

CAMERA CIVILE DI TRENTO E ROVERETO
(Trento, 16 ottobre 2008)

dott. Aldo GIULIANI – Giudice del Tribunale di TRENTO

Le eccezioni (di merito) rilevabili d'ufficio o su istanza di parte

1. Eccezioni in senso lato e in senso stretto. Criterio distintivo.

La presente trattazione è relativa alle eccezioni di merito (o sostanziali).

In senso generico, l'eccezione comprende qualsiasi difesa del convenuto.

In senso specifico, l'eccezione ha tre significati:

- 1) contestazione dei fatti costitutivi della domanda: sotto questo profilo, al termine "eccezione" si adatta meglio l'espressione "mera difesa". Le mere difese si risolvono in una sollecitazione rivolta al giudice di esercitare il potere-dovere di pronunciare d'ufficio nel merito della domanda, accertando la fondatezza o meno dei fatti costitutivi della medesima;
- 2) eccezione in senso lato, che indica i fatti estintivi, modificativi, impeditivi (nel senso di cui all'art. 2697, secondo comma, c.c.) rilevabili d'ufficio;
- 3) eccezione in senso stretto; che indica i fatti estintivi, modificativi, impeditivi (nel senso di cui sopra) rilevabili solo su istanza di parte.

La distinzione tra eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto poggia dunque 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 ci si consente il bisticcio, natura "eccezionale".

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 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 correttivo.

Secondo Cass., Sez. Un., 3.2.1998, n. 1099 (in *Foro it.*, 1998, I, col. 764 ss.), “... 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- e pure costituisce eccezione che non può essere rilevata d’ufficio dal giudice (art. 2938)” (ivi, col. 767).

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.

Secondo la S.C., “... 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” (ibidem).

1.1. Eccezioni corrispondenti alla titolarità di un’azione costitutiva.

Il correttivo cui poc’anzi 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 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, a meno che la legge non disponga diversamente e non si rientri nell’ambito delle azioni costitutive (sempre che si ammetta un accertamento costitutivo *incidenter tantum*), il giudice può rilevare d’ufficio tutti i fatti estintivi, modificativi, impeditivi, siano essi semplici fatti giuridici od effetti di una fattispecie (così ORIANI, *L’eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il*

processo civile, in *Foro it.*, 1991, V, col. 21 ss., il quale più avanti -col. 22- 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...").

1.2. Eccezioni in senso lato e in senso stretto: casistica.

Non si possono sottacere le notevoli conseguenze pratiche della conclusione sopra esposta, che cioè di regola i fatti estintivi, modificativi ed impeditivi devono essere rilevati d'ufficio dal giudice, il quale deve rifiutarsi di accogliere domande, che dagli atti risultino infondate, e di tutelare diritti inesistenti od estinti (così ORIANI, *ivi*, col. 18).

Nel codice civile sono espressamente individuate varie ipotesi di eccezioni proponibili soltanto dalla parte; in via esemplificativa:

art. 1242, primo comma - eccezione di **compensazione**;

art. 1442, quarto comma - eccezione di **annullabilità** del contratto, quando è prescritta l'azione;

art. 1449, secondo comma - eccezione di **rescindibilità** del contratto, quando l'azione è prescritta;

art. 1460, primo comma - eccezione di **inadempimento**;

art. 1495, terzo comma - eccezione di **garanzia**, nella **vendita**, anche se è prescritta l'azione;

art. 1667, terzo comma - eccezione di **garanzia**, nell'**appalto** - anche se è prescritta l'azione;

art. 1944, secondo comma - eccezione di **escussione** da parte del fideiussore;

art. 1947, primo comma - **beneficio della divisione** nella fideiussione;

art. 2938 - eccezione di **prescrizione**;

art. 2969 cod. civ. - eccezione di **decadenza**, "*salvo che, trattandosi di materia sottratta alla disponibilità delle parti, il giudice debba rilevare le cause d'improponibilità dell'azione*".

Sono invece pacificamente rilevabili d'ufficio:

il **pagamento**; la **novazione**; la **rimessione**; la **rinuncia al diritto**; la **condizione**; il **termine**; il **concorso del fatto colposo del creditore** ex art. 1227, primo comma, c.c. (non così l'eccezione di **aggravamento del danno per fatto colposo del creditore**, ex art. 1227, secondo comma, c.c., in quanto si ritiene che il comportamento del creditore costituisca un autonomo dovere giuridico, posto a suo carico dalla legge quale espressione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede: così Cass. 23.1.2006, n. 1213; Cass. 15.10.2004, n. 20324; Cass. 27.6.2007, n. 14853).

Generalmente si ritiene che sia rilevabile d'ufficio l'eccezione di **simulazione** del contratto (cfr. Cass., Sez. Lav., 24.6.1998, n. 6272; Cass. 14.1.1985, n. 32). Vi è peraltro il dubbio che nel caso della simulazione ci si trovi di fronte ad un'eccezione vera e propria e non piuttosto ad una mera difesa, poiché è comune opinione che si tratti -quantomeno per la simulazione assoluta- di un motivo di nullità del contratto (per mancanza di causa: così la cit. Cass. 14.1.1985, n. 32), rilevabile d'ufficio ex art. 1421 c.c., attenendo all'inesistenza del fatto costitutivo della domanda.

La **presupposizione** è stata considerata materia di eccezione in senso lato dalla dottrina (ORIANI, *ibidem*), mentre la giurisprudenza opta per la qualificazione come eccezione in senso proprio, configurando essa un fatto impeditivo o costitutivo del diritto dedotto in controversia, onde la relativa allegazione rientra nella disponibilità dei contraenti ai quali spetta pertanto in via esclusiva di eccepirarla (cfr. Cass. 13.5.1996, n. 4449; Cass. 13.3.1987, n. 2621): tale motivazione non è convincente, poiché la qualificazione della presupposizione come fatto impeditivo ecc... è predicabile anche per l'eccezione in senso lato, quindi da sé sola non è sufficiente a negarne la rilevabilità d'ufficio.

Circa la **risoluzione consensuale** del contratto, vi è un contrasto in giurisprudenza: sentenze più risalenti nel tempo ne hanno riconosciuto la natura di eccezione in senso lato, sul presupposto che tutti i fatti impeditivi, estintivi, modificativi sono rilevabili d'ufficio, tranne quelli previsti dalla legge e quelli che legittimano un'azione costitutiva (cfr. *e pluribus* Cass. 29.10.1966, n. 2724; Cass. 19.4.1971, n. 1113), mentre due *dicta* più recenti hanno escluso la rilevabilità d'ufficio, movendo dall'applicazione della regola sull'onere probatorio gravante sull'eccepiente ex art. 2697, secondo comma, c.c. (Cass. 29.3.1982, n. 1939; Cass., Sez. Lav., 12.4.2000, n. 4717, in tema eccezione di risoluzione consensuale di contratto di lavoro subordinato in una controversia promossa dal lavoratore che, allegando l'ingiustificato licenziamento, domandava la reintegrazione nel rapporto di lavoro): anche in tal caso la motivazione non sembra sufficiente, poiché la rilevabilità officiosa o meno dell'eccezione opera su un piano diverso da quello dell'onere della prova, che grava comunque sull'eccepiente, anche nel caso di eccezione in senso lato (sul punto vedi *infra*).

Circa la **risoluzione di diritto** del contratto, la giurisprudenza è incline a considerare nell'esclusiva disponibilità della parte quella derivante dall'inutile decorso del termine assegnato con la **diffida** ad adempiere ex art. 1454 c.c., sul presupposto del carattere essenziale del termine contenuto nella diffida in relazione agli effetti che la legge riconnette alla sua inosservanza, onde soltanto al creditore, nel cui esclusivo interesse l'essenzialità è posta, è rimessa la valutazione della convenienza di far valere l'inutile decorso di quel termine (cfr. Cass. 18.5.1987, n. 4535, la quale precisa che "... *la espressione 'risolto di diritto' adoperata dall'ultimo comma del citato art. 1454 cod. civ. significa soltanto che la pronuncia giudiziale relativa ha carattere meramente dichiarativo della risoluzione stessa e non già che il giudice vi possa provvedere di ufficio senza che vi sia stata apposita domanda del creditore, giacché l'effetto risolutorio rimane comunque nella libera disponibilità di quest'ultimo*").

In senso apparentemente contrario sembra essere Cass. 7.6.1988, n. 3880, la quale, in tema di **esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre** ex art. 2932 c.c., ha statuito che "... *la sopravvenuta risoluzione di diritto di tale contratto, quale ragione ostativa all'accoglimento di detta pretesa, è rilevabile anche d'ufficio, indipendentemente da un'eccezione del convenuto, nell'ambito del potere-dovere del giudice di riscontrare il fondamento della domanda e le relative condizioni*": dalla massima non si desume quale sia stata la causa della risoluzione di diritto del contratto preliminare, quindi non è certo che il precedente possa contrapporsi a quello sopra esaminato.

In altra materia, ove la risoluzione di diritto opera senza necessità di un atto extragiudiziale rimesso alla disponibilità del creditore, come la diffida ad adempiere, la S.C. ha invece senza incertezze qualificato la fattispecie come eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio dal giudice: cfr. Cass. 12.1.2007, n. 494, in tema di **risoluzione di diritto del contratto di assicurazione** ex art. 1901, terzo comma, c.c., qualora l'assicuratore lasci trascorrere il termine di sei mesi dalla scadenza del premio o della rata di premio ed agisca successivamente per il pagamento non solo del premio relativo al periodo assicurativo in corso al momento del decorso di quel termine e, quindi, della risoluzione di diritto del contratto, ma anche dei premi dovuti per periodi successivi, in ordine ai quali l'avvenuta verifica della risoluzione opera quale fatto impeditivo.

Per lungo tempo, l'**interruzione della prescrizione** è stata considerata dalla prevalente giurisprudenza come materia di eccezione in senso stretto, sul principale presupposto che si sarebbe trattato di una controeccezione all'eccezione di prescrizione, quest'ultima non rilevabile d'ufficio (almeno di regola) per espressa previsione di legge. In argomento sono intervenute nel 2005 le Sezioni Unite della Cassazione, che, con una sentenza allineata al precedente *decisum* di cui alla citata Cass., Sez. Un., 1099/1998, hanno ricondotto l'interruzione della prescrizione nella categoria delle eccezioni in senso lato (sent. n. 15661 del 27.7.2005):

"Poiché nel nostro ordinamento le eccezioni in senso stretto, cioè quelle rilevabili soltanto ad istanza di parte, si identificano o in quelle per le quali la legge espressamente riserva il potere di rilevazione alla parte o in quelle in cui il fatto integratore dell'eccezione corrisponde all'esercizio

di un diritto potestativo azionabile in giudizio da parte del titolare e, quindi, per svolgere l'efficacia modificativa, impeditiva od estintiva di un rapporto giuridico suppone il tramite di una manifestazione di volontà della parte (da sola o realizzabile attraverso un accertamento giudiziale), l'eccezione di interruzione della prescrizione integra un'eccezione in senso lato e non in senso stretto e, pertanto, può essere rilevata d'ufficio dal giudice sulla base di elementi probatori ritualmente acquisiti agli atti, dovendosi escludere, altresì, che la rilevabilità ad istanza di parte possa giustificarsi in ragione della (normale) rilevabilità soltanto ad istanza di parte dell'eccezione di prescrizione, giacché non ha fondamento di diritto positivo assimilare al regime di rilevazione di una eccezione in senso stretto quello di una controeccezione, qual è l'interruzione della prescrizione”.

Le successive sentenze delle sezioni semplici *in subiecta materia* hanno confermato il *revirement*.

A diversa conclusione deve pervenirsi circa l'eccezione di **usucapione** (ad es., in causa di rivendica, o *negatoria*), poiché in virtù del richiamo di cui all'art. 1165 c.c. si applicano all'usucapione, quale prescrizione acquisitiva, le disposizioni generali sulla prescrizione estintiva, ivi compresa quella sulla non rilevabilità d'ufficio ex art. 2938 c.c.: si tratta dunque di un'eccezione in senso stretto.

Per lungo tempo si è ritenuto che anche il potere del giudice di **riduzione della penale**, ex art. 1384 c.c., fosse soggetto all'istanza della parte interessata (in via di domanda riconvenzionale o di eccezione). Con sentenza n. 18128 del 13.9.2005, le Sezioni Unite della Cassazione, accogliendo l'orientamento minoritario, hanno ammesso l'esercizio officioso di tale potere, nei seguenti termini: *“In tema di clausola penale, il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art.1384 cod. civ. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio per ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela, e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, giacché in quest'ultimo caso la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita”.*

Infine, merita di essere segnalata l'importante sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 226 del 25.5.2001, che, nel comporre il contrasto insorto circa la rilevabilità officiosa o meno dell'**eccezione di giudicato esterno** (che in numerose pronunce veniva distinta dall'eccezione di giudicato interno, pacificamente qualificata come rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo), ha applicato *in subiecta materia* il principio generale accolto dalla cit. Cass., Sez. Un., 1099/1998, circa il criterio discrezionale tra le due categorie di eccezioni, concludendo per la piena rilevabilità officiosa. La sentenza è importante anche per quanto osserva in ordine all'inesistenza di limiti sia all'allegazione che alla prova dei fatti costitutivi dell'eccezione di giudicato esterno (sull'argomento si tornerà diffusamente *infra*, affrontando il tema dell'esistenza o meno di un onere di tempestiva allegazione delle eccezioni in senso lato):

“Poiché nel nostro ordinamento vige il principio della rilevabilità di ufficio delle eccezioni, derivando invece la necessità dell'istanza di parte solo dall'esistenza di una eventuale specifica previsione normativa, l'esistenza di un giudicato esterno, è, al pari di quella del giudicato interno, rilevabile d'ufficio, ed il giudice è tenuto a pronunciare sulla stessa qualora essa emerga da atti comunque prodotti nel corso del giudizio di merito. Del resto, il giudicato interno e quello esterno, non solo hanno la medesima autorità che è quella prevista dall'art. 2909 cod. civ., ma corrispondono entrambi all'unica finalità rappresentata dall'eliminazione dell'incertezza delle situazioni giuridiche e dalla stabilità delle decisioni, le quali non interessano soltanto le parti in causa, risultando l'autorità del giudicato riconosciuta non nell'interesse del singolo soggetto che lo ha provocato, ma nell'interesse pubblico, essendo essa destinata a esprimersi - nei limiti in cui ciò

sia concretamente possibile - per l'intera comunità. Più in particolare, il rilievo dell'esistenza di un giudicato esterno non è subordinato ad una tempestiva allegazione dei fatti costitutivi dello stesso, i quali non subiscono i limiti di utilizzabilità rappresentati dalle eventualmente intervenute decadenze istruttorie, e la stessa loro allegazione può essere effettuata in ogni stato e fase del giudizio di merito. Da ciò consegue che, in mancanza di pronuncia o nell'ipotesi in cui il giudice di merito abbia affermato la tardività dell'allegazione - e la relativa pronuncia sia stata impugnata - il giudice di legittimità accerta l'esistenza e la portata del giudicato con cognizione piena che si estende al diretto riesame degli atti del processo ed alla diretta valutazione ed interpretazione degli atti processuali, mediante indagini ed accertamenti, anche di fatto, indipendentemente dall'interpretazione data al riguardo dal giudice del merito”.

2. Rilevazione e allegazione delle eccezioni.

Così risolto il problema dell'individuazione delle due categorie di eccezioni, non si è tuttavia esaurito il problema della loro rilevabilità nel processo. Una volta accertato se un'attività difensiva abbia natura di eccezione in senso stretto od in senso lato, occorre coordinare il suo regime con l'ordinamento del processo in cui essa è fatta valere, nel quale può operare un sistema di preclusioni e di decadenze, sistema in ipotesi differenziato a seconda della diversa natura dell'eccezione.

Prima di esaminare la questione, è necessario chiarire che cosa si intenda dire quando si afferma che un'eccezione è rilevabile d'ufficio o solo su istanza di parte (o, il che è lo stesso, quando si afferma che un'eccezione può essere proposta soltanto dalle parti, come si esprime l'art. 112 c.p.c.).

“Rilevare” un'eccezione significa attribuire rilevanza, ai fini della decisione nel merito, ad un fatto estintivo, modificativo od impeditivo del fatto costitutivo dell'altrui domanda. Più propriamente, rilevare un'eccezione significa attribuire rilevanza agli effetti giuridici (estintivi, modificativi o impeditivi) dei fatti storici su cui l'eccezione si fonda. Come tale, l'attività di **rilevazione** di un'eccezione compete esclusivamente al giudice, al quale spetta il potere-dovere di pronunciare nel merito della controversia (in questo senso, l'attività di rilevazione dell'eccezione configura anche un potere del giudice).

La differenza tra eccezioni in senso stretto ed in senso lato risiede, come si è visto *supra*, sui differenti presupposti che condizionano l'esercizio del potere di rilevazione del giudice: quanto alle prime il giudice, anche ove ritenga esistente il fatto (estintivo ecc...), può attribuire ad esso rilevanza solo se la parte interessata ne faccia richiesta; quanto alle seconde, a tanto può provvedere anche in difetto di una tale richiesta. In entrambi i casi è tuttavia necessario che il medesimo fatto risulti acquisito agli atti del processo (e provato *rite et recte*), alla stregua della specifica disciplina processuale dell'acquisizione: in caso contrario, **si violerebbe il divieto di scienza privata del giudice.**

Sorge a questo punto il problema di stabilire quando il fatto su cui si fonda l'eccezione può dirsi ritualmente acquisito al processo, affinché possa essere esercitato il potere di rilevazione senza incorrere nel divieto di scienza privata del giudice.

Secondo un orientamento, l'acquisizione processuale del fatto su cui si fonda l'eccezione (da tenersi distinta dalla prova del medesimo fatto, la quale dipende dall'esito delle acquisizioni istruttorie) deve necessariamente passare attraverso l'esercizio dell'attività/potere di **allegazione**, che compete solo alle parti. “Allegazione” deve qui intendersi come “deduzione”, “affermazione” del fatto estintivo ecc... su cui si fonda l'eccezione, a prescindere dalla dimostrazione del medesimo (il cui onere grava sulla parte interessata in base alla regola di cui all'art. 2697 c.c.).

Questa conclusione è evidente per le eccezioni in senso stretto, poiché proporre tali eccezioni non può significare altro che dedurre un fatto e chiedere che sia applicato l'effetto del fatto alla situazione sottoposta al giudizio (invero, non si vede come la parte potrebbe chiedere al giudice di attribuire rilevanza ad un fatto estintivo ecc..., senza averlo prima dedotto).

Quanto alle eccezioni in senso lato, i fautori di questo orientamento ritengono invece necessario e sufficiente, perché possa esercitarsi il rilievo d'ufficio, che vi sia stata la sola allegazione del fatto, ancorché per fini diversi da quelli diretti alla rilevazione dell'eccezione, ed ancorché la deduzione sia stata effettuata da una parte diversa dall'interessata. All'interno di tale orientamento, prevale poi l'opinione (di cui è espressione la giurisprudenza dominante di legittimità, a partire dalla citata Cass., Sez. Un., 1099/1988, seguita dalle sentenze illustrate *infra*, nonché, in dottrina, CHIARLONI, ne *Le riforme del processo civile* a cura di Chiarloni, Bologna, 1992, 175 ss, spec. 178; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 73 ss; COSTANTINO, in AA.VV., *Commentario alla l. 26 novembre 1990, n. 353. Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Nuove leggi civ.*, 1992, 87 ss.; VACCARELLA – CAPPONI – CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 98 ss.; COLESANTI, *Il processo di cognizione nella riforma del 1990*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 20), secondo la quale è individuabile anche per le eccezioni in senso lato un **onere di tempestiva allegazione** dei fatti estintivi, modificativi, impeditivi sui quali esse si fondano, onere che trova un limite preclusivo nell'udienza ex art. 183 c.p.c., o, al massimo, nello spirare dei termini concessi per la c.d. appendice scritta di trattazione (e, quanto al rito del lavoro, nella memoria difensiva ex art. 416 c.p.c.).

Secondo un diverso orientamento (di cui è espressione in dottrina, tra gli altri, ORIANI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, in *Foro it.*, 2001, I, col. 127 ss.), l'assolvimento dell'onere di allegazione del fatto su cui si basa l'eccezione è indefettibile solo per la rilevazione delle eccezioni in senso stretto, mentre per quelle in senso lato “... il fatto estintivo, modificativo, impeditivo rilevabile d'ufficio può risultare ex actis, ad es. in virtù di prove già acquisite nel corso del giudizio, o perché si tratta di fatto notorio...” (ivi, col. 133). Non sarà da escludere, ovviamente, la deduzione ad opera della parte interessata o di altre parti, ma non si tratta dell'unica modalità di rituale acquisizione del fatto al processo: “... il magistrato deve tener conto dei fatti estintivi, modificativi, impeditivi rilevabili d'ufficio, ove risultino dagli atti di 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” (ivi, col. 132).

2.1. Eccezioni e preclusioni processuali. Eccezioni in senso lato e onere di tempestiva allegazione.

L'adesione all'uno od all'altro degli orientamenti sopra esposti ha rilevanti conseguenze sull'operare del sistema di preclusioni e decadenze nell'ambito delle eccezioni (si passa ora ad esaminare la questione prima delineata nei suoi termini generali).

Limite l'esposizione al processo ordinario di cognizione, con qualche cenno al rito del lavoro.

La disciplina vigente (frutto delle modifiche introdotte dal c.d. decreto legge “competitività” n. 35/2005, convertito nella legge n. 80/2005) assoggetta a decadenza le “*eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio*”, se non proposte nella comparsa di risposta tempestivamente depositata, ai sensi dell'art. 167, comma 2, c.p.c. (*i.e.*, almeno venti giorni prima dell'udienza di comparizione, ex art. 166 c.p.c., o comunque nel rispetto dei diversi termini ivi contemplati). In tal modo il legislatore è -per così dire- tornato all'impianto originario della novella del 1990, facendo arretrare la barriera preclusiva delle eccezioni non rilevabili d'ufficio rispetto al limite stabilito dalla c.d. “novellazione d'urgenza” del 1995, che aveva fatto avanzare tale barriera

sino alla scadenza del termine concesso nell'udienza di prima comparizione di cui al (previgente) art. 180 (ciò che aveva causato, com'è noto, la scissione della prima udienza di trattazione nella doppietta ex artt. 180-183, ora -coerentemente- eliminata). *Per incidens*, si può osservare che uno degli effetti della riforma è stata la soluzione della tormentata questione concernente l'ammissibilità della proposizione in via di eccezione riconvenzionale, nel termine ex art. 180, comma 2 (testo prev.), delle attività assertive dalla cui proposizione in via di domanda riconvenzionale il convenuto era decaduto, per non averle tempestivamente svolte in comparsa di risposta (ad es: eccezione di usucapione in causa di rivendica, proposta dal convenuto dopo che era maturata la scadenza dalla domanda riconvenzionale di usucapione). In conclusione sul punto, il convenuto ha l'onere di proporre le eccezioni in senso stretto, a pena di decadenza, in sede di tempestiva costituzione in giudizio: sulla base di quanto sopra detto, la tempestiva proposizione di tali eccezioni deve comprendere sia l'allegazione del fatto estintivo, modificativo o impeditivo sia l'istanza affinché sia applicato l'effetto del fatto alla situazione sottoposta al giudizio. Rimane inoltre ferma la preclusione avente ad oggetto le cc.dd. eccezioni (in senso stretto) consequenziali, vale a dire "... *le eccezioni che sono conseguenza della domande riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto*", che l'attore ha l'onere di proporre (esercitando un'attività di allegazione e di istanza di rilevazione speculare a quella vista per le eccezioni in senso stretto del convenuto) nell'udienza di prima comparizione e trattazione della causa, ai sensi del novellato art. 180, comma 5 (che riproduce *in parte qua* il previgente quarto comma dello stesso articolo): ad es., eccezione di prescrizione di un credito opposto dal convenuto in compensazione.

La disciplina processuale vigente nulla invece espressamente prevede circa eventuali preclusioni aventi ad oggetto le eccezioni rilevabili d'ufficio. In prima approssimazione, si può dedurre *a contrario*, dal disposto dell'art. 167, comma 2, che esse non sono soggette a preclusioni collegate alla tempestiva costituzione in giudizio del convenuto. In seconda approssimazione, è possibile concludere che non esistono preclusioni all'esercizio del potere di rilevazione da parte del giudice di merito (*contra*, in dottrina, GRASSO, *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile di primo grado*, , 652, secondo il quale il rilievo d'ufficio dell'eccezione in senso lato è rappresentato dall'udienza ex art. 183 c.p.c.), come si inferisce *a contrario* dal disposto dell'art. 345, comma 2, c.p.c., che, negando l'ammissibilità delle eccezioni in senso stretto in grado d'appello, implicitamente ammette la rilevazione in tale grado delle eccezioni in senso lato (salvo poi lasciare irrisolto il problema se la rilevazione ad opera del giudice d'appello possa avere ad oggetto solo fatti estintivi ecc... già acquisiti al processo in primo grado ma non rilevati dal primo giudice, ovvero se sia ammissibile anche dedurre simili fatti per la prima volta in secondo grado). Rimane tuttavia da esaminare il quesito se la rilevabilità d'ufficio delle eccezioni in senso lato sia impedita dal mancato assolvimento di un onere di tempestiva allegazione dei fatti sui quali le eccezioni si fondano (ancorché i medesimi fatti, in ipotesi, risultino *aliunde* dagli atti di causa) e, in caso di risposta affermativa al quesito, rimane da individuare il momento in cui matura tale decadenza processuale.

I fautori del secondo orientamento sopra illustrato negano ovviamente l'esistenza dell'onere di tempestiva allegazione delle eccezioni in senso lato, sicché essi non solo ammettono l'allegazione tardiva dei fatti estintivi ecc... rilevabili d'ufficio [laddove la tardività, come si è accennato *supra*, viene riferita, nel processo ordinario di cognizione di primo grado, alla definitiva delimitazione del *thema decidendum*, derivante dallo spirare dell'udienza ex art. 183 ovvero dei termini per la c.d. appendice scritta di trattazione di cui al sesto comma, nn. 1) e 2), del medesimo articolo], ma, come si visto, considerano rilevabili tali fatti anche in assenza di allegazione, purché essi siano comunque acquisiti al processo. Questa conclusione deve però fare i conti con un limite esterno, collegato sia alla necessità che i fatti su cui si fondano le eccezioni siano provati sia all'esistenza delle preclusioni istruttorie: invero, "... *è da considerare ... che, pur in caso di eccezioni rilevabili d'ufficio, l'allegazione dei fatti non può andare disgiunta dalla prova della loro esistenza, sicché*

anche sotto tale profilo, una tardiva allegazione finirebbe per incontrare un limite di utilizzabilità nelle ormai intervenute decadenze istruttorie” (così la cit. Cass., Sez. Un., 3.3.1998, n. 1099, *ivi*, col. 768, con argomentazioni relative alle preclusioni istruttorie proprie del processo del lavoro, ma estendibili a quelle previste nel processo ordinario di cognizione). Ciò ha fatto dire ad un A. che “... se non c’è preclusione sul piano delle allegazioni, c’è preclusione sul piano della prova” (ORIANI, *Eccezione rilevabile d’ufficio ...*, cit., col. 133), anche se, come precisa subito dopo lo stesso A. (*ibidem*; il brano è già stato parzialmente citato *supra*), “... si tratta di piani completamente diversi: il fatto estintivo, modificativo, impeditivo rilevabile di ufficio può risultare ex actis, ad es. in virtù di prove già acquisite nel corso del giudizio, o perché si tratta di fatto notorio”.

L’obiezione principale alla tesi contraria, nella parte in cui essa pretende l’allegazione tempestiva dei fatti che danno luogo ad un’eccezione in senso stretto, consiste nel rilievo che in tal modo viene creata in realtà una sostanziale parificazione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato, introducendosi una nuova ipotesi di decadenza non prescritta dalla legge (ORIANI, *ibidem*). Il ché è evidente nel rito del lavoro, dove l’allegazione andrebbe fatta *in limine litis*, nella memoria difensiva ex art. 416 c.p.c; sotto questo profilo, la differenza tra le due categorie di eccezioni si ridurrebbe alla necessità, quanto alle eccezioni non rilevabili d’ufficio, dell’istanza diretta ad attribuire rilevanza giuridica agli effetti del fatto allegato, nonché alla possibilità (invero raramente ipotizzabile in concreto, al di là dei casi di scuola), propria solo delle eccezioni in senso lato, che l’acquisizione al processo del fatto estintivo ecc... derivi dall’allegazione di una parte diversa da quella interessata (ad es., un altro convenuto od un terzo chiamato od intervenuto nel processo, posto che ben difficilmente il fatto fondante l’eccezione sarà dedotto dall’attore). Anche nel rito ordinario, peraltro, la differenza sfumerebbe notevolmente, riducendosi alla diversa scansione temporale del limite preclusivo, spostato per le eccezioni in senso lato dalla tempestiva comparsa di risposta (limite preclusivo proprio delle sole eccezioni in senso stretto) alla prima udienza ex art. 183 c.p.c. -od all’appendice di trattazione scritta-, ferme restando le altre peculiarità sopra menzionate.

Chi sostiene invece la sussistenza dell’onere di tempestiva allegazione fa riferimento ad esigenze di rispetto del principio dispositivo e del principio del contraddittorio, in un sistema processuale caratterizzato da un regime di preclusioni forti.

Già la citata Cass., Sez. Un., 1099/1998, in una controversia soggetta al rito del lavoro nella quale era contestata l’ammissibilità dell’eccezione di *aliunde perceptum* o *percipiendum* non proposta dal datore di lavoro nelle forme e nei modi di cui all’art. 416 c.p.c., statui che “... ipotizzare l’allegabilità di fatti nuovi anche oltre tale termine [i.e., il limite temporale del tempestivo deposito della memoria difensiva ex art. 416 c.p.c., ma la considerazione può essere estesa, come si è accennato *supra*, al limite preclusivo costituito, nel rito ordinario, dalla definitiva delimitazione del *thema decidendum* ex art. 183 c.p.c: N.d.r.] per la sola ragione che la rilevanza dei loro effetti non si iscrive nel novero delle eccezioni riservate alla parte, significherebbe compromettere il sistema delle preclusioni sul quale quel rito si fonda ed in particolare la sua funzione di affidare alla fase degli atti introduttivi del giudizio [nel rito ordinario, vale il riferimento alla fase di trattazione della causa: N.d.r.] la cristallizzazione dei temi controversi e delle relative istanze istruttorie: lumi in tal senso somministra[no] ... la considerazione che la compromissione del sistema apparirebbe vieppiù evidente per il tendenziale aggravamento del vulnus che conseguirebbe ad esigenze del rispetto del contraddittorio, se si ammettesse il convenuto ad implementare, ..., il coacervo dei fatti dai quali dipende la decisione. ... / Deroga alla preclusione dell’allegabilità di fatti nuovi può determinarsi solo in forza di sopravvenienze e ciò anche se si tratta di fatti che fondano un’eccezione riservata alla parte ... “ (*Foro it.*, 1991, cit., col. 768).

Recentemente, tale indirizzo è stato ribadito da Cass. 22.6.2007, n. 14581, con espreso riferimento al rito ordinario, in una controversia avente ad oggetto la condanna dell’assicuratore RCA al risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli, ove l’assicuratore si doleva che il giudice di merito non avesse limitato il risarcimento all’ammontare del massimale di polizza, pur se

in assenza di allegazione di tale limite (fattispecie che la S.C. qualifica come eccezione rilevabile d'ufficio):

“... Non vi è dunque alcun ostacolo a che trovi piena applicazione il principio dispositivo (tradizionalmente considerato uno dei più basilari principi del processo civile; e tuttora pienamente valido nel processo civile ordinario; mentre per quanto riguarda il processo del lavoro la questione meriterebbe una trattazione a parte, che ovviamente non va affrontata nella presente sentenza concernente il solo processo ordinario) in base al quale (fatte salve talune eccezioni) è vietato al giudice di porre a base della propria decisione fatti non dedotti dalle parti (o comunque non risultanti dagli atti di causa).

In particolare si ritiene in genere (ed è comunque fondato affermare) che nel principio dispositivo sia compreso il principio della disponibilità (spettante appunto alle parti) dell'oggetto del processo. Una volta accettata tale impostazione appare impossibile sostenere che il giudice può basare la propria decisione su un fatto (ritenuto dal giudicante stesso estintivo, modificativo od impeditivo) che nessuna delle parti (ed in particolare neppure quella interessata) ha mai in alcun modo dedotto in causa (sia pure ad altri fini); è infatti evidente che in tal caso detto giudice violerebbe il predetto principio.

All'accettazione della tesi qui criticata si oppone anche il principio del contraddittorio. Infatti se si ammette che i fatti posti a fondamento di eccezioni rilevabili d'ufficio non debbono necessariamente essere allegati (nel senso suddetto) dalla parte quando si tratta di allegazioni "silenti" (espressione usata da parte della dottrina) e cioè, di cui le parti (si noti: tutte le parti) non hanno consapevolezza (ad es. perché emergenti da documenti prodotti per dimostrare fatti del tutto diversi), si perviene necessariamente alla conclusione che la parte in danno della quale il giudice rileva d'ufficio l'eccezione vede leso (generalmente) il suo diritto ad una difesa efficace e pronta (nel senso di tempestiva; e cioè realizzabile quando lo svolgersi del processo non l'ha ancora resa giuridicamente od anche solo di fatto impossibile; ovvero comunque più difficile). In realtà però può accadere di peggio; infatti se si abbandona il principio della disponibilità dell'oggetto del processo spettante alle parti, persino la parte che vede accolta in suo favore l'eccezione (in senso lato) sulla base di fatti che ignorava o che aveva consapevolmente deciso di non far rientrare nel processo, può veder lesi i suoi diritti; può infatti capitare che quegli eventi posti dal giudice a base della sua decisione e quindi destinati a rientrare nell'oggetto (in senso lato) del giudicato, se non altro a causa degli effetti riflessi di quest'ultimo, pregiudichino pesantemente (ad es. in altre cause) gli interessi della parte che ha visto accolta in suo favore l'eccezione predetta (e che in ipotesi proprio per scongiurare un siffatto evento aveva deciso di non farne oggetto del processo). Va rilevato che in genere, anche coloro i quali sostengono l'ammissibilità delle allegazioni "silenti", affermano la necessità che il giudice provochi sui fatti in questione il contraddittorio ex art. 183 c.p.c., comma 4; le problematiche relative a tale norma non debbono però essere affrontate nell'ambito della presente decisione apparendo pacifico che in primo grado il Giudice non ha mai provocato detto contraddittorio.

Sulla base di quanto sopra esposto deve concludersi che l'allegazione è necessaria, e che deve aver luogo al massimo entro il termine ultimo entro il quale nel processo di primo grado si determina definitivamente il thema decidendum (secondo la tesi criticata invece tale determinazione, con riferimento alla suddetta allegazione, non sarebbe definitiva) e probandum, e cioè entro la prima udienza di trattazione ovvero entro il termine perentorio eventualmente fissato dal giudice ex art. 183 cit. "...per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dell'altra parte..." e "...per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime..." (tale principio di diritto è stato così esposto con riferimento all'art. 183 cit. non novellato in quanto è questo quello applicabile nella causa in esame; il medesimo principio vale però anche con riferimento all'art. 183 novellato che prevede un termine perentorio per fini corrispondenti)".

La sentenza in rassegna ha avuto cura di verificare se l'indirizzo restrittivo da essa accolto si ponesse in contrasto con la giurisprudenza delle Sezioni Unite sulla rilevabilità officiosa

dell'eccezione di giudicato esterno (cfr. la citata Cass., Sez. Un., 226/2001), giungendo alla conclusione che la *ratio decidendi* di tale pronuncia non può estendersi oltre la particolare eccezione ivi considerata, dotata di una specificità tale da non essere assimilabile alle eccezioni sostanziali:

“... Si discute inoltre (come già si è accennato sopra) sul se la stessa giurisprudenza delle S.U., nella sopra citata sentenza n. 226/01, abbia smentito l'impostazione restrittiva in questione allorché, qualificando eccezione rilevabile d'ufficio l'eccezione di giudicato, ha espressamente affermato che l'allegazione e dimostrazione ad opera della parte, per quanto necessaria, non è soggetta a termini particolari, potendo essere effettuata in ogni stato e fase del giudizio di merito; a coloro che sostengono la tesi della smentita si oppongono infatti coloro i quali ritengono che la ratio decidendi di tale pronuncia non possa estendersi oltre la particolare eccezione considerata nella sentenza proprio per la specificità della medesima.

Sembra opportuno cominciare con il prendere posizione su tale punto. Va a tal proposito affermata la fondatezza del secondo assunto e non del primo. Infatti l'enfasi posta dalla Corte sulle peculiarità degli istituti giuridici in questione (giudicato esterno ed interno) e sull'interesse pubblico posto a base dei medesimi (v. in particolare, nell'ambito del principio di diritto sopra citato, il seguente brano: "...il giudicato interno e quello esterno, non solo hanno la medesima autorità che è quella prevista dall'art. 2909 cod. civ., ma corrispondono entrambi all'unica finalità rappresentata dall'eliminazione dell'incertezza delle situazioni giuridiche e dalla stabilità delle decisioni, le quali non interessano soltanto le parti in causa, risultando l'autorità del giudicato, riconosciuta non nell'interesse del singolo soggetto che lo ha provocato, ma nell'interesse pubblico, essendo essa destinata a esprimersi - nei limiti in cui ciò sia concretamente possibile - per l'intera comunità...") rende evidente l'impossibilità di estendere la ratio in questione ad altre situazioni. Va evidenziato a tal proposito che allorché è in questione un interesse pubblico in campo processuale è normale la rilevabilità d'ufficio (talora addirittura in ogni stato e grado; si consideri ad es. l'accertamento in ordine alla sussistenza dell'interesse ad agire, che deve essere rilevato d'ufficio in ogni stato e grado del processo - v. Cass. n. 26632 del 13/12/2006; ed il difetto di legitimatio ad processum, che parimenti deve essere oggetto di verifica, preliminarmente al merito, da parte del giudice, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio; v. Cass. Sentenza n. 20819 del 26/09/2006). Nella specie [si ricorda che il caso concreto conosciuto dalla S.C. riguardava l'eccezione di invalicabilità del massimale di polizza in una causa di risarcimento dei danni causati dalla circolazione dei veicoli: N.d.r.] è invece in questione un diritto di carattere sostanziale il cui esercizio anche in campo processuale non incide in alcun modo su interessi pubblici...”.

2.3. Considerazioni critiche sull'esistenza di un onere di tempestiva allegazione, a pena di decadenza, delle eccezioni in senso lato. Il dovere del giudice di indicare alle parti le eccezioni rilevabili d'ufficio.

L'orientamento prevalente in giurisprudenza è condivisibile nei suoi termini generali, laddove esclude che, dopo la definitiva fissazione del *thema decidendum* -al di fuori di ipotesi di sopravvenienze- una parte possa allegare fatti nuovi fondanti un'eccezione in senso lato, vulnerando il diritto di difesa della controparte. Ma tale assunto presuppone che l'allegazione tardiva si accompagni al riconoscimento della pretesa del convenuto di provare i fatti tardivamente allegati, una volta intervenute anche le preclusioni istruttorie, senza possibilità per l'attore di replicare alle altrui allegazioni e di indicare prove contrarie. Tuttavia, in questi casi le allegazioni tardive, come si è detto *supra*, saranno inutilizzabili ai fini della decisione, perché le già maturate preclusioni istruttorie, che non vi è ragione di ritenere superabili *in subiecta materia*, impediranno la dimostrazione del fatto estintivo, modificativo o impeditivo tardivamente allegato: cosicché non vi sarà alcun *vulnus* né al principio della disponibilità dell'oggetto del processo né a quello del contraddittorio. Qualora invece il substrato storico dell'eccezione in senso lato sia stato regolarmente acquisito al processo (così MERLIN, *Compensazione e processo*, Milano, 1991, I,

348, nota 262), ancorché non attraverso una deduzione di parte (si pensi, ad es., ad un documento ritualmente prodotto, seppure ad altri fini, da cui emerga un fatto fondante un'eccezione in senso lato), il divieto del rilievo d'ufficio del giudice rischia di essere "... *fonte di una pericolosa divaricazione non solo tra diritto e processo, ma tra realtà accertata e contenuto dell'accertamento giudiziale*" (così ORIANI, *op. ult. cit.*, 135). In simili ipotesi, la c.d. allegazione tardiva dell'eccezione, intervenuta dopo la chiusura della fase di trattazione, si risolve in una mera sollecitazione all'esercizio del potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio le eccezioni in senso lato (che, si ricorda, non richiedono un'apposita istanza di parte diretta alla rilevazione dei loro effetti giuridici), fondate su fatti già ritualmente acquisiti al processo: da qui l'ammissibilità del rilievo d'ufficio a prescindere dall'allegazione di parte, tempestiva o tardiva che essa sia, purché, come più volte sottolineato, il fatto che fonda l'eccezione in senso lato risulti *ex actis*.

Nel caso di rilievo d'ufficio di fatti estintivi ecc... (*recte*: degli effetti estintivi ecc... di fatti) non dedotti e non riservati esclusivamente alle parti, ma acquisiti comunque al processo, il diritto di difesa sarà tutelato dall'assolvimento da parte del giudice, prima della decisione, del suo **dovere di provocare il contraddittorio** sulla questione, in attuazione del principio generale di collaborazione tra il giudice e le parti, di cui è espressione particolare, ad es., l'art. 183, comma 4 (un accenno in tal senso si legge nella motivazione di Cass. 14581/2007, riportata *supra*; in dottrina cfr. ORIANI, *op. ult. cit.*, col. 134), principio generale la cui violazione è causa di nullità della sentenza, come la S.C. ha già avuto modo di statuire nei termini seguenti: "*Il giudice che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve sottoporla ad esse al fine di provocare il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese, dando spazio alle consequenziali attività. La mancata segnalazione da parte del giudice comporta la violazione del dovere di collaborazione e determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria ...*" (cfr. Cass. 21.10.2005, n. 21108; Cass. 5.8.2005, n. 16557). La facoltà delle parti di esercitare le attività assertive ed istruttorie rese necessarie dal rilievo officioso del giudice, espressamente riconosciuta dalla giurisprudenza in simili ipotesi, esclude l'esistenza del *vulnus* al principio del contraddittorio paventato nelle sentenze poc'anzi esaminate.

Riprendendo l'esempio sopra esposto, si pensi al caso in cui, proposta dall'attore domanda di adempimento di un credito, il convenuto abbia tempestivamente eccepito la prescrizione del credito e l'attore, pur avendo ritualmente prodotto in giudizio un documento rappresentativo della costituzione in mora del debitore, allo scopo di dimostrare il *dies a quo* della decorrenza degli interessi moratori, non abbia dedotto nella fase di trattazione della causa il fatto interruttivo della prescrizione emergente dal medesimo documento, per essere la costituzione in mora intervenuta entro il termine prescrizionale: secondo l'opinione prevalente, la mancata allegazione del fatto interruttivo (ovvero la sua allegazione tardiva), nonostante esso emerga dagli atti del processo, ne impedirebbe il rilievo da parte del giudice, con la conseguenza che la (contro)eccezione di interruzione della prescrizione sarebbe sottoposta, anche dopo il *revirement* con il quale la Cassazione ne ha riconosciuto la natura di eccezione in senso lato, ad un regime giuridico non molto dissimile da quello a cui era assoggettata in precedenza, allorché, quale ritenuta eccezione *consequenziale* non rilevabile d'ufficio, se ne imponeva la proposizione, a pena di decadenza, nella prima udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c.; aderendo all'orientamento minoritario, invece, il rilievo officioso sarebbe consentito, previa stimolazione del contraddittorio, con facoltà per il convenuto di allegare e provare fatti a loro volta paralizzanti il fatto interruttivo, come ad es. la mancata ricezione dell'atto scritto di costituzione in mora.