

Le eccezioni nuove in appello

*Giuseppe Sangiovanni**

SOMMARIO: 1. Le eccezioni nuove in appello nel vecchio rito e nel processo del lavoro. – 2. Eccezioni in senso stretto e in senso ampio. – 3. Eccezioni nuove e fatti preesistenti all'insorgere della lite non dedotti in primo grado. – 4. Fatti sopravvenuti e *ius superveniens*. – 5. Modi e tempi del rilievo dell'eccezione nuova.

1. LE ECCEZIONI NUOVE IN APPELLO NEL VECCHIO RITO E NEL PROCESSO DEL LAVORO

L'art. 345, comma 2, c.p.c., con riferimento al giudizio di appello, testualmente, dispone che: “non possono proporsi nuove eccezioni che non siano rilevabili anche d'ufficio”.

La norma riveste notevole interesse teorico-pratico, essa, infatti, costituisce un osservatorio privilegiato dal quale poter valutare, in generale, l'effettiva portata del sistema delle preclusioni e, in particolare, la fisionomia del giudizio di appello, sempre in bilico tra l'essere un mero riesame del materiale acquisito in primo grado, ovvero, un nuovo giudizio, strumento per rimediare ad eventuali precedenti errori di impostazione difensiva.

Il disposto normativo si discosta da quello contenuto nel precedente testo dell'art. 345, c.p.c., che consentiva alle parti di proporre nuove eccezioni senza limite alcuno.

La restrizione è coerente al nuovo sistema di preclusioni previsto per il primo grado, nel quale, ai sensi del rinnovato art. 180, comma 2,

* Avvocato.

c.p.c., la proposizione delle eccezioni non rilevabili di ufficio è possibile fino a venti giorni prima dell'udienza di trattazione (nell'originario testo della riformata preclusione era collegata alla comparsa di cui all'art. 167, c.p.c.); ed, invero, difficilmente giustificabile sarebbe stata una riapertura di tale termine in appello.

L'art. 345, comma 2, c.p.c., del resto, riprende l'interpretazione che la giurisprudenza aveva dato all'art. 437, c.p.c., ossia di una disposizione, a sua volta, inserita in un rito, quale quello del lavoro, tutt'oggi caratterizzato da un sistema di preclusioni più rigido rispetto a quello previsto per il processo di cognizione ordinario.

A tale norma che stringatamente disponeva che in appello, "non sono ammesse ... nuove eccezioni" veniva aggiunto in via di interpretazione l'inciso "che non siano rilevabili d'ufficio".

Secondo la giurisprudenza, infatti, le eccezioni rilevabili d'ufficio non potevano considerarsi precluse, perché rientranti nella lite fin dal suo inizio, per cui la loro puntualizzazione per la prima volta in appello non comportava l'allargamento del *thema decidendum*.

Con riferimento a questo orientamento va sottolineato come la Suprema Corte, da un lato, non sempre abbia chiaramente distinto tra eccezioni e mere difese (Cass., sez. lav., 16 giugno 1987, n. 5338, in *Foro it.*, Rep., 1987, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 507; Cass. 15 marzo 1982, n. 194 in *Rass. giur. Enel*, 1982, n. 598, che considera eccezioni improprie non precluse tanto la mera esposizione di argomenti difensivi, quanto l'allegazione di fatti est. o imp. rilevabili anche d'ufficio); dall'altro, come la Cassazione in taluni casi abbia superato l'ostacolo dell'art. 437, c.p.c., preferendo qualificare elementi negativi della fattispecie e, quindi, mere difese fatti cui si sarebbe potuto attribuire anche natura impeditiva ad es., l'esistenza o meno di requisiti dimensionali dell'azienda ai fini dell'applicabilità della disciplina dei licenziamenti individuali (cfr. Cass. 4 marzo 1987, n. 2294, in *Foro it.*, Rep., voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 510; sulla difficoltà della distinzione tra mere difese e fatti impeditivi, VERDE, *Profili*, cit., Parte generale, pp. 143-144).

Tali orientamenti uniti alla ormai pacifica possibilità di consentire nel rito del lavoro la produzione di documenti nuovi in appello (Cass., sez. lav., 19 agosto 1995, n. 8927, in *Foro it.*, Rep., 1995, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 260; Cass., sez. un., 6 settembre 1990, n. 9199, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 374, Campese), debbono far riflettere sulla reazione di rigetto provocata da un sistema di preclusioni rigide, che mal si attaglia al multiforme atteggiarsi delle fattispecie concrete.

2. ECCEZIONI IN SENSO STRETTO E IN SENSO AMPIO

Venendo specificamente alla nuova formulazione dell'art. 345, comma 2, c.p.c., per comprendere cosa effettivamente significhi che in appello non possono proporsi nuove eccezioni che non siano rilevabili anche d'ufficio occorre procedere per approssimazioni successive.

Innanzitutto si deve stabilire quali siano le eccezioni rilevabili anche d'ufficio.

A questo proposito si deve distinguere tra eccezioni di rito e di merito.

Attraverso le prime (utilizzando come parametro di riferimento l'art. 279 c.p.c.) si solleva una questione di giurisdizione, competenza, pregiudiziale di rito in grado di escludere, se fondata, la pronuncia di merito.

In ordine alle stesse, è il legislatore a dettare volta per volta una disciplina ed un regime dettagliato e specifico, pertanto, potranno proporsi per la prima volta in appello solo quelle eccezioni che la legge considera rilevabili d'ufficio non altrimenti precluse (ad es. difetto di giurisdizione nei confronti P.A. o giudice amministrativo ex art. 38 c.p.c.).

Più complesso è il discorso in ordine alle eccezioni di merito, attraverso le quali si introducono fatti estintivi, modificativi del diritto dedotto a fondamento della pretesa azionata in giudizio (art. 2967 c.c.).

In primo luogo, si deve precisare che non costituiscono eccezioni le cd. mere difese (dette anche eccezioni in senso improprio), ossia le contestazioni dell'esistenza di tutta o parte della fattispecie costitutiva: il convenuto di fronte all'affermata esistenza di un rapporto obbligatorio, può negare che esso sia mai venuto in essere e in questo caso propone una mera difesa, ovvero allegare un ulteriore fatto che lo estingua, lo modifichi o lo impedisca ad es. l'intervenuto pagamento (per evidenti motivi espositivi resta estraneo da questa esposizione il difficile tema, da risolversi caso per caso e sul piano sostanziale, di quali della concreta delimitazione della fattispecie costitutiva e dei fatti che invece sono ad essa estranei).

Le mere difese fuoriescono dall'ambito dell'art. 345, c.p.c. e, quindi, non possono, o meglio, non potrebbero ritenersi precluse in appello (infatti, resta da vedere se esiste nel processo civile il principio della non contestazione, quale ne sia la portata, se sia possibile contestare per la prima volta in appello il fatto costitutivo o se la non contestazione determini una preclusione insuperabile a meno di rimessione in termini, sulla

questione cfr. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., p. 450 e ss.).

L'art. 345, comma 2, riguarda le sole eccezioni in senso proprio ed è con riferimento alle stesse si dovrà stabilire quali siano rilevabili anche d'ufficio (cd. eccezioni in senso ampio), ammesse per la prima volta anche in appello, e quali siano riservate alla parte (c.d. eccezioni in senso stretto), escluse.

Talvolta è proprio la legge che fornisce la soluzione stabilendo che una certa eccezione è rilevabile d'ufficio (ad es. pagamento, nullità) o è riservata alla parte (ad es. compensazione, prescrizione, decadenza).

Ma quando la legge nulla dice come si fa a stabilire se un'eccezione è rilevabile d'ufficio o a istanza di parte?

Come ho appreso dal mio Maestro, nel silenzio della legge le eccezioni, di regole, sono rilevabili anche d'ufficio (ORIANI, *L'eccezione*, cit., pp. 5-35; ID., voce *Eccezione*, cit., p. 18 e ss.).

Militano in tal senso due argomenti, uno testuale, costituito dall'art. 112, c.p.c., che – letto a contrario – consente al giudice di pronunciare d'ufficio sulle eccezioni non riservate alle parti; uno logico, costituito dalla manifesta iniquità di una pronuncia che accolga una domanda infondata *ex actis* (come sottolineava Chiovenda il processo è finalizzato a tutelare i diritti che esistono non a crearne di nuovi).

Il principio, peraltro, deve essere parzialmente temperato con l'esclusione della rilevabilità d'ufficio di quelle eccezioni che potrebbero essere oggetto di un'autonoma azione costitutiva (ad es. di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta). Infatti allorquando una fattispecie è costruita in modo tale che per realizzarsi necessita di una manifestazione di volontà dell'interessato, il quale può scegliere se creare o meno il nuovo rapporto e spendere, quindi, il relativo potere attraverso la proposizione di un'azione giudiziaria, appare evidente che se è l'altra parte ad agire in giudizio chiedendo, ad es., l'adempimento il potere di paralizzare l'azione attraverso un'eccezione volta a costituire una nuova situazione giuridica, ad esempio, l'intervenuta risoluzione del contratto, spetta unicamente alla parte interessata che dovrà farne espressa dichiarazione.

A questo punto un primo dato può essere acquisito, se la regola è che le eccezioni possono essere rilevate anche d'ufficio, è evidente che la portata della preclusione di cui all'art. 345, comma 2, c.p.c., non è poi così ampia.

3. ECCEZIONI NUOVE E FATTI PREESISTENTI ALL'INSORGERE DELLA LITE NON DEDOTTI IN PRIMO GRADO

Una volta fissati i criteri che consentono di individuare quali siano le “eccezioni nuove” che l'art. 345, comma 2, c.p.c., consente di proporre in appello, si pone il problema di stabilire in che cosa consista, come operi e quanto sia possibile il rilievo delle stesse.

A questo proposito la prima questione che appare opportuno affrontare riguarda la possibilità di allegare per la prima volta in appello fatti est. mod. imp. oggetto di eccezioni rilevabili d'ufficio già esistenti al momento della instaurazione del giudizio di primo grado.

In pratica, quello che ci si chiede è se sia possibile al convenuto, che in primo grado si sia difeso negando l'esistenza del rapporto obbligatorio, eccepire solo in appello il pagamento effettuato *ante causam*, magari depositando la relativa quietanza, ovvero, se tale possibilità gli sia preclusa, in quanto l'art. 345, comma 2, c.p.c., permette di derivare conseguenze giuridiche solo da fatti già tempestivamente allegati in primo grado, ma trascurati dalle parti e dal giudice.

A dire il vero, le originarie intenzioni del legislatore erano probabilmente in tale ultimo senso.

Tale conclusione, però, non appare condivisibile.

Dal punto di vista strettamente logico, prima che giuridico, l'allegazione del fatto est., mod. e imp., ossia l'introduzione del fatto all'interno del giudizio, è cosa ben diversa dal rilievo dell'efficacia del fatto medesimo, ossia dalla richiesta rivolta al giudice di tener conto del fatto e di rigettare la domanda in conseguenza dello stesso.

In un processo caratterizzato da una struttura a compartimenti stagni con una fase iniziale esclusivamente rivolta alla acquisizione del materiale fattuale, si potrebbe anche giungere alla conclusione che il regime di preclusione dell'attività allegativa resta distinto rispetto a quello del potere di rilievo delle eccezioni: così che, mentre per le proposizioni di eccezioni in senso stretto e in senso ampio esistono diversi e peculiari termini decadenziali, identica sarebbe la disciplina per le allegazioni da effettuarsi solo nella citazione e nella comparsa di costituzione; conseguentemente, in appello l'art. 345, comma 2, c.p.c., consentirebbe la proposizione di nuove eccezioni solo se fondate su fatti ritualmente e tempestivamente introdotti in primo grado, ancorché le relative conseguenze non fossero state specificamente dedotte.

Un processo siffatto però, anche se da taluni auspicato (VERDE, *Profili*, cit., p. 2, *Processo di cognizione*, p. 259), è ben lungi dall'esistere, non solo e non tanto perché ad es. nel testo definitivo dell'art. 183, c.p.c., è stato significativamente omissivo l'inciso contenuto nel disegno di legge Vassalli che consentiva modifiche "ferma l'allegazione dei fatti storici".

Ma perché in primo grado alcuna norma espressamente vieta di introdurre nel corso del giudizio nuovi fatti, ciò che è vietato è la sola proposizione di eccezioni non rilevabili d'ufficio oltre il termine di cui al novellato art. 180, comma 2, c.p.c., ovvero la precisazione e la modificazione delle stesse nei termini di cui all'art., 183 c.p.c., non esiste, per contro, alcuna preclusione in ordine alle eccezioni (di merito e di rito) non rilevabili d'ufficio (cfr. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., p. 102), né alla attività di allegazione dei fatti posti a fondamento delle stesse.

Accogliendo la tesi dell'ammissibilità in appello delle sole eccezioni nuove che si fondino su fatti già allegati in primo grado ci si espone, inoltre, ad un paradosso di ben difficile soluzione.

La distinzione logico-giuridica tra allegazione del fatto e la proposizione dell'eccezione pone il problema delle concrete modalità di proposizione dell'eccezione.

Al riguardo non può certo escludersi che il convenuto che, da un lato, alleggi un fatto mod. est. o imp. dall'altro – come accade nella quasi totalità dei casi – chieda il rigetto della domanda abbia proposto un'eccezione.

Se ciò è vero è l'allegazione del fatto integra la proposizione dell'eccezione – che si ha per proposta –, appare chiaro che l'eccezione che si fonda su un fatto già allegato in primo grado non può, a rigore, definirsi eccezione nuova, ma rientra nella disciplina dell'art. 346, c.p.c., sfuggendo all'art. 345, comma 2, c.p.c.; art. 345, comma 2, norma che, se fosse accolta l'interpretazione qui criticata, finirebbe per divenire inutile perché priva di applicazione concreta non potendo, a rigore, considerarsi nuova alcuna delle eccezioni fondata su fatti non precedentemente allegati.

Come autorevolmente sottolineato, in tema di eccezioni in senso ampio il problema del regime preclusivo rimane mal posto fintanto che l'accento cade sull'attività assertiva piuttosto che su quella asseverativa.

Anche perché la libera allegabilità di nuovi fatti mod. est. imp. in appello non scalfisce certo i tanto acclamati obiettivi di economia e concentrazione processuale, se, poi, restano fermi i limiti posti in tema di mezzi prova previsti dall'art. 345, comma 3, c.p.c.

4. FATTI SOPRAVVENUTI E *IUS SUPERVENIENS*

Diverso è il caso in cui, decorso il momento per l'utile deduzione in primo grado, sia sopravvenuto un fatto est. mod. imp. o per *ius superveniens* sia divenuto rilevante un fatto est. mod. imp. preesistente.

In questa ipotesi, non dovrebbe opporsi alcuna limitazione alla libera proponibilità in appello della nuova eccezione, quand'anche riservata alla parte.

In caso contrario, infatti, poiché il giudicato copre unicamente il dedotto e il deducibile, si dovrebbe ammettere la possibilità di un nuovo processo in cui si discuterà del fatto sopravvenuto non precluso dal giudicato.

Comunque, il fatto e il diritto sopravvenuto costituiscono in *re ipsa* ipotesi di decadenza incolpevole, alle quali può porsi rimedio attraverso l'art. 184 *bis*, in sé non incompatibile con la nuova struttura del giudizio di appello, che pure lascia aperta la porta a quei nuovi mezzi di prova indispensabili o non proposti per causa non imputabile alla parte (art. 345, comma 3, c.p.c.); cfr. BALENA, *La riforma del processo*, cit., p. 219 e ss.

5. MODI E TEMPI DEL RILIEVO DELL'ECCEZIONE NUOVA

L'ultimo problema che prenderemo in considerazione è quello del coordinamento tra l'ammissibilità di nuove eccezioni in senso ampio e la peculiare struttura del giudizio di appello in relazione alle limitazioni imposte dall'effetto devolutivo.

La questione in pratica è riassumibile in questi termini:

se il convenuto che è stato condannato al pagamento di una somma di denaro, si è limitato sia in primo grado che nell'atto di appello a contestare di aver mai ricevuto la somma medesima, può il giudice di appello rigettare la domanda accogliendo l'eccezione di pagamento proposta solo nella comparsa conclusionale o rilevando d'ufficio un pagamento mai opposto.

Il problema non è di facile soluzione, essendo, peraltro, collegato alla questione tutt'ora aperta se la cognizione del giudice di appello sia ristretta all'esame degli specifici motivi di impugnazione o se, nell'ambito del capo di domanda cui si riferisce l'impugnazione, i poteri del giudice

di appello siano gli stessi che competono al giudice di primo grado.

Non è certo questa la sede per prendere posizione su una tematica così complessa (sulla quale cfr. ampiamente RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 215 e ss.).

Alcuni rilievi appaiono però opportuni.

La giurisprudenza della Suprema Corte, sia pur attraverso degli *obiter dicta*, già in passato si era orientata verso l'automatica devoluzione in appello di tutte le questioni rilevabili d'ufficio. Non a caso, con riferimento al vecchio art. 345, comma 2, c.p.c., la Cassazione, da un lato, riteneva in modo consolidato, che la norma andasse interpretata in collegamento con l'art. 342, c.p.c., e con il principio della specificità dei motivi di impugnazione, e che, quindi, l'appellante fosse costretto a prospettare tutte le censure, ivi comprese le eccezioni, con l'atto di appello senza poter nulla aggiungere in prosieguo; dall'altro lato, però, consentiva all'appellato, che non fosse appellante incidentale, di proporre nuove eccezioni in tutta la fase del giudizio d'appello (giustificando tale diverso trattamento anche sul piano della legittimità costituzionale, con la diversità delle posizioni assunte dalle parti nel giudizio di appello cfr. Cass., sez. II, 1° febbraio 1995, n. 1141, in *Foro it.*, Rep., 1995, voce *Appello civile*, n. 10), e, ciò che più importante, pur affermando formalmente che il limite di cui all'art. 342, c.p.c., operasse per tutte le eccezioni in senso proprio, finiva poi in concreto per escluderne l'applicabilità non solo alle mere difese, ma a tutte le eccezioni collegate a questioni rilevabili di ufficio (cfr. Cass., sez. II, 13 gennaio 1995, n. 377, in *Foro it.*, Rep., 1995, voce *Appello civile*, n. 84).

In ogni caso, mi sembra evidente che se, da un lato, non dovrebbero esservi ostacoli per ammettere il rilievo *ex officio* in appello delle eccezioni in senso ampio, dall'altro lato, alla stregua del disposto dell'art. 183, comma 3, c.p.c., il giudice di appello che fonda la sua pronuncia su fatti est. mod. imp. risultanti dagli atti e rilevabili d'ufficio senza il preventivo invito rivolto alle parti ad approfondire gli stessi e a rischiararli alla luce del contraddittorio, pone in essere una nullità che, ove abbia determinato uno specifico pregiudizio, apre alla parte la via del ricorso per cassazione ex art. 360, n. 4, c.p.c.

A ben vedere, indipendentemente dalle possibili sanzioni processuali (che vanno, comunque, conciliate con l'interesse ad impugnare), ove alla riforma del processo civile si accompagnasse la definitiva scomparsa della disdicevole consuetudine dei giudici di decidere in base ad argomentazioni e a ricostruzioni della fattispecie non prospettate dalle parti,

né oggetto di contraddittorio ci troveremmo di fronte ad un risultato minimo, ma già di per sé rivoluzionario.

Quante volte nel vecchio rito, il giudice nel corso del processo rinunciava ai poteri conferitigli dalla legge e, senza preventiva valutazione, ammetteva tutti i mezzi di prova richiesti e, poi, in sede di decisione stabiliva ciò che effettivamente intendeva utilizzare.

In un processo che per funzionare postula il necessario e consapevole contatto tra parti e giudice, ciò non potrà e dovrà più accadere: se l'art. 183, c.p.c., costituisce un limite per le attività delle parti, a maggior ragione, lo è per i poteri del giudice, ignorarlo significa privare la novella di qualsiasi significato.

NOTA BIBLIOGRAFICA

ORIANI, voce *Eccezione*, Estratto dal Digesto, vol. VII Civile, Torino, 1992; ID., *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, p. 5 e ss.; FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973, p. 247 e ss.; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, pp. 159-160; BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, p. 219 e ss.; p. 432 e ss.; ID., *Artt. 52, L. 26 novembre 1990, n. 353*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1992, p. 215 e ss.; CONSOLO-LUISSO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, p. 273 e ss.; LUISSO, *Appunti di diritto processuale civile*, Pisa, 1993, p. 349 e ss.; PROTO, PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1996; RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, p. 360 e ss.; VACCARELLA-CAPPONI-CECCHIELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1991, pp. 292-293; VERDE, *Profili del processo civile*, Parte generale, Napoli, 1994; ID., *Profili del processo civile*, p. 2, *Processo di cognizione*, Napoli, 1996, p. 259; VOCINO-VERDE, *Processo del lavoro*, Napoli, 1985.