

**Civile Sent. Sez. U Num. 1238 Anno 2015**

**Presidente:**

**Relatore:**

**Data pubblicazione:**

**SENTENZA**

sul ricorso 4619-2008 proposto da:

BUDETTA PASQUALE BDTPQL51L17F481D, BUDETTA GENNARO  
BDTGNR49B15F481K, BUDETTA IDA BDTDIA45A65F481R, BUDETTA  
ORNELLA BDTRLL53D49F481P, elettivamente domiciliati in  
ROMA, VIA GIACOMO PUCCINI 10, presso lo studio  
dell'avvocato FERRI GIANCARLO, rappresentati e difesi  
dall'avvocato ANTONIO D'ASCOLI, per delega a margine del

2014

515

ricorso;

- **ricorrenti** -

**contro**

DELLA MONICA ANNA MARIA DLLNMR45P46H703H, elettivamente domiciliata in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato COSTANTINO MONTESANTO, per delega in calce al controricorso;

- **controricorrente** -

**nonchè contro**

CATALANI ANGELO;

- **intimati** -

avverso la sentenza n. 431/2007 del TRIBUNALE di SALERNO, depositata il 14/02/2007;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 04/11/2014 dal Consigliere Dott. RAFFAELE FRASCA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Renato FINOCCHI GHERSI che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

§1. Decidendo un'azione possessoria intrapresa nell'ottobre del 1985 da Girolamo Budetta, il Tribunale di Salerno quale giudice d'appello, ribaltando l'esito del giudizio di primo grado introdotto dinanzi al Pretore di Salerno, con sentenza n. 1008 del 1998 condannava Angelo Catalani - condomino nell'edificio sito in via E. Castelluccio 24, Salerno - alla demolizione di un muro perimetrale e di delimitazione dell'ambiente soggiorno della sua unità abitativa, nonché alla ricostruzione del muro di tamponatura e dell'infilso vetrata nelle dimensioni e con le caratteristiche preesistenti.

§2. Rigettato da questa Corte il ricorso per cassazione del Catalani con sentenza n. 2525 del 2001, i germani Pasquale, Ida, Gennaro e Ornella Budetta - quali eredi del padre Girolamo Budetta - notificavano in data 12 novembre 2001 al Catalani, sulla base della sentenza di appello e in ragione dell'esito del giudizio di cassazione, atto di precetto per l'esecuzione di quanto da essa disposto e, in particolare, intimazione di adempiere l'obbligo di demolire il muro perimetrale e di delimitazione dell'ambiente soggiorno.

§3. Con atto di citazione dinanzi al Tribunale di Salerno, notificato il 15 novembre 2001 a tre dei precettanti ed il 23 successivo al quarto, al precetto intimato al Catalani si opponeva, ai sensi dell'art. 615 c.p.c. Anna Maria (per quello che dice la sentenza impugnata, o, in altri atti, Annamaria) Della Monica, adducendo di essere comproprietaria col marito Angelo Catalani dell'immobile che avrebbe dovuto essere interessato dalle opere prescritte dal titolo esecutivo e deducendo di essere stata a suo tempo illegittimamente pretermessa nel giudizio possessorio, nonostante quella sua qualità, esistente già all'epoca, che l'avrebbe resa in esso litisconsorte necessaria, sicché la sentenza di cui si minacciava l'esecuzione andava qualificata come *inutiliter data* e, dunque, insuscettibile di essere posta in esecuzione.

§4. I precettanti si costituivano ed evidenziavano sia che nel lungo *iter* processuale concluso con il titolo azionato non era stata mai prospettata alcuna questione sulla sussistenza del litisconsorzio necessario con l'attrice, sia che comunque non si configurava in relazione al giudizio in cui il titolo si era formato la sua qualità di litisconsorte necessaria.

§5. Il Tribunale salernitano, senza svolgimento di alcuna attività istruttoria e reputando la causa matura per la decisione sulla base di sole questioni di mero diritto, con sentenza del 14 febbraio 2007 ha riconosciuto fondata l'opposizione, attesa la pretermissione di un litisconsorte necessario nel processo concluso col titolo esecutivo azionato ed ha dichiarato l'illegittimità della minacciata esecuzione di obblighi di fare.

§5.1. Il Tribunale è pervenuto a tale soluzione premettendo innanzitutto che la posizione della Della Monica rispetto al giudizio in cui s'era formato il titolo effettivamente si connotava come quella di una litisconsorte pretermessa e, quindi, escludendo che la possibilità che la medesima avrebbe avuto di tutelarsi contro la sentenza emessa nel giudizio possessorio e costituente il titolo dell'esecuzione minacciata, per il tramite del rimedio di cui all'art. 404, primo comma, c.p.c. <<al fine di rimuovere definitivamente il teorico pregiudizio derivante>> dalla sentenza formatasi all'esito di un processo che l'aveva <<vista illegittimamente non coinvolta>> le precludesse <<l'impiego dell'ulteriore strumento dell'opposizione all'esecuzione (anche soltanto minacciata) al fine di rimuovere il rischio del pregiudizio concreto che un'attività materiale innescata da quel titolo, ad essa non opponibile sarebbe [stata] idonea ad arrecarle.>>.

§6. Avverso la sentenza - resa nel regime dell'art. 616 c.p.c. *ex art.* 14 della l. n. 52 del 206 e come tale impugnabile con il rimedio del ricorso straordinario ai sensi dell'art. 111, settimo comma, della Costituzione, proponibile ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 360 c.p.c. - hanno proposto ricorso per cassazione, affidato a dieci motivi, Pasquale, Ida, Gennaro e Ornella Budetta.

Al ricorso ha resistito con controricorso Anna Maria Della Monica.

§7. La trattazione del ricorso veniva fissata dalla Terza Sezione Civile della Corte, cui il ricorso era stato assegnato *ratione materiae*, per la pubblica udienza del 10 ottobre 2013 ed in vista di essa i ricorrenti depositavano memoria ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.

§8. All'esito della discussione, la Terza Sezione, con ordinanza n. 25541 del 13 novembre 2013, rimetteva il fascicolo al Primo Presidente ai sensi del secondo comma dell'art. 374 c.p.c. per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ravvisando la necessità dell'esame per la sua definizione di alcune questioni di particolare importanza da esaminarsi per lo scrutinio dei motivi di ricorso.

§9. Il Primo Presidente ha rimesso l'esame del ricorso alle Sezioni Unite ed in vista dell'odierna udienza i ricorrenti hanno depositato memoria.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

§1. Con i primi due motivi di ricorso (formulati ai sensi, rispettivamente, del n. 4 e del n. 3 dell'art. 360 cod. proc. civ.) i ricorrenti hanno dedotto che l'opposizione avrebbe dovuto dichiararsi inammissibile in quando ricorreva una situazione nella quale l'opponente avrebbe potuto esperire l'opposizione di cui all'art. 404, primo comma, c.p.c. avverso il titolo esecutivo giudiziale.

Con il terzo motivo ("Art. 360, primo comma n. 3, c.p.c. – Nullità per violazione e falsa applicazione degli artt. 1168 e 1170 c.c. – 101, 102, 615 e 703 c.p.c.") i ricorrenti hanno invece sostenuto che riguardo al giudizio in cui venne emessa la sentenza costituente titolo esecutivo non sarebbe stata sussistente alcuna fattispecie di litisconsorzio necessario, perché la pronuncia di tutela possessoria avrebbe potuto eseguirsi senza collaborazione dell'opponente nella sua veste di compossessore.

Col quarto ("Art. 360, primo comma n. 4, c.p.c. – Nullità del procedimento e della sentenza per violazione degli artt. 99, 100, 102, 182 e 615 c.p.c."), essi

chiedono affermarsi che l'eventuale legittimazione alla proposizione dell'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. sarebbe potuta spettare alla Della Monica solo se essa si fosse qualificata come compossessore in via di fatto, mentre la medesima non aveva allegato tale situazione bensì quella di comproprietaria.

Col quinto motivo ("Art. 360, primo comma n. 4, c.p.c. – Violazione degli artt. 102, 615 e 705 c.p.c."), i ricorrenti adducono che, pur nella prospettiva che l'opposizione all'esecuzione fosse stata ammissibile, con essa non si sarebbe potuto prospettare un'eccezione di natura petitoria quale quella basata sulla situazione di comproprietaria, dovendo operare il divieto di cui all'art. 705 c.p.c., non diversamente da come avrebbe dovuto operare in un'opposizione ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c. e non ricorrendo, peraltro, la situazione supposta da Corte Costituzionale n. 25 del 1992.

Col sesto motivo ("Art. 360, primo comma n. 3, c.p.c. – Violazione e falsa applicazione degli artt. 1140, 1102, 1108, 1120 e 1122 c.c.") si adduce che, essendo consistita la lesione del possesso oggetto del giudizio possessorio nello spostamento di un muro perimetrale in avanti dopo la previa demolizione del precedente, il ripristino disposto dal titolo esecutivo sarebbe stato possibile sulla base di un comportamento del solo Catalani e senza il consenso e il concorso materiale degli altri compossessori e, quindi della Della Monica, in quanto essi all'esecuzione dello spostamento non vi avevano partecipato.

Col settimo motivo ("Art. 360, primo comma n. 4, c.p.c. – Violazione degli artt. 1140, 1102, 1108, 1120 e 1122 c.c. e dell'art. 100 c.p.c. – Difetto di interesse ad agire"), i ricorrenti negano l'interesse del comproprietario o compossessore e, quindi, della Della Monica, ad opporsi al ripristino della situazione del bene nello stato anteriore alla lesione possessoria commessa da altro compossessore e ciò per il fatto che essi non hanno tenuto il comportamento integrante detta lesione.

Con l'ottavo motivo ("Art. 360, primo comma n. 3, c.p.c. – Violazione e falsa applicazione degli artt. 1140, 1102, 1108, 1120 e 1122 c.c."), essi sostengono potersi effettuare il ripristino della cosa comune senza il consenso od il concorso degli altri comproprietari rimasti estranei alla modifica oggetto di tutela possessoria.

Col nono motivo ("Art. 360, primo comma n. 4, c.p.c. – Violazione degli artt. 1140, 1102, 1108 c.c. e dell'art. 100 c.p.c. – Difetto di interesse ad agire"), negano l'interesse del comproprietario o compossessore ad opporsi alla riduzione in pristino del bene modificato in via unilaterale da altro compossessore.

Al punto 10 del ricorso (a pag. 20), infine, i ricorrenti hanno anche dedotto – come rileva l'ordinanza interlocutoria della Terza Sezione - essere la chiesta cassazione della sentenza gravata "la giusta sanzione del comportamento particolarmente scorretto ed elusivo dell'autorità del giudicato tenuto dalla opponente", la quale, pur potendolo, non ha mai affrontato il merito del giudizio possessorio, nel corso del quale mai alcuna questione della sua comproprietà era insorta.

§2. Nelle premesse giustificative dell'ordinanza interlocutoria della Terza sezione, si è rilevato che la questione controversa sulla quale viene sollecitato l'intervento di queste Sezioni Unite <<può compendiarsi come relativa all'ammissibilità, quale mezzo di reazione, dell'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ. da parte del soggetto a quest'ultima in concreto esposto, quando si tratti di litisconsorte necessario pretermesso nel giudizio in cui il titolo si è formato e quando costui si limiti a fare valere soltanto, quale pregiudizio, la propria pretermissione in sé considerata e, cioè, l'interesse astratto alla partecipazione al giudizio precedente.>>.

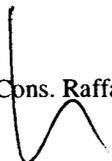
Ha osservato la Terza sezione, a giustificazione della prospettazione della questione, quanto segue:

<<[...] una tale questione va impostata sulla base di due presupposti: da un lato, la qualifica di litisconsorte necessario in capo al comproprietario del bene coinvolto in un'azione possessoria intentata dallo spogliato nei confronti dello spogliatore comproprietario del bene stesso; dall'altro lato, la facoltatività, per il terzo leso da una sentenza resa tra altri soggetti, del rimedio dell'opposizione ad esecuzione rispetto all'opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404 cod. proc. civ.

La questione stessa, poi, impinge nella ricostruzione dell'ambito della tutela del litisconsorte necessario pretermesso, che solo di recente sta registrando un'evoluzione, sia pure solo nell'opposizione di terzo ai sensi del primo comma dell'art. 404 cod. proc. civ., verso la necessità di verificare, in capo al terzo, un suo interesse concreto ad una pronuncia diversa da quella conseguita nel giudizio svoltosi senza la sua pur necessaria pretermissione.

6. Quanto al primo dei presupposti in punto di diritto (qualifica di litisconsorte necessario in capo al comproprietario del bene coinvolto in un'azione possessoria intentata dallo spogliato nei confronti dello spossessore comproprietario del bene stesso), che involge le questioni poste coi motivi dal terzo al nono, si osservi che:

6.1. la gravata sentenza ha applicato il principio di diritto enunciato da Cass. 11 novembre 2005, n. 22833 (approdo ermeneutico, per la verità, consolidatosi in tempo successivo alla formazione del titolo esecutivo azionato dagli odierni ricorrenti), secondo la quale, in tema di azioni a difesa del possesso, lo spoglio e la turbativa, costituendo fatti illeciti, determinano la responsabilità individuale dei singoli autori secondo il principio di solidarietà di cui all'art. 2055 cod. civ.; pertanto, benché nel giudizio possessorio non ricorra tendenzialmente l'esigenza del litisconsorzio necessario, che ha la funzione di assicurare la partecipazione al processo di tutti i titolari degli interessi in contrasto, tuttavia, qualora la reintegrazione o la manutenzione del possesso comportino la necessità del ripristino dello stato dei luoghi mediante la demolizione di un'opera di proprietà o nel possesso di più persone, questi ultimi



devono partecipare al giudizio quali litisconsorti necessari; infatti, la sentenza resa nei confronti di alcuno e non anche degli altri comproprietari o compossessori dell'opera sarebbe *inutiliter data*, giacché la demolizione della cosa pregiudizievole incide sulla sua stessa esistenza e necessariamente quindi sulla proprietà o sul possesso di tutti coloro che sono partecipi di tali signorie di fatto o di diritto sul bene, atteso che non è configurabile una demolizione limitatamente alla quota indivisa del comproprietario o del compossessore convenuto in giudizio; ed il medesimo principio è stato ribadito successivamente da Cass. 20 gennaio 2010, n. 921 e da Cass. 18 febbraio 2010, n. 3933, tanto da doversi ritenere un orientamento oramai consolidato (in contrario non valendo quanto deciso da Cass. 9 maggio 2012, n. 7041, riferito ad un'azione personale di rilascio e quindi diversa dalla fattispecie regolata in termini dalla giurisprudenza in esame): sicché è litisconsorte necessario il (con-)titolare di diritti reali sui beni da riportare in pristino, il quale avrebbe potuto subire un evidente pregiudizio patrimoniale dall'esecuzione dell'invocata condanna, ove essa comporti non solo la demolizione, ma pure la diminuzione o la modificazione di quelli, oppure comunque ne comporti la ricostruzione (per l'evidente inopportunità di introdurre complicati *distinguo* circa la struttura e la natura delle opere a farsi, sovente neppure compiutamente identificate in sede di cognizione, ovvero al grado di coinvolgimento strutturale del bene; e non potendo qualificarsi la necessità del litisconsorzio *secundum eventum litis*);

6.2. poiché è la qualità di comproprietario del bene comunque coinvolto nella *restitutio in integrum* a fondare la qualifica di litisconsorte necessario, è irrilevante, ai fini della sussistenza di quest'ultimo:

- che il contraddittorio fosse insorto tra soggetti diversi ed in ordine alla sola violazione del reciproco compossesso;

- che sia mancato l'ufficioso riscontro di non integrità del contraddittorio nel giudizio concluso con la sentenza posta a base della minacciata esecuzione: infatti, il mezzo dato alle parti del giudizio per dolersi della nullità della

sentenza, quand'anche derivante dalla non integrità del contraddittorio, è sempre e unicamente quello dell'impugnazione, com'è inequivocabilmente stabilito dall'art. 161, primo comma, cod. proc. civ.; se di tale rimedio non si siano avvalse, il vizio non sopravvive alla formazione del giudicato (in termini, Cass. 14 maggio 2013, n. 11568, ove ulteriori riferimenti, che fa salva la possibilità, per la parte che abbia incolpevolmente ignorato la non integrità del contraddittorio – se, ad esempio, la circostanza non fosse acquisibile nemmeno diligentemente compulsando i registri immobiliari – ed ove ne ricorrano tutti gli altri presupposti, di impugnare la sentenza ai sensi dell'art. 395 cod. proc. civ.);

- che del compossesso si sia dato atto nel giudizio concluso col titolo esecutivo (sempre che possa rilevare un eventuale compossesso in capo alla moglie, che invece deduce la sua sola qualità di comproprietaria), visto che questo rimane *res inter alios acta* rispetto al comproprietario o contitolare di diritti reali sul bene e che, in uno al titolo stesso, risulterebbe al terzo pretermesso inopponibile anche tale puntualizzazione;

- che si invochi l'art. 705 cod. proc. civ., rilevando la (con-)titolarità di diritti reali sulla cosa oggetto della condanna possessoria soltanto ai fini della tutela, nel medesimo processo possessorio ed in qualità di litisconsorti necessari dal lato passivo, del diritto di difesa in giudizio del (com-)proprietario e non di quello sostanziale sul bene stesso;

6.3. infine, a giudizio del Collegio, è necessario lasciare impregiudicata l'analisi della questione della sussistenza o persistenza di un interesse ad agire in capo al comproprietario o compossessore di un bene comunque oggetto di un illegittimo intervento di altri: tanto implicherebbe indagini di fatto – precluse in questa sede – sull'eventualità dell'acquisto, da parte del pretermesso, di diritti reali sul bene oggetto dell'azione di spoglio, ovvero della necessità di intervenire sul medesimo con interessamento della sua stessa struttura.

7. Quanto al secondo dei presupposti in punto di diritto (la facoltatività, per il terzo leso da una sentenza resa tra altri soggetti, del rimedio dell'opposizione

ad esecuzione rispetto all'opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404 cod. proc. civ.), che involge i motivi primo e secondo del ricorso dei Budetta, si osservi che:

7.1. è vero che, dinanzi ad un titolo esecutivo giudiziale, non è consentito in sede di opposizione avverso il precetto su di quello fondato entrare nel merito di valutazioni da far valere in sede di impugnazione del titolo e nel giudizio in cui questo si è formato ed è divenuto o può divenire definitivo (per tutte e tra le più recenti, vedansi: Cass. 17 febbraio 2011, n. 3850, ove più ampi e completi riferimenti; Cass. 24 febbraio 2011, n. 4505; Cass. 4 agosto 2011, n. 16998; Cass. 27 gennaio 2012, n. 1183; Cass. 24 luglio 2012, n. 12911); e tuttavia, alla stregua se non altro dei principi in tema di opposizione di terzo di cui si dirà, potrebbe legittimamente sostenersi che tale limitazione non si applichi a coloro che non sono titolari del potere di proporre un'impugnazione ordinaria, tra i quali, per giurisprudenza consolidata (tra le molte: Cass. 15 dicembre 2010, n. 25344; Cass. 14 luglio 2006, n. 16100; Cass. 18 febbraio 2000, n. 1854; Cass. 18 maggio 1994, n. 4878), non si comprendono i litisconsorti pretermessi, poiché costoro non sono stati posti in grado, appunto, di fare valere le proprie difese nel processo in cui il titolo si è formato, visto che l'accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato non potrebbe mai fare stato nei confronti di soggetti rimasti estranei al giudizio e ciò anche quando il terzo sia un litisconsorte necessario pretermesso (Cass. 13 dicembre 2005, n. 27427; Cass. 29 gennaio 2003, n. 1372);

7.2. infatti, le Sezioni Unite di questa Corte hanno affermato il principio della non esclusività del rimedio dell'opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404 cod. proc. civ. e dell'ammissibilità di una separata azione, anche solo di accertamento, diretta alla riaffermazione del diritto di cui il terzo sia titolare, nel contraddittorio ed in contrasto con (una sola o entrambe) le parti della prima sentenza (Cass. Sez. Un., 26 luglio 2002, n. 11092, che risolve il contrasto preesistente e supera, quindi, la precedente contraria opinione espressa, da

ultimo, da Cass. 3 luglio 1997, n. 7110); e nello stesso senso si sono espresse anche le sezioni semplici (Cass. 14 maggio 2003, n. 7404; Cass. 11 febbraio 2008, n. 3203; *argum. ex* Cass. 11 febbraio 2011, n. 13494);

7.3. pertanto, stando alla vista giurisprudenza, l'opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404 cod. proc. civ. si prospetta come mezzo di impugnazione per un verso indispensabile al fine di eliminare dal mondo del diritto la sentenza resa *inter alios*, per altro verso facoltativo, perché il terzo, non essendo soggetto all'efficacia della sentenza resa *inter alios*, può liberamente fare valere il suo diritto in un autonomo processo a cognizione piena, rinunciando cioè all'effetto finale dell'eliminazione dal mondo del diritto della sentenza che pregiudica il suo diritto ed optando discrezionalmente per una tutela di contenuto obiettivamente minore;

7.4. lo sviluppo di tale principio dovrebbe poter comportare, quale conseguenza, che, qualora l'unico interesse del terzo, rimasto incolpevolmente estraneo al giudizio in cui si è formato il titolo concretamente in grado di minacciarlo, sia non già quello di rimuovere dal mondo del diritto la sentenza resa con sua pretermissione, ma soltanto quello di paralizzare l'esecuzione che in forza della medesima sia (poco importa se anche o solo) in suo danno, gli dovrebbe esser consentito agire con l'opposizione all'esecuzione, quale soggetto appunto destinato a subire gli effetti del processo esecutivo in concreta lesione dell'oggetto del suo diritto pregiudicato dalla pretermissione: conclusione che potrebbe sostenersi quale estrinsecazione del tradizionale istituto della *exceptio rei inter alios iudicatae*, diretta derivazione del cardinale principio per il quale *res inter alios acta tertio neque prodest nec nocet*;

7.5. il principio, estensibile ad ogni tipologia di esecuzione forzata e soprattutto se in forma specifica, è stato in effetti da tempo affermato per quella per rilascio di immobile dalla giurisprudenza consolidata di questa Terza Sezione: il terzo che intende contestare l'efficacia esecutiva, nei suoi confronti, del titolo esecutivo di formazione giudiziaria posto a fondamento del precetto di

rilascio, ed il diritto, quindi, della parte istante di procedere alla esecuzione, opponendo il proprio contrastante diritto derivante da situazioni estranee a quelle considerate nel titolo esecutivo, propone opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ., e non opposizione ordinaria di terzo, che ricorre quando l'obiettivo finale (o l'ineludibile passaggio) dell'opposizione sia la riforma o l'annullamento della decisione giudiziaria, anziché la (mera) esecuzione di essa (Cass. 17 ottobre 1992, n. 11410); ma pure, in evidente applicazione di tali principi, si è statuito che, in materia di esecuzione forzata di un'obbligazione di fare, soggetto passivo dell'esecuzione è esclusivamente colui che versa in una situazione possessoria che gli permetta di eseguire l'obbligazione e, quindi, non occorre che il titolo esecutivo ed il precetto siano notificati a tutti i soggetti obbligati; peraltro, l'obbligato che si trovi di fatto in detta situazione va identificato quale soggetto passivo dell'esecuzione ed è pertanto legittimato a proporre opposizione all'esecuzione (ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ.), se non sia contemplato nel titolo come soggetto obbligato, oppure vanti una situazione giuridica prevalente (Cass. 18 marzo 2003, n. 3990).

8. Se tutto quanto precede è vero, la gravata sentenza si sottrarrebbe alle critiche mosse, visto che, nella specie, il terzo litisconsorte pretermesso, addotto di avere ignorato per circa sedici anni la pendenza della controversia in ordine all'illegittimità dell'ampliamento di una porzione del bene anche di sua proprietà, intentata nei confronti del coniuge da un condomino, bene avrebbe potuto dispiegare opposizione all'esecuzione, per fare accertare che, in dipendenza della sua pretermissione (consacrata da una giurisprudenza consolidata dopo la formazione del titolo ed evitabile con una consultazione di pubblici registri sulla qualità ed identità degli eventuali comproprietari del bene), il titolo posto in esecuzione non gli era opponibile e quindi egli non poteva essere esposto ad un'esecuzione fondata su di esso.

9. La consequenzialità di tali conclusioni va però verificata alla stregua dell'evoluzione del sistema assiologico processuale.

9.1. Già in tema di opposizione di terzo ai sensi del primo comma dell'art. 404 cod. proc. civ., si sta affermando il principio per il quale è necessaria, a pena di inammissibilità dell'opposizione di terzo ed anche in caso di chiara pretermissione di un litisconsorte necessario, la deduzione di una situazione incompatibile in concreto con quella accertata nella sentenza denunciata ed il dispiegamento, altresì, di una richiesta al giudice di riesame della questione di merito, dal momento che l'interesse ad agire, anche in tale tipologia d'impugnazione, va apprezzato in relazione alla utilità concreta derivabile alla parte da un eventuale accoglimento dell'impugnazione, mentre non può consistere in un mero interesse astratto ad una più corretta soluzione di questione giuridica, non avente riflessi pratici sulla decisione adottata (Cass., 10 aprile 2012, n. 5656; nello stesso senso: Cass., ord. 22 marzo 2013, n. 7346; Cass., 25 marzo 2013, n. 7477; sulla base del medesimo principio, sull'ammissibilità di intervento in appello ai sensi dell'art. 344 cod. proc. civ.: Cass., 25 giugno 2010, n. 15353). La conclusione va, con ogni probabilità, di pari passo con l'innegabile evoluzione dell'ordinamento verso una progressiva relativizzazione della tutela apprestata dalle regole di rito, esigendosi che da qualunque violazione di norme processuali sia apprestata tutela soltanto in caso di contemporanea adduzione di un pregiudizio concretamente subito dal diritto di difesa della parte in dipendenza del denunciato *error in procedendo*: tanto che, ove chi si dolga di questo non indichi pure lo specifico e concreto pregiudizio subito, l'addotto errore non è in grado di inficiare la sentenza impugnata (Cass. 22 aprile 2013, n. 9722; Cass. 19 febbraio 2013, n. 4020; Cass. 14 novembre 2012, n. 19992; Cass. 23 luglio 2012, n. 12804; Cass. 12 settembre 2011, n. 18635; Cass. 21 febbraio 2008, n. 4435).

9.2. Eppure, l'impostazione tradizionale della tutela del terzo litisconsorte necessario pretermesso, quanto meno nell'opposizione di terzo ai sensi del primo comma dell'art. 404 cod. proc. civ., era stata in origine nettissima nel senso della sufficienza della pretermissione ai fini della qualificazione della

sentenza come *inutiliter data* (per tutte, v. Cass. Sez. Un., 25 febbraio 1970, n. 443; e prevalendo tale soluzione sull'altra, ancora più drastica, della inesistenza: Cass. 14 ottobre 1988, n. 5566): sicché era sempre stato ritenuto sufficiente il rilievo della pretermissione per l'annullamento delle sentenze rese senza il coinvolgimento del terzo litisconsorte necessario ed era sempre stata esclusa la necessità di formulazione di richieste di merito da parte di lui (Cass. 22 novembre 1962, n. 3164; Cass. 7 febbraio 1966, n. 394; Cass. 16 luglio 1983, n. 4896; Cass. 10 maggio 1985, n. 2918; Cass. 5 agosto 1987, n. 6722; Cass. 14 maggio 2005, n. 10130). In sostanza, la lesione del diritto di difesa del terzo pretermesso consisterebbe nella semplice compressione della sua facoltà di prendere parte, per difendervisi, al processo in cui si è formato il titolo, a prescindere dal contenuto concreto delle difese che egli avrebbe potuto svolgere o dalla diligenza nell'acquisizione della notizia della pendenza di quello. E lo stesso ordinamento prevede tuttora, del resto, all'art. 354 cod. proc. civ. che la pretermissione di una parte imponga la rimessione al primo giudice e senza previa valutazione del contenuto delle difese che avrebbe potuto svolgere, affinché essa possa fruire in pieno della facoltà di prendere parte ad un processo cui aveva diritto di partecipare da subito, vedendosi restaurato il diritto di difesa, come il diritto di difendersi in giudizio.

9.3. La stessa giurisprudenza in tema di alternatività dell'azione ordinaria di accertamento rispetto all'opposizione di terzo, consolidatasi a partire dalla richiamata Cass. Sez. Un. 11092 del 2002, parrebbe, con un *obiter dictum*, per il quale l'azione di accertamento alternativa è ammessa per il terzo "*non minacciato da esecuzione*", avvalorare la possibilità di una limitazione a tale discrezionalità del terzo (ovvero di un'eccezione alla relativa regola generale), negando l'alternatività - e così imponendo l'opposizione ai sensi dell'art. 404 cod. proc. civ. - in caso di esecuzione in concreto minacciata (od intrapresa); quanto meno cioè suggerendo che potrebbe perfino essere compresa nella regola della necessaria impugnazione del titolo esecutivo giudiziale nella apposita sede

processuale, diversa dai rimedi oppositivi dell'esecuzione forzata, anche l'ipotesi in cui un terzo intenda rimuovere l'efficacia del giudicato, altrimenti per lui sfavorevole, e che a tal fine non possa che esperire l'opposizione di cui all'art. 404, primo comma, c.p.c..

9.4. In tale contesto, stima il Collegio indispensabile valutare se l'attuale evoluzione del sistema assiologico processuale continui ad assicurare tutela alla parte pretermessa per il solo fatto che essa non abbia potuto prendere parte al processo, ovvero se si possa giungere alla conclusione, più restrittiva ed obiettivamente più sfavorevole per un tale danneggiato, che occorra la prospettazione e, se del caso, anche la delibazione, della lesione in concreto dell'interesse che avrebbe potuto difendere nel giudizio cui non ha preso parte. Del resto, la tenuta dei principi tradizionali come sopra ricordati va valutata alla stregua dell'evoluzione di quelli generali del processo pure tratteggiati, anche al fine di evitare che la tutela del diritto del litisconsorte necessario pretermesso possa trasmodare in un uso concreto dello strumento processuale non conforme alle finalità per le quali è stato previsto.

9.5. E la questione è di rilevanza intuitiva nella fattispecie in esame: in un caso (persistente alternatività del rimedio e sufficienza della deduzione della premissione, in applicazione della giurisprudenza tradizionale sul punto) il ricorso andrebbe rigettato, con totale caducazione degli effetti di un giudizio pervenuto perfino alla fase di legittimità alla stregua di un intero percorso processuale totalmente vanificato (per quello che, peraltro, poteva non apparire a quel tempo un caso di litisconsorzio necessario), mentre, nel secondo caso (necessità dell'opposizione di terzo e comunque dell'adduzione dell'interesse in concreto leso, in applicazione degli sviluppi ermeneutici più recenti), si perverrebbe all'opposta soluzione, con l'inammissibilità originaria dell'opposizione ad esecuzione.

10. In definitiva, reputa il Collegio che ricorrano le condizioni per rimettere gli atti al Primo Presidente, affinché valuti l'opportunità di assegnare la

trattazione del ricorso alle Sezioni unite, in relazione all'interesse alla risoluzione della questione di massima, che può qualificarsi di particolare importanza, relativa alla definizione dell'ambito di operatività della tutela del litisconsorte necessario pretermesso dinanzi all'esecuzione del titolo conseguito nel processo in cui egli avrebbe dovuto prendere parte: e, in particolare, della duplice questione:

a) se sia in suo favore ammessa la facoltà di esperire l'opposizione ad esecuzione per il caso in cui il suo interesse concreto sia soltanto la declaratoria di inopponibilità del titolo e quindi la paralisi della esecuzione minacciata od intrapresa, in alternativa discrezionale all'opposizione di terzo ai sensi del primo comma dell'art. 404 cod. proc. civ.; ovvero se tale principio di alternatività meriti di essere meglio specificato con riferimento al caso oggetto della controversia, nel senso che al fine di paralizzare l'esecuzione forzata il litisconsorte pretermesso sia comunque onerato di proporre l'opposizione di terzo ordinaria (art. 404, primo comma., c.p.c.) per ivi dedurre, nella fase rescissoria, le ragioni di reazione alla decisione sfavorevole attinenti cioè al merito della controversia;

b) in caso invece di ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione, se detto litisconsorte necessario pretermesso:

- sia abilitato a dedurre come pregiudizio a sé stante e di per sé solo sufficiente il fatto stesso della sua premissione in tesi implicante la nullità *tout court* della sentenza – titolo esecutivo - posta a fondamento dell'esecuzione forzata o comunque implicante una relativa inopponibilità ugualmente idonea però a paralizzare tutta la portata esecutiva del titolo stesso;

- ovvero abbia l'onere di dedurre l'interesse concreto o in concreto leso (in tesi, diverso ed ulteriore rispetto allo scopo di vedere eseguita una statuizione sfavorevole), vale a dire di addurre, a pena di inammissibilità, le difese che avrebbe potuto fare utilmente valere in sede di cognizione (ed eventualmente con i mezzi di gravame a lui riservati), ove fosse stato rispettato il suo diritto di

prendere parte al giudizio in cui si sarebbe formato il titolo ora posto in esecuzione contro di lui.>>.

§3. Le questioni così prospettata a queste Sezioni Unite si correlano evidentemente ai primi due motivi del ricorso, ma hanno come presupposto per il loro esame l'esattezza o meno dell'individuazione di una posizione giuridica della Della Monica qualificabile come quella di una litisconsorte necessaria pretermessa, in relazione al giudizio nel quale si è formato il titolo posto a base dell'esecuzione, cioè la sentenza passata in cosa giudicata a suo tempo vittoriosamente ottenuta nel giudizio possessorio di manutenzione dal *de cuius* Budetta contro il Catalani.

§3.1. L'esattezza di tale individuazione è contestata nel terzo motivo di ricorso, il cui esame in tal modo assumerebbe carattere preliminare, perché la prospettazione di cui ai primi due motivi è svolta nel presupposto che, riconosciuta alla Della Monica la veste di litisconsorte pretermessa nel giudizio possessorio, il suo mezzo di tutela contro l'esecuzione forzata fondata sulla sentenza emessa in quel giudizio fosse l'opposizione ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c., quale mezzo di difesa necessario ed unico che sarebbe dato al litisconsorte pretermesso avverso l'esercizio, da parte di colui che nel giudizio *inter pauciores* abbia ricevuto tutela esecutiva e pretenda di attuarla o la attui in modo che quel litisconsorte assuma pregiudizievole per la sua posizione.

§3.2. Ritengono queste Sezioni Unite che le ragioni che giustificano la qualificazione della posizione della Della Monica come litisconsorte pretermessa in relazione al ricordato giudizio possessorio siano state esattamente individuate, al lume della consolidata giurisprudenza della Corte, dall'ordinanza di rimessione, come emerge ampiamente dai riferimenti svolti dalla motivazione sopra riportata.

Tuttavia, ad esplicitazione dell'orientamento, in questa occasione si può osservare che la giustificazione della posizione di litisconsorte necessario del compossessore nel giudizio possessorio introdotto contro altro compossessore

che si individui come unico autore dello spoglio o della lesione del possesso suscettibile di azione manutentoria, va affermata nelle seguenti ipotesi, distinguendo e cogliendo la specificità di ognuna:

a) se il compossessore non autore della lesione possessoria, trovandosi nel compossesso materiale, abbia manifestato stragiudizialmente, successivamente alla lesione possessoria, adesione all'attività del compossessore che ne sia stato unico autore oppure rifiuto d'adoprarsi per eliminarla, poiché in tal modo egli "fa propria" l'attività del compossessore autore della lesione, ne segue che della lesione assume la posizione di coautore, onde, trovandosi nella situazione di godimento materiale ed essendo necessariamente anche destinatario del provvedimento possessorio che dovrà rimediare alla lesione, assume la posizione di litisconsorte necessario;

b) se il compossessore che non sia autore della lesione non si trovi nel compossesso materiale del bene e, tuttavia, abbia, successivamente alla sua verifica, manifestato adesione ad essa espressa o tramite rifiuto d'adoprarsi per eliminarla, anche in tal caso ne assume parimenti la posizione di coautore e, attraverso tale assunzione, pur non trovandosi nel materiale esercizio della situazione possessoria, risulta necessariamente legittimato per tale ragione all'azione possessoria, perché prima ancora che l'esecuzione del provvedimento possessorio che si farà contro il compossessore materiale che fu l'autore diretto della lesione è riferibile anche a lui lo stesso illecito;

c) se il compossessore estraneo alla lesione non abbia, tanto se eserciti materialmente il compossesso, quanto se non lo eserciti, manifestato un'adesione alla lesione ma ne abbia riconosciuto l'esistenza e si sia dichiarato disponibile all'attività di ripristino necessaria: in tal caso, dovendo tale attività eseguirsi coinvolgendo comunque la sua situazione di compossesso materiale o solo *in iure*, il riconoscimento (anche negoziale) della lesione non può valere a sottrarlo alla regola del litisconsorzio necessario, la quale, allorquando si correla come nella specie ad un rapporto plurisoggettivo e non operi l'art. 1306 c.c.

(come nella specie a causa della natura della prestazione), impone la decisione nel contraddittorio di tutti i colegittimati ed esige che i contitolari attivi o passivi stiano in giudizio per l'adozione del regolamento comune anche se taluno di essi abbia riconosciuto stragiudizialmente la pretesa e ciò perché l'esigenza del regolamento giudiziale comune non viene meno per esservi stato l'accordo negoziale *inter pauciores*;

d) in fine quando si verifichi che chi ha subito la lesione possessoria versi in una situazione di ignoranza della situazione compossessoria materiale o solo *in iure* in capo ad altro o ad altri soggetti, diversi dall'autore della stessa, e per tale ragione, in dipendenza dello svolgimento della vicenda fattuale, agisca contro il solo autore e nell'assenza di manifestazione della sua posizione da parte del compossessore dopo la lesione: anche in tal caso la soggezione del giudizio al litisconsorzio necessario si configura, in quanto l'operare della regola del litisconsorzio necessario non suppone che la situazione giustificativa della sua esistenza sia conosciuta o conoscibile dall'attore, dipendendo da ragioni di diritto sostanziale che dalla conoscenza effettiva o potenziale prescindono e le quali possono anche soltanto emergere nel corso del giudizio imponendo il provvedimento ai sensi dell'art. 102 c.p.c. in primo grado e la rimessione ai sensi degli artt. 354 e 383 c.p.c. in sede di impugnazione, oppure, se non emerse nel corso del giudizio ma solo a posteriori, dar luogo a favore del pretermesso alla tutela di cui all'art. 404, primo comma, c.p.c., che gli deve essere attribuita senza che – come meglio emergerà successivamente nell'esame che si verrà facendo - rilevi il fatto della conoscenza da parte sua del processo *inter pauciores*, potendo semmai tale conoscenza rilevare ai fini del regolamento delle spese giudiziali ai sensi dell'art. 92, primo comma, c.p.c.

§3.3. Va rilevato che allorquando ricorrano situazioni in cui il compossessore estraneo al comportamento determinante la lesione si trovi a compossedere a sua volta solo *in iure* e non *in facto*, la sua qualità di litisconsorte necessario non può risultare esclusa per il fatto che, non esercitando

il compossesso materiale, egli non potrebbe essere destinatario del comando all'esito del riconoscimento della tutela possessoria: è sufficiente osservare che l'attuazione di tale tutela comunque incide sull'oggetto del suo diritto e rispetto ad essa non solo rileva tale circostanza che evidenzia la direzione della tutela anche contro di lui, ma ancora prima la rilevanza che può assumersi l'esplicazione da parte sua delle facoltà connesse alla sua posizione di compossessore *in iure* rispetto al compossessore che possiede anche *in facto*.

§3.4. Si osserva ancora che le considerazioni sopra svolte possono essere applicate, dando rilievo alle varie situazioni ipotizzate, anche all'ipotesi in cui l'autore della lesione possessoria non sia un soggetto che compossieda insieme ad altri, ma che si trovi nel possesso esclusivo di fatto del bene per il tramite del quale o a vantaggio del quale ha commesso la lesione, e su di esso esista una situazione di diritto in capo ad altro soggetto, di modo che la tutela che dovrebbe essere riconosciuta a chi abbia subito la lesione dovrebbe necessariamente venire ad incidere sul bene stesso in quanto oggetto della detta situazione di diritto di quel soggetto.

§3.5. Si osserva ancora che, quando l'affermazione della qualità di litisconsorte necessario del soggetto titolare *in iure* del bene su cui la tutela possessoria, ove riconosciuta, dovrà materialmente realizzarsi, è funzionale alla sua partecipazione necessaria al giudizio possessorio e può essere allegata e comunque rilevi a questo fine, tale rilevanza discende non già perché in relazione alla tutela *de qua* essa debba esplicitarsi con la prospettazione dell'incidenza sulla tutela possessoria richiesta della situazione *in iure* legittimante alla partecipazione necessaria, dato che ciò sarebbe contrario alla logica del giudizio possessorio, bensì sempre ed esclusivamente per consentirgli di interloquire nei limiti e secondo la logica del giudizio possessorio, cioè riguardo alla tutela della situazione di fatto.

§3.6. Da quanto osservato deriva in primo luogo l'infondatezza del terzo motivo di ricorso e, di seguito, che l'esame delle questioni di cui le Sezioni

Unite sono investite va fatto assumendo come presupposto giuridico esatto quello ritenuto dal Tribunale nella sentenza impugnata, cioè che la Della Monica rivestisse nel giudizio possessorio in cui si è formato il titolo esecutivo la qualità di litisconsorte necessaria e che dunque in quel giudizio fosse stata pretermessa la sua necessaria partecipazione, sicché la sentenza passata in cosa giudicata all'esito del suo svolgimento si connotò senza dubbio come sentenza emessa in difetto di integrità del contraddittorio, per non avervi la medesima partecipato.

§4. Si deve ora passare all'esame dei primi due motivi di ricorso ed al riguardo si rileva innanzitutto che è corretta anche l'ulteriore premessa sulla quale essi si fondano e che è stata condivisa dall'ordinanza di rimessione, cioè che il litisconsorte necessario debba essere ricompreso certamente fra i terzi cui allude con una riconosciuta ambiguità (che è compito dell'interprete risolvere) la norma dell'art. 404, primo comma, c.p.c. nel prevedere la tutela mediante la c.d. opposizione di terzo ordinaria contro la sentenza passata in cosa giudicata o anche soltanto esecutiva.

La correttezza di tale premessa è dato acquisito nella giurisprudenza di questa Corte (come le Sezioni Unite hanno già registrato nella sentenza n. 11092 del 2002; si veda ancora, per l'espressa affermazione della legittimazione del litisconsorte necessario pretermesso Cass. n. 11183 del 2003) ed ormai - dopo l'approfondito dibattito insorto nei primi decenni di vigore del Codice e, peraltro, riecheggiante gli echi di quello avutosi già con riferimento alle norme sull'opposizione del terzo soltanto in certo qual modo omologhe contenute nel Codice di procedura civile del 1865 - anche nella dottrina processualcivilistica, che ha ampiamente e con studi fecondi indagato sull'individuazione delle categorie di terzi cui il legislatore ha inteso alludere nel primo comma dell'art. 404.

Può darsi, dunque, per scontato che, quale soggetto in posizione di litisconsorte pretermessa nel giudizio possessorio, la Della Monica sarebbe stata certamente terza legittimata ad impugnare ai sensi del primo comma dell'art.

404 la sentenza n. 1008 del 1998, emessa in grado di appello dal Tribunale di Salerno e passata in cosa giudicata a seguito del rigetto del ricorso per cassazione. L'impugnazione avrebbe potuto proporsi anche prima del passaggio in cosa giudicata, dato che quella sentenza era verosimilmente esecutiva.

Del tutto irrilevante ai fini della qualità della Della Monica sarebbe risultata sia la conoscenza o conoscibilità di essa da parte del *de cuius* Budetta e parimenti sarebbe stato irrilevante il suo silenzio per tutta la durata del giudizio possessorio fino alla minaccia di esecuzione con il precetto opposto intimato al suo coniuge: le ragioni di tale irrilevanza emergeranno nel prosieguo del discorso che si verrà facendo.

§5. Tanto premesso, si rileva che le questioni poste dalla Terza Sezione sulla scorta delle ricordate premesse non sono state prospettate assumendosi che si dovrebbe porre in discussione il problema del se il litisconsorte necessario pretermesso abbia come mezzo di tutela contro la sentenza emessa *inter pauciores* o meglio contro la regolamentazione che alla situazione dedotta essa ha dato, soltanto l'opposizione ordinaria oppure ne disponga in concorso elettivo a sua scelta con un'azione di accertamento autonoma coinvolgente i *pauciores* tra cui la sentenza sia stata resa.

L'ordinanza dà, infatti, per scontata questa seconda ipotesi, registrando che essa venne affermata dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 11092 del 2002.

Tuttavia, nel paragrafo 9.3., fa rilevare che in tale sentenza, con quello che, però, qualifica come un *obiter dictum*, sarebbe stata adombrata un'alternatività fra i due rimedi non assoluta, bensì relativa.

L'ordinanza, muovendo comunque dalla premessa dell'esistenza nella giurisprudenza di questa Corte della detta alternatività di rimedi, si domanda se vi sia la possibilità anche del rimedio - evidentemente ulteriormente alternativo e rimesso alla mera scelta del litisconsorte pretermesso - dell'opposizione all'esecuzione della sentenza *inter pauciores* oppure debba ritenersi che essa non vi sia, dovendo il litisconsorte, per reagire di fronte alla minaccia di

esecuzione della sentenza *inter pauciores*, pur in concreto rivolta nei suoi riguardi al di là dei limiti soggettivi della stessa, comunque tutelarsi soltanto con l'opposizione ordinaria, in ciò seguendosi l'ordine di idee che si dice adombrato dall'*obiter* della citata sentenza.

In tal modo la questione proposta si correla alla prospettazione di cui ai due primi motivi di ricorso, che è nel senso di denunciare l'illegittimità della sentenza per il solo fatto di aver ritenuto tutelabile la posizione della Della Monica con l'opposizione all'esecuzione, quando essa, invece, sarebbe stata tutelabile soltanto con l'opposizione ordinaria.

§6. Ritengono le Sezioni Unite innanzitutto che l'esame della questione imponga di riesaminare anche l'esattezza dell'orientamento avallato da Cass. sez. un. n. 11092 del 2002 in punto di configurabilità di una tutela del litisconsorte pretermesso con un'ordinaria azione di accertamento in via alternativa rispetto all'opposizione ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c. Infatti, se si condividesse l'idea della esistenza della prospettiva di tutela del terzo litisconsorte pretermesso con un'autonoma azione di accertamento potrebbe sembrare in prima battuta difficile escludere la configurabilità di questa tutela anche con l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615, primo e secondo comma, c.p.c., giacché tale azione, sebbene correlata alla minaccia dell'esecuzione o all'inizio dell'esecuzione, finirebbe per avere come fondamento sempre la stessa possibilità del litisconsorte di contestare l'assetto di interessi di cui alla sentenza emessa *inter pauciores* sulla base della invocazione della situazione giustificativa del litisconsorzio necessario, in non diversa guisa di quanto egli potrebbe porre a base dell'azione di accertamento, con l'unico elemento differenziale rappresentato dall'essere stata minacciata o iniziata l'esecuzione.

Si potrebbe opinare che l'azione di accertamento sarebbe esercitabile, ma solo dal punto di vista dell'interesse del litisconsorte, e, dunque, "conveniente", fintanto che non sia minacciata l'esecuzione della sentenza *inter pauciores*,

mentre, una volta minacciata oppure iniziata quest'ultima, sarebbe esercitabile (cioè conveniente) l'azione di opposizione all'esecuzione, che avrebbe certamente ad oggetto la contestazione della situazione per cui si minaccia o si sia iniziata l'esecuzione per ragioni identiche a quelle che avrebbero potuto sorreggere l'azione di accertamento prima della minaccia dell'esecuzione.

§6.1. La verifica dell'esattezza dell'orientamento di cui alla ricordata sentenza si palesa, poi, ancora più necessaria in ragione dell'ambiguità che in quello che ha definito un *obiter* l'ordinanza di rimessione ha ritenuto di cogliere nella citata decisione del 2002.

L'esegesi del passo motivazionale in questione, infatti, in quanto ipoteticamente implicante che nel rapporto fra l'opposizione ordinaria e l'autonoma azione di accertamento la scelta elettiva fra l'una e l'altra tutela non sarebbe libera quanto alla prospettiva di interferenza con l'esecutività della sentenza *inter pauciores*, che invece potrebbe realizzarsi solo con il primo rimedio, avrebbe ragionevoli ed intuitivi riflessi sulla stessa possibilità di ammettere come terzo ed ulteriore rimedio, proprio contro l'esecutività o l'esecuzione, l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c.

§6.2. Da quanto osservato consegue che l'occasione di questa rimessione alle Sezioni Unite impone di ritornare in primo luogo su quella che appare una questione preliminare, cioè chiarire se il litisconsorte pretermesso, quale soggetto legittimato all'opposizione ordinaria, abbia soltanto tale rimedio per reagire contro la situazione determinata dalla sentenza *inter pauciores* oppure, in concorso con esso ed in ragione della stessa situazione che all'opposizione potrebbe legittimarlo, possa scegliere di tutelarsi con un'azione di accertamento, certamente ed automaticamente assistita dalla condizione di cui all'art. 100 c.p.c. per la semplice allegazione che la sentenza ne ha pretermesso la partecipazione obbligatoria nel giudizio in cui s'è formata e volta a postulare un superamento dell'accertamento espresso nella sentenza *de qua* per il tramite di un nuovo accertamento coinvolgente i *pauciores*, che riconosca la sua posizione

di litisconsorte pretermesso e la tutela dovuta alla situazione giuridica in quanto coinvolgente tutti i legittimati.

Effettuato il suddetto chiarimento ed ove esso si risolva nuovamente a favor della possibilità dell'autonoma azione di accertamento, occorrerà precisarne i termini proprio in relazione a quello che nella sentenza del 2002 l'ordinanza di rimessione ha inteso cogliere come un *obiter* e, quindi, solo all'esito si potrà utilmente affrontare la questione della configurabilità dell'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c. ai fini dello scrutinio dei primi due motivi di ricorso.

§7. Deve, peraltro, ritenersi che la prima questione su cui le Sezioni Unite, per quanto appena detto, sono chiamate a prendere posizione, quella della configurabilità dell'azione di accertamento ordinaria, debba essere esaminata con un approccio che ne impone a monte l'allargamento al di là del caso della situazione legittimante all'opposizione ordinaria costituita dalla pretermissione di un litisconsorte necessario e, dunque, con estensione a tutte le altre situazioni che sono riconosciute legittimare il terzo alla detta opposizione.

La ragione di questo allargamento della prospettiva dell'indagine è, per ora ed in prima battuta, rinvenibile nel solo fatto che le motivazioni con cui il rimedio dell'art. 404, primo comma, c.p.c. si ritenesse esclusivo ovvero concorrente con altra tutela esperibile sul piano di un'ordinaria azione di cognizione non potrebbero che valere se non con riferimento a tutte le situazioni riconducibili al detto rimedio. E ciò, perché tanto nell'un caso che nell'altro, poiché la soluzione ritenuta esatta finirebbe per discendere dal profilo funzionale che si ritenga di assegnare al rimedio dell'opposizione ordinaria, essa si imporrebbe come soluzione necessariamente riferibile a tutte le fattispecie di tutela del terzo ai sensi della citata norma.

§8. Tanto premesso, conviene prendere le mosse dai risultati che, quanto alle figure di terzi che sono da considerare tali agli effetti dell'art. 404, primo comma, c.p.c., nell'ampio e già ricordato dibattito della dottrina del processo

civile che ha avuto luogo su detta norma, possono dirsi oggetto di sostanziale condivisione.

§8.1. La prima ipotesi oggetto di condivisione (ed anzi *olim* ritenuta da un'autorevole dottrina la sola riconducibile al primo comma dell'art. 404 c.p.c.) è quella del terzo titolare di un diritto, il quale presenti una fattispecie costitutiva la quale, in base alle previsioni del diritto sostanziale, sebbene sostanziatesi in una fattispecie concreta, si presenti disciplinata in modo tale:

*aa)* da non avere come elemento costitutivo alcuno degli elementi costitutivi della fattispecie decisa dalla sentenza *inter alios*, considerata sia dal lato attivo, sia dal lato passivo, di modo che la tutela riconosciuta dall'ordinamento non possa considerarsi dipendente dalla tutela della posizione (attiva o passiva) di uno dei due soggetti tra i quali è stata pronunciata la sentenza, e quindi, sul piano del diritto sostanziale, risulti autonoma da esse;

*bb)* da avere altresì un contenuto tale che la sua effettiva realizzazione è possibile solo se non si realizzi il diritto riconosciuto dalla sentenza *inter alios*.

Il diritto che presenti tali connotazioni viene identificato con i caratteri, rispettivamente espressione del requisito strutturale e del requisito contenutistico, della autonomia e della incompatibilità. Tali caratteri, com'è noto, sono essenziali per giustificare che la tutela del terzo possa indirizzarsi contro la sentenza *inter alios*, in quanto essa non può ritenersi che abbia giudicato o pregiudicato la situazione giuridica del terzo stesso in ragione della sua formale estraneità al processo in cui è stata resa e, quindi, del non avere il medesimo potuto esercitare la garanzia del contraddittorio a sua tutela.

Ad essi si aggiunge quello della prevalenza, che discende dal fatto stesso che, dovendo la posizione del terzo titolare del diritto autonomo ed incompatibile essere rilevante contro la sentenza opponibile, cioè appunto come situazione configgente con quella da essa accertata, l'opponibilità implica necessariamente che essa su questa debba prevalere secondo il diritto

sostanziale, cioè debba ricevere tutela preferenziale rispetto ad essa secondo le fattispecie di diritto sostanziale regolanti la vicenda.

§8.2. La dottrina processualcivilistica, com'è noto, a proposito della identificazione dell'ambiente in cui si possono individuare diritti che rispetto alla sentenza *inter alios* presentino il carattere della incompatibilità, è divisa:

*1a)* fra coloro che secondo una prospettiva ridimensionatrice dell'ambito della tutela *ex art. 404*, primo comma, c.p.c. ritengono che essa ricorra solo quando il contenuto del diritto abbia ad oggetto una prestazione di carattere specifico (come nel caso in cui il diritto abbia natura reale e riguardi lo stesso bene, oppure, pur avendo origine da un rapporto obbligatorio, riguardi il godimento di un bene determinato) oppure una prestazione che, pur sorta come fungibile, si sia specificata e, quindi, sia divenuta determinata (obbligazione di consegna di merce fungibile, ma ormai individuata);

*1b)* e coloro che invece reputano che l'incompatibilità alla stregua dell'art. 404, primo comma, c.p.c. sussista anche quando il contenuto del diritto abbia ad oggetto una prestazione di natura fungibile e rimasta indeterminata, cioè tale che quanto è oggetto della prestazione non risulti ancora individuato, il che accadrebbe allorquando la stessa prestazione e, quindi, lo stesso diritto oggetto della sentenza *inter alios* spetti, in base ad una fattispecie concreta soggettivamente diversa da quella oggetto della sentenza, ad un terzo. In questa seconda prospettiva si reputa che la stessa prospettazione da parte del terzo della titolarità della situazione attiva o passiva oggetto della sentenza *inter alios* e, quindi, della sola diversità di uno dei lati della posizione da essa accertata, integrerebbe il requisito della incompatibilità.

Le ragioni della divisione fra i processualciviliisti su questo punto derivano da un differente apprezzamento del requisito del pregiudizio per i diritti del terzo, rappresentante l'implicazione della sentenza *inter alios* nonostante l'autonomia ed incompatibilità della situazione legittimante. Differente apprezzamento che è possibile perché il legislatore del Codice del 1940 ha

indicato con formula assolutamente generica quel requisito, sicché disvelarne il senso cioè l'incidenza rispetto al diritto del terzo è operazione che procede su un terreno oggettivamente incerto.

§8.3. Coloro che sostengono la prima opinione reputano che il pregiudizio cui allude il primo comma dell'art. 404 c.p.c. debba essere di natura pratica, cioè debba sussistere nel senso che l'eventuale realizzazione del diritto riconosciuto nella sentenza *inter alios* debba avere l'effetto di impedire, escludere o rendere impossibile la realizzazione del diritto del terzo e ciò sulla base:

a) o di norme che, in ragione dell'attuazione, spontanea o coattiva, del diritto da parte di chi sia stato riconosciuto tenuto alla prestazione a favore di chi l'ha visto riconosciuto dalla sentenza, risolvano la situazione di conflitto derivante dalla incompatibilità per effetto della determinazione di una situazione di godimento su un bene, a suo favore (come le norme che disciplinano gli acquisti *a non domino ex* artt. 1153 e 1155 c.c., quelle che disciplinano l'acquisto per usucapione, in tema di diritti reali, e l'art. 1380 c.c. a proposito dei diritti personali di godimento o altre norme consimili);

b) oppure per il fatto che, potendo e dovendo la sentenza dar luogo ad un'esecuzione mediante un'attività materiale di distruzione o alterazione del bene, risulti che essa possa far venir meno proprio per tale modo di attuazione la possibilità di esercizio del diritto del terzo sul bene nelle condizioni che invece erano consentite, in conformità con il contenuto del diritto, dalla sua mancata distruzione o alterazione.

Da tanto tale opinione fa conseguire che, quando si tratti di diritto relativo a prestazione fungibile, non vi sarebbe pregiudizio del diritto del terzo alla stregua del primo comma dell'art. 404, poiché nessuna delle due alternative indicate potrebbe darsi, in quanto né il riconoscimento né la stessa realizzazione della prestazione fungibile riconosciuta nella sentenza *inter alios* potrebbe mai impedire quella, possibile perché appunto fungibile, del diritto del terzo.

§8.4. Coloro che invece aderiscono alla seconda ricostruzione sottolineano che la genericità del concetto di pregiudizio implicherebbe innanzitutto che esso potrebbe anche essere soltanto giuridico (cioè determinato dalla sola contraddizione fra la tutela riconosciuta e quella dovuta dal diritto sostanziale), di modo che non rilevarebbe solo quello derivante dalla realizzazione del diritto accertato *inter alios*, ma anche quello derivante dal riconoscimento di esso da parte della sentenza *inter alios*, perché tale riconoscimento esso stesso integrerebbe un pregiudizio, in ragione della determinazione da parte di essa di una situazione di negazione o di sacrificio del diritto del terzo e, dunque, per l'efficacia di accertamento della sentenza, sebbene *inter partes*, di una situazione di incertezza soggettiva sulla spettanza della tutela.

§8.4.1. Peraltro, all'interno di tale orientamento non manca chi sottolinea e dà rilievo al fatto che anche con riguardo ai diritti relativi a prestazioni fungibili possono operare norme che, risolvendo in ragione dell'esecuzione della prestazione, a favore di chi la riceva, la questione della spettanza del diritto, finirebbero per determinare la conseguenza pratica di un pregiudizio del terzo, come si verificherebbe nel caso in cui venisse in rilievo a favore di chi esegua la prestazione fungibile riconosciuta dalla sentenza, la norma dell'art. 1189 c.c.

§9. Una seconda ipotesi di terzo legittimato all'opposizione ordinaria, che viene ormai considerata specificamente, come se fosse autonoma, ma che, a ben vedere, potrebbe e dovrebbe essere inquadrata nell'ambito di quella dei terzi titolari di diritto autonomo ed incompatibile, è quella in cui la sentenza *inter alios* abbia riconosciuto a taluno uno *status* e il terzo rivendichi lo stesso *status* o uno *status* incompatibile con quello riconosciuto dalla sentenza, o come tale o come presupposto da cui nascerebbe un suo diritto, intendendosi per *status* un'ampia categoria che comprende il diritto al nome, la relazione di filiazione, quella di coniugio, il diritto di cittadinanza, e simili.

In tal caso, di fronte al dato che la sentenza che ha riconosciuto a taluno, sebbene nel contraddittorio con altri, lo *status* e che, non essendo concepibile, in

ragione della sua struttura, che esso possa avere valore relativo (in quanto per la sua qualità necessariamente destinato ad operare nei confronti di tutti i consociati, si deve ritenere (come tradizionalmente si ritiene) che, pertanto, la sentenza che lo riconosca spieghi efficacia *erga omnes*, si ammette - e trattasi certamente di opinione condivisibile - che colui che non abbia partecipato al giudizio in cui lo *status* è stato accertato e assuma di essere titolare di uno *status* incompatibile, presenti esso la stessa struttura oppure no, con quello riconosciuto dalla sentenza, possa proporre l'opposizione ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c.

Nel primo caso la posizione tutelata è la rivendicazione da parte del terzo dello *status* riconosciuto dalla sentenza ad altri nel presupposto che esso - naturalmente per disciplina di diritto sostanziale realizzata da fattispecie concreta - non sussista a suo favore, bensì a proprio favore. Nel secondo caso, pur essendo lo *status* rivendicato di struttura e natura diverse da quelle dello *status* riconosciuto, sempre per disciplina di diritto sostanziale fattasi concreta, esso stesso oppure un diritto ricollegato ad esso può dirsi esistente solo in presenza della negazione dello *status* riconosciuto dalla sentenza.

§9.1. Nell'uno come nell'altro caso, si deve notare che, in ragione dell'efficacia della sentenza di riconoscimento dello *status* resa *inter alios*, che è essenzialmente quella di imporre ai consociati di riconoscere la sua spettanza e titolarità a favore di colui che lo *status* si sia visto attribuire, nonché dell'assenza di un'attività di attuazione della tutela così riconosciuta (se si esclude, quando si tratti di *status* per cui rilevino le registrazioni e annotazioni nello stato civile, quanto all'uopo necessario, che, però, non può certo definirsi attività di esecuzione), il pregiudizio (arrecato dalla sentenza) che il terzo lamenta per opporsi ad essa, è tutto di natura giuridica. Ciò che impugnando la sentenza egli vuole rimuovere e, quindi, impedire, è proprio il dispiegarsi dell'efficacia della sentenza in tal senso e dunque, consistendo tale efficacia in un effetto giuridico e

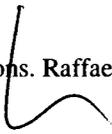
non certo materiale, risulta dunque qualificabile come un pregiudizio essenzialmente di natura giuridica.

Né lo scopo della rimozione di un pregiudizio pratico si potrebbe intravedere per il fatto stesso che fintanto che non venga rimossa la sentenza il terzo è tenuto a rispettare lo *status* da essa riconosciuto e non può postulare verso i consociati l'esistenza del proprio *status* proprio con esso incompatibile. E' sufficiente osservare che questo è l'effetto della descritta efficacia della sentenza *inter alios* ed è dunque proprio l'effetto giuridico di accertamento, considerato sì nella sua implicazione pratica, ma non certo nel senso in cui si parla di pregiudizio pratico da esecuzione di prestazione specifica, bensì nel senso di dispiegarsi dell'efficacia di accertamento e dunque giuridica della sentenza. Al riguardo si può osservare che ogni statuizione della sentenza, come comando dell'ordinamento sostanziale o ricognizione del suo modo di essere, reso appunto concreto, è certamente dotata di rilevanza pratica e non solo teorica, perché è la sentenza stessa ad essere un atto che concretizzando la *voluntas legis* ha un effetto pratico in esso per il fatto stesso di determinare una situazione nuova, appunto quella sottesa all'accertamento espresso nella sentenza.

§10. Un'ulteriore ipotesi di terzo ammesso alla tutela ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c. è, come s'è già veduto, quella del litisconsorte necessario pretermesso.

La tutela oppositiva viene riconosciuta e certamente compete, anche se non sembra un punto sul quale ci si è particolarmente soffermati, con riferimento a tutte le varie tipologie di situazioni nelle quali una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ritiene ricorra la fattispecie dell'art. 102 c.p.c.

Esse, in disparte (*a*) i casi in cui è la stessa legge a stabilire espressamente (e ciò, come si dice, *propter opportunitatem*, cioè per una valutazione del legislatore che non sia frutto di una logica necessaria, oppure *secundum tenorem rationis*, cioè per un'esigenza logica che comunque imporrebbe di ricondurre la



fattispecie alla regola dell'art. 102 c.p.c., inserendola in alcuna delle ipotesi desunte in via interpretativa) che la domanda possa proporsi soltanto in confronto di più soggetti o da più soggetti, si individuano (b) in casi nei quali viene dedotto in giudizio un rapporto plurisoggettivo dal lato attivo o passivo e non vi siano indici normativi che consentano, peraltro a certe condizioni, di discutere del diritto che su di esso si fondi *inter pauciores* (come nel caso dell'art. 1306 c.c.), (c) in casi nei quali un terzo in base ad un fenomeno di legittimazione straordinaria è ammesso, ai sensi dell'art. 81 c.p.c., da una previsione di legge, a dedurre in giudizio il rapporto corrente fra altri soggetti, (d) in casi nei quali si tratti di azioni di impugnativa o di richiesta di accertamento o di costituzione o di estinzione di un rapporto corrente fra altre parti (come nel caso dell'azione ai sensi dell'art. 2901 c.c., dell'azione di nullità di un contratto esercitata da un terzo estraneo, e simili), (e) in casi, ricorrenti soprattutto in tema di rapporto di lavoro (ma non solo), nei quali la tutela richiesta, inerendo al cattivo esercizio di poteri di un soggetto, imponga una valutazione dell'esercizio del potere che supponga una comparazione con la posizione di soggetti controinteressati, ai quali, dunque, dev'essere garantita la possibilità di partecipare al giudizio e, dunque, di contraddire.

§10.1. Ora, ai fini del discorso che si viene svolgendo, importa rimarcare che l'ammettere il litisconsorte pretermesso all'opposizione ordinaria suppone che nel giudizio in cui è stata pronunciata la sentenza *inter pauciores* non si sia rilevata l'esistenza della regola di litisconsorzio. Tale esistenza si sarebbe dovuta rilevare, come è dato acquisito della dottrina e della giurisprudenza sul litisconsorzio, a prescindere dalla prospettazione enunciata con la domanda, dato che si sottolinea che l'esigenza del consorzio di lite rileva, in forza delle previsioni sostanziali che la giustificano, o per disposto espresso o in via interpretativa, non è disponibile nell'esercizio del potere di proporre la domanda giudiziale, siccome fa manifesto la pur nota tautologia dell'art. 102, là dove è imperniata sul concetto che la domanda deve essere proposta dai più o contro i

più. Tanto ha fatto giustamente osservare alla dottrina che la regola del litisconsorzio funziona come un vero e proprio limite alla libertà di individuare il contenuto soggettivo della domanda giudiziale.

Si è pure evidenziato che la regola del litisconsorzio necessario, là dove opera, si sostanzia in una deroga anche al normale operare dell'interesse ad agire, dato che, allorquando la domanda deve proporsi da più soggetti o contro più soggetti, il fatto che un risultato utile del riconoscimento della situazione sia stato conseguito, ove operi la materia negoziale, attraverso un accordo stragiudiziale *inter pauciores*, non è sufficiente a restringere la platea di coloro che debbono partecipare necessariamente al giudizio ai soggetti che all'accordo non abbiano partecipato, sicché anche quelli che ad esso parteciparono debbono esservi chiamati.

Ebbene da tali note strutturali e funzionali della fattispecie del litisconsorzio necessario sembra, dunque, emergere che il pregiudizio del litisconsorte necessario pretermesso che giustifica l'ammissione all'opposizione di terzo, una volta che tale terzo si ritenga – come si deve ritenere - legittimato all'opposizione, si connota certamente come rilevante sul piano giuridico, perché si correla al fatto che la sentenza *inter pauciores* ha accertato il modo di essere del rapporto dedotto senza il contraddittorio del pretermesso e, dunque, ha dato luogo al riconoscimento giudiziale di una situazione giuridica che proprio per il fatto di essere stata accertata senza tutti i contraddittori non lo è stata in modo corrispondente a quanto imponeva la previsione dell'ordinamento e, quindi, è con questa incompatibile per il fatto stesso che dà un regolamento soggettivamente incompleto alla vicenda e, quindi, in contrasto con quello voluto dall'ordinamento.

Viene, dunque, in rilievo quello che si palesa come un pregiudizio certamente giuridico, cioè di non conformità del regolamento di cui alla sentenza *inter pauciores* all'ordinamento.

La situazione soggettivamente completa fatta valere con l'opposizione dal litisconsorte pretermesso, d'altro canto, è per definizione - e trattasi sempre di rilevanza sul piano giuridico - in posizione di autonomia rispetto a quella accertata *inter pauciores*, perché la previsione della regola di litisconsorzio necessario iniziale del diritto sostanziale che egli fa valere esige una regolamentazione della situazione giuridica coinvolgente tutti i soggetti e per tale evidente ragione, presentando appunto l'elemento della completezza sotto il profilo soggettivo rispetto a quella regolata dalla sentenza, non può *a fortiori* in alcun modo dipendere da questa proprio in quanto contiene quell'elemento in più.

Inoltre, la situazione riconosciuta dalla sentenza, non coinvolgendo tutti i soggetti che avrebbe dovuto coinvolgere e per tale ragione non integrando un regolamento conforme a diritto, risulta automaticamente incompatibile giuridicamente con quella completa dedotta dal litisconsorte pretermesso e che è, in definitiva, l'unica effettivamente riconosciuta dall'ordinamento.

Certo, l'assetto di interessi regolato dalla sentenza *inter pauciores* ed i comandi con cui esso è tutelato possono in taluni casi anche, ove portati fra loro ad attuazione, spontanea o coattiva, arrecare al pretermesso pregiudizi in senso stretto pratici, come nel caso in cui per effetto di detti comandi il bene della vita oggetto della situazione litisconsortile necessaria debba essere alterato o addirittura distrutto oppure debba essere oggetto di prestazione a favore di uno solo dei colegittimati, con la conseguente determinazione di una situazione per cui la prestazione è appresa soltanto da lui.

E' però innegabile che la prevalente dottrina che riconosce la legittimazione del litisconsorte necessario non la fa dipendere in alcun modo dalla ricorrenza di tali pregiudizi, anche se, com'è noto, vi è un filone dottrinale, talvolta riecheggiato anche nella giurisprudenza di questa Corte, che si ispira a quella logica, là dove nega che l'art. 102 c.p.c. possa applicarsi nei casi di azioni

di mero accertamento. Questione, tuttavia, che non è necessario qui approfondire.

§11. In fine, la prevalente dottrina - a fronte di altro orientamento che invece è propenso ad applicare la regolamentazione data dall'art. 327, secondo comma, c.p.c. alla posizione del c.d contumace involontario - ritiene che legittimato all'opposizione ordinaria sia il soggetto rappresentato in giudizio da un *falsus procurator*. In tale ipotesi, se si condivide la sua riconduzione all'ambito della tutela ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c., è palese che la posizione **che** il soggetto falsamente rappresentato è autonoma ed incompatibile con quella accertata dalla sentenza in cui è stato parte il *falsus procurator*, perché la prospettazione della falsità della rappresentanza autonomizza automaticamente, si dovrebbe dire per definizione, la posizione fatta valere dall'opponente e, comportando che la regolamentazione data al rapporto debba cedere di fronte a detta falsità, risulta all'evidenza con essa incompatibile, trattandosi di dar luogo alla nuova regolamentazione con il contraddittorio del falsamente rappresentato.

Anche qui è palese che la giustificazione della legittimazione del falsamente rappresentato deriva da un evidente pregiudizio giuridico, cui si può accompagnare eventualmente un pregiudizio pratico, qualora l'attuazione spontanea o coattiva del giudicato formatosi a favore o contro il *falsus procurator* comporti l'esecuzione della prestazione in modo da alterare o distruggere il bene o da consentire ad altri, cioè a chi sia stato parte della sentenza, di acquisire in modo irreversibile il bene in ragione della sua regola di circolazione.

Importa notare che anche riguardo a tale ipotesi di legittimato all'opposizione ordinaria la dottrina che la ammette non condiziona la legittimazione all'esistenza di siffatti pregiudizi pratici.

§12. La considerazione delle varie ipotesi di terzi ammessi al rimedio dell'opposizione ordinaria consente a questo punto – ed è questa la ragione per

cui vi si è indugiato – di evidenziare che nelle ipotesi diverse da quelle riconducibili alla fattispecie del terzo titolare di diritto autonomo ed incompatibile, il pregiudizio che giustifica la legittimazione al rimedio è sempre individuato in un pregiudizio di natura giuridica senza che in alcun modo si esiga anche l'esistenza di un pregiudizio pratico che la sentenza resa *inter alios* sia destinata ad arrecare.

§12.1. E' legittimo allora domandarsi se a proposito dell'ipotesi del terzo titolare di diritto autonomo ed incompatibile abbia ragione la dottrina che limita la legittimazione all'esistenza del c.d. pregiudizio pratico, escludendola nel caso del mero pregiudizio in senso giuridico. In disparte che, come s'è ricordato, l'orientamento dottrinale opposto sottolinea che un pregiudizio pratico si può verificare anche nelle situazioni concernenti prestazioni fungibili, sembra possibile ritenere che, dovendo ricostruirsi la legittimazione del terzo all'opposizione ordinaria sotto il profilo del pregiudizio arrecato dalla sentenza *inter alios* in modo unitario, non risulta in alcun modo giustificato, allorquando si consideri la legittimazione dei terzi titolari di diritto autonomo ed incompatibile, dare rilievo solo al pregiudizio pratico e, dunque, si deve ritenere che essa competa anche nelle situazioni concernenti prestazioni fungibili.

§12.2. Una conferma si può rinvenire considerando che la tesi dottrinale limitativa che ancora la legittimazione al pregiudizio pratico sembra supporre, sebbene implicitamente, che la sentenza *inter alios* opponibile dal terzo titolare del diritto autonomo debba essere necessariamente una sentenza di condanna, che come tale, attraverso l'esecuzione spontanea o coattiva del comando in essa contenuto giustificato dal modo di essere della situazione giuridica accertata, potrebbe portare alla distruzione o alla diminuzione del bene oggetto della prestazione o al consolidamento - a favore della parte del giudizio deciso dalla sentenza - comunque della titolarità del bene. Si vuol dire, cioè, che la tesi in questione parre comportare come implicazione necessaria, anche se non lo si dice, che la sentenza opponibile debba essere sentenza di condanna. Infatti, ove

la sentenza resa *inter alios* fosse una sentenza di mero accertamento del diritto rispetto al quale il diritto del terzo è autonomo ed incompatibile, l'attuazione della tutela sarebbe possibile solo per effetto di spontanea esecuzione della prestazione riconosciuta oggetto del rapporto accertato ed a condizione che sul piano del diritto sostanziale si fossero verificati i relativi presupposti.

§12.3. La tesi in discorso inoltre determinerebbe, però, una differenza di ambito di applicazione rispetto alle altre ipotesi.

Infatti, in materia di accertamento dello *status*, la sentenza *inter alios* opponibile non è di regola una sentenza di condanna: è una sentenza che rileva *in primis* proprio come tale. E' vero che si può accompagnare ad una inibitoria nei confronti di chi aveva contestato lo *status*, ma la sua efficacia e, quindi, il pregiudizio rilevante per il terzo titolare dello *status* incompatibile non dipende da tale inibitoria verso costui, bensì proprio dalla forza di accertamento *erga omnes*, connaturata al modo di essere dello *status*.

La sentenza resa *inter pauciores* in situazione che imponeva *ab initio* il consorzio di lite può essere di condanna oppure può non esserlo: infatti, potrebbe trattarsi – almeno secondo la prevalente dottrina – anche soltanto di una sentenza di mero accertamento e non si è mai sostenuto che in tal caso non sarebbe opponibile di terzo dal litisconsorte pretermesso.

La sentenza resa nel giudizio svoltosi con un *falsus procurator* potrebbe parimenti essere una sentenza di condanna, ma anche di mero accertamento ed in tal caso non si è mai sostenuto che la sua opponibilità ricorrerebbe solo nel primo caso.

§12.4. Peraltro, si deve considerare che la norma del primo comma dell'art. 404 c.p.c. non contiene alcun indice che potrebbe giustificare una limitazione dell'opponibilità alla sentenza di condanna. E' vero che la norma ammette l'opposizione contro la sentenza passata in cosa giudicata e contro la sentenza comunque esecutiva, ma proprio tale seconda previsione, implicando che quando la sentenza non è passata in giudicato il rimedio è ammesso solo se in

forza della stessa si può procedere ad esecuzione forzata e dunque in presenza di sentenza di condanna, comporta *a contrario* il ritenere che, quando invece la sentenza sia passata in cosa giudicata, un'analogha limitazione non operi.

Occorre d'altro canto sottolineare che nel testo originario del codice, come in quello successivo alla riforma del 1950 (di cui alla l. n. 581 del 1950), essendo prevista l'esecutività immediata delle sentenze di appello e l'esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado solo se concessa dal giudice di primo grado (e prima delle riforma di cui alla legge n. 353 del 1990 eventualmente da parte del giudice d'appello), la previsione della opponibilità delle sentenze di primo grado non passate in cosa giudicata solo se provvisoriamente esecutive riguardava ipotesi limitate ed era giustificata in caso contrario dalla possibilità riconosciuta dall'art. 344 c.p.c. di intervento in appello del terzo, il quale di fronte alla sentenza di primo grado non esecutiva bene avrebbe potuto tutelarsi con l'intervento nel giudizio di appello.

Infatti, quando l'art. 344 c.p.c. legittimava l'intervento dei terzi che potrebbero proporre opposizione a norma dell'art. 404 c.p.c. non ancorava tale potere alla sentenza appellata e, dunque, alla sentenza provvisoriamente esecutiva, ma stante l'assenza di riferimento alla sentenza lo ancorava alla fattispecie astratta della detta norma, sì da consentire di ritenere che l'intervento fosse possibile anche ove la sentenza appellata non fosse stata immediatamente esecutiva.

Analogamente, nel vigente ordinamento che attribuisce esecutività immediata alle sentenze di primo grado, la possibilità che il terzo intervenga in appello ai sensi dell'art. 344 c.p.c. dev'essere intesa allo stesso modo, cioè consentita anche qualora la sentenza appellata non sia opponibile perché non immediatamente esecutiva.

L'esclusione della opponibilità delle sentenze di primo grado non esecutive, in definitiva, appare comprensibile per la concessione al terzo della possibilità di intervenire in appello e sottende che invece il terzo, di fronte alla

sentenza esecutiva impugnabile o impugnata, possa tutelarsi immediatamente con l'opposizione oppure intervenendo in appello.

§13. Ponendosi, poi, da punto di vista della sentenza di appello, l'opposizione risulta proponibile anche qui contro le sentenze esecutive, impugnabili o impugunate, e non contro le sentenze non esecutive impugnabili o impugunate, ma ciò non significa che non sia opponibile la sentenza d'appello, quale che sia la sua tipologia, cioè anche se non esecutiva, se passi in cosa giudicata per mancanza di impugnazione, e che parimenti la sentenza d'appello passata in cosa giudicata per rigetto del ricorso per cassazione, non sia opponibile tanto se esecutiva quanto se tale non sia.

§14. Il risultato delle svolte considerazioni può a questo punto riassumersi nella conclusione che il pregiudizio per il terzo cui allude l'art. 404, primo comma, c.p.c. è, con riferimento a tutte le situazioni che legittimano a detta opposizione, di natura giuridica prima ancora ed eventualmente che di natura pratica, cioè nascente da attività di esecuzione della statuizione di cui alla sentenza resa *inter alios*, sia essa passata in cosa giudicata, sia essa ancora impugnabile con i rimedi ordinari. La possibilità concessa dall'ordinamento di un'opposizione contro la sentenza esecutiva ma non passata in cosa giudicata non implica che la ragione per cui l'opposizione è concessa sia necessariamente ed in generale l'essere essa un rimedio diretto a scongiurare il pregiudizio c.d. pratico che l'esecuzione coattiva o anche spontanea può arrecare.

L'ammissione dell'opposizione contro la sentenza esecutiva di primo grado significa solo che in questo caso l'ordinamento consente la reazione contro la sentenza *inter alios* come mezzo di tutela che si profila alternativo all'intervento che ai sensi dell'art. 344 c.p.c. il terzo potrebbe fare in appello, sostanzialmente postulando la stessa tutela che otterrebbe con l'opposizione. E la ragione è che si vuole consentire al terzo di valutare, di fronte alla prospettiva di ricevere un pregiudizio di carattere pratico dall'esecuzione, se lo svolgimento della sua tutela contro l'assetto di interessi emergente dalla sentenza di primo grado sia

meglio coltivabile con l'opposizione avverso di essa e l'ottenimento della sua caducazione e di un giudizio nuovo esteso alla sua posizione, piuttosto che attraverso l'intervento in appello finalizzato parimenti ad ottenere la caducazione della sentenza di primo grado, ma con la prospettiva dell'incidenza della regola del normale effetto devolutivo dell'appello, salva l'ipotesi che si tratti di terzo che attraverso l'appello può ottenere la rimessione al primo giudice, cioè di un litisconsorte necessario pretermesso.

Nel caso di sentenza di appello che venga assoggetta a ricorso per cassazione, la possibilità di immediata proposizione dell'opposizione soltanto contro la sentenza esecutiva e non anche contro la sentenza che non sia esecutiva si configura come la sola possibile tutela immediata per l'impossibilità di un intervento nel processo di cassazione.

§15. Si deve, poi, considerare che la ricostruzione della funzione dell'opposizione ordinaria nell'alternativa fra l'ipotesi che essa serva *solo* ad evitare un pregiudizio pratico e quella che essa serva ad evitare innanzitutto e comunque un pregiudizio giuridico deve avvenire anche considerando quali sono le prospettive di tutela riconosciute al terzo legittimato all'opposizione con riferimento al processo *inter alios* distinte dall'opposizione.

§15.1. La posizione del terzo litisconsorte necessario pretermesso è certamente quella che sotto tale profilo presenta il maggior ventaglio di possibilità di tutela.

Infatti, con riferimento al processo *inter pauciores* la norma dell'art. 102 c.p.c. assicura che egli sia messo in condizione di *entrare* nel processo integrando il contraddittorio sulla base di un potere officioso del giudice, il cui esercizio è assicurato in primo luogo in ogni stato del giudizio di primo grado e, una volta avvenuto, dà luogo ad una tutela particolarmente pregnante che oggi, per il tramite della sanzione del rilievo officioso dell'inosservanza del termine perentorio fissato dal giudice per il tramite della modifica dell'art. 307 c.p.c. comporta in caso di inosservanza l'estinzione del processo *inter pauciores* (così

restando superati i noti problemi teorici che dopo la riforma del 1950 erano insorti per effetto del regime di rilevabilità dell'estinzione ad istanza di parte).

Inoltre, qualora il detto litisconsorte si costituisca dopo l'integrazione del contraddittorio, il processo - siccome impone la stessa funzione dell'integrazione, che vale a rendere la domanda da giudicarsi completa sul piano soggettivo rispetto al modello legale della fattispecie astratta mentre prima non lo era e come superflualmente rivela anche il disposto del dell'art. 268 c.p.c. - deve ricominciare *ex novo*. Può farsi eccezione solo se egli accetti in tutto o in parte lo stato già acquisito e sempre che siano d'accordo le parti originarie, che potrebbero invece essere nella condizione di dare nuovi apporti al processo a tutela dello loro posizione, in dipendenza del *novum* rappresentato dall'ingresso nel processo del litisconsorte necessario: tanto discende dal fatto che la violazione della regola della colegittimazione ha determinato quella del contraddittorio e, pertanto, essa ha inciso su tutto lo svolgimento processuale originato dalla domanda incompleta.

Ciò è tanto vero che anche qualora il litisconsorte non si costituisca dopo l'esecuzione dell'ordine di integrazione la prospettiva del processo resta comunque quella di dover riprendere tendenzialmente dall'inizio, salvo che le parti siano concordi nel far salvo lo svolgimento pregresso.

Qualora abbia luogo la pronuncia della sentenza di primo grado ed essa sia esecutiva oppure in ogni caso se essa passi in cosa giudicata, il litisconsorte pretermesso può impugnare la sentenza con l'opposizione ordinaria.

Se la sentenza venga impugnata dalle parti, egli può intervenire nel processo di appello a norma dell'art. 344 c.p.c. anche allorquando si tratti di sentenza esecutiva che avrebbe potuto impugnare e la scelta fra l'una e l'altra prospettiva è rimessa alla sua libera decisione e, quindi, valutazione di convenienza. Egli può anche scegliere di non intervenire e lasciar svolgere il processo di appello ed eventualmente proporre l'impugnazione nei confronti della sentenza di appello se esecutiva oppure in ogni caso se passi in cosa

giudicata per difetto di impugnazione. Egli in tutti i casi in cui la sentenza d'appello non sia esecutiva e sia proposto ricorso per cassazione deve attendere l'esito del relativo giudizio e tutelarsi contro la sentenza di appello se la pronuncia di cassazione la faccia passare in cosa giudicata. In fine, nel caso di pronuncia di cassazione con rinvio, una lettura rigoristica dell'art. 394 c.p.c. (come è stata fatta dalla giurisprudenza di questa Corte: Cass. 2456 del 1984; Cass. n. 4351 del 1977; Cass. n. 2689 del 1964; Cass. n. 869 del 1964) non consentirebbe di ritenere che egli possa intervenire nel giudizio di rinvio. E però una soluzione opposta si potrebbe praticare sulla base di una lettura che, sulla base della considerazione del principio del primo comma dell'art. 394 c.p.c., secondo cui <<in sede di rinvio si osservano le norme stabilite per il procedimento davanti al giudice al quale la corte ha rinviato la causa>>, desse rilievo: a1) al fatto che l'intervento del terzo litisconsorte necessario è attività di un soggetto estraneo al processo; a2) alla constatazione che egli avrebbe potuto – ma a condizione che sapesse della sua pendenza e quindi non se non lo sapeva – anche intervenire nel giudizio d'appello in cui venne pronunciata la sentenza cassata; a3) alla valorizzazione della irragionevolezza di una procrastinazione della sua tutela contro la sentenza emessa in sede di rinvio se esecutiva o passata in cosa giudicata.

Naturalmente, tutte tali ipotesi suppongono che né i giudici di merito dell'impugnazione ordinaria né la stessa Corte di cassazione si siano accorti dell'esistenza della regola di litisconsorzio necessario. La tutela del litisconsorte necessario pretermesso è, com'è noto, in tali casi affidata alla regola della rimessione del giudizio al primo giudice (art. 354 e 383 c.p.c.) e comporta che il processo riprenda *ex novo*.

§15.1.1. Il regime previsto dagli artt. 354 e 383 c.p.c. per l'ipotesi in cui sia il giudice d'appello o la Corte di cassazione a rilevare anche d'ufficio la pretermissione di un litisconsorte necessario incide in modo decisivo sulla ricostruzione della sua posizione tanto in relazione allo svolgimento del

processo di appello in cui egli sia volontariamente intervenuto ed all'esito del riconoscimento della sua qualità, quanto in relazione allo svolgimento ed alle conseguenze della decisione sull'opposizione ordinaria da lui proposta.

§15.1.2. Con riferimento al primo aspetto, l'intervento del litisconsorte pretermesso nel giudizio di appello a norma dell'art. 344 c.p.c. (applicabile anche nel rito del lavoro e locativo: per tutte Cass. n. 8621 del 2006), qualora il giudice d'appello ravvisi la fondatezza della sua posizione legittimante e, quindi, della violazione della regola del litisconsorzio necessario, comporta l'annullamento della sentenza di primo grado in esplicazione del sicuro profilo rescindente del rimedio ed apre la strada alla applicazione dell'art. 354 c.p.c. e, quindi, alla rimessione al primo giudice, al quale spetterà di decidere nella completezza del contraddittorio. A tanto si può fare eccezione qualora il litisconsorte intervenuto accetti, perché naturalmente lo ritiene conveniente, che la nuova decisione venga resa sulla base delle risultanze acquisite e di quelle da lui eventualmente introdotte e sempre che parimenti le parti originarie siano d'accordo su ciò, cioè sul non regresso al primo giudice del giudizio.

In difetto di tale duplice condizione e dunque dell'accordo di tutte le parti non è possibile ipotizzare che il processo venga deciso in appello, sebbene tramite rinnovazione in esso dell'attività processuale.

Né tale possibilità si potrebbe ipotizzare qualora risultasse che il litisconsorte necessario pretermesso avesse conosciuto del processo già nel corso del giudizio di primo grado o dopo la sentenza di primo grado esecutiva e che, dunque, avrebbe potuto spiegare l'intervento già in quel giudizio oppure tutelarsi contro la sentenza di primo grado: l'ordinamento, infatti, non detta alcuna disposizione che a detta conoscenza attribuisca effetti limitativi delle possibilità di tutela del terzo pretermesso nel senso di precludergli l'intervento in appello nel caso di conoscenza del processo di primo grado o di conoscenza della decisione e dunque, in mancanza di alcuna regola limitativa degli effetti

dell'intervento quando quella conoscenza vi sia stata, non è ragionevole individuare una limitazione in tal senso.

D'altro canto, alla conoscenza dello svolgimento del processo di primo grado e della pronuncia della sentenza nemmeno potrebbe attribuirsi rilievo di atto incompatibile con la volontà di impugnare ai sensi dell'art. 329, primo comma, c.p.c., una volta decorsi i termini per le parti originarie, dato che il potere di impugnazione del pretermesso non è soggetto a termine e, dunque, nessuna incompatibilità si potrebbe configurare, data la sua estraneità al giudizio *inter pauciores*.

§15.1.3. Si deve ancora rilevare – ed è punto su cui l'ordinanza di rimessione aveva indicato l'opportunità di una riflessione - che la prospettiva della rimessione al primo giudice nel caso di riconoscimento all'interveniente della qualità di litisconsorte pretermesso, non può d'altro canto dipendere dalla circostanza che il litisconsorte necessario intervenuto allegghi e dimostri che il regolamento dato dalla sentenza di primo grado non rispetta il diritto sostanziale applicabile alla fattispecie di colegittimazione.

Il litisconsorte deve certamente dedurre in proposito dato che, proponendo con l'intervento la domanda nel rispetto dell'art. 102 c.p.c., necessariamente postula un nuovo accertamento sulla situazione giuridica considerata nella sua completezza sul piano soggettivo e, quindi, ciò implica che egli prenda posizione sul suo modo di essere. Ma la valutazione della sua prospettazione al riguardo compete al giudice cui la causa è rimessa e ciò ancorché la rimessione possa apparire inidonea a giustificare una soluzione della lite, sebbene considerata nella completezza dei suoi colegittimati, diversa da quella data dalla sentenza nella situazione di incompletezza.

E' questo un riflesso necessario della regola della rimessione e della particolare tutela che l'ordinamento riconosce alla premissione di un litisconsorte necessario, attribuendola – come s'è già visto - senza alcuna considerazione della sua posizione soggettiva circa l'eventuale conoscenza del

processo *inter pauciores* già nel grado pregresso (e/o della sentenza colà emessa) e, quindi, senza alcuna considerazione del suo disinteresse quando esso pendeva in primo grado e della mancanza di impugnazione con l'opposizione ordinaria ove possibile.

Tale eventuale conoscenza potrà semmai rilevare ai sensi dell'art. 92, primo comma, c.p.c.

§15.1.4. Con riferimento al secondo aspetto sopra indicato, anche l'opposizione contro la sentenza *inter pauciores* del litisconsorte pretermesso, come opina la dottrina che appare certamente preferibile, non può estrinsecarsi nella sola deduzione che la pronuncia impugnata è stata resa a contraddittorio non integro e, quindi, sollecitare una mera decisione di rito che dichiari la domanda originaria giudicata *inter pauciores* mal proposta e come tale la definisca in rito quale domanda irritualmente proposta, ma comporta la necessaria postulazione che su di essa debba rendersi una nuova decisione nella completezza del contraddittorio e, quindi, con restituzione di tutte le parti nella fase iniziale della lite, cioè in pratica la sollecitazione a che il processo debba iniziare di nuovo.

E' necessario, pertanto, che nell'atto di opposizione il pretermesso non solo prospetti la posizione che lo rende legittimato necessario rispetto alla domanda o dal lato attivo o da quello passivo o sotto altro profilo, ma anche che egli prenda posizione sulla domanda considerata nella completezza del contraddittorio. Nel contenuto dell'atto introduttivo dell'opposizione egli, dunque, deve svolgere tanto l'uno che l'altro profilo.

Con riferimento all'ipotesi in cui la sentenza opposta sia una sentenza di primo grado è sufficiente osservare che lo stesso contenuto oppositivo dell'impugnazione, coordinato con il carattere di mezzo di impugnazione dell'opposizione, che emerge dall'art. 323 c.p.c., fa sì che la prospettazione da parte del litisconsorte pretermesso della propria posizione non possa essere considerata come finalizzata soltanto ad una mera decisione rescindente cioè alla



mera rimozione della sentenza impugnata, bensì come diretta ad ottenere una decisione nella completezza del contraddittorio sulla situazione giuridica coinvolgente tutti i soggetti secondo la regola prevista espressamente o implicitamente dal legislatore, che imponeva che la domanda fosse proposta anche contro di lui o anche da lui.

Tale soluzione è, del resto imposta:

a) sia dalla considerazione che, quando la violazione della regola di litisconsorzio necessario è rilevata nel corso del giudizio di primo grado non si fa luogo alla definizione del processo in rito, ma si impone ai litiganti di integrare il contraddittorio e lo si fa perché, una volta integrato il contraddittorio, la decisione abbia luogo sulla domanda che a seguito della integrazione si intende proposta contro tutti i colegittimati o da tutti i colegittimati;

b) sia dalla considerazione che, quando la rilevazione della violazione dell'integrità del contraddittorio viene fatta in sede di impugnazione, è disposta la rimessione al primo giudice, davanti al quale si dovrà provvedere all'esecuzione dell'ordine di integrazione riassumendo direttamente il processo anche nei confronti del pretermesso e ciò sempre per la decisione sulla domanda originaria estesa al suo contraddittorio.

D'altro canto ciò è nella logica dello stesso contenuto dell'impugnazione del litisconsorte pretermesso, che è si oppositiva alla sentenza *inter alios*, ma, in quanto essa ha deciso su una domanda senza il rispetto della regola di colegittimazione che imponeva di coinvolgerlo, esige, una volta rimossa la sentenza stessa, di renderne una nuova. Si aggiunga che l'art. 405, secondo comma, c.p.c. imponendo che la citazione in opposizione contenga gli elementi di cui all'articolo 163 c.p.c. sottende che l'atto abbia il vero e proprio contenuto di una domanda giudiziale, che si deve sostanziare se il litisconsorte è colegittimato rispetto alla domanda dal lato attivo nella prospettazione della sua posizione sulla *causa petendi* della domanda originaria e, quindi, del *petitum* ad essa relativo, se egli è colegittimato rispetto alla domanda dal lato passivo nella



prospettazione della sua difesa su di essa e se è colegittimato in una posizione che abbia caratteri non riconducibili al lato attivo o passivo, ma autonomamente rilevanti, nella prospettazione di come essa si atteggi.

In pratica, la posizione del litisconsorte che si oppone risulta essere quella di un soggetto che entra nel processo con l'impugnazione certamente per eliminarne in prima battuta il risultato costituito dalla sentenza opposta in quanto raggiunto senza la sua partecipazione, ma in seconda battuta e necessariamente per dar corso ad una decisione sulla domanda originaria nella nuova dimensione in cui appare completata dalla sua prospettazione.

Considerazioni non dissimili debbono farsi per l'ipotesi di opposizione avverso la sentenza di appello.

§15.1.5. Certamente, può accadere che il litisconsorte necessario che interviene in appello nella domanda proposta con l'atto di intervento ovvero il litisconsorte che proponga opposizione contro la sentenza di primo grado o quella di appello nel suo atto introduttivo, si limitino ad enunciare ed offrano di dimostrare solo la loro situazione legittimante senza prendere posizione sul regolamento che dovrebbe avere la situazione giuridica risultante dalla loro entrata nel processo oppure postulino addirittura un accertamento che, sebbene esteso a tutti i colegittimati, non dovrebbe essere dissimile da quello avvenuto *inter pauciores*.

In tal caso può destare perplessità e, quindi, ci si può interrogare sul se il criterio dell'interesse ad agire e, nel caso di domanda di intervento o opposizione carenti circa la prospettazione dell'ingiustizia del regolamento dato *inter pauciores*, il segnalato rilievo del contenuto necessario della domanda, sebbene proposta eccezionalmente in sede di impugnazione, cioè quello di completare il profilo soggettivo del giudizio e, quindi, individuare il diritto di cui si discute così come l'ordinamento lo prevede e dev'essere regolato, non possano operare rispettivamente: aa) nel senso di escludere l'interesse

all'impugnazione; *bb*) e di determinare la nullità e, dunque, l'inammissibilità dell'intervento e della opposizione quale mezzo di impugnazione.

Ma la perplessità deve necessariamente superarsi e, dunque, l'interrogativo deve ricevere risposta negativa, se si fa la seguente riflessione.

Sia l'intervento sia l'opposizione sono riconosciuti ad un soggetto rispetto al quale, ove fosse riconosciuta la sua pretermissione dal giudice d'appello d'ufficio, la rimessione al primo giudice per la rinnovazione del giudizio non dipenderebbe in alcun modo dall'eventuale convincimento del giudice dell'appello o dell'opposizione che una nuova decisione a contraddittorio integro da parte del giudice di primo grado non potrebbe che aver luogo se non con la reiterazione dello stesso regolamento dato dalla sentenza riformata salva la sua estensione a tutte le parti.

Ne discende che, se gli artt. 354 e 383 c.p.c. impongono al giudice che rilevi d'ufficio la violazione della regola del litisconsorzio necessario la rimessione del giudizio al primo giudice, davanti al quale la riassunzione dovrà coinvolgere il pretermesso, senza che rilevi che la sentenza di primo grado o d'appello contenga un regolamento che, se pur esteso alla pienezza del contraddittorio, non potrebbe che essere identico salva tale estensione, ove la nullità derivante dal difetto dell'integrità del contraddittorio sia fatta rilevare dallo stesso pretermesso con l'intervento in appello oppure con l'opposizione ordinaria contro la sentenza di primo grado o di appello, la conseguenza non potrà che essere la stessa.

Semmai può concedersi che, quando sia la Corte di cassazione a rilevare la violazione della regola dell'integrità del contraddittorio d'ufficio e, tuttavia, il ricorso risulti infondato e l'assetto di interessi che scaturisce dal suo rigetto per effetto della sentenza impugnata sia favorevole al litisconsorte pur pretermesso, l'essere la Corte giudice di ultima istanza a differenza del giudice d'appello, possa giustificare che non si cassi la sentenza e si disponga la rimessione al primo giudice, perché esso emetta una nuova decisione che dovrebbe avere la

stessa regolamentazione che soddisfa il pretermesso. Costui, d'altro canto, ove la Corte avesse compiuto una valutazione errata, potrebbe sempre proporre l'opposizione ordinaria.

Quando invece la situazione ora descritta è rilevata dal giudice d'appello, l'essere la sua decisione ridiscutibile con un ricorso per cassazione, non consente di fare questo ragionamento, che è giustificato da un principio di economia processuale, oggi trasfuso nel concetto di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 della Costituzione.

§15.1.6. Si rileva ancora che atteggiamenti del pretermesso del genere di quelli indicati saranno comunque apprezzabili ai sensi del primo comma dell'art. 92 c.p.c.

§15.2. Se si passa a considerare le prospettive di tutela della posizione degli altri terzi che sono legittimati, per come s'è visto, all'opposizione ordinaria, si deve constatare innanzitutto che essi possono "entrare" nel processo di primo grado spiegando intervento a norma dell'art. 105, primo comma, c.p.c. e secondo le regole degli artt. 267 e ss. c.p.c., ma in questo caso possono subire, a norma dell'art. 268, secondo comma, c.p.c. ed a differenza del terzo litisconsorte pretermesso, la limitazione data dal non poter compiere "atti che al momento dell'intervento non sono consentiti ad alcuna altra parte".

Com'è noto, la limitazione così disposta, a seguito della riforma di cui alla l. n. 353 del 1990 ha assunto un significato che costringe l'interprete ad individuarne la portata avuto riguardo all'operare del regime delle preclusioni.

Non essendo questa la sede per esaminare *funditus* il problema, basti considerare che, con riferimento alle figure di intervento in discorso, che assumono carattere c.d. principale ed evidenziano l'introduzione di una domanda (da parte del titolare di diritto autonomo ed incompatibile o di chi rivendichi lo *status*) o di una prospettazione (nel caso del falsamente rappresentato) contro i litiganti originari, non sembra possibile sostenere che il riferimento agli atti preclusi – oltre che *ex necesse* alla domanda stessa, dato che

altrimenti l'intervento sarebbe impossibile, se non nel termine per la costituzione del convenuto, che può proporre domanda riconvenzionale - possa intendersi comprensivo anche dei poteri di allegazione e di produzione di documenti ed articolazione di prove che sono funzionali alla dimostrazione della situazione legittimante all'intervento e, quindi:

aa) alla domanda che propone il terzo titolare del diritto autonomo ed incompatibile per chiedere l'accertamento di tale diritto;

bb) alla domanda che il terzo propone per la rivendicazione dello *status* di cui si discute *inter partes* o di altro incompatibile con esso;

cc) alla prospettazione con cui il falsamente rappresentato fa valere la falsità della rappresentanza ed eventualmente supporta la fondatezza della domanda proposta dal *falsus procurator* oppure ne evidenzia l'infondatezza ovvero contesta la fondatezza della domanda proposta contro il suo *falsus procurator* oppure la riconosce in tutto o in parte fondata.

Con riferimento al terzo titolare del diritto autonomo ed incompatibile è stato a ragione sottolineato (in disparte il ribadire la notazione che la preclusione non può riguardare la stessa proposizione della domanda) che sarebbe incomprensibile che il terzo venga ammesso all'intervento con la proposizione della domanda intesa a far valere il suo diritto senza il supporto dello svolgimento dell'attività dimostrativa della sua posizione e, quindi, della sua rilevanza in ordine a quella fatta valere tra le parti originarie. A maggior ragione l'incongruenza si configurerebbe con riferimento alla situazione di chi fa valere lo *status* in conflitto con quello oggetto di accertamento e nel caso del *falsus procurator*. E' palese che l'interveniente che entra nel processo deve dimostrare la posizione che lo legittima all'intervento e dunque l'ordinamento, nel consentirgli l'intervento fino alla precisazione delle conclusioni, necessariamente lo deve ammettere alla dimostrazione almeno di tale posizione. Ne segue che quantomeno l'attività probatoria al riguardo non gli si potrebbe negare.

Ma va, altresì, rilevato che, poiché tale posizione è configgente con quella *sub iudice* secondo i profili che connotano le tre fattispecie di intervento di cui si discute, è chiaro che il consentire tale attività probatoria suppone necessariamente il prendere posizione e, quindi, il dimostrare come la situazione legittimante si rapporti a quella oggetto di discussione in causa, il che richiede necessariamente un'attività assertiva e probatoria riguardante la fattispecie oggetto del giudizio tra le parti originarie.

Non sembra, pertanto, corretta l'opinione - enunciata peraltro in generale per il caso di interventi sia di terzi titolari di diritto autonomo ed incompatibile sia di terzi titolari di situazione collegata a quella di una delle parti (c.d. intervento adesivo autonomo o litisconsortile) - che riferirebbe la preclusione alle sole attività concernenti la situazione giuridica sostanziale siccome oggetto della domanda originaria.

§15.2.1. Dev'essere ritenuto, invece, che con riferimento alle tre ipotesi che qui interessano e, dunque, di terzi legittimati all'opposizione ordinaria, il modo di essere della situazione che legittima l'intervento impone di consentire al terzo le attività di allegazione e probatorie sia circa il modo di essere di tale situazione sia circa il modo di essere della situazione sostanziale già oggetto del giudizio, in quanto però sotto il secondo profilo esse siano funzionali ed utili per la chiesta tutela della situazione legittimante.

Va, d'altro canto, considerato che l'art. 267 c.p.c. prescrive all'interveniente di svolgere l'intervento tramite una comparsa a norma dell'art. 167 e, quindi, con i contenuti ivi previsti, tra i quali vi è la proposizione delle sue difese (e, dunque, l'enunciazione di ciò che giustifica la situazione legittimante), il prendere posizione sui fatti posti a fondamento della domanda e l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti. Ne segue che, essendo tale contenuto quello dell'atto di intervento in ogni stato in cui esso è possibile e, dunque, sino alla precisazione delle conclusioni, la formulazione del secondo comma dell'art. 268 risulta da adattare a tale necessario contenuto e, dunque, il

riferimento agli atti non più consentiti alle altre parti non può riguardare ciò che è imposto dalla forma dell'atto di intervento, ma deve verosimilmente riferirsi, conforme alla lettera della norma, agli "atti" che non siano coesenziali al contenuto dell'intervento secondo l'art. 167 c.p.c.

§15.2.2. Si deve allora trattare di "atti" estranei a tale contenuto, riguardo ai quali i relativi poteri siano al momento dell'intervento preclusi alle parti originarie senza interferenza con la posizione che il terzo vuole tutelare in quanto incidente su quella oggetto di giudizio. Si può pensare ad un'eccezione di rito come quella di incompetenza riguardo alla domanda originaria, che sia rimasta ormai preclusa quando ha luogo l'intervento.

Si profila, dunque, possibile una lettura fortemente ridimensionatrice del significato della limitazione stabilita dal secondo comma dell'art. 268 c.p.c. Tale lettura consente di ritenere che la prospettiva di tutela dei terzi di cui si discorre che intervengono nel processo di primo grado, pur non essendo quella stessa che ha il litisconsorte necessario pretermesso, si connota, in definitiva, come non eccessivamente minore rispetto ad essa.

§15.2.3. Ove, peraltro, non si convenisse sulla lettura ipotizzata e si aderisse a quella tesi dottrinale - del resto enunciata con la sola considerazione della posizione del terzo titolare di diritto autonomo ed incompatibile - che legge l'art. 268, secondo comma, come giustificativo solo della possibilità che egli introduca la sua domanda, ma senza l'ulteriore possibilità, ove siano maturate le preclusioni probatorie, di apporti probatori e, quindi, con la soggezione allo stato del processo, si avrebbe - com'è stato notato - la conseguenza di un forte disincentivo per il terzo all'intervento nel processo di primo grado e al contrario l'incentivazione all'opzione di restare in attesa della definizione del giudizio di primo grado e proporre opposizione ai sensi dell'art. 404, primo comma, contro la sentenza se esecutiva oppure non impugnata e dunque passata in cosa giudicata, mentre nel caso di sentenza non esecutiva ed assoggettata ad impugnazione dalla parte soccombente la prospettiva del terzo sarebbe quella

dell'intervento ai sensi dell'art. 344 c.p.c. (peraltro configurabile anche contro la sentenza esecutiva assoggettata ad appello).

Ma in tutte queste evenienze si sperimenterebbe la grave incoerenza dell'opzione interpretativa del secondo comma dell'art. 268 che si considera.

Infatti, in modo del tutto contraddittorio con la limitazione che il terzo in questione avrebbe sofferto ove fosse intervenuto nel processo di primo grado, si dovrebbe senza dubbio ritenere, giusta quanto si è già osservato in precedenza sul contenuto dell'atto di opposizione per l'ipotesi del litisconsorte necessario pretermesso, che il terzo opponente sia ammesso ad allegare e a provare il fondamento della sua impugnazione sia sotto il profilo rescindente che rescissorio senza alcuna limitazione.

Allo stesso modo, l'intervento in appello del terzo in questione, non essendovi alcuna distinzione, a differenza di quanto accade nel secondo comma dell'art. 268 c.p.c., rispetto all'intervento del litisconsorte pretermesso, dovrebbe essere considerato come un intervento che parimenti consente ed anzi impone anche al terzo in discorso di allegare e provare quanto rilevante a suo favore senza limitazioni e, in particolare, senza subire le limitazioni proprie del giudizio di appello: l'intervento, infatti, ha la natura di una sorte di opposizione incidentale all'appello. Opposizione che diventa necessaria se la sentenza di primo grado non sia immediatamente esecutiva.

Comunque, ove pure, nonostante le gravi incongruenze segnalate, si aderisse all'opinione dottrinale che – peraltro essa stessa paventando dubbi di costituzionalità della disciplina così letta - ricostruisce in senso fortemente limitativo i poteri del terzo titolare del diritto autonomo ed incompatibile che interviene nel processo di primo grado quando le preclusioni si sono già verificate per le parti (e fermo restando che tale dottrina non si occupa del problema per il terzo titolare di *status* incompatibile e per quello che sia stato falsamente rappresentato, là dove una restrizione sarebbe ancora più ingiustificata), ai fini del discorso che si viene conducendo resterebbe fermo

che l'ordinamento lascerebbe al terzo nelle ipotesi che si considerano la scelta di intervenire se lo stato del processo di primo grado renda conveniente la sua difesa oppure in caso contrario rimanere in attesa e tutelarsi con la proposizione dell'opposizione contro la sentenza esecutiva o passata in cosa giudicata e con l'intervento in tutti i casi di impugnazione della sentenza stessa.

Nel primo caso resterebbe ferma l'ampiezza di tutela del contenuto dell'opposizione e nel secondo caso l'assenza di limitazioni nell'art. 344 c.p.c. e di distinguo fra le posizioni dei vari terzi ammessi all'opposizione ordinaria costringerebbe comunque sempre a ritenere che il terzo abbia piena possibilità di allegare e provare la situazione legittimante ed il suo atteggiarsi rispetto al processo in cui interviene. Altrimenti sarebbe incomprensibile che lo si ammetta addirittura ad entrare nel giudizio di appello, ma come una sorta di invitato di pietra.

§16. Salva, tuttavia, la diversità di ampiezza della tutela dei terzi di cui si discorre qualora intervengano nel giudizio di primo grado, secondo che si scelga l'una o l'altra opzione interpretativa sopra indicate (e tralasciando di considerare la specificità del rito del lavoro, nel quale vi è un termine stringente per l'intervento; art. 419 c.p.c. richiamato anche dall'art. 447-bis c.p.c.) per quanto attiene alle prospettive di tutela con l'opposizione contro la sentenza di primo grado esecutiva o passata in cosa giudicata, con l'intervento in appello nel caso di impugnazione della sentenza di primo grado, contro la sentenza d'appello esecutiva o quella d'appello comunque passata in cosa giudicata, si deve rilevare che esse sono per detti terzi del tutto speculari a quella del litisconsorte pretermesso, salva la particolarità della diversa incidenza dell'intervento sul giudizio di appello, dato che riguardo ad esso la decisione che consegua non può mai aprire la strada alla rimessione al primo giudice.

In particolare:

a) l'opposizione da loro proposta suppone sempre l'allegazione e dimostrazione della loro situazione legittimante e dell'incidenza di essa sulla

situazione oggetto del processo deciso con la sentenza impugnata, nonché, qualora venga accertata la fondatezza della situazione legittimante, l'eventuale caducazione per effetto della sua incidenza della sentenza opposta e una nuova decisione che tuteli quella situazione: dunque l'opposizione ha anche in tale caso un profilo rescindente ed uno rescissorio;

b) se la sentenza opposta è di primo grado, la pronuncia comporterà la rinnovazione della decisione sul cumulo di situazioni giuridiche determinato dalla prospettazione del diritto autonomo ed incompatibile o dello *status* confliggente con individuazione, all'esito di un nuovo giudizio, della situazione cui si deve riconoscere tutela, mentre, qualora la situazione che legittimi l'opposizione sia la falsità della rappresentanza, comporterà una nuova decisione che dica se essa vi è stata oppure no e, se del caso, corrispondentemente provveda sulla domanda originaria a favore o contro il titolare effettivo ed opponente;

c) se la sentenza opposta è d'appello, gli stessi accertamenti *sub a)* andranno svolti nel giudizio d'appello, non ricorrendo – a differenza dell'ipotesi del terzo litisconsorte necessario pretermesso – una situazione per cui, una volta riconosciuta l'esistenza della situazione legittimamente, si imponga una rimessione al primo giudice: la conseguenza sarà che profilo rescindente e profilo rescissorio si svolgeranno davanti al giudice d'appello;

d) analogamente se i terzi in questione intervengono in appello a norma dell'art. 344 c.p.c., l'accertamento della idoneità della loro situazione legittimante e la nuova decisione dovranno rendersi dal giudice d'appello, con unificazione di fase rescindente e rescissoria.

§17. Con specifico riferimento all'opposizione del terzo legittimato ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c. la constatazione della presenza per tutte le situazioni legittimanti di una fase rescindente, diretta ad accertare che esiste la situazione legittimante, e di una fase rescissoria che ne accerta l'incidenza sul giudizio nel quale è stata pronunciata la sentenza opposta, evidenzia che per

tutte le situazioni legittimanti l'opposizione è concessa, in definitiva, per far constatare un vizio *in iure* della sentenza e rendere dunque una nuova decisione sulla domanda oggetto del giudizio in cui venne pronunciata la sentenza opposta, sebbene sulla base dell'incidenza su di essa e, quindi, del cumulo, della domanda introdotta dal terzo.

In particolare, anche nel caso del terzo titolare del diritto autonomo ed incompatibile e dello *status* confliggente, al contrario di quanto talora si sostiene (adducendo che negli altri due casi, quello del litisconsorte necessario pretermesso e quello del falsamente rappresentato la sentenza *inter alios* presenterebbe un vizio, che invece non presenterebbe in quegli altri), l'opposizione serve per far emergere comunque un "vizio" della sentenza, cioè la sua illegittimità, che nella specie è rappresentato dall'aver tutelato la situazione oggetto della domanda originaria, mentre essa secondo l'ordinamento non avrebbe potuto esserlo o avrebbe dovuto esserlo in altro modo, se si fosse potuto considerare il diritto prevalente del terzo, che per il tramite dell'opposizione viene appunto introdotto a questo scopo.

§17.1. Dunque un vizio, cioè l'illegittimità della sentenza, si configura in non diversa guisa di come un vizio della sentenza opposta si configura nel caso del litisconsorte necessario pretermesso e del falsamente rappresentato, casi nei quali il vizio è rappresentato rispettivamente dalla violazione della colegittimazione sostanziale all'azione e della rappresentanza nel processo. Né l'esistenza del vizio parrebbe potersi negare – prospettazione, peraltro, enunciata per l'ipotesi dell'opposizione accolta a tutela del diritto autonomo ed incompatibile - adducendo che la sentenza *inter alios* non verrebbe eliminata nella sua efficacia regolatrice tra le parti originarie del diritto destinato a soccombere ed oggetto della pronuncia opposta.

Invero, se l'opposizione viene accolta e la sentenza *inter alios* caducata non si comprende come possa sostenersi che l'efficacia della sentenza stessa fra le parti originarie rimane. La situazione anche fra di esse sarà invero regolata dalla

nuova decisione rescissoria che provvederà sulla domanda originaria considerando l'incidenza di quella del terzo opponente, onde il nuovo regolamento sarà espresso comunque da essa.

Il che è vero:

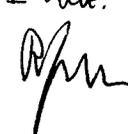
a) sia quando l'opposizione venga accolta nel profilo rescissorio e, quindi, venga riconosciuta tutela prevalente al diritto del terzo e conseguentemente venga *ex novo* regolato il rapporto fra le parti originarie sulla base degli effetti di tale prevalenza;

b) sia quando l'opposizione, pur ammissibile nel profilo rescindente, per esser stata dedotta una situazione legittimante, venga poi rigettata nel profilo rescissorio, in quanto si disconosca la prevalenza del diritto del terzo: in tale secondo caso, infatti, la nuova decisione di rigetto dell'opposizione, in quanto accerta il diritto fra le parti originarie nel contraddittorio del terzo e, dunque, anche per l'esclusione della prevalenza su di esso del diritto fatto valere dal terzo, si concreta in un accertamento nuovo e di valore ben diverso, proprio perché effettuato e, dunque, vincolante anche nei confronti del terzo, mentre il primo non lo era. Tale effetto di accertamento anche nei confronti del terzo opera anche quando l'opposizione dovesse reputarsi inammissibile o improcedibile (art. 408 c.p.c.), in quanto in tal caso, non potendo l'opposizione essere più riproposta, l'originario accertamento espresso dalla sentenza opposta diventa incontestabile anche dal terzo, mentre prima non lo era.

§18. Le lunghe considerazioni svolte consentono a questo punto di giustificare ulteriormente l'idea che l'opposizione ordinaria serva in primo luogo ad evitare un pregiudizio di natura giuridica, al contrario di quanto aveva opinato una pur autorevole dottrina. Se non altro tale pregiudizio, in prospettiva minimale, può essere anche solo quello da incertezza, che è pregiudizio rilevante per lo stesso diritto di azione, siccome rivela in generale l'art. 100 c.p.c. quando lo si considera legittimare in generale l'azione di mero accertamento.

In secondo luogo esse consentono poi di ritenere che le prospettive di tutela del terzo legittimato all'opposizione ordinaria con riferimento al processo e alla decisione *inter alios*, vuoi se esplicate con l'intervento, vuoi se esplicate con l'opposizione, sono prospettive di pienezza di tutela della propria situazione giuridica legittimante in rapporto a quella giudicata *inter alios*.

Va precisato che tale pienezza di tutela, quando il terzo di cui al primo comma dell'art. 404 c.p.c. interviene nel processo in primo grado od in appello, poiché, secondo la lettura che sembra preferibile, egli *introduce* una domanda nel processo (nei vari sensi in cui ciò si correla alla specificità delle distinte ipotesi del litisconsorte pretermesso, del titolare di diritto autonomo ed incompatibile, del terzo titolare di uno *status* e del falsamente rappresentato), <sup>1</sup> ~~giustifica~~ si può estrinsecare anche nella spendita del potere cautelare strumentale ad essa. Quindi, il terzo interveniente in primo grado può chiedere misure cautelari e così quello che interviene nel processo di appello. Costui, inoltre, se la sentenza di primo grado è immediatamente esecutiva, può chiedere la sospensione dell'esecutività, che avrebbe potuto chiedere proponendo opposizione.

1. oblio:  


Inoltre, quando il terzo propone l'opposizione è da credere parimente che egli nell'ambito della fase del giudizio a carattere rescissorio, possa esercitare l'azione cautelare in relazione ad esigenze che non possano essere tutelate dalla mera sospensione dell'esecutività della sentenza opposta ed in ogni caso se essa è definitiva e non esecutiva.

E', peraltro, da rilevare che vi è una situazione in cui il terzo di cui al primo comma dell'art. 404 c.p.c., non potendo né intervenire nel processo altrui, né proporre opposizione, secondo il regime combinato dei due istituti dell'intervento e dell'opposizione ordinaria, si troverebbe nella condizione di non avere nell'ambito di esso una tutela e ciò sia sul piano ordinario, sia su quello cautelare. Si tratta della situazione in cui la sentenza *inter alios* non sia immediatamente esecutiva e sia stata impugnata dinanzi alla Corte di

cassazione. In questo caso il terzo non ha il potere di intervenire e non ha il potere di proporre opposizione.

Sia la constatazione<sup>in</sup> dell'ampiezza di tutela del terzo nei sensi indicati, sia della presenza di questa eccezione, assumono rilevanza decisiva per rispondere al quesito sul se ed eventualmente in caso positivo, con quali limiti con le tutele rappresentate dall'intervento e dall'opposizione ordinaria, possa concorrere l'azione ordinaria intesa a far valere ed accertare quello che si potrebbe fare accertare con i detti due mezzi.

Questione che ora si può passare ad esaminare.

§18.1. In proposito occorre partire dalla considerazione di un punto preliminare, che è nel senso che tanto l'intervento quanto l'opposizione, ancorché il legislatore non lo dica, suppongono necessariamente che il terzo abbia conoscenza del processo *inter alios* nel primo caso e della sentenza suscettibile di opposizione ordinaria nel secondo. Invero, se il terzo non ha avuto tale conoscenza non si comprende come possa attivarsi nell'uno o nell'altro senso.

E' proprio nella contemplazione di questa circostanza che, rimeditando la questione della possibilità di tutela del terzo di cui al primo comma dell'art. 404 c.p.c. tramite un'alternativa azione autonoma di accertamento della sua situazione legittimamente e della sua incidenza sul regolamento dato dalla sentenza opponibile, ci si deve ora ed in primo luogo domandare:

aa) se, quando il terzo abbia conoscenza della pendenza del processo altrui o della sentenza emessa in esso che sia opponibile ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c., il suo potere di azione a tutela della sua situazione giuridica legittimante *debba* oppure soltanto *possa* esercitarsi rispettivamente tramite l'intervento in primo grado o in appello e tramite l'opposizione;

bb) e se nel primo caso sia ragionevole che resti dunque preclusa la possibilità che egli possa agire con separata azione convenendo in giudizio i litiganti e chiedendo in loro confronto l'accertamento del modo di essere della

sua situazione con ciò che esso implica sull'oggetto del processo altrui, mentre, al contrario, nel secondo caso sia ragionevole che detta possibilità resti invece pienamente consentita, come conseguenza del carattere facoltativo sia dell'intervento che dell'opposizione.

§18.2. Prima di vedere quali risposte siano da darsi a tali alternative, mette conto, però, di svolgere un'ulteriore rilievo.

Si deve riconoscere che, qualora il terzo non abbia alcuna conoscenza della lite *inter alios*, egli, di fronte al manifestarsi della condizione dell'interesse ad agire a tutela della sua situazione giuridica in ragione di un atteggiamento o comportamento dei soggetti, che a sua insaputa litighino nel processo che giustificerebbe il suo intervento o la sua opposizione contro decisioni in esso rese, possa convenirli in giudizio esercitando direttamente il suo potere di azione contro detti atteggiamenti o comportamenti.

Infatti, se egli non sa della pendenza del processo tra tali soggetti le alternative di cui al precedente paragrafo non si possono configurare e non si può in alcun modo negare che egli possa agire con un separato giudizio ravvisando un bisogno di tutela della sua situazione giuridica e, quindi, le condizioni per proporre domanda giudiziale ai sensi dell'art. 99 c.p.c.

Si badi che l'atteggiamento e/o comportamento dei soggetti che litigano nel processo, cui qui si allude, potrebbe essere in primo luogo proprio quello stesso in relazione al quale, considerandolo nelle sue implicazioni riguardo alle loro posizioni, abbiano instaurato la lite fra di loro; oppure potrebbe essere uno diverso ed ulteriore; oppure si può trattare sia dell'uno che dell'altro.

Carattere comune in queste tre ipotesi è che in tutte venga in rilievo necessariamente la situazione giuridica o apparentemente tale, che è in discussione nel processo altrui. In ognuna essa deve rappresentare il presupposto dell'atteggiamento o comportamento dei litiganti nell'altro processo, sì che oggettivamente risulta che la reazione del terzo estraneo, in quanto determinata

da essi necessariamente implichi che debba essere messa in discussione dal terzo proprio quella situazione giuridica.

Va, del resto, osservato che anche lo stesso interesse del terzo ad intervenire nel processo altrui o ad opporsi di terzo, quando ha conoscenza del processo non deve certo insorgere necessariamente in dipendenza della conoscenza del processo altrui eventualmente determinata dall'atteggiamento o comportamento di cui i soggetti del processo discutono, ben potendo derivare da un atteggiamento o comportamento ulteriore: in questo secondo caso l'intervento o l'opposizione ben potranno dispiegarsi non solo introducendo come *thema decidendi* dal punto di vista del terzo la discussione su quanto è oggetto di discussione fra le parti ma anche estendendo il *thema* al secondo aspetto.

§18.2.1. Così, se a colui che rispetto al processo pendente rivesta (inconsapevolmente) la qualità di litisconsorte necessario pretermesso si evidenzi una situazione fattuale coinvolgente i soggetti che già stiano litigando in esso a sua insaputa e che implichi ai sensi dell'art. 100 c.p.c. un'esigenza di tutela del diritto di cui è contitolare e magari proprio la stessa esigenza che ha determinato il processo *inter alios* di cui egli non ha conoscenza, non si vede per quale ragione si potrebbe negare che egli possa esercitare l'azione che si presenti rispondente a detta esigenza e lo faccia rispettando la regola di litisconsorzio necessario prescritta dall'ordinamento e, quindi, contro o nei confronti dei soggetti della cui lite pendente non ha notizia.

§18.2.2. Allo stesso modo, se il terzo titolare di diritto autonomo ed incompatibile con un diritto altrui venga a conoscenza di una situazione fattuale di contestazione riguardo a tale diritto tra il suo titolare ed altri e, quindi, di possibile interferenza con il proprio, ignorando però che la lite è già oggetto di giudizio fra di essi, bene potrà, deducendo che la sua posizione è prevalente ed è quella che deve ricevere tutela, convenirli all'uopo in separato giudizio chiedendo un accertamento in proposito.

§18.2.3. Analogamente, se taluno, senza avere notizia che fra altri penda un processo di accertamento di uno *status*, abbia conoscenza di una situazione fattuale che tra i soggetti di quel processo evidenzi che uno di essi rivendichi lo *status* e di esso al contrario egli si reputi titolare oppure si reputi titolare di uno *status* incompatibile con quello su cui si evidenzi contestazione fra i detti soggetti, non si potrà negare che egli possa agire contro di loro per rivendicare l'esistenza a suo favore dello stesso *status* che gli risulti (per l'ignoranza del processo) solo stragiudizialmente in contestazione fra loro ovvero per ottenere e rivendicare l'accertamento del proprio *status* incompatibile con quello di cui gli risulti lite stragiudiziale fra gli altri soggetti.

§18.2.4. Ancora: se taluno abbia notizia, senza sapere che la lite è già divenuta giudiziale, di una situazione fattuale in cui fra un soggetto che si spaccia per suo rappresentante falsamente ed altro soggetto sia in contestazione la situazione giuridica di cui egli è il titolare, non si potrà negargli di poter agire convenendo i due soggetti per ottenere anzitutto che sia accertata la falsa rappresentanza e comunque l'esatta titolarità del diritto, nonché se del caso per tutelare la sua situazione giuridica ove ve ne sia bisogno.

§18.3. In tutte queste ipotesi, nelle quali l'azione viene esercitata dal terzo che non sa del processo *inter alios* in cui avrebbe potuto spiegare intervento o proporre opposizione nel caso di sentenza esecutiva ed ancora *sub iudice*, si deve rilevare che verosimilmente i soggetti convenuti, costituendosi, evidenzieranno la pendenza del processo fra di loro.

In tal caso, la situazione di connessione fra i due giudizi per pregiudizialità derivante dalla incompatibilità delle tutele postulate in entrambi – se non altro soggettiva – e che rende il processo che coinvolge tutti i soggetti pregiudiziale rispetto all'altro (a norma dell'art. 34 c.p.c.) impone di valutare se e come possa avere luogo il loro coordinamento.

Se i giudizi siano pendenti davanti allo stesso ufficio giudiziario in primo grado, sarà possibile procedere certamente alla loro riunione e ciò è da credere

senza che rilevi il diverso stato del processo *inter alios*, dato che l'esigenza di coordinamento deriva dalla incompatibilità delle tutele e, così come non tollererebbe una separazione, impone che siano decisi unitariamente.

Se la pendenza riguardi uffici giudiziari diversi e si tratti di tribunali ed operi una regola di competenza territoriale derogabile il secondo processo potrà essere rimesso, a norma dell'art. 40, primo comma, c.p.c.

In presenza dell'operare di una regola di competenza territoriale inderogabile sul secondo processo, il coordinamento dovrà avvenire a norma dell'art. 295 c.p.c. e si imporrà la sospensione del processo originario, in cui il terzo non è coinvolto ed il cui esito sarà pregiudicato dal processo introdotto dal terzo in quanto coinvolgente li ed i soggetti del processo originario.

Le ipotesi di pendenza dei processi l'uno dinanzi al giudice di pace e l'altro avanti al tribunale saranno gestibili con l'attrazione dinanzi al giudice togato del processo davanti al giudice onorario, a norma dell'art. 40, sesto comma, c.p.c.

§19. Accantonando per il momento l'ipotesi in cui il processo originario *inter alios* nell'ipotesi considerata penda in grado di appello quando il terzo ha notizia della sua pendenza dalla costituzione delle parti, è necessario considerare ora la situazione in cui il terzo legittimato ad opporsi ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c. venga a conoscenza della pendenza in primo grado del giudizio *inter alios* nel quale è *sub iudice* la situazione che giustificherebbe quella legittimazione.

Qualora voglia far valere tale situazione in un caso che lo vede a conoscenza del processo altrui (il che può accadere anche a prescindere dal manifestarsi di accadimenti fattuali che evidenzerebbero ulteriormente un suo interesse ad agire), ci si deve domandare se egli sia onerato di intervenire nel processo *inter alios* appunto pendente in primo grado oppure abbia solo una facoltà di intervenire alternativamente alla possibilità di agire con separata azione contro i litiganti di quel processo per ottenere l'accertamento e la tutela della sua situazione.

§19.1. La risposta è certamente in questo secondo senso.

Nessuna norma impone ai terzi legittimati all'opposizione ordinaria e, dunque, certamente all'intervento nel processo altrui pendente in primo grado ai sensi del primo comma dell'art. 105 c.p.c., di tutelarsi esercitando il suo diritto di azione (che si estende – si badi – anche alla deduzione dell'atteggiarsi del proprio diritto rispetto alla situazione di cui si discute nel processo *inter alios*) necessariamente con l'intervento.

Il “può” che regge la proposizione del primo comma della norma e che, in mancanza di eccezioni, si applica necessariamente anche agli interventori che potrebbero opporsi di terzo non lascia dubbi.

Anche per i legittimati ai sensi del primo comma dell'art. 404 c.p.c. l'intervento è dunque soltanto una facoltà e non un modo necessario di tutelare la loro posizione, la quale, pertanto, correlandosi all'affermazione di un loro diritto, tutelato, quindi, dal diritto di azione, bene può essere alternativamente fatta valere con un'azione separata.

Pertanto, né il litisconsorte pretermesso né il terzo titolare di diritto autonomo ed incompatibile né il titolare di *status* incompatibile, né il falsamente rappresentato - una volta appresa, rispettivamente, la notizia della pendenza del processo *inter pauciores*; quella della pendenza sul diritto rispetto al quale assumono la titolarità prevalente di diritto autonomo ed incompatibile; quella della pendenza di giudizio sullo stesso *status* o su *status* incompatibile con quello proprio o quella della pendenza di un giudizio sulla sua situazione giuridica in cui taluno lo rappresenti falsamente – possono ritenersi obbligati a far valere il loro diritto contro i soggetti del processo pendente tramite l'intervento in esso.

§19.2. Deve, pertanto, affermarsi che è certamente possibile che anche nel caso di conoscenza della pendenza del processo pregiudizievole in primo grado il terzo evocato dall'art. 404, primo comma, c.p.c. possa dunque preferire

all'intervento nel processo altrui di primo grado, l'esercizio separato della sua azione in sede separata contro i soggetti tra cui pende il processo.

Tale esercizio separato appare ancora più giustificato quando l'interesse del terzo sia insorto a seguito di conoscenza della pendenza del processo altrui o della pronuncia della sentenza impugnabile in esso determinata soltanto o anche da atteggiamenti o comportamenti ulteriori rispetto a quelli oggetto di discussione o discussi *inter alios*.

Il coordinamento fra i due giudizi in tal caso avverrà nei modi indicati sopra a proposito dell'inizio del giudizio all'insaputa della pendenza del processo altrui e dell'acquisizione della conoscenza di esso solo a seguito della costituzione delle parti di quel processo.

§20. Si deve a questo punto esaminare quali siano le prospettive di tutela del terzo legittimato ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c. qualora egli debba reagire di fronte alla conoscenza del processo altrui (anche a prescindere da una situazione fattuale determinata dai soggetti fra cui pende il processo) ovvero, in difetto di conoscenza del processo, di fronte ad una necessità di reagire ad una situazione fattuale determinata dai soggetti fra cui pende il processo, e tuttavia il detto processo sia però giunto ad uno stato in cui risulti pronunciata la sentenza di primo grado e penda il termine per l'impugnazione ovvero penda il giudizio di appello a seguito dell'impugnazione.

Occorre domandarsi se anche in tali casi il terzo possa tutelare il suo diritto, la sua situazione giuridica, tramite un'ordinaria azione contro i soggetti che siano in lite.

§20.1. La risposta è certamente positiva nel secondo caso, dato che non si comprende nuovamente come la mancanza di conoscenza del processo altrui, sebbene pervenuto ad una decisione di primo grado, potrebbe incidere sulla libertà di azione del terzo di fronte alla detta situazione fattuale. Se il terzo non sa della pendenza del processo e deve reagire all'ipotizzata situazione

determinata dai soggetti di esso non si vede come gli si possa negare l'azione ordinaria.

§20.2. Accantonando per il momento il problema che si potrà porre se in tal caso la conoscenza del processo altrui venga acquisita per effetto della prospettazione difensiva assunta da parte dei convenuti, ci si deve chiedere quale sia la soluzione nel primo dei due casi ipotizzati.

Anche in esso la possibilità di agire con l'azione a tutela del proprio diritto introducendo un separato giudizio contro i soggetti che sono in lite nell'altro giudizio non sembra possa negarsi.

Non è possibile, infatti, sostenere innanzitutto che l'azione in questione sia esercitabile soltanto attraverso l'opposizione di terzo contro la sentenza resa in primo grado.

In tanto, ove la sentenza resa nel giudizio *inter alios* in primo grado non sia esecutiva s'è già veduto che l'opposizione non sarebbe proponibile e semmai sarebbe configurabile, nel caso in cui la sentenza venisse impugnata, il potere di intervenire nel processo di appello.

Ma anche l'art. 344 c.p.c., non diversamente dall'art. 105 c.p.c., prevede che l'intervento sia una facoltà del terzo e non un obbligo.

Ove la sentenza di primo grado fosse immediatamente esecutiva o fosse passata in cosa giudicata e, dunque, fosse proponibile l'opposizione, si deve ritenere che, essendo l'opposizione ordinaria anch'essa concessa come possibilità al terzo, per ciò solo a costui non sia preclusa l'alternativa dell'azione separata ed è questa la tesi che fa sostenere a parte della dottrina che l'opposizione ordinaria sarebbe allora solo un rimedio facoltativo e non necessario.

§20.2.1. La tesi però sovrastima il significato di questa facoltatività ed arriva a considerare la separata azione ordinaria che il terzo si dice legittimato ad esercitare come idonea a realizzare la stessa tutela che potrebbe realizzare l'opposizione ordinaria.

In particolare, la tesi non può essere seguita là dove ritiene che l'azione separata potrebbe ottenere effetti sulla tutela assicurata dalla sentenza resa nel giudizio *inter alios* e ciò per il tramite dell'esercizio in corso di giudizio di merito di un'azione cautelare, evidentemente ai sensi dell'art. 700 c.p.c., volta ad ottenere un provvedimento che impedisca, fra le parti del giudizio in cui è stata pronunciata quella sentenza, la sua esecuzione spontanea o coattiva, se si tratti di sentenza provvisoriamente esecutiva o passata in giudicato ed esecutiva, oppure, nel caso di sentenza non esecutiva, ma passata in cosa giudicata fra le parti, di un provvedimento che imponga alle parti di non conformare la loro condotta a quanto da essa stabilito.

§20.2.2. Questa tesi non è però sostenibile per varie ragioni.

La prima, com'è stato rilevato da parte della dottrina, è che, se si è in presenza di una sentenza di primo grado immediatamente esecutiva e, dunque, opponibile di terzo ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c., si deve ritenere che, avendo il legislatore previsto a favore del terzo contro la sentenza *inter alios* di primo grado un rimedio, quello dell'opposizione ordinaria, che ha qualificato come mezzo di impugnazione sebbene non assoggettandolo a termini, tale previsione, conforme alla logica di un mezzo di impugnazione, è un rimedio necessario e non facoltativo per ottenere quello che il mezzo di tutela così attribuito, cioè l'impugnazione, può – secondo la sua vocazione e secondo il suo profilo funzionale – assicurare, cioè l'eliminazione della sentenza e, quindi, la neutralizzazione dei suoi effetti per il tramite dell'accertamento della situazione legittimante e della sua prevalenza sul regolamento dato dalla sentenza stessa, nonché solo di seguito del nuovo regolamento coinvolgente tutti i soggetti, compreso il terzo.

D'altro canto, il punto che occorre sottolineare è che, se è vero che la sentenza *inter alios* non ha regolato la situazione del terzo, tant'è che egli è ammesso a contestarla con un'impugnazione non soggetta a termini, tuttavia essa ha regolato *di fatto* una situazione riferibile solo alle parti del relativo

giudizio e, quindi, gli effetti di cui si discute sono effetti che riguardano, secondo il *decisum* della sentenza, la posizione di quelle parti, così determinando il pregiudizio *in primis* giuridico che giustifica l'opposizione ordinaria.

E' vero che essi possono essere pregiudizievoli per i diritti del terzo, in via giuridica in primo luogo ed eventualmente in via pratica, ma tale carattere pregiudizievole non è però l'effetto diretto della statuizione resa con la sentenza, che ha ignorato la posizione del terzo di cui al primo comma dell'art. 404, bensì un effetto del tutto indiretto derivante dall'accertamento e dall'assetto che la sentenza ha dato alla situazione esaminata fra le parti. Il pregiudizio deriva da tale regolamentazione, avvenuta senza il contraddittorio del terzo.

Esso si verifica perché, per ragioni di diritto sostanziale che non hanno fatto parte, a torto (perché nel caso del litisconsorzio necessario il giudice non si è accorto della regola di litisconsorzio applicando l'art. 102 c.p.c. e non se ne sono accorte le parti o esse l'hanno ignorata; e perché nelle altre ipotesi, pur emergendo una situazione fattuale, che evidenziava la rilevanza della situazione del terzo titolare di diritto autonomo ed incompatibile, del terzo titolare dello *status* incompatibile, del falsamente rappresentato, il giudice non ha esercitato il potere di cui all'art. 107 c.p.c. ed alcuna delle parti ha chiamato in causa il terzo) o a ragione (perché non era emersa e dunque non era percepibile dal giudice la situazione fattuale coinvolgente il terzo) della materia del contendere che ha portato alla formulazione della decisione, il regolamento che la sentenza ha riconosciuto risulta in conflitto con il regolamento che, in base all'esatto diritto sostanziale e qualora esso fosse stato giudicabile dal giudice del processo altrui, avrebbe imposto di tutelare il terzo, cioè di riconoscere e regolare la situazione come oggetto di litisconsorzio necessario, di dare prevalenza al diritto del terzo titolare di diritto autonomo e incompatibile, di dare prevalenza allo *status* del terzo, di riconoscere che il regolamento è stato reso con falsa rappresentanza di una parte.

§20.2.3. Va d'altro canto considerato che, ove la sentenza di primo grado non sia esecutiva e, dunque, opponibile e comunque anche se lo sia, l'ordinamento ha previsto la facoltà di intervento del terzo ai sensi dell'art. 344 c.p.c. e, dunque, gli ha eccezionalmente riconosciuto la possibilità di "entrare" nel processo altrui per far valere la sua situazione legittimante e ciò per le stesse ragioni che avrebbero potuto sorreggere l'opposizione.

§20.2.4. Ebbene, se l'ordinamento ha riconosciuto al terzo sia, sempre, la possibilità di intervenire in appello nel processo *inter alios*, sia quella di impugnare la sentenza di primo grado *inter alios* esecutiva (sebbene impugnata), ha chiaramente voluto che la prospettazione da parte del terzo della fattispecie di diritto sostanziale evidenziatrice del litisconsorzio necessario, della fattispecie del diritto prevalente, dello *status* prevalente e della falsa rappresentanza in quanto giustificanti l'illegittimità della sentenza e, quindi, dirette a neutralizzare la sua forza per come si è espressa, cioè fra le sole parti di quel giudizio, sia necessariamente da farsi valere e debba esercitarsi per il tramite dell'opposizione ove il terzo voglia interferire sullo svolgimento del processo *inter alios* e sull'attuazione fra le parti di esso del *dictum* della sentenza.

Se il terzo sceglie, dunque, di agire separatamente contro le parti del giudizio pregiudicante e dunque non si avvale dei due mezzi che l'ordinamento gli ha riconosciuto per realizzare quella interferenza, egli postula una tutela della sua posizione giuridica che, quando sarà riconosciuta obbligherà certamente anche le parti tra cui ha avuto luogo l'altro giudizio, ma ciò in quanto la decisione sarà resa nei loro confronti con la contemplazione della situazione del terzo e si verrà a sovrapporre alla decisione *inter alios*.

Ma, fintanto che la nuova decisione sulla posizione prevalente del terzo non intervenga, costui, avendo scelto di non tutelarsi con l'intervento e, ove ammissibile, con l'opposizione, non potrà pretendere di neutralizzare gli effetti della sentenza di primo grado *inter alios*, nel senso che fino al sopraggiungere del nuovo giudicato sul giudizio separato, dovrà rimanere fermo l'esito dell'altro



giudizio, di modo che il terzo non potrà in alcun modo porlo in discussione e, dunque:

*aa)* se si tratti di effetti esecutivi impedire che abbia luogo l'esecuzione fra le parti di quell'altro giudizio e ciò in particolare sulla base della situazione accertanda nel separato giudizio da lui introdotto;

*bb)* se si tratti di effetti di accertamento, contestare che la situazione fra quelle parti sia regolata nel modo stabilito dalla sentenza.

La riprova di quanto affermato si ha riflettendo che, se è vero che agendo separatamente, anziché impugnare la sentenza *inter alios*, il terzo che conviene in giudizio le parti del giudizio *inter alios*, nel prospettare la situazione che vuole tutelare e che l'avrebbe legittimato all'opposizione se possibile o all'intervento nel relativo giudizio, postula che il regolamento dato in quel giudizio è illegittimo e che, quindi, è illegittima la relativa sentenza, e chiede un nuovo regolamento che riconosca quella situazione, egli non esercita in tal modo però un'azione *contro* la sentenza, cioè diretta ad eliminarla, bensì esercita un'azione diretta *soltanto* ad ottenere, sul presupposto che essa non lo vincoli, una nuova regolamentazione dell'assetto di interessi che tuteli la sua situazione anche nei confronti dei soggetti dell'altro processo e dell'altra sentenza.

Trattandosi di un'azione ordinaria e non di un'impugnazione, a suo fondamento il terzo di cui al primo comma dell'art. 404 prospetta non già il diritto ad ottenere l'accertamento della illegittimità della sentenza *inter alios*, perché l'ordinamento tutela i diritti contro le sentenze diretti ad evidenziarne l'illegittimità con forme di tutela che chiama e qualifica come mezzi di impugnazione e in questo caso ne ha previsto uno a favore del terzo o, se non gliel'ha concesso, gli ha consentito di "entrare nel processo" ai sensi dell'art. 344 c.p.c., bensì fa valere il diritto ad ottenere l'accertamento della sua posizione di diritto sostanziale in quanto interferente e prevalente rispetto a quella accertata dalla sentenza resa *inter alios* e perché tale diritto non è stato giudicato dalla stessa.

In altri termini, il fatto che la legge consenta la tutela del terzo con l'intervento e con l'opposizione in relazione al processo altrui se non può incidere sulla possibilità del terzo di agire con separata azione, impone di ridimensionare l'ambito di tutela con essa consentito a quanto non è assicurato da quei due mezzi che sono quelli con cui il terzo può incidere sul processo altrui e sulla sentenza in esso pronunciata. Sicché la sua tutela viene ristretta alla prospettiva di ottenere una tutela alla fine del nuovo processo separato, a differenza di quanto accadrebbe in un ordinamento che non prevedesse per le note situazioni legittimanti la possibilità di intervento e di impugnazione tramite l'opposizione ordinaria. In questo caso l'ambito della tutela ottenibile con la separata azione si riespanderebbe anche alla diretta incidenza sulla sentenza altrui prima del passaggio in giudicato della nuova decisione di accertamento e tutela della situazione del terzo.

§20.2.5. Avendo l'ordinamento previsto l'apposito mezzo di impugnazione della sentenza *de qua* ed avendo anche previsto la possibilità di tutelarsi anche con l'intervento nel giudizio *inter alios*, non è coerente con tali previsioni la possibilità di immaginare che nel giudizio autonomamente instaurato si possa ottenere una tutela cautelare diretta a paralizzare l'efficacia esecutiva della sentenza *inter alios* o ad imporre alle parti di essa di non osservarne le statuizioni pur non esecutive e, dunque, di non regolare la loro condotta in base ad essa.

Le esigenze cautelari di tal natura contro la sentenza opponibile o il processo pendente in grado di appello sono esigenze che possono trovare riconoscimento soltanto attraverso l'opposizione o, nel caso di intervento ai sensi dell'art. 344 c.p.c., attraverso l'esercizio del potere cautelare nel giudizio di appello.

E' da rilevare infatti che l'art. 407 c.p.c. ammette il terzo opponente a chiedere la sospensione dell'esecutività della sentenza opposta, mentre la prospettiva di una tutela cautelare di diverso contenuto contro una sentenza non

esecutiva e non passata in cosa giudicata e, dunque non opponibile, certamente – com'è stato già sopra osservato - dev'essere riconosciuta al terzo qualora egli intervenga nel giudizio di appello a norma dell'art. 344 c.p.c.

§20.2.6. Si deve, dunque, concludere che il terzo che ai sensi dell'art. 404 è ammesso all'opposizione ordinaria riguardo alla sentenza resa nel giudizio *inter alios* possa anche scegliere di non tutelare la sua posizione con l'opposizione e, quando la sentenza di primo grado sia impugnata e non esecutiva e, dunque, non opponibile, con l'intervento ai sensi dell'art. 344 c.p.c., tutelandola invece con un'azione di accertamento autonoma della sua esistenza ed incidenza sulla situazione oggetto del detto giudizio, proposta nei confronti delle parti di esso.

Tuttavia, per effetto di tale scelta, in tal caso restano fermi fino al passaggio in giudicato della sentenza che riconosca la situazione per come dedotta dal terzo sia l'efficacia esecutiva, sia gli effetti esecutivi ove realizzati, sia quelli di accertamento, della sentenza *inter alios* non opposta, dovendosi escludere che su di essi il terzo possa pretendere di incidere con il potere cautelare nel giudizio introdotto con l'autonoma azione nella consapevolezza della pendenza del processo altrui e di una sentenza opponibile.

Siffatta conclusione si giustifica con riferimento a tutte le situazioni legittimanti all'opposizione ordinaria e segnatamente riguardo alla posizione del litisconsorte necessario pretermesso, così restando precisate le conclusioni di Cass. sez. un. n. 11092 del 2002.

§20.2.7. Sono necessarie, tuttavia, due puntualizzazioni.

La prima riprende una notazione fatta in precedenza nel paragrafo 18.

Ivi si è rilevato che, in presenza di sentenza non immediatamente esecutiva impugnata in sede di legittimità, al terzo non è consentito né di tutelarsi con l'intervento in quella sede né con l'opposizione ordinaria. Ebbene è necessario in tal caso sostenere, atteso che la tutela cautelare è implicazione costituzionalmente dovuta del diritto di azione, che il terzo che esercita l'azione autonoma abbia la possibilità di ottenere una tutela cautelare anche in relazione

alle statuizioni della sentenza impugnata in sede di legittimità, dato che altrimenti si configurerebbe un vuoto di tutela cautelare.

La seconda puntualizzazione è nel senso che in generale la tutela cautelare nel giudizio introdotto in via autonoma a favore del terzo è certamente configurabile in relazione ad emergenze che richiedano di intervenire nell'ambito dell'oggetto del giudizio senza interferire con l'esecutività della sentenza *inter alios* che egli non abbia impugnato o con la sua efficacia di accertamento. E' palese che qui si tratta di tutela cautelare che non potrebbe realizzarsi intervenendo nel processo altrui o proponendo opposizione.

§20.3. Sciogliendo la riserva in precedenza formulata con riferimento all'ipotesi in cui il terzo legittimato ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c. introduca l'azione senza avere conoscenza della sentenza e del giudizio *inter alios* e siano le parti convenute in esso ad evidenziare costituendosi l'esistenza della sentenza e/o del giudizio e quest'ultimo penda in appello, si deve ritenere che il terzo che vuole in questo caso ottenere tutela contro la sentenza o incidere sul giudizio *inter alios* in via immediata debba proporre rispettivamente opposizione ovvero intervenire nel giudizio, perché solo in tal modo potrà rispettivamente postulare la sospensione dell'esecutività della sentenza oppure, nel caso di sentenza non esecutiva, misure cautelari impositive alle parti del giudizio *inter alios* di non regolare la loro condotta in base alla sentenza, e chiedere misure cautelari nel giudizio di appello allo stesso scopo.

Il prospettato coordinamento fra la tutela riconosciuta al terzo di cui al primo comma dell'art. 404, primo comma, c.p.c. allorquando nel giudizio *inter alios* è stata emessa una sentenza opponibile oppure sia stata emessa una sentenza non opponibile perché esecutiva ed essa sia stata impugnata e, dunque, il terzo potrebbe intervenire ai sensi dell'art. 344 c.p.c., e la possibilità che egli possa proporre un'azione autonoma consente di valorizzare il significato delle tutele a suo favore previste mediante l'opposizione e l'intervento e, nel contempo di assicurare il rispetto della sicura mancanza di soggezione al

giudicato *inter alios* espressa dall'assenza di soggezione a termini decorrenti dalla conoscenza della decisione (a differenza dell'opposizione revocatoria) e della libertà di far valere in giudizio la sua posizione.

La soluzione, d'altro canto, assicurandosi il potere cautelare ai sensi dell'art. 407 c.p.c. e, nel caso di intervento in appello, attraverso la possibilità di instare misure cautelari che tutelino la posizione del terzo, risulta pienamente rispettosa della garanzia che la situazione del terzo non subisca effetti pregiudizievoli dal giudizio e dalla sentenza *inter alios* rispettivamente svoltosi e formatasi senza il suo contraddittorio. Le tutele assicurate dall'opposizione ordinaria e dagli effetti dell'intervento in appello, in ragione dell'effetto rescindente e rescissorio (e nel caso del litisconsorte necessario pretermesso addirittura della rimessione al primo giudice) sono d'altro canto pienamente sovrapponibili a quella conseguibile con il separato giudizio e tanto giustifica che la neutralizzazione prima del giudicato che sopravvenga in esso possa ottenersi solo per il tramite di esse.

Naturalmente anche in questa ipotesi valgono le puntualizzazioni di cui al precedente paragrafo 20.2.7.

§20.4. Mette conto di rilevare che, quando il terzo scelga solo di proporre il separato giudizio, la sopravvenienza del giudicato a lui favorevole sull'azione proposta, in quanto contiene un accertamento vincolante nei confronti delle parti del giudizio e della sentenza *inter alios*, se questa sia frattanto passata in cosa giudicata fra esse eliderà il suo valore e, se essa passi in giudicato dopo, resterà dal punto di vista del terzo insensibile a tale giudicato *inter alios*.

La ricostruzione prospettata si impone anche in ragione dell'ovvio principio per cui gli istituti processuali debbono essere intesi in modo tale che assicurino il massimo della loro funzionalità. E' palese che la particolare pregnanza della tutela assicurata dall'opposizione ordinaria e dall'intervento in appello al terzo legittimato ai sensi dell'art. 404, primo comma, e la connotazione della prima come mezzo di impugnazione impone di assegnare

all'una e all'altra, che sostanzialmente ha la funzione di una sorta di impugnazione della sentenza appellata, il massimo di utilità, il che esclude che ciò che con essa si può perseguire – cioè di neutralizzare gli effetti della sentenza fra le parti fra cui è stata resa e, quindi, di incidere direttamente su di essa - possa perseguirsi in altro modo.

§20.5. Resta da fare una precisazione.

Ove il terzo di cui al primo comma dell'art. 404, primo comma, c.p.c. abbia esercitato l'azione ordinaria senza sapere del processo altrui e ne apprenda l'esistenza dalla costituzione delle parti di esso, l'eventuale pendenza dello stesso in appello e l'essere la sentenza di primo grado non impugnabile con l'opposizione, attribuisce, come s'è veduto, al terzo il diritto di intervenire in appello, diritto che, peraltro può a sua scelta esercitarsi anche in presenza di sentenza esecutiva di primo grado e dunque opponibile.

In tali casi la pendenza del giudizio arricchito dall'intervento del terzo e di quello autonomo da lui instaurato pone un problema di coordinazione che dev'essere risolto ipotizzando che il secondo possa sospendersi ai sensi dell'art. 337, secondo comma, c.p.c., se il giudice ritiene di apprezzare la sentenza *inter alios* come destinata a resistere alla prospettazione del terzo interveniente fatta valere anche con l'azione autonoma. Altrimenti il giudizio autonomo dovrebbe proseguire.

§21. Le soluzioni prospettate debbono trovare applicazione anche nel caso in cui il terzo di cui al primo comma dell'art. 404 c.p.c. eserciti l'azione autonoma in una situazione nella quale il processo altrui è pervenuto alla sentenza di appello ed essa sia impugnabile con l'opposizione perché esecutiva oppure perché passata in giudicato. In tal caso, tanto se il terzo agisca conoscendo il processo altrui, quanto se agisca senza conoscerne l'esistenza e la apprenda dalle parti convenute, per incidere prima dell'esito definitivo del giudizio sulla sentenza *inter alios* egli deve proporre l'opposizione ordinaria.

In caso contrario non potrà pretendere che si interferisca sull'esecutività e sull'assetto dato da essa alla situazione fra le parti originarie e sarà solo il nuovo giudicato a consentirgli quella interferenza, in quanto esso farà venir meno il giudicato *inter alios*.

§22. All'esito di questa ricostruzione si può finalmente verificare, in funzione dello scrutinio dei primi due motivi di ricorso, se il terzo legittimato all'opposizione ordinaria possa vedere tutelata la situazione che lo legittimerebbe ad essa e che lo legittima anche, come si è visto, ad un'azione ordinaria, ma con il limite che – in difetto di opposizione ordinaria contro la sentenza opponibile o di intervento nel giudizio di appello - solo il giudicato su di essa possa superare quello della sentenza resa *inter alios* ed i suoi effetti tra le parti, anche per il tramite di un'azione di opposizione all'esecuzione, che sia minacciata o sia iniziata sulla base del titolo esecutivo rappresentato dalla sentenza resa *inter alios*.

§22.1. Va premesso che l'esecuzione così minacciata, esigendo il precetto, suppone che il destinatario sia la parte soccombente nel giudizio *inter alios* dato che la pretesa esecutiva è riconosciuta nella sentenza a suo carico, ma la stessa cosa dicasi dell'esecuzione una volta iniziata dopo lo spirare del termine di cui al precetto.

Occorre domandarsi se sia concepibile che la minaccia di esecuzione o l'esecuzione – pur dirette formalmente contro detta parte - in ragione della situazione legittimante il terzo di cui all'art. 404, primo comma, c.p.c. e rispetto alla quale la sentenza resa *inter alios* è pregiudizievole, si possa reputare riferibile a tale terzo sì da fargli assumere oggettivamente la veste di esecutato.

In proposito, come ha avvertito l'ordinanza interlocutoria, si deve considerare in primo luogo la possibile rilevanza di quell'assunto secondo cui, qualora l'esecuzione riguardi l'attuazione di un obbligo a contenuto specifico, concernente un certo bene o un'attività da compiersi su un certo bene (e dunque si tratti di esecuzione in forma specifica), il destinatario si potrebbe identificare,

al di là di quello indicato dal titolo esecutivo e indicato in conformità nel precetto, con chi sia effettivamente nella detenzione materiale del bene, sì che costui potrebbe individuarsi per ciò solo, ancorché sia soggetto diverso da quello precettato perché contemplato nel titolo, nel soggetto passivo dell'esecuzione e, dunque, essere considerato legittimato all'opposizione all'esecuzione.

Alla stregua di tale assunto, ove la sentenza *inter alios* riguardi un obbligo specifico, la sua esecuzione, qualora il terzo di cui all'art. 404, primo comma, c.p.c. si trovi nella detenzione materiale del bene su cui l'obbligo dev'essere realizzato, si potrebbe pensare che sia l'effettivo esecutato e, dunque, legittimarlo all'opposizione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.

§22.2. Senonché, l'assunto di cui si è detto risulta condivisibile solo a patto che la regola da esso evocata comporti l'attribuzione in dette esecuzioni della legittimazione a chi si trovi sì nella materiale detenzione del bene, ma alla condizione pur sempre che egli abbia e faccia valere con l'opposizione una situazione opponibile di fronte al titolo esecutivo.

E' palese che se si attribuisse la legittimazione prescindendo da tale opponibilità, l'esecuzione in forma specifica si dovrebbe arrestare sempre se si trovi nella detenzione materiale del bene un soggetto diverso da quello indicato nel titolo, senza alcuna valutazione della ragione di tale detenzione e del suo rapportarsi rispetto al titolo esecutivo ed alla posizione delle parti che nel titolo sono indicate come soggetto attivo e passivo della pretesa esecutiva. Il che alimenterebbe l'incentivo a comportamenti fraudolenti e defatiganti.

§22.3. Ora, il terzo legittimato all'opposizione ordinaria ha una posizione rispetto al titolo esecutivo formatosi nel processo *inter alios* che è stata delineata nelle considerazioni precedenti.

In esse si è veduto che può ottenere di veder tutelata la sua posizione contro l'esecuzione della sentenza opponibile di terzo solo proponendo l'opposizione ordinaria ed instando ai sensi dell'art. 407 c.p.c. e non anche attraverso una misura cautelare ottenuta in un separato giudizio, che pure legittimamente ed

alternativamente all'opposizione può introdurre contro le parti del giudizio in cui la sentenza si è formata, altrimenti non potendo impedire l'esecuzione, salvo poi ottenere tutela eventualmente restitutoria o riparatoria una volta sopraggiunto il giudicato nel detto separato giudizio.

E' allora palese che ammetterlo a far valere la sua posizione con l'opposizione all'esecuzione contro il titolo esecutivo formatosi *inter alios* riguardo al quale non si è tutelato se ne ha avuto conoscenza o potrebbe tutelarsi una volta avutane conoscenza anche con la stessa minaccia o con l'inizio dell'esecuzione nel modo previsto dall'ordinamento, significherebbe contraddire la ricostruzione del rapporto fra opposizione ordinaria e azione separata. In sede di pretesa opposizione il terzo avrebbe quella tutela contro l'esecutività della sentenza *inter alios* negatagli nel separato ed autonomo giudizio che pure, per sue autonome valutazioni, può preferire all'opposizione ordinaria.

Né d'altro canto può sostenersi che qualora il terzo apprenda solo a seguito della minaccia di esecuzione o dell'inizio dell'esecuzione della sentenza *inter alios* egli, se gli si impone di tutelarsi contro il titolo proponendo l'opposizione ordinaria resterebbe privo della possibilità di ottenere rapidamente la sospensione dell'esecutività e conseguentemente dell'esecuzione dal giudice dell'opposizione: è sufficiente osservare che nella citazione in opposizione egli può chiedere che si provveda ai sensi dell'art. 407 in un'udienza anticipata o *inaudita altera parte*.

In definitiva, poiché l'ordinamento prevede un mezzo di tutela del terzo di cui al primo comma dell'art. 404 c.p.c. con un mezzo di impugnazione, tanto più non soggetto a termini, è giocoforza che all'esecuzione che debba procedere sulla base della sentenza il terzo non si possa opporre svolgendo quella contestazione che senza termini e con prospettiva di tutela contro l'esecutività è ammesso a svolgere contro il provvedimento giudiziale costituente il titolo esecutivo.

Deve, dunque, affermarsi il principio di diritto secondo cui il terzo legittimato all'opposizione ordinaria ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c. non può far valere la sua situazione legittimante con l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615, primo e secondo comma, c.p.c. contro l'esecuzione promossa sulla base del titolo rappresentato dalla sentenza opponibile con l'opposizione ordinaria, e ciò nemmeno se l'esecuzione, formalmente diretta contro la parte della sentenza opponibile, lo coinvolga quale detentore materiale del bene, trattandosi di esecuzione in forma specifica, ma può far valere la sua situazione per bloccare l'esecutività o l'esecuzione soltanto proponendo l'opposizione ordinaria ed instando la sospensione dell'esecutività della sentenza ai sensi dell'art. 407 c.p.c.

La ragione di tale principio si rinviene nella circostanza che al detto terzo è, lo si ripete, riconosciuto un mezzo di impugnazione, l'opposizione ordinaria, nell'ambito del quale gli è riconosciuta la possibilità di sottrarsi all'esecuzione della sentenza *inter alios* ed esso è il mezzo necessario a questo scopo.

§22.3.1. Si deve rilevare che quanto osservato è giustificato, con riferimento all'ipotesi di esecuzione non ancora iniziata e, dunque, nella prospettiva dell'opposizione a precetto *ex primo comma* dell'art. 615 c.p.c., sia nell'ipotesi in cui – come nella vicenda di cui è processo – il precetto risulti formalmente indirizzato al soggetto che ha partecipato al giudizio *inter alios*, sia quando, a motivo che il titolare della pretesa esecutiva abbia avuto contezza di una resistenza del terzo di cui all'art. 404, primo comma, c.p.c. all'esecuzione, egli indirizzi il precetto formalmente anche nei suoi confronti (oltre che nei confronti di chi nel titolo sia soggetto passivo) deducendo che egli soggiace alla sua efficacia esecutiva perché non si è tutelato con l'intervento nel processo altrui o con l'opposizione ordinaria. Anche in questa seconda ipotesi la situazione per cui il terzo non può contestare l'esecuzione in quanto non si è tutelato con i mezzi che l'ordinamento gli attribuisce per neutralizzare l'efficacia esecutiva della sentenza *inter alios*, giustifica che il precetto sia nei suoi

confronti indirizzato e nel contempo non gli consente di discutere della pretesa esecutiva in quanto consacrata nel titolo.

§22.4. Quanto osservato esige una precisazione.

Qualora l'esecuzione si indirizzi oggettivamente verso il terzo legittimato all'opposizione ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c. ed egli sostenga che ciò che il titolo *inter alios* stabilisce è stato già adempiuto o è stato modificato per vicende di rilevanza sul piano del diritto sostanziale che abbiano inciso sul diritto consacrato nel titolo, onde non v'è più nulla da eseguire perché il diritto da eseguire è stato soddisfatto oppure è stato modificato dalla vicenda successiva, si può sostenere che, in non diversa guisa di come il soggetto contemplato nel titolo esecutivo e che doveva subire l'esecuzione secondo il titolo è ammesso, anche allorquando si tratti di titolo esecutivo giudiziale, a dedurre eventuali fatti successivi alla formazione del titolo, che incidano sulla pretesa esecutiva eliminandola o modificandola o riducendola, il terzo di cui all'art. 404, primo comma, c.p.c., al pari di lui (cioè del soggetto formalmente contemplato nel titolo), possa, quale soggetto concretamente esecutato, proporre l'opposizione all'esecuzione. Ciò, alla stregua del principio di diritto che nell'esecuzione specifica ammette, come s'è veduto, che l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c. possa proporsi da parte di chi sia in concreto esposto all'esecuzione a condizione che egli abbia una ragione opponibile al titolo. In tal caso, infatti, egli fa valere come ragione che quanto previsto nel titolo è stato soddisfatto oppure modificato e, dunque, non pretende di incidere sull'efficacia di esso, che non ha messo in discussione nel modo che gli era consentito.

§23. Per completezza si deve, poi, rilevare che una prospettiva di tutela del terzo di cui all'art. 404, primo comma, c.p.c. non sarebbe certamente coltivabile, sotto il mero profilo della deduzione della rilevanza della sua situazione legittimante, con il mezzo dell'art. 619 c.p.c., in ragione della sua qualità di terzo rispetto al titolo esecutivo: infatti, l'opposizione *ex art. 619 c.p.c.*, pur dovendosi ritenere, conforme all'opinione dottrinale che sembra più giustificata,

possibile anche nell'esecuzione forzata in forma specifica, al di là della lettera della norma, lo è solo allorquando la posizione del terzo venga minacciata o attinta dall'esecuzione per un errore nell'attività esecutiva, che si dirige verso un bene diverso da quello contemplato nel titolo.

Il che non accade se l'esecuzione riguardi il bene contemplato dalla sentenza *inter alios* che il terzo di cui al primo comma dell'art. 404 c.p.c. detenga materialmente.

§23.1. Si può e si deve fare, peraltro, un'eccezione nell'ipotesi in cui l'esecuzione del titolo *inter alios* che lo pregiudica ai sensi dell'art. 404, primo comma, c.p.c., si collochi al di fuori da quanto previsto dalla statuizione della sentenza *inter alios*. In tal caso, si deve ammettere la possibilità che a tale estensione, in quanto non sorretta dal titolo *inter alios* rispetto al quale egli non ha esercitato il potere di intervento nel relativo processo o quello di opporsi alla sentenza per incidere su di esso nei modi che si sono visti, il terzo si possa opporre ai sensi dell'art. 619 c.p.c., quale soggetto la cui posizione è effettivamente incisa dall'esecuzione, ma che è formalmente terzo rispetto ad esso. Ma ciò perché e limitatamente a quanto si voglia eseguire al di là e, quindi senza conforto, dell'estensione del titolo (come ad esempio se la parte del processo *inter alios*, anche sulla base di un'erronea interpretazione del titolo voglia estendere l'attività esecutiva a quanto in realtà da esso non è previsto). In tal caso, infatti, il terzo non pretende di discutere di ciò che ha portato alla formazione del titolo *inter alios* e, quindi di esso stesso, cosa che non può fare con l'opposizione all'esecuzione (e nemmeno con l'azione autonoma), ma, sul presupposto che l'esecuzione da esso legittimata si voglia condurre al di là di quel che esso prevede e cui egli deve soggiacere fintanto che non si tuteli con i mezzi dell'intervento o dell'opposizione ordinaria, oppure non consegua un giudicato nell'azione ordinaria autonoma che superi quello del titolo *inter alios*,<sup>6</sup> si duole che l'esecuzione stia andando al di là di quanto previsto dal titolo stesso ed in modo da incidere sulla sua situazione giuridica al di là di quanto esso

prevede e consente. Poiché tanto concreta la deduzione di un errore di individuazione, sebbene parziale, dell'oggetto dell'esecuzione, si rientra nell'ambito della tutela *ex art. 619 c.p.c.* nei limiti in cui è configurabile nell'esecuzione in forma specifica.

Peraltro, si potrebbe anche ritenere, in alternativa, che una simile situazione sia omologa a quella che si ipotizzata legittimare l'opposizione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. nel precedente paragrafo 22.4. Ciò, sul riflesso che la posizione del terzo possa considerarsi come quella di soggetto materialmente eseguito.

Ma le conseguenze pratiche dell'una o dell'altra ipotesi non appaiono se non quelle di un problema di qualificazione dell'azione in concreto esercitata.

§24. Le considerazioni finali qui svolte evidenziano a questo punto che i primi due motivi di ricorso sono fondati, perché la Della Monica, facendo valere la sua posizione di litisconsorte necessaria pretermessa nel giudizio in cui si formò il titolo esecutivo, ha esercitato un'azione, quella di opposizione all'esecuzione avverso il precetto intimato al Catalani, che non le competeva, avendo allegato a suo sostegno fatti astrattamente inidonei *in iure* a fondarla e che avrebbero dovuto essere dedotti con l'opposizione di cui all'art. 404, primo comma, c.p.c. contro la sentenza costituente il titolo esecutivo.

Tale constatazione, oltre a comportare la cassazione della sentenza, rende non necessario un rinvio perché la Corte deve constatare che l'azione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. e, quindi, la domanda ai sensi di tale norma, non poteva essere proposta (art. 382, terzo comma, c.p.c.).

§24. La complessità e novità delle questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese dell'intero giudizio.

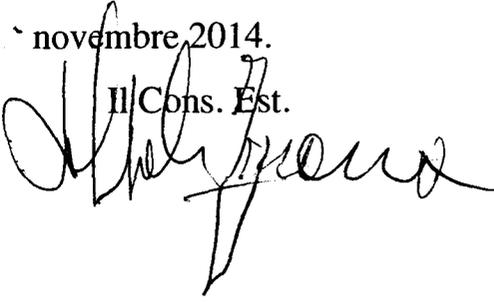
P. Q. M.

La Corte accoglie i primi due motivi di ricorso. Cassa la sentenza impugnata senza rinvio. Compensa le spese dell'intero giudizio.

Così deciso nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili il 4

novembre 2014.

Il Cons. Est.



Il Presidente  


NO

DEPOSITATO IN CANCELLERIA