178; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1938, 416 ss., alla distribuzione dell'onere della prova, laddove afferma che l'onere della prova implica l'onere dell'affermazione, posto che il principio dell'onere della prova, oggi espresso nell'art. 2697 c.c., è un principio che regola le conseguenze della mancata prova di un fatto, non escludendo in alcun modo che delle prove esistenti in atti il giudice debba tener conto, anche se fornite da una parte diversa da quella cui l'onere incombeva.

⁷ Cfr., a tal proposito, MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 341, nota 250, secondo cui «di un vero e proprio onere dell'allegazione non dovrebbe parlarsi se non a proposito dei fatti idonei ad individuare la posizione soggettiva sostanziale fatta valere in giudizio, rimanendo spazio, al di fuori di tale ambito, solo per il principio di acquisizione processuale del fatto». CAVALLONE, *Il giudice e la prova civile nel processo*, Padova, 1991, 160, afferma, invece, che in alcuni casi (eccezione in senso stretto) la *positio* del fatto impeditivo, estintivo, modificativo ad opera della parte è *conditio sine qua non* per la sua acquisizione nel processo e che in altri casi l'attività della parte interessata sia invece fungibile con altri mezzi di introduzione (affermazione dell'altra parte, o il fatto che “emergano” dagli atti o siano notori).

⁸ Secondo PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 226, i fatti impeditivi, estintivi, modificativi posti a fondamento di eccezioni rilevabili d'ufficio (al pari dei fatti costitutivi concorrenti nei c.d. diritti autodeterminati) «possono essere rilevati d'ufficio dal giudice purché – ove non siano notori – la loro acquisizione al giudizio sia avvenuta in modo legittimo (cioè emergano dagli

Ciò che il principio dispositivo vieta al giudice è di andare a cercare di sua iniziativa i possibili fatti estintivi o impeditivi e di cercarne le prove, ma non gli impedisce di tenerne conto se affermati dall'attore, anziché dal convenuto, oppure da uno tra più convenuti, se risultano provati o sono fatti notori. Non si distingue, infatti, tra l'una e l'altra parte del processo, richiedendosi solo che il fatto giuridico sia affermato da una qualsiasi delle parti oppure emerga dagli atti di causa o dalle prove esperite⁹.

Sebbene tale concezione sia mossa dal condivisibile intento di porre in luce l'infondatezza della teoria dell'eccezione in senso stretto come diritto sostanziale, questa si dimostra altrettanto inidonea a fornire una positiva ricostruzione dell'eccezione in senso stretto.

Ed invero, la ricerca della *ratio* del potere riservato di eccezione sul piano puramente processuale – e, in particolare, nel potere di allegazione dei fatti, ritenuto anch'esso riservato alla parte che invoca a suo favore il fatto impeditivo, estintivo, modificativo – è destinata ad annullare in radice la stessa possibilità di distinguere tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato. La citata riserva di allegazione dovrebbe valere, infatti, per tutti i fatti impeditivi, estintivi, modificativi affermati ed introdotti in giudizio, poiché per ognuno di essi è sempre possibile rintracciare una parte che ha interesse alla produzione dell'effetto.

L'insussistenza di una qualsiasi differenza, sul piano sostanziale, tra effetti impeditivi, estintivi, modificativi rilevabili d'ufficio e non – e, conseguentemente, tra il potere spettante al convenuto nell'uno e nell'altro caso – rende inutile la ricerca di un criterio di distinzione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato, in quanto le prime sarebbero prive di una peculiare fisionomia in grado di differenziarle dalle seconde¹⁰.

scritti difensivi, dalle risposte date dalle parti in sede di interrogatorio libero, dalle prove – ivi compresa la consulenza tecnica – legittimamente acquisite) e non in violazione del superiore principio del divieto di utilizzazione del sapere privato da parte del giudice». Anche per VERDE, *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma 1989, 8, «il giudice potrà porre a fondamento della decisione fatti che integrano un'eccezione rilevabile di ufficio, benché la parte interessata non l'abbia sollevata, a condizione che i detti fatti comunque risultino inseriti nel processo».

⁹ Sono parole di LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, cit., 450.

¹⁰ Ad es., FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 728, afferma di «non credere molto» al fatto che sia «un grave problema di diritto positivo distinguere un'eccezione in senso lato da un'eccezione in senso stretto», ammettendo esplicitamente di

Senza considerare, inoltre, che una tale interpretazione sminuisce notevolmente, fino quasi a vanificare, il potere del giudice di rilevare d'ufficio i fatti con efficacia impeditiva, estintiva, modificativa del diritto fatto valere dall'attore. Qualora si ritenga, infatti, che il potere riservato di eccezione implichi una corrispondente riserva di allegazione in favore del convenuto dei fatti che ne costituiscono oggetto – e si neghi che il potere di allegazione contenga in sé quello di rilevazione – il potere di rilevare d'ufficio le eccezioni resterebbe limitato a quei rari casi in cui il convenuto, dopo aver allegato il fatto impeditivo, estintivo, modificativo, abbia trascurato di chiedere al giudice di desumere l'effetto dal fatto.

Tentare di stabilire una connessione tra l'onere di eccezione e l'onere di allegazione si rivela, pertanto, un'operazione ermeneutica oltremodo debole e infruttuosa, sia perché essa sposta i termini del problema, anziché risolverlo, portando a chiedersi quali siano i casi in cui l'allegazione, piuttosto che l'eccezione, è riservata, sia e soprattutto perché, la risposta a tale interrogativo, come visto, non vale a discriminare le eccezioni riservate da quelle non riservate.

considerare più importante quella tra eccezioni «semplici» ed eccezioni che hanno «l'effetto giuridico di una diversa fattispecie», cioè un'entità suscettibile di dare luogo ad un accertamento incidentale, ex art. 34 c.p.c. Ed ancora, l'a. rileva in ID., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, cit., 269, come sia impossibile creare «una categoria di eccezioni, del tipo della compensazione, necessariamente riservate alla parte in ragione della loro struttura e a prescindere da un'espressa disposizione di legge: [...] anche la compensazione, se non esistesse l'art. 1242 c.c., che ne proclama la non rilevabilità d'ufficio [...] sarebbe tranquillamente rilevabile d'ufficio al pari della novazione, senza riserva 'necessaria' o 'naturale' al potere esclusivo della parte». Anche E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 324 ss., osserva che l'art. 112 c.p.c. può essere alternativamente interpretato come norma di rinvio alle disposizioni che richiedono caso per caso l'indispensabile iniziativa della parte (non essendo quindi utile, per l'interprete, la ricerca di un principio unitario che informi quei casi), oppure può richiamare un criterio generale che resta in essa inespresso, da desumersi da altra norma o dall'intero sistema. Egli propende, tuttavia, per il primo capo dell'alternativa, poiché anch'egli nega che le eccezioni in senso stretto abbiano una peculiare «fisionomia sostanziale». Analoga la posizione di DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, cit., 77 ss., secondo il quale la distinzione tra eccezioni in senso stretto e in senso lato avrebbe «scarso rilievo» dal punto di vista processuale, dovendosi addirittura dubitare dell'opportunità di tale distinzione. (L'a. ritiene, però, che le eccezioni in senso stretto siano poteri sostanziali). In tal senso si esprimeva già CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 416 ss., osservando che «le norme positive, di fronte all'eccezione in senso stretto e all'eccezione in senso lato, differenziano e consentono di differenziare la posizione del giudice, non la posizione del convenuto: è il giudice che talvolta ha e talvolta non ha il potere di rilevazione; il convenuto lo ha sempre [...]. La differenza dall'un caso all'altro possono verificarsi solo quando il convenuto non abbia esercitato il suo potere: ma sembra il classico errore degli *idola specus* desumere la diversa natura del potere del convenuto [...] dal fatto che talvolta è fiancheggiato e talvolta no da un analogo potere di un altro soggetto».

Ciò che appare scarsamente persuasivo, di tale impostazione, è la tendenza all'integrale processualizzazione dell'eccezione in senso stretto¹¹, ossia la ricerca di una valida ragione del divieto di rilevazione d'ufficio sul mero piano dei principi processuali. Tale propensione si manifesta nel concepire l'eccezione in senso stretto come un potere volto ad affermare nel processo l'esistenza di un fatto impeditivo, estintivo, modificativo, la cui particolarità risiede esclusivamente in tale necessaria affermazione rispetto all'accertamento giudiziale¹².

In altre parole, il tentativo di configurare il fenomeno in discorso in termini meramente processuali, giunge a privarlo di qualsiasi fondamento di tipo sostanziale, con ciò precludendo la possibilità stessa di invocare l'esistenza di un criterio sistematico di differenziazione tra eccezioni in senso stretto e in senso lato, al di fuori di quello dell'esplicita previsione di legge.

2. (Segue) Eccezioni e preclusioni processuali. Rilevazione e allegazione delle eccezioni. Eccezioni in senso lato e onere di tempestiva allegazione.

Il tema dei rapporti tra potere di allegazione dei fatti e potere di rilevazione dell'effetto è affrontato anche nella giurisprudenza della Corte di cassazione, con indirizzi interpretativi che hanno faticato, tuttavia, a trovare un regime uniforme e coerente con le loro stesse premesse.

Punto di partenza è la storica sentenza delle sezioni unite del 1998¹³, che, pronunciandosi in tema di risarcimento del danno dovuto al lavoratore per effetto

¹¹ Tendenza evidente in CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., 415; ID., *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, 32 ss., ove afferma essere necessaria l'eccezione non «affinché la prescrizione eserciti il suo effetto estintivo sul rapporto, ma [...] affinché tale effetto possa essere accertato dal giudice». Per la critica alla processualizzazione del fenomeno, cfr. ALLORIO, *Limiti di efficacia del patto «solve et repete»*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1937, 330.

¹² La spiegazione dell'eccezione in senso stretto sul piano dell'affermazione dei fatti che condiziona il potere decisorio nel merito del giudice induce FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, cit., 268, a ritenere che il fenomeno che occorre indagare sia, non quello delle eccezioni in senso stretto, ma quello dell'eccezione in senso lato, poiché «quello che può presentare un certo interesse è osservare che talvolta la scelta in favore della rilevabilità d'ufficio sembra dettata dalla necessità di garantire, attraverso il processo, esigenze tutelate di per sé da norme sostanziali, mentre talvolta la stessa scelta sembra tutelare proprio e direttamente il processo».

¹³ Si tratta di Cass, sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Foro it.*, 1998, I, 764, su cui, v. *supra* cap. I, § 3.

della reintegrazione disposta dal giudice ai sensi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori, ma dettando una regola suscettibile di essere estesa anche al procedimento ordinario, utilizza il criterio dell'allegazione soggettivamente qualificata per porre un limite alla regola della normale rilevabilità d'ufficio delle eccezioni.

In particolare, la Corte, da un lato afferma il principio della normale rilevabilità di ufficio dei fatti impeditivi, estintivi, modificativi – a cui si associa, per converso, la regola per cui le eccezioni in senso stretto sono un'ipotesi “eccezionale”, che ricorre quando il legislatore riserva la deduzione del fatto impeditivo, estintivo o modificativo alla parte interessata, ovvero quando l'eccezione corrisponde all'esercizio di un'azione costitutiva – dall'altro considera comunque necessario che il convenuto abbia allegato quel medesimo fatto nella memoria difensiva o, al più tardi, nell'udienza di discussione *ex art. 420 c.p.c.*

La sentenza distingue, infatti, tra potere di allegazione e potere di rilevazione. Il primo compete esclusivamente alla parte, riguarda qualsiasi fatto impeditivo, estintivo, modificativo e va esercitato, di norma, entro il limite temporale del tempestivo deposito della memoria difensiva.

Solo il potere di rilevazione, cioè il potere di desumere l'effetto dal fatto, appartiene anche al giudice ed è esercitabile oltre il suddetto limite temporale, sempre che i fatti cui si riferisce siano stati tempestivamente allegati nella memoria difensiva e siano anche rilevabili d'ufficio.

La Corte osserva, inoltre, che, pur in caso di eccezioni rilevabili *ex officio*, l'allegazione dei fatti non può andare disgiunta dalla prova della loro esistenza, sicché anche sotto questo profilo, una tardiva allegazione finirebbe per incontrare un limite di utilizzabilità nelle ormai intervenute decadenze istruttorie.

Si ritiene, quindi, affinché il giudice possa rilevare d'ufficio un fatto impeditivo, estintivo, modificativo, che la parte nel cui interesse è destinato a prodursi il relativo effetto abbia tempestivamente allegato e provato il fatto stesso nel processo. Deroga alla preclusione dell'allegabilità dei fatti nuovi può determinarsi solo in forza di sopravvenienze, e ciò anche se si tratta di fatti che fondano un'eccezione in senso stretto, pur dovendosi correlativamente ritenere necessario l'impiego, a questo fine, sotto pena di decadenza, del primo atto difensivo successivo.

Tale impostazione, che chiaramente evoca la tesi della riserva di allegazione nelle ipotesi di eccezione in senso stretto, non risulta persuasiva¹⁴.

È senz'altro corretto affermare che il potere di allegazione compete esclusivamente alla parte: stante il divieto di utilizzo della scienza privata da parte del giudice, alle parti del giudizio viene riconosciuto un potere monopolistico di allegazione dei fatti nel processo.

È altrettanto corretto ritenere che le eccezioni in senso lato si distinguono dalle eccezioni in senso stretto poiché solo per le prime il potere di rilevazione può essere esercitato anche oltre il limite temporale degli atti introduttivi del giudizio.

Non appare convincente, tuttavia, ritenere che il potere di allegazione – anche per le eccezioni in senso lato – sia sempre sottoposto al limite temporale coincidente con gli atti introduttivi del giudizio.

Ed invero, vincolare la rilevabilità delle eccezioni in senso lato ai limiti del regime delle preclusioni conduce a sovrapporre due piani che dovrebbero rimanere distinti.

Ed invero, la rilevabilità d'ufficio delle eccezioni in senso lato è posta in funzione di una concezione del processo che fa leva sul valore della giustizia della decisione. Le preclusioni operano, invece, su un altro piano, poiché sono essenzialmente un criterio di ordine, una tecnica per regolare il processo, sempre con il fine di pervenire a una decisione giusta, ma prevedendo un meccanismo per disciplinare l'attività delle parti¹⁵.

¹⁴ Il richiamo alla tesi della riserva di allegazione nelle ipotesi di eccezioni in senso stretto si coglie anche là dove la Cassazione afferma che i fatti tempestivamente e legittimamente allegati nel processo, ove siano anche rilevabili *ex officio*, sono tali da far sorgere il potere – dovere del giudice di tenerne conto ai fini della decisione sulla domanda. Sono tali, cioè, da far sorgere quel condizionamento del potere decisorio del giudice all'accertamento e qualificazione di fatti dotati di efficacia impeditiva, estintiva, modificativa.

¹⁵ La paternità dello stesso concetto di preclusione è unanimemente attribuita a CHIOVENDA, al quale di certo non era estranea l'idea di porre dei limiti temporali a determinate attività processuali delle parti, ma che non era affatto contrario, ad esempio, alla proposizione in appello di nuove allegazioni di fatto ed istruttorie, che pur rientrano nella categoria da lui formulata. Sul concetto di preclusione, cfr. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1989, 478 ss.: «ogni processo, qual più qual meno, e così anche il nostro processo, per assicurare precisione e rapidità allo svolgimento degli atti giudiziari, pone dei limiti all'esercizio di determinate facoltà processuali, colla conseguenza che di là da quei limiti queste facoltà non si possono più esercitare. Ho dato a codesta conseguenza il nome di 'preclusione', da un bel verbo delle fonti che si trova usato, proprio nel significato che intendo, nella '*poena preclusi*' del diritto comune, salvo che nella preclusione odierna si prescinde naturalmente dall'idea della pena. Ho raccolto e ravvicinato sotto questa osservazione e questo nome

Ciò non vuol dire che il sistema delle preclusioni processuali non possa essere modulato in considerazione di esigenze di giustizia sostanziale. Nulla impedisce, in astratto, un esercizio “tardivo” del potere di allegazione, almeno per le eccezioni in senso lato, oltre il limite degli atti introduttivi del giudizio e financo in appello¹⁶.

La Suprema Corte ritiene, però, che ipotizzare l'allegabilità di nuovi fatti oltre il limite temporale degli atti introduttivi, per la sola ragione che la rilevanza dei loro effetti non si iscrive nel novero delle eccezioni riservate alla parte, significherebbe compromettere il principio della parità delle parti, il sistema stesso delle preclusioni e, in particolare, la sua funzione di affidare alla fase degli atti introduttivi del giudizio la cristallizzazione dei temi controversi e delle relative istanze istruttorie.

Appare evidente, tuttavia, che, accogliendo la tesi che vincola la rilevanza d'ufficio dell'eccezione alla tempestiva allegazione e prova del fatto estintivo, modificativo, impeditivo esclusivamente a cura della parte interessata, resta di scarso rilievo la distinzione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato. Il regime di queste ultime, da allegare e provare entro il limite delle preclusioni istruttorie, verrebbe, nel rito ordinario, quasi a coincidere con quello delle prime, restando solo la differenza in ordine all'anticipata rilevazione in comparsa di risposta delle eccezioni in senso stretto.

numerosi casi (e non sono tutti) nei quali si trova applicato dalla legge questo espediente. Sono casi svariatissimi, sia per la facoltà processuale a cui ciascuno si riferisce, sia per gli effetti che può avere la preclusione dell'esercizio di questa facoltà; ma tutti hanno in comune questo elemento, nel quale sta per me l'essenza della preclusione, intendo dire la perdita o estinzione o consumazione, che dir si voglia, di una facoltà processuale per il solo fatto che si sono raggiunti i limiti dalla legge segnati al suo esercizio». Il motivo di tale posizione è verosimilmente rintracciabile nel fatto che egli, fautore della concezione pubblicistica della funzione giurisdizionale, accordava una netta preferenza alla ricerca della verità da parte del giudice, che di certo mal si concilia con un sistema di preclusioni, quali quelle in argomento, affermate ancora timidamente con il codice del 1940 e con più rigore nella novella del 1990. Tale principio viene, infatti, consacrato in un parziale progetto di riforma che egli stesso ebbe modo di elaborare nel 1919, nell'ambito della Commissione c.d. per il dopo guerra, al cui art. 29 si legge che il giudice «deve disporre quanto è necessario per chiarire la verità dei fatti e per assicurare alla causa una decisione conforme a giustizia». In argomento cfr. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, Bari, 2010, 5-6; ID., *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, I.

¹⁶ È stato di recente ricordato che il testo dell'art. 183 c.p.c., nel disegno di legge originario, prevedeva la possibilità di modificare la domanda solo tenendo «ferma l'allegazione dei fatti storici», formula che venne abbandonata per la rigidità che avrebbe conferito al sistema, ostacolando ogni allegazione nuova, ancorché mirante a valorizzare risultanze acquisite agli atti. Cfr. Cass., sez. un. 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, I, 862, con nota di DI CIOMMO, *La rilevanza d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, e osservazione di ADORNO; sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, *id.*, 2013, I, 3500, con nota di ORIANI, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*.

La tesi non convince, quindi, non perché stabilisce che il potere di rilevare d'ufficio il fatto impeditivo, estintivo, modificativo è subordinato all'allegazione del fatto stesso nel processo, ma perché afferma che tale potere è esercitabile solo qualora ad allegare il fatto sia stata la parte interessata a far valere l'eccezione, l'unica a cui compete tale attività¹⁷.

La logica dell'eccezione rilevabile di ufficio risiede, al contrario, nella circostanza che il fatto risultante dagli atti del processo può essere rilevato dal giudice, nella sua idoneità a condurre al rigetto della domanda attrice, alla sola condizione che sia regolarmente acquisito nel processo, ben potendo essere introdotto anche dall'attore o comunque risultare dagli atti di causa¹⁸.

D'altro canto, a conferma di quanto sinora affermato, quando il tema del rapporto tra onere di rilevazione e onere di allegazione si è posto riguardo alla nullità del contratto, che ai sensi dell'art. 1421 c.c. è espressamente rilevabile di ufficio, non è stata pretesa, in alcuna occasione, l'allegazione ad opera del convenuto dei fatti che producono la nullità¹⁹.

¹⁷ Cfr. ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali*, I, in *Corr. giur.*, 2005, 1011 ss., *specie* 1015 ss.; ID., *Eccezione, Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 2001, 3 ss.; ID., *Eccezione rilevabile di ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, in *Foro it.*, 2001, I, 132 ss. Nella stessa direzione, cfr. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, 186 ss.

¹⁸ Cfr., da ultimo, Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, cit., secondo cui «è confermato che deve essere ammessa in appello la rilevabilità di eccezioni in senso lato, che ha senso preminente quando è basata su allegazioni nuove, quantomeno se già documentate *ex actis*. Si coglie in tal modo che il regime delle eccezioni è in funzione del valore primario del processo costituito dalla giustizia della decisione e che non deve esser dato spazio a un effetto contrario, che si verificherebbe se ogni questione, anche per sua natura rilevabile d'ufficio, fosse sottoposta ai limiti preclusivi di allegazione e prova a cura di parte che sono esposti dalla tesi che si intende definitivamente superare». In dottrina, cfr. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, I, Milano, 1992, 97; MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 348; PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1965, 156, che, dopo aver distinto tra onere dell'allegazione ed onere della prova dei fatti impeditivi, estintivi, modificativi (criticando il parallelismo necessario ed automatico tra i due oneri prospettato da CARNELUTTI, su cui cfr. *supra*, nt. 6), osserva: «si deve tener presente che, ove tali fatti, anche non allegati e non provati dalla parte che vi ha interesse, risultino acquisiti al processo (per esempio, per ammissione della controparte o dai documenti da essa prodotti), il giudice ne deve tener conto, sempre che non vi sia espressa limitazione al suo potere di iniziativa e accertamento di ufficio». Secondo MENCHINI, *Osservazioni critiche sul cd. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Studi in onore di Fazzalari*, III, Milano, 1993, 42, il magistrato deve tener conto dei fatti impeditivi, estintivi, modificativi rilevabili di ufficio «ove risultino dagli atti della causa (scritti difensivi, anche della controparte; verbali dell'interrogatorio libero; prove prodotte o assunte), con il solo ed insuperabile limite del rispetto del divieto di utilizzazione della scienza privata del giudicante».

¹⁹ Sull'art. 1421 c.c., cfr., con ampi riferimenti, CORSINI, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 667 ss.

Queste ragioni hanno spinto le sezioni unite della Corte di cassazione²⁰ a configurare diversamente il rapporto tra il potere di allegazione della parte e il potere di rilevazione d'ufficio del giudice, sconfessando espressamente il precedente rappresentato da Cass, sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099.

In particolare, trovandosi ad affrontare il tema del giudicato esterno e, nello specifico, se esso integrasse un'eccezione in senso lato o in senso stretto, la Suprema Corte, dopo aver riconosciuto il suo carattere di eccezione in senso lato e la sua rilevabilità d'ufficio, si sofferma sul tema dei limiti da apporre a tale rilevabilità²¹.

Ad opinione della Corte, dal momento che nel nostro ordinamento vige il principio della non utilizzabilità della scienza privata del giudice, è necessario che la parte alleghi e dimostri l'esistenza di un giudicato esterno idoneo ad incidere sulla controversia allo stesso sottoposta e cioè ponga il giudice nelle condizioni di conoscerne l'esistenza, ma tale allegazione e dimostrazione – proprio per il rilievo d'ufficio dello stesso – non solo non è soggetta a termini particolari, potendo essere

²⁰ Cfr. Cass., sez. un., 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 2810, con nota di IOZZO, *Eccezione di giudicato esterno e poteri del giudice (anche di legittimità)*; in *Corr. giur.*, 2001, 1462, con nota di FITTIPALDI, *Preclusioni processuali e giudicato esterno: verso un disimpegno della cassazione dalla teorica dell'eccezione*. Per altri riferimenti, cfr. ORIANI, *Eccezione rilevabile di ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, cit., 127 ss.

²¹ Le Sezioni Unite del 2001, dopo aver ricordato il contrasto verificatosi al riguardo nella giurisprudenza, segnalano che, sulla linea della rilevabilità d'ufficio «si pongono poi due recenti sentenze – Cass., sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099 e 13 aprile 1999, n. 3631 – le quali hanno ritenuto, da un lato, che per tutte le eccezioni, diverse da quelle corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva, la necessità o meno di un'istanza di parte non può che derivare da una specifica previsione di legge, onde l'operatività del principio generale della normale rilevabilità d'ufficio delle eccezioni, e, dall'altro, che – per la necessità di un coordinamento del suddetto regime delle eccezioni con il concreto ordinamento del processo nel quale si fanno valere e, in particolare, con l'ordinamento di un procedimento di tipo chiuso come quello per le controversie del lavoro (e sia pure in minor misura, anche il procedimento ordinario, dopo le riforme del 1990-1995) nel quale opera un rigido sistema di preclusioni e decadenze – tale rilievo di ufficio viene meno ove l'allegazione dell'eccezione di giudicato esterno venga effettuato senza il rispetto dei termini entro cui, sulla base della disciplina dettata per la concreta controversia, l'allegazione deve essere compiuta». Orbene, prendendo le mosse dalla precedente sentenza delle Sezioni Unite del 1998, in ordine al carattere "eccezionale" dell'eccezione in senso stretto, le Sezioni Unite del 2001 riconoscono anche al giudicato esterno il carattere dell'eccezione in senso lato e la sua rilevabilità di ufficio, non trovando alcun motivo per riservare un trattamento diverso al giudicato interno e al giudicato esterno. Ed inverso, «la differenza pratica costituita dal fatto che il giudice dello stesso processo (anche di grado diverso) più facilmente è in grado di conoscere l'esistenza di un giudicato relativo alle questioni da decidere che non il giudice di un diverso processo, non consente di porre una distinzione fra i due giudicati, in ordine alla loro rilevabilità. Al giudice potranno mancare le necessarie informazioni e le relative prove, ma ove lo stesso ne abbia notizia, attraverso le carte processuali, è obbligato a riconoscere l'autorità del giudicato, anche se nessuna parte lo fa espressamente ed anche se la parte interessata dichiara di rinunciarvi».

effettuata in ogni stato e fase del giudizio di merito, ma prescinde da qualsiasi volontà della parte di avvalersene²².

I punti fermi, cui la Suprema Corte di cassazione a sezioni unite perviene nella materia in esame, possono, quindi, riassumersi, da un lato, nel carattere “eccezionale” dell’eccezione in senso stretto, che ricorre solo nelle ipotesi previste dalla legge e in quelle in cui si coordina ad un’azione costitutiva; dall’altro, nella rilevabilità d’ufficio dell’eccezione in senso lato, purché il fatto che ne costituisce oggetto risulti dagli atti del processo, anche se non è stato allegato dalla parte interessata²³.

²² Per FITTIPALDI, *Preclusioni processuali e giudicato esterno*, cit., 1469, le Sezioni Unite del 2001 revocano in dubbio «l’assunto secondo il quale l’allegazione di un fatto al processo ad opera della parte non possa avvenire (ed essere conseguentemente riguardata) che in veste di formale sollevamento di un’eccezione», ma mette anche a nudo la fragilità «di quella sorta di vero e proprio teorema secondo il quale l’allegazione dei fatti a processo abbia a conoscere un suo momento di radicale e generalizzato esaurimento nella consumazione dei termini di decadenza di cui agli artt. 163, 167 e 183 c.p.c. (quanto al rito ordinario) ed agli artt. 414, 416, 420 (quanto al rito del lavoro)». Cfr. anche IOZZO, *Eccezione di giudicato esterno*, cit., 2811; D’AMICO, *L’interruzione della prescrizione*, in *Foro it.*, 2004, I, 1885.

²³ In relazione a tali conclusioni, i timori manifestati in dottrina riguardano la possibilità che l’esito della controversia si fondi sulla cd. terza via, ossia che il giudice decida sulla base di questioni rilevate d’ufficio e sulle quali tra le parti non c’è stato alcun confronto processuale. Il fenomeno ricorre, in sostanza, quando il giudice, nel decidere una controversia, sovrappone al dibattito processuale una questione che non è stata sottoposta al controllo e alla discussione delle parti, violando così non solo il principio del contraddittorio, ma anche il diritto alla difesa. A tal proposito, cfr. BUONCRISTIANI, *L’allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici.*, Torino, 2001, 212 ss., che ha approfondito, anche su base comparatistica, il fenomeno dei cd. fatti avventizi, ossia quelle circostanze fattuali, rilevabili d’ufficio, versate in causa ma silenti in quanto non invocate per inavvertenza o negligenza dalle parti, e pertanto tendenzialmente destinate a rimanere inerti nel processo, a meno che il giudice, studiando la causa, noti tali fatti e li consideri rilevanti per la decisione. L’a. ritiene che, laddove questi fatti divengano strumento di decisione, ciò attualizza l’esigenza di difesa della controparte e il rispetto del principio del contraddittorio. In altre parole, dare rilevanza a tali fatti è ammissibile se la struttura e le regole del procedimento consentano alla parte di liberamente controdedurre in tempo utile. La questione può ritenersi, ormai, completamente sopita, considerato il nuovo testo dell’art. 111, comma 2, Cost.: «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale»). In realtà, allo stesso risultato era lecito pervenire anche prima della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, sia a livello dottrinario, dove già si ribadiva l’indirizzo favorevole a ritenere la presenza di un dovere del giudice di richiedere alle parti chiarimenti sulle questioni rilevabili di ufficio (cfr. CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, V, 6 ss.; MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili della “terza via”*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 931 ss.; COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del “giusto processo”*, in *Nuova giur. civ.*, 2001, II, 19 ss.; CAVALLINI, *Eccezione rilevabile di ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, 105 ss.), sia, soprattutto, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. A ben vedere, infatti, Cass. 21 novembre 2001 n. 14637, in *Giust. civ.*, 2002, VI, 1611, con nota favorevole di LUISO, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»?*, e in *Giur.it.*, 2002, 1363, con nota contraria di CHIARLONI, *La sentenza “della terza via” in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, dichiara nulla la sentenza fondata su una questione rilevata di ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti. Ancora, Cass., sez. un., 25 luglio 2002, n. 10955, in *Giur. it.*, 2003, 660, nel consentire al giudice, dinanzi al quale è stata eccepita la prescrizione quinquennale, di applicare la prescrizione decennale, osserva che, ove il

L'occasione della pronuncia è costituita, come si è detto, dal tema del giudicato, ma la *ratio decidendi* è in grado di estendersi a tutte le ipotesi di eccezione in senso lato²⁴. Tuttavia, in ragione di talune sfumature della motivazione suscettibili di essere interpretate ambigualmente, è rimasta incertezza circa la portata dell'affermazione secondo cui il rilievo d'ufficio dell'eccezione non è subordinato ad una tempestiva allegazione di essa ad opera della parte interessata.

Ed infatti, la regola secondo cui il fatto integrante eccezione in senso lato deve essere allegato al più tardi entro l'udienza *ex art. 420 c.p.c.* (e, nel rito ordinario, entro l'udienza *ex art. 183 c.p.c.* ovvero entro l'appendice di trattazione scritta *ex art. 183, comma 5, c.p.c.*), è stata, sovente, richiamata anche dopo le sezioni unite del 2001, come se i principi in essa affermati riguardassero soltanto il giudicato esterno, e non invece, secondo l'interpretazione preferibile, le eccezioni in senso lato in generale²⁵.

La situazione non cambia neppure dopo un'ulteriore sentenza delle sezioni unite, che abbandona un indirizzo risalente al 1923 in tema di interruzione della prescrizione²⁶. In tale occasione, la Corte ribadisce ancora una volta che le eccezioni

giudice disattenda il riferimento operato dalla parte al termine prescrizionale, «si verifica un esercizio dei poteri officiosi in senso modificativo dei termini della controversia quali risultano dagli atti di parte ed il rischio di una decisione sulla base di dati relativamente ai quali le opposte difese non hanno avuto modo di confrontarsi; il problema è se e come il giudice debba garantire l'effettività del contraddittorio [...]. Sull'*an* la risposta non può che essere affermativa, attesa la generale valenza del contraddittorio, così come sul *quomodo* è agevole rilevare che lo strumento è somministrato espressamente dalla legge, essendo richiesto dall'art. 183, comma 3, c.p.c. che il giudice indichi alle parti le questioni rilevabili di ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione».

²⁴ Così, IOZZO, *op. ult. cit.*; FITTIPALDI, *op. ult. cit.*; D'AMICO, *op. ult. cit.* *Contra*, CAVALLINI, *Eccezione rilevabile di ufficio e struttura del processo*, cit., 104-105; DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, 13, secondo cui le Sezioni Unite del 2001 esprimono una *ratio decidendi* utilizzabile solo in relazione al giudicato, attese le sue particolarità, e non applicabile, in generale, a tutte le eccezioni in senso lato.

²⁵ Cfr., ad es., Cass. 17 maggio 2004, n. 9323, *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Procedimento civile*, 194; 8 aprile 2004, n. 6943, *id.*, 2004, I, 1713, con osservazioni di FABIANI; 13 settembre 2003, n. 13467, *ibid.*, 1480, con osservazioni di DE SANTIS; 28 novembre 2001, n. 15065, *id.*, Rep. 2001, voce *Lavoro (rapporto)*, 1340.

²⁶ Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, *id.*, 2005, I, 2660, con nota di ORIANI, *L'interruzione della prescrizione è rilevabile d'ufficio: le sezioni unite della Corte di cassazione abbandonano un indirizzo risalente al 1923*. Nel caso di specie, di fronte all'eccezione di prescrizione proposta dal convenuto nella memoria difensiva, l'attore nulla aveva dedotto in primo grado; solo nell'atto d'appello era stata allegata l'interruzione della prescrizione. Ebbene, la Cassazione ha ritenuto ammissibile la deduzione. Ciò significa, inequivocabilmente, che risulta abbandonato l'altro principio enunciato dalle sezioni unite del 1998. Se la Cassazione avesse voluto ribadire la necessità della tempestiva allegazione delle eccezioni in senso lato, avrebbe dovuto rigettare il ricorso, posto che, era del tutto pacifico che l'interruzione della prescrizione fosse stata allegata non all'udienza di discussione nel giudizio di

in senso stretto hanno carattere eccezionale (principio ormai divenuto *ius receptum*) ed afferma che non osta al rilievo d'ufficio dell'eccezione in senso lato in ogni stato e grado del giudizio la mancata allegazione *in limine litis* dei fatti posti a suo fondamento. L'unica condizione per il rilievo di ufficio dell'eccezione in senso lato è rappresentato dal fatto che essa risulti dagli atti del processo, nonché che risulti ritualmente provata²⁷.

La risposta della giurisprudenza non fu, tuttavia, nel senso dell'adesione incondizionata alle conclusioni appena esposte. Cass. 30 gennaio 2006, n. 2035²⁸, ad esempio, afferma che «non può farsi dire alla recente decisione dei giudici di legittimità sull'eccezione di interruzione della prescrizione quello che essa non dice: il potere di rilievo di ufficio dell'eccezione in senso lato può essere esercitato (non solo sulla base di prove ritualmente acquisite al processo, ma soprattutto) sulla base di fatti ritualmente acquisiti al contraddittorio: in altri termini, se non vi è allegazione [soggettivamente qualificata] dei fatti di cui all'eccezione in senso lato entro l'udienza di discussione, il giudice non li può rilevare, anche se risultano dalle prove ritualmente acquisite»²⁹.

A seguito delle sezioni unite del 2005, quindi, le sezioni semplici della Corte di cassazione continuano in assoluta prevalenza ad affermare il carattere «eccezionale» delle eccezioni in senso stretto. Molto più contrastata rimane, invece, la possibilità per il giudice di fondare la decisione su fatti a base di un'eccezione in senso lato, non ritualmente allegati, pur se risultanti dagli atti del processo.

Persistono, infatti, nella giurisprudenza di legittimità, contrasti tra chi subordina il rilievo d'ufficio di ogni eccezione alla tempestiva allegazione, proveniente dalla parte, nel giudizio di primo grado, entro il termine posto dall'art. 183 c.p.c.³⁰, e fautori

primo grado, ma solo nell'atto d'appello, di guisa che, anche ad ammettere la presenza di un'eccezione in senso lato, l'allegazione sarebbe stata tardiva.

²⁷ Significativa, al riguardo, la critica più volte ribadita nel corso della motivazione a Cass., sez. lav., 25 marzo 2002, n. 4219, *id.*, Rep. 2002, voce *Infortuni sul lavoro*, 192, secondo la quale la necessità di proporre immediatamente la controeccezione di interruzione della prescrizione risponde ad esigenze di speditezza processuale.

²⁸ In *Foro it.*, 2006, I, 3135, con nota di ORIANI, *Ancora sull'eccezione di interruzione di prescrizione: a proposito di allegazione e prova*.

²⁹ Nello stesso senso, successivamente, cfr. Cass. 22 giugno 2007, n. 14581, *id.*, 2008, voce *Danni civili*, 185.

³⁰ Cfr., esemplificativamente Cass. 4 marzo 2011, n. 5333, *id.*, Rep. 2012, voce *Fallimento*, 430.

della tesi opposta, che giunge fino all'affermazione che la deducibilità in appello di eccezioni in senso lato è ammessa non solo se i fatti sono per la prima volta allegati in sede di impugnazione, ma anche se in questa sede debbano essere accertati «con i mezzi di prova che il giudice di appello ritenga ammissibili e rilevanti»³¹.

È stata, pertanto, salutata con favore, prima l'ordinanza della seconda sezione della Corte di cassazione che ha proposto la rimessione alle sezioni unite della questione «se il limite della responsabilità dell'erede, che abbia accettato con beneficio d'inventario, per l'adempimento dei beni ereditari, costituisca o meno oggetto di un'eccezione in senso stretto», e, poi, il comportamento delle sezioni unite che hanno ritenuto strettamente intrecciati i temi della natura di tale eccezione e della sua rilevanza, affrontando espressamente i rapporti tra eccezione in senso lato e tempestività dell'allegazione.

Le sezioni unite del 2013³², dopo aver per l'ennesima volta ribadito che l'eccezione in senso stretto costituisce una deroga alla regola generale, per la quale i fatti estintivi, modificativi, impeditivi danno luogo ad un'eccezione in senso lato, ha statuito, dando continuità all'orientamento già insito nelle citate sentenze del 2001 e 2005, che il rilievo d'ufficio delle eccezioni in senso lato non è subordinato alla specifica e tempestiva allegazione della parte ed è ammissibile anche in appello, dovendosi ritenere sufficiente che i fatti risultino documentati *ex actis*, in quanto il regime delle eccezioni si pone in funzione del valore primario del processo, costituito dalla giustizia della decisione, che resterebbe svisato ove anche le questioni rilevabili d'ufficio fossero subordinate ai limiti preclusivi di allegazione e prova previsti per le eccezioni in senso stretto.

³¹ Cfr., ad esempio, Cass. 24 maggio 2005, n. 10918, *id.*, Rep. 2006, voce *Appello civile*, 63. Non mancano voci secondo cui il discorso sulla parità delle parti andrebbe, allora, nuovamente affrontato, partendo dall'indirizzo prevalente in dottrina e consolidato in giurisprudenza, che riconosce la deducibilità in appello di nuovi fatti costitutivi dei diritti autodeterminati. Cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 488 ss.; LUISSO, *Diritto processuale civile*. II, Milano, 2017, 385 ss.; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 380, che richiama, come conformi, Cass. 24 maggio 2010, n. 12607, *id.*, Rep. 2010, voce *Usucapione*, n. 36; 26 novembre 2008, n. 28228, *id.*, Rep. 2008, voce *Appello civile*, n. 39; 13 febbraio 2007, n. 3089, *id.*, Rep. 2007, voce *Proprietà*, n. 36; 16 maggio 2007, n. 11293, *ibid.*, voce *Appello civile*, n. 50; 20 novembre 2007, n. 24141, *ibid.*, voce *Procedimento civile*, n. 208.

³² Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, cit.

3. Il problema dell'ingiustizia della decisione

Le ragioni che hanno indotto gli interpreti ad accogliere la concezione sostanziale dell'eccezione in senso stretto – implicante, come si è visto, una relazione di incompatibilità tra il verificarsi di diritto dell'effetto impeditivo, estintivo, modificativo e il divieto della sua rilevanza d'ufficio in sede giudiziale – non traggono origine esclusivamente da un problema di costruzione della fattispecie sostanziale, dovendosi rilevare la presenza anche di un'argomentazione attinente alla spiegazione processuale del fenomeno dell'eccezione in senso stretto.

Si tratta, a ben vedere, dell'affermazione secondo cui la caratteristica di elemento costitutivo, o comunque di completamento della fattispecie impeditiva, estintiva, modificativa del diritto, impressa all'eccezione in senso stretto, sarebbe imposta da ragioni di coerenza interna del sistema e, soprattutto, dall'esigenza di escludere che esso preveda, quale «fenomeno fisiologico», la possibilità che il giudice emani consapevolmente una sentenza ingiusta³³.

L'ipotesi a cui tale dottrina si riferisce, non è quella in cui il mancato rilievo di un fatto impeditivo, estintivo, modificativo sia dovuto alla sua mancata introduzione nel giudizio, e quindi all'ignoranza del fatto stesso da parte del giudice – ipotesi, quest'ultima, che rientra nello schema della patologia del giudicato ingiusto. Il caso rilevante è, piuttosto, quello in cui il fatto impeditivo, estintivo, modificativo risulti acquisito agli atti del processo, anche ad opera dell'attore, ma non sia stato eccepito dal convenuto, risultandone inibita la rilevazione da parte del giudice ai fini della decisione della domanda³⁴.

In altre parole, se si ammettesse che la fattispecie sostanziale impeditiva, estintiva, modificativa sia compiuta e perfettamente operante indipendentemente

³³ Parla di «fenomeno fisiologico», BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, 107, il quale pone tale questione al centro della dimostrazione della necessità di concepire l'eccezione come potere sostanziale. L'argomento è presente anche nelle trattazioni di CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, cit., 273; LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, cit., 451.

³⁴ A tal proposito, già CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, 295, affermava che occorre «porsi di fronte all'ipotesi non infrequente che le circostanze favorevoli al convenuto risultino evidenti dagli atti, o anche di fronte all'ipotesi, più rara a verificarsi, ch'esse risultino dalla stessa esposizione dell'attore. È qui che si manifesta praticamente la differenza fra le circostanze che per se stesse escludono l'azione e quelle che attribuiscono al convenuto il diritto d'impugnarla: le prime saranno rilevate d'ufficio dal giudice, anche se il convenuto è assente o tace; le seconde non potranno rilevarsi dal giudice, per quanto da lui conosciute, se non quando un atto di volontà del convenuto lo ecciti a farlo».

dall'esercizio dell'eccezione (cioè *ipso iure*), dovrebbe allora ammettersi che il giudice sia chiamato a pronunciare una sentenza consapevolmente ingiusta, accertando come esistente un diritto che, sulla base delle stesse risultanze emerse nel corso del giudizio, risulta essere in realtà estinto³⁵.

In tali casi, lo scarto tra realtà sostanziale e giudizio non potrebbe essere assorbito nel sistema come inevitabile accidente patologico, ma dovrebbe essere considerata e teorizzata come evenienza del tutto ordinaria e connaturale alla previsione di determinate fattispecie oggetto di eccezione in senso stretto.

Al problema ha cercato di far fronte un'autorevole dottrina, che nega l'esistenza di un collegamento tra eccezione in senso stretto e fattispecie sostanziale, rilevando che l'accertamento positivo del diritto che il giudice è tenuto a rendere in caso di mancato esercizio dell'eccezione non significa che il diritto non abbia subito l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo, ma che «il processo, a cagione di una sua imperfezione, non è riuscito a tradurre nella sentenza la realtà»³⁶.

Tale risposta, tuttavia, proprio perché implica una teorizzazione della fisiologicità dello scarto tra realtà sostanziale e giudizio, contraddice le sue stesse premesse che, invece, danno ragione di «un'imperfezione» del processo³⁷, e, pertanto non ha convinto gli studiosi che, in materia, hanno continuato a cercare la soluzione nella formazione della fattispecie a livello sostanziale³⁸.

È infatti innegabile che attribuire all'atto di esercizio dell'eccezione un effetto costitutivo dell'effetto sostanziale, consente di spiegare con facilità il caso della mancata eccezione: il giudice accoglie, in tal caso, la domanda attrice, anche se il

³⁵ Cfr. COLESANTI, *Eccezione*, cit., 181, che parla di una conclusione di «sconcertante gravità»; ALLORIO, *Limiti di efficacia del patto 'solve et repete'*, cit., 565 ss.; BOLAFFI, *op. ult. cit.*; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 296;

³⁶ Cfr., CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 36.

³⁷ CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, I, cit., 414, non discorreva – a proposito della mancata eccezione – di sentenza giusta ma di sentenza ingiusta, la cui ingiustizia è, però, «facilmente tollerabile».

³⁸ Ad esempio, COLESANTI, *Eccezione*, cit., 195-196, rileva che «la sentenza che, in difetto della proposizione dell'eccezione, venisse emanata dal giudice senza tener conto per esempio della prescrizione non opposta, sarebbe una sentenza giusta, appunto perché essendo mancato l'atto di volontà del convenuto non si è realizzata la fattispecie cui è riportato l'effetto estintivo della prescrizione».

fatto risulta dagli atti del giudizio, proprio perché tale fatto non ha ancora esplicitato la sua efficacia, non avendo in alcun modo inciso sul diritto fatto valere dall'attore.³⁹

Nella teoria sostanzialistica, quindi, la preoccupazione degli interpreti è tutta incentrata sulla *consapevolezza* dell'ingiustizia della sentenza da parte del giudice; consapevolezza derivante dal fatto che egli – diversamente da quanto avviene nelle ipotesi di sentenza ingiusta dovuta ad errore di valutazione giuridica o fattuale – è a conoscenza dell'esistenza di un fatto che condurrebbe al rigetto della domanda.

Deve, tuttavia, escludersi che tale preoccupazione rappresenti un motivo sufficiente per escludere che l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo si realizzi *ipso iure* anche nelle ipotesi di eccezioni in senso stretto.

L'emanazione di una pronuncia di accoglimento della domanda in condizioni di consapevolezza dell'esistenza di un fatto che consentirebbe al convenuto di ottenerne il rigetto è un'eventualità che può presentarsi anche in casi diversi, come, ad esempio, nell'ipotesi in cui il giudice abbia privata conoscenza di un fatto impeditivo, estintivo, modificativo rilevabile anche d'ufficio, ma non possa comunque tenere conto ai fini della decisione a causa della sua mancata acquisizione al processo.

Ma non è tutto. La concezione sostanzialistica dell'eccezione in senso stretto, nel risolvere la preoccupazione in ordine alla consapevolezza dell'ingiustizia della decisione postulando l'insussistenza di un fatto impeditivo, estintivo, modificativo prima dell'esercizio dell'eccezione, prova troppo.

Se si accede a tale teoria, infatti, non è corretto parlare di un limite al potere di rilevazione d'ufficio, posto che, se la funzione del processo è quella di accertare la realtà sostanziale esistente al momento della decisione, ciò esclude in radice la possibilità che il giudice possa dare rilievo ad effetti che, per essere mancata l'eccezione, non si sono ancora compiuti e che, quindi, non incidono sull'attuale esistenza del diritto fatto valere dall'attore⁴⁰.

³⁹ È ciò che intendeva CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 295, rilevando che «la sentenza che condanna il convenuto a pagare un debito già soddisfatto è una sentenza *ingiusta*, quantunque il giudice *abbia ignorato che il pagamento era avvenuto*. Mentre la sentenza che condanna a pagare un debito a cui si sarebbe potuta opporre, e non fu opposta, la prescrizione, *non è punto ingiusta*, quantunque il giudice *abbia conosciuto che la prescrizione era compiuta*». Cfr., analogamente, HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 218; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 133.

⁴⁰ In tal senso si esprime BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 168-169: «il divieto di supplire ad un'eccezione in senso tecnico, nel caso in cui la parte interessata abbia omesso di farla

Se così è, appare difficile, però, conciliare una tale concezione con il disposto dell'art. 112 c.p.c., che, invece, pone espressamente il fenomeno dell'eccezione in senso stretto sul piano dei limiti dei poteri giudiziali. Come visto, infatti, se si accoglie la tesi sostanzialistica, una tale riconduzione sarebbe ultronea, atteso che, una volta assunta l'eccezione in senso stretto come potere sostanziale, l'istituto andrebbe a porsi del tutto al di fuori della struttura del processo. Anzi, la disciplina del processo, a questo punto, conoscerebbe un'unica fondamentale distinzione a proposito delle iniziative difensive del convenuto, cioè tra difesa ed eccezione *tout court*⁴¹.

Da un punto di vista pratico, dovrebbe anche ammettersi che, una volta esercitato il potere sostanziale di eccezione – implicante, come visto, alla stregua di tutti i poteri sostanziali, un suo esercizio anche al di fuori del processo – l'effetto da essa prodotto dovrebbe prospettarsi, sul piano del processo, come tipico oggetto di rilevazione ufficiosa da parte del giudice, considerato che l'effetto si è già prodotto per il tramite dell'esercizio del potere sostanziale.

Ed invero, l'effetto realizzato per il tramite dell'eccezione non potrebbe essere impedito, in tal caso, semplicemente lasciando cadere l'eccezione, poiché, operante il principio di acquisizione di tutti i fatti che comunque emergono *ex actis*, la parte dovrebbe compiere un atto di rinuncia espressa all'effetto impeditivo, estintivo, modificativo sostanziale già prodotto dall'esercizio del potere sostanziale.

Così stando le cose, l'impressione è che la concezione sostanzialistica abbia posto eccessiva enfasi sul problema dell'ingiustizia della decisione da essa implicato. Ciò

valere, non rappresenta un limite al potere del giudice [...]. Sembrerebbe, infatti, [...] che il giudice, in determinati casi, non possa prendere in considerazione dei motivi di estinzione del diritto affermato dall'attore, sebbene risultino dagli atti. Invece deve riconoscersi che questo limite non esiste: non è lecito affermare che il giudice non può prendere in considerazione un motivo esistente e a lui noto; ma al contrario il giudice non lo assume a fondamento della sua decisione, *perché esso non costituisce un motivo di estinzione*».

⁴¹ Sul punto, cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 41 ss., che parla di eccezioni in senso sostanziale, da un lato, e di obiezioni, dall'altro, per indicare le circostanze rilevabili solo su istanza di parte e quelle, invece, rilevabili anche d'ufficio dal giudice, laddove risultino dagli atti. La distinzione si coglie nel fatto che le obiezioni, cioè le mere difese, quando esse comunque emergano dagli atti allegati nel processo dalle parti, non creano un problema di rilevanza nel processo, posto che la difesa basata su tali fatti, avendo riguardo alla stessa fattispecie del diritto fatto valere dall'attore – la *res in iudicium deducta* – forma oggetto di giudizio già in base alla domanda e ai fini della valutazione della fondatezza o meno di essa. Per tale ragione è anche indifferente in quale modo e ad opera di quale parte ne sia avvenuta la deduzione nel processo, dovendo il giudice comunque tenerne conto al fine di emanare una sentenza giusta in ordine alla domanda.

appare evidente anche in base alla semplice constatazione che, nel caso in cui il fatto storico fondante l'eccezione in senso sostanziale risulti acquisito agli atti del processo e, ciononostante, il convenuto ometta di esercitare il relativo potere, il giudice sarebbe comunque tenuto ad indicare alla parte la circostanza a tale fine rilevante, al fine di acquisire tranquillità sul fatto che l'interessato non voglia effettivamente avvalersi della possibilità di estinguere il diritto *sub iudice*.

La preoccupazione di ordine teorico in ordine all'eventualità di una pronuncia ingiusta non riguarda, tuttavia, la sola concezione sostanziale dell'eccezione in senso stretto, venendo a riproporsi anche accogliendo la diversa tesi che collega la natura riservata dell'eccezione ai principi in tema di allegazione dei fatti nel giudizio (*iudex iudicare debet iuxta alligata*).

Ed invero, affermando che, nonostante la regolare acquisizione dei fatti al processo – idonei di per sé stessi a produrre efficacia impeditiva, estintiva, modificativa – il giudice non può tenerne conto in sede di decisione, perché manca l'introduzione/allegazione di essi da parte del soggetto nel cui interesse è destinato a prodursi l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo, consequenzialmente deve ammettersi che il giudice è obbligato ad emettere consapevolmente una pronuncia contraria alla realtà sostanziale.

La ragione per cui tale ipotesi non è valsa a suscitare altrettanta preoccupazione da parte degli interpreti, è da cogliere nella circostanza che essa è stata giustificata sulla base dei principi sopra ricordati in tema di accertamento dei fatti nel giudizio, i quali valgono, appunto – in funzione di garanzia dell'imparzialità dell'organo giudicante – anche a conformare l'esercizio del potere, spettante a quest'ultimo, di verifica della fondatezza della domanda⁴².

⁴² Constatazione, quest'ultima, che consente di comprendere come la *consapevolezza* giudiziale dell'esistenza di determinati fatti giuridici sia intesa – non in senso psicologico, ma – formale, ossia come consapevolezza di ciò che il giudice può *legittimamente conoscere*. Cfr. le parole di BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 107: «la realtà può essere ignota al giudice (a causa di mancanza di prove); ma, se essa gli è nota, il giudice dovrà assumerla a fondamento della propria decisione. Non deve sussistere dunque uno scarto fra la realtà accertata nel processo e la decisione del giudice; uno scarto può sussistere solo fra la realtà e l'accertamento che di essa è compiuta nel processo».

4. L'eccezione in senso stretto come istanza volta a promuovere l'applicazione dell'effetto. Risolto il problema dell'ingiustizia della decisione

Occorre, ora, domandarsi se il descritto condizionamento dei poteri giudiziari possa trovare una diversa giustificazione tecnico – processuale.

Una volta negato che l'eccezione in senso stretto sia espressione di un potere sostanziale, e stabilito che non v'è alcuna relazione tra eccezione riservata alla parte e principi in tema di accertamento dei fatti, è possibile porre in luce la reale portata del fenomeno dell'eccezione in senso stretto.

In particolare, l'atto-eccezione in senso stretto non consiste nell'allegazione di un fatto, ma in un'istanza volta a promuovere l'applicazione dell'effetto impeditivo, estintivo, modificativo discendente dal fatto alla situazione sottoposta a giudizio.

L'eccezione in senso stretto determina, cioè, la stessa rilevanza giudiziale della fattispecie, trattandosi di un potere volto a dare rilievo, nel processo, a determinate fattispecie impeditive, estintive, modificative di una situazione di obbligo dell'eccipiente⁴³.

In questi termini, il potere di eccezione incide esclusivamente sulla rilevanza della fattispecie che ne costituisce l'oggetto e non sulla struttura formativa della fattispecie sostanziale⁴⁴.

L'eccezione di merito in senso stretto, rappresenta, quindi, un potere processuale, il cui esercizio vale ad attribuire rilevanza ad un fatto rispetto al quale sussiste un divieto di rilevazione officiosa.

Da tale situazione giuridica deve essere tenuta logicamente e giuridicamente distinta la situazione sostanziale che viene fatta valere attraverso l'eccezione, il cui esercizio rappresenta l'eventuale antecedente logico dell'atto processuale diretto a dare rilevanza agli effetti giuridici conseguenti al potere di modificazione. Il coordinamento tra queste due differenti situazioni giuridiche si ottiene osservando

⁴³ Che il ruolo dell'eccezione in senso stretto sia soltanto quello di consentire al giudice di rilevare un effetto già prodottosi sul piano sostanziale è sostenuto anche da ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1976, 6.

⁴⁴ Cfr. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 249.

che l'atto di esercizio della situazione sostanziale è l'oggetto dell'eccezione di merito in senso stretto.

In assenza di eccezione, quindi, ciò che impedisce al giudice di pronunciarsi sul già operante effetto impeditivo, estintivo, modificativo è il modo in cui il legislatore mostra di conformare l'effetto sul piano sostanziale; modalità che, in assenza di un'istanza della parte interessata, determina l'irrilevanza giuridica e processuale del fatto che vale a realizzarlo, ossia il suo rilevare come mero fatto storico e materiale, privo di giuridicità⁴⁵.

Ciò permette di spiegare la natura riservata dell'eccezione, senza dover postulare che essa incide sulla struttura formativa della fattispecie sostanziale e senza ricorrere ai principi che regolano l'allegazione dei fatti e il loro accertamento giudiziale.

Configurare l'eccezione in senso stretto alla stregua di un'istanza volta a promuovere l'applicazione dell'effetto implica, infatti, che l'effetto deve ritenersi già operante *ipso iure*, considerato che l'applicazione di un effetto al fatto è un'operazione che presuppone anzitutto l'esistenza dell'effetto medesimo.

In relazione ai poteri di cognizione del giudice, la necessità dell'istanza si spiega, poi, in base alla circostanza che, indeterminati casi, l'ordinamento consente ed impone che il giudizio di attuale esistenza del diritto promosso con la domanda introduttiva sia pronunciato sulla base di una cognizione ristretta alla sola fattispecie costitutiva e a talune fattispecie impeditive, estintive, modificative, sottoponendo altre di esse alla condizione della positiva istanza del convenuto.

⁴⁵ Sul punto, appare fondamentale lo studio del fenomeno giuridico che si trova nelle pagine di SCOGNAMIGLIO, *Fattispecie*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 1 ss., specie 5; ID., *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 331 ss., che parla di rilevanza giuridica per indicare il passaggio necessario e fondamentale, nel rapporto tra fatto storico/naturale e norma, per qualificare il fatto stesso come giuridico e porlo in relazione causale con l'effetto. L'a. ricorre alla nozione di rilevanza per indicare «l'aspetto formale della fattispecie», espressivo dell'attività creatrice della norma; attività che «potrebbe dirsi di qualificazione dei fatti naturali: ai quali si attribuisce così rilevanza anche per il diritto». L'aspetto innovativo di tale impostazione si coglie nell'instaurazione di un rapporto tra fatto ed effetto, in cui, una volta accolta l'idea che «causa efficiente nell'ambito della dinamica del diritto [...] non sia il fatto nella sua materialità ma piuttosto la fattispecie già considerata nella sua giuridica rilevanza [...] la relazione causale, di cui trattasi, viene ad istituirsi [...] tra due entità appartenenti alla stessa sfera del reale: e cioè tra il fatto giuridico e l'effetto giuridico». In argomento, cfr. anche, FALZEA, *Rilevanza giuridica*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 900 ss.; ID., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 457 ss., 481 ss.; IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Nov. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1094 ss.

Si tratta di un procedimento volto a fissare i limiti obiettivi, non dell'accertamento, ma, piuttosto, della cognizione che il giudice è chiamato a compiere per decidere in ordine alla domanda.

Sulla base di tali premesse si ridimensiona anche il problema della consapevolezza dell'ingiustizia della decisione. Ed infatti, nel caso in cui il processo si concluda con una pronuncia di accoglimento, benché risulti acquisito agli atti il fatto fondante la non opposta eccezione, e il giudice abbia contezza di quel fatto, si tratta, in realtà, di una consapevolezza meramente psicologica, al pari di quanto si è detto per il caso in cui egli abbia provata conoscenza di un fatto che il principio dispositivo gli impedisce di tenere in conto. In altri termini, egli conosce di quel fatto in quanto fatto storico-materiale e non in quanto fatto avente efficacia giuridica.

Ma se si cambia prospettiva, si osserva che è la stessa valutazione in termini di ingiustizia della decisione ad apparire non del tutto appropriata.

Se l'ordinamento processuale deve porsi come obiettivo quello di agevolare l'emanazione di una sentenza che sia la sentenza giusta⁴⁶, rispondente ai dettami del diritto positivo, deve parimenti considerarsi che la valutazione in merito alla giustizia del *dictum* della decisione deve effettuarsi non solo in relazione alla sua maggiore o minore conformità al diritto sostanziale, ma avendo riguardo, altresì, ai precetti con cui l'ordinamento disciplina le modalità e i limiti della cognizione del giudice.

Se un determinato fatto acquista rilievo giuridico solo in seguito ad apposita istanza della parte interessata, non può ritenersi ingiusta la sentenza che, nonostante il fatto risulti acquisito al processo, accolga la domanda attrice in assenza del rilievo di parte. Ciò in quanto, finché la parte non dichiara di voler accordare rilevanza a quel fatto, il giudice non è in grado di attribuire ad esso alcun significato giuridicamente rilevante, e ciò è sufficiente per ritenere che la sentenza emanata è una sentenza giusta, nel senso di conforme al diritto positivo.

Ciò che interessa, in questa sede, rilevare (e che verrà approfondito, con maggior impegno espositivo, nel prosieguo della trattazione), è che ciò non dipende da una disattenzione del giudice, che produce uno scollamento tra realtà sostanziale e realtà

⁴⁶ Sullo scopo obiettivo del processo civile, cfr. ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917, 287.

processuale, trattandosi, al contrario, dell'esatta osservanza del diritto materiale che, nei casi di eccezione in senso stretto, prevede il divieto di rilevanza d'ufficio come un riflesso di una determinata conformazione dell'effetto sul piano sostanziale.

In tale contesto, il processo che culmina con l'emanazione di una sentenza che dichiara l'esistenza del diritto, benché risulti acquisito agli atti l'esistenza del fatto impeditivo, estintivo, modificativo fondante la non opposta eccezione, appare *giusta* quanto la sentenza che rigetti la domanda attrice, consacrando l'inesistenza del diritto, per mancato assolvimento degli oneri attorei di dimostrazione dei fatti costitutivi, che pure si suppongono esistenti.

Le incongruenze ricostruttive riscontrate nell'esame della concezione sostanzialistica possono, quindi, essere evitate accedendo alla tesi descritta in questa sede.

Considerare l'eccezione come atto processuale volto a promuovere l'applicazione dell'effetto, vuol dire, infatti: a) che tale potere processuale consiste in un'istanza giuridicamente qualificata, che si distingue concettualmente e praticamente dall'iniziativa di allegazione-introduzione del fatto impeditivo, estintivo, modificativo⁴⁷, di cui non appare scorretto porre in rilievo l'omologia con la domanda giudiziale (e non invece con l'azione)⁴⁸; b) che la legittimazione del giudice a

⁴⁷ La distinzione tra allegazione e eccezione in senso stretto non va, tuttavia, esasperata. L'eccezione-istanza soggettivamente qualificata non necessita, infatti, di formule sacramentali o formali, potendo anche essere proposta implicitamente tramite l'allegazione, ove questa non si limiti alla semplice narrazione del fatto storico, e purché sia poi riprodotta nelle conclusioni. Portata alle estreme conseguenze, la distinzione tra allegazione del fatto e istanza/eccezione in senso stretto porta in rilievo la questione dell'utilizzabilità dei fatti tardivamente acquisiti al processo per far valere la fondatezza dell'eccezione di merito in senso stretto. Posto che l'allegazione non è di per sé riservata alla parte e che il fatto può essere di conseguenza conosciuto dal giudice anche se solo emergente dagli atti o dalle prove esperite, si pone la possibilità di utilizzare tali acquisizioni, sottraendole al gioco delle preclusioni iniziali, anche successivamente al maturare di queste ultime. È proprio in questa prospettiva che la giurisprudenza ha sostenuto che la proponibilità di nuove eccezioni rilevabili anche d'ufficio in appello implica altresì la possibilità di acquisire *ex novo* i relativi presupposti di fatto. Cfr. in tal senso Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, cit., e, in relazione al rito del lavoro, Cass. 21 gennaio 1984, n. 526, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 752 ss., con nota critica di GALVAGNO, *Limiti alla proposizione delle eccezioni in senso lato in grado di appello del processo del lavoro*. Analogamente, in dottrina, PEZZANO, in ANDRIOLI – BARONE – PEZZANO – PROTO PISANI, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna-Roma, 1987, 487. *Contra*, FABBRINI, *Eccezione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 4 ss., secondo cui, in caso di eccezione in senso stretto, tempestiva deve essere non solo l'allegazione ma anche la rilevazione tramite istanza-eccezione, mentre nel caso dell'eccezione in senso lato è solo la rilevazione ad essere sottratta alla preclusione iniziale, dovendo, comunque, l'allegazione, intervenire tempestivamente.

⁴⁸ L'omologia dell'eccezione alla domanda giudiziale è stata sostenuta da E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 247 ss.; SATTA, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, XIII, Milano, 1964, 816 ss.; DENTI,

procedere all'accertamento della fattispecie impeditiva, estintiva, modificativa deve trovare costante rispondenza nella volontà della parte, intesa, tuttavia, non come volontà degli effetti dell'eccezione, ma come possibilità di un ritiro della stessa⁴⁹; c) che tale istanza può essere semplicemente lasciata cadere da parte del convenuto, in particolare attraverso la mancata riformulazione in sede di conclusioni, senza che sia necessaria un'espressa volontà di rinuncia all'effetto sostanziale. Ciò non sarebbe possibile, invece, qualora si identificasse l'onere di eccezione con l'onere dell'allegazione, perché opererebbe, in tal caso, il principio di acquisizione processuale.

Appare, inoltre, necessario ribadire ulteriormente che l'idea dell'eccezione quale potere volto a dare giuridica rilevanza al fatto impeditivo, estintivo, modificativo, si

L'eccezione nel processo civile, cit., 27, secondo cui, a partire dalla regola enunciata nell'art. 112 c.p.c. («il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti»), passando per la disciplina della pronuncia giudiziale (art. 277, co. 1, c.p.c.: «il collegio, nel deliberare sul merito deve decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni, definendo il giudizio»), fino a quella dello *ius novorum* in appello (art. 345 c.p.c.: «nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove [...] Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio»), l'eccezione è sempre posta in contrapposizione alla domanda. L'a. ritiene che parlare di un diritto di eccezione analogo e correlato al diritto di azione, non pare avere un apprezzabile significato, soprattutto alla luce delle diverse nozioni di azione enucleate in dottrina: azione come potere spettante *uti civis* a chiunque invoca la tutela giurisdizionale; azione come diritto al giudizio; azione come potere di promuovere la pronuncia di merito; azione come diritto al provvedimento favorevole. È noto, infatti, che la dottrina processualistica nel tempo ha ammesso la contemporanea validità delle tradizionali nozioni dell'azione come diritto civico, come diritto al provvedimento favorevole, come diritto al provvedimento di merito; nozioni, tutte, che si legittimerebbero in relazione a diverse situazioni soggettive della parte che domanda la tutela giurisdizionale. Sul punto, cfr. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 265 ss.; ID., *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 160; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958, 72. Tutte queste nozioni possono avere legittimità nel quadro del complesso dei rapporti processuali, salvo dover poi prospettare altrettanti significati dell'eccezione, quanti sono i correlativi significati dell'azione. Né il fermarsi alla nozione oggi più comunemente diffusa, quella dell'azione come diritto al provvedimento di merito, sembra essere più soddisfacente, in quanto la proposizione che ne consegue (l'eccezione è il diritto a che si giudichi anche del fatto che viene eccepito) è manifestamente tautologica e altrettanto varrebbe a dire che l'eccezione è il diritto a che si giudichi della eccezione. Non solo, ma questa definizione lascia fuori dal suo ambito classificatorio tutte le eccezioni di contenuto processuale, che non comportano un giudizio sul merito della domanda, ed anzi mirano ad escludere una pronuncia di questo tipo, di *absolutio ab instantia*, o comunque decisioni dilatorie del provvedimento di merito. L'omologia deve comunque intendersi, ad opinione di chi scrive, con un po' di discernimento, nel senso che occorre tenere ferma l'idea che la domanda è volta all'introduzione e delimitazione dell'oggetto del giudizio, mentre l'eccezione è volta ad incidere sulla rilevanza della fattispecie all'interno di un immutato oggetto di giudizio. *Contra*, FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, cit., 276, secondo cui l'assenza di collegamento dell'eccezione ad un diritto soggettivo dell'eccepiente e ad un nuovo oggetto del giudizio dovrebbe condurre ad escludere *tout court* l'omologia tra domanda ed eccezione.

⁴⁹ A tal proposito, cfr. ORIANI, *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, III, 8 ss.

traduce in una concezione processualistica del potere di eccezione, la cui natura di potere processuale serve, soprattutto, a porre un significativo distacco con l'opposta concezione sostanzialistica.

Non si ritiene di dover abbandonare, invece, l'idea che l'istituto in esame possa trovare un fondamento di tipo sostanziale, il quale deve rintracciarsi, contrariamente a quanto sostenuto in passato dai sostenitori delle teorie processualistiche, in un dato caratteristico della struttura sostanziale dell'effetto. Deve ritenersi, cioè, che il divieto di rilevabilità d'ufficio sia un riflesso di una determinata conformazione dell'effetto sul piano sostanziale.

5. Il divieto di rilevazione officiosa del fatto non esclude la ricostruzione degli effetti dell'eccezione in senso stretto come operanti di diritto. Il problema del concorso di fattispecie ad effetti negativi

L'interpretazione sostanzialistica del divieto di rilevabilità d'ufficio esclude, sul piano generale, la conciliabilità del verificarsi di diritto (*ipso iure*) di un determinato effetto sostanziale con la sua configurazione come eccezione in senso stretto⁵⁰.

Ciò è anche dovuto alla circostanza che l'elaborazione dottrinale del concetto di eccezione assume la prescrizione come modello di riferimento⁵¹, cosicché tutti gli argomenti tratti dalla disciplina di questa causa di estinzione – e assunti come dimostrativi del valore costitutivo dell'atto di esercizio dell'eccezione – finiscono per condizionare l'interprete nell'approccio alla generale tematica dei rapporti tra eccezione e fattispecie sostanziale impeditiva, estintiva, modificativa⁵².

Il riferimento è, in particolare, al problema dell'adempimento del debito prescritto, o meglio successivo alla maturazione del termine prescrizionale⁵³. Proprio

⁵⁰ Su cui v. *supra*, cap. III, § 1.

⁵¹ La letteratura scientifica in tema di prescrizione è vastissima. A mero titolo esemplificativo, si rinvia alle indicazioni fornite da B. GRASSO, *Prescrizione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Torino, 1986, 68 ss.; PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, 137 ss.; TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Milano, 1980, 67 ss.; AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971.

⁵² In argomento, cfr. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, cit., 173; COLESANTI, *Il terzo debitore nel pignoramento dei crediti*, Milano, 1967, 609;

⁵³ Sul collegamento tra il modo di operare della prescrizione e le soluzioni in tema di adempimento del debito prescritto, cfr. MANZINI, *Il pagamento del debito prescritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, 340 ss.

la regola dell'irripetibilità del pagamento del debito prescritto è frequentemente valorizzata dalla dottrina per dimostrare la validità della tesi della natura sostanziale dell'eccezione di prescrizione, ossia del suo ruolo costitutivo dell'effetto estintivo e dell'impossibilità di configurare l'istituto come effetto che si verifica automaticamente con il decorso del termine prescizionale⁵⁴.

Il descritto condizionamento sembra ancor più giustificato se si considera che la questione dell'irripetibilità dell'adempimento è propria non solo della prescrizione, ma anche della compensazione, giungendo, secondo alcuni, a ricomprendere, in generale, tutti i casi di debito affetto da eccezione in senso stretto⁵⁵.

La definizione di eccezione in senso stretto accolta in questa sede, quale potere volto a determinare la semplice rilevanza di determinate fattispecie sostanziali impeditive, estintive, modificative, costituisce il primo passaggio nel tentativo di superare le obiezioni tradizionalmente rivolte alla concezione c.d. processualistica da parte della dottrina dell'eccezione in senso sostanziale.

⁵⁴ In tal senso si esprimono, VITUCCI, *Le disposizioni generali sulla prescrizione*, Pescara, 1981, 29 ss.; FERRUCCI, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. cod. civ.*, VI, Torino, 1980, 434; TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., 66, secondo cui «se è anche vero che, adempiendo il debitore, l'*accipiens* non riceve un pagamento non dovuto – altrimenti ne dovrebbe essere ammessa la ripetizione (*ex art. 2033 cod. civ.*) – si deve necessariamente concludere che il rapporto obbligatorio, in seguito al decorso del tempo e all'inerzia del debitore, non è estinto ma continua a vivere»; RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, diretta da BIGIARI, Torino, 1968, 5 ss.; AZZARITI – SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1964, 244, secondo cui l'art. 2940 c.c. sarebbe fondato sul «concetto semplice e chiaro che, non operando la prescrizione automaticamente, il fatto di chi paga un debito prescritto, omettendo per ciò stesso di disporre l'avvenuta prescrizione, costituisce legittimo adempimento dell'obbligazione». Più critico SCHLESINGER, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, 353 ss., nonostante la preferenza accordata dall'a. per la tesi della natura costitutiva dell'eccezione di prescrizione. In giurisprudenza, nel senso della natura costitutiva dell'eccezione di prescrizione, cfr. Cass. 8 agosto 1978, n. 3856, in *Giust. civ.*, 1979, I, 514 ss., con nota adesiva di COSTANZA, *Sul pagamento del debito prescritto*.

⁵⁵ Tale è l'opinione di BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 122 ss., secondo cui «la tradizione romanistica, secondo cui era accordata una *condictio al solvens*, nell'ipotesi in cui il debito esistesse, ma fosse paralizzato da un'eccezione perentoria, non è stata recepita negli ordinamenti di derivazione napoleonica»; SCHLESINGER, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, cit., 364 ss., il quale, alludendo alla diversa disciplina vigente nell'ordinamento germanico, osserva che si può «con buon fondamento dubitare dell'ammissibilità nel nostro ordinamento del principio per cui costituirebbe indebito l'adempimento di un'obbligazione cui sia opponibile un'eccezione perentoria». La soluzione dell'irripetibilità dell'adempimento si trova affermata, per il caso del debito affetto da un'eccezione di inadempimento, da BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1988, 49; DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, in *Nov. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 358. Per il caso del debito affetto da eccezione di beneficio di escussione, cfr. E. GRASSO, *Profilo sostanziale e profilo processuale della fattispecie impeditiva nella fideiussione con beneficio dell'escussione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 80 ss.; DISTASO, *Beneficio di escussione*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 103 ss.

Configurare l'eccezione in senso stretto alla stregua di un'istanza volta a promuovere l'applicazione dell'effetto implica, infatti, che l'effetto deve ritenersi già operante *ipso iure*, considerato che l'applicazione di un effetto al fatto è un'operazione che presuppone anzitutto l'operatività dell'effetto medesimo⁵⁶.

Il passaggio ulteriore da compiere, per conferire maggiore stabilità alla tesi che si vuole sostenere, consiste nell'affermare che, la circostanza che il diritto affetto da eccezione in senso stretto – pur in presenza dei presupposti oggettivi, quali il decorso del tempo e l'inerzia per la prescrizione, ovvero la coesistenza qualificata dei crediti per la compensazione – sia considerato idoneo ad estinguersi in forza di altre vicende, non rappresenta un ostacolo alla ricostruzione degli effetti oggetto dell'onere di eccezione come operanti di diritto.

L'efficacia dell'adempimento del debito prescritto, si giustificherebbe, come nota la concezione sostanzialistica, già con il semplice rilievo dell'attuale esistenza dell'obbligo, il quale potrebbe essere validamente estinto in quanto, dato il mancato esercizio del potere sostanziale di eccezione fondato sull'altra fattispecie impeditiva, estintiva, modificativa, di cui sussistono i presupposti oggettivi (prescrizione, inadempimento, ecc.), si trova in condizione di piena validità.

Alla stessa stregua si giustificherebbe l'impossibilità di fondare il diritto alla ripetizione sull'esercizio – successivamente all'adempimento – del potere di eccezione in senso stretto. «Un diritto non può morire due volte»⁵⁷, sicché, una volta estinto per adempimento, non potrebbe essere ulteriormente estinto per altre cause⁵⁸.

Ebbene, tale rilievo, in realtà, non sembra idoneo a dare ragione del fenomeno in discorso, considerato che, anche nell'ipotesi in cui l'adempimento sia posto in essere successivamente all'esercizio del potere di eccezione in senso stretto, la tesi

⁵⁶ La compatibilità tra il verificarsi *ipso iure* dell'effetto e l'eccezione in senso stretto è affermata da CAVALLINI, *Eccezione rilevabile di ufficio e struttura del processo*, cit., 42 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 251-252; ID., *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 523 ss.; MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 204 ss. e 311 ss.; ORIANI, *Eccezione*, cit., 273 ss.; SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., 138 ss.; FABBRINI, *Eccezione*, cit., 505-506; ID., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, cit., 353 ss.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 421-422; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 267 ss.; ID., *Prescrizione*, cit., 56 ss.; PUGLIATTI, *Eccezione*, cit., 162 ss.

⁵⁷ L'espressione è di AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 68.

⁵⁸ Il punto è illustrato anche da SCHLESINGER, *Mancaza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, cit., 365; TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., 120 ss.

sostanzialistica conclude nel senso dell'irripetibilità del pagamento compiuto dal *solvens*⁵⁹. In tal caso, tuttavia, la spiegazione non si fonda sull'attuale esistenza dell'obbligo e sull'obiettiva mancanza dell'indebito – poiché l'eccezione in senso stretto è già stata esercitata, perfezionando la fattispecie impeditiva, estintiva, modificativa cui accede – ma la tesi sostanzialistica è costretta ad accedere ad opzioni interpretative proprie dell'opposta tesi dell'*ipso iure*, quali la rinuncia tacita agli effetti prodotti dall'eccezione⁶⁰, ovvero quella dell'efficacia estintiva affievolita⁶¹.

Ciò appare sufficiente a dimostrare che la concezione sostanziale dell'eccezione in senso stretto non è in grado di fornire una base teorica unitaria alla regola dell'irripetibilità dell'adempimento, differenziandola, anzi, sensibilmente a seconda della circostanza, in sé del tutto accidentale, che esso sia avvenuto prima o dopo l'esercizio dell'eccezione⁶².

In realtà, se è vero che un diritto non può morire due volte, ciò non esclude la possibilità di una sovrapposizione di diverse cause impeditive, estintive, modificative operanti di diritto⁶³.

⁵⁹ Nel senso che il pagamento del debito resta irripetibile, anche se effettuato successivamente all'esercizio dell'eccezione (di prescrizione), ad esempio in via stragiudiziale, cfr. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, cit., 145; TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., 119 ss.

⁶⁰ Cfr. NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1953, 247.

⁶¹ In base a tale concezione, l'esercizio dell'eccezione non avrebbe un'efficacia propriamente estintiva poiché lascerebbe sopravvivere un'obbligazione naturale: l'adempimento effettuato prima dell'esercizio dell'eccezione sarebbe, così, adempimento di una normale obbligazione civile (e pertanto, giusta l'art. 1191 c.c., irripetibile anche in caso di incapacità del *solvens*), quello effettuato successivamente all'esercizio dell'eccezione sarebbe, invece, adempimento di un'obbligazione naturale e, con ciò, conformemente a quanto stabilito dall'art. 2034 c.c., ripetibile solo per difetto di spontaneità e, quindi, soprattutto per incapacità del *solvens*. Cfr. TROISI, *op. ult. cit.*; SCHLESINGER, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, cit., 358; NARDI, *Rapporti tra ritenzione, prescrizione ed obbligazione naturale*, in *Studi Parmensi*, V, Milano, 1955, 82 ss.

⁶² In senso critico, cfr. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, 292, per il quale «lo stesso atto sarebbe suscettibile di due diverse qualificazioni (oneroso o gratuito) a seconda della circostanza, che può rivelarsi meramente occasionale, di essere susseguente, o no, all'eccezione di prescrizione». Il riferimento è all'idea che il debito degradi ad obbligazione naturale solo successivamente all'esercizio dell'eccezione, in relazione al fatto che l'adempimento di obbligazione naturale è in genere ritenuto atto a titolo gratuito.

⁶³ Interessante e ricca di spunti di riflessione la prospettiva di AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 65 ss., secondo cui i fatti impeditivi, estintivi, modificativi non sono tutti uguali, nel senso che «non determinano lo stesso effetto giuridico», o meglio non incidono tutti sul medesimo elemento della fattispecie sostanziale. L'a. analizza la disciplina dell'art. 2940 c.c., che stabilisce che non può ripetersi la prestazione ancorché sia intervenuta la prescrizione. La prescrizione, cioè, non determina un'ipotesi di indebito oggettivo. Se non vi è indebito, sono possibili solo due ipotesi: o sussiste il diritto del creditore, oppure sussiste l'obbligo del debitore. L'alternativa è di difficile comprensione a chi intenda il diritto come riflesso della mera esistenza dell'obbligo, o viceversa. In realtà, quando la

In tale prospettiva si pone la tesi che, nel tentativo di risolvere il problema della veste concettuale e dogmatica dell'atto-eccezione in senso stretto, fa leva sull'istituto della preclusione⁶⁴, intesa come causa di estinzione del potere dovuta ad un positivo comportamento del suo titolare, di cui richiama, quali elementi caratterizzanti, da un

dottrina discute se il diritto sia un *prius* rispetto all'obbligo, oppure un *posterius*, discorre di una priorità o di una posteriorità che è meramente logica ed astratta. Il diritto e l'obbligo sono posizioni correlative, ma ciascuna possiede un'autonoma disciplina e non è necessario che esse si estinguano nello stesso momento, con una reciprocità assoluta. Può accadere, infatti, che il diritto si estingua senza che si estingua la posizione giuridica correlativa, ad esempio nelle ipotesi di remissione. Così come può accadere, viceversa, che venga meno la situazione giuridica passiva, ma sopravviva la situazione attiva corrispondente. In altre parole, ogni norma risolve un conflitto subordinando un interesse ad un altro e da questa subordinazione, attuata in via generale e astratta dall'ordinamento, nasce il rapporto giuridico, ossia la correlazione tra situazione giuridica attiva e passiva. Sebbene non possa negarsi che, nell'ambito di tale contrapposizione, l'una situazione vive in ragione dell'altra, si tratta pur sempre di un collegamento creato e voluto dalla legge; quella stessa legge che può prevedere che la corrispondenza tra la situazione giuridica attiva e passiva non sia così rigida come può richiedere un'idea meramente logica e formale dei concetti. Del resto, la stessa dottrina distingue ancora oggi tra modi di estinzione dell'obbligazione soddisfatti e non soddisfatti, facendo, con ciò, evidente riferimento all'interesse di uno solo dei due soggetti titolari del rapporto giuridico. Laddove, invece, esistesse sempre una perfetta corrispondenza tra interesse del debitore e interesse del creditore, l'unico modo di estinzione contemporanea dei due interesse sarebbe l'adempimento, mentre la legge, in verità, ne prevede molti altri. Tutto ciò è detto per sottolineare che, fino a quando il contrasto di interessi sussiste realmente, esso è preso in considerazione nello schema del rapporto e disciplinato in modo tipico. Ma quando si constata che il contrasto di interessi privati è in realtà scomparso, come accade nel caso della prescrizione per il decorso di anni inerti, si giustifica il venir meno di questa disciplina tipica e ciascuna delle due situazioni giuridiche, in origine correlate e contrapposte, meritano una disciplina autonoma. In conclusione, ciò che, secondo l'a., si estingue in forza della prescrizione non è il diritto soggettivo, ma il rapporto giuridico, ossia il collegamento tra la situazione giuridica attiva e passiva. Diritto e obbligo sopravvivono come termini reciproci del rapporto, ma divengono situazioni giuridiche distinte, sulle quali atti e fatti possono incidere anche in modo autonomo. Ciò spiega anche la regola: *quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*. Considerato che la prescrizione produce effetti sull'intero rapporto, ne consegue che l'obbligo non si estingue finché non si estingue il diritto che gli si contrappone. In tal modo si comprende perché, ad esempio, l'eccezione di annullamento sopravviva al decorso del termine di prescrizione dell'azione, fino a che sopravvive l'azione contrapposta. Non che l'eccezione di annullamento sia eterna, ma essa vive per il tempo in cui vive la situazione opposta. Il fenomeno si svolge nell'ambito del rapporto giuridico ed in esso trova anche i suoi limiti di tempo. Una tale soluzione consente di porre in rilievo la differenza che intercorre tra l'effetto estintivo della prescrizione e quello della remissione: se fosse vero che la prescrizione estingue il diritto soggettivo, non potrebbe ammettersi una remissione da parte del titolare della situazione giuridica attiva, perché la rinuncia implicita nella remissione avrebbe ad oggetto un diritto già estinto. Tuttavia, l'esame concreto degli interessi contrapposti induce a ritenere che la remissione sia possibile. Ed infatti, considerato che la remissione consiste nella rinuncia all'adempimento di un debito e che la legge consente l'adempimento di un debito prescritto, deve concludersi per l'ammissibilità della rinuncia al debito colpito da prescrizione. Tra le altre ipotesi di sopravvivenza della situazione giuridica attiva, oltre la rimessione, l'a. individua la novazione soggettiva: anche in tal caso, infatti, il debitore soddisfa il proprio interesse, mentre manca la corrispondente soddisfazione del creditore. Tra le opposte ipotesi di sopravvivenza della situazione giuridica passiva, invece, può ricordarsi la mora del creditore, che libera il debitore, *ex art. 1210 c.c.*, senza, però, realizzare l'interesse del creditore.

⁶⁴ In generale, sulla preclusione nel processo civile, cfr. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in MARAFIOTI – DEL COCO (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino, 2012, 9 ss.

lato, l'irrelevanza nel soggetto di un'effettiva volontà di disporre, in senso ablatorio, del potere⁶⁵, dall'altro, un'effettiva ed obiettiva incompatibilità del comportamento medesimo e del risultato da esso prodotto con la funzione tipica del potere colpito, per suo tramite, da preclusione⁶⁶.

Per quanto riguarda l'applicazione del concetto di incompatibilità preclusiva, una volta assunto il potere di eccezione come rivolto a far valere una causa impeditiva, estintiva, modificativa di un diritto, la concezione in discorso identifica il comportamento preclusivo in quello diretto a porre in essere un risultato pratico opposto a quello che sarebbe consentito dall'eccezione, e quindi un risultato consistente, di norma, nell'attuazione del rapporto debitorio⁶⁷, quale è quella realizzata dall'adempimento spontaneo.

In sostanza, tale tesi afferma che, ogni volta che, nonostante l'operatività di diritto di un fatto impeditivo, estintivo, modificativo, residua la possibilità di adempimento spontaneo del debito, la relativa eccezione non è rilevabile d'ufficio.

La tesi esclude, tuttavia, che possano essere apprezzati come comportamenti preclusivi dell'eccezione quelli che, pur essendo diretti a concretare altre vicende impeditive, estintive, modificative del diritto, non siano posti in essere dal debitore, oppure quelli che, pur essendo imputabili a quest'ultimo, manifestino un'incompatibilità logica con il potere di eccezione in senso stretto e non diano, pertanto, luogo alla pratica attuazione del rapporto obbligatorio⁶⁸.

Il criterio dell'incompatibilità preclusiva dell'eccezione – inteso come possibilità, nonostante l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo dell'eccezione, di dare

⁶⁵ Tale caratteristica della disposizione per preclusione emerge soprattutto dalle trattazioni in tema di acquiescenza alla sentenza di cui all'art. 329 c.p.c. Cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 314, il quale osserva che nell'acquiescenza tacita qualificata «la parte che, impugnando un capo della sentenza si riserva espressamente la possibilità di impugnare l'altro capo, pone in essere una manifestazione di volontà che è comunque irrilevante, in quanto l'acquiescenza tacita qualificata prescinde dalla sua volontà»; TEDOLDI, *sub art. 329 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, II, diretto da CONSOLO, Milano, 2010, 440.

⁶⁶ Sulla preclusione per incompatibilità, cfr. ATTARDI, *Per una critica del concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, I ss; MICHELI, *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padova, 1937, 25 ss.

⁶⁷ Cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 258; MERLIN, *Compensazione e processo*, I, 276 ss. Per la riconduzione del fenomeno della preclusione al principio dell'autoresponsabilità e della disposizione delle situazioni soggettive della parte, cfr. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 59.

⁶⁸ In applicazione di tale regola, ad esempio, l'eccezione non dovrebbe ritenersi preclusa dal riconoscimento del debito, espressivo di un'incompatibilità meramente logica.

spontanea attuazione all'obbligo – a risulta scarsamente convincente, soprattutto per la sua inidoneità a dare un'uniforme spiegazione del fenomeno.

Tale regola, infatti, non sempre emerge dalla disciplina sostanziale del fatto impeditivo, estintivo, modificativo e la tesi stessa è costretta ad escludere che possano essere apprezzati come preclusivi dell'eccezione una serie di comportamenti, che incidono in modo non indifferente sulla tenuta complessiva del sistema delineato.

Deve, anzitutto, riconoscersi che il criterio dell'incompatibilità preclusiva non può valere per le eccezioni relative a vizi del rapporto sinallagmatico fondamentale, in cui l'opponibilità dell'eccezione deve ritenersi preclusa non solo quando sia il soggetto legittimato a fare valere il vizio ad aver spontaneamente dato attuazione al contratto, ma anche là dove lo stesso soggetto abbia accettato l'adempimento del debito della controparte, o comunque abbia tollerato l'esecuzione del rapporto fondamentale⁶⁹. In tali casi, risulta possibile far valere il vizio del contratto solo in via di azione, nei limiti in cui essa non sia nel frattempo prescritta.

Ancora, la regola in esame non può ritenersi operante proprio in un caso paradigmatico di eccezione in senso stretto, quello della compensazione. La proponibilità dell'eccezione di compensazione, infatti, risulta preclusa non solo per il debitore che spontaneamente adempie la prestazione, facendo, così, venire meno il presupposto della coesistenza delle reciproche posizioni di debito/credito, ma anche per il debitore-creditore che abbia ricevuto tale prestazione, il quale non potrebbe successivamente restituirla al fine di sottrarsi, invocando la compensazione, all'adempimento del proprio debito⁷⁰.

⁶⁹ Cfr. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 259 ss.; CARRESI, *L'annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1439 ss., che considera la ricezione della prestazione alla stregua di una convalida. Tale soluzione è dovuta alla radicata tendenza a non distinguere nettamente tra eccezione di annullabilità e azione di annullamento. Se tale distinzione viene adeguatamente valorizzata, risulta invece corretto sostenere che: a) la ricezione della prestazione, così come l'adempimento, precludono definitivamente l'eccezione di annullabilità, indipendentemente dalla conoscenza del vizio; b) il contegno costituisce convalida del contratto – e così causa di estinzione, oltre che del potere di eccezione, anche dell'azione di annullamento – solo se accompagnata dal requisito della conoscenza. Risulta, quindi, possibile che l'interessato abbia perso l'eccezione di annullabilità, ma sia ancora nella condizione di poter esperire l'azione di annullamento.

⁷⁰ La regola della spontanea attuazione dell'obbligo, inoltre, è senz'altro inoperante nelle ipotesi di fatto impeditivo di fatto estintivo, come ad esempio nel caso dell'interruzione della prescrizione, che, solo in tempi recenti, è stata qualificata come eccezione in senso lato. Cfr. Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, cit.

Non è convincente, a tal proposito, l'affermazione per cui in questi casi, l'incompatibilità debba essere intesa in senso ampio, come conseguenza della presenza di vizi che esorbitano dalla singola obbligazione, per abbracciare l'intero rapporto contrattuale⁷¹, poiché, da un lato, un tale argomento toglie validità, in un numero considerevole di casi, alla tesi della possibilità dell'adempimento spontaneo dell'obbligo esclusivamente ad opera del debitore e, dall'altro, significa riconoscere che anche la tesi in esame non è in grado di apprestare un fondamento unitario alle ipotesi di concorso di cause impeditive, estintive, modificative.

Si ritiene, invece, che una spiegazione della possibilità di adempiere il debito affetto da prescrizione o compensazione e del conseguente divieto di rilevazione d'ufficio dell'eccezione in senso stretto, pur operante di diritto, possa efficacemente individuarsi nella circostanza che, nei casi di eccezioni in senso stretto, il legislatore ha previsto, quale regola particolare, la rinunciabilità dell'effetto impeditivo, estintivo, modificativo.

In altre parole, nelle ipotesi di eccezioni in senso stretto, la legge stabilisce l'esclusiva rilevabilità solo su istanza di parte, non perché in mancanza di una dichiarazione di volontà dell'interessato l'effetto non abbia avuto modo di operare, ma perché il legislatore ha configurato quell'effetto come rinunciabile da parte del soggetto in favore del quale è destinato a prodursi.

L'effetto impeditivo, estintivo, modificativo è prodotto, cioè, di diritto al verificarsi delle condizioni stabilite dalla legge per la sua realizzazione. Diviene, tuttavia, una questione rimessa all'esclusiva valutazione del soggetto cui profitta l'efficacia estintiva dell'istituto decidere se avvalersene o meno.

Ne consegue, che negli specifici casi di eccezioni riservate, il mancato esercizio del potere di eccezione può assumere, per lo stesso legislatore, il valore di comportamento concludente della volontà della parte di rinunciare a far valere l'effetto nel proprio interesse. Ciò è espressamente contemplato dall'art. 2937, comma 3, c.c., secondo cui «la rinuncia può risultare da un fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione».

⁷¹ Cfr. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 309 e 311.

Ciò conferma, anzitutto, che la rinuncia può avere ad oggetto anche effetti, e non solo diritti, poiché l'art. 2937 c.c. prevede che si rinunci alla possibilità di valersi della prescrizione, ossia alla possibilità di valersi dell'effetto estintivo che discende dalla fattispecie complessa costituita dal decorso del tempo e dall'inerzia del titolare.

In secondo luogo, la norma richiamata attesta che la rinuncia può consistere in un fatto incompatibile con la volontà di valersi dell'effetto; incompatibilità che può risultare tanto dal silenzio serbato dalla parte interessata, che non oppone l'eccezione, quanto dall'adempimento del debito o dalla convalida del contratto annullabile.

Per quanto riguarda il silenzio, o meglio il mancato esercizio del potere processuale di rilevare l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo, il riferimento del non esercizio al titolare del potere rende evidente che, nell'ambito di questa fattispecie, viene in rilievo un comportamento dell'uomo.

Non è agevole, tuttavia, qualificare il comportamento inerte nell'ambito della classificazione dei fatti giuridici. Se per atto giuridico in senso ampio deve intendersi qualsiasi comportamento positivo od omissivo, che produce effetti giuridici⁷², l'inerzia è senz'altro un atto giuridico.

Il problema diviene più complesso se si ha riguardo anche alla rilevanza giuridica della volontà del soggetto o almeno all'intenzionalità del comportamento.

Nelle ipotesi di rinuncia per fatti concludenti si dice, infatti, che, affinché gli effetti possano ricondursi ad una dichiarazione tacita, è necessaria un'incompatibilità assoluta tra il comportamento del debitore e la volontà dello stesso di avvalersi della causa estintiva del diritto altrui. Occorre, cioè, che nel detto comportamento sia necessariamente insita, senza nessuna possibilità di diversa interpretazione, l'inequivocabile volontà dello stesso di rinunciare all'effetto già prodottosi sul piano sostanziale.

Per il silenzio, quindi, la questione è quella di capire se esso, per il concorso delle circostanze che lo accompagnano, possa valere come univoca dichiarazione di volontà rinunciativa.

La tesi della rinuncia tacita è respinta dalla dottrina che fa leva sul concetto di incompatibilità per preclusione, che evita il problema proprio perché caratteristica

⁷² Così, testualmente, SCOGNAMIGLIO, *Atto giuridico*, in *Enc. forense*, Milano, 1958, I, 589.

tipica del comportamento preclusivo è l'irrelevanza nel soggetto di un'effettiva volontà di disporre, in senso ablatorio, del potere⁷³. Secondo tale impostazione, infatti, quando si discorre della suscettibilità di adempimento del debito affetto da eccezione in senso stretto, si intende con ciò escludere *tout court* il diritto alla ripetizione del *solvens*, e cioè escluderlo indipendentemente dalla conoscenza od ignoranza che quest'ultimo avesse dell'esistenza dell'eccezione. Se l'efficacia, e la conseguente irripetibilità, dell'adempimento dovesse fondarsi, invece, su una tacita rinuncia del *solvens* agli effetti prodotti dalla fattispecie di eccezione, dovrebbe quantomeno consentirsi allo stesso di impugnare, per errore, il tacito negozio di rinuncia in caso di ignoranza dell'eccezione e, così, tramite la caducazione di quest'ultima, di ripetere la prestazione incautamente adempiuta.

L'obiezione, in realtà, è meno dirimente di quanto a prima vista possa sembrare, se sol si considera che la dottrina tradizionale afferma che una volontà rinunciativa può senz'altro dirsi sussistente quando il soggetto interessato doveva e poteva parlare⁷⁴. Tale principio pare applicabile proprio al caso delle eccezioni riservate, in cui il legislatore rimette all'interessato la scelta in ordine al rilievo dell'effetto in suo favore.

Ed invero, sebbene non sia agevole desumere da un comportamento omissivo una volontà di abbandonare l'effetto favorevole, o di non invocare la tutela giurisdizionale⁷⁵, ciò che può dirsi per certo è che una tutela giurisdizionale non è stata invocata: è questa l'unica circostanza vera, e soprattutto verificabile, in ogni ipotesi.

I motivi del comportamento, le sue ragioni, sono irrilevanti, poiché sulla valenza rinunciativa del comportamento non influisce l'impossibilità di fatto in cui venga a trovarsi il titolare dell'eccezione.

Il problema va affrontato, quindi, da un altro punto di vista, tenendo presente la peculiare essenza del comportamento in questione. Trattandosi di un comportamento giuridico omissivo, infatti, sarebbe una *fictio iuris* immaginare la mancanza di una volontarietà, così come la sua presenza, essendo difficile stabilire se l'ordinamento

⁷³ MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 251 ss.

⁷⁴ Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973, 140-141.

⁷⁵ In questo senso, cfr. GIUSIANA, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 424 ss.

attribuisca rilevanza all'elemento soggettivo del comportamento: in queste situazioni a volte la volontarietà sussiste, ma più spesso non esiste e quasi sempre si suppone che esista.

La difficoltà nasce, dunque, da ciò che il silenzio non è un fatto istantaneo, nel quale la volontarietà esiste o manca, può essere rilevata o negata, ma è l'espressione di una situazione costante. In questa situazione l'ordinamento non può richiedere la prova di una volontarietà permanente, ma deve limitarsi ad esigere che non sussista una volontarietà contraria.

Ciò che rileva, in altre parole, è il significato oggettivo del comportamento: il silenzio serbato dalla parte interessata acquista rilevanza giuridica allorché assume il carattere di un comportamento concludente nei confronti della controparte.

Non si tratta di supporre l'abbandono del potere da parte del proprio titolare, essendo in questione solo il valore oggettivo del comportamento omissivo del soggetto, indipendentemente dalle situazioni di fatto che lo hanno determinato.

Per quanto riguarda, invece, l'ipotesi del comportamento materiale che valga quale dichiarazione implicita o tacita della volontà di rinunciare all'effetto, la questione non è poi tanto diversa. Anche in tal caso, infatti, non appare agevole desumere una certa ed univoca volontà di rinunciare ad un effetto favorevole da un diverso comportamento materiale.

Appare utile osservare, tuttavia, che, nei casi di rinuncia tacita, ciò che si richiede è un'incompatibilità assoluta ed oggettiva tra il comportamento del debitore e la volontà dello stesso di avvalersi della causa impeditiva, estintiva, modificativa del diritto altrui. Ed una tale assoluta e oggettiva incompatibilità può senz'altro rinvenirsi nel comportamento diretto a porre in essere un risultato pratico opposto a quello che sarebbe consentito dall'eccezione, come nel caso dell'adempimento del debito.

Si noti ulteriormente, che, là dove l'adempimento consapevole può senz'altro sempre valere come fatto incompatibile con la volontà di valersi dell'eccezione e, dunque, come rinuncia tacita o implicita alla stessa, nell'adempimento inconsapevole, sebbene sia impossibile dedurre una volontà implicitamente o tacitamente dismissiva, a venire meno è solo l'aspetto soggettivo, ma non l'oggettiva incompatibilità del comportamento.

Il discorso sin qui svolto si basa su un'interpretazione della disponibilità unilaterale che individua quale oggetto della rinuncia l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo prodottosi automaticamente sul piano sostanziale.

Tale soluzione è stata, tuttavia, contrastata, affermando che la rinuncia, in quanto negozio dismissivo unilaterale, è inidonea strutturalmente e funzionalmente a produrre effetti immediati e diretti nella sfera giuridica altrui e che il creditore può esercitare il proprio diritto anche dopo la verifica del fatto impeditivo, estintivo, modificativo, senza dover provare che ci sia stata alcuna rinuncia.

Risulta, tuttavia, piuttosto agevole replicare che la dottrina ha ormai dimostrato che il negozio unilaterale è idoneo a produrre effetti immediati e diretti nella sfera giuridica altrui, purché si tratti di effetti favorevoli, e certamente è tale, per il creditore, l'effetto provocato dalla rinuncia, che determina la reviviscenza del suo diritto⁷⁶.

Inoltre, la circostanza che il creditore, per esercitare il suo diritto anche dopo che il fatto si sia compiuto, non debba provare alcuna rinuncia, dipende dal meccanismo di funzionamento della fattispecie piano sostanziale. Ed invero, la rinuncia non rappresenta un fatto costitutivo del diritto del creditore e, pertanto, non deve essere da lui provato in sede di esercizio della propria pretesa.

Ad ogni modo, il problema della conoscenza od ignoranza del fatto impeditivo, estintivo, modificativo a cui si rinuncia, può facilmente ridimensionarsi se lo si coordina con quel principio, anch'esso espressione della disponibilità dell'effetto da parte del soggetto passivo, che nega la rilevanza d'ufficio dell'eccezione non opposta.

Ed invero, affinché al giudice sia inibito di rilevare d'ufficio l'eccezione, non è necessario che egli accerti che il soggetto interessato abbia effettivamente e validamente rinunciato, in modo espresso o tacito, all'eccezione, dovendo egli semplicemente verificare che il legislatore abbia conformato in un determinato modo l'effetto sul piano sostanziale, ossia nel senso della sua rinunciabilità.

Là dove la disciplina sostanziale rivela che l'effetto è rinunciabile, perché, ad esempio, si ammette l'adempimento del debito, perché è ammessa la convalida del

⁷⁶ Cfr. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 68 ss. e 143 ss.

contratto, ovvero perché, in generale, alla verifica del fatto sul piano sostanziale il giudice non è in grado di attribuire alcun significato giuridico univoco senza l'istanza di parte, ciò è sufficiente ad impedire il rilievo d'ufficio del fatto impeditivo, estintivo, modificativo. In questi casi il giudice si astiene dal rilevare l'eccezione perché sussiste la mera possibilità che la parte vi abbia rinunciato.

Pertanto, indipendentemente dal valore, dismissivo o no, da assegnare alla mancata proposizione dell'eccezione in giudizio o al comportamento materiale della parte interessata, la circostanza che il giudice non possa rilevarla d'ufficio determina comunque una situazione che vincola il soccombente con l'autorità della cosa giudicata.

Ed allora, stabilire se dal comportamento processuale o extraprocessuale del convenuto possa evincersi una volontà abdicativa tacita o implicita, serve solo a determinare se, nel caso concreto, si è avuta una sentenza che corrisponde, o no, al diritto sostanziale.

6. L'eccezione in senso stretto come potere processuale che riflette la disponibilità per atto unilaterale dell'effetto sostanziale cui accede

Le conclusioni cui si è giunti nei precedenti paragrafi possono essere proficuamente coltivate al fine di elaborare una soluzione per la ricostruzione della fisionomia normativa dell'eccezione in senso stretto.

Il problema non attiene, tanto, alla comprensione delle ragioni di politica legislativa che possono indurre il legislatore ad escludere, per previsione espressa o non, la rilevabilità d'ufficio della singola fattispecie impeditiva, estintiva, modificativa: si tratti di attaccamento alla tradizione o di esigenze poste da un pregiudizio morale e/o economico implicito nell'avvalersi di determinate difese, è evidente che l'indagine trascende l'aspetto tecnico-giuridico dell'istituto per collocarsi sul piano della ragione politica della norma.

La questione che si vuole affrontare in questa sede, invece, è volta a stabilire se l'esclusione della rilevabilità d'ufficio trovi costante corrispondenza in talune particolarità strutturali della fattispecie o dell'effetto, di modo che, da un lato, alla

categoria delle eccezioni in senso stretto possa essere riconosciuto dall'interprete un ambito eventualmente più vasto di quello che sarebbe dato dalle disposizioni che prevedono caso per caso l'indispensabile iniziativa delle parte; dall'altro risulti possibile definire la scelta legislativa in un senso o nell'altro come condizionata dalla possibilità di attribuire alla fattispecie una determinata conformazione strutturale.

Di fronte all'art. 112 c.p.c., da una parte si pongono quanti, sul presupposto che tale norma rappresenti semplicemente una norma di rinvio alle disposizioni che prevedono caso per caso l'indispensabile istanza di parte, ritengono che dall'interpretazione letterale dell'art. 112 c.p.c. si possa agevolmente ricavare la conclusione che nel nostro ordinamento sia normale la rilevabilità anche d'ufficio e sia invece eccezionale la rilevabilità a istanza di parte, non potendosi individuare un criterio contenutistico che valga ad individuare i casi nei quali l'iniziativa della parte sia indispensabile per la pronuncia; dall'altra quanti, invece, ammettendo l'esistenza di un criterio generale alla base delle eccezioni che il legislatore prevede espressamente come rilevabili solo ad istanza di parte, ritengono che l'ambito delle eccezioni di merito in senso stretto vada esteso a tutte quelle ipotesi di eccezione i cui effetti sono oggetto di un contro-diritto che la parte che resiste potrebbe far valere (e anche non far valere) con un'azione autonoma⁷⁷.

Si tratta della già esaminata⁷⁸ opinione che ravvisa la regola nell'eccezione in senso lato, che non apporta limitazione all'esigenza di rigettare domande relative a diritti estinti o comunque infondate, scorgendo, così, questo elemento caratterizzante nell'eccezione in senso stretto.

Essa è definita come un fatto impeditivo, estintivo, modificativo un po' particolare, in quanto corrispondente ad un contro-diritto sostanziale del convenuto: la *ratio* dell'eccezione in senso stretto sarebbe, così, assai vicina a quella propria del

⁷⁷ Ancora diverso è l'orientamento accolto dalla giurisprudenza di legittimità che sembra aver accolto, invece, le indicazioni provenienti da quella dottrina (cfr. ORIANI, *La disciplina delle eccezioni nel processo civile*, in www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_7.pdf) secondo cui l'art. 112 c.p.c., non stabilisce, soltanto, che sulle eccezioni riservate alla parte il giudice non può pronunciare d'ufficio, ma stabilisce un principio generale ed una deroga: la regola è che i fatti estintivi, modificativi e impeditivi sono rilevabili di ufficio, laddove assumono carattere eccezionale le ipotesi in cui il loro rilievo è subordinato all'iniziativa di parte. 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.

⁷⁸ V. *supra*, cap. III, § 1.

principio dispositivo e, cioè, di quel principio che vieta al giudice di provvedere d'ufficio alla tutela dei diritti soggettivi sostanziali⁷⁹.

Per questa diffusa opinione si tratterebbe di eccezione in senso stretto, nel silenzio della legge, solo in quei casi in cui l'eccezione sottende un diritto che il convenuto potrebbe far valere in via di azione autonoma, come è, ad esempio, per l'eccezione di annullamento o di rescindibilità del contratto – che, rispettivamente, sottenderebbero il diritto potestativo all'annullamento o alla rescissione del contratto – oppure per l'eccezione di compensazione, che sottende il contrapposto diritto di credito dell'eccipiente⁸⁰.

⁷⁹ Cfr., nella dottrina moderna, a mero titolo esemplificativo, MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, cit., 122; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, 52 ss., che configura l'eccezione in senso sostanziale come «un vero diritto del convenuto, il quale può opporla o non opporla secondo che più gli piaccia e, se non lo fa, il giudice non può tener conto di quel fatto nemmeno se gli risulti dagli atti».

⁸⁰ Si tratta delle ipotesi che un tempo la giurisprudenza qualificava con l'equivoca formula di eccezioni riconvenzionali. La teoria dell'eccezione riconvenzionale si deve, come noto, a MORTARA, del quale cfr. *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, 1923, 99 ss. Il nucleo essenziale di tale teoria può essere così riassunto: l'esercizio del potere di eccezione da parte del convenuto, nel caso in cui abbia ad oggetto un'autonoma situazione giuridica, come tale suscettibile di costituire oggetto di una pretesa autonoma, implica la deduzione nel processo di un nuovo tema d'esame e statuizione e l'estensione dell'oggetto della controversia a tale situazione giuridica, la quale, dunque, è accertata con autorità di cosa giudicata. Tutte le volte che oggetto dell'eccezione sia una situazione giuridica, suscettibile di autonomo accertamento, questa diviene oggetto di decisione, pur in assenza di domanda di parte, in quanto ciò corrisponda al mutuo interesse delle parti, il quale è da ravvisare nell'influenza che può avere la definizione della questione in modo incontrovertibile già nel primo processo, rispetto a controversie future involgenti tale diversa situazione giuridica. La ritenuta estensione dell'oggetto del processo è posta in relazione di necessaria implicazione con la natura dell'entità oggetto di eccezione (o, più ampiamente, della contestazione del convenuto), avendosi accertamento con autorità di giudicato tutte le volte che questa sia costituita da una situazione giuridica, suscettibile di essere fatta valere con autonoma domanda giudiziale in separato giudizio. Molte le critiche a tale impostazione. In specie, ad essa si oppone che: a) errato è il presupposto per cui le questioni aventi ad oggetto situazioni giuridiche suscettibile di fondare autonome pretese non sarebbero suscettibili di cognizione meramente incidentale all'interno del processo sulla situazione giuridica principale, ma dovrebbero essere sempre decise con autorità di cosa giudicata (così già CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 317 ss., la cui dottrina dell'accertamento incidentale è stata recepita dall'art. 34 c.p.c.); b) lo stesso concetto di eccezione riconvenzionale appare intrinsecamente contraddittorio, in quanto racchiude in sé l'elemento dell'eccezione (qualificandosi come mezzo di difesa del convenuto avverso la domanda proposta nei suoi confronti) e della riconvenzione (implicando l'estensione dell'oggetto del giudizio ad una situazione giuridica diversa da quella fatta valere con la domanda iniziale). Per queste ed altre critiche, cfr. VULLO, *La domanda riconvenzionale*, Milano, 1995, 214 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 68 ss.; FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, cit., 369 ss., 382 ss.; COLESANTI, *Eccezione*, cit., 203-204; FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963, 53ss. Nonostante le generalizzate critiche, la teoria martoriana ha conservato validità nel settore delle eccezioni di impugnativa negoziale. Parte della dottrina ritiene, infatti, che quando con l'eccezione sia dedotta non già genericamente una situazione giuridica suscettibile di autonomo accertamento, bensì un fatto-diritto che, se valorizzato in via di azione, darebbe luogo ad una sentenza costitutiva, si ha l'accertamento ad ogni effetto dei presupposti condizionanti la modificazione giuridica e la sua

Siffatta impostazione appare, tuttavia, guidata da una visuale molto parziale ed insoddisfacente. Non sempre, infatti, può ravvisarsi nell'eccezione in senso stretto un vero controdiritto del convenuto, se non a pena di una forzatura artificiosa. Nella prescrizione, ad esempio, che è uno dei casi paradigmatici di eccezione in senso stretto, è impossibile ravvisare un diritto del debitore eccipiente, poiché l'effetto è di contenuto meramente negativo: esso comporta, cioè, nulla di più della semplice estinzione del debito e non coinvolge alcuna situazione attiva dell'eccipiente. Sicché il divieto di rilevabilità dovrebbe dirsi in tal caso privo di giustificazione.

Seguendo questa impostazione, inoltre, i casi di eccezione in senso stretto dovrebbero considerarsi assai limitati, finendo per coincidere con quelli in cui la legge consente di far valere in via di eccezione gli effetti di un potere di azione costitutiva⁸¹. Eppure, al contrario, numerose sono le ipotesi di eccezioni in senso stretto non riconducibili alla citata regola delle eccezioni corrispondenti a controdiritti del convenuto, come ad esempio l'eccezione di mancata trascrizione di un atto,

conseguente attuazione. Richiama esplicitamente la teoria dell'eccezione riconvenzionale, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 369, secondo cui, l'esercizio in via di eccezione di diritti che se fatti valere in via di azione darebbero luogo a sentenza costitutive alimenta qualche dubbio sulla possibilità per il giudice di conoscerne con effetti limitati al processo e di non pronunciare su di essi ad ogni effetto; REDENTI, *Sull'«assorbimento» di eccezioni riconvenzionali*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, II, Milano, 1962, 620-621; ID., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, 56. Nella dottrina più recente, cfr. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 50 ss.; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, cit., 140. In queste ipotesi si ritiene che, a seguito di eccezione si abbia accertamento ad ogni effetto, in quanto la modificazione giuridica è ritenuta conseguibile solo a seguito dell'accertamento con autorità di giudicato dei suoi presupposti. Non dissimili, nella sostanza, sono le tesi di chi: a) ritiene che il convenuto, in tali casi, proponga necessariamente una domanda riconvenzionale (opinione sostenuta specie nella dottrina civilistica in relazione alla materia della garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto. Cfr. RUBINO, *Dell'appalto: artt. 1655-1677*, Bologna, 2007, 304; ID. – IUDICA, *Appalto*, Bologna, 2007, 447-448; ID., *La compravendita*, Milano, 1962, 654-655; ID., *L'appalto*, Torino, 1958, 563; LAPERTOSA, *La garanzia per vizi nella vendita e nell'appalto*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 45 ss.; GIANNATTASIO, *L'appalto*, Milano, 1967, 210; GRECO – COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, 294-295; LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961, 264; b) di coloro che, sulla base del medesimo presupposto – per cui l'effetto costitutivo non può prodursi se non a seguito di domanda riconvenzionale – risolvono l'antinomia attribuendo all'eccezione di annullamento effetti diversi da quelli conseguibili in via di domanda e consistenti nella mera paralizzazione della pretesa dell'attore. In questo senso, cfr. TOMMASINI – LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, Milano, 2009, 101 ss.; FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, Milano, 2005, 19 ss.

⁸¹ In tal senso risulta attualmente attestata la giurisprudenza: cfr. Cass, sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099, cit., che ha progressivamente ristretto il campo delle eccezioni in senso stretto. Ad esempio, l'eccezione di interruzione della prescrizione era considerata, fino al 2005, un'eccezione rilevabile solo su istanza di parte. Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, ha risolto il contrasto nel senso della rilevabilità ufficiosa.

ovvero l'eccezione di *beneficium excussionis*; ipotesi, queste, che, sulla scorta dell'opinione tradizionale, dovrebbero considerarsi eccezione in senso lato, perché non sottendono un vero e proprio diritto soggettivo dell'eccipiente.

Si afferma spesso, inoltre, che caratteristica dell'eccezione in senso stretto è che l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo opera non automaticamente e che necessita, per esplicarsi, di una dichiarazione di volontà della parte. Anche qui, tuttavia, si tratta di una costruzione adatta a spiegare solo i casi molto particolari – laddove, ovviamente, si ritenga di poter aderire all'idea che le ipotesi di eccezione in senso stretto rientrino nell'orbita del potere dispositivo sostanziale e nel monopolio della parte sull'azione – dei poteri di azione costitutiva (di annullamento, rescissione) esercitabili in via di eccezione. Nei casi paradigmatici della compensazione e della prescrizione, infatti, è la legge stessa a lasciar intendere, come visto, che l'effetto opera automaticamente (*ipso iure*).

Si è dunque concluso nel senso che la figura dell'eccezione in senso stretto è in realtà eccezionale e residuale, poiché normale dovrebbe considerarsi, piuttosto, il potere di rilievo d'ufficio del giudice. E ciò in quanto le eccezioni sono sempre meri fatti impeditivi, estintivi, modificativi, che il giudice deve poter rilevare anche in assenza della specifica istanza del convenuto, a pena, altrimenti, di accertare come esistente il diritto dell'attore, che è, invece, inesistente sul piano sostanziale, perché già estintosi o modificatosi o impedito.

Questa impostazione è probabilmente esatta nei limiti in cui evidenzia che non c'è alcuna ragione processuale alla base dell'eccezione in senso stretto, poiché effettivamente la rilevabilità d'ufficio del fatto impeditivo, estintivo, modificativo non importa alcuna deroga al principio dispositivo⁸².

Tuttavia, essa finisce per abbandonare in radice l'idea dell'esistenza anche soltanto di una ragione sostanziale alla base del fenomeno che valga a spiegare perché certi fatti si considerino da sempre eccezioni in senso stretto benché la legge non dica nulla in proposito. Basti pensare all'eccezione di beneficio di escussione, *ex art. 1944 c.c.*, all'eccezione di inadempimento del contratto, *ex art. 1460 c.c.*, ovvero

⁸² Cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 258.

all'eccezione di accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario (art. 490 c.c.)⁸³, pacificamente ritenute non rilevabili d'ufficio e per le quali occorre dare una giustificazione al limite del potere del giudice.

Ciò che non può escludersi, in altre parole, è che il divieto di rilevanza d'ufficio sia un riflesso di una determinata conformazione dell'effetto sul piano sostanziale. Tale conformazione, naturalmente, non può essere quella del controdiritto o della non operatività automatica, poiché tali qualificazioni sono frutto di una visuale parziale e artificiosa.

Sulla base dei risultati emersi dall'indagine sin qui compiuta, può affermarsi l'esistenza di uno schema costante da cui emergono peculiarità strutturali della fattispecie e dell'effetto, sempre mantenendo ferma l'idea che l'esercizio dell'eccezione non abbia nulla a che fare con il verificarsi dell'effetto sul piano sostanziale – il quale, anche se oggetto dell'onere di eccezione, deve considerarsi, di norma, idoneo a verificarsi di diritto⁸⁴.

⁸³ Sull'eccezione di accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario cfr., da ultimo, Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, cit., che ha operato un deciso *revirement*, affermando che il limite di responsabilità dell'erede, che abbia accettato con beneficio d'inventario, per l'adempimento dei debiti ereditari costituisce oggetto di un'eccezione in senso lato, onde può essere dedotta per la prima volta in appello dal convenuto contumace in primo grado, nonché rilevata d'ufficio purché risulti dagli atti del processo, anche se non sia stata allegata dalla parte interessata.

⁸⁴ Come speriamo di essere riusciti a dimostrare, la contraria soluzione sostanzialistica dell'eccezione non conduce, sotto il profilo in discorso, ad alcun apprezzabile risultato. Cfr., per questa constatazione, anche E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 326 ss. Infatti, l'idea che l'esercizio dell'eccezione valga a determinare il verificarsi dell'effetto impeditivo, estintivo, modificativo, ha costituito essenzialmente un postulato dogmatico, sollecitato dal problema della sentenza ingiusta (su cui v. *supra*, §§ 3 e 4), in quanto tale idoneo ad essere assunto come valido criterio pratico di individuazione. Non si può certamente sostenere, ad es., che il carattere di potere sostanziale dell'eccezione di prescrizione sia rilevabile dalla disciplina positiva dell'istituto: è piuttosto la preliminare adesione dell'interprete a quella concezione generale ad imporre la ricostruzione nei termini in questione. Non stupisce, dunque, che CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 298 ss. – pur avvertendo, come è comune nella dottrina che accoglie la nozione sostanziale di eccezione, l'esigenza di un criterio di individuazione, ed escludendo, così, l'eccezionalità del divieto di rilevanza d'ufficio – abbia finito per appellarsi alla tradizione, oltre che al fatto che la medesima fattispecie possa essere fatta valere in via di azione. Cfr., in senso analogo, ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1959, 276 ss., secondo il quale un criterio abbastanza sicuro può essere fornito dalla configurazione della parallela iniziativa dell'attore come diritto potestativo o, addirittura, come azione costitutiva, aggiungendo però che l'«esercizio in via di eccezione di diritti che, sperimentati in via di azione, darebbero luogo a sentenze costitutive» dà luogo a «qualche dubbio sulla possibilità per il giudice, di limitarsi a conoscerne con effetti limitati al processo»; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, cit., 118, il quale propone, quale criterio da utilizzarsi al di fuori dei casi fatti oggetto di specifica previsione di legge, quello fondato sulla circostanza che gli effetti impeditivi, estintivi, modificativi siano «oggetto di un controdiritto che la parte che resiste potrebbe far valere (e anche non far valere) con un'azione autonoma»; COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1980, 71; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 151.

Ciò in quanto, l'aver escluso che l'istituto si caratterizzi sul piano della formazione della fattispecie non impedisce affatto di coglierne la peculiarità nel regime dell'effetto da essa scaturente.

Proprio in occasione delle verifiche sollecitate dal problema delle vicende del potere di eccezione, si è avuto modo di constatare come tra gli elementi definitori di tale situazione soggettiva rientri la suscettibilità di rinuncia all'effetto impeditivo, estintivo, modificativo da essa scaturente.

Ebbene, siffatta caratteristica della posizione soggettiva-eccezione non può non essere messa in relazione ad una positiva conformazione dello stesso effetto sostanziale cui essa accede e cioè, segnatamente, alla sua disponibilità per atto unilaterale del soggetto interessato.

Tale disponibilità unilaterale ha modo di manifestarsi proprio attraverso la ricordata possibilità di rinunciare, espressamente o tacitamente, all'effetto che scaturisce dal verificarsi del fatto impeditivo, estintivo, modificativo sul piano sostanziale e, non trovando alcun riscontro a proposito delle eccezioni tradizionalmente considerate come rilevabili d'ufficio, senza dubbio si presta ad essere assunta come caratteristica strutturale individuatrice della categoria delle eccezioni in senso stretto.

In questa prospettiva, la distinzione tra le due classi di fatti giuridici non si coglie sul piano del contenuto o del modo di operare: entrambi hanno un'efficacia meramente negativa – e cioè impeditiva, estintiva, modificativa di un diritto – ed entrambi operano indipendentemente dall'atto di esercizio dell'eccezione. Solo il regime dell'effetto è diverso perché solo in un caso – quello dell'eccezione in senso stretto – esso è connotato dalla menzionata disponibilità per atto unilaterale, la quale dev'essere a sua volta posta in relazione con la circostanza che il soggetto passivo del rapporto sia portatore esclusivo dell'interesse tipico alla stabilità dell'effetto medesimo⁸⁵.

Nel momento in cui si accerti che tale interesse è esclusivamente attinente alla sfera di uno solo dei due soggetti, l'effetto si manifesta, altresì, come disponibile

⁸⁵ In tal senso, cfr. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit. 258; MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 320.

unilateralmente da parte di quest'ultimo e, perciò, come sottratto alla rilevabilità d'ufficio⁸⁶.

Ammettendo che tale regime sia generalizzabile, può concludersi nel senso che le eccezioni in senso stretto corrispondono ai casi in cui l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo è unilateralmente disponibile da parte del debitore, in quanto portatore esclusivo dell'interesse tipico alla stabilità dell'effetto medesimo, e tale unilaterale disponibilità si coglie nella possibilità di rinunciare all'effetto prodotto dalla verifica del fatto sul piano sostanziale.

⁸⁶ Il criterio accennato non va tuttavia confuso con quello fondato sull'interesse che la singola fattispecie tende a realizzare. In relazione, ad esempio, alla risoluzione del contratto conseguente direttamente all'esercizio di un diritto potestativo del contraente interessato (artt. 1454 e 1456 c.c.), se si dovesse guardare all'interesse che la fattispecie tende a realizzare, dovrebbe evidentemente concludersi nel senso della non rilevabilità d'ufficio. La risoluzione, infatti, è un rimedio apprestato nell'interesse esclusivo della parte non inadempiente – cui è rimessa la scelta in ordine all'eventualità di avvalersene – a tutela dell'alterazione funzionale della causa dovuta all'inadempimento della controparte. Se si guarda, invece, all'interesse alla stabilità della modificazione del rapporto fondamentale indotta dall'esercizio del diritto potestativo, la conclusione è nel senso della rilevabilità d'ufficio. E infatti, se si guarda alla disciplina normativa del fenomeno, all'art. 1453, comma 2, c.c., ove si esclude che l'interessato non inadempiente, una volta compiuta la scelta a favore della risoluzione, possa ancora pretendere l'adempimento della controparte, ciò è sufficiente per escludere che l'effetto, una volta verificatosi, sia disponibile unilateralmente da parte del soggetto che vi ha dato causa. Nel senso della non disponibilità unilaterale, cfr. Cass. 21 ottobre 1985, n. 5167, in *Giur. it.*, 1986, I, 692. *Contra*, Cass. 18 maggio 1987, n. 4535, *id.*, 1988, I, 448 ss., con nota critica di SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità degli effetti della diffida ad adempiere*, che riafferma il precedente contrario orientamento e che da tale premessa deduce la non rilevabilità d'ufficio della risoluzione prodottasi allo scadere del termine fissato nella diffida. Si noti, inoltre, che la rilevabilità d'ufficio può argomentarsi prescindendo completamente dal fatto che la legge proclami, agli artt. 1454, ult. comma, e 1456, comma 2, c.c., che la risoluzione si verifica di diritto, conformemente a quanto si è sin qui sostenuto in ordine all'assenza di correlazione tra il verificarsi di diritto di un effetto e il suo regime di rilevabilità in sede giudiziale. Per quanto riguarda il caso della mancata trascrizione di un atto, invece, posto che la stabilità dell'effetto impeditivo è posto nell'interesse esclusivo del soggetto che vanta il titolo d'acquisto prevalente, appare corretta la soluzione della non rilevabilità d'ufficio fatta propria da Cass. 18 febbraio 1981, n. 994, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 379. In altri casi, invece, la soluzione prospettata dalla giurisprudenza non appare correttamente prospettata. Ad es., nell'ipotesi decisa da Cass. 17 gennaio 1983, n. 388, in *Giust. civ.*, 1983, I, 3031 ss., si trattava più propriamente di una mera *quaestio iuris* (applicabilità o meno di accordi collettivi ad un determinato rapporto di lavoro), sottratta, in quanto tale, alla distinzione tra eccezioni in senso lato e in senso stretto. Ancora, nell'ipotesi decisa da Cass. 28 luglio 1986, n. 4819, *id.*, 1987, I, 119, il problema era quello di qualificare il fatto come costitutivo oppure come impeditivo dell'effetto, ed erroneamente la Corte identifica la nozione di fatto impeditivo con quella di fatto non rilevabile d'ufficio. A tale proposito, deve tenersi presente che la problematica del fatto impeditivo si pone come logicamente preliminare rispetto a quella della rilevabilità d'ufficio, posto che la qualificazione in termini di impeditività è compatibile sia con la figura dell'eccezione in senso stretto, che con quella dell'eccezione in senso lato, attenendo piuttosto alla questione della ripartizione dell'onere della prova, su cui cfr. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 420 ss., in critica a MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, 377 ss. E ciò anche se il criterio metagiuridico dell'interesse cui la giurisprudenza fa sovente ricorso per stabilire la ripartizione dell'onere probatorio finisce per instaurare un punto di collegamento tra le due problematiche.

Secondo questa prospettiva, a fronte di un fatto impeditivo, estintivo, modificativo, per rispondere al quesito intorno alla sua rilevabilità d'ufficio o meno nel processo, occorre anzitutto interrogarsi intorno al modo in cui la legge sostanziale conforma gli interessi in gioco.

Solo se l'assetto di interessi appare conformato in modo tale che l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo non vale ad escludere la sua rinunciabilità, potrà allora concludersi nel senso che l'ipotesi integra un'eccezione in senso stretto. Il limite al potere del giudice è anch'esso nient'altro che un riflesso di quella particolare disponibilità per atto unilaterale che caratterizza l'effetto sul piano sostanziale.

Sulla scorta di tale visione, può concludersi nel senso che l'eccezione in senso stretto non è una figura eccezionale o residuale rispetto all'eccezione in senso lato, bensì soltanto una figura particolare, non necessariamente meno frequente rispetto all'altra.

Se, dunque, si accoglie l'idea che l'ordinamento ha inteso conciliare l'operatività *ipso iure* dell'effetto con la sua disponibilità da parte del soggetto passivo, la considerazione che il soggetto che se ne avvantaggerebbe ha la disponibilità dell'effetto già prodotto, attraverso il meccanismo dell'opposizione dell'eccezione in giudizio, giustifica anche la possibilità che il giudicato si formi in maniera difforme da quella che è la situazione sostanziale.

D'altra parte, non sono infrequenti le ipotesi in cui si determina una frattura tra verità processuale e verità sostanziale, poiché il giudice conosce quest'ultima non come essa è, ma come appare nella dinamica processuale. Perciò, come un qualsiasi debitore potrebbe essere condannato per un diritto già estinto, quando non si riesca a provarne l'estinzione, allo stesso modo qui il convenuto può essere condannato per un obbligo già estinto se non fa valere l'opportuna eccezione.

Né varrebbe obiettare che in tal modo non potrebbe spiegarsi la ragione per cui, mentre non può rilevarsi d'ufficio la prescrizione, ovvero la compensazione, il giudice può pronunciarsi *ex officio* sugli altri fatti estintivi automaticamente efficaci, in quanto, come osservato in dottrina⁸⁷, la rilevabilità d'ufficio non rappresenta né uno strumento di salvaguardia di valori fondamentali del sistema, né una necessaria

⁸⁷ Cfr. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 128 ss.

e logica conseguenza dell'automatico avverarsi di un effetto impeditivo, estintivo, modificativo.

Sì che, nei casi di eccezione in senso stretto, l'irrilevabilità d'ufficio, lungi dal rappresentare un indice sicuro della non automaticità dell'effetto, dimostra soltanto l'inesistenza di interessi privati da salvaguardare con la rilevabilità d'ufficio.

Non appare decisiva, a tal proposito, l'obiezione che in taluni casi – quelli in cui dal comportamento processuale del convenuto non possa desumersi la volontà tacita di rinunciare all'effetto – si determina una situazione che vincola colui che si sarebbe potuto avvantaggiare dell'eccezione con l'autorità della cosa giudicata, pur in presenza di un debito impedito, estinto o modificato.

La rilevanza di siffatta considerazione, infatti, svanisce di fronte al rilievo che qui, come si è visto, al fine di consentire all'interessato di disporre dell'effetto si impedisce al giudice di intervenire autonomamente per constatare l'avvenuto impedimento, estinzione, modificazione del rapporto.

Che poi ciò possa determinare una condanna sulla base di un diritto inesistente perché estinto non è comunque un risultato che possa dimostrare, per la sua inammissibilità, l'inconciliabilità del funzionamento automatico dell'effetto sul piano sostanziale con l'irrilevabilità d'ufficio dello stesso⁸⁸.

Bisogna constatare, infatti, che, come già accennato, discrasie tra diritto e processo non sono così infrequenti nel nostro ordinamento, dipendendo dal generale principio dispositivo che caratterizza il processo civile, di modo che, anche quando si agisce in giudizio per l'esecuzione di un negozio nullo, la regola della rilevabilità d'ufficio della nullità non è in grado di evitare una condanna all'esecuzione di un obbligo sostanzialmente inesistente, là dove la nullità non risulti dalle allegazioni e prove delle parti⁸⁹.

⁸⁸ Come invece affermato da quegli autori che, proprio alla luce di questa preoccupazione, sentono l'esigenza di superare la tesi del funzionamento automatico, su cui v. *supra*, § 3.

⁸⁹ Cfr. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., 131 ss.

7. Confronto delle tesi sostenute con la fisionomia normativa delle eccezioni in senso stretto. Considerazioni *a contrario* sulle fattispecie di eccezioni in senso lato

L'assunto secondo cui la differenza tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato si basa sulla connotazione delle prime in termini di disponibilità dell'effetto impeditivo, estintivo, modificativo per atto unilaterale del soggetto interessato, portatore esclusivo dell'interesse tipico alla stabilità dell'effetto medesimo, richiede, per la sua validità scientifica, che siffatta caratteristica rappresenti un dato deducibile dall'interprete dalla disciplina dettata dal legislatore per ciascun fatto impeditivo, estintivo, modificativo.

Si richiede, in particolare, una certa consistenza, qualitativa e numerica, di riscontri positivi suscettibili di un'aperta verifica.

Per fare ciò è necessario partire da alcune premesse di fondo, e cioè che: a) per identificare la composizione della fattispecie costitutiva dell'effetto giuridico impeditivo, estintivo, modificativo, al fine di determinare se esso sia ricollegato dalla norma direttamente alla verifica del fatto rilevante o se la sua produzione necessiti del rilievo da parte dell'interessato, occorre fare riferimento esclusivo alle norme sostanziali che individuano la fattispecie da cui dipende l'integrazione dell'effetto giuridico e che disciplinano il diritto rispetto al quale esso opera; b) la previsione di legge, che condiziona all'eccezione di parte la rilevanza nel processo del fatto, non solo non è in contrasto, ma è pienamente compatibile con il realizzarsi sul piano sostanziale dell'effetto *ipso iure*; c) il divieto di rilevazione officiosa è da porre in relazione con il regime dell'effetto giuridico; d) la riserva istituita a favore dell'interessato in ordine alla rilevanza processuale del fatto, già autonomamente produttivo dell'effetto impeditivo, estintivo, modificativo, è da porre in relazione con la disciplina materiale. In base a questa, l'effetto giuridico prodottosi è rimesso alla disponibilità del soggetto passivo del rapporto; e) il divieto di rilievo officioso del fatto è funzionale ad assicurare la realizzazione dell'assetto di interessi posto dalla disciplina sostanziale, allorché la situazione giuridica sia oggetto di accertamento giurisdizionale: contraddire la rilevabilità officiosa del fatto significherebbe

contraddire la scelta di rimettere alla disponibilità della parte la stabilità dell'effetto giuridico prodottosi a suo favore.

È possibile, anzitutto, reperire importanti conferme della tesi che si intende sostenere, argomentando *a contrario* dalla fisionomia strutturale delle più classiche fattispecie di eccezioni in senso lato.

Non si può dubitare, ad esempio, della circostanza che pagamento e novazione producono effetti estintivi che non ricadono nella disponibilità esclusiva del debitore, il quale, pertanto, non può rinunciare all'effetto così prodottosi sul piano sostanziale.

Per il pagamento, è sufficiente il rilievo del carattere dovuto dell'estinzione soddisfattiva che ad esso consegue⁹⁰. Nell'atto di adempimento, infatti, la volontà assume rilevanza, ma non dal punto di vista della produzione dell'effetto tipico, cioè dell'attuazione della prestazione in funzione solutoria.

L'attuazione dell'obbligo non è un effetto che l'ordinamento giuridico collega direttamente alla volontà: l'*animus solvendi* rimane un elemento meramente interno, un momento volitivo preliminare, che non costituisce la vera sostanza dell'attività del debitore, ma solo un suo antecedente, dal quale la norma non fa discendere la produzione di alcun effetto.

Perché possa prodursi l'attuazione del contenuto dell'obbligo è sufficiente che l'esecuzione della prestazione sia obiettivamente diretta verso il creditore: ciò che conta, in altri termini, è solo l'idoneità obiettiva della prestazione eseguita. L'adempimento del debitore, del resto, ha natura meramente esecutiva di un'obbligazione preesistente a suo carico, la ragione per cui la norma assegna effetto estintivo all'attività solutoria del debitore stando proprio nella preesistenza di un obbligo.

La natura dovuta dell'adempimento spiega perché esso non possa essere impugnato per incapacità del *solvens*, ex art. 1191 c.c.: poiché nell'adempimento non è dato riconoscere alcuna rilevanza al profilo volutaristico, non può nascere alcun

⁹⁰ Cfr. D'ANGELO, *Adempimento*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 2 ss.; GIORGIANNI, *Pagamento (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, XII, Torino, 1982, 329 ss.; DI MAJO, *Pagamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 549 ss.; MANZINI, *L'impugnazione del pagamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1978, 994 ss.; MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 240 ss.; NICOLÒ, *Adempimento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 554 ss.; RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, 102 ss.; CARNELUTTI, *Negoziio giuridico, atto illecito, atto dovuto*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, 353 ss.

pregiudizio per il debitore incapace quando la sua attività sia contenuta nei limiti dell'obbligazione assunta.

Analogamente, la natura dovuta del pagamento spiega anche perché, ai sensi dell'art. 1185, comma 2, c.c., il debitore non possa ripetere ciò che ha pagato anticipatamente, anche se ignorava l'esistenza del termine.

La rilevabilità d'ufficio dell'avvenuto pagamento del debito per cui l'attore agisce in giudizio si spiega, dunque, nell'indisponibilità per atto unilaterale dell'effetto solutorio che ne deriva e nell'irrinunciabilità dell'effetto stesso. Il giudice, cioè, non può che attribuire efficacia estintiva all'avvenuto pagamento, non potendo imputare alcun significato all'eventuale silenzio serbato dalla parte in ordine alla già avvenuta attuazione del rapporto obbligatorio.

Non può negarsi, infatti, che l'adempimento sia una causa estintiva che, in quanto attuativa dell'originario programma debitorio, realizza gli interessi tipici di entrambe le parti del rapporto obbligatorio non essendo, pertanto, affatto disponibile nei suoi effetti ad opera del debitore, il cui potere di scelta attiene semmai al momento genetico della vicenda, come, ad es., in tema di imputazione del pagamento *ex art.* 1193, comma 1, c.c.

Per la novazione, invece, soccorre la constatazione dell'origine consensuale dell'effetto estintivo, essendo regola imposta dalla più semplice logica giuridica che un soggetto – nel nostro caso il debitore – non possa disporre unilateralmente di una modificazione della realtà prodottasi – e che solo così potrebbe prodursi – in forza di accordo con la controparte⁹¹.

⁹¹ In base a tali considerazioni, dovrebbe, altresì, ritenersi rilevabile d'ufficio l'avvenuta risoluzione consensuale del contratto. In tal senso, cfr. Cass. 13 aprile 1959, n. 1086, in *Giur. it.*, 1959, I, 1192, con nota adesiva di CIFFO BONACCORSO, *L'eccezione nel sistema della difesa del convenuto*. La corretta qualificazione è, tuttavia, raggiunta dalla Cassazione sulla scorta della non divisibile argomentazione secondo cui «l'estinzione si verifica *ipso iure* per effetto del mutuo consenso prestato dalle parti alla risoluzione»; non divisibile perché la formula dell'*ipso iure* non vale di per sé ad imporre la rilevabilità d'ufficio dell'effetto.

8. Confronto con la fisionomia normativa delle eccezioni in senso stretto. L'eccezione di prescrizione

Le conclusioni raggiunte in tema di eccezione devono, ora, applicarsi alle ipotesi che la legge espressamente disciplina come eccezioni riservate alla parte, al fine di verificarne la compatibilità con la disciplina positiva degli istituti.

Due sono i postulati che occorre porre ad oggetto di confronto: da un lato, l'affermazione, conseguente alla ricostruzione dell'atto di opposizione dell'eccezione come di natura esclusivamente processuale, dell'operatività di diritto dell'effetto impeditivo, estintivo, modificativo ad essa riconducibile; dall'altro, l'inquadramento, sul piano processuale, delle eccezioni in senso stretto, come fattispecie in cui l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo è rimesso alla disponibilità per atto unilaterale del soggetto interessato, portatore esclusivo dell'interesse tipico alla stabilità dell'effetto medesimo, il quale può rinunciare a farlo valere.

Con riferimento alla prescrizione, acquista significato, anzitutto, l'art. 2934, comma 1, c.c., secondo cui «ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge». Questa norma deve interpretarsi nel senso che la fattispecie prescrittiva si esaurisce nel fatto dell'inerzia del titolare del diritto, ossia nel suo non esercizio, per il tempo stabilito dalla legge, essendo unicamente questa fattispecie a realizzare compiutamente l'estinzione del diritto, senza necessità di una manifestazione di volontà dell'interessato⁹².

Il fatto che l'art. 2938 c.c., stabilisca la non rilevabilità d'ufficio della prescrizione non opposta non contraddice il principio dell'operatività di diritto della prescrizione. Divieto di rilevabilità d'ufficio e operatività *ipso iure* costituiscono,

⁹² L'idea che la prescrizione non abbia valore costitutivo è affermata, ormai, in maniera piuttosto decisa. Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 120; GROPALLO, *Contributi alla teoria generale della prescrizione*, Milano, 1930, 28; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., 458 ss.; STOLFI, *Diritto civile*, II, cit., 171; PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, cit., 180. Nel senso, invece, dell'impossibilità di considerare estinto il rapporto con il semplice scadere del periodo prescrizione, in base al principio dell'irrivelabilità d'ufficio della prescrizione non opposta, cfr. BARBERO, *Il Sistema del diritto privato*, cit., 272; AZZARITI – SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, cit., 239; GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 88; SCHLESINGER, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, cit., 357; CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 35.

infatti, due formule pienamente compatibili, poiché riferite ad aspetti diversi: l'uno al regime processuale dell'effetto, l'altro alla composizione della sua fattispecie⁹³.

L'operatività di diritto è dimostrata dalla stessa possibilità di rimuovere l'effetto estintivo sostanziale anche al di fuori del processo mediante rinuncia, ai sensi dell'art. 2937 c.c., intesa come rinuncia ad avvalersi dell'effetto estintivo che da essa deriva, non potendosi logicamente rinunciare ad un effetto che non si sia già prodotto.

La constatazione che la rinuncia sia possibile solo quando la prescrizione è compiuta non significa – postulando che la prescrizione deve ritenersi compiuta solo quando sia stata eccepita e l'eccezione accolta dal giudice – che l'operatività della norma in esame sia limitata al momento successivo al giudicato. In tal caso, dovrebbe parlarsi di rinuncia al giudicato e non di rinuncia alla prescrizione, il che, al di là delle valutazioni in merito alla stessa ammissibilità di una tale rinuncia⁹⁴, rappresenta un'evidente distorsione della lettera della norma.

Il divieto per il giudice di rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta esprime solo il rispetto imposto dall'ordinamento della primazia dell'autonomia privata del titolare della situazione giuridica passiva, unico titolare dell'effetto estintivo⁹⁵.

Ed invero, la frattura tra giudizio e realtà sostanziale che si creerebbe in forza di una sentenza che accerti come esistente un diritto in realtà prescritto – frattura che, come visto, ricorre anche in altre ipotesi e che spesso è inevitabile – nel caso di specie discende dalla volontà dell'ordinamento di attribuire la disponibilità dell'effetto estintivo a chi se ne avvantaggia attraverso il meccanismo della sua irrilevanza d'ufficio, oltre che attraverso il meccanismo della rinuncia⁹⁶.

⁹³ L'istituto della prescrizione è stato inquadrato anche in una prospettiva procedimentale. Secondo tale orientamento, l'inattuazione del rapporto nel tempo previsto dalla legge determinerebbe non la prescrizione, ma la mera prescrittibilità «intesa quale idoneità del concreto rapporto a subire l'ulteriore vicenda estintiva per prescrizione, sol che venga esercitata l'apposita eccezione nata da quella modificazione». Cfr. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., 112. L'effetto estintivo si verificherebbe, dunque, per effetto della proposizione dell'eccezione, la quale sarebbe un elemento costitutivo del procedimento e non un mero requisito di efficacia

⁹⁴ Su cui, cfr. GANGI, *Le obbligazioni naturali secondo il nuovo codice*, Milano, 1950, 31 ss.

⁹⁵ La determinabilità del funzionamento del fenomeno da parte del soggetto passivo non significa, però, che l'effetto dipende dal fatto che questi eccepisca, ma solo che questi può disporre dell'effetto estintivo rinunciandovi.

⁹⁶ Che il divieto per il giudice di rilevare d'ufficio la prescrizione sia l'espressione del principio della disponibilità da parte del privato dell'effetto estintivo – su cui cfr. già B. GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, 877 ss. – è dimostrato altresì dal fatto che negli ordinamenti in cui l'autonomia privata non è riconosciuta, come quelli socialisti, la

Tale disponibilità può esprimersi sia al di fuori del processo che nell'ambito del giudizio in cui l'obbligato è convenuto per l'adempimento dell'obbligo prescritto; sia attraverso la possibilità di far valere la prescrizione in via di eccezione che con la possibilità di rimuovere l'effetto estintivo con la rinuncia, alla quale va equiparato il comportamento del convenuto che non eccepisce⁹⁷.

Tale disponibilità, peraltro, trova il limite della cosa giudicata, in quanto il giudice, fissando con la sentenza l'esistenza o l'inesistenza del rapporto, a seconda di quanto deciso dal soggetto passivo che ha la disponibilità della propria situazione sostanziale⁹⁸, e vietando, quindi, ogni ulteriore accertamento, determina definitivamente l'operatività o no, dell'effetto⁹⁹.

Che questa sia scelta legislativa è dimostrato da una lettura sistematica degli artt. 2934 e 2937 c.c.

Se è vero, infatti, che l'espressione «quando il titolare non lo esercita» sembra assumere più il «significato di [una] modalità cronologica dell'effetto estintivo, che quello di congiunzione condizionale»¹⁰⁰, è altrettanto vero che la rinuncia alla prescrizione, di cui all'art. 2937 c.c., non può che intendersi come rinuncia all'estinzione, atteso che l'art. 2934, comma 1, c.c., quando sostiene che «ogni diritto si estingue per prescrizione», evidentemente collega proprio a quest'ultima l'effetto estintivo.

Se rinuncia alla prescrizione significa rinuncia all'estinzione determinata dalla prescrizione, l'estinzione non può che considerarsi verificata quando l'inerzia si sia protratta per il periodo contemplato dalla legge. Infatti, a meno che non si voglia

prescrizione è rilevabile d'ufficio dal giudice. A tal proposito, cfr. CAPPELLETTI, *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 11.

⁹⁷ Cfr. PUGLIATTI, *Eccezione*, cit., 164, il quale testualmente discorre di «comportamento passivo o rinunciatario del convenuto» nell'ipotesi in cui questi non opponga con l'eccezione l'effetto estintivo sostanziale. Sull'oggetto della rinuncia come dimissione del diritto di far valere non solo in via di eccezione, ma anche in via di azione, la prescrizione, cfr. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 91 ss.

⁹⁸ È, infatti, il soggetto passivo che può rimuovere l'effetto estintivo rinunciando all'effetto giuridico favorevole sia al di fuori del processo (e ciò sta a dimostrare che l'effetto sostanziale si produce indipendentemente dal giudizio), che nell'ambito del processo, anche tacitamente attraverso la mancata opposizione in via di eccezione dell'effetto sostanziale.

⁹⁹ È evidente, infatti, che diventando in questo momento definitivo l'effetto estintivo, l'autonomia privata può intervenire fino al momento preclusivo del giudicato, nel caso in cui la situazione residua non possa più essere ricondotta nello schema tipico del rapporto giuridico restando definitivamente dequalificata come obbligazione naturale.

¹⁰⁰ Cfr. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., 65.

intendere la rinuncia alla prescrizione come rinuncia alla prescrittibilità – con ciò accogliendo, tuttavia, un’interpretazione piuttosto lontana dalla lettera della norma – se l’effetto estintivo si producesse con la proposizione e/o accoglimento della relativa eccezione, bisognerebbe leggere la norma come se affermasse che si può rinunciare alla prescrizione solo quando l’interessato abbia eccepito la stessa (e/o questa sia stata accolta), il che da un lato sarebbe assurdo, in quanto si costringerebbe il debitore che voglia rinunciare alla prescrizione, innanzitutto ad ecceperla inutilmente; dall’altro, si finirebbe per far coincidere la rinuncia alla prescrizione con la rinuncia al giudicato¹⁰¹.

Per quanto riguarda, poi, la disponibilità per atto unilaterale del soggetto nel cui esclusivo interesse si verifica l’effetto prescrittivo (disponibilità che si estrinseca nella rinunciabilità dell’effetto estintivo collegato alla prescrizione), indizi in tal senso emergono anzitutto dall’esame del fondamento dell’istituto, inteso quale mezzo di tutela dell’interesse privato alla liberazione del vincolo obbligatorio¹⁰².

La prescrizione, cioè, è finalizzata a garantire la certezza del diritto, ma nell’interesse del debitore.

Tale soluzione muove dalla considerazione che nella prescrizione, sebbene espressamente qualificata dalla legge come causa di estinzione del diritto, convivono sempre due effetti: uno estintivo ed uno acquisitivo. Il diritto si estingue per prescrizione e, al contempo, il debitore risulta liberato dalla propria obbligazione. In tal senso si esprimeva l’art. 2105 del codice civile del 1865: «la prescrizione è un mezzo con cui [...] taluno è liberato».

Intendendosi la prescrizione come un modo di acquisto del debitore si riesce ad esprimere meglio l’essenza del fenomeno. La determinazione del funzionamento dell’istituto nell’ottica del soggetto passivo, infatti, indica che la prescrizione più che un modo di estinzione è un modo di liberazione e che più che una perdita, essa determina un acquisto¹⁰³.

¹⁰¹ Che dopo il passaggio in giudicato della sentenza debba parlarsi di rinuncia al giudicato e non di rinuncia alla prescrizione è circostanza già evidenziata *supra* nel testo. In tal senso si esprime AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 76.

¹⁰² Su cui cfr. B. GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, cit., 868; AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 32.

¹⁰³ Se, infatti, è il soggetto passivo che può rinunciare, significa che attraverso la prescrizione è a suo favore che si determinano effetti giuridici favorevoli.

Che la funzione della prescrizione consista nella tutela dell'interesse del debitore alla liberazione attraverso l'estinzione del rapporto, sembra ulteriormente confermato dalla possibilità di rinunciarvi, che sarebbe incomprensibile se non si sottolineasse che l'acquisto – cui il debitore può rinunciare – si determina in suo favore.

Questi rilievi – sebbene posti in secondo piano dalla dottrina contemporanea, probabilmente per l'attuale formulazione dell'art. 2934 c.c., che pone l'accento sul momento estintivo – nel momento in cui evidenziano la necessaria connessione tra acquisto e perdita del diritto, indicano che è nell'elemento acquisitivo che va rintracciato l'elemento chiave per l'individuazione dell'interesse tutelato dalla prescrizione, in virtù della quale non solo, e non tanto, un soggetto attivo perde un diritto, ma soprattutto un soggetto passivo è liberato da un obbligo.

D'altra parte, la presenza di norme come quelle contenute negli artt. 2937, 2938, 2940, 2941, 2942, 2944 c.c., che affidano la rilevanza della prescrizione alla volontà del soggetto passivo del rapporto, confermano l'ipotesi che essa operi soprattutto sulla situazione passiva; che, cioè, essa sia un modo di liberazione del titolare della situazione giuridica passiva.

A ben vedere, infatti, la rinuncia è del debitore (art. 2937 c.c.), l'eccezione può essere proposta dal debitore (art. 2938 c.c.), il pagamento del debito prescritto è atto del debitore (art. 2940 c.c.), le cause di sospensione della prescrizione riguardano per lo più la posizione del debitore (artt. 2941 e 2942 c.c.), così come l'interruzione della prescrizione può avvenire in virtù di un atto del debitore, il riconoscimento (art. 2944 c.c.).

La soluzione accolta – secondo cui l'estinzione dell'intero rapporto sarebbe funzionalizzata alla liberazione del soggetto passivo – si basa sul presupposto che proprio questi abbia la disponibilità dell'effetto.

La fondatezza di una tale soluzione dovrebbe trovare conforto nella circostanza che la prescrizione, estinguendo il rapporto, rappresenta un vantaggio solo per il soggetto passivo che si libera da un vincolo. Non certo per il creditore che, attraverso l'estinzione, perde un diritto¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Non è mancato, peraltro, chi ha sostenuto la disponibilità dell'eccezione di prescrizione anche da parte del soggetto attivo, il quale «non solo può non avere un interesse ad attuare un rapporto (prescrittibile) rimasto troppo a lungo inattuato, ma può anche avere un interesse positivo (si pensi

Per quanto riguarda, infine, la rinunciabilità dell'effetto estintivo/liberatorio, si è già detto che la rinuncia alla prescrizione è rinuncia all'effetto estintivo prodotto dalla prescrizione, e cioè dall'inerzia del titolare del diritto protratta per il tempo determinato dalla legge.

Si è già rilevato, inoltre, che l'effetto estintivo in parola è nella disponibilità del soggetto che si avvantaggia della prescrizione, il quale può rinunciarvi espressamente o tacitamente, anche non eccependo la prescrizione in giudizio.

Come già evidenziato¹⁰⁵, infatti, una volontà rinunciativa può, anzitutto, rinvenirsi, in accordo con l'insegnamento tradizionale, quando il soggetto interessato doveva e poteva parlare.

alla possibilità di evitare la *mora credendi*: art. 1206 c.c.), giuridicamente rilevante, a far dichiarare estinto per prescrizione il rapporto». Così, TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., 192. A parte la considerazione – di per sé già significativa – che la legge, parlando di «opposizione» della prescrizione, sembra appunto riferirsi alla posizione del debitore – che si oppone alla richiesta di adempimento – la tesi non può condividersi per ulteriori ragioni. Anche a voler accogliere l'orientamento che qualifica la posizione del creditore come una situazione giuridicamente complessa, implicante anche situazioni di obbligo (su cui, cfr. TROISI, *op. ult. cit.*, 103; RUSCELLO, *I regolamenti di condominio*, Napoli, 1980, 81 ss.; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, IV, Bologna-Roma, 1975, 29 ss.; ID., *Profili istituzionali del diritto civile, id.*, Napoli-Camerino, 1975, 219 ss.; ID., *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1971, 95 ss.; ID., *La dilazione come vicenda modificativa del regolamento del rapporto*, in *Dir. giur.*, 1969, 699 ss.), non deve crearsi confusione, però, tra credito e gli eventuali obblighi o doveri che lo limitano. Non deve soprapporsi, cioè, la situazione complessiva del creditore e il suo credito. Pertanto, l'eventuale interesse del creditore a far dichiarare estinto il rapporto, se esiste, è da cogliere con riferimento alla sua posizione di “debitore” di quegli obblighi o doveri che limitano e accompagnano il credito e che il decorso del tempo può rendere eccessivamente gravosi rispetto al vantaggio rappresentato dal credito stesso. Non si vede, infatti, come l'eventuale obbligo del creditore di ritirare a sue spese un certo quantitativo di merce dai magazzini del debitore, di cui parla TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., 192, possa considerarsi una limitazione interna al credito, piuttosto che un obbligo che si accompagna al credito. In argomento, in generale, cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1966, 57 ss., sull'irrelevanza del c.d. obbligo di cooperazione del creditore. A ciò si aggiunga, che difficilmente può configurarsi una situazione di inerzia del creditore. L'inerzia, infatti, presuppone la necessità di un determinato comportamento per il raggiungimento di una situazione finale vantaggiosa. Una tale situazione non può essere individuata, né nel mancato riconoscimento di cui all'art. 2944 c.c., posto che tale comportamento in nessun caso può ritenersi obbligatorio; né nel mancato adempimento, la cui obbligatorietà è strumentale al raggiungimento di una situazione vantaggiosa per il creditore, non certo per il debitore. A meno che non si voglia individuare, come fa questa dottrina, un diritto del debitore all'adempimento, il quale tuttavia, è riportato, dalla stessa dottrina, al diritto del debitore alla liberazione. Cfr., a tal riguardo, CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, 169 ss. Ad ogni modo, se esistesse un vero e proprio diritto del debitore all'adempimento, non dovrebbe essere indifferente, per lo stesso, eseguire la prestazione nei confronti di uno o di un altro creditore, così come sarebbe inspiegabile l'assoluta irrilevanza della volontà del debitore nella cessione del credito.

¹⁰⁵ V. *supra* § 5.

Se l'essenza della rinuncia tacita consiste nell'incompatibilità tra un comportamento e la volontà di valersi della prescrizione, non può negarsi che il comportamento inerte del convenuto in ordine all'opponibilità dell'effetto estintivo possa valere come rinuncia tacita, considerato che, restando in silenzio, egli non ha manifestato quella volontà contraria necessaria all'applicazione dell'effetto impeditivo, estintivo, modificativo al fatto corrispondente.

Per quanto riguarda, invece, la rinuncia per comportamento materiale incompatibile con la volontà di avvalersi dell'eccezione, l'adempimento successivo al decorso del tempo necessario per la prescrizione, in quanto fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione, costituisce senz'altro valida rinuncia (implicita) alla stessa.

Ciò significa, che l'adempimento del debito, successivamente al decorso del tempo, non è adempimento del debito prescritto, *ex art. 2940 c.c.*, se non quando, trattandosi di adempimento inconsapevole (dell'avvenuta estinzione), sia impossibile dedurre dall'atto solutorio la presenza della volontà implicitamente o tacitamente dismissiva.

Viceversa, la prestazione eseguita dopo il passaggio in giudicato della sentenza che ha dichiarato l'estinzione per prescrizione, vale come adempimento del debito prescritto e non come rinuncia alla prescrizione – pur essendo, nel caso di specie, il *solvens* sempre consapevole dell'avvenuta estinzione – in quanto il giudicato preclude ogni attività relativa al rapporto già in contestazione¹⁰⁶.

9. (Segue) L'eccezione di decadenza

Speculari sono le considerazioni da svolgere in relazione all'istituto della decadenza, sia in punto di operatività *ipso iure*, sia in un punto di disponibilità per atto unilaterale del soggetto interessato, portatore esclusivo della stabilità dell'effetto decadenziale, che si estrinseca nella rinunciabilità dell'effetto estintivo stesso. Si

¹⁰⁶ In tal senso, AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 76, il quale, però, ritiene che in tal caso il pagamento sarebbe un vero e proprio atto di liberalità e non adempimento nel senso dell'art. 2940 c.c.

rimanda, pertanto, a quanto già affermato in relazione alla prescrizione, essendo necessarie solo alcune considerazioni di ordine generale.

Prescrizione e decadenza rappresentano due istituti spesso contrapposti in sede dottrinale. Le definizioni elaborate dalla dottrina, infatti, risentono, da un lato, dell'identificazione tra indisponibilità ed interesse pubblico, propri della prescrizione, a fronte della natura disponibile dei diritti soggetti a decadenza; dall'altro, della generalizzazione del dato normativo che, prevedendo spesso l'applicabilità della disciplina della decadenza ai c.d. diritti potestativi, ha perpetuato l'idea di una contrapposizione tra i due istituti nella dicotomia: diritto soggettivo – potere¹⁰⁷.

Al contrario, le considerazioni svolte con riguardo alla prescrizione possono essere applicate anche alla decadenza: l'esistenza di principi analoghi – possibilità per il soggetto passivo di impedire la decadenza con il riconoscimento del diritto, *ex art. 2966 c.c.*, e impossibilità del rilievo d'ufficio, *ex art. 2969 c.c.* – consentono, infatti, di assumere anche per la decadenza relativa a diritti disponibili il punto di vista del soggetto passivo, quale unico soggetto idoneo nella cui disponibilità è rimesso l'effetto estintivo.

A ben vedere, infatti, anche quest'istituto sembra porsi come un modo di liberazione del titolare della situazione giuridica passiva.

Ciò comporta, che, anche in questa sede, il discorso ricostruttivo non possa trascurare, specie ai fini dell'individuazione dell'interesse tutelato, il momento

¹⁰⁷ Le affermazioni che identificano gli istituti della prescrizione e della decadenza nella tutela, rispettivamente, di interessi pubblici o privati (cfr. MAGAZZÙ, *Decadenza (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, V, Torino, 1960, 233, il quale, dopo aver affermato che la decadenza è diretta alla tutela di interessi esterni alla sfera giuridica del titolare del diritto (interesse del soggetto passivo al sollecito compimento di un dato atto), ricollega all'istituto in esame il concetto di onere; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1965, 193, che richiama siffatta figura anche per la prescrizione, inteso, però, non come aggravio il cui adempimento è imposto per la tutela di un interesse proprio dell'onere, bensì anche per la tutela dell'interesse del soggetto passivo), ovvero nella tutela dell'interesse dell'ordinamento al consolidamento di uno stato di fatto in stato giuridico (cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 113; ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 182), a fronte della necessità di limitare nel tempo la possibilità di effettuare una modificazione giuridica (cfr. PUGLIESE, *La prescrizione estintiva*, Torino, 1924, 304. *Contra*, FERRUCCI, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1964, 518; TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, 219), come pure il riferimento della prescrizione ad un diritto già acquistato e della decadenza ad un diritto da acquistare (cfr. GIUSIANA, *Decadenza e prescrizione*, Torino, 1943, 13 ss.) trovano le loro ragioni probabilmente nelle riportate considerazioni.

acquisitivo insito nell'effetto estintivo del rapporto provocato dalla decadenza (relativa a diritti disponibili), così come avviene per la prescrizione¹⁰⁸. Entrambe, infatti, tutelano l'interesse del soggetto passivo di vedersi liberato dal vincolo in seguito all'inerzia del titolare della situazione attiva.

La questione va, dunque, guardata, anche in questo caso, da un diverso angolo visuale, non limitandosi al profilo estintivo del diritto, ma concentrandosi sulla posizione passiva del rapporto, quale elemento di determinazione del funzionamento della decadenza, dovendosi rilevare che la perdita del diritto rappresenta la conseguenza dell'esigenza di liberazione del debitore che va, pertanto, riconosciuta quale fondamento, oltre che della prescrizione, anche della decadenza.

Sia la prescrizione che la decadenza relativa a diritti disponibili, quindi, tutelano l'interesse del soggetto passivo del rapporto provocandone l'estinzione attraverso la liberazione di questi e la correlativa estinzione della situazione attiva. Nessuna differenza può essere evidenziata, sul piano funzionale, in relazione al tipo di rapporto su cui incidono.

Né appare possibile distinguere i due istituti richiamandosi, per la decadenza, all'esigenza che un atto venga compiuto entro un termine perentorio, in quanto tale orientamento presuppone un'inaccettabile distinzione basata, da un lato, sul non esercizio per il tempo determinato dalla legge e, dall'altro sul non esercizio entro un determinato termine¹⁰⁹. Essendo il tempo fatto di momenti, l'inerzia assume il medesimo valore, sia che sia riferita a tutto il periodo di tempo che al momento finale di questo.

Appare evidente, quindi, l'impossibilità di distinguere i due istituti sul piano funzionale. Infatti, se il motivo originario per cui il legislatore prevede che i rapporti giuridici vengano incisi dal decorso del tempo, attraverso gli istituti della prescrizione

¹⁰⁸ Mentre la prescrizione è sempre relativa a diritti disponibili e, pertanto, non può non agire nell'ambito di un rapporto, la decadenza può riguardare sia diritti disponibili che indisponibili. È evidente, dunque, l'impossibilità di inquadrare nella prospettiva delle cause estintive del rapporto la rilevanza di tale ultimo tipo di decadenza. Peraltro il problema della distinzione si pone proprio solo tra la prescrizione e la decadenza relativa a diritti disponibili. Sul concetto di indisponibilità, cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 114; AZZARITI – SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, cit., 204 ss.; AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 40 ss.

¹⁰⁹ Per tale distinzione, cfr. TEDESCHI, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948, 54, che riprende un'idea di CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, 317.

e della decadenza, è quello di una generica esigenza di certezza, è evidente che tale esigenza si traduce sempre con riferimento al soggetto passivo ed al suo interesse alla liberazione, nel momento in cui si crea a suo favore la certezza della non vitalità del rapporto.

Il fatto che, in talune ipotesi, il segno di tale vitalità debba intervenire in un termine speciale e attraverso un'attività tipizzata, evidenzia solo una più pregnante ed urgente tutela della certezza. Ed infatti, concretizzandosi la tutela, in entrambi i casi, nell'esigenza di certezza e nella tutela del medesimo interesse del debitore alla liberazione, il collegamento del comportamento del debitore ad un termine speciale può provocare, attraverso un più sollecito raggiungimento della certezza della non attualità del rapporto, una più sollecita liberazione, ma non giustifica la teorizzazione di una diversa funzione dei due istituti.

In realtà, se una differenza concettuale tra i due fenomeni esiste, essa può cogliersi nel fatto che la prescrizione, e non la decadenza, come emerge dalla stessa formulazione legislativa, risulta essere un istituto generale del nostro ordinamento.

Mentre ogni diritto si prescrive, la decadenza si verifica solo «quando un diritto deve esercitarsi entro un determinato termine», *ex art. 2694 c.c.*, e cioè quando la legge o i privati stabiliscono esplicitamente una pena di decadenza per l'inerzia del titolare.

Per quanto numerosi possano essere tali casi, ciò non vale a smentire il dato normativo: al di fuori di un'espressa previsione legislativa o negoziale, il diritto nasce sottoposto a prescrizione e non alla decadenza¹¹⁰.

10.(Segue) L'eccezione di compensazione

Passando all'esame dell'eccezione di compensazione, si avverte che l'indagine si concentrerà sulla struttura della fattispecie della compensazione legale.

Occorre premettere che, nell'ambito della disciplina della compensazione legale del codice del 1942 – per lo più riprodotte quella già contenuta nel codice del

¹¹⁰ Cfr. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 12-13.

1865¹¹¹ – la vera novità del testo normativo è racchiusa nell’art. 1242, comma 1, al. 2, c.c., ove, accanto alla ribadita efficacia *ope legis* della compensazione, «che estingue i due debiti dal giorno della loro coesistenza», si afferma espressamente il principio della non rilevabilità d’ufficio dell’effetto in sede giudiziale¹¹².

La dottrina italiana ha reagito a tale innovazione legislativa affermando, allora, l’inconciliabilità del verificarsi *ipso iure* dell’estinzione dei crediti con l’esclusione della sua rilevabilità d’ufficio in sede giudiziale, arrivando a delegittimare il dogma dell’*ipso iure compensatur*.

Una tale osservazione è valsa non solo a sottolineare come dalla delimitazione dei poteri del giudice risulti, in positivo, la titolarità di un potere processuale in capo alla parte compensante – consistente nell’atto di opposizione del debitore, volto a condizionare l’accertamento giudiziale dell’effetto estintivo – ma soprattutto ad affermare, sul piano della fisionomia sostanziale dell’istituto, che lo stesso verificarsi della compensazione dipende dall’esercizio di un potere sostanziale di eccezione, che incide all’interno della fattispecie compensativa come elemento costitutivo o integrativo dell’efficacia, a seconda delle diverse opzioni ricostruttive¹¹³.

¹¹¹ Per un esame degli artt. 1242 ss. c.c. del codice civile previgente, cfr. BRACCO, *La compensazione*, Milano, 1942, ora in *Scritti giuridici ed economici*, Padova, 1972, 409 ss.

¹¹² L’innovazione legislativa trova spiegazione nella volontà del legislatore di superare la tradizionale impostazione dei rapporti tra struttura sostanziale e trattamento processuale della compensazione legale, e in particolare l’idea dell’inconciliabilità tra il prodursi «di diritto» dell’effetto e il suo assoggettamento all’iniziativa di parte al fine della sua sottoposizione alla cognizione del giudice. L’impostazione teorica che si voleva contraddire ha le sue origine storiche nella dottrina della compensazione di POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, III, Milano, 1809, 195 ss., secondo cui il principio del verificarsi di diritto si pone in assoluto contrasto con la possibilità di considerare la compensazione come oggetto di un potere di eccezione in senso stretto. In altre parole, secondo l’illustre a., la regola dell’*ipso iure* vale a configurare l’estinzione dei crediti reciproci come effetto che si produce senza bisogno della pronuncia del giudice e senza bisogno di un atto dispositivo degli interessati. Ciò implica, inoltre, la sua indisponibilità ad opera degli interessati, ai quali non si attribuisce alcuna facoltà di scegliere – nemmeno per il tramite di un potere di eccezione riservata – se avvalersi o meno dell’estinzione compensativa, suscettibile, dunque, di imporsi, in virtù della sua rilevabilità d’ufficio in sede giudiziale, anche contro la loro volontà e i loro interessi. Attraverso la mediazione del *code civil* francese, secondo cui «*la compensation s’opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l’insu des débiteurs*», tale interpretazione ha condizionato le decisioni di tutti i legislatori europei, tra cui quello italiano del 1865.

¹¹³ L’idea dell’esistenza di una correlazione obbligata tra esclusione della rilevabilità d’ufficio dell’effetto e presenza di un potere sostanziale in capo al soggetto interessato al suo accertamento è frutto delle influenze esercitate dalla dottrina germanica e della tradizionale teoria dell’eccezione in senso stretto come controdiritto sostanziale ad *impugnandum ius*, volto, cioè, all’annullamento del diritto azionato con la domanda. Cfr., in tal senso, DALBOSCO, *La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1989, 364; MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1982, 106; MACCARONE, *Delle obbligazioni*, in *Comm. teorico-pratico del cod. civ.*, diretto da DE MARTINO, Novara, 1978, 267; PERLINGIERI, *Dei*

Dal punto di vista strutturale, poi, la dottrina maggioritaria si è orientata nel senso che la dichiarazione del soggetto interessato, di cui si afferma l'essenzialità per la nascita dell'effetto estintivo, è da qualificare come dichiarazione di volontà negoziale emessa nell'esercizio di un diritto potestativo sostanziale¹¹⁴ immediatamente produttivo, all'atto del suo esercizio, della perseguita modificazione giuridica.

Secondo tale impostazione, la posizione del compensante consiste nel potere di provocare, mediante una dichiarazione di volontà unilaterale, una modificazione – in questo caso di tipo caducatorio – nei rapporti obbligatori intercorrenti con il destinatario, rispetto al quale quest'ultimo non è dotato di alcun mezzo efficace di reazione, trovandosi in una posizione di soggezione.

Gli argomenti che la dottrina sostanzialistica ha tratto dalla disciplina positiva dell'istituto si fondano, soprattutto, sulla non infrequente menzione legislativa della necessità di un atto positivo – l'opposizione o invocazione – apparentemente

modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, IV, Bologna-Roma, 1975, 274; SCHLESINGER, *Compensazione*, in *Nov. dig. it.*, III, 1959, 724; BRACCO, *La compensazione*, cit., 441 ss., secondo cui «se davvero la difesa del convenuto ha natura di eccezione in senso stretto, bisogna riconoscere forzatamente che l'estinzione non può essersi verificata di diritto. L'effetto estintivo non può, insomma, seguire per la semplice coesistenza dei crediti reciproci, fino a quando, nel processo, la difesa del convenuto scarta il terreno delle obiezioni e resta ferma su quello delle eccezioni in senso stretto». In altre parole, l'adozione della concezione sostanzialistica del potere di eccezione riservata è valsa a confermare indirettamente l'esattezza dell'impostazione di POTHIER, alla cui stregua il verificarsi di diritto della compensazione comporterebbe necessariamente la sua rilevabilità d'ufficio. Tale indiretta conferma è evidente anche nel pensiero di FRANCHI, *Profili processuali della compensazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 207 ss.

¹¹⁴ Cfr. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, IX, Torino, 1999, 326; DALBOSCO, *La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*, cit., 366 ss.; MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, cit., 109 ss.; MACCARONE, *Delle obbligazioni*, cit., 319; PACETTI, *Sull'opponibilità della compensazione legale nell'espropriazione presso terzi*, in *Temi rom.*, 1970, 544; RAGUSA MAGGIORE, *Compensazione. b) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 21; VIGNALE, *Efficacia della dichiarazione di opposizione in compensazione*, in *Dir. e giur.*, 1960, 323; SCHLESINGER, *Compensazione*, cit., 724; GIULIANO, *La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, Milano, 1955, 55 ss.; BRACCO, *La compensazione*, cit., 471. Nonostante l'adesione alla tesi per cui l'estinzione si verifica senza il concorso dell'atto di opposizione-eccezione, MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, Torino, 1982 discorre di «negozio di accertamento con effetti inibitori» così riecheggiando le parole di REDENTI, *La compensazione dei debiti nei nuovi codici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 23. Alcuni autori non impiegano la terminologia classica di diritto potestativo, parlando più in generale di potere sostanziale, ma la circostanza è dovuta all'incertezza in ordine alla possibilità di classificare tale figura tra i veri e propri diritti soggettivi. Cfr., in particolare, ROCCO, *La sentenza civile*, Milano, 1962, 85 ss.; ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, cit., 154 ss.; GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, III, in *Jus*, 1942, 234 ss.; AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, 557 ss.; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 54 ss.; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., 29 ss.

suscettibile di essere compiuto anche in sede stragiudiziale – del soggetto interessato al fine dell’effettiva fruizione dell’effetto estintivo e, soprattutto, su alcune norme relative alle vicende del credito principale nel tempo successivo alla sua coesistenza con quello spettante al debitore.

Si tratta, in particolare, degli artt. 1248 e 1251 c.c. A ben vedere, infatti, la circostanza che, dopo l’intervenuta situazione di coesistenza dei due crediti, uno di essi possa essere efficacemente ceduto od estinto tramite pagamento, sono circostanze che, nell’ottica della concezione sostanzialistica, possono efficacemente dimostrare l’incompatibilità con il principio secondo cui la compensazione opera di diritto. La descrizione di quest’ultima come fattispecie complessa, ricomprendente anche una dichiarazione di volontà del debitore, normalmente nella forma dell’eccezione, ha, infatti, consentito di postulare come perfettamente esistente, e quindi suscettibile di essere efficacemente estinto tramite pagamento o ceduto ad opera del suo titolare, il credito nei cui confronti quella dichiarazione non sia stata ancora emessa.

Al fine di delegittimare le conclusioni a cui giunge la concezione sostanzialistica, occorre analizzare attentamente il dato normativo.

A tal proposito, viene in rilievo, in primo luogo, l’art. 1242, comma 1, al. 1, c.c., secondo cui «la compensazione estingue i due debiti dal momento della loro coesistenza». Tale norma, in realtà, afferma proprio quello che sembra dire, e cioè che la fattispecie compensativa si esaurisce nella coesistenza qualificata dei crediti reciproci. È in tale momento che si realizza compiutamente l’effetto estintivo della compensazione, senza necessità di una manifestazione di volontà del debitore.

L’ipotesi, invece, che la disposizione in parola sia espressiva di una regola di retroattività si pone soltanto se si ritiene di dover spostare in avanti il momento della reciproca estinzione e di farci rientrare l’atto di eccezione dell’interessato¹¹⁵.

¹¹⁵ L’idea che la compensazione dipenda dalla dichiarazione dell’interessato e che, quindi, non operi di diritto, è affermata da ZUDDAS, *Compensazione*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 2; PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, cit., 275, secondo il quale, fino a che non venga opposta la compensazione, i reciproci crediti non possono considerarsi estinti perché la semplice coesistenza è solo causa di una potenziale estinzione, facendo essa sorgere un autonomo potere il cui esercizio consente la produzione dell’effetto estintivo. Il procedimento estintivo consta, pertanto, di due elementi: l’uno oggettivo – la coesistenza – e l’altro soggettivo – l’atto di opposizione – che concorrono entrambi a produrre l’effetto estintivo; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 383-384; SCHLESINGER, *Pluralità di crediti compensabili*, in *Giur. it.*, 1954, I, 375;

L'idea che la compensazione si verifichi di diritto non pare poter essere contraddetta neanche dall'art. 1242, comma 1, al. 2, c.c., che vieta al giudice di rilevare d'ufficio la compensazione.

Come già affermato in tema di prescrizione, infatti, divieto di rilevanza d'ufficio e operatività *ipso iure* devono intendersi come formule pienamente compatibili, in quanto riferite ad aspetti diversi: l'uno al regime processuale dell'effetto, l'altro alla composizione della sua fattispecie.

Altrettante conferme è possibile rintracciare nell'art. 1242, ult. comma, c.c., secondo cui «la prescrizione non impedisce la compensazione, se non era compiuta quando si è verificata la coesistenza dei due debiti»¹¹⁶. La prescrizione maturata dopo la coesistenza non impedisce la compensazione, proprio perché è con la coesistenza, e solo con la coesistenza, che la fattispecie estintiva può dirsi compiuta.

Opposta è, invece, la conclusione, se si muove dalle premesse del diritto potestativo di compensare. In tal caso, tuttavia, non è necessario il richiamo alla regola della retroattività, poiché essa non serve ad affermare la perdurante esistenza del credito ai fini dell'estinzione per compensazione, ma solo a retrodatare gli effetti di quest'ultima.

ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948-1952, 208-209; BARASSI, *Teoria delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, 164. Alcuni autori accolgono, in particolare, la tesi negoziale dell'atto di opposizione dell'eccezione, in forza della quale esso è ricompreso nella categoria del negozio giuridico in quanto intenzionalmente diretto a raggiungere determinati effetti che sono espressamente voluti, ed ha, perciò, valore costitutivo. Cfr. PACETTI, *Sull'opponibilità della compensazione legale nell'espropriazione presso terzi*, cit., 69; RAGUSA MAGGIORE, *Compensazione*. b) *Diritto civile*, cit.1, 21; GIULIANO, *La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, cit., 63. NATOLI, *In tema di compensazione legale secondo il nuovo codice civile*, in *Foro it.*, 1948, IV, 57 ss., ritiene, invece, che i due elementi della fattispecie estintiva rivestano ciascuno una diversa rilevanza: la coesistenza dei crediti rappresenta il fatto causa, mentre l'atto mediante il quale si fa valere la compensazione sarebbe una *condicio iuris* potestativa semplice che sospende il verificarsi della compensazione. Secondo MICHELI, *Compensazione legale e pignoramento*, in *Studi in onore di Redenti*, II, Milano, 1951, 41 ss., l'opposizione dell'eccezione, pur essendo un elemento essenziale della fattispecie estintiva, non riveste carattere negoziale, rappresentando esclusivamente un momento del procedimento, in quanto esercizio di un potere sostanziale integrativo della fattispecie legale.

¹¹⁶ Potrà dirsi, semmai, alla luce del postulato del verificarsi di diritto, che tale disposizione appare, a rigore, superflua (cfr. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 409), considerato che, come afferma PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 276 «si può prescrivere solo un diritto esistente». Le parole dell'a. rivelano, tuttavia, la difficoltà di spiegare la norma partendo da premesse opposte a quelle del verificarsi di diritto dell'effetto estintivo, considerato che egli stesso ammette che tale regola non è neppure una «necessaria conseguenza della retroattività», constatando la presenza di «una fase di compensabilità durante la quale, l'interesse della parte ad avvalersi della compensazione non può essere pregiudicata dalla prescrizione sopravvenuta».

In realtà, la *ratio* dell'art. 1242, ult. comma, c.c. si spiega solo alla luce del principio dell'imprescrittibilità delle eccezioni. Se letta in tal modo, essa sembra dire semplicemente che l'eccezione di compensazione, siccome imprescrittibile, può farsi valere anche dopo che sia maturato il termine di prescrizione del credito dell'eccepiante.

Non sarebbe esatto, invece, argomentare dalla norma che, una volta verificatasi la compensazione, sia lo stesso diritto di credito a sottrarsi alla prescrizione.

Il riferimento è al problema del concorso tra fattispecie estintive e, in particolare, all'opinione secondo cui «una volta verificatesi la coesistenza dei crediti, la prescrizione che successivamente maturi colpendo uno dei crediti è assolutamente irrilevante»¹¹⁷. La fattispecie della prescrizione può, quindi, «ricavarsi per esclusione, dal non essersi compiute per un certo tempo altre fattispecie estintive del diritto»¹¹⁸ e, segnatamente, la compensazione.

In realtà, se un soggetto agisce per l'adempimento del proprio credito prescrittosi successivamente alla coesistenza con un controcredito del convenuto, la norma in discorso non impedisce al convenuto di eccepire l'intervenuta prescrizione del credito dell'attore e di avvalersi solo in via subordinata dell'eccezione di compensazione. E ciò, in quanto, è solo l'eccezione che non si prescrive e non i due crediti reciproci, che rimangono pienamente soggetti al decorso del termine prescrizione.

Ciò accade in quanto, quando il controcredito è oggetto di eccezione, il convenuto non chiede la tutela del suo diritto, ma lo utilizza solo per ottenere il rigetto della domanda dell'attore.

Ciascun credito, infatti, sul piano del diritto sostanziale, si presenta in due forme diverse: esso è una situazione sostanziale perfetta che il titolare può far valere come qualsiasi altra situazione giuridica sostanziale; al tempo stesso, però, esso può anche essere un fatto estintivo di un diverso diritto.

¹¹⁷ Cfr. ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, cit., 352 ss.

¹¹⁸ Cfr. ORIANI, *op. ult. cit.*, il quale argomenta che non avrebbe senso porsi la questione se l'eccezione di compensazione possa valere come atto interruttivo della prescrizione del controcredito, «giacché in realtà questo diritto di credito non è più sottoposto a prescrizione».

Tale duplicità, sul piano sostanziale, risponde, sul piano del processo, ad un duplice modo con cui ciascun credito può essere fatto valere. Il credito è fatto valere come diritto quando nel processo è oggetto di domanda giudiziale; al contrario, il credito è fatto valere come fatto estintivo del diritto altrui, quando nel processo è oggetto di un'eccezione.

L'art. 35 c.p.c., nel disciplinare l'eccezione di compensazione, parte proprio dal presupposto che il controcredito sia usato come eccezione, cioè come fatto estintivo del diritto altrui, oggetto dell'unica domanda proposta in quel processo.

In altre parole, nel momento in cui il titolare di un credito, convenuto per l'adempimento del credito vantato dall'attore, decide di usare il suo controcredito come fatto estintivo del credito principale, elimina il diritto dell'attore, ma nel fare ciò sacrifica una parte corrispondente del suo diritto, cioè «spende l'energia necessaria per uccidere il diritto dell'altra parte, traendola dal suo diritto per l'entità corrispondente»¹¹⁹. Ecco perché la compensazione è un modo di estinzione delle obbligazioni oneroso – perché per estinguere il diritto altrui spendo il mio – e soddisfacente – perché ciascuno vede sì estinto un proprio diritto ma contemporaneamente anche un proprio obbligo.

Quando viene eccepito in compensazione un controcredito maggiore rispetto al credito principale, è come se il convenuto dividesse in due parti il proprio credito: una di valore equivalente al credito dell'attore, sulla quale fonda l'eccezione; l'altra equivalente al residuo, che rimane estranea al processo.

Ne consegue, che, nel caso in cui il credito prescritto successivamente alla coesistenza è quello fatto valere dal convenuto in compensazione, e questo sia di importo superiore al credito principale, e sia, ad esempio, fatto oggetto, da parte del convenuto stesso, di domanda riconvenzionale per l'adempimento del residuo, non v'è dubbio che l'attore potrebbe fondatamente eccepire la prescrizione del controcredito, al fine di ottenere il rigetto della domanda di adempimento proposta in via riconvenzionale.

Laddove, invece, l'eccezione di prescrizione sia fatta valere come mera replica rispetto ad un'eccezione di compensazione, ciò impedisce all'attore di appellarsi

¹¹⁹ Cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 275 ss.

all'intervenuta prescrizione per difendersi di fronte all'eccezione di compensazione, trattandosi di una normale conseguenza del principio *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*.

Anche l'art. 1247 c.c., in tema di opponibilità della compensazione ad opera di terzi garanti, può essere valorizzato per sostenere l'operatività automatica della compensazione. La norma ammette, infatti, che il fideiussore (e i terzi garanti reali) possa opporre la compensazione che potrebbe essere fatta valere dal debitore principale, opponendo, quindi, il controcredito di quest'ultimo.

La prevalente dottrina ritiene che al garante sia attribuita un'eccezione *de iure proprio*, di modo che «quand'anche essi l'abbiano proposta con successo, per quanto li riguarda, ciò non esclude che il debitore principale, convenuto a sua volta, possa non proporla o addirittura rinunciarvi»¹²⁰.

Ebbene, se così è, deve ammettersi che la disciplina può spiegarsi con coerenza solo se si ammette che la compensazione si verifichi di diritto e che l'eccezione serva esclusivamente a sottoporre la questione alla cognizione del giudice, o meglio, a determinarne la rilevanza in sede di accertamento giudiziale dell'esistenza del credito principale.

Ed infatti, se la dichiarazione valesse essa stessa a determinare l'estinzione reciproca, dovrebbe dirsi che i garanti sono titolari di un diritto potestativo volto a disporre – estinguendolo – del credito del debitore garantito. Una tale legittimazione, oltre a prospettarsi come del tutto eccezionale, sarebbe, tuttavia, difficilmente spiegabile sul piano dei principi generali, data l'estraneità del garante rispetto al rapporto giuridico su cui incide la compensazione¹²¹.

¹²⁰ Cfr. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 357 ss.; FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965, 126; SCHLESINGER, *Compensazione*, cit., 726; NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 59; REDENTI, *La compensazione dei debiti nei nuovi codici*, cit., 23. È rilievo comune che la norma abbia eliminato – in quanto inutile – la disposizione che compariva nell'art. 1290 c.c. previgente, secondo cui il debitore principale non può opporre al creditore i debiti a suo carico esistenti nei confronti del fideiussore. Ed infatti, qui sembra mancare la *ratio* dell'estinzione compensativa, attesa l'assenza di reciprocità tra le due posizioni creditorie, rimanendo pur sempre l'obbligazione principale, benché garantita dal fideiussore, un'obbligazione altrui rispetto a tale soggetto, ex art. 1936, comma 1, c.c.

¹²¹ Cfr. gli analoghi rilievi formulati da DE LORENZI, *Compensazione*, in *Dig. disc. priv.*, III, Torino, 1988, 73, a proposito della disciplina dettata dall'art. 1302, comma 1, c.c., in tema di opponibilità della compensazione, da parte di un obbligato solidale, del controcredito spettante ad un altro condebitore verso il debitore comune.

Sarebbe, poi, piuttosto difficile ammettere che l'estinzione provocata dall'eccezione del terzo valga solo nei rapporti tra quest'ultimo e il creditore, dovendo il controcredito compensato riguardarsi come tuttora esistente nei rapporti tra i due diretti creditori reciproci. L'eccezione di compensazione, infatti, non può non avere il medesimo valore di determinare l'estinzione del debito, indipendentemente dalla posizione del soggetto – terzo o debitore principale – che la esercita.

Il fatto è, piuttosto, che la legittimazione dei terzi garanti ad opporre la compensazione si comprende solo pensando che l'eccezione è in ogni caso priva di portata formativo-dispositiva della realtà sostanziale, poiché essa vale solo a determinare la rilevanza, nel processo, di un'estinzione già di per sé operante e non imputabile ad una scelta del terzo.

Per quanto riguarda, infine, la rinunciabilità dell'effetto estintivo della compensazione, ciò è diretta conseguenza della circostanza che tale effetto è nella disponibilità del soggetto che si avvantaggia della compensazione, il quale può rinunciarvi espressamente o tacitamente, anche non eccependo la prescrizione in giudizio.

A parte l'osservazione che, se l'essenza della rinuncia tacita consiste nell'incompatibilità tra un comportamento e la volontà di valersi della compensazione, non può negarsi che il comportamento inerte del convenuto in ordine all'opponibilità dell'effetto estintivo possa valere come rinuncia tacita, utili spunti possono cogliersi dal disposto di ulteriori norme.

Viene in rilievo, anzitutto, la disciplina dei rapporti tra cessione del credito ed eccezione di compensazione, ai sensi dell'art. 1248 c.c., che, come accennato, è parsa in dottrina confermare la tesi del diritto (potestativo) di compensare.

In particolare, l'argomento valorizzato è, in sostanza, quello espresso dal rilievo secondo cui «se la compensazione operasse di diritto la legittimazione ad opporre la compensazione si dovrebbe estendere senza le limitazioni di cui all'art. 1248 c.c.»¹²².

¹²² Cfr. DALBOSCO, *La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*, cit., 1989, 363-364, secondo la quale, se la compensazione operasse di diritto non avrebbe «senso alcuno la norma che limita la possibilità di eccepire la compensazione nel caso di cessione del credito»; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit. 286;

In altre parole, se la compensazione operasse di diritto, il credito risulterebbe già estinto all'atto della cessione – sopravvenuta rispetto al momento della coesistenza dei due crediti – di modo che, la cessione stessa dovrebbe risultare radicalmente inefficace e il debitore dovrebbe essere ammesso sempre e comunque a fare valere la compensazione precedentemente intervenuta, non avendo senso esigere, come invece disposto dal primo comma della norma, che egli ne abbia fatto riserva in sede di accettazione della volontà traslativa.

Una possibilità di componimento di tale apparente contrasto tra l'operatività *ipso iure* della compensazione e la disciplina della cessione del credito, può ravvisarsi nella considerazione che l'accettazione della cessione senza riserva consiste in una tacita rinuncia del debitore alla compensazione già maturata¹²³.

Analogamente a quanto affermato in tema di adempimento del debito prescritto, infatti, la cessione, senza riserva, del credito affetto da eccezione di compensazione, in quanto vicenda attuativa del rapporto volontariamente posta in essere dal debitore, equivarrebbe ad un comportamento concludente espressivo della volontà di rinunciare all'effetto estintivo della compensazione.

Non dissimili le conclusioni che possono essere formulate in merito all'art. 1251 c.c., in tema di adempimento del debito compensabile, a cui si lega indissolubilmente il postulato della non ripetibilità del pagamento effettuato.

L'irripetibilità non si fonda, infatti, sull'inoperatività della compensazione, che, invece – secondo le premesse qui accolte – si è verificata di diritto nel momento della coesistenza, bensì sul fatto che, con l'adempimento, il debitore rinuncia ad avvalersi della compensazione¹²⁴, in quanto il pagamento del debito affetto da eccezione di

¹²³ In tal senso, cfr. DE RUGGIERO – MAROI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, Milano, 1950, 142; PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948, 158 ss. Con riferimento al codice previgente, cfr. CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel diritto privato italiano*, Milano, 1909, 302; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VIII, Firenze, 1903 – 1907, 102 ss.; SACCHI, *Compensazione*, in *Digesto it.*, VIII, Torino, 1896, 194 ss.

¹²⁴ Tra i sostenitori della tesi dell'*ipso iure*, non manca chi, addirittura, parla di una «presunzione assoluta» di rinuncia tacita alla compensazione già verificatasi. Cfr. PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 158.

compensazione costituisce un comportamento concludente incompatibile con la volontà di avvalersi della relativa eccezione¹²⁵.

Non osta all'operatività *ipso iure* della compensazione e alla rinunciabilità dei suoi effetti per il tramite dell'adempimento nemmeno l'ulteriore postulato, espresso anch'esso dall'art. 1251 c.c., della sopravvivenza del controcredito del debitore adempiente, o meglio, dell'inopponibilità a quest'ultimo della compensazione precedentemente verificatasi.

Potrebbe obiettarsi, infatti, che la rinuncia derivante dall'adempimento non incide sull'eccezione di compensazione della controparte, la quale potrebbe, a fronte della richiesta di adempimento del controcredito, opporre che questo si è estinto in forza dell'originaria coesistenza con il debito incautamente adempiuto.

La contraria – ed equa – conclusione si giustifica, tuttavia, considerando che, laddove la causa estintiva posta a base di un'eccezione in senso stretto riguardi una pluralità di reciproche situazioni obbligatorie, allo stesso modo la rinuncia ha effetto su tutte le situazioni giuridiche coinvolte.

Ciò in quanto, l'adempimento del debito comporta il venir meno di quella situazione di coesistenza debitoria necessaria per l'operatività della compensazione.

Non può obiettarsi che, una volta verificatesi la situazione di coesistenza, siccome la fattispecie estintiva opera *ipso iure*, è sempre possibile appellarsi ad essa per rifiutare l'adempimento del proprio debito, poiché l'incidenza della causa estintiva su posizioni contemporaneamente debitorie e creditorie pone il titolare dell'eccezione – nel caso della compensazione: i titolari – nella situazione di dover rifiutare l'adempimento della controparte, al fine di poter conservare la possibilità di esercizio dell'eccezione medesima.

Come già rilevato, infatti, l'effetto estintivo, benché operante automaticamente, deve ritenersi rinunciabile, anche per fatti concludenti, come nel caso dell'adempimento; adempimento che non è ripetibile, a conferma della doverosità del pagamento, una volta che si è rinunciato alla causa estintiva.

¹²⁵ Laddove, invece, si volesse spiegare l'irripetibilità con la considerazione che «l'eccezione di compensazione è fatto necessario per il prodursi dell'effetto estintivo (Cfr. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 291), dovrebbe anche, per coerenza, concludersi nel senso della ripetibilità, qualora il pagamento sia effettuato dal debitore che abbia precedentemente invocato la compensazione.

A ben vedere, poi, la stessa accettazione/ricezione dell'adempimento può configurare rinuncia alla compensazione per comportamento concludente, non potendo dirsi, in tal modo, pregiudicata la posizione né dell'adempiente, né del ricevente.

La dottrina¹²⁶ ha ormai dimostrato, infatti, che il negozio unilaterale è idoneo a produrre effetti immediati e diretti nella sfera giuridica altrui, purché si tratti di effetti favorevoli, e certamente è tale, per il creditore, l'effetto provocato dalla rinuncia, che determina la reviviscenza del suo diritto. E ciò vale, è il caso di sottolinearlo, per entrambe le parti titolari di posizioni contemporaneamente debitorie e creditorie: la rinuncia tramite adempimento ha effetti favorevoli nei confronti del creditore ricevente, che vede soddisfatto il proprio credito; la rinuncia tramite accettazione del pagamento ha effetti favorevoli verso l'adempiente, che conserva la propria posizione creditoria in virtù dell'avvenuta reviviscenza del suo diritto.

11.(Segue) Le eccezioni corrispondenti all'esercizio di un'azione costitutiva. Le eccezioni di impugnativa negoziale

La distinzione tra eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto poggia sulla rilevabilità d'ufficio o meno delle medesime.

La norma processuale fondamentale in materia è l'art. 112, seconda parte, c.p.c., in virtù del quale il giudice «non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti». Da tale norma, sulla base dell'orientamento che attualmente prevale in dottrina ed in giurisprudenza, deriva *a contrario* la regola generale della rilevabilità d'ufficio delle eccezioni, ad esclusione di quelle in ordine alle quali è necessaria la proposizione di parte. In altri termini, l'eccezione in senso stretto avrebbe, se si consente il gioco di parole, natura "eccezionale"¹²⁷.

L'art. 112 c.p.c., peraltro, non indica il criterio di distinzione tra le due categorie di eccezioni, limitandosi a presupporlo. Da qui il problema interpretativo di

¹²⁶ Cfr. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 68 ss. e 143 ss.

¹²⁷ V. *supra*, cap. I, § 3.

determinare i casi nei quali la fattispecie estintiva, modificativa, impeditiva può essere rilevata soltanto su istanza di parte.

L'alternativa, in materia, è la seguente: o l'art. 112 c.p.c. è una norma di rinvio alle disposizioni che prevedono caso per caso l'indispensabile iniziativa della parte, senza che sia necessario o possibile per l'interprete la ricerca di un principio unitario che informi quei casi; oppure la norma richiama un principio generale di distinzione che resta in essa inespresso e che dovrebbe desumersi da altra norma o dall'intero sistema (ad es., esigenze di ordine pubblico, inderogabilità dei diritti in contestazione, automaticità o meno degli effetti della fattispecie estintiva, modificativa o impeditiva ecc.).

La giurisprudenza, dopo alcune oscillazioni, ha accolto la prima alternativa, con un correttivo¹²⁸. L'art. 112 c.p.c. integra, dunque, una norma in bianco, che rinvia ai singoli casi nei quali la legge specificamente richiede l'iniziativa della parte interessata ai fini della rilevazione dell'eccezione.

Il correttivo cui si è fatto cenno riguarda le eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva, come l'eccezione di annullamento (art. 1442, ult. comma, c.c.) o di rescissione del contratto (art. 1449, 2° comma, c.c.), che possono essere

¹²⁸ Secondo Cass., sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099, cit., infatti, «difetta nel nostro ordinamento un qualsiasi criterio contenutistico che si possa identificare come comune denominatore dei vari casi in cui la legge prevede l'iniziativa della parte quale condizione indispensabile per la pronuncia: è stato, in tal senso, opportunamente rilevato che la previsione legale di riserva dell'eccezione alla disponibilità della parte ricomprende ipotesi disparate, che vanno dai meri fatti alla titolarità delle azioni costitutive, sicché non è lecito all'interprete isolare una ratio unificante, suscettibile, in quanto tale, di estensione a casi non espressamente previsti. Per uguali ragioni, non può conferirsi qualche oggettiva attendibilità a criteri improntati alla funzione economico-sociale della singola fattispecie impeditiva, estintiva o modificativa; e, in particolare al criterio dell'ordine pubblico, nel senso dell'incompatibilità di questo con la riserva anzidetta; basti invero, pensare, a tale ultimo riguardo, al caso della prescrizione, che certamente sottende esigenze di ordine pubblico – come, a tacer d'altro, è dato argomentare dagli artt. 2936 e 2937 c.c. – e pure costituisce eccezione che non può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 2938 c.c.)». Secondo la Suprema Corte, inoltre, «il rilievo *ex officio* di fattispecie modificative, impeditive o estintive, risultanti dal materiale istruttorio legittimamente acquisito, altro non costituisce che assolvimento del compito di pronunciare intorno alla rilevanza giuridica della realtà storica indicata dall'attore, *scilicet* sull'esistenza del diritto da questi vantato, che sarebbe *contra legem* affermare in presenza di altra realtà che lo esclude; come insegnato da autorevole dottrina, il principio che sta a base di questa materia è quello per cui il processo deve servire all'attuazione di diritti esistenti e non alla creazione di diritti nuovi, in modo che il giudice non possa dar vita ad un diritto per legge inesistente, neanche per accordo delle parti. Infine, l'esame della suddetta realtà, non sollecitato dall'iniziativa della parte interessata, non può neppure configurarsi come lesivo del principio della domanda, posto che in tal guisa non si accerta un diritto materiale di detta parte, rispetto alla cui tutela opererebbe quel principio».

fatte valere anche in caso di prescrizione delle rispettive azioni. In tali casi, la fattispecie estintiva, modificativa o impeditiva è costruita in modo tale che per la produzione dei suoi effetti non è sufficiente la presenza di determinate circostanze di fatto (il vizio del consenso, nel caso di annullamento), essendo necessaria anche una manifestazione di volontà dell'interessato affinché il giudice accerti l'avvenuta costituzione della fattispecie medesima.

In altri termini, in questi casi non basta l'allegazione del fatto, ma occorre il compimento di un apposito atto di manifestazione di volontà nel senso che si produca una situazione giuridica nuova, produttiva dell'effetto difensivo, non diversamente da quanto accadrebbe qualora la parte, in luogo dell'esercizio in via di eccezione della potestà conferitagli dalla legge, vi provvedesse in via d'azione.

Le eccezioni del tipo in esame sono dunque necessariamente eccezioni in senso stretto, a prescindere dall'esistenza di una specifica previsione di legge.

In conclusione, secondo l'impostazione oggi dominante, a meno che la legge non disponga diversamente e non si rientri nell'ambito delle azioni costitutive, il giudice può rilevare d'ufficio tutti i fatti estintivi, modificativi, impeditivi, siano essi semplici fatti giuridici od effetti di una fattispecie¹²⁹.

Si potrebbe, quindi, aderire *toto corde* ai risultati cui è pervenuta la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie e così risolvere rapidamente il problema che ci occupa. Tuttavia, ad opinione di chi scrive, una tale conclusione, nei termini in cui è formulata, appare affrettata.

Infatti, alla luce dell'impostazione accolta nel corso della presente trattazione, al fine di individuare la natura riservata o meno delle eccezioni in commento, occorre, anzitutto, esaminare la disciplina di diritto materiale, allo scopo di verificare la composizione dell'effetto giuridico impeditivo, estintivo, modificativo nelle fattispecie corrispondenti all'esercizio di azioni costitutive, provando ad applicare le conclusioni raggiunte anche a tale settore, con particolare riguardo alle azioni di impugnativa negoziale. Queste, sebbene non espressamente classificate dalla legge

¹²⁹ Così ORIANI, *L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 21 ss., il quale sottolinea che «l'unico limite al potere del giudice è dato dalla previsione di legge e dall'innegabile impossibilità per il giudice stesso di riconoscere avverato un effetto giuridico, quando l'effetto risulta subordinato alla volontà della parte e questa volontà non si è espressa».

come rilevabili solo su istanza di parte, sono unanimemente considerate tali dalla dottrina e nella prassi applicativa¹³⁰.

L'opponibilità in via di eccezione dei vizi genetici e funzionali del contratto risponde all'esigenza di risparmiare al titolare dell'azione di impugnativa negoziale l'onere di attivazione del giudizio diretto alla caducazione del rapporto, laddove quest'ultimo sia rimasto inattuato¹³¹.

Quest'ultima esigenza è assicurata anche dalla possibilità di tener conto della fattispecie impeditiva, estintiva, modificativa, pur prescindendo dalla pronuncia costitutiva del giudice¹³².

In questo modo l'azione finisce per essere riservata ai soli casi in cui si voglia recuperare la prestazione oggetto di un'esecuzione spontanea, quando questa non costituisce convalida, oppure di un'esecuzione coattiva ma in base ad un titolo

¹³⁰ Ad es., la rilevabilità solo su istanza di parte dell'eccezione di annullamento discende dal dispositivo dell'art. 1441, comma 1, c.c., secondo cui l'annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge, salvo il caso dell'incapacità del condannato in stato di interdizione legale (art. 1442, comma 2, c.c.), ovvero quella prevista in tema di matrimonio dell'interdetto (art. 119 c.c.) o in tema di impugnazione di testamento (art. 624 c.c.). L'art. 1441, comma 1, c.c. si riferisce, tuttavia, all'azione di annullamento e, sebbene costituisca un utile indizio anche per la disciplina dell'eccezione, ciò non comporta l'automatica estensione della norma anche all'ipotesi dell'eccezione di annullamento.

¹³¹ Per inattuazione deve intendersi la mancata esecuzione delle prestazioni in seguito ad un atto delle parti, logicamente distinto rispetto a quello diretto alla costituzione del rapporto fondamentale. Ad es. il trasferimento della proprietà del bene compravenduto, che pure potrebbe rientrare genericamente nel concetto di attuazione, non vale ad escludere l'esercizio dell'eccezione, perché l'effetto traslativo è, solitamente, un effetto derivante immediatamente dal contratto (art. 1376 c.c.) e non costituisce oggetto di un separato e volontario atto di attuazione. La giurisprudenza più recente ha, poi, adottato un'interpretazione piuttosto elastica della regola dell'art. 1442 c.c., ritenendo che il contratto possa dirsi non eseguito finché non sia avvenuta la sua integrale esecuzione. Pertanto, sarebbe sufficiente a far scattare il meccanismo dell'art. 1442 c.c. che siano rimaste ineseguite anche solo alcune delle obbligazioni assunte dalle parti con il contratto, anche se soltanto accessorie rispetto alla principale. Cfr. Cass. 3 luglio 1997, n. 6526, in *Corr. giur.*, 2000, 93 con nota di CONSOLO, *Imprescrittibilità della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per l'esecuzione: spunti sistematici*.

¹³² Essenziale alla funzione e alla *ratio* delle eccezioni in discorso è la regola, conforme al principio di imprescrittibilità dell'eccezione, della loro esercitabilità anche dopo la prescrizione dell'azione, così come previsto dagli artt. 1442, ult. co., 1495, ult. co., 1667, ult. co., e non più, invece, per la rescindibilità del contratto dall'art. 1449, ult. co., c.c. È evidente, infatti, che il soggetto interessato può veramente confidare, al fine di conservare le proprie ragioni, sullo stato di inesecuzione del contratto, evitando di agire in giudizio ed attendendo, per farle valere, di essere eventualmente convenuto, solo se tale possibilità gli è garantita anche oltre il termine di prescrizione dell'azione. Diversamente, egli sarebbe indotto a proporre comunque azione costitutiva entro il termine di prescrizione, pur in presenza di un atteggiamento passivo della controparte.

esecutivo stragiudiziale o anche giudiziale, ma che non abbia efficacia di accertamento¹³³.

La visione dominante, dunque, collega le azioni di impugnativa negoziale alla eliminazione degli effetti del negozio giuridico, costruendo la fattispecie come fattispecie ad efficacia negativa di tipo estintivo ed attraendola nell'ottica dell'impugnativa negoziale.

Diversa, invece, la prospettiva in cui si pone l'eccezione, che costituisce un mero strumento di difesa che mira ad ottenere il rigetto della domanda¹³⁴.

Ciò che si è cercato di dimostrare in sede di critica alla concezione sostanzialistica dell'eccezione di merito in senso stretto, è che il meccanismo disegnato dal legislatore, in realtà, esclude la possibilità che, sulla base di una mera eccezione di annullamento, risoluzione, rescindibilità possa ottenersi una decisione che determini l'estinzione degli effetti del contratto, conducendo alla condanna alle ripetizioni. Questa, infatti, presuppone l'emanazione di una sentenza costitutiva, potendo, l'eccezione al massimo determinare solo l'estinzione dell'effetto dedotto in giudizio dall'attore, sempre che si sia disposti ad ammettere la costitutività *incidenter tantum* della pronuncia¹³⁵.

Il fenomeno non va, tuttavia, semplicemente equiparato a quello dell'accertamento *incidenter tantum* delle questioni pregiudiziali rispetto a quella costituente immediato oggetto di giudizio: quest'ultimo presuppone che la fattispecie pregiudiziale sia perfettamente compiuta ed idonea ad esplicare la sua normale efficacia, mentre nelle ipotesi qui considerate il problema è anzitutto di ordine sostanziale, trattandosi di tenere conto, in sede giudiziale, di effetti sostanziali impeditivi, estintivi, modificativi pur in assenza dei presupposti necessari per l'emanazione della pronuncia costitutiva.

¹³³ Cfr. CONSOLO, *Imprescrittibilità della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per l'esecuzione: spunti sistematici*, cit., 97.

¹³⁴ Nel diritto romano il modo normale di operare dell'invalidità era proprio attraverso l'eccezione, mentre l'azione serviva a ritornare allo *status quo ante*, ricorrendosi ad essa solo laddove la situazione materiale fosse stata modificata in seguito all'esecuzione del contratto. Da modo normale di operare dell'invalidità, l'eccezione si è trasformata in uno.

¹³⁵ Sul punto, cfr. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, 195; ORIANI, *Eccezione*, cit., 289 ss.

Conferma della circostanza che il fenomeno non sia direttamente equiparabile a quello dell'accertamento *incidenter tantum* delle questioni pregiudiziali è data dalla constatazione che la dottrina discorre, talvolta, di cognizione incidentale costitutiva. Tale espressione sottende l'idea che, nei casi in esame, l'eccezione sia diretta non tanto ad opporre l'annullabilità, rescindibilità, risolubilità del contratto, quanto ad ottenere una sentenza che attui l'effetto di annullamento, risoluzione, rescissione del contratto limitatamente al diritto fatto valere, lasciando intatto il contratto da cui sorge¹³⁶.

Non sono mancati, tuttavia, sforzi ricostruttivi volti a consentire, per il tramite della vittoriosa invocazione di una semplice eccezione di impugnativa negoziale, il travolgimento di tutti gli effetti di un contratto sinallagmatico. In queste ipotesi è stato chiamato in causa dai processualisti il vincolo al motivo portante del precedente giudicato di rigetto che può essere fatto valere in ogni successivo processo collegato al precedente da un nesso funzionale¹³⁷.

In base a tale principio, la parte che abbia contratto, ottenendo qualcosa in parziale esecuzione e non abbia a sua volta eseguito la sua prestazione, una volta convenuta per l'adempimento e sollevata vittoriosamente l'eccezione di annullamento, risoluzione, rescissione, deve restituire quanto ha ricevuto anche se il contratto non può essere sciolto ad ogni effetto e sia venuto meno l'interesse ad impugnarlo in via di azione o ciò non sia più possibile a causa della prescrizione. Sempre in base ad esso, la controparte può agire giudizialmente per la restituzione e

¹³⁶ Cfr. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, cit., 170-171; ID., *L'azione revocatoria e il suo significato processuale*, in *Foro it.*, 1926, I, 76 ss., secondo cui, «nel caso di eccezione revocatoria [...], il richiesto accertamento produce un mutamento giuridico avente effetti sostanziali [...], effetti giuridici che non possono raggiungersi altrimenti che in via giudiziale; sarà dunque un accertamento costitutivo». In sostanza, la costitutività dell'eccezione viene, in questa prospettiva, ad assumere un significato diverso da quello con cui il termine è consuetamente usato nella concezione sostanziale dell'eccezione. quando si discorre, su un piano generale, di azione costitutiva si intende con ciò solo alludere alla necessità del suo esercizio al fine della nascita (costituzione) dell'effetto sul piano sostanziale, mentre nella prospettiva ora in esame la definizione impegna anche l'idea del carattere costitutivo della sentenza. Sulla possibilità di inquadrare le eccezioni di annullabilità, rescindibilità, ecc., come fenomeni di cognizione incidentale costitutiva, cfr. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV, Torino, 1987, 24; COLESANTI, *Domanda di risoluzione ed eccezione revocatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 188 ss.; CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1972, 42 ss.; FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 149 ss.; ATTARDI, *L'efficacia giuridica degli atti dello stato civile*, Città di Castello, 1949, 52; ANDRIOLI, *L'azione revocatoria*, 1935, Roma, 150 ss.

¹³⁷ Cfr. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 232.

per lo stesso motivo deve a sua volta restituire quanto eventualmente ricevuto prima delle vicende processuali¹³⁸.

In questa sede si vuole, tuttavia, tentare una diversa soluzione, che metta in luce, soprattutto, la rilevanza processuale della conformazione sostanziale delle fattispecie di impugnativa negoziale.

Deve anzitutto premettersi, che la funzione delle fattispecie impeditive, estintive, modificative nel sistema è essenzialmente negativa, non soltanto perché esse operano negativamente sulle fattispecie costitutive, ma anche perché nessun altro effetto è normalmente dato di rilevare fuori di questa immediata incidenza.

L'immediatezza degli effetti impeditivi, estintivi, modificativi si risolve nella carenza di un'entità positiva e, in particolare, «di un'attività destinata a liberarli»¹³⁹. Ciò si esprime, in particolare, dicendo che la realtà opera *ipso iure*, nel senso che la produzione dell'effetto impeditivo, estintivo, modificativo è condizionato soltanto all'obiettiva realizzazione di quei fatti.

Nelle ipotesi di impugnativa negoziale, invece, la legge prevede che la fattispecie impeditiva, estintiva, modificativa esprima anche un effetto positivo, che si risolve nel costituirsi di una situazione soggettiva il cui esercizio serve a produrre l'effetto negativo di estinzione del rapporto contrattuale¹⁴⁰.

Tale situazione soggettiva, secondo il dettato normativo, è deducibile quale oggetto di un autonomo giudizio e, in effetti, è principalmente a talo scopo che la figura è predisposta dall'ordinamento¹⁴¹.

¹³⁸ Cfr. CONSOLO, *Il processo di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 299 ss.

¹³⁹ PAGNI, *Le eccezioni di impugnativa negoziale*, cit. 242, che riprende un'espressione di E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 267.

¹⁴⁰ L'oggetto della pronuncia giudiziale di annullamento, risoluzione, rescissione è principalmente rappresentato dalla produzione di effetti negativi, mentre la situazione soggettiva che costituisce il tramite di una tale pronuncia assume una situazione di secondo piano, data la sua funzione essenzialmente ausiliaria. Cfr. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, cit., 563 ss., che è indotto a distinguere le situazioni soggettive comunemente indicate quali diritti potestativi, come assai diverse dai diritti soggettivi proprio in ragione della loro funzione essenzialmente ausiliaria e strumentale.

¹⁴¹ Si deve soprattutto alla presenza di tali modelli, infatti, se si è determinata negli studiosi la convinzione che l'eccipiente deduca in giudizio una propria situazione giuridica sostanziale, tutte le volte che la legge gli riserva l'iniziativa dell'accertamento giudiziale dell'effetto negativo. Cfr. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 305. Ad opinione di chi scrive, la realtà normativa è ben diversa, in quanto la parte non fa mai valere in via di eccezione un proprio diritto o potere sostanziale.

Ed invero, con le eccezioni di impugnativa negoziale si fa valere, in realtà, non un fatto impeditivo, estintivo, modificativo del diritto fatto valere dall'attore, ma un fatto costitutivo di un diverso diritto, che è quello di chiedere l'annullamento, la risoluzione, la rescindibilità per un vizio genetico o funzionale del contratto.

La funzione dell'eccezione è indicata dallo stesso dettato normativo, che, ad esempio agli artt. 1442 e 1449 c.c., stabilisce che ciò che si oppone è la mera annullabilità e rescindibilità e non l'annullamento o la rescissione del contratto, poiché a tal fine sarebbe necessaria una sentenza che abbia statuito in tal senso, ed allora si farebbe valere un'eccezione di giudicato esterno, ciò bastando per la dichiarazione di infondatezza della domanda.

I vizi genetici o funzionali del contratto non hanno, quindi, un'autonoma valenza impeditiva, estintiva, modificativa ma sono fatti costitutivi di una fattispecie più complessa che culmina con la sentenza costitutiva del giudice. Come già rilevato¹⁴², in queste ipotesi è necessaria la sentenza per la produzione dell'effetto e fino a che il giudice non si pronuncia, il contratto resta in piedi, sebbene viziato.

Deve escludersi, pertanto, che, facendo valere un'eccezione di impugnativa negoziale, si possa ottenere una pronuncia che estingua il contratto per annullamento, risoluzione, rescissione.

Si profila, in realtà, una mera istanza di rigetto della domanda, fondata sull'esistenza di una fattispecie di annullamento o di rescissione, senza che la parte manifesti la volontà di caducare il contratto.

Quanto all'eccezione di inadempimento o all'eccezione redibitoria, la legge non afferma che si tratti di allegazioni di mera risolubilità del contratto, ma non può negarsi un'identità funzionale con le fattispecie di annullamento e rescissione. Anche in tal caso, infatti, la parte si accontenta di restare esonerata dal soddisfare la pretesa dedotta in giudizio, mentre avrebbe potuto liberarsi totalmente e definitivamente dagli obblighi risultanti dal contratto chiedendone la risoluzione¹⁴³.

¹⁴² V. *supra*, cap. III, § 6.

¹⁴³ Diversa l'opinione di quella dottrina che, invece, nega la distinzione delineata nel testo. Cfr. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, cit., 283, che, pur mostrando di ammettere la distinzione indicata dal legislatore, dubita che il giudice possa conoscere della situazione dedotta con effetti limitati alla domanda; REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 56, secondo il quale, nei casi previsti dagli artt. 1441, 1442, ult. co., 1449, ult. co., 1460 c.c. «si può ottenere dal giudice in via di eccezione un provvedimento di valore ed effetti analoghi a quello che si sarebbe potuto ottenere in via

Non v'è dubbio che l'interpretazione approvata dalla giurisprudenza¹⁴⁴ e dalla dottrina abbia dato vita ad una figura di contratto annullabile, rescindibile, risolubile cui il giudice nega efficacia, senza però porlo nel nulla, che suscita perplessità.

Quale sia la veste ricostruttiva più adatta a spiegare il funzionamento di tali peculiari ipotesi è questione di diritto sostanziale che, si avverte, non può essere esaurientemente affrontata e approfondita in questa sede.

È stata sostenuta, ad esempio, l'esistenza di due distinti poteri sostanziali, di cui uno dagli effetti più ampi¹⁴⁵, ovvero è stata attribuita alla parte la facoltà di esercitare il medesimo potere con effetti graduati a suo arbitrio¹⁴⁶.

Altra è, tuttavia, l'alternativa che si ritiene possa desumersi dalle norme in esame, nonché dall'intero sistema.

Quando la legge dichiara che una parte che resiste ad un'istanza, piuttosto che chiedere l'annullamento, può opporre l'annullabilità, sta già escludendo l'utilizzazione del potere in questione.

È verosimile, pertanto, che la differenza tra le due ipotesi non concerna l'intensità con la quale la parte deduce l'effetto positivo della fattispecie impeditiva, estintiva, modificativa, né pare persuasiva – in quanto estremamente artificiosa – la tesi secondo cui, nei casi esaminati, al soggetto sarebbe attribuita oltre alla situazione

di azione». L'a. configura queste ipotesi come eccezioni riconvenzionale. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, 103 ss., supera, invece, l'idea che in tali casi si configuri un'eccezione riconvenzionale, ritenendola «un'illogica scappatoia», negando addirittura che in questi casi il potere di eccezione divenga oggetto di giudizio.

¹⁴⁴ Cass. 29 luglio 2002, n. 11182, in *Giust. civ.*, 2003, 1046 ss.

¹⁴⁵ In relazione alla fattispecie dell'inadempimento, la particolare attenzione rivolta dalla dottrina all'esercizio stragiudiziale dell'*exceptio inadimpleti contractus* ha prodotto il consolidarsi dell'opinione che quella fattispecie costituisca l'identica matrice di due diverse situazioni: il diritto alla risoluzione e un distinto diritto potestativo (l'*exceptio*), avente una funzione di garanzia. Cfr. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 297 ss., che vede in esso lo strumento per «la più fruttuosa attuazione» della risoluzione. Per BARBERO, *Il Sistema del diritto privato*, cit., 508, invece, si tratta di una facoltà concessa per la salvaguardia dell'equilibrio contrattuale. Di qui la possibilità di distinguere, in astratto, un'eccezione di risoluzione da un'eccezione di inadempimento, benché si ritenga che la prima non sia mai proponibile, perché il potere di risoluzione, risolvendosi in un'azione costitutiva, può essere fatto valere solo in via di azione. In tal senso AULETTA, *op. cit.*, 412. Infine, PUGLIATTI, *Eccezione*, cit., 165, sostiene che l'*exceptio inadimpleti contractus* non consista in una situazione soggettiva sostanziale, essendo solo l'«effetto riflesso» della sospensione o paralisi della situazione attiva del creditore.

¹⁴⁶ Cfr. BOLAFFI, *L'eccezione nel diritto sostanziale*, cit., 198, per il quale, tanto in via di azione (riconvenzionale) che in via di eccezione sarebbe dedotto lo stesso «potere giuridico materiale», diverso essendo solo «quello che la parte domanda, non il rapporto di diritto sostanziale in base al quale essa domanda».

comunemente designata come diritto potestativo, anche una diversa situazione sostanziale, in forza della quale egli può conseguire solo il risultato di paralizzare, di volta in volta, l'esercizio del diritto dedotto in causa dalla controparte (tesi della doppia rilevanza della fattispecie)¹⁴⁷.

Può, tuttavia, evidenziarsi che – partendo dalle premesse dell'estraneità dell'eccezione alla genesi dell'effetto sul piano sostanziale, della operatività *ipso iure* dell'effetto, nonché della conformazione dell'effetto sul piano sostanziale come rinunciabile da parte dell'interessato, in quanto rimesso alla sua disponibilità per atto unilaterale – la prospettiva probabilmente più fedele alla realtà e alla fisionomia normativa del fenomeno sembrerebbe essere quella di ammettere che l'opponibilità in via di eccezione corrisponde ad un'eccezionale rilevanza attribuita dall'ordinamento agli elementi costitutivi di talune fattispecie estintive del rapporto fondamentale.

In tale prospettiva, i vizi genetici e funzionali del contratto possono essere considerati non solo nell'ottica del fatto costitutivo del diritto di annullare, risolvere, rescindere il contratto, ma anche in quella del fatto impeditivo, estintivo, modificativo della singola obbligazione che da esso deriva¹⁴⁸.

Tale rilevanza degli elementi di fatto del rapporto fondamentale è destinata ad operare pur ove quegli elementi di fatto non siano, o persino non siano più in grado, di porsi come costitutivi dell'effetto cui sarebbe destinata la fattispecie legale.

La *ratio* è quella di portare ad equità il contratto, non quella di caducarlo. Ed infatti, mentre la domanda di annullamento, risoluzione, rescissione è funzionale alla restituzione di quanto adempiuto in forza di un contratto illegittimo – tant'è che se si

¹⁴⁷ Analoga è l'impostazione di una parte della dottrina francese, secondo cui ogni fatto impeditivo, estintivo, modificativo è ritenuto generatore di un diritto soggettivo che ha «*la force de contre-casser, c'est à dire de modifier, de paralyser ou de détruire celui du demandeur*». Cfr. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Parigi, 1948, 121. Si tratta di un superamento della tradizionale classificazione dei *moyens de fond* distinti in *défenses directes*, che attaccano direttamente la pretesa dell'attore, e in *exceptions*, che mirano «à écarter l'action sans contredire directement le droit sur lequel elle est basée, en invoquant un droit distinct». Cfr. GLASSON – TISSIER – MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Parigi, 1925-1936, 573. Sistema ulteriormente complicato dalla presenza dei *fins de non-recevoir*, categoria ibrida comprendente mezzi di difesa di ordine sia processuale che sostanziale, aventi ad oggetto la *récevibilité* della domanda.

¹⁴⁸ Cfr., a tal proposito, FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, 205; FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, I, *L'art. 1311 del codice civile*, Bologna, 1919, 53 ss.

domanda la restituzione si ritiene che si stia avanzando una domanda riconvenzionale di annullamento, risoluzione, rescissione del contratto – l’eccezione ha senso solo fino a che il contratto non è stato adempiuto, ed ha una funzione sospensiva e di riconduzione ad equità del contratto, tant’è che è proponibile anche se si è prescritta la corrispondente azione. Domanda ed eccezione hanno, quindi, una funzione alternativa.

Una tale impostazione, del resto, è in linea con il sistema tradizionale, in cui i vizi del contratto si facevano valere proprio tramite eccezione, secondo il modello della difesa del convenuto, maggiormente in linea con la produzione automatica dell’effetto¹⁴⁹.

La prospettiva in commento, infatti, non è incompatibile con la configurazione dell’operatività di diritto (*ipso iure*), dei tali fatti impeditivi, estintivi, modificativi che danno origine alle fattispecie di impugnativa negoziale, se sol si considera che con l’eccezione di annullamento e di rescissione il legislatore attribuisce rilevanza ad un fatto che si è prodotto contemporaneamente alla stipulazione del contratto – tant’è che si parla di vizi genetici del contratto – e con l’eccezione di risoluzione ad un fatto che si verifica in un momento successivo, quando il contratto è in corso di esecuzione, tant’è che si parla di vizi funzionali del contratto.

In realtà, come osservato in dottrina¹⁵⁰, considerato che l’eccezione, intesa come *species* della più generale attività di contestazione delle affermazioni avversarie, non si concreta che nell’allegazione, con riferimento all’oggetto del giudizio fissato con la domanda iniziale, di fatti contrari a quelli allegati dall’avversario e incompatibili con l’accoglimento della stessa domanda; se sia aggiunge che, proprio per questa sua struttura, essa è destinata ad influire non sull’ampiezza ma sul contenuto di merito della pronuncia del giudice; che, dunque, essa non altera i termini del giudizio ma concorre alla realizzazione dell’ordinamento giuridico nell’orbita della domanda¹⁵¹,

¹⁴⁹ L’alternativa può essere offerta dall’efficacia condizionata del fatto impeditivo e dalla conseguente applicazione del principio di retroattività ai fatti impeditivi che operano *ope exceptionis*. La chiave della ricostruzione risiede nella possibilità di creare un parallelismo con il fenomeno condizionale. Sebbene ascrivibili ad aree diverse, non v’è dubbio però che sotto il profilo della loro operatività, invalidità, condizionalità possono essere considerati fatti risolutivi di una situazione giuridica provvisoriamente costituita. Cfr. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, 195.

¹⁵⁰ CARRATTA, *Poteri del giudice*, cit., 225.

¹⁵¹ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1959, 141 ss.

allora non si vedono ostacoli ad ammettere – anche laddove ci si trovi di fronte ad eccezioni fondate su fatti e circostanze che potrebbero essere posti a fondamento di un'autonoma domanda costitutiva – l'applicazione della regola generale della rilevabilità d'ufficio.

Ed invero, ammettere la rilevabilità d'ufficio di fatti e circostanze che potrebbero essere dedotti come autonoma azione costituiva non significa affatto estendere d'ufficio l'oggetto del giudizio anche all'autonoma domanda che su questi fatti potrebbe essere fondata, dovendo valere anche in questo caso la regola posta in termini generali dall'art. 34 c.p.c.

Piuttosto, con riferimento a tali fatti impeditivi, estintivi, modificativi, dalla disciplina complessiva degli stessi si ricava un'implicita volontà del legislatore di rimettere al convenuto la scelta di avvalersi di quell'eccezionale effetto impeditivo, estintivo modificativo e, quindi, la scelta se proporre o no l'eccezione.

Ciò rende l'effetto non rilevabile d'ufficio perché al suo verificarsi nella realtà storico-materiale il giudice non è in grado di attribuire alcun significato giuridicamente rilevante senza l'istanza di parte.

La tesi qui sostenuta, infatti, ritiene che l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo, benché operante automaticamente, sia rimesso alla disponibilità per atto unilaterale del soggetto interessato; disponibilità che si traduce, dal punto di vista della conformazione sostanziale dell'effetto, nella sua rinunciabilità, in via espressa o tacita.

Considerato che il legislatore riconosce alla parte nel cui interesse si produce l'effetto, l'esclusivo potere di rilevarlo, la rinuncia può consistere, anzitutto, nel silenzio serbato dalla parte che omette di eccepire in giudizio il fatto impeditivo, estintivo, modificativo. Ed infatti, se l'essenza della rinuncia tacita consiste nell'incompatibilità tra un comportamento e la volontà di valersi della prescrizione, non si può negare che il comportamento inerte del convenuto in ordine all'opponibilità dell'effetto possa valere come rinuncia tacita.

Una rinuncia tacita può avvenire, inoltre, anche per fatti concludenti, come nel caso dell'adempimento. Come già evidenziato, infatti, la disciplina normativa

ammette l'eccezione di impugnativa negoziale solo fino a che il contratto non è stato adempiuto.

La non sopravvivenza dell'eccezione all'adempimento del contratto è circostanza che si verifica non solo laddove sia la parte nel cui interesse l'effetto si produce a dare esecuzione al contratto, ma anche qualora ciò avvenga ad opera della controparte. Ed invero, anche l'accettazione/ricezione della prestazione può considerarsi rinuncia all'effetto impeditivo, estintivo, modificativo, poiché, essendo quest'ultimo rimesso all'esclusiva disponibilità della parte nel cui favore l'effetto si verifica, ciò pone il titolare dell'eccezione nella situazione di dover rifiutare l'adempimento della controparte, al fine di poter conservare la possibilità di esercizio dell'eccezione.

Laddove, poi, si tratti di vizi che determinano l'annullabilità del contratto, la rinuncia può avvenire anche mediante la convalida dello stesso, la quale costituisce rinuncia tanto all'azione quanto all'eccezione di annullamento.

Nulla *quaestio* qualora la parte convalidi il contratto in forma espressa, «mediante un atto che contenga la menzione del contratto e del motivo di annullabilità, e la dichiarazione che s'intende convalidarlo», *ex art.* 1444, comma 1, c.c. La convalida, tuttavia, può avvenire anche mediante adempimento del contratto «se il contraente al quale spettava l'azione di annullamento vi ha dato volontariamente esecuzione conoscendo il motivo di annullabilità». In tale ipotesi, l'adempimento non è più ripetibile attraverso l'azione di impugnativa del contratto, poiché la spontanea esecuzione del rapporto fondamentale costituisce rinuncia alla causa impeditiva, estintiva, modificativa dello stesso.

12. Confronto delle tesi sostenute con la fisionomia normativa delle eccezioni non sottoposte espressamente ad istanza di parte per le quali sia ricostruibile la volontà del legislatore di assoggettarle all'esclusiva rilevanza di parte

Appare opportuno, arrivati alla conclusione della trattazione, passare in rassegna, seppur brevemente, alcune delle ipotesi di eccezioni in relazioni alle quali il

legislatore non prevede espressamente la rilevabilità su istanza di parte ovvero anche d'ufficio, al fine di provare ad applicare le conclusioni raggiunte nei precedenti paragrafi, nonché al fine di “testare” la tenuta complessiva della tesi qui accolta e sostenuta.

Si pensi, anzitutto, al caso, frequentemente affrontato dalla giurisprudenza, dell'interruzione della prescrizione. Una volta chiarito che l'interruzione della prescrizione rappresenta un autonomo fatto impeditivo dell'effetto estintivo prodotto dalla prescrizione, e non invece un elemento costitutivo, guardato con segno invertito, della prescrizione¹⁵², occorre domandarsi quale sia la modalità in cui in concreto opera tale fatto impeditivo.

Ai sensi degli artt. 2943 e 2944 c.c., la prescrizione è interrotta con atto del titolare del diritto in relazione al quale il termine prescrizionale ha cominciato a decorrere, mediante notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione ovvero conservativo o esecutivo; con la domanda proposta nel corso di un giudizio; con ogni altro atto che valga a costituire in mora il debitore; con l'atto notificato con il quale una parte, in presenza di compromesso o clausola compromissoria, dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri. La prescrizione è inoltre interrotta dal riconoscimento del diritto da parte di colui contro il quale il diritto stesso può essere fatto valere.

La circostanza che l'interesse alla stabilità dell'effetto impeditivo sia configurato dalla legge come appartenente in via esclusiva al soggetto attivo è argomento sufficiente, da un lato, per dedurre la sua strutturale disponibilità per atto unilaterale di quest'ultimo e, dall'altro, per escluderne la rilevabilità d'ufficio, conformemente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza fino al *revirement* operato da Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661¹⁵³.

¹⁵² Cfr., per tutti, E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 296; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 420; ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, cit., 28.

¹⁵³ Cfr., in tal senso, RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, cit., 104 ss.; VERDE, *op. loc. ult. cit.* Nel senso della rilevabilità d'ufficio si esprime, invece, ORIANI, *op. loc. ult. cit.*, sulla base del rilievo per cui «la legge non dispone per l'interruzione della prescrizione l'onere dell'allegazione e che non ricorre alcun motivo di carattere sistematico per assoggettarla allo stesso trattamento della prescrizione». Tale rilievo è, tuttavia, fondato sulla considerazione, contraria ai risultati raggiunti in questa sede, del carattere residuale della categoria delle eccezioni in senso stretto. Nello stesso senso

Altra fattispecie di notevole rilevanza è rappresentata dal termine per l'adempimento nell'interesse del debitore, *ex art.* 1184 c.c. Una volta ammesso che la pendenza del termine incide – non sull'esistenza, ma – sullo svolgimento della situazione giuridica attiva¹⁵⁴, e qualificato il termine come fatto impeditivo, si apre il problema della sua rilevabilità d'ufficio¹⁵⁵.

Al fine di ricondurre il termine nell'interesse del debitore alla categoria delle eccezioni in senso stretto è sufficiente la considerazione in termini di circostanza impeditiva posta nell'esclusivo interesse del debitore, da cui si deduce, poi, la sua strutturale disponibilità per atto unilaterale di quest'ultimo.

Che il termine per l'adempimento si inquadri in tale categoria è dimostrato anche dalla regola dell'irripetibilità del pagamento anticipato, la quale, si lascia ricondurre alla caratteristica della rinunciabilità, tipica del potere di eccezione in senso stretto.

Veniamo adesso alla fattispecie disciplinata dall'art. 1944 c.c. Tale norma contiene due disposizioni in rapporto avverso: nel primo comma si afferma il carattere solidale dell'obbligazione fideiussoria, desumibile anche dalla norma relativa al condebito in genere (art. 1294 c.c.); nel secondo comma è previsto che le parti possono convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale.

Per quanto riguarda la qualificazione della fattispecie, se impeditiva, estintiva, modificativa, si rileva che, quello che promana dal contratto di fideiussione è un effetto costitutivo, secondo lo schema risultante dall'art. 1936 c.c., da cui scaturisce la responsabilità solidale tra debitore e fideiussore, *ex art.* 1944, comma 1, c.c. La previsione del secondo comma dell'art. 1944c.c. ha, invece, una funzione negativa e, più precisamente, impeditiva del prodursi del normale effetto del contratto

di ORIANI, cfr. BOLAFFI, *Sull'efficacia delle cause di interruzione della prescrizione*, in *Foro it.*, 1934, I, 688 ss., ma sulla base dell'erronea premessa secondo cui l'assenza di atti interruttivi sarebbe presupposto della prescrizione. Ritiene, invece, solo probabile l'esclusione della rilevabilità d'ufficio, MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 283.

¹⁵⁴ In tal senso, cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU – MESSINEO, Milano, 1974, 121 ss.; TRIMARCHI, *Termine (dir. civ.)*, in *Nov. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 109. Sulle varie tesi circa la natura del termine, cfr. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 136 ss.

¹⁵⁵ Problema risolto dalla dottrina nel senso della rilevabilità d'ufficio. Cfr. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., 147; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 330; BOLAFFI, *Le eccezioni in senso sostanziale*, cit., 145.

fideiussorio (oppure modificativa, se il patto del beneficio è stipulato dopo il contratto).

Per quanto riguarda la modalità in cui opera il *beneficium excussionis* disciplinato dal secondo comma dell'art. 1944 c.c., essa è descritta dal prosieguo della norma in esame: il fideiussore, che sia convenuto dal creditore e intenda valersi del beneficio dell'escussione, deve indicare i beni del debitore principale da sottoporre ad esecuzione¹⁵⁶.

Può dirsi, dunque, che il beneficio opera in maniera automatica (*ipso iure*), nel momento in cui è convenuto dalle parti nel contratto, e non per il tramite di un potere il cui esercizio serve a produrlo, e che non è rilevabile d'ufficio.

Esso, infatti, è rimesso alla disponibilità del fideiussore, portatore esclusivo dell'interesse alla sua stabilità, e ciò si coglie nel fatto che il creditore può indifferentemente rivolgersi al debitore principale o al garante: è quest'ultimo che ha l'onere di indicare al creditore i beni del debitore principale che gli consentano di soddisfare il proprio diritto.

Ad ulteriore conferma della configurazione del *beneficium excussionis* come eccezione in senso stretto sta la considerazione che il pagamento eseguito dal fideiussore prima che sia stato escusso il debitore principale può ritenersi valido ed irripetibile, non perché in mancanza di una dichiarazione di volontà dell'obbligato il beneficio non abbia avuto modo di operare, ma perché il pagamento è il sintomo più certo della rinuncia al beneficio già operante: rinuncia espressamente prevista dal codice abrogato, all'art. 1907 c.c., e certamente valida anche nell'attuale regime.

Ancora, viene in rilievo la disciplina posta dall'art. 1507 c.c., in tema di vendita congiuntiva di cosa indivisa. Secondo tale disposizione, nella vendita con patto di riscatto, se più persone hanno venduto congiuntamente, mediante un solo contratto, una cosa indivisa, ciascuna può esercitare il diritto al riscatto solo sopra la quota che le spettava.

¹⁵⁶ La fattispecie riecheggia quella di cui all'art. 2268 c.c., dettato in materia di società semplice. Anche in questo caso il socio richiesto del pagamento di debiti sociali deve, al fine di concretare il beneficio di escussione, indicare al creditore beni sui quali agevolmente soddisfare il proprio diritto. Non altrettanto si può dire in materia di società in nome collettivo, ove l'art. 2304 c.c. configura il *beneficium excussionis* in modo più accentuato, come onere per il creditore di preventiva intrapresa di azioni esecutive sul patrimonio sociale.

Tuttavia, è previsto che il compratore possa esigere che tutti i venditori esercitino congiuntamente il diritto di riscatto dell'intera cosa. Se non si raggiunge un accordo in tal senso, il riscatto può esercitarsi soltanto da parte di colui o di coloro che offrono di riscattare la cosa per intero.

Si profila, anche in questo caso, la tecnica legislativa imperniata sulla contrapposizione di due fattispecie: l'una ad effetti costitutivi, individuata dal primo comma dell'art. 1507 c.c., determina il diritto del riscatto spettante pro quota al comunista; l'altra ad effetti impeditivi, descritta dal terzo comma dell'art. 1507 c.c., secondo cui quel medesimo diritto non può esercitarsi se non riscattano anche gli altri comunisti.

Può affermarsi con sufficiente sicurezza che l'effetto impeditivo del diritto del comunista di riscattare la propria quota opera *ipso iure*, stante la mancanza di una situazione soggettiva, *rectius* di un potere, del compratore, il cui esercizio è necessario alla produzione dell'effetto inibitorio. In altre parole, il compratore non può considerarsi titolare di un diritto di impedire il riscatto della cosa indivisa¹⁵⁷.

Nonostante l'operatività di diritto dell'effetto impeditivo, la regola posta dal terzo comma dell'art. 1507 c.c. richiede necessariamente l'opposizione dell'eccezione affinché il giudice rilevi il concretarsi della fattispecie impeditiva. Ed invero, le disposizioni dell'art. 1507 c.c. sono dettate nell'esclusivo interesse dell'*emptor* a cui è rimessa in via esclusiva la scelta se far valere o no l'effetto impeditivo, potendo qualificarsi come rinuncia tacita il comportamento del compratore che omette, nel processo, di opporre tale eccezione, con ciò ponendo in essere un comportamento incompatibile con la volontà di avvalersi di tale effetto impeditivo.

Fra le fattispecie ad effetti negativi la rilevazione delle quali è comunemente considerata lasciata, *in iudicio*, all'iniziativa della parte deve analizzarsi, da ultimo, anche la c.d. *reductio a aequitatem* del contratto.

¹⁵⁷ *Contra*, BUTERA, *Il codice civile commentato*, IV, Torino, 1943, 521; BRUNETTI, *Il riscatto convenzionale nella compravendita*, Torino, 1902, 125, che discorrono di un diritto del compratore al riscatto integrale. Discorrono di una mera facoltà: GENTILE, *Natura ed effetto del riscatto esercitato per la totalità da uno solo dei venditori o dei coeredi*, in *Temp. nap.*, 1959, III, 98; MAROI, *Diritto di riscatto in caso di vendita congiuntiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, 52; DEGNI, *La compravendita*, Padova, 1939, 150. Di pretesa parla, invece, MIRABELLI, *Della vendita*, in *Comm. cod. civ.*, IV, Torino, 1960, 130.

La figura ricorre in una pluralità di ipotesi: il contraente contro il quale è stata domandata la rescissione del contratto, ai sensi degli art. 1447 e 1448 c.c., ovvero la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ex art. 1467, comma 1, c.c., può evitarle, offrendo una modificazione del contratto stesso che sia sufficiente per ricondurlo ad equità (artt. 1450 e 1467, comma 2, c.c.).

Ancora, il coerede può interrompere il corso dell'azione di rescissione della divisione, conferendo il supplemento della porzione ereditaria in denaro o in natura, a norma dell'art. 767 c.c.

Ebbene, deve escludersi che l'offerta di modificare il contratto possa configurarsi quale esercizio di un diritto potestativo¹⁵⁸. Ciò in quanto, il diritto in questione, diversamente da ogni diritto potestativo e contro la *ratio* stessa di tale situazione giuridica, non potrebbe formare oggetto di autonomo accertamento giudiziale, dato che, come risulta inequivocabilmente dalla sua disciplina normativa, non può che essere fatta valere dopo l'esercizio in giudizio del diritto alla rescissione e alla risoluzione, ovvero, anche fuori dal giudizio, ma solo dopo che al contraente sia stata stragiudizialmente minacciata la domanda di rescissione o risoluzione del contratto¹⁵⁹.

Più plausibile, pertanto, è la configurazione dell'offerta di riduzione ad equità come mero fatto che, combinandosi con la realtà delineata dagli artt. 1447, 1448, 1467 c.c., concretizzi una fattispecie ad effetti negativi, ossia una fattispecie estintiva del diritto a rescindere e risolvere il contratto.

Ed invero, il convenuto non domanda al giudice di emettere una sentenza che accerti o costituisca una situazione giuridica favorevole al convenuto medesimo,

¹⁵⁸ In tal senso si sono, invece, espressi: MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, 356; REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 579, che parla di un diritto nascente dalla situazione preesistente, ossia dall'esistenza di un contratto rescindibile o risolubile, su cui v. *amplius infra* nt.166; DE MARTINI, *L'offerta di reductio ad aequitatem del contratto diventato eccessivamente oneroso*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 350, che considera l'offerta di riduzione ad equità come un'eccezione di diritto sostanziale, concepita quale diritto di impugnare il diritto alla rescissione del contratto e per questo non rilevabile d'ufficio. La confusione tra il profilo sostanziale e quello processuale del fenomeno si ritrova anche in DISTASO, *Azione generale di rescissione per lesione, offerta di reductio ad aequitatem e svalutazione della moneta*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, II, 184 ss., che afferma la sostanziale coincidenza tra la tesi di DE MARTINI e la costruzione di REDENTI e riferisce alla figura in esame entrambe le qualificazioni.

¹⁵⁹ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 259, che evidenzia la possibilità di un'offerta stragiudiziale.

limitandosi a domandare il rigetto della domanda proposta dall'attore, non perché ne difettino i presupposti, bensì perché si è verificato un fatto estintivo del diritto fatto valere in giudizio. L'offerta svolge a favore del convenuto soltanto un effetto negativo, posto che per la realizzazione dell'effetto estintivo non occorre l'effettiva modificazione, ma basta l'offerta.

L'effetto estintivo si produce, quindi, automaticamente, per il solo compiersi dell'offerta, non essendo configurabile alcun diritto-tramite il cui esercizio condizioni l'incidenza dell'effetto nella sfera dell'altro contraente.

Dall'offerta, poi, non nasce alcun diritto del convenuto: il diritto del quale il convenuto è titolare, sotto il profilo sostanziale, è il diritto potestativo di estinguere il diritto di rescissione o di risoluzione mediante un'offerta equa. Ma questo diritto, che il convenuto può esercitare anche fuori dal processo, è soltanto l'antecedente logico ed eventualmente storico – se l'offerta è compiuta fuori dal processo – dell'eccezione, ossia dell'istanza con cui il convenuto chiede di rigettare la domanda di rescissione o di risoluzione perché si è verificato un fatto estintivo del diritto fatto valere dall'attore.

Non ha senso, invece, affermare che il convenuto domanda al giudice l'accertamento del diritto potestativo di compiere l'offerta, perché quel diritto è incontestabile e spetta ad ogni convenuto in rescissione o risoluzione per eccessiva onerosità.

L'obiettivo del convenuto è quello di ottenere il rigetto della domanda attrice per l'avvenuta estinzione del diritto ad essa in origine spettante, non quello di chiedere la tutela di un diritto potestativo che egli ha già esercitato¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Le conclusioni a cui si è giunti, cioè essere l'offerta il fondamento di un'eccezione, è respinta dalla prevalente dottrina e non è mai stata accolta dalla giurisprudenza. Per CARNELUTTI, *Preclusione dell'offerta di revisione del contratto ad equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, 110 ss., l'offerta ha una rilevanza puramente sostanziale, risolvendosi in una proposta di modificazione del contratto e, quindi, in una modificazione della lite, che comporta una conversione del procedimento. Essa pertanto non è «né un'eccezione, né una riconvenzione». La notazione può condividersi, con le opportune precisazioni: a) la modificazione della lite non è altro che la concretizzazione, nel corso del giudizio, di una fattispecie estintiva sulla quale il giudice è tenuto a pronunciare e accertata, è tenuto a rigettare la domanda di rescissione o risoluzione; b) l'offerta in sé non è né una domanda, né un'eccezione, ma costituisce la premessa di un'istanza-eccezione. La natura di eccezione, o meglio di fatto che costituisce il fondamento di un'eccezione è stata poi negata dagli autori che hanno reputato che l'offerta non è un atto indirizzato all'attore, bensì un atto diretto al giudice e qualificato come domanda, reputata ora di accertamento ora costitutiva. Nel primo senso, cfr. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., 355 ss. Nel secondo senso, cfr. BOSELLI, *La risoluzione del contratto*

Per quanto riguarda la rilevabilità dell'eccezione, se su istanza di parte o anche d'ufficio da parte del giudice, la conclusione corretta è nel senso della rilevabilità solo su istanza di parte.

Ed invero, analogamente a quanto affermato in relazione all'art. 1507 c.c., la costruzione della fattispecie normativa, laddove stabilisce che la parte «può evitare» la rescissione o la risoluzione del contratto, rimette alla disponibilità della parte nel cui interesse è destinato ad operare l'effetto estintivo la scelta se avvalersene o no.

Non sono mancate interpretazioni volte a sostenere la rilevabilità d'ufficio dei diritti potestativi esercitabili anche al di fuori del processo: se il diritto viene esercitato con atto stragiudiziale allora l'effetto giuridico può dar luogo ad eccezione, allorquando configuri un fatto estintivo, modificativo, impeditivo del diritto dedotto in giudizio. Qui l'effetto già si è prodotto al di fuori del processo e 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), poiché così non fa che prendere atto e conoscere di una realtà già compiutamente svoltasi e cristallizzata al di fuori del processo¹⁶¹.

Tuttavia, un siffatto modo di argomentare non coglie nel segno, considerato che si basa sull'equazione, disconosciuta in questa sede, tra verifica dell'effetto sul piano sostanziale e sua rilevabilità anche d'ufficio.

per eccessiva onerosità, Torino, 1952, 298; REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, cit., 578, il quale, dopo aver dimostrato un'evidente perplessità nel qualificare come azione o eccezione l'attività di chi si oppone alla rescissione, accoglie l'idea che si tratti di una domanda riconvenzionale costitutiva, con ciò sottolineando che l'istanza del convenuto, pur essendo volta a contrastare la domanda dell'attore e a provocarne il rigetto, sollecita, altresì, una pronuncia positiva che non può ritenersi sfavorevole all'attore. In tal senso, cfr., anche, Cass. 16 aprile 1951, n. 431, in *Giur. it.*, 1951, I, 540, con nota di FORTUNATO, che esclude che l'offerta costituisca un'eccezione. È evidente che se prima dell'offerta diretta al giudice non c'è nulla, ossia non c'è un atto del convenuto indirizzato all'attore – perché l'offerta non sarebbe altro che la domanda – non v'è alcuna possibilità, sotto il profilo logico-giuridico, di qualificare l'offerta come eccezione. Tali impostazioni non possono, tuttavia, essere accolte, perché muovono da un erroneo significato del termine «evitarla». Secondo tale opinione, infatti, evitare la rescissione o la risoluzione significherebbe evitare le conseguenze che la legge collega alla sentenza di rescissione e di risoluzione. Si tratta, però, di un'interpretazione erronea, poiché evitare la rescissione o la risoluzione significa solo evitare che il giudice pronunci la rescissione o la risoluzione. L'offerta ha un'efficacia estintiva del diritto di risoluzione o di rescissione, non un'efficacia impeditiva degli effetti della sentenza, di accertamento o costitutiva.

¹⁶¹ Cfr. ORIANI, *Eccezione*, cit., 272; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 334; DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, cit., 29, anche se con riguardo al diverso caso delle azioni costitutive; ANDOLINA, *Per un profilo degli atti processuali con effetti di diritto sostanziale*, in *Jus*, 1959, 104 ss.; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., 105 ss. In argomento, v. *supra*, cap. I, § 3.

Al contrario, al fine di determinare se un fatto impeditivo, estintivo, modificativo sia rilevabile anche d'ufficio o no, occorre avere riguardo a come il legislatore ha mostrato di conformare l'effetto sul piano sostanziale.

Nel caso in esame, sebbene per la produzione dell'effetto sia necessario l'esercizio di un diritto potestativo, tale effetto, una volta prodotto, resta nella disponibilità della parte che lo ha esercitato, non potendo, il giudice, trarre alcuna autonoma rilevanza giuridica autonoma dalla sua verifica in assenza di un'istanza di parte.

Diversamente, in tal caso l'effetto realizzato per il tramite dell'eccezione non potrebbe essere impedito, semplicemente lasciando cadere l'eccezione, poiché, operante il principio di acquisizione di tutti i fatti che comunque emergono *ex actis*, la parte dovrebbe compiere un atto di rinuncia espressa all'effetto impeditivo, estintivo, modificativo sostanziale già prodotto dall'esercizio del potere sostanziale.

Lo stesso discorso può compiersi, tra l'altro, nell'ipotesi del diritto potestativo di ritenzione o dell'eccezione di inadempimento, *ex art. 1460 c.c.*: anche se fuori e prima del processo il debitore abbia dichiarato al creditore che non intende adempiere al contratto finché il secondo non abbia a sua volta adempiuto un obbligo nei confronti del primo, o fintanto che non avrà offerto un'idonea garanzia (art. 1461 c.c.), ciò non consente al giudice di rilevare d'ufficio la dichiarazione stragiudiziale nel successivo giudizio promosso dal creditore. L'effetto prodotto con l'eccezione di inadempimento, infatti, è nella disponibilità del debitore, che resta libero di adempiere successivamente alla sua formulazione, qualora egli ne valuti la convenienza¹⁶².

¹⁶² In tal senso si esprime anche la giurisprudenza maggioritaria, secondo cui «l'*exceptio inadimpleti contractus* di cui all'art. 1460 c.c. costituisce un'eccezione in senso proprio, rimessa, pertanto, alla disponibilità ed all'iniziativa del convenuto, senza che il giudice abbia il dovere di rilevarla od esaminarla d'ufficio». Cfr. Cass. 29 settembre 1999, n. 10764, *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Contratto in genere*, 549. Occorre, tuttavia, precisare che essa, al pari di ogni altra eccezione, non richiede l'adozione di forme speciali o formule sacramentali, essendo sufficiente che la volontà della parte di sollevarla (onde paralizzare l'avversa domanda di adempimento) sia desumibile, in modo non equivoco, dall'insieme delle sue difese e, più in generale, dalla sua condotta processuale, secondo un'interpretazione del giudice di merito che, se ancorata a corretti canoni di ermeneutica processuale, non è censurabile in sede di giudizio di legittimità.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Esaurita la fase critico ricostruttiva dell'indagine, è ora possibile procedere ad un'illustrazione d'insieme dei risultati raggiunti, nonché delle caratteristiche strutturali e funzionali dell'istituto dell'eccezione in senso stretto, assieme ad alcuni corollari derivanti dalle premesse e dalle conclusioni conseguite nelle pagine che precedono.

Ciò che deve, anzitutto, porsi in rilievo è che l'effetto delle fattispecie impeditive, estintive, modificative oggetto di eccezione in senso stretto è a contenuto meramente negativo, nel senso che esso non esprime mai, di per sé, una situazione soggettiva sostanziale dell'eccepiente¹.

Ciò deve ritenersi valido anche per i casi in cui tra gli elementi della fattispecie impeditiva, estintiva, modificativa rientri un autonomo diritto soggettivo sostanziale dell'eccepiente.

Per opponibilità del diritto *ope exceptionis* deve, infatti, intendersi la possibilità che determinate fattispecie costitutive di un diritto assumano il ruolo di fattispecie impeditive, estintive, modificative di una contrapposta situazione soggettiva. Così, la compensazione deve concepirsi come effetto a contenuto meramente negativo, anche se la sua fattispecie ricomprende un diritto di credito dell'eccepiente.

Lo stesso vale, inoltre, per le eccezioni di impugnativa negoziale, da qualificarsi come semplici fattispecie impeditive, estintive, modificative del diritto dell'attore, anche se coincidenti con le fattispecie costitutive del diritto all'annullamento, alla rescissione, alla risoluzione del contratto.

La constatazione del contenuto essenzialmente negativo dell'effetto impeditivo, estintivo, modificativo consente, poi, di confermare le critiche alla caratterizzazione dell'eccezione in senso stretto come controdiritto sostanziale del convenuto e, al contempo, di affermare che, sebbene con l'eccezione si dia rilevanza a fatti che altrimenti resterebbero estranei alla cognizione del giudice, essa rappresenta un'istanza che non estende i limiti oggettivi della pronuncia già segnati dalla

¹ In tal senso, cfr. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 267 ss.

domanda giudiziale, allargando semplicemente il contenuto di merito della pronuncia del giudice.

L'impossibilità di concepire gli effetti impeditivi, estintivi, modificativi oggetto di eccezione riservata come espressivi di un'autonoma situazione soggettiva sostanziale dell'eccipiente, costituisce, inoltre, valida premessa per affermare che l'eccezione non è immaginabile senza una domanda che la preceda.

E ciò non solo nel senso che il fatto impeditivo, estintivo, modificativo deducibile con l'eccezione, avendo contenuto meramente negativo, non è idoneo a costituire autonomo oggetto di giudizio – potendo essere conosciuto solo in corrispondenza dell'accertamento della situazione attiva su cui incide – ma anche nel senso che l'eccezione non vale, di per sé, a fondare la legittimazione a promuovere un giudizio volto all'accertamento negativo della rapporto intersoggettivo su cui incide la causa impeditiva, estintiva, modificativa, esistendo, a livello generale, un principio di necessaria correlazione tra diritto di azione e diritto soggettivo sostanziale azionato².

Tale dipendenza dalla domanda di tutela giudiziale avanzata dalla controparte si coglie anche nel fatto che l'obbligo del giudice di procedere all'accertamento della fattispecie impeditiva, estintiva, modificativa sussiste solo nel caso in cui l'accertamento della fattispecie costitutiva *ex adverso* avanzata con la domanda risulti effettivamente ammissibile.

² Tale aspetto è approfondito da GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 265; ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 167. La connotazione dell'eccezione come inidonea a costituire oggetto di autonomo giudizio può essere confermata anche nei casi in cui essa coincida con la fattispecie costitutiva di un diritto di impugnativa negoziale. Tale aspetto ben si coglie nei casi in cui, prescritto il diritto principale, sopravvive l'eccezione, ad es. di annullabilità del contratto. L'inidoneità di quest'ultima a costituire oggetto di giudizio si rinviene nel fatto che l'interessato non può domandare l'accertamento dell'annullabilità del contratto; annullabilità che può essere fatta valere solo in via di eccezione a fronte di una domanda di esecuzione del contratto avanzata dalla controparte. Lo stesso è a dirsi, in genere, per le eccezioni collegate ad un autonomo diritto soggettivo dell'eccipiente, come nel caso della compensazione: quest'ultima, in quanto fattispecie meramente estintiva, non è mai deducibile autonomamente, ma esclusivamente all'interno di un giudizio avente ad oggetto uno dei due controcrediti. *Contra*, TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980, 199 ss.; AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, 71 ss.; AZZARITI – SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1964, 240; PUGLIESE, *La prescrizione estintiva*, Torino, 1924, 282 ss., che ammettono che il debitore possa agire per l'accertamento della prescrizione. In senso contrario ad un diritto alla prescrizione quale autonomo oggetto di giudizio, cfr. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, 233; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 293-294; DENTI, *In tema di eccezioni riconvenzionali*, in *Giur. it.*, 1964, I, 119 ss.; ID., *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 81.

In altre parole, deve ritenersi che l'accertamento sollecitato con l'eccezione possa essere legittimamente evitato dal giudice ogniqualvolta egli constati la presenza di ragioni ostative alla pronuncia sul merito della domanda attrice.

Per quanto riguarda, poi, il rapporto tra eccezione e fattispecie impeditiva, estintiva, modificativa, lo studio che precede consente di negare il presupposto su cui si fonda la concezione sostanziale, secondo cui l'istanza dell'eccepiente sarebbe elemento costitutivo della nascita dell'effetto impeditivo, estintivo, modificativo³.

Quest'ultimo, al contrario, deve considerarsi idoneo a verificarsi di diritto, con la realizzazione dei soli elementi oggettivi che compongono la fattispecie legale, a prescindere dall'esercizio dell'eccezione.

Ne consegue, che il criterio per distinguere le eccezioni in senso stretto dalle eccezioni in senso lato non può consistere nella bipartizione tra i casi in cui il fatto valere in giudizio è esistente e quelli in cui non esiste finché non sia proposta l'istanza-eccezione, poiché sia in presenza di eccezioni in senso stretto che di

³ Sebbene l'indagine si sia concentrata esclusivamente sulle eccezioni di merito, è opportuno constatare che anche per le eccezioni in senso stretto c.d. di rito – ad esempio le eccezioni di nullità, estinzione e incompetenza territoriale, ex artt. 157, 307, ult. co., e 38, comma 3, c.p.c. – si ripropone, in dottrina, l'alternativa ricostruttiva tratteggiata in relazione alle eccezioni di merito. L'eccezione di estinzione del processo, ad esempio, è frequentemente ricostruita in dottrina come vicenda operante solo in forza dell'eccezione costitutiva della parte interessata. Cfr. SALETTI, *Estinzione del processo*, I, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 8 ss.; VACCARELLA, *Inattività delle parti e estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 250 ss. In favore dell'operatività automatica, invece, limitatamente al caso della sanatoria per raggiungimento dello scopo dell'atto nullo, cfr. DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, in *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, 187 ss., che avanza una spiegazione fondata sul comportamento del soggetto cui spetterebbe di opporre la nullità, il quale, anziché agire in senso propriamente sanante sull'atto nullo, si pone come ostacolo alla pronuncia sulla nullità. In relazione all'eccezione di incompetenza, la dottrina maggioritaria, tra cui BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 152 ss., è orientata nel senso dell'immediata operatività della incompetenza e della necessità dell'eccezione solo ai fini del suo accertamento. La mancata proposizione dell'eccezione rappresenta, in tale contesto, una sanatoria dell'incompetenza del giudice e degli atti fino a quel momento compiuti. Opposta è la linea interpretativa offerta, invece, da ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, Padova, 1990, che adotta lo schema dell'eccezione costitutiva dell'incompetenza del giudice. Il problema di una tale ricostruzione si coglie in relazione ai limiti temporali di esercizio dell'eccezione, che riguardano, tra l'altro, anche il rilievo d'ufficio dell'incompetenza. Dovrebbe, quindi, affermarsi che il giudice è originariamente competente, ma può essere reso incompetente dall'eccezione di parte o del suo rilievo d'ufficio, il cui mancato tempestivo esercizio non farebbe altro che consolidare una competenza già originariamente spettantegli. Sebbene il tema delle eccezioni riservate di rito meriterebbe una separata ed autonoma trattazione, non pare che vi siano ostacoli all'applicazione ad esse delle conclusioni raggiunte per le eccezioni riservate di merito. Si tratta di ammettere, cioè, che talune fattispecie di invalidità processuale non sono dotate, pur se già immediatamente operanti, di immediata rilevanza giuridica per la formulazione della decisione in ordine al c.d. oggetto processuale del giudizio. Cfr. soprattutto CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, 157 ss.

eccezioni in senso lato l'effetto esiste ed interviene di diritto (*ipso iure*), ma può successivamente estinguersi o modificarsi, ovvero essersi già estinto o modificatosi al momento del processo.

Il tratto caratteristico degli effetti oggetto di eccezione in senso stretto, a differenza di quelli oggetto di eccezione in senso lato, deve piuttosto rinvenirsi nella loro strutturale disponibilità per atto unilaterale del soggetto interessato. Tale disponibilità, assicurata, tra l'altro, per mezzo della situazione processuale dell'eccezione, si caratterizza come disponibilità abdicativa, manifestandosi nella particolare regola della rinunciabilità degli effetti impeditivi, estintivi, modificativi riconducibili al fatto rilevabile solo su istanza di parte.

Tale interpretazione consente di evitare artificiose distinzioni, a seconda che la vicenda intervenga prima o dopo l'esercizio dell'eccezione, cui per converso costringe, come si è notato nel corso dell'indagine, la tesi della natura costitutiva dell'eccezione. Essa rende, inoltre, del tutto legittima e giustificabile la qualificazione dell'adempimento e della novazione, in quanto vicende attuative del rapporto volontariamente poste in essere dal debitore, come comportamenti concludenti espressivi di una volontà rinunciativa.

A ben vedere, quindi, la lettura delle norme del codice civile alla luce del principio del verificarsi di diritto dell'effetto impeditivo, estintivo, modificativo, non ha coinciso con l'affermazione dell'insussistenza di qualsiasi potere di scelta del titolare dell'eccezione in ordine all'opportunità di avvalersene concretamente.

Se, al contrario, una volta realizzatosi l'effetto sul piano sostanziale, si fosse considerato indisponibile, ciò si sarebbe posto in contrasto con tutta la disciplina vigente, la quale appare ispirata proprio all'esigenza di imputare al soggetto interessato alla stabilità dell'effetto la decisione in ordine al se beneficiare concretamente degli effetti così prodottisi.

Devono, pertanto, respingersi le conclusioni di certa dottrina⁴, avallata dalla giurisprudenza, secondo cui la regola è che i fatti estintivi, modificativi e impeditivi

⁴ ORIANI, *Eccezione*, cit., 270 ss.; ID., *Ancora sull'eccezione di interruzione di prescrizione: a proposito di allegazione e prova.*, in *Foro it.*, 2006, I, 3136; ID., *L'interruzione della prescrizione è rilevabile d'ufficio: le sezioni unite della Corte di cassazione abbandonano un indirizzo risalente al 1923*, *id.*, 2005, I, 2660; ID., *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, *id.*, 2003, I, 3515; ID., *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello*

sono rilevabili di ufficio, laddove assumono carattere eccezionale le ipotesi in cui il loro rilievo è subordinato all'iniziativa di parte.

Devono, invece, considerarsi regolari e non eccezionali, sia le norme che prevedono la necessità dell'istanza di parte sia quelle che prevedono la rilevabilità d'ufficio.

Alla disponibilità dell'effetto per atto unilaterale della parte interessata, corrisponde, sul piano dei poteri del giudice, un'esclusione di determinati fatti dall'area di cognizione che egli è chiamato a compiere, anche d'ufficio, sulla base della domanda proposta dall'attore.

Si tratta di un procedimento di semplificazione⁵, per cui l'ordinamento consente che la cognizione del giudice riguardi il diritto fatto valere con la domanda e solo alcuni fatti impeditivi, estintivi, modificativi, con l'esclusione di altri, che possono, tuttavia, diventarne oggetto se la parte interessata decide di disporne avanzando apposita istanza nel processo.

Ciò consente, tra l'altro, di escludere l'esistenza di una vera e propria frattura tra la verità sostanziale e la verità processuale, nel caso in cui quest'ultima non tenga conto di alcuni fatti impeditivi, estintivi, modificativi, pur emergenti *ex actis*, laddove questi non siano stati oggetto di eccezione. Se un determinato fatto acquista rilievo giuridico solo in seguito ad apposita istanza della parte interessata, non può ritenersi ingiusta la sentenza che, nonostante il fatto risulti acquisito al processo, accolga la domanda attrice in assenza del rilievo di parte. Ciò in quanto, finché la parte non dichiara di voler accordare rilevanza a quel fatto, il giudice non è in grado di attribuire ad esso alcun significato giuridicamente rilevante, e ciò è sufficiente per ritenere che la sentenza emanata è una sentenza giusta, nel senso di conforme al diritto positivo.

Ulteriore differenza tra eccezione in senso lato ed eccezione in senso stretto, risiede, quindi, nel fatto che con quest'ultima si propone un atto diretto a provocare la rilevanza giuridica, in sede giudiziale, di una fattispecie impeditiva, estintiva, modificativa, mentre con la prima si introduce nel processo un fatto la cui rilevanza

di eccezioni in senso lato?, *id.*, 2003, I, 1516; *ID.*, *La disciplina delle eccezioni nel processo civile*, in www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_7.pdf; *ID.*, *L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile*, *id.*, 1991, V, 5.

⁵ In tal senso si esprime MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 348 ss.

giuridica non necessita di apposita istanza della parte interessata, poiché già appartiene al processo, in virtù della sua mera allegazione, ovvero perché già contenuta nella domanda attrice.

Ciò non significa che si debba identificare l'eccezione in senso stretto con l'attività di allegazione del fatto nel processo, poiché quest'ultimo, non contribuendo all'individuazione dell'oggetto del processo, può essere conosciuto dal giudice anche se affermato dall'attore o se emergente *ex actis*, salva la verifica della presenza dell'istanza-eccezione del convenuto.

Ricostruita in tal senso la tematica della distinzione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato, deve darsi risposta negativa al quesito relativo alla possibilità di un esercizio stragiudiziale dell'eccezione.

Il contenuto del potere di eccezione riservata e il suo essere diretto a determinare la rilevanza della fattispecie impeditiva, estintiva, modificativa nel giudizio, induce a concludere nel senso, più che dell'ammissibilità, della stessa inconfigurabilità di un suo esercizio stragiudiziale⁶.

Appurato che l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo si verifica di diritto, non può dirsi esistente un vero e proprio interesse del debitore all'esercizio

⁶ Nel senso dell'inconfigurabilità dell'esercizio stragiudiziale dell'eccezione si è per lo più pronunciata anche la dottrina che accoglie la concezione sostanziale dell'eccezione, con scarsa coerenza, tuttavia, rispetto alle sue premesse. Cfr. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 274 ss., secondo il quale se l'eccezione fosse esercitata stragiudizialmente e ciò risultasse dal processo, il giudice, se risultasse anche la verità dei fatti su cui si fonda, dovrebbe respingere la domanda. Analoga la posizione di BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 184 ss., il quale, pur ritenendo astrattamente configurabile un esercizio stragiudiziale dell'eccezione intesa come potere sostanziale diretto all'annullamento del diritto, lo esclude sul piano del diritto positivo, ritenendo a tal fine determinante l'esistenza del principio del divieto di autotutela, nonché di COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XV, 1965, 183, per il quale di esercizio stragiudiziale potrebbe parlarsi solo all'interno delle concezioni che concepiscono come potere sostanziale di impugnativa del diritto; rilievo su cui può certamente concordarsi ma che non giova alla coerenza interna del ragionamento dell'a., dato che egli stesso configura il fenomeno in tali termini. In senso favorevole, cfr., invece, ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927, 100 ss., quantomeno nei casi in cui ciò risulti praticamente possibile, come quelli dell'eccezione di ritenzione, di inadempimento, ecc. In realtà, qualora si ritenga che l'eccezione si esprime di un potere sostanziale, a nulla servirebbe appellarsi al principio di autotutela, dovendosi, al contrario, ammettere l'esercitabilità al di fuori del processo, come per tutti i poteri sostanziali, finendosi altrimenti nella contraddizione di concepire l'eccezione in senso sostanziale, per poi ammetterne un esercizio solo all'interno del processo. Una maggiore apertura, nel senso dell'esercizio stragiudiziale dell'eccezione quale potere sostanziale, si rinviene in BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, Bologna, 1988, 3 ss.; Id., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, 21 ss.; TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., 202 ss., a proposito della prescrizione.

stragiudiziale dell'eccezione, poiché la fattispecie sostanziale si verifica del tutto autonomamente rispetto all'esercizio dell'eccezione.

Diversa è, invece, la soluzione che dovrebbe prospettarsi accogliendo la concezione sostanziale, in forza della quale l'effetto impeditivo, estintivo, modificativo sarebbe inoperante senza l'esercizio dell'eccezione⁷.

Non solo in quanto una soluzione negativa al problema dell'esercizio stragiudiziale dell'eccezione rimarrebbe priva di giustificazione all'interno della concezione sostanziale, ma anche perché l'idea che l'eccezione abbia un ruolo costitutivo nella realizzazione della fattispecie sostanziale, giustifica l'esistenza di un interesse ad un esercizio stragiudiziale – e perciò tempestivo e immediato – del potere di eccezione, idoneo a porre il debitore al riparo da intermedie modificazioni della realtà sostanziale, salvo poi dover ricorrere all'espedito della retroattività dell'effetto ad un momento antecedente l'esercizio dell'eccezione.

Alla luce dell'indagine svolta, si comprende anche il significato della tradizionale massima: *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*⁸.

Deve anzitutto affermarsi che, dal punto di vista tecnico-ricostruttivo, il principio *tant dure l'action, tant dure l'exception* è maggiormente compatibile con una concezione dell'eccezione come potere processuale, piuttosto che come potere sostanziale⁹, soprattutto laddove esso sia qualificato alla stregua di un controdiritto¹⁰.

⁷ Cfr. SCHLESINGER, *Compensazione (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, III, Torino, 1964, 724, che si esprime in senso favorevole all'esercizio stragiudiziale del potere sostanziale di compensazione, valido per tutte le eccezioni in quanto concepite in senso sostanziale.

⁸ Altresì espressa dalla massima francese: *tant dure l'action, tant dure l'exception*, esattamente corrispondente all'altra. L'equivalenza tra la durata dell'azione e la durata dell'eccezione deve intendersi con riferimento all'azione spettante alla controparte del titolare dell'eccezione. Se, invece, venisse intesa con riferimento all'azione eventualmente spettante al titolare dell'eccezione, il significato sarebbe opposto, nel senso che una volta prescrittasi l'azione dovrebbe considerarsi anche prescritta l'eccezione. Sul punto, cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 240 ss.

⁹ L'imprescrittibilità dei poteri processuali è diffusamente ammessa in dottrina, la quale se n'è occupata con particolare riguardo alle azioni di mero accertamento. Cfr. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, diretta da BIGIAMI, Torino, 1968, 49 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1965, 26; AZZARITI – SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, cit., 213 ss.; ANDRIOLI, *Arbitrato irrituale ed effetti sostanziali della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 475 ss.; SATTA, *Compromesso e prescrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 216.

¹⁰ In senso contrario alla generale validità del principio *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*, cfr. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 55-56; RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, cit., 58 ss. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 302; AZZARITI – SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, cit., 216; RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1962, 850; PAGANO, *Sul valore del principio*

Considerato, poi, che la funzione caratterizzante l'eccezione è quella di evitare l'attuazione del diritto della controparte attrice, provocando il rigetto della domanda a tal fine proposta, ben si comprende la *ratio* della regola che non assoggetta a prescrizione l'eccezione.

Il soggetto interessato, infatti, al fine di conservare le proprie ragioni, può veramente sentirsi tutelato – evitando di agire in giudizio ed attendendo, per far valere l'eccezione, di essere eventualmente convenuto – solo se tale possibilità gli è garantita anche oltre il termine di prescrizione dell'azione.

Per quanto riguarda la portata del principio, l'imprescrittibilità deve riferirsi anzitutto alle fattispecie c.d. di «eccezione senza azione»¹¹. Infatti, nei casi in cui la fattispecie impeditiva, estintiva, modificativa non abbia alcun collegamento con la fattispecie costitutiva di un diritto dell'eccipiente, l'imprescrittibilità discende automaticamente dalla funzione esclusivamente difensiva dell'eccezione spettante al debitore.

Più difficile appare, invece, giustificare il principio nelle fattispecie di «eccezione con azione»¹². Tuttavia, tale difficoltà può facilmente superarsi se, invece di concepire il fenomeno in termini di opponibilità in via di eccezione dei diritti prescritti, si parla, più correttamente, di imprescrittibilità delle eccezioni.

La prima locuzione, infatti, induce a pensare che il problema consista nell'ammettere che il diritto soggettivo colpito da prescrizione possa ciononostante essere fatto valere dal suo titolare, come difesa rispetto alla pretesa avversaria, attraverso un suo accertamento *incidenter tantum*, postulando, così, una generalizzata salvezza dei diritti soggettivi estinti per prescrizione, sebbene non al fine di un loro autonomo accertamento, ma allo scopo di difendersi dalla pretesa avversaria.

Se, invece, si fa riferimento al principio dell'imprescrittibilità dell'eccezione, il discorso è limitato alle sole posizioni soggettive concettualmente configurabili in

«*quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*», in *Dir. e giur.*, 1955, 442 ss.; BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 272 ss., secondo il quale la generale validità dovrebbe negarsi in relazione alle «eccezioni con azione». In senso favorevole, invece, cfr. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 110; MIRABELLI, *Della prescrizione*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di FIORE, XIV, Napoli, 1901, 169 ss.

¹¹ È un'espressione di BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 260.

¹² Cfr., ancora, BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, cit., 260 che descrive l'ipotesi come quella in cui «taluno può far valere in giudizio determinate circostanze non solo al fine di difendersi, ma anche a scopo di attacco».

termini di eccezione, riferendosi esclusivamente alla perpetuità del potere di far valere in giudizio fattispecie dotate di efficacia impeditiva, estintiva, modificativa di un diritto altrui.

La descritta perpetuità del potere di eccezione deve, inoltre, confrontarsi con l'affermato principio della disponibilità – intesa come rinuncia, dell'effetto impeditivo, estintivo, modificativo già prodottosi sul piano sostanziale – per atto unilaterale della parte interessata, la quale induce a prospettare come fisiologica l'eventualità di una perdita del potere di eccezione anche prima e a prescindere dal fatto che vi sia stato un suo esercizio in sede giudiziale.

Infine, appare necessario affrontare la tematica delle conseguenze che derivano dall'accoglimento della tesi dell'operatività di diritto dell'eccezione in senso stretto, con riferimento alla legittimazione dei terzi interessati.

Non possono disconoscersi, infatti, le difficoltà in cui si imbatte l'interprete che accolga la concezione sostanziale dell'eccezione in senso stretto nel momento in cui debba spiegare le norme codicistiche che ammettono i terzi interessati ad opporre l'eccezione che spetterebbe al debitore, come nei casi paradigmatici dell'art. 1247 c.c. in tema di compensazione, e dell'art. 2939 c.c., di cui si è trattato anche nel corso dell'indagine.

Come abbiamo visto, l'art. 1247 c.c., in tema di opponibilità della compensazione ad opera di terzi garanti, può essere efficacemente utilizzato per negare la tesi sostanzialistica dell'eccezione in senso stretto e sostenere, al contrario, l'operatività automatica della compensazione.

La norma ammette che il fideiussore (e i terzi garanti reali) possa opporre la compensazione che potrebbe essere fatta valere dal debitore principale, opponendo, quindi, il controcredito di quest'ultimo.

La prevalente dottrina ritiene che al garante sia attribuita un'eccezione *de iure proprio*, di modo che «quand'anche essi l'abbiano proposta con successo, per quanto li riguarda, ciò non esclude che il debitore principale, convenuto a sua volta, possa non proporla o addirittura rinunciarvi»¹³.

¹³ Cfr. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 357 ss.; FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965, 126; SCHLESINGER, *Compensazione*, cit., 726; NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 59; REDENTI, *La*

Se così è, deve ammettersi che la disciplina può spiegarsi solo se si ammette che la compensazione si verifichi di diritto e che l'eccezione serva esclusivamente a sottoporre la questione alla cognizione del giudice, o meglio, a determinarne la rilevanza in sede di accertamento giudiziale dell'esistenza del credito principale.

Ed infatti, se la dichiarazione valesse essa stessa a determinare l'estinzione reciproca, dovrebbe dirsi che i garanti sono titolari di un diritto potestativo volto a disporre – estinguendolo – del credito del debitore garantito. Una tale legittimazione, oltre a prospettarsi come del tutto eccezionale, sarebbe, tuttavia, difficilmente spiegabile sul piano dei principi generali, data l'estraneità del garante rispetto al rapporto giuridico su cui incide la compensazione¹⁴.

Per quanto riguarda, invece, il caso del terzo creditore del debitore titolare dell'eccezione, come quello descritto dall'art. 2939 c.c. in tema di prescrizione, se si accoglie la concezione sostanziale, una tale legittimazione potrebbe trovare giustificazione solo se ricondotta all'istituto dei poteri surrogatori del creditore.

Escluso, infatti, che possano esistere tanti diversi poteri sostanziali quanti siano i terzi interessati, ossia i terzi creditori, praticamente obbligata appare la strada dell'esistenza di un unico potere sostanziale facente capo al debitore, esercitabile da quei terzi in forza di una legittimazione surrogatoria.

Una tale prospettiva risulta, tuttavia, scarsamente soddisfacente se si considera che la disciplina legislativa, così come la dottrina, concepisce la legittimazione del terzo interessato come una legittimazione autonoma (ritenendo, cioè, che al creditore sia attribuita un'eccezione *de iure proprio*), almeno sotto il profilo dell'insensibilità alle vicende che il potere di eccezione abbia subito in forza di atti dispositivi del debitore.

compensazione dei debiti nei nuovi codici, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 23. È rilievo comune che la norma abbia eliminato – in quanto inutile – la disposizione che compariva nell'art. 1290 c.c. previgente, secondo cui il debitore principale non può opporre al creditore i debiti a suo carico esistenti nei confronti del fideiussore. Ed infatti, qui sembra mancare la *ratio* dell'estinzione compensativa, attesa l'assenza di reciprocità tra le due posizioni creditorie, rimanendo pur sempre l'obbligazione principale, benché garantita dal fideiussore, un'obbligazione altrui rispetto a tale soggetto, *ex art. 1936*, comma 1, c.c.

¹⁴ Cfr. gli analoghi rilievi formulati da DE LORENZI, *Compensazione*, in *Dig. disc. priv.*, III, Torino, 1988, 73, a proposito della disciplina dettata dall'art. 1302, comma 1, c.c., in tema di opponibilità della compensazione, da parte di un obbligato solidale, del controcredito spettante ad un altro condebitore verso il debitore comune.

La prescrizione, infatti, *ex art. 2939 c.c.*, può essere opposta dai creditori e da chiunque vi abbia interesse, «anche se la parte vi ha rinunciato». I terzi creditori, quindi, non hanno bisogno di impugnare preventivamente in via revocatoria l'atto dispositivo del debitore per poter opporre la propria eccezione, diversamente da quanto dovrebbe dirsi, invece, se si trattasse di una legittimazione surrogatoria all'esercizio di un potere sostanziale del debitore.

V'è da considerare, inoltre, che, tra le caratteristiche del potere di eccezione in senso stretto si è individuata, quale tratto distintivo, la sua disponibilità per atto unilaterale del soggetto interessato; disponibilità da cogliersi nella possibilità di rinunciare all'effetto impeditivo, estintivo, modificativo.

Proprio tale caratteristica sarebbe difficilmente giustificabile partendo dal postulato dell'eccezione in senso stretto quale potere sostanziale.

Sarebbe piuttosto difficile, infatti, conciliare la descritta autonomia del potere di eccezione, intesa anche come relatività soggettiva degli effetti scaturenti dall'esercizio dell'eccezione, con l'operatività dell'effetto impeditivo, estintivo, modificativo provocato dall'eccezione del terzo anche nei confronti del diritto vantato nei confronti del debitore, conclusione obbligata laddove si ammette che il terzo agisce in via surrogatoria esercitando lo stesso potere sostanziale facente capo al debitore.

Il fatto è, piuttosto, che la legittimazione dei terzi ad opporre l'eccezione si comprende solo pensando che l'eccezione è un potere processuale, privo di portata formativo-dispositiva della realtà sostanziale, poiché esso vale solo a determinare la rilevanza, nel processo, di un'estinzione già di per sé operante e non imputabile ad una scelta del terzo.

Una tale scelta ricostruttiva ben si sposa con le generali caratteristiche dell'eccezione in senso stretto, consentendo, altresì, di ammettere che degli effetti dell'eccezione sollevata dal terzo possa giovare solo quest'ultimo e in nessun caso il debitore titolare della posizione passiva incisa dal fatto impeditivo, estintivo, modificativo, il quale, a tal fine, deve necessariamente attivare il proprio distinto potere di eccezione.

Ne consegue, che, viceversa, il potere di eccezione del terzo è del tutto insensibile alle vicende abdicative poste in essere dal debitore, di modo che, in presenza di una

rinuncia di quest'ultimo, l'eccezione del primo rimane liberamente esercitabile, senza che sia previamente necessario impugnare la rinuncia.

Se esiste un limite all'esercizio del potere di eccezione del terzo creditore, esso può rintracciarsi non tanto nel giudicato sull'esistenza del debito formatosi nel giudizio in cui il debitore si è fatto condannare, quanto nell'avvenuto pagamento del debito, il quale, sebbene possa anch'esso valere come rinuncia all'eccezione, nell'ottica del debitore principale, non può comunque essere superato dal semplice esercizio dell'eccezione da parte del terzo creditore.

Ciò in quanto, sebbene l'adempimento del debitore possa nuocere agli interessi del terzo creditore, l'esercizio dell'eccezione da parte di questi, al fine di porre nel nulla un tale comportamento irresponsabile del debitore, finirebbe per eccedere i limiti funzionali del potere di eccezione¹⁵.

Il terzo creditore, per far valere le proprie ragioni, dovrebbe, invece, ricorrere al diverso schema dell'azione revocatoria.

Laddove si tratti, invece, di terzi garanti, il pagamento effettuato dal debitore, più che costituire un ostacolo all'esercizio dell'eccezione da parte di questi, determina, piuttosto, il venir meno dell'interesse ad un tale esercizio, considerato che l'estinzione del debito principale, in forza del principio di accessorietà, determina il venir meno della stessa posizione debitoria del garante, non determinando, per quest'ultimo, alcun effetto sfavorevole.

¹⁵ Cfr., in tal senso, PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, cit., 236; AZZARITI – SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, cit., 243; NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1953, 62; TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., 196 ss. La soluzione negativa si basa sulla particolare posizione dei terzi creditori. Posto che la funzione assunta dall'eccezione del terzo è quella di evitare il concorso con altro creditore nell'aggressione del patrimonio del debitore, una volta che quest'ultimo abbia adempiuto non c'è più spazio per l'eseribilità dell'eccezione, poiché l'altro creditore non assumerà più il ruolo di concorrente, essendo ormai la prestazione entrata a far parte del suo patrimonio.

BIBLIOGRAFIA

ACCARIAS, *Précis de droit romain*, I, Parigi, 1882.

ALBRECHT, *Le eccezioni nel diritto comune tedesco*, Monaco, 1835.

ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948-1952.

ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957.

ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957.

ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 247 ss.

ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 184 ss.

ALLORIO, *Limiti di efficacia del patto 'solve et repete'*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1937.

ALLORIO, *Il «sistema» del Carnelutti*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1937, 77 ss.

ANDOLINA, *Per un profilo degli atti processuali con effetti di diritto sostanziale*, in *Jus*, 1959, 104 ss.

ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979.

ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1959.

ANDRIOLI, *L'azione revocatoria*, Roma, 1935.

ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1987.

ARISTOTELE, *Metafisica*, Milano, 1994.

ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, tradotto da SERAFINI, Bologna, 1874.

ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1997.

ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 475 ss.

ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.*, 1987, IV, 426 ss.

ATTARDI, *Per una critica al concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, 1 ss.

ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958.

ATTARDI, *L'efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di castello, 1949, 45 ss.

AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, 557 ss.

AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942.

AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli 1971.

AZZARITI – SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1964.

BALENA, *Le novità relative all'appello nel d.l. n. 83/2012*, in *Giusto processo civ.* 2013.

BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2012.

BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, I, Bari, 2007.

BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, I, 45 ss.

BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994.

BARASSI, *Teoria delle obbligazioni*, III, Milano, 1948.

BARBERO, *Il Sistema del diritto privato*, Torino, 1988.

BASILICO, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 263 ss.

BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, Parigi, 1899.

BENVENUTI, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo*, Milano, 1953.

BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Padova, 1962.

BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936.

BETTI, *Su la formula del processo civile romano*, in *Il Filangieri*, 1914.

BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 2000.

BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1988.

BIGLIAZZI GERI, *Istituzioni di diritto civile*, Genova, 1978.

BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974.

BIGLIAZZI GERI – BRECCIA- BUSNELLI – NATOLI, *Diritto civile*, I, Torino, 1987.

BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, *Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette*, Milano, 1931.

BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano 1936.

BOLAFFI, *Sull'efficacia delle cause di interruzione della prescrizione*, in *Foro it.*, 1934, I, 688 ss.

BONACCORSO, *L'eccezione nel sistema di difesa del convenuto*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1192 ss.

BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano, 1903.

BONSIGNORI, *Il divieto di domande ed eccezioni nuove in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998.

BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952.

BRACCO, *La compensazione*, Milano, 1942, ora in *Scritti giuridici ed economici*, Padova, 1972.

BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitito*, Milano, 1974.

BRUNETTI, *Il riscatto convenzionale nella compravendita*, Torino, 1902.

BUGNET, *Œuvres de Pothier – Traité de la procédure civile*, Parigi, 1848.

BUONCRISTIANO, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001. BUONCRISTIANO, *Brevi osservazioni sui problemi sostanziali e processuali dei concorsi privati nella più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Giur. it.*, 1987, I, 805 ss.

BUTERA, *Il codice civile commentato*, IV, Torino, 1943.

CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Studi sul processo civile*, Padova 1957.

CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1943.

CALAMANDREI, *Compensazione in sede esecutiva per credito anteriore al giudicato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, II, 1940, 3 ss.

CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, Padova 1930.

CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1959.

- CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Torino, 2001.
- CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, Torino, 1975.
- CANNATA, *Eccezione (Dir. rom.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960.
- CAPORUSSO, *Commento all'art. 345*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di MARTINO E PANZAROLA, Torino, 2013.
- CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1972, 42 ss.
- CAPPELLETTI, *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 11 ss.
- CAPPELLETTI, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 192 ss.
- CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962.
- CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 266 ss.
- CAPPELLETTI, *Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1610 ss.
- CAPPELLETTI, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di castello, 1949.
- CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, 380.
- CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.
- CAPPONI, *La trattazione della causa*, in VACCARELLA, CAPPONI, CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992.
- CARNELUTTI, *Eccezione e analisi dell'esperienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 640 ss.
- CARNELUTTI, *Un lapsus evidente*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 446 ss.
- CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto da CARNELUTTI, Napoli, 1958.

CARNELUTTI, *Preclusione dell'offerta di revisione del contratto ad equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, 110 ss.

CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946.

CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1938.

CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, 32 ss.

CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1931.

CARNELUTTI, *Negoziio giuridico, atto illecito, atto dovuto*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, 353 ss.

CARPINO, *Diritti potestativi*, in *Enc. giur.*, XI, 1988.

CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti*, Napoli, 1977.

CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in MARAFIOTI – DEL COCO (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino, 2012.

CARRATTA – TARUFFO, *Poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di CHIARLONI, Bologna, 2011.

CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del "giudicato implicito"*, in *Giur. it.*, 2009, 1464 ss.

CARRE DE MALBERG, *Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française*, Parigi, 1887.

CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, II, diretto da CICU – MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1987.

CARRESI, *L'annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1439 ss.

CARIOTA FERRARA, *Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, 361 ss.

CAVALLINI, *L'eccezione "nuova" rilevabile d'ufficio nel giudizio di appello riformato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014;

CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003.

CAVALLONE, *Istruzione probatoria e preclusioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2014.

CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti "rilevabili ex officio"*, in *Il giudice e la prova civile nel processo*, Padova 1991.

CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, Torino, 1980.

CHESHIRE, *Il concetto del «Trust» secondo la Common Law inglese*, Torino, 1933.

CHIARLONI, *La sentenza "della terza via" in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur.it.*, 2002, 1363 ss.

CHIARLONI, *Appello civile*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1995;

ID., *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991;

CHIAZZESE, *Confronti testuali*, estratto degli *Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo*, XIV, Palermo, 1917.

CHIOVENDA, *Sulla «eccezione»*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993.

CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965.

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960.

CHIOVENDA, *Prefazione* alla monografia di ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano 1927.

CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903.

CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, I, Milano, 1992.

CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968.

CIFFO BONACCORSO, *L'eccezione nel sistema della difesa del convenuto*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1192.

CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, V, 6 ss.

COLESANTI, *Nostalgie in tema di eccezioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 273 ss.

COLESANTI, *Domanda di risoluzione ed eccezione revocatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 188 ss.

COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972.

COLESANTI, *Il terzo debitore nel pignoramento dei crediti*, Milano, 1967.

COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965.

COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del "giusto processo"*, in *Nuova giur. civ.*, II, 2001, 19 ss.

COMOGLIO, *Allegazione*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, I, Torino, 1987.

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2015.

CONSOLO, *Imprescrittibilità della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per l'esecuzione: spunti sistematici*, in *Corr. giur.*, 2000, 93 ss.

CONSOLO, *Il processo di risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 299 ss.

CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985.

CORSINI, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 667 ss.

CORTESE, *Eccezione (dir. interm.)*, in *Enc. del dir.*, XIV, Milano, 1965.

CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, 1962.

- COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1980.
- COSTA, *Eccezione (diritto vigente)*, in *Nov. dig. it.*, VI, Torino, 1960.
- COSTANTINO, *La riforma dell'appello*, in *Giusto processo civ.*, 2013, 21 ss.
- COSTANTINO, *Scritti sulla riforma della giustizia civile*, Torino, 2006.
- COSTANZA, *Sul pagamento del debito prescritto*, in *Giust. civ.*, 1979, I, 514 ss.
- COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929.
- CROME, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, tradotto da ASCOLI e CAMMEO, Milano, 1906.
- CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen, 1900.
- CUOMO ULLOA, *Il principio di ragionevole durata e l'art. 37: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito)?*, in *Corr. giur.*, 2009, 386.
- CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel diritto privato italiano*, Milano, 1909.
- D'AMICO, *L'interruzione della prescrizione*, in *Foro it.*, 2004, I, 1885.
- D'ANGELO, *Adempimento*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.
- DALBOSCO, *La compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1989, 364 ss.
- DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, in *Nov. dig. it.*, VI, Torino, 1960.
- DAVIE, *Equity*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960.

DE FERRIERE, *Fins de non-recevoir*, in *Dictionnaire de droit et de pratique*, I, 1779.

DE LORENZI, *Compensazione*, in *Dig. disc. priv.*, III, Torino, 1988.

DE MARTINI, *L'offerta di reductio ad aequitatem del contratto diventato eccessivamente oneroso*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 350 ss.

DE RUGGIERO – MAROI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, Milano, 1950.

DEGNI, *La compravendita*, Padova, 1939.

DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, 13 ss.

DELLACASA - ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, Milano, 2006.

DENTI, *Questioni pregiudiziali, Connessione – diritto processuale civile –*, in *Nov. dig. it.*, XIV, Torino, 1982.

DENTI, *Questioni pregiudiziali di ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217 ss.

DENTI, *Questioni pregiudiziali*, in *Nov. dig. it.*, XIV, Torino, 1967.

DENTI, *In tema di eccezioni riconvenzionali*, in *Giur. it.*, 1964, I, 119 ss.

DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 22 ss.

DETTORI, *Onere della parte*, in *Mass. giur. lav.*, 1983, 66 ss.

DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *Foro it.*, 2015, I, 862.

DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*, in *Corr. giur.*, 2005, 1538 ss.

DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.

DI MAJO, *Pagamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981.

DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, IX, Torino, 1999.

DISTASO, *Beneficio di escussione*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959.

DISTASO, *Azione generale di rescissione per lesione, offerta di reductio ad aequitatem e svalutazione della moneta*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, II, 184 ss.

DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972.

ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927.

FABIANI – GIORGIETTI, *La proponibilità in via di eccezione del diritto alla revocatoria fallimentare prescritto*, in *Foro it.*, 1999, I, 552 ss.

FABBRINI, *Prime considerazioni sul progetto governativo*, in *Scritti giuridici*, II, Milano 1989.

FABBRINI, *Eccezione*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1988.

FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.

FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975.

FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano 1973.

FALZEA, *Rilevanza giuridica*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.

FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965.

FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970.

FERRI – COMOGLIO – TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2006.

FERRONI, *Eccezione in senso stretto, eccezioni in senso lato, difese nel processo del lavoro*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 3031 ss.

FERRUCCI, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. cod. civ.*, VI, Torino, 1980.

FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983.

FITTIPALDI, *Preclusioni processuali e giudicato esterno: verso un disimpegno della cassazione dalla teorica dell'“eccezione”*, in *Corr. giur.*, 2001, 1462 ss.

FLACH, *Études critiques sur l'histoire du droit romain au Moyen âge*, appendice II, Parigi, 1890.

FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965.

FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963.

FRANCHI, *Profili processuali della compensazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 207 ss.

FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, Milano, 2005.

FRANZONI, *Il contratto annullabile*, in *Il contratto in generale*, VII, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Torino, 2002.

FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999.

FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942.

GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Parigi, 1985.

GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1994.

GALVAGNO, *Limiti alla proposizione delle eccezioni in senso lato in grado di appello del processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 752 ss.

GANGI, *Le obbligazioni naturali secondo il nuovo codice*, Milano, 1950.

GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, III, in *Jus*, 1942, 234 ss.

GARSONNET – CEZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, I, Parigi, 1912.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006.

GENTILE, *Natura ed effetto del riscatto esercitato per la totalità da uno solo dei venditori o dei coeredi*, in *Temp. nap.*, 1959, III, 98 ss.

GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO – GABRIELLI, Torino, 2006.

GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959.

GIANNATTASIO, *L'appalto*, Milano, 1967, 210.

GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VIII, Firenze, 1903 – 1907.

GIORGIANNI, *Pagamento (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, XII, Torino, 1982.

GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, tradotto da LONGO, Milano, 1909.

GIULIANO, *La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, Milano, 1955.

GIUSIANA, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 424 ss.

GIUSIANA, *Decadenza e prescrizione*, Torino, 1943.

GLASSON, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, I, Paris, 1902.

GLASSON, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, III, Parigi, 1883.

GRASSO E., *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1993.

GRASSO E., *Dei poteri del giudice*, in *Commentario al c.p.c.*, I, diretto da ALLORIO, Torino, 1980.

GRASSO E., *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967.

GRASSO E., *Profilo sostanziale e profilo processuale della fattispecie impeditiva nella fideiussione con beneficio dell'escussione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 80 ss.

GRASSO B., *Prescrizione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986.

GRASSO B., *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1970.

GRECO – COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966.

GROPALLO, *Contributi alla teoria generale della prescrizione*, Milano, 1930.

HEINTZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937.

IHERING, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, IV, tradotto da BELLAVITE, Milano, 1855.

IMBERT, *La pratique judiciaire tant civile que criminelle*, I, Parigi, 1616.

IOZZO, *Eccezione di giudicato esterno e poteri del giudice (anche di legittimità)*, in *Foro it.*, 2001, I, 2810.

IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Nov. dig. it.*, XV, Torino, 1968.

KELLER, *Il processo romano e le azioni*, traduzione italiana dell'AVV. FILOMUSI GUELF, con annotazione di DI CRESCENZIO, Napoli, 1872.

LA ROSA, *Per una triplice distinzione delle eccezioni*, in *Giur. it.*, IV, 1959, 81 ss.

LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Leipzig, 1903.

LAPERTOSA, *La garanzia per vizi nella vendita e nell'appalto*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 45 ss.

LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.

LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 451 ss.

LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960.

LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1957.

LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma, 1931.

LIEBMAN, *L'eccezione revocatoria e il suo significato processuale*, in *Foro it.*, 1926, I, 65 ss.

LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2017.

LUISO, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»?*, in *Giust. civ.*, 2002, VI, 1611 ss.

LUZZATTO, *Eccezione (dir. rom.)*, in *Enc. giur.*, XIV, Milano, 1965.

LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961. LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961.

MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, Milano, 2006.

MACCARONE, *Delle obbligazioni*, in *Comm. teorico-pratico del cod. civ.*, diretto da DE MARTINO, Novara, 1978.

MACKELDEY, *Manuale di diritto romano*, Firenze, 1851.

MAGAZZÙ, *Decadenza (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, V, Torino, 1960.

MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, II, Milano, 1965.

MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1989.

MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 465 ss.

MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *I rimedi*, IV, a cura di GENTILI, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, Milano, 2006.

MANZINI, *Il pagamento del debito prescritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, 340 ss.

MANZINI, *L'impugnazione del pagamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1978, 994 ss.

MAROI, *Diritto di riscatto in caso di vendita congiuntiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, 52 ss.

MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1982.

MENCHINI, *Il giudicato civile*, Milano, 1988.

MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987.

MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Studi in onore di Fazzalari*, III, Milano, 1993.

MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 299 ss.

MERLIN, *Sulla spendibilità della compensazione in sede di opposizione all'esecuzione. Problemi e prospettive*, in *Riv. es. forzata*, 2000, 97 ss.

MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991.

MERLIN, *Fins de non-recevoir*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, VI, 1727.

MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1964.

MESSINA, *Sui cosiddetti diritti potestativi*, in *Studi in onore di C. Fadda*, Napoli, 1906, 32 ss.

MESSINEO, *Annullabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1985.

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1965.

MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, Torino, 1982.

MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966.

MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959.

MICHELI, *Compensazione legale e pignoramento*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951.

MICHELI, *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padova, 1937.

MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962.

MIRABELLI, *Della vendita*, in *Comm. cod. civ.*, IV, Torino, 1960.

MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955.

MONTANARI, *Le eccezioni in senso stretto e la revocatoria nel giudizio sommario di verifica dello stato passivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, Numero speciale diritto e processo commerciale, 131 ss.

MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili della "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 931 ss.

MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994.

MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Il Contratto: silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992.

MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. del dir.*, XXIX, 1979.

MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, 1923.

MOSCA, *Disciplina limitativa dei licenziamenti*, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1264 ss.

MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981.

MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012.

NARDI, *Rapporti tra ritenzione, prescrizione ed obbligazione naturale*, in *Studi Parmensi*, V, Milano, 1955, 82 ss.

NASI, *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966.

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU – MESSINEO, Milano, 1974.

NATOLI, *In tema di compensazione legale secondo il nuovo codice civile*, in *Foro it.*, 1948, IV, 57 ss.

NICOLÒ, *Adempimento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958.

NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1953.

ORIANI, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, in *Foro it.*, 2013, I, 3515.

ORIANI, *Eccezione nel diritto processuale civile*, in *Il diritto, Enc. giur.*, V, Milano, 2007.

ORIANI, *Ancora sull'eccezione di interruzione di prescrizione: a proposito di allegazione e prova.*, in *Foro it.*, 2006, I, 3136.

ORIANI, *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio. Profili generali, (I)*, in *Corriere giur.*, 2005, 1011 ss.

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.*, in *Corriere giur.*, 2005, 1156 ss.

ORIANI, *L'interruzione della prescrizione è rilevabile d'ufficio: le sezioni unite della Corte di cassazione abbandonano un indirizzo risalente al 1923*, in *Foro it.*, 2005, I, 2660.

ORIANI, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, in *Foro it.*, 2003, I, 3515.

ORIANI, *Il principio di non contestazione comporta l'improponibilità in appello di eccezioni in senso lato?*, in *Foro it.*, 2003, I, 1516.

ORIANI, *Diritto potestativo, contestazione stragiudiziale e decadenza, (I Quaderni della «Rivista di dir. civile»)*, Padova, 2003.

ORIANI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, in *Foro it.*, 2001, I, 127 ss.

ORIANI, *Eccezione, Aggiornamento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995.

ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991.

ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 5 ss.

ORIANI, *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, III.

ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1976.

ORIANI, *La disciplina delle eccezioni nel processo civile*, in www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_7.pdf;

ORSENIGO, *In tema di onere della prova*, in *Foro it.*, 1988, I, 2998 ss.

PACETTI, *Sull'opponibilità della compensazione legale nell'espropriazione presso terzi*, in *Temi rom.*, 1970, 544.

PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998.

PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984.

PATETTA, *Nota sopra alcuni mss. delle Istituzioni di Giustiniano con appendice di glosse inedite*, in *BIDR*, IV, 1891, 92 ss.

PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948.

PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, IV, Bologna-Roma, 1975.

PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, IV, Napoli-Camerino, 1975.

PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1971.

PERLINGIERI, *La dilazione come vicenda modificativa del regolamento del rapporto*, in *Dir. giur.*, 1969.

PETRELLA, *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1088 ss.

PEZZANO, in ANDRIOLI – BARONE – PEZZANO – PROTO PISANI, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna-Roma, 1987.

- PIAZZA, *Convalida, I) Convalida del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.
- PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962.
- POLI, *Le Sezioni Unite e l'art. 37 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2009, I, 810.
- PONCET, *Traité des jugements précédé du traité des actions*, Bruxelles, 1835.
- POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, III, Milano, 1809.
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014.
- PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003.
- PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60 ss.
- PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.
- PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XIV, Milano, 1965.
- PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, XVIII, Milano, 1969.
- PUGLIESE, *La prescrizione estintiva*, Torino, 1924.
- PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, Napoli, 1911.
- RAGUSA MAGGIORE, *Compensazione. b) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.
- REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965.
- REDENTI, *Sull'«assorbimento» di eccezioni riconvenzionali*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, II, Milano, 1962.
- REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957.
- REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 579 ss.

REDENTI, *La compensazione dei debiti nei nuovi codici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 23 ss.

REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1939.

RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950.

RICCI, *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1085 ss.

RICCI, *Sui poteri ufficiosi del giudice in tema di interruzione della prescrizione e di riduzione della penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 715 ss.

RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, estratto degli *Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo*, III – IV, Palermo, 1917.

ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Torino, 1966.

ROCCO, *La sentenza civile*, Milano, 1962.

ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917.

ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 182 ss.

ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958.

ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011.

RUBINO, *Dell'appalto: artt. 1655-1677*, Bologna, 2007.

RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1962.

RUBINO, *L'appalto*, Torino, 1958.

RUBINO – IUDICA, *Appalto*, Bologna, 2007.

RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, diretta da BIGIAMI, Torino, 1968, 5 ss.

- RUSCELLO, *I regolamenti di condominio*, Napoli, 1980.
- SACCHI, *Compensazione*, in *Digesto it.*, VIII, Torino, 1896.
- SACCO, *Le invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 2002.
- SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Soveria Mannelli, 2002.
- SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997.
- SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1973.
- SATTA, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, XIII, Milano, 1964.
- SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963.
- SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959.
- SAVIGNY, *Traité de droit romain*, V, tradotto da GUENOUX, Parigi, 1846.
- SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, V, tradotto da SCIALOJA, Torino, 1893.
- SCHLESINGER, *Compensazione (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, III, Torino, 1964.
- SCHLESINGER, *Compensazione*, in *Nov. dig. it.*, III, 1959.
- SCHLESINGER, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, 353 ss.
- SCHLESINGER, *Pluralità di crediti compensabili*, in *Giur. it.*, 1954, I, 375 ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Fattispecie*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989.
- SCOGNAMIGLIO, *Sulla disponibilità degli effetti della diffida ad adempiere*, in *Giur. it.*, 1988, I, 448 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da GROSSO – SANTORO PASSARELLI, Milano, 1972.

SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969.

SCOGNAMIGLIO, *Atto giuridico*, in *Enc. forense*, I, Milano, 1958.

SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954.

SERTILLANGES, *S. Thomas d'Aquin*, Parigi, 1925.

SFORZA, *Diritto soggettivo*, in *Enc. del dir.*, XII, 1964.

SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile*, fondato da SCHLESINGER, diretto da BUSNELLI, Milano, 2007.

SOCCHI, *Il difetto o conflitto di attribuzione (o di giurisdizione), del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali, non può essere eccepito o rilevato in Cassazione per la prima volta*, in *Giur. it.*, 2009, 416.

SOLAZZI, *Sull'exceptio in diminuzione della condanna*, in *BIDR*, 1934, 41 ss.

STOLFI, *Diritto civile*, II, Torino, 1926.

TEDESCHI, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948.

TEDOLDI, *sub art. 329 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, II, diretto da CONSOLO, Milano, 2010.

TOMMASINI – LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, Milano, 2009.

TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1985.

- TRIMARCHI, *Termine (dir. civ.)*, in *Nov. dig. it.*, XIX, Torino, 1973.
- TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, 219 ss.
- TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Milano, 1980.
- VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, Padova, 2006.
- VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudici*, in *Giur. it.*, 2009, 412.
- VERDE, *Profili del processo di cognizione*, II, Napoli, 2008.
- VERDE, *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989.
- VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 1986.
- VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.
- VIGNALE, *Efficacia della dichiarazione di opposizione in compensazione*, in *Dir. e giur.*, 1960, 323 ss.
- VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Tutela dei diritti*, II, *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1998.
- VITUCCI, *Tant dure l'action tant dure l'exception*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 245 ss.
- VITUCCI, *Le disposizioni generali sulla prescrizione*, Pescara, 1981.
- VULLO, *La domanda riconvenzionale*, Milano, 1995.
- WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, traduzione italiana a cura di FADDA e BENZA, Torino, 1902.
- ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, a cura di VOCINO, Milano, 1955.
- ZUDDAS, *Compensazione*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988.