

INDICE

	Pag.
ABSTRACT	6
CAPITOLO I	
ORIGINE ED EVOLUZIONE DELL'OPPOSIZIONE ORDINARIA DEL TERZO SINO ALLA DISCIPLINA VIGENTE	
1. Indagine intorno all'origine dell'istituto	8
1.1. - <i>Premessa. Cenni agli istituti posti a tutela del terzo pregiudicato da una sentenza nel diritto romano</i>	8
1.2. - <i>Gli sviluppi successivi: la tertii oppositio nel diritto comune (e canonico)</i>	12
1.3. - <i>Le ordinanze francesi anteriori al Codice napoleonico: la formalizzazione dell'opposizione di terzo come istituto giuridico</i>	15
2. L'introduzione dell'opposizione del terzo nell'ordinamento processuale italiano	21
2.1. - <i>L'avvento delle codificazioni moderne: cenni sull'opposizione di terzo nei codici preunitari e nel codice del 1865</i>	21
2.2. - <i>Segue: le criticità emerse dal dibattito della prima dottrina italiana</i>	24
2.3. - <i>L'evoluzione dell'opposizione di terzo dall'entrata in vigore del codice del 1940 ad oggi</i>	30
3. Profili procedurali e ambito di applicazione	33
3.1. <i>L'ambito di applicazione</i>	33
3.2. <i>Talune peculiarità procedurali</i>	
<i>Prime considerazioni di sintesi</i>	39

CAPITOLO II

PROFILI COMPARATISTI: LA <i>TIÈRCE OPPOSITION</i> FRANCESE E I LIMITI SOGGETTIVI DEL GIUDICATO NELL'ESPERIENZA TEDESCA	43
1. Analisi della <i>tièce opposition</i> nell'ordinamento processuale francese	43
1.1. – <i>Premessa. La tièce opposition</i>	43
1.2. – <i>L'attribuzione della qualità di terzo</i>	45
1.3. – <i>Le teorie francesi circa la facoltatività o necessità del rimedio...</i>	48
1.4. – <i>La teoria della rappresentanza</i>	53
1.5. – <i>Sussidiarietà della tièce opposition</i>	62
1.6. – <i>La tièce opposition incidente e i termini per la proposizione dell'azione</i>	64
1.7. – <i>Ambito di applicazione della tièce opposition</i>	78
2. I limiti soggettivi del giudicato nell'ordinamento tedesco e l'impossibilità di contemplare una impugnazione riservata al terzo astrattamente pregiudicato	70
2.1. <i>L'esperienza tedesca e le teorie sull'estensione dell'efficacia della cosa giudicata</i>	70
2.2. <i>I rimedi alternativi adottati dall'ordinamento tedesco</i>	75
2.3. <i>Considerazioni di sintesi</i>	79

CAPITOLO III

SE L'OPPOSIZIONE DI TERZO SIA UN RIMEDIO NECESSARIO OVVERO FACOLTATIVO PER I TERZI PREGIUDICATI DA UNA SENTENZA. INDAGINE SUI LEGITTIMATI E SUL SUO RAPPORTO CON LE AZIONI ORDINARIE E CON ALTRI RIMEDI	83
1. La questione della necessità o facoltatività del rimedio: profili dottrinali	83
1.1. – <i>Termini generali della questione</i>	83
1.2. – <i>I primi approdi della dottrina italiana</i>	85

<i>1.3. – Il dibattito successivo alla pubblicazione del Codice di procedura civile del 1942</i>	88
<i>1.4. – Il rapporto tra opposizione di terzo ordinaria e opposizione di terzo all’esecuzione</i>	93
2. L’interpretazione della norma secondo la giurisprudenza	98
<i>2.1. – Gli sviluppi giurisprudenziali: Cass. civ. Sez. III, 30 luglio 1997, n. 7110</i>	98
<i>2.2. – segue: Cass. civ. Sez. Unite, 26 luglio 2002, n. 11092</i>	101
<i>2.3. – L’ultimo approdo giurisprudenziale: Cass. civ. Sez. Unite, 23 gennaio 2015, n. 1238. Il ritorno alla necessità del rimedio oppositivo</i>	103
CONCLUSIONI	119
BIBLIOGRAFIA	121

ABSTRACT

La presente indagine ha ad oggetto l'opposizione ordinaria del terzo, la cui disciplina è dettata all'art. 404 comma 1 del codice di procedura civile. Si tratta di una disposizione normativa la cui interpretazione ha dato luogo, da più punti di vista, a numerose incertezze, in ordine alle quali la riflessione dottrinale e i recenti interventi giurisprudenziali hanno fornito risposte molto diverse e, talora, nettamente contrapposte. Tali incertezze scaturiscono, per lo più, dal fatto che l'istituto – originariamente mutuato dall'ordinamento francese – ne ha importato altresì le difficoltà innate: il fenomeno per cui un terzo, titolare di un diritto non dipendente ed incompatibile con il contenuto della sentenza resa fra altre parti, si trova a dover porre rimedio al pregiudizio che gliene deriva, è talmente anomalo da poter essere inquadrato nella sistematica dell'ordinamento solo operando alcune deroghe ai principi dogmatici coinvolti. I dubbi interpretativi, legati in larga parte all'ambito di applicazione, agli effetti e, soprattutto, alla legittimazione e al rapporto con altri rimedi, sono dunque legati alla natura stessa dell'istituto; è dunque opportuno accostarsi alla disamina dell'art. 404 comma 1 cod.proc.civ. ponendosi in una prospettiva d'indagine che prenda in esame la dimensione storica e comparatistica della ricerca.

La prima parte dell'elaborato si occuperà infatti della ricerca di una matrice originaria del rimedio in oggetto, nel tentativo di comprenderne la funzione tradizionale in rapporto con gli istituti esistenti, posti a tutela sia delle parti che dei terzi; matrice da individuarsi (potenzialmente) in alcuni istituti del diritto romano. Si dedicherà poi un'attenzione peculiare all'esperienza francese – sia dal punto di vista storico che comparato, e quindi in una prospettiva diacronica e sincronica – per poi soffermarsi sulle peculiarità della dottrina tedesca, la quale, malgrado lo spiccato interesse manifestato tra il XIX e il XX secolo per il tema del presente studio, non è stata

recepita dalla propria prassi giudiziaria e ha trovato scarso seguito negli sviluppi successivi.

Anche alla luce degli esiti della prima indagine, si tornerà ad analizzare le possibili soluzioni interpretative sorte nel nostro ordinamento attraverso una lunga elaborazione dottrinale e di frequenti – quanto incostanti- pronunce della Suprema Corte di Cassazione.

CAPITOLO I
ORIGINE ED EVOLUZIONE
DELL'OPPOSIZIONE ORDINARIA DEL TERZO
SINO ALLA DISCIPLINA VIGENTE

1. INDAGINE INTORNO ALL'ORIGINE DELL'ISTITUTO

1.1. – MENDELSSOHN BARTHOLDY, affrontando nella sua opera maggiore ⁽¹⁾ l'ampia disamina sulla *ratio* storica che ha portato alla nascita dell'istituto dell'opposizione del terzo in Francia (e poi in Italia), principia con alcune considerazioni in tema di espansione dell'efficacia del giudicato, che negli anni successivi verranno riprese e rielaborate dalla migliore dottrina processualistica italiana, senza trovare tuttavia la stessa fortuna proprio negli ordinamenti di lingua tedesca in cui furono concepite.

L'illustre autore pone anzitutto in evidenza il fatto che i primi studi sistematici in tema di giudicato vadano ricondotti a Scaccia ⁽²⁾ – quindi ad un periodo relativamente tardo dello sviluppo dottrinale di diritto comune. Da tali studi emerge che, *ex vulgata regula*, l'efficacia di giudicato si avesse, nel diritto romano, solo tra le parti processuali, e mai nei confronti dei terzi ⁽³⁾. Il diritto romano si fondava infatti sul principio della relatività della cosa giudicata, mantenendo la pubblica *utilitas* come motivo giustificatorio di tutti i tipi di efficacia giuridica e ritenendo pertanto che i diritti dei terzi fossero sufficientemente

¹ MENDELSSOHN BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, 3-46.

² Scaccia, *Tractatus de appellationibus*, Quaest. XVII.

³ La principale fonte da cui ciò si evince è la *Lex Saepe de re iudicata*, *Res inter alios acta* C. Quibus res iudicata e cap. 25 *Quamvis*, *De sententia et re iudicata*.

salvaguardati dal principio *res inter alios iudicata aliis non nocet nec prodest* ⁽⁴⁾. Non è quindi possibile rinvenire, negli ordinamenti romanistici, alcun istituto pienamente corrispondente alla nostra opposizione di terzo.

Tuttavia, in periodo giustiniano, il concetto di *res iudicata* subisce una evoluzione, quantomeno con riferimento alla sentenza che contiene una decisione irrevocabile (o perché non siano esperiti i mezzi di impugnazione, o perché siano scaduti i termini per esperirli). Nel contempo, assume significato e portata generali la massima *res iudicata pro veritate habetur* e si procede alla elaborazione di un concetto di giudicato, oltre che formale, sostanziale, i cui effetti possono estendersi, in determinati casi, a terzi estranei alla controversia nel cui ambito si è formato il giudicato. Da ciò la necessità, avvertita anche dai giuristi romani, di contemplare rimedi a tutela dei diritti del terzo che andassero al di là dell'*exceptio rei inter alios iudicatae*. Questi furono sostanzialmente l'appello del terzo ⁽⁵⁾ e il *prohibere*.

Il *prohibere* era concesso ai titolari di rapporti giuridici aventi identica oggettività ma soggettività differente dal diritto dedotto in giudizio e consentiva a costoro, ove fossero venuti a conoscenza della pendenza del processo, di sottrarsi all'efficacia della sentenza resa *inter alios*. Il *prohibere* della *lex saepe* era considerato dalla dottrina di allora come un istituto di carattere eccezionale nello stringente sistema dei limiti del giudicato previsto nel *Corpus Iuris*.

Nel caso in cui il terzo, pur a conoscenza della pendenza del processo, non si fosse avvalso della *prohibitione*, la sentenza

⁴ L'analisi dell'ordinamento romano è tratta (oltre che da MENDELSSOHN BARTHOLDY, op. cit., 4-46) da Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili in diritto romano*, I, Milano, 1961, 138 e ss.; Galluppi, *Teoria dell'opposizione del terzo come mezzo per impugnare le sentenze*, Torino, 1895, 9 e ss.; Betti, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922.

⁵ L. 4, § 2, D. *De appellet et relat.* – v. sul punto Wetzell, *System des ordentlichen Civilprozesses*, § 54, 703.

conservava validità tra le parti in causa e la estendeva anche nei confronti del terzo, il quale a quel punto diveniva “automaticamente” parte del processo già svoltosi. Attraverso questa *fictio juris*, quindi, si ovviava alla necessità di prevedere un rimedio specifico destinato alla tutela dei terzi, concedendo a questi ultimi, in ogni caso, la legittimazione a esperire l’impugnazione ordinaria prevista per le parti. Il mancato esercizio dell’intervento da parte del terzo non comportava tuttavia una rinuncia all’eccezione denominata *res inter alios acta*: egli poteva comunque iniziare un nuovo processo - di impugnazione - in cui opporre che la sentenza pregiudicante non fosse eseguibile contro di lui, vero titolare del diritto. Il terzo che avesse ommesso la *prohibitione* ammetteva così implicitamente l’esistenza e l’efficacia della sentenza: in tale scenario, la sentenza non aveva valore solo tra le parti, ma si estendeva anche nei confronti del vero titolare, il terzo stesso.

Il *prohibere* subentra così alla *denegatio*, che rappresentava l’originario nonché unico strumento per impedire lo svolgimento del processo ⁽⁶⁾, quale opposizione contro l’efficacia della sentenza sui terzi: il terzo non si limitava così più a osteggiare l’esecuzione della sentenza contro di sé, ma interveniva al fine di impedire la creazione di un giudicato *ab origine*.

Quanto all’appello ⁽⁷⁾, pur trattandosi di un rimedio ordinario

⁶ Cfr., Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, 273 (nota 111).

⁷ L’appello è istituito formatosi a partire dall’epoca di Augusto (quando si ammise che contro la sentenza pronunciata dal giudice-funziario si potesse ricorrere, in via straordinaria, al *Princeps*, affinché questi provvedesse a eliminare l’eventuale ingiustizia di una decisione (v. Ulp. 49.4.1. pr). La sua nascita è stata ricondotta alla *intercessio*, che demandava il controllo della sentenza non più al solo pretore, bensì ad un organo diverso ed era estesa agli atti emessi dal magistrato nel corso del processo. Episodi di *intercessio* o *provocatio* sono ricordati da Cicerone, nel *De Republica*, II, 31 e da Tito Livio, *Ad urbe condita*, I, 26 e III, 56. Su questi richiami, v. Pisanelli, in Pisanelli, Scialoja e Mancini, *Commentario del codice di procedura civile*, cit., vol. VI, 30. Si tratta, quindi, di un istituto antichissimo, fondato sulla collegialità delle

esso poteva essere proposto anche dai terzi e, a differenza dell'eccezione di giudicato emesso *inter alios*, anche prima che la sentenza fosse loro opposta, in modo tale da prevenire (e non semplicemente riparare) il pregiudizio derivante. La legittimazione ad appellare era riconosciuta tanto ai soggetti che, pur non avendo partecipato al giudizio, né essendovi rappresentati, si assumevano pregiudicati nei loro diritti dalla sentenza resa *inter alios* (terzi cui oggi generalmente si riconosce l'opposizione di terzo cd. ordinaria), quanto ai terzi estranei al giudizio, ma considerati in esso rappresentati, che lamentavano un pregiudizio conseguente al dolo o alla frode in loro danno (si tratta di creditori e aventi causa di una delle parti che nel

magistrature (v. Mommsen, *Le droit public romain*, I, Parigi, 1889, 30 ss. e 305 ss.). Condizione necessaria per l'intercessione era la richiesta di *auxilium* avanzata da parte degli interessati, che prendeva il nome di *appellatio*: se non erano appellati, i tribuni non potevano intervenire (Coli, voce *Intercessio*, in Nov. dig. it., vol. VIII, Torino 1962, 789). Grazie a questo rimedio, le parti potevano rivolgersi ad altri magistrati muniti di *par potestas* o di *maior potestas* di quello precedentemente adito, per contestare tutti gli atti compiuti dal pretore. Destinatario della richiesta di *intercessio* poteva essere un altro pretore, ovvero altro *magistratus* munito di *maior potestas* e le fonti richiamano numerosi episodi in cui questo istituto era stato utilizzato nel corso di processi civili, a partire dal 380 a. Cr. (Mommsen, op. cit., 313 ss.; Fabbrini, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968, 792). La invocazione dei tribuni formò il terreno su cui si è sviluppata la *appellatio* al *princeps* e pertanto la dottrina più recente è tornata a sottolineare la continuità tra *intercessio* ed appello. La sua trasformazione da istituto straordinario a ordinario segna l'evoluzione della concezione romanistica di cosa giudicata: la sentenza è considerata un atto di autorità e risponde alla logica di un sistema organizzato gerarchicamente. L'autorità superiore poteva dunque rivedere le decisioni di quella inferiore. La revisione poteva portare alla conferma della decisione medesima, al suo annullamento o alla sua riforma. L'assestamento definitivo dell'istituto come rimedio contro le sentenze validamente pronunciate comportò una radicale trasformazione della nozione di *ius*, che non scaturiva più dall'attività giudiziaria, esplicita con riguardo ad una singola e concreta controversia, ma tendeva a porsi come regola generale e astratta, che preesiste alla decisione e che fornisce a questa il contenuto suo proprio. Da ciò, l'efficacia non più astrattamente costitutiva della pronuncia del giudice, bensì dichiarativa. L'intervento del giudice superiore si esplica, perciò, non solo e non tanto nell'interesse di una delle parti, quanto piuttosto nell'interesse generale inerente all'osservanza delle norme da parte dei consociati.

nostro attuale ordinamento sono legittimati ad esperire l'opposizione di terzo cd. revocatoria ⁸). A questi ultimi, l'ordinamento romano riconosceva anche la facoltà di respingere il giudicato *inter alios* mediante l'azione revocatoria, il cui campo di applicazione era talmente ampio da consentire l'esperimento di tale rimedio non solo avverso gli atti di disposizione sostanziale, ma anche avverso le sentenze (⁹).

1.2. – Gli istituti di matrice romanistica vennero ripresi dalla dottrina e dalla pratica giurisprudenziale di diritto comune nei periodi successivi (alto Medioevo), finendo per perdere la sistematicità del proprio originario ambito di applicazione (¹⁰). L'opposizione di terzo

⁸ Per una disamina approfondita della storia della opposizione di terzo revocatoria, v. Daniele, Elisa (2009) L'opposizione di terzo revocatoria. [Tesi di dottorato], reperibile su <http://www.fedoa.unina.it/3753/>

⁹ Celebre in questo senso il principio del giureconsulto Marciano: “*A sententia inter alios dicta, appellari non potest nisi ex justa causa: veluti si quis in cohaeredum praejudicium se condemnari patitur, vel similem huic causam, quamvis et sine appellatione tutus est cohaeres*” in L. 5, pr. D., *De appellat. et relat.*

¹⁰ Si badi che anche (e soprattutto) la legislazione canonica attinse dal diritto romano il principio sancito nelle decretali; però essa, seguendo i precetti romanistici, ammetteva l'appello del terzo, come espressamente risulta dalle Decretali, allo scopo di fare riformare rispetto al terzo appellante la sentenza impugnata che gli potesse arrecare pregiudizio. Ma non è senza limitazioni che la dottrina e la prassi canoniche hanno ammesso specialmente in materia beneficiaria l'appello dei terzi: per esempio, se due soggetti pretendono di ottenere lo stesso beneficio e uno di essi agisce giudizialmente contro il Capitolo per ottenere l'investitura, mentre l'altro è venuto a conoscenza di tale giudizio, egli decade dal diritto di impugnare la sentenza qualora non faccia opposizione in questo giudizio e perciò la sentenza favorevole all'attore ha effetto anche contro di lui. Se il Papa ha designato due soggetti alla medesima pretesa, il Capitolo al quale è diretto il rescritto pontificio non può metterne che se l'uno in base al suo rescritto intenta un giudizio contro il capitolo, l'altro, appena ha notizia del giudizio pendente, deve intervenire per fare opposizione: se egli non fa opposizione, non può in seguito impugnare la sentenza favorevole all'attore, la quale ha effetto anche contro di lui. In generale, chiunque pretenda un diritto al beneficio controverso derivato dal capitolo, qualora abbia notizia del giudizio pendente deve fare opposizione in caso contrario la sentenza che pronuncia a

alla sentenza e l'opposizione di terzo all'esecuzione, distaccandosi definitivamente dall'appello, cominciarono così ad assumere le loro connotazioni attuali. Più precisamente, la moderna opposizione di terzo alla sentenza avrebbe, secondo alcuni, avuto origine dalla fusione dell'appello del terzo con l'istituto del *prohibere* ⁽¹¹⁾. In ragione di ciò, una parte della dottrina, minoritaria ma assai autorevole ⁽¹²⁾, vede negli istituti del diritto romano di cui *supra* l'origine dell'opposizione di terzo ⁽¹³⁾. Da tali fonti si rileva che, nel diritto comune italiano, i rimedi a tutela del terzo furono, oltre all'*exceptio rei inter alios iudicatae*, l'appello del terzo e quella che, per la prima volta, viene definita *tertii oppositio* (e che tuttavia si avvicinava maggiormente alla opposizione promossa da un terzo contro l'esecuzione di una sentenza, come vedremo meglio *infra*).

Quanto all'appello del terzo, esso era esperibile indipendentemente dal passaggio in giudicato della sentenza emessa *inter alios* ⁽¹⁴⁾. Tramite l'appello, il terzo poteva impugnare autonomamente la sentenza, anche laddove le parti tra cui era stata pronunciata non avessero impugnato (per decorrenza dei termini o per rinuncia). Secondo le fonti dell'epoca, ed in particolare il *Tractatus de appellationibus* di Scaccia, "*subextende tertio, ut procedat non solum in tertio, qui appellet ad defendendum condemnatum, sed etiam in tertio, qui appellet ad excludedum utrumque litigantem a juribus ...*"; il che sta a significare che il terzo, in sede di appello, poteva associarsi alle difese della parte soccombente ("*ad defendendum condemnatum*"), oppure fare valere un proprio diritto autonomo ed incompatibile con quello dedotto in giudizio dalle parti originarie ("*ad*

favore dell'attore non può più da lui essere impugnata (Innocentius IV, ad Mandatum (XVIII), X, *De rescriptis*).

¹¹ Cfr., Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 273 (nota 111).

¹² Su tutti MENDELSSOHN BARTHOLDY, op. cit., 4-46; Galluppi, *Teoria dell'opposizione del terzo come mezzo per impugnare le sentenze*, cit. 3 e ss.

¹³ Scaccia, op. cit. Quaest. XVII.

¹⁴ Scaccia, op. cit., lim. 6, membr. 4, n. 51, 530.

excludendum utrumque litigantem”). Si tratta di concetti simili a quelli che attualmente distinguono le varie *species* di intervento volontario del terzo.

Come accennato, invece, la *tertii oppositio* era un rimedio (noto anche al diritto canonico ¹⁵) finalizzato ad impedire l'esecuzione della sentenza ed esperibile solo quando fosse decorso il termine per appellare, a condizione che il terzo provasse il suo diritto. Questo secondo presupposto è ovviamente comune anche all'opposizione di terzo così come attualmente prevista all'art. 404 del nostro codice, ma ciò non basta a far ravvisare una piena corrispondenza tra i due istituti.

L'interpretazione dottrinale che rimanda l'origine dell'opposizione di terzo alla tradizione romanistica non è maggioritaria, poiché quasi tutta la dottrina (soprattutto francese) sostiene che i rimedi concessi al terzo dalle legislazioni premoderne siano ontologicamente diversi dall'opposizione di terzo regolata nei nostri attuali ordinamenti, essendo i primi rimedi ordinari e la seconda un'impugnazione straordinaria (¹⁶). Dunque, sempre secondo la parte maggioritaria della dottrina, per individuare un'impugnazione che condivida quantomeno la fisionomia dell'istituto che oggi denominiamo opposizione di terzo è necessario fare riferimento alla prassi giurisprudenziale sviluppatasi in Francia tra il XVI ed il XVII secolo (di cui tratteremo diffusamente a breve).

Pur concordando sul fatto che l'opposizione di terzo così come la conosciamo non può dirsi esistente e operante prima della ordinanza di Lamoignon del 1667 (di cui vedi *infra*), a parere di chi scrive la teoria minoritaria ha però il maggior pregio di ampliare la prospettiva storica dell'istituto, spostando il focus dalle singole ordinanze francesi

¹⁵ Cap. *Quamvis* (XXV), X, *De sententia et re iudicata*. Cfr. Cap. *Cum super* (XVII), X, *eod.* i. f.

¹⁶ Tra questi Gualandi, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1267, laddove sostiene che l'origine dell'opposizione di terzo non possa che ritrovarsi nell'ordinanza francese del 1667.

(le quali peraltro, in gran parte, hanno contribuito in maniera assai poco incisiva alla delineazione dell'istituto oggetto del presente studio) e fornendo una visione complessiva fondamentale per chi voglia indagare non semplicemente l'origine codicistica del rimedio, ma anche e soprattutto la *ratio* su cui esso si fonda; il che può portare a comprendere il motivo per cui, in taluni ordinamenti postmoderni (¹⁷), non si sia avvertita la necessità di tutelare il terzo con uno strumento differente da quelli (ordinari) già a disposizione delle parti. Esistono infatti, tra gli istituti romani e quelli tedeschi attualmente previsti a favore del terzo pregiudicato dalla sentenza, sorprendenti analogie (delle quali tratteremo nel paragrafo comparatistico dedicato); il che lascia supporre che effettivamente, ad una certa altezza del Medioevo, sia stata la prassi giurisprudenziale, applicata differentemente su base territoriale, a rielaborare e interpretare i rimedi già esistenti: la matrice, tuttavia, rimarrebbe la stessa.

Non si può comunque negare l'importanza campale delle ordinanze francesi citate *supra*, che andremo ora ad analizzare.

1.3. – Nel corso del secolo che va dall'inizio dell'Ottocento ai primi decenni del Novecento, nella cultura processualistica europea si sono venuti formando due orientamenti nettamente distinti nello studio del giudicato e della sua ripercussione sulla sfera giuridica di una cerchia più o meno vasta di terzi: quello della dottrina francese e quello della dottrina germanica.

La dottrina tradizionale francese si è da sempre interrogata circa il possibile espandersi del giudicato ad una sfera di terzi (¹⁸), ma rimaneva l'idea che si trattasse solo di alcuni terzi (c.d. rappresentanti delle parti nel processo) e che, comunque, il tipo di efficacia che la sentenza resa *inter alios* aveva verso costoro fosse assai diverso da

¹⁷ Primo tra tutti quello tedesco.

¹⁸ Per richiami in tema, Perrot, *Autorité de la chose jugée*, in *Juris classeur*, Paris, 1983, p. 17 ss.

quello derivante dall'accertamento immutabile e incontrovertibile che colpiva le parti: si sarebbe trattato di un'efficacia più debole, che il terzo, assente nel giudizio nel quale la sentenza si era formata, aveva facoltà di impugnare e di respingere, anche al di fuori dei casi di frode e collusione, sperando il mezzo della opposizione di terzo.

Sul piano dell'estensione dell'efficacia del giudicato, l'art. 1351 del *Code civil* francese del 1804 disponeva che: «*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*». Si può notare come la norma unisca due differenti disposizioni generali sui limiti soggettivi del giudicato, ognuna con un suo significato autonomo: l'identità soggettiva come condizione della efficacia del giudicato viene introdotta sia dal rapporto oggettivo che dal rapporto personale ⁽¹⁹⁾. Affinché la sentenza espliciti in altri processi la sua efficacia di giudicato, è necessario che vi sia come presupposto la *eadem conditio personarum*. Allo stesso modo, è necessario che nel procedimento da cui ha origine la sentenza ed in quello in cui viene proposta l'eccezione di giudicato, siano presenti le stesse parti.

Il diritto romano, come visto, ha valorizzato la *eadem conditio* come condizione dell'efficacia del giudicato. Il diritto inglese, al contrario, si fonda sulla identità fisica. Per il diritto romano, il pensiero che la differente identità fisica delle persone escluda l'efficacia del giudicato è tanto estraneo quanto al diritto inglese lo è l'idea che vi possa essere un trasferimento di efficacia da una parte (intesa come unità fisica) ad un'altra: il diritto francese ha unito entrambe le visioni. Nel periodo della codificazione napoleonica, è stato riconosciuto da dottrina e pratica che l'efficacia di giudicato della sentenza non sia circoscritta alle parti processuali, ma si estenda ad una serie di terzi

¹⁹ MENDELSSOHN BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, cit., 3-46.

non parti.

L'art 1351 è stato indiscutibilmente mutuato ⁽²⁰⁾ dal *Trattato delle obbligazioni* di Pothier ⁽²¹⁾. Dalle fonti si ricava infatti che il legislatore aveva voluto seguire il pensiero di alcuni romanisti particolarmente autorevoli in tema di diritto delle obbligazioni. La dottrina di P., poi trasferita nel *Code civil*, ricade nella convinzione che l'identità della cosa giudicata sia decisiva anche per stabilirne l'efficacia su soggetti terzi, ossia che l'uguaglianza fisica del soggetto sia essenziale soltanto finché, senza di essa, venga meno l'identità della causa. Pothier fa riferimento solo al diritto romano puro, poiché gli era sconosciuta la dottrina dei giuristi italiani del XV e XVI secolo ⁽²²⁾.

All'epoca della codificazione napoleonica, era principio già consolidato che la *tièrce opposition* fosse concessa non a qualsiasi terzo, ma solo a quelli toccati dal giudicato della sentenza da impugnare. Sulla base di ciò, si è formata una ricca casistica secondo cui la sentenza ha effettivamente efficacia di giudicato anche per i terzi: da questa casistica è stata mutuata la *tièrce opposition* nella codificazione generale.

Si badi tuttavia che la *tièrce opposition* non fu una creazione del *Code de procedure civil*. Al contrario, è tradizionalmente ritenuto che essa tragga origine dalle ordinanze francesi del XVII secolo ^(23- 24).

²⁰ Secondo l'opinione di Bernardi.

²¹ Pothier, *Traité des Obligations*, Bern., 1841, IV par. III 293 – 301.

²² MENDELLSHON BARTHOLDY, op. cit., 52 ss.

²³ La differente teoria che vede l'origine dell'opposizione di terzo nella progressiva evoluzione pratica del diritto romano è stata *supra* accennata, poiché anche sistemi giuridici anteriori, avvertendo l'esigenza di tutelare il terzo dagli effetti della sentenza pronunciata fra altre parti, avessero apprestato rimedi idonei a realizzare il principio secondo il quale nessuno può essere condannato senza essere stato ascoltato, ovvero senza essersi difeso.

²⁴ Per una approfondita disamina delle ordinanze francesi dell'epo, v. anche Daniele, *L'opposizione di terzo revocatoria* [Tesi di dottorato], 2009, reperibile su <http://www.fedoa.unina.it/3753>, pp. 5 ss.

Il primo atto legislativo francese a nominare il rimedio fu l'*Ordonnance de Villers-Cotterets* del 1539, emanata sotto Francesco I⁽²⁵⁾ (nelle precedenti *ordonnanzen*, così come in altre fonti del diritto francese, non si parla mai esplicitamente di una *opposition* del terzo contro sentenze nel processo civile), che fa incidentalmente riferimento proprio alla *tièrce opposition*. Gli artt. 968 e 1089 prevedevano una serie di sanzioni da infliggere a chi avesse impugnato la sentenza per impedirne o ritardarne l'esecuzione, per evitare impugnazioni temerarie, ovvero esperite al solo scopo di eludere l'esecuzione del giudicato.

Il primo degli articoli citati prendeva in considerazione l'appello o l'opposizione temerariamente proposta dalla parte o da una persona interposta, mentre il secondo si riferiva all'opposizione dei terzi. Ci si trovava dunque per la prima volta di fronte a un rimedio autonomo riservato ai terzi.

La dottrina francese interpretava differentemente la qualificazione giuridica dell'*opposition* di cui all'Ordinanza del 1539, che non apportava significative differenze rispetto ai rimedi ordinari⁽²⁶⁾. Come accennato, alcuni autori, non a torto, riconoscono nel nuovo istituto una matrice degli istituti di diritto comune sopra citati, i quali a loro volta altro non sarebbero che una rielaborazione di istituti romanistici.

Lo stesso appellativo di *tièrce opposition* sarebbe a loro avviso sufficiente a motivare il collegamento storico alla *tiertii oppositio* del processo canonistico e di diritto comune. Altra dottrina evidenzia invece che l'istituto cui si riferisce l'Ordinanza del 1539 era diretto meramente contro l'esecuzione, e non contro la sentenza⁽²⁷⁾, sicché

²⁵ Ordinanza di Villers-Cotterets, «*Sur le fait de la justice*», n. 188 dell'agosto del 1539, in *Recueil général des anciennes lois françaises*, vol. XII, Parigi, 1828, 600 e ss..

²⁶ Roland, *Chose jugée et tièrce opposition*, Parigi, 1958, 18.

²⁷ Garsonnet-Cezar Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Parigi, 1912-1925, 526.

con essa si sarebbero distinto un rimedio concesso ai terzi in sede esecutiva, ma nulla avrebbe a che fare con l'opposizione del terzo. Il dibattito si è tuttavia quasi unanimemente concluso (sia in Francia che in Italia) col disconoscimento questo secondo orientamento ⁽²⁸⁾.

Segue cronologicamente l'ordinanza di Moulins ⁽²⁹⁾, emanata nel 1566 sotto Carlo IX, anch'essa volta a tutelare il terzo durante la fase esecutiva della sentenza, escludendo espressamente che la proposizione dell'opposizione sospendesse l'esecuzione della sentenza di condanna al rilascio di un fondo (art. 51) ⁽³⁰⁾.

Il testo normativo appena citato, invero, pur non avendo apportato un particolare contributo per dell'individuazione degli ambiti applicativi tra l'opposizione concessa alla parte soccombente e quella riservata ai terzi, è unanimemente ritenuta dalla dottrina come un testo che disciplina la sola *opposition* diretto contro l'esecuzione della sentenza e dunque diverso dalla *tièrce opposition* ⁽³¹⁾.

In occasione della grande riforma del processo da parte di Luigi XIV ⁽³²⁾ venne emanata la *Ordonnanz* del 1667 (nota anche come *Code Louis*). Il progetto da cui scaturì il testo normativo era assai atteso e ambizioso. Sotto il profilo dell'opposizione di terzo, deve rilevarsi infatti che da circa un secolo la prassi giudiziaria francese aveva visto consolidarsi un mezzo di impugnazione nettamente differenziato dai rimedi ordinari concessi alle parti, la cui peculiarità consisteva nell'essere riservato ai terzi, il cui diritto prevalente veniva pregiudicato a vario titolo dai giudicati altrui. Con il regno di Luigi

²⁸ Tissier, *Théorie et pratique de la tièrce opposition*, Broché, 1890, 20 e s.; Roland, ult. op. cit., 16 e ss.; Gualandi, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, cit., 1267 e s..

²⁹ «*Sur la réforme de la justice*», n. 110 del febbraio 1566, in *Recueil général*, vol. XIV, Parigi, 1829, 189 e ss..

³⁰ Che contiene disposizioni riprese anche nel codice vigente.

³¹ Per tutti, Tissier, *Théorie et pratique*, cit., 12. A contrario, Roland, *Chose jugée et tièrce opposition*, cit., 20.

³² Ordinanza di Luigi XIV, «*Touchant la réformation de la justice*», n. 503 dell'aprile del 1667, in *Recueil général*, cit., vol. XVIII, 103 e ss..

XIV, dunque, si assiste al primo, organico tentativo di rivendicare, da parte del sovrano legislatore, il monopolio della normativa processuale⁽³³⁾. Si trattava di un *corpus* normativo che rappresenta l'archetipo di una lunga serie di codificazioni europee che giungono fino ai giorni nostri, realizzato dal ministro Jean-Baptiste Colbert⁽³⁴⁾.

Il *Code Louis* disciplinò il diritto di terzi all'opposizione contro sentenze emesse *inter alios* che li pregiudicassero, dedicandovi ben tre articoli: gli artt. 10 e 11 del titolo XXVII, intitolato *De l'exécution des jugements* e l'art. 2 del titolo XXXV dedicato alla *Requête* civile. I primi due articoli, tuttavia, non apportavano alcuna novità sostanziale, riproducendo l'uno l'art. 108 dell'ordinanza di Villers-Cotterets⁽³⁵⁾, e l'altro l'art. 51 dell'ordinanza di Moulins⁽³⁶⁾.

Pertanto, solo l'art. 2 del titolo 35 pare aver apportato qualche novità, attribuendo a chi non fosse stato parte l'opposizione contro la sentenza⁽³⁷⁾. Si tratta, con tutta probabilità, della prima disposizione a menzionare in modo esplicito un rimedio riservato ai terzi in cui è possibile riconoscere la fisionomia della *tièrce opposition*.

Venendo ad una breve analisi del contenuto del dettato normativo, vi è stata dottrina che ha ritenuto l'art. 2 disciplinante la *tièrce opposition* quale rimedio contro la sentenza resa *inter alios*,

³³ Cfr. Tissier, *Théorie et pratique*, cit., 13 s.; Garsonnet-Cezar Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, cit., 526; Roland, *Chose jugée et tièrce opposition*, cit., 22 e s. Analogamente nella dottrina italiana, Gualandi, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, cit., 1267.

³⁴ Sostenitore dell'idea che solo un'opera sistematica di riforma legislativa avrebbe potuto attribuire alla monarchia un controllo normativo effettivo, volto a contrastare la tendenza in uso presso le Corti di giustizia di interpretare discrezionalmente le leggi del regno. L'ultimo articolo dell'Ordonnance civile sanciva infatti l'abrogazione di «*toutes ordonnances, coutumes, lois, statutes, différents ou contraires règlements, styles et usages différents ou contraires aux dispositions y contenues*», con ciò presumendo di aver dettato una disciplina autosufficiente, idonea a rompere con le fonti anteriori

³⁵ Oggi la disposizione dell'art. 10 è riprodotta nell'art. 479 del *Code de procédure civile*.

³⁶ Che l'art. 478 del cod.proc.civ. francese riproduce.

³⁷ Art. 2, Tit. 35.

mentre gli artt. 10 e 11 avrebbero disciplinato l'opposizione di terzo all'esecuzione (38). Secondo altri, tutte e tre le disposizioni si riferiscono all'opposizione di terzo contro le sentenze si dividono circa la sua natura di rimedio facoltativo o necessario (39).

Inoltre, non era ancora definita la questione se i terzi, a parte la legittimazione all'opposizione, potessero esperire i mezzi di impugnazione propri delle parti. Pothier continuava ad attribuire il potere di appello anche ai terzi pregiudicati. Era poi discusso se il terzo, per poter essere ammesso all'opposizione, oltre ad essere tale di fatto dovesse altresì trovarsi nella posizione di litisconsorte necessario, come pure era incerto l'esatto confine oggettivo dei provvedimenti astrattamente suscettibili di opposizione (40).

Questo sistema tuttavia sopravvisse in Francia per oltre un secolo, fino all'emanazione del codice napoleonico.

2. L'INTRODUZIONE DELL'OPPOSIZIONE DEL TERZO NELL'ORDINAMENTO PROCESSUALE ITALIANO

2.1. – Con l'avvento delle codificazioni moderne, in specie quella napoleonica, si presentava l'occasione per provvedere a una disciplina codicistica della *tièrce opposition*. Tuttavia, mancava allora qualsiasi punto di riferimento procedurale, che forse le disposizioni del *Code de procedure civile* avrebbero potuto meglio colmare attraverso la redazione – che si adattasse alla struttura dell'intero procedimento civile – di quei principi di diritto che avevano conservato validità, pur senza essere messi per iscritto, attraverso trecento anni di pratica nelle corti.

³⁸ Roland, ult. op. cit., 22 e s.; Galluppi, *Teoria*, cit., 27.

³⁹ Cfr., Tissier, ult. op. cit., 29 e s..

⁴⁰ Fabbrini, op. cit., 10-11; Roland, ult. op. cit., 23.

Le aspettative appena descritte rimasero tuttavia ampiamente disattese: difatti, il legislatore del 1806 disciplinò la *tièrce opposition* senza rilevanti modifiche rispetto all'Ordinanza del 1667, lasciando in tal modo alla dottrina l'onere di risolvere in via interpretativa le numerose lacune ed incongruenze. Resta tuttavia ampiamente significativo il fatto che il *Code* abbia provveduto alla distinzione tra l'opposizione di terzo contro le sentenze (artt. 474-479 *Code de procédure*) e l'opposizione di terzo all'esecuzione (art. 608), nonché di aver escluso la concorrenza tra la *tièrce opposition* e gli altri mezzi ordinari di impugnazione fino ad allora concessi al terzo.

La codificazione avvenne nel seguente ordine. Il 21 maggio del 1805, il *Conseil d'État* approvò l'art. 474 del cod.proc.civ., il cui testo riproduceva sostanzialmente quello dell'art. 2, tit. XXXV dell'Ordinanza di Luigi XIV.

Il legislatore napoleonico, tuttavia, compì alcune scelte importanti rispetto al sistema dell'Ordinanza del 1667: introdusse infatti esplicitamente il concetto di pregiudizio al diritto quale metro legittimante dell'opposizione del terzo; cancellò ogni limite rispetto ai provvedimenti astrattamente opponibili; rifiutò di codificare, accanto al pregiudizio, quale ulteriore requisito necessario di legittimazione, la qualità di parte necessaria pretermessa del terzo; non prefisse alcun termine per l'esercizio dell'opposizione; insistette nel non distinguere tra opposizione per frode o dolo contro un creditore e altre forme di opposizione; regolò in modo definitivo l'eventuale effetto sospensivo dell'opposizione; disciplinò, accanto a una opposizione proposta in via principale, una incidentale, fissando i limiti tra le due forme e i rispettivi criteri di competenza; mantenne la pena pecuniaria a carico del terzo la cui domanda fosse stata respinta; non disciplinò il contenuto delle sentenze emesse in sede di opposizione; non impose al terzo alcun onere specifico di motivazione della domanda.

Durante i lavori preparatori del *Code de procédure civile*, il dibattito in ordine all'utilità di questa impugnazione e alla sua

conciliabilità con il consolidato principio di relatività del giudicato derivato dall'art. 1351 *Code civil* del 1804 fu, per ammissione unanime della moderna dottrina francese, piuttosto superficiale⁽⁴¹⁾. La dottrina successiva⁽⁴²⁾, tuttavia, non si dimostrò insensibile al problema: all'art. 1351 del codice francese infatti, come detto, era contenuto un principio fondamentale che sembra concernere anche i limiti soggettivi del giudicato; l'art. 474 cod.proc.civ. regola un processo la cui materia è interamente contenuta proprio nell'art 1351, senza però fare riferimento alle definizioni date dal diritto civile: il rapporto tra le due leggi si pone, ad una visione esterna, come una evidente antinomia quanto al rapporto logico di principio e applicazione pratica.

Oltre al codice napoleonico, non furono all'epoca numerosissimi gli ordinamenti che accolsero l'istituto. Nel regolamento pontificio sopravvisse ad esempio l'appello del terzo⁽⁴³⁾. Anche tra i codici dei vari Stati italiani – già all'epoca assai sensibili alle notizie d'Oltralpe – solo uno accolse la opposizione del terzo, ossia quello del Regno di Napoli. I codici sardi del 1854 del 1859 invece, pur riconoscendo ai terzi il diritto di intervenire nel giudizio tra altre persone per la tutela dei propri diritti, negavano ad esso la facoltà di impugnare con un rimedio straordinario le sentenze preferite tra altre persone. Eppure, ai codici sardi si deve una delle maggiori particolarità della futura opposizione del terzo italiana: eccezionalmente, essi concedevano ai creditori il diritto di impugnare con un rimedio chiamato revoca delle sentenze ad istanza dei creditori le sentenze proferite contro il loro

⁴¹ Cfr., Roland, ult. op. cit., 31.

⁴² MENDELSSHON BARTHOLDY, op. cit., 54 ss.

⁴³ Il Regolamento pontificio, così come l'attuale ordinamento processuale civile tedesco, dimostrano che, se è vero che gli ordinamenti giuridici hanno disciplinato un'impugnazione *ad hoc* per i terzi non prima dell'età moderna, non è altrettanto vero che la concessione ai terzi delle impugnazioni proprie delle parti sia tipica dei sistemi giuridici premoderni, essendo prevista tanto in ordinamenti moderni, quanto contemporanei.

debitore, quando queste fossero state effetto di collusione o di dolo del medesimo a loro danno punto. Vedremo *infra* come a ciò si deva la distinzione netta compiuta successivamente dal legislatore italiano tra opposizione di terzo cd. ordinaria e revocatoria, assente nell'ordinamento francese.

Lo stato della legislazione italiana in questa materia, al momento della formazione del codice di procedura civile italiano, era pertanto piuttosto laconico. L'autore del progetto del Codice di procedura civile italiano del 1865, il Guardasigilli Pisanelli, incontrò pertanto non poche difficoltà per far accogliere l'istituto nel nuovo codice. Come si approfondirà più avanti, egli riuscì tuttavia a vincere le riluttanze di coloro che avversavano tale forma di impugnazione dimostrando, con la sua relazione sul progetto presentato al Senato nella tornata del 26 novembre 1863, la grande utilità del rimedio straordinario, che venne così accolto.

2.2. – Verso la fine del secolo XIX, la maggiore dottrina italiana reputava che l'opposizione di terzo fosse un mezzo di impugnazione relativamente recente ⁽⁴⁴⁾, facendo eco alle considerazioni della dottrina francese, che la riconduceva alla citata Ordinanza francese del 1667. A questa impostazione si oppose ben presto un'altra parte della dottrina, la quale, pur ammettendo che l'istituto della opposizione del terzo fosse stato prima legislativamente ordinato e disciplinato nei particolari dall'Ordinanza francese, e poi ripreso quasi integralmente nella codificazione napoleonica, negava tuttavia che l'istituto fosse una creazione del diritto francese ⁽⁴⁵⁾. In particolare, Enrico Galluppi,

⁴⁴ Tissier, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, cit., 6.

⁴⁵ Amigues, *De la tierce opposition*, p. 92, il quale sebbene non neghi che questo mezzo di ricorso potesse essere conosciuto anche per lo innanzi, afferma che “*Ce n'est qu'en 1539, dans l'ordonnance de Villers Cotterts, qu'elle apparait pour la première fois ... C'est cette célèbre ordonnance de Francois I qui commence la transformation de la procédure féodale en introduisant dans les formes à suivre en justice, outre l'usage de la langue française, l'unité et la*

nella sua opera monografica dedicata, sosteneva che “l’opposizione di terzo non poteva sorgere tutto ad un tratto, come Minerva, della quale si favoleggiava che uscisse tutta armata dal cervello di Giove”. Egli riconobbe la decisiva importanza delle leggi romane (prima) e comuni (poi) sopra analizzate, quali prime garanzie di tutela del terzo pregiudicato da una sentenza resa *inter alios*.

Tuttavia, nella sua prima formulazione, l’opposizione di terzo fu dal nostro codice integralmente mutuata dal codice napoleonico francese, e ne sorsero i medesimi dubbi già noti agli interpreti d’Oltralpe. Come *supra* brevemente premesso, peraltro, la codificazione dell’istituto nell’ordinamento francese non raccolse ampie adesioni da parte dei vari codici che regolavano il processo civile negli Stati in cui era allora divisa la penisola. Va tuttavia evidenziato che proprio in seno a uno di questi codici venne a crearsi la divisione tra le due fattispecie di opposizione del terzo così come le conosciamo attualmente. I codici sardi del 1854 e 1859 infatti, pur ignorando l’opposizione di terzo che comunemente definiamo ordinaria ⁽⁴⁶⁾, riconobbero, oltre all’opposizione di terzo all’esecuzione ⁽⁴⁷⁾, il diritto dei creditori di impugnare le sentenze frutto di dolo o collusione in loro danno mediante un rimedio straordinario denominato “*Revoca delle sentenze ad istanza dei creditori*” (artt. 617-621). Nei codici sardi era espressamente previsto che la revoca giovasse al solo creditore istante e che la sentenza

simplicité que l’époque comportait. C’est donc au début même de notre droit moderne que semble naître cette voie de recours qui pouvait bien être connue auparavant”.

⁴⁶ I codici sardi negavano ai terzi l’opposizione contro la sentenza, in quanto mezzo straordinario, preferendo un mezzo ordinario quale il diritto di intervenire nel giudizio instaurato *inter alios*. Al di fuori dell’intervento, però, non residuava che l’opposizione di terzo all’esecuzione.

⁴⁷ L’opposizione di terzo all’esecuzione era disciplinata nel codice sardo del 1854 agli artt. 705-706 e 786-787, mentre in quello del 1859 agli artt. 732-733 e 813-814. Nella legislazione sarda, a differenza del codice francese, si disciplinava anche l’esecuzione diretta per consegna o rilascio.

vittoriosamente opposta conservasse l'autorità di giudicato tra le parti originarie. Si trattava di una vera e propria dichiarazione di inefficacia relativa della sentenza, che rende evidente la specularità tra tale mezzo di impugnazione e l'*actio pauliana*. L'ideale divisione tra le due *species* di opposizione non trova parallelismi nell'esperienza del diritto francese, che tutt'ora non regola nel dettaglio la posizione dei terzi creditori vittime di dolo o frode delle parti (è questo un aspetto che approfondiremo meglio *infra*).

Il codice di procedura civile italiano del 1865, diversamente dal codice sardo del 1859, disciplinò, oltre all'opposizione di terzo revocatoria (prevista espressamente all'art. 512) ⁽⁴⁸⁾, anche l'opposizione ordinaria (art. 510) ⁽⁴⁹⁾. L'autore del progetto, il Guardasigilli Pisanelli, dovette superare le resistenze di buona parte della dottrina italiana dell'epoca, che lamentava l'assoluta inutilità del rimedio in un sistema che, all'art. 1351 cod.civ., sanciva la relatività della cosa giudicata. Alla fine, tuttavia, il Guardasigilli l'ebbe vinta: il codice di rito fu approvato con legge del 2 aprile 1865 e promulgato con decreto reale del 25 giugno 1865: esso conteneva, all'art. 510, la codificazione dell'opposizione ordinaria e all'art. 512 quella dell'opposizione revocatoria ⁽⁵⁰⁾.

_____ Come prevedibile, anche dopo la codificazione il nuovo rimedio impugnatorio fece insorgere conflitti dottrinali in ordine alla sua conciliabilità (o inconciliabilità) con l'art. 1351 del codice civile; tuttavia, i commentatori del codice del 1865 si occuparono anche e

⁴⁸ “Quando la sentenza sia impugnata dai creditori di una delle parti, per essere effetto di dolo o collusione a loro danno, l'opposizione si propone nel termine stabilito per appellare nell'art. 485, che decorre dal giorno in cui hanno potuto scoprire il dolo o la collusione”.

⁴⁹ “Un terzo può fare opposizione a sentenza pronunciata tra altre persone quando pregiudichi i suoi diritti”.

⁵⁰ Relazione del Governo sul progetto del cod.proc.civ. presentata al Senato il 26 novembre 1863 in Pisanelli, Scialoja, Mancini, *Commentario al cod.proc.civ., coordinato e ridotto da Galdi*, Napoli, 1878, VI, 672 e ss. (testo e nota 1).

soprattutto del rapporto tra le due opposizioni, della natura del pregiudizio subito dal creditore, del termine per impugnare e degli effetti dell'accoglimento della domanda.

Per quanto concerne il primo punto, tornò a farsi strada la citata ~~tecnica della rappresentanza~~ ⁽⁵¹⁾, ~~volta ad ampliare il novero dei~~ soggetti cui estendere il giudicato o, se si preferisce, per restringere la gamma dei terzi legittimati ad opporvisi. Vi era una tendenza prevalente in dottrina e giurisprudenza ad ammettere che la regola consacrate la relatività della cosa giudicata subisse delle modifiche riguardo alle persone cointeressate nello stesso rapporto giuridico o in uno dipendente, perché la sentenza pronunciata nei confronti di una di esse doveva spiegare la sua autorità anche rispetto alle altre, che non avevano partecipato al giudizio in cui essa veniva proferita. Le eccezioni cui si voleva, in determinate ipotesi, assoggettare il principio della relatività della cosa giudicata, non trovavano tuttavia fondamento nelle disposizioni della legge positiva, ma soltanto in una tradizione piuttosto incerta e nella inesatta interpretazione delle leggi romane, le quali, non avendo riguardo all'effetto positivo della cosa giudicata, ma soltanto al suo effetto estintivo dal punto di vista della consumazione dell'azione, non trovavano una felice applicazione nel campo del diritto moderno. "Rappresentato" così si considerava non solo il titolare del diritto oggetto del giudizio il cui nome fosse stato speso in causa da altro soggetto (spiega Fabbrini ⁵²), ma si consideravano altresì "rappresentati" svariati altri soggetti, il cui nome non era stato affatto speso in causa, a condizione che essi risultassero titolari di rapporti o diritti collegati in determinati modi col rapporto discusso *inter partes*. Il terzo rappresentato si considerava vincolato dal giudicato altrui, indiscutibile per lui non meno che per le parti. Nel caso questo gli venisse opposto, il terzo non poteva sottrarvisi con la

⁵¹ Chiappelli, *Il rimedio dell'opposizione di terzo*, Milano, 1907, 63; Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Milano, 1894, 875.

⁵² Fabbrini, op. cit., 34.

exceptio rei inter alios judicatae. Gli era altresì preclusa la opposizione ex art. 510 cod.proc.civ..

È peraltro interessante osservare alcune curiosità in tema di opposizione revocatoria: la Relazione ministeriale, partendo dal presupposto che i creditori dovevano essere considerati alla stregua di soggetti rappresentati dal loro debitore nei giudizi tra quest'ultimo e un terzo, precludeva a costoro espressamente la legittimazione ad esperire l'opposizione di terzo (come si vedrà, peraltro, tale principio è rimasto nell'ordinamento processuale francese); perciò, il potere concesso ai creditori di impugnare la sentenza emessa nei confronti del proprio debitore in quanto effetto di dolo o collusione a loro danno costituiva un'eccezione alla regola che rinveniva la sua giustificazione nella necessità di tutelare i creditori rispetto alla frode del debitore. Sicché, si riteneva la condotta dolosa andava a inficiare sul rapporto di rappresentanza⁽⁵³⁾.

È opportuno precisare che la nostra dottrina, a differenza di quella francese⁽⁵⁴⁾, ha ben presto abbandonato la teoria della rappresentanza. Due le argomentazioni tradizionalmente addotte a sostegno della sua insostenibilità: in primo luogo, si utilizzava in senso atecnico il concetto di rappresentanza, mancando il requisito dell'agire in nome altrui (cd. *contemplatio domini*) da parte del rappresentante che rende manifesto al terzo che gli effetti dell'atto si produrranno direttamente ed immediatamente nella sfera giuridica del rappresentato. Tale atecnicità era imposta dalla natura stessa del fenomeno dell'efficacia *ultra partes* della sentenza che presuppone assoluta autonomia tra la parte che agisce in giudizio (in nome proprio)

⁵³ Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 5 e s.; Trocker, *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale (profili dell'esperienza giuridica tedesca)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1988, 35 e ss..

⁵⁴ Cfr., Roland, *Chose jugée et tierce opposition*, cit., 115 e ss.. Per un'ampia disamina della teoria della rappresentanza nell'ordinamento francese v. *infra* cap. 2, § 1.4..

ed il terzo che subisce gli effetti. In secondo luogo, mancando norme di diritto positivo su cui fondare tale rappresentanza, non si poteva non fare ricorso alla cd. rappresentanza presunta o impropria.

Per quanto invece attiene ai rapporti tra i due tipi di opposizione, il dibattito vertente sull'eventualità che l'opposizione di terzo revocatoria fosse un istituto distinto dall'opposizione di cui all'art. 510 o si dovessero considerare due facce della stessa medaglia fu particolarmente vivace: una parte della dottrina si espresse nel senso della impossibilità di considerarle due *species* di un unico mezzo impugnatorio, in ragione della profonda diversità strutturale e funzionale ⁽⁵⁵⁾.

—— La dottrina, ed in particolare Chiovenda ⁽⁵⁶⁾, partendo dalla considerazione che qualunque terzo deve riconoscere il giudicato reso tra altre parti, ma che mai il terzo rimasto estraneo al processo può esserne pregiudicato nei suoi diritti, individuava due categorie di terzi, ossia: coloro che, vantando un diritto incompatibile con quello accertato nella sentenza resa *inter alios*, possono farlo valere in via ordinaria, oppure possono impugnarla con l'opposizione di cui all'art. 510; coloro i quali, invece, non vantando un diritto incompatibile ma subendo dalla sentenza un pregiudizio di fatto, hanno diritto ad impugnarla ai sensi dell'art. 512 se e solo se la stessa sia frutto di dolo o collusione in loro danno.

Il legislatore del 1940 ha mantenuto la distinzione tra opposizione di terzo ordinaria e revocatoria, sebbene abbia scelto di disciplinarle in un'unica norma, l'art. 404, rispettivamente al primo e secondo comma. La formulazione letterale dei due commi dell'art. 404 cod.proc.civ. sostanzialmente riproduce quella degli artt. 510 e 512 del codice di rito abrogato: nel primo comma si precisa che l'opposizione può essere proposta solo avverso sentenza che sia «passata in giudicato

⁵⁵ Chiappelli, *Il rimedio dell'opposizione di terzo*, cit., 64. *Contra*, Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, cit., 881.

⁵⁶ Chiovenda, *I principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, 1009 e ss..

o comunque esecutiva»; nel secondo comma si estende la legittimazione anche agli aventi causa, mentre scompaiono i riferimenti al termine decadenziale entro cui proporre l'opposizione di terzo revocatoria e al *dies a quo* (oggi disciplinati agli artt. 325 e 326 cod.proc.civ.).

2.3. – L'opposizione di terzo, per come si presenta oggi nel nostro ordinamento, ha dunque connotati poco definiti ed è un istituto ricco di contraddizioni su cui si sono fondate numerose occasioni di dibattito. Come è stato correttamente evidenziato, si tratta di *“un'impugnazione, certo, ma non è data alla parte, e di regola non presume un vizio della sentenza. Postula un pregiudizio, d'accordo, ma – giocoforza, per le ragioni appena dette – non la soccombenza. È offerta al terzo, genericamente, per cui nebuloso resta il novero degli effettivi legittimati. È straordinaria, come talora la revocazione, ma nella versione standard è svincolata da ogni termine. Ha effetto demolitivo, le più volte, ma può anche spingersi a soppiantare nel merito la sentenza impugnata. Ha capacità sostitutiva, dunque, ma non è detto che non possa arrestarsi a una mera declaratoria d'inopponibilità della decisione al terzo”* (57).

Le principali questioni che si pongono nell'affrontare il tema sono dunque legate alla legittimazione ad agire (e quindi alla nozione di terzo pregiudicato) e al rapporto dell'opposizione ordinaria con altri mezzi di tutela (non solo di impugnazione).

Legittimato all'opposizione ordinaria, come detto, è il titolare di un diritto autonomo, il cui interesse risulti incompatibile con la situazione giuridica conseguente alla sentenza pronunciata tra altri (58).

⁵⁷ Della Pietra, *Opposizione di terzo: lo stato dell'arte*, reperibile su *Judicium.it*

⁵⁸ In questa prospettiva non sono legittimati all'impugnazione il socio che si dolga della sentenza resa verso la compagine di cui fa parte (*ex multis*, Cass., 13 marzo 2009, n. 6179); l'acquirente a non domino del bene oggetto della lite *inter alios* (Cass., 4 agosto 2006, n. 17683); l'avente causa in un rapporto contrattuale

Quanto al primo, il profilo oggettivo dell'autonomia si riflette a monte su quello soggettivo della qualità di terzo, nel senso che non può dirsi tale colui che, pur formalmente estraneo al giudizio e alla sentenza, vanta una posizione legata a quella di una delle parti in causa in virtù di un rapporto di derivazione.

Il terzo legittimato all'opposizione deve poi far valere un diritto incompatibile con quello riconosciuto nella sentenza che si impugna. La definizione di incompatibilità, in quest'ottica, è piuttosto chiara: due diritti sono incompatibili quando l'esistenza dell'uno è ostativa all'esistenza dell'altro, e viceversa. Il requisito evidentemente ricorre quando il terzo aspiri a esercitare su un dato bene poteri e facoltà che invece la sentenza tra altre parti gli comprime per averne accordati altri a una delle parti in lite. Tuttavia, non sono mancati disaccordi anche sulla nozione di incompatibilità fra diritti: per alcuni, essa si ha solo allorché l'oggetto della prestazione sia un bene individuato, sicché la connessa prestazione può essere adempiuta una sola volta ⁽⁵⁹⁾; per altri, anche due situazioni aventi ad oggetto prestazioni ripetibili possono risultare incompatibili ⁽⁶⁰⁾. La giurisprudenza, pur non affrontando la questione da molti anni, ha in passato aderito a questa seconda impostazione ⁽⁶¹⁾.

La qualità di terzo è naturalmente esclusa dall'aver ricoperto la veste di parte nel giudizio sfociato nella sentenza oggetto di impugnazione. Anche a questi fini, il coinvolgimento nel processo va apprezzato al momento della pronuncia, non a quello dell'instaurazione del giudizio. Per questa ragione compete la qualità

contro la sentenza reso verso il suo autore (Cass., 8 novembre 2007, n. 23289).

⁵⁹ Fabbrini, *L'opposizione ordinaria di terzo nel sistema delle impugnazioni*, op. cit., 82.

⁶⁰ Luiso, "Opposizione di terzo" in Enc. Giur., XXI, Roma, 1990, 3; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1981, 384. Sul tema vedi anche Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, 248.

⁶¹ Cass. 22 maggio 1973 n. 1499, in FI 1973, I, 3049.

di terzo all'interventore definitivamente estromesso dal processo ⁽⁶²⁾ e al soggetto il cui appello sia stato dichiarato inammissibile per mancanza della qualità di parte ⁽⁶³⁾.

Da ciò deriva che la qualità di terzo va intesa, oltre che in termini sostanziali, e cioè rispetto al rapporto giuridico controverso, in una prospettiva anzitutto processuale, come colui che non ha assunto la qualità di parte in senso formale nel giudizio pregresso. Per questa ragione è prevalente l'idea che l'opposizione competa anche al litisconsorte necessario pretermesso ⁽⁶⁴⁾, e ciò anche quando questi sia intervenuto volontariamente in giudizio, il giudice abbia ommesso di pronunciare sulla sua posizione ed il vizio non sia stato dedotto mediante impugnazione ⁽⁶⁵⁾. La legittimazione ad impugnare di questo soggetto è stata molto dibattuta in dottrina, che l'ha posta in alternativa con quella del titolare di un diritto autonomo ed incompatibile ⁽⁶⁶⁾.

⁶² Cass., 13 giugno 2003, n. 9500.

⁶³ Cass., 18 febbraio 2000, n. 1807, in *Corr. giur.*, 2004, 1609, con nota di Negri *Intervento in appello giudicato inammissibile: successiva opposizione del medesimo terzo?*

⁶⁴ Proto Pisani, *A proposito di "frammenti" sulla opposizione di terzo di Angelo Gualandi*, cit. 1330; ID, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 540 s.; Luiso, *Opposizione di terzo*, cit., 5 (il quale nega tuttavia analoga legittimazione al soggetto falsamente rappresentato); Cerino Canova, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, 670 ss.; Chizzini, *L'intervento adesivo*, Padova, 1992, II, 1007 ss. nt. 414; in giurisprudenza cfr., *ex multis*, In giurisprudenza: Cass. 9 ottobre 2006 n. 21683; Cass. SS.UU., 23 gennaio 2015, n. 1238, in cui la Suprema Corte ha confermato al terzo litisconsorte legittimazione alla proposizione di un'azione di cognizione che abbia identico oggetto rispetto a quella che l'ha visto pretermesso, in alternativa all'intervento *ex art. 105*, affermando che invero non vi è mai un onere di intervento, per nessuno dei soggetti legittimati, che potranno sempre promuovere un'autonoma azione per far valere il loro diritto, tuttavia, nel corso del giudizio, non potranno ottenere tutela cautelare contro "l'efficacia esecutiva o gli effetti esecutivi o accertativi della sentenza *inter alios* non opposta".

⁶⁵ Cass., 9 febbraio 2000, n. 1438, in *Corr. giur.*, 2001, 899, con nota di Giacomelli, *Omissa pronuncia nei confronti dell'interveniente volontario in primo grado e legittimazione all'opposizione di terzo*.

⁶⁶ Fabbrini, op. cit. 179, nota 45; Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit. 263; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 385.

Invero, il litisconsorte necessario pretermesso potrebbe esperire altresì un'azione di nullità contro la sentenza definitiva di un giudizio resa a contraddittorio non integro a causa della sua assenza ⁽⁶⁷⁾.

Altra questione attiene alla posizione del falsamente rappresentato. È dubbio se il rimedio gli compete, non tanto per la sua ambigua posizione all'interno del processo, quanto per la possibilità di esercitare i rimedi propri della parte, svincolati dal termine annuale ai sensi dell'art. 327, comma 2, cod.proc.civ. ⁽⁶⁸⁾.

3. IL PROCERDIMENTO E L'AMBITO DI APPLICAZIONE

3.1. L'art. 404 cod.proc.civ. è rimasto sostanzialmente immutato rispetto alla redazione originaria del codice del 1940; tuttavia, ne è stato sensibilmente ampliato l'ambito di applicazione, sia a ragione delle riforme legislative che lo hanno interessato, sia di alcuni interventi della Corte Costituzionale ⁽⁶⁹⁾.

Per quanto riguarda le riforme, di enorme impatto è stata la regola, introdotta con la riforma del 1990 nell'art. 282 cod.proc.civ., della generale provvisoria esecutività della sentenza di primo grado. Nell'impianto originario del codice – in cui la sentenza di primo grado non era di regola immediatamente esecutiva – l'opposizione avverso pronunzie non ancora passate in giudicato si restringeva alle sentenze d'appello ⁽⁷⁰⁾. Restava ovviamente salva la facoltà, che l'art. 344

⁶⁷ Cass. 17 marzo 2005 n. 5796.

⁶⁸ Optano per questo rimedio Luiso, op. cit., 5; Verde, *Profili del processo civile*, Napoli, 1978, 288 s.; Andrioli, *Legittimazione all'opposizione ordinaria di terzo*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano, 1979, 1814 ss..

⁶⁹ Sul punto v. Vincere, *Contributo allo studio dell'intervento in appello*, Torino 2018

⁷⁰ Prima delle riforme degli anni novanta (l. 26 novembre 1990, n. 353, come modificata dalla L. 21 novembre 1991, n. 374, che ha disposto con l'art. 33, comma 1, la modifica dell'art. 282; in seguito la l. 4 dicembre 1992, n. 477, nel modificare l'art. 92, comma 1, della l. 26 novembre 1990, n. 353, ha conseguentemente disposto con l'art. 2, comma 5, la modifica dell'art. 282.

cod.proc.civ. tuttora accorda al terzo astrattamente legittimato all'opposizione, di spiegare intervento in fase di gravame.

Nel momento in cui la provvisoria esecutività è stata estesa alle sentenze di primo grado, i criteri di coordinamento tra le due disposizioni sono saltati. Benché sui limiti della provvisoria esecutività sussista ancora incertezza, se si ritiene che in via generale la sentenza assuma autorità e produca tutti i suoi effetti da subito ⁽⁷¹⁾, l'art. 282 cod.proc.civ. non ha un'applicazione ⁽⁷²⁾.

Inoltre il d.l. 7 ottobre 1994, n. 571, convertito con modificazioni dalla l. 6 dicembre 1994, n. 673, nel modificare l'art. 92, comma 1 della L. 26 novembre 1990, n. 353 ha conseguentemente disposto, con l'art. 6, comma 1, la modifica dell'art. 282) l'art. 282 cod.proc.civ. disponeva che su istanza di parte, la sentenza appellabile potesse essere dichiarata provvisoriamente esecutiva tra le parti, con cauzione o senza, se la domanda fosse “fondata su atto pubblico, scrittura privata riconosciuta o sentenza passata in giudicato”, oppure se vi fosse pericolo nel ritardo.

⁷¹ Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, in *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano, 1962, *passim*; Id., *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1936, I, p. 237 ss.; Id., *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p.1 ss.; Id., v. *Giudicato*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 4. In adesione *ex multis*: Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 61 ss.; Vocino, *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1527; Andrioli, *Commento*, II, cit., 419 ss.; Fabbrini, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano 1963, 89; Giussani, voce *Sospensione del processo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 603 ss.; Fornaciari, *La provvisoria efficacia delle sentenze di accertamento e costitutive*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 385 ss.

⁷² V. l'interpretazione dell'art. 337, comma 2, cod.proc.civ. proposta da Cass. SS.UU., 19 giugno 2012, n. 10027, in *Foro it.*, 2014, I, 946, con nota Trisorio Liuzzi, *Le Sezioni unite e la sospensione del processo per pregiudizialità* e Proto Pisani, *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria dei processi civili per pregiudizialità*; in *Riv. dir. proc.*, 2013, 683 con nota Menchini, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, comma 2°, cod.proc.civ.: una decisione che non convince*; in *Giur. it.*, 2012, 2601, con nota di D'Alessandro, *Le Sezioni unite e la tesi di Liebman sui rapporti tra art. 295 e 337 c.p.c.: Much ado about nothing?*. Tale arresto pare, infatti, legittimare una visione estensiva della provvisoria produzione di effetti della sentenza non passata in giudicato, giacché si è riconosciuto come gli artt. 282 e 283 cod.proc.civ. dimostrino che la sentenza di primo grado, ancorché impugnabile o impugnata, è dotata dell'autorità atta a dettare la regola di condotta per il caso concreto.

È certo comunque che la previsione della generale esecutività delle sentenze di primo grado ha ampliato la possibilità di opporsi *ex art. 404 cod.proc.civ.*, senza dover attendere il passaggio in giudicato della sentenza; e, dunque, ha altresì ampliato anche l'ambito di applicazione dell'intervento in appello, quanto meno se si ritiene che il richiamo dell'*art. 344 cod.proc.civ.* all'opposizione di terzo interessi anche la qualificazione del provvedimento in relazione al quale questo soggetto è ammesso spiegare intervento ⁽⁷³⁾.

Il suddetto ampliamento della portata dell'*art. 404* può porre un problema di sovrapposizione proprio con l'intervento in appello (come accennato *supra*). Le soluzioni proposte per ovviare a tale verosimile problematica sono varie.

La prima, riconoscendo prevalenza all'*art. 344*, arriva ad escludere che l'opposizione sia proponibile contro le sentenze di primo grado ⁽⁷⁴⁾, ponendo però dei limiti non giustificati alla portata dell'*art. 282*. Meglio forse sarebbe prospettare che, con la proposizione dell'appello ⁽⁷⁵⁾, l'opposizione di terzo possa considerarsi inammissibile (se proposta successivamente) o

Su tale tema, con riferimento alla suddetta sentenza, si veda inoltre Trisorio Liuzzi, *La sospensione del processo civile per pregiudizialità: gli art. 295 e 337, 2° comma, cod.proc.civ.*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 633 ss.; e prima della decisione in esame, anche per ulteriori citazioni, Trisorio Liuzzi, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987.

Anche più di recente la Corte è tornata sul tema con la sentenza Cass., 16 maggio 2017, n. 12035, in *Giur.it.* 2017, 2107, con nota adesiva di Vanzetti, *Querela di falso e sospensione del processo – Incidente di falso, sospensione del processo ed efficacia naturale della sentenza*, dove – in continuità con sez. un. n. 10027 del 2012 – la Corte aderisce, a mio avviso, esplicitamente alla tesi di Liebman relativa all'immediata efficacia di accertamento della sentenza sulle liti dipendenti (cd. efficacia naturale) e all'applicabilità dell'*art. 337, comma 2, cod.proc.civ.* nel caso di impugnazione della sentenza sulla lite pregiudiziale.

⁷³ Anche se alcuni ritengono che il richiamo dell'opposizione di terzo compiuto dall'*art. 344 cod.proc.civ.* sia limitato al profilo della legittimazione della parte.

⁷⁴ Per Verde, *op. cit.*, 294, l'interprete non può imporre preclusioni non previste dal legislatore.

⁷⁵ Cass., 17 maggio 2013, n. 12070.

improcedibile (se già promossa). Inoltre, v'è da considerare che con l'introduzione dell'art. 391 *ter* cod.proc.civ. ⁽⁷⁶⁾ è stata esplicitamente ammessa l'opposizione di terzo anche contro il «*provvedimento con il quale la Corte ha deciso la causa nel merito*» *ex art.* 384 cod.proc.civ. ⁽⁷⁷⁾.

L'ambito di applicazione dell'art. 404 cod.proc.civ. nel corso degli ultimi decenni si è peraltro esteso anche in virtù altre riforme legislative che hanno interessato la materia arbitrale, e soprattutto alla riforma attuata con la l. 5 gennaio 1994, n. 25, che ha introdotto nell'art. 831 cod.proc.civ. una nuova ipotesi di opposizione di terzo; nonché grazie ai numerosi interventi della Corte costituzionale, per cui l'opposizione di terzo è ora proponibile anche «*avverso la ordinanza di convalida di sfratto per finita locazione, emanata per la mancata comparizione dell'intimato o per la mancata opposizione dell'intimato pur comparso*» ⁽⁷⁸⁾ avverso l'ordinanza di sfratto per morosità ⁽⁷⁹⁾, avverso l'ordinanza di convalida di licenza per finita locazione ⁽⁸⁰⁾ e, infine, avverso l'ordinanza con la quale il pretore dispone l'affrancazione del fondo *ex art.* 4, l. 22 luglio 1966, n. 607 ⁽⁸¹⁾.

Ciò risulta significativo anche sotto un diverso profilo: comporta infatti che la tesi, secondo la quale il riferimento alla sentenza contenuto nell'art. 404 cod.proc.civ. sarebbe di stretta interpretazione, vada abbandonata, dovendo escludersi dall'ambito di applicazione dell'opposizione di terzo i provvedimenti decisori assunti con forma differente.

A proposito dell'ambito di applicazione dell'art. 404 cod.proc.civ.

⁷⁶ Articolo introdotto grazie all'art. 17, 1° comma, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

⁷⁷ Tedoldi, *La nuova disciplina del procedimento di Cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur.it.* 2006, 10 ss.

⁷⁸ Corte cost., 5-7 giugno 1984, n. 167.

⁷⁹ Corte cost., 22-25 ottobre 1985, n. 237.

⁸⁰ Corte cost., 18-26 maggio 1995, n. 192.

⁸¹ Corte cost., 20 dicembre 1988, n. 1105.

si deve inoltre ricordare che, in dottrina, sulla scia delle sentenze della Corte costituzionale *ut supra* richiamate, si è ritenuta ammissibile l'opposizione di terzo anche avverso i provvedimenti cautelari e possessori interinali⁽⁸²⁾. Si è infatti sostenuto che la *ratio* sottesa all'art. 404 cod.proc.civ., sia da individuarsi non solo nella necessità di predisporre un'impugnazione avverso un provvedimento decisorio idoneo a passare in giudicato, ma anche nella pari necessità di fornire il terzo di uno strumento di tutela attivabile ogni qualvolta esista un provvedimento esecutivo, capace di incidere negativamente nella sua sfera giuridica.

In ultimo, è opportuno accennare fin da ora (ma si entrerà più compiutamente nel dettaglio nel capitolo III e parzialmente nel capitolo II, in relazione all'ordinamento tedesco) al rapporto tra opposizione di terzo ed esecuzione forzata. Nell'espropriazione forzata, infatti, la direzione dell'azione esecutiva è soggettiva, mentre nell'esecuzione in forma specifica diviene oggettiva, in quanto il titolo va ad indicare un determinato diritto avente ad oggetto un certo bene. Pur in presenza di queste differenze, si ritiene che l'opposizione di terzo all'esecuzione sia applicabile anche all'esecuzione in forma specifica e non solo a quella per espropriazione, nonostante il tenore letterale dell'art. 619.

Tuttavia, il terzo che si affermi pregiudicato dall'esecuzione per consegna o rilascio in forza di sentenza resa *inter alios* può reagire in sede giudiziaria scegliendo tra l'opposizione ordinaria, *ex* art. 404, comma 1 cod.proc.civ. e l'opposizione di terzo all'esecuzione *ex* art. 619. Ciò che rileva, in questo contesto, è il pregiudizio che deriva al terzo da una sentenza passata in giudicato, che può discendere dalla medesima sentenza restando tuttavia teorico o astratto, in base al disposto dell'art. 2909 cod.civ., oppure concretizzarsi ove la sentenza che pregiudica il terzo venga messa in esecuzione.

⁸² Cecchella, *Per una tesi (tradizionale) sul procedimento possessorio e una tesi (non tradizionale) sulla opposizione ordinaria del terzo*, nota a Pret. Monza, 11 giugno 1996, in *Giur. it.* 1997, I, 2, 231 (spec. 239).

A mezzo dell'opposizione ordinaria *ex art. 404, comma 1, cod.proc.civ.*, il terzo può ottenere la concreta eliminazione del pregiudizio, cioè della sentenza resa *inter alios* che ne è la fonte; mentre l'opposizione di terzo all'esecuzione ha come scopo quello di sottrarre il bene all'azione esecutiva in quanto di proprietà o nel godimento dell'opponente, e pertanto non è volta a mettere in discussione il diritto portato dal titolo esecutivo (il quale, anche in caso di accoglimento dell'opposizione stessa, resterebbe intatto). Se consideriamo questa la *ratio* dell'istituto, è di tutta evidenza che l'opponente non potrà servirsene per contestare il contenuto del titolo giudiziale, poiché così l'opposizione di terzo all'esecuzione finirebbe col trasformarsi in un rimedio impugnatorio, che contrasterebbe col c.d. principio dell'onere del gravame, secondo cui le opposizioni esecutive non possono utilizzarsi per far valere pretesi vizi della sentenza azionata.

La Suprema Corte ⁽⁸³⁾ è sul punto recentemente intervenuta, affermando che *“nell'esecuzione per consegna o rilascio, avviata in forza di sentenza resa inter alios, ove il terzo lamenti una lesione della sua situazione soggettiva che gli deriva non già da un errore sorto nel procedimento esecutivo, bensì direttamente dalla sentenza che ha accertato un diritto incompatibile con quello da lui vantato, egli non può proporre l'opposizione di terzo all'esecuzione, ai sensi dell'art. 619 cod.proc.civ., ma deve invece impugnare il provvedimento stesso con l'opposizione di terzo ordinaria, ai sensi dell'art. 404, comma 1, cod.proc.civ.”*.

3.2. – Per quanto riguarda il procedimento, va rilevato che esso è unico per ambedue i casi di opposizione di terzo e disciplinato dai soli artt. 405-407 cod.proc.civ., ⁽⁸⁴⁾. L'art. 405 comma 1 cod.proc.civ.

⁸³ Cass.20 marzo 2017 n. 7041

⁸⁴ In tal senso, Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1961, 668; Satta, *Commentario al cod. proc. civ.*, Milano, 1966, 360, 362 e s.; Zanzucchi-Vocino, *Diritto processuale civile*, Milano, 1962, 208; Proto Pisani,

stabilisce la competenza inderogabile a conoscere dell'opposizione di terzo dello «stesso giudice che ha pronunciato la sentenza».

E' bene precisare che l'opposizione dovrà essere proposta al giudice dell'appello anche quando la sentenza abbia semplicemente confermato la decisione di primo grado, in ragione del cd. effetto sostitutivo della pronuncia, mentre, ove il terzo si ritenga pregiudicato da un unico capo della sentenza resa in primo grado che sia passato in giudicato per effetto di acquiescenza parziale, l'opposizione andrà proposta al giudice di primo grado⁽⁸⁵⁾.

Come esposto nel precedente paragrafo, nel caso in cui l'appello sia stato dichiarato inammissibile o improcedibile, il terzo dirigerà la propria opposizione avverso la sentenza di primo grado oramai passata in giudicato e conseguentemente competente sarà il giudice di primo grado⁽⁸⁶⁾ Per gli stessi motivi, dovrà essere adito il giudice d'appello o di primo grado che ha emesso la sentenza di merito passata in giudicato a seguito del rigetto del ricorso in cassazione⁽⁸⁷⁾. E' peraltro orientamento consolidato escludere l'opponibilità ad opera del terzo

Opposizione di terzo ordinaria, cit., 724 e ss..

⁸⁵ Controversa, invece, la possibilità del terzo di prestare acquiescenza alla sentenza resa *inter alios*. In senso favorevole, Gualandi, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, cit., 1318, ove l'A. richiama a sostegno della propria posizione la formulazione dell'art. 329 co. 1 cod.proc.civ. che esclude dal proprio ambito di applicazione solo i casi di revocazione straordinaria. *Contra*, Nicoletti, voce *Opposizione di terzo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, XXX, 510 (nota 201), il quale ritiene che l'interpretazione letterale dell'art. 329 cod.proc.civ. vada respinta perché il terzo non può essere vincolato al giudicato reso *inter alios* sulla base dell'accettazione ad opera delle parti di un regolamento frutto di dolo o collusione in suo danno, al quale per di più non ha preso parte. È, invece, pacifico che possano fare acquiescenza alla sentenza che chiude l'opposizione sia il terzo, sia le parti originarie. In tal caso, il terzo è parte del giudizio e come tale deciderà liberamente se impugnare o meno la sentenza.

⁸⁶ Cfr., Andrioli, ult. op. cit., 943; Olivieri, ult. op. cit., 124; Luiso, ult. op. cit., 9. In giurisprudenza, Cass., 29 maggio 1972, n. 1727, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1373

⁸⁷ Sul punto, Olivieri, ult. op. cit., 124.

delle sentenze a contenuto puramente processuale ⁽⁸⁸⁾.

Ove il terzo voglia opporsi a un lodo, essendo gli arbitri sforniti della *potestas iudicandi*, l'impugnazione dovrà essere indirizzata, ai sensi del dell'art. 831 comma 4 cod.proc.civ., alla Corte d'Appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato e quest'ultima riunirà le impugnazioni per nullità, revocazione ed opposizione di terzo nello stesso processo, a condizione che lo stato della causa preventivamente adita non impedisca l'esauriente trattazione e decisione delle altre impugnazioni proposte avverso il medesimo lodo.

Il combinato disposto degli artt. 405 comma 1 e 406 cod.proc.civ. stabilisce che il giudizio di opposizione debba svolgersi secondo le forme prescritte per il procedimento dinanzi al giudice competente, salva la prevalenza delle disposizioni derogatorie contenute nel capo V, Titolo III, Libro II. Dunque, il giudizio *ex art.* 404 cod.proc.civ. deve svolgersi con lo stesso procedimento adottato nel processo instaurato *inter partes* a conclusione del quale è stata emanata la sentenza opposta ⁽⁸⁹⁾.

In appello, ove il terzo introduca (com'è probabile che avvenga) fatti nuovi e formuli tutte le richieste istruttorie utili a provarli, non si può negare alle parti originarie il diritto di difendersi mediante l'allegazione di nuove eccezioni, anche non rilevabili d'ufficio, e dei relativi mezzi di prova al fine di ottenere una sentenza che dichiari l'opposizione inammissibile, improcedibile o infondata. Si deve pertanto ritenere l'inapplicabilità del divieto dei *nova* di cui all'art. 345 cod.proc.civ..

⁸⁸ Così, Andrioli, ult. op. cit., 943; Olivieri, ult. op. cit., 124. In senso parzialmente difforme, Gualandi, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, cit., 1314.

⁸⁹ Cfr., Gualandi, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, cit., 1308 e 1320.

Prime considerazioni di sintesi

La prima parte di questo elaborato è stata dedicata alla ricerca di una matrice primigenia del rimedio in oggetto, nel tentativo di comprenderne la funzione tradizionale in rapporto con gli istituti esistenti, posti a tutela sia delle parti che dei terzi. Questa matrice è stata (potenzialmente) individuata già nel diritto romano; si può notare tuttavia come, probabilmente a causa delle mere prassi giudiziarie evolute diversamente a livello territoriale, l'uniformità a un certo punto si perda, ed il diritto francese arrivi a raffinare gradualmente i contorni dell'istituto fino a codificarlo in periodo napoleonico. Negli ordinamenti di lingua tedesca, al contrario, questa operazione viene completamente ignorata ed il problema che un terzo possa in qualche modo essere toccato (e quindi pregiudicato) da una sentenza resa tra altre parti – e, quindi, l'opportunità di prevedere o meno una impugnazione riservata a costui – non pare nemmeno porsi fino alla fine del secolo XIX.

Vedremo ora come si rapportano attualmente i due ordinamenti oggetto di comparazione, al fine di verificare anzitutto se i dubbi interpretativi sorti in Italia (tutt'ora parzialmente insoluti e fin qui solo parzialmente accennati) abbiano trovato altrove una diversa o più agevole soluzione; nonché, se davvero la raffinata dottrina tedesca che, a cavallo del secolo, sviluppò le teorie sui limiti soggettivi di efficacia del giudicato sia ad oggi rimasta senza seguito nella prassi, e per quale motivo.

CAPITOLO II
PROFILI COMPARATISTI:
LA *TIÈRCE OPPOSITION* FRANCESE E
I LIMITI SOGGETTIVI DEL GIUDICATO
NELL'ESPERIENZA TEDESCA

1. ANALISI DELLA *TIÈRCE OPPOSITION*
NELL'ORDINAMENTO PROCESSUALE FRANCESE

1.1. – Nella prospettiva di indagine scelta, destano particolare interesse talune suggestioni scaturenti dalla disamina del regime della opposizione ordinaria del terzo cui ci si accosti in un'ottica non solo storica, ma anche giuscomparatistica. Da tale disamina si evince, invero, che la disciplina in tema di legittimazione del terzo ad impugnare una sentenza dettata dal codice di rito italiano presenta – per lo meno nel suo nucleo essenziale – significativi tratti di comunanza con la fisionomia dell'istituto fatta propria da altri ordinamenti giuridici; e si evince altresì, all'inverso, che la soluzione sulla quale si incentra la ricostruzione tradizionale del regime delineato all'art. 404 cod.proc.civ. non è stata affatto unanimemente accolta.

All'interno della stessa indagine storica appena compiuta si è peraltro già rivelato essenziale l'approccio comparatista, considerando lo stretto legame che lega l'istituto italiano con la sua matrice, disciplinata dal codice francese. Ciò che si è potuto desumere è stata soprattutto la convergenza degli ordinamenti, per lo meno in principio, su di un regime della fattispecie sostanzialmente omogeneo, il quale trova le sue origini più remote nel diritto romano. Tale convergenza

non si è tuttavia conservata nei periodi successivi, considerando che l'ordinamento francese e quello dei Paesi di lingua tedesca hanno dimostrato una sensibilità diametralmente opposta al tema dell'estensione degli effetti del giudicato, ed altresì alla contemplazione del rimedio dell'opposizione del terzo. Abbiamo visto infatti che le pratiche giudiziarie mutate diversamente a livello territoriale in Europa sono state probabilmente alla base della perdita di uniformità nell'applicazione delle norme romane (prima) e comuni (poi) disciplinanti i rimedi riservati ai terzi pregiudicati dalle sentenze: il diritto francese ha gradualmente affinato i contorni dell'istituto fino a codificarlo in periodo napoleonico.

Negli ordinamenti di lingua tedesca, al contrario, questa operazione viene (quasi) completamente ignorata ed il problema che un terzo possa in qualche modo essere toccato (e quindi pregiudicato) da una sentenza resa tra altre parti – e, quindi, l'opportunità di prevedere o meno una impugnazione riservata ai terzi – non pare nemmeno porsi fino alla fine del secolo XIX. La disciplina in tema presenta significativi tratti di comunanza con la fisionomia dell'istituto fatta propria da altri ordinamenti giuridici; e si evince altresì, all'inverso, che la soluzione sulla quale si incentra la ricostruzione tradizionale del regime delineato all'art. 404 cod.proc.civ., ovvero l'attribuzione a un terzo, in presenza di determinati presupposti, di una legittimazione a stare in giudizio in ragione degli effetti che la sentenza pronunciata fra altre parti produce nella sua sfera giuridica, non è affatto unanimemente accolta.

Come detto, tra gli ordinamenti appartenenti al primo gruppo troviamo quello francese, ove la *tièrce opposition* (adottata nella sua pressoché totale integrità dall'ordinamento belga) è alquanto risalente e presenta fisiologiche analogie con l'impugnazione nostrana⁽⁹⁰⁾. Le

⁹⁰ Come *supra* detto infatti (§ Cap. 1, 2.1.), la codificazione napoleonica disciplinò definitivamente la *tièrce opposition*. Il 21 maggio del 1805, il *Conseil d'État* approvò l'art. 474 del codice francese., il cui testo riproduceva

problematiche che questa forma di impugnazione porta naturalmente con sé hanno peraltro seguito sviluppi successivi differenti. Esemplificando: se una delle maggiori incognite ha sempre attenuto all'identificazione dei soggetti legittimati ad impugnare, le soluzioni adottate Oltralpe differiscono sensibilmente dalle posizioni maggioritarie della nostra dottrina e dalle conclusioni cui è giunta la giurisprudenza. Altro elemento di immediato rilievo è l'assenza, formale ma non solo, di una differenziazione tra opposizione di terzo ordinaria e revocatoria nel diritto francese (distinzione che, al contrario, in Italia è stata da subito avvertita come necessaria).

Vi sono invece taluni studi, compiuti prioritariamente da autori francesi, che hanno influito profondamente sulla dottrina italiana, per esempio in tema di facoltatività o necessità dell'opposizione di terzo⁽⁹¹⁾. Inoltre, mentre la nostra tradizione processuale definisce straordinarie le forme di impugnazione cui è possibile accedere anche (o solamente) dopo il passaggio in giudicato della sentenza, in Francia l'opposizione di terzo è qualificata come rimedio soggettivamente straordinario, perché accessibile unicamente da determinati soggetti (i terzi, appunto).

L'operazione che ci si accinge ora a tentare è pertanto volta ad un'analisi che prosegua quanto più esaustivamente lo studio comparato circa l'attuale "stato dell'arte" della materia in Francia, con

sostanzialmente quello dell'art. 2, tit. XXXV dell'Ordinanza di Luigi XIV.

Il legislatore napoleonico, tuttavia, compì alcune scelte importanti rispetto al sistema dell'Ordinanza del 1667, introducendo il concetto di pregiudizio al diritto quale metro legittimante dell'opposizione del terzo; cancellando ogni limite rispetto ai provvedimenti astrattamente opponibili. Oltre al codice napoleonico, non furono all'epoca molti gli ordinamenti che accolsero l'istituto: nel regolamento pontificio sopravvisse l'appello del terzo, mentre tra i codici dei vari Stati italiani solo quello del Regno di Napoli accolse l'opposizione; i codici sardi del 1854 del 1859 invece, pur riconoscendo ai terzi il diritto di intervenire nel giudizio tra altre persone per la tutela dei propri diritti, negavano ad esso la facoltà di impugnare con un rimedio straordinario le sentenze preferite tra altre persone.

⁹¹ Si veda infra (§ 1.3.).

una digressione sulle soluzioni adottate invece in Germania (e in Austria), al fine di fornire una panoramica dell'istituto più ampia rispetto a quella sinora considerata, in specie dalla giurisprudenza nostrana, per la soluzione della questione principale: se sia cioè possibile pensare all'opposizione ordinaria come ad un istituto realmente *necessario* (e non più nell'accezione utilizzata come paragone al concetto di facoltatività).

Principiando dunque dalle definizioni: secondo il codice francese, è terzo chiunque non sia parte, né rappresentato da una parte, in un procedimento civile o penale. Al contrario, parte del processo è una qualsiasi persona “*qui est dans l'instance, soit comme demandeur, soit comme défendeur, soit comme intervenant y compris le ministère public (partie jointe ou partie principale)*”⁽⁹²⁾. Del resto, affermare che i terzi siano, per definizione, coloro che rimangono estranei al procedimento, risulterebbe superficiale e inveritiero. Basti pensare che il Giudice, che nel processo ha un ruolo principale e determinante, non è mai una parte di esso, nemmeno quando compie eccezionalmente atti propri delle parti o, in qualità di giudice tutelare, autorizza alcuni atti che il minore non può eseguire da solo o propone appello contro le decisioni del consiglio di famiglia. La sua funzione presuppone l'indipendenza rispetto al potere di fare eseguire la sentenza, garantito costituzionalmente solo alle parti.

1.2. - Per vero, l'attribuzione della qualità di terzo all'opponente non pone particolari difficoltà nella maggior parte dei casi in cui interviene l'opposizione: è terzo colui che non è stato parte, né rappresentato, nella causa che intende impugnare⁽⁹³⁾. Nei

⁹² Thierry Hoscheit sottolinea tuttavia che “*la réalité procédurale dépasse cependant rapidement le clivage tranché entre partie nommément désignée et tiers extérieur à l'instance*” e invita ad interrogarsi circa il ruolo che i terzi assumono nel corso del procedimento e rispetto alla decisione che lo conclude.

⁹³ Per esempio, i sindacati di maggioranza che non sono firmatari dell'accordo a cui si oppongono hanno quindi la posizione di terzi in relazione ad esso, essendo

procedimenti civili, il riconoscimento della qualità di terzo va di pari passo al diritto di esperire l'opposizione contro una sentenza che possa pregiudicare gli interessi di un soggetto, in linea di principio estraneo all'istanza. La selezione dei terzi suscettibili di invocare il beneficio della *tièrce opposition* si fonda sull'esistenza di un interesse ad agire, che trova il suo fondamento nel giudicato e, più esattamente, nelle disposizioni della sentenza. Come accennato, l'articolo 583 del codice di procedura civile francese include nella categoria dei terzi solo coloro che non hanno né avuto parte né sono stati rappresentati nella sentenza⁽⁹⁴⁾. Malgrado l'apparente semplicità del criterio proposto per l'identificazione di terzi, si pongono alcune difficoltà nel determinare chi siano le parti e, soprattutto, le persone rappresentate nel procedimento, in considerazione della complessità che, in Francia, incide sulla nozione di rappresentazione processuale⁽⁹⁵⁾.

Dunque, la distinzione tra le parti e i terzi, indispensabile per legittimare questi ultimi all'opposizione, non è sempre facile nemmeno per l'ordinamento francese. La rappresentanza di un soggetto in un processo, infatti, ne preclude la qualità di terzo.

L'opposizione di terzo è naturalmente preclusa a tutti i soggetti che sono stati in grado di far valere le proprie pretese costituendosi nel

la qualità di terzo condizione imposta dal Codice del lavoro per proporre opposizione. C. lav., art. L. 132-2-2. Similmente, anche il titolare di un diritto anteriore è terzo rispetto alla domanda di registrazione di un marchio simile depositato da un altro.

⁹⁴ L'opposizione di terzo differisce dalle azioni ordinarie nella misura in cui è aperta a tutti i terzi interessati, fatti salvi i casi in cui il legislatore ne limiti l'esercizio a determinate persone. Ai sensi dell'articolo 1397 del codice civile, solo i creditori di uno dei coniugi hanno la possibilità di attivarsi quali terzi danneggiati contro il giudizio di omologazione della fraudolenta modifica del regime matrimoniale. Il paragrafo 3 dell'articolo 583 del codice di procedura civile riserva lo status di terzo solo a coloro ai quali la sentenza non è stata notificata, a meno che non sia divenuta definitiva. Lemaire-Pecriaux, *Le changement de régime matrimonial et les tiers*, Gas. Pal. 19-20 novembre 2000, p. 12

⁹⁵ Friciero, *Rép. Procédure civile Dalloz*, 1995, V. *Tièrce opposition*, n. 41 e s.; Martin, J-Cl. *Procédure civile*, 1995, Fasc. 738, *Tièrce opposition*, n. 43 a 131.

procedimento, o che hanno acquisito lo *status* di parte per effetto di legge senza dover presentare alcun reclamo (⁹⁶).

Perciò, l'attore e il convenuto sono naturalmente non legittimati, proprio come i soggetti che sono diventati parti della causa, durante il procedimento, grazie al meccanismo dell'intervento volontario o forzato (⁹⁷). Ciò può sollevare dubbi sulla sussistenza della qualità di terzi dei creditori chirografari. Il loro *status* di successori del debitore, infatti, ha fatto sì che a lungo essi venissero considerarli rappresentati dal debitore stesso. A tale riguardo, sebbene lo *status* di terzo dell'opponente sia condizione decisiva per la legittimazione a esperire l'opposizione omonima, è solo una qualità soggiacente all'esercizio dell'opposizione da parte di creditori chirografari.

La giurisprudenza identifica come parti coloro che, quand'anche non siano stati citati, risultano litisconsorti necessari del procedimento.

Vediamo alcuni esempi: in quanto parte del procedimento, l'ASSEDIC (⁹⁸) non ha, in linea di principio, lo *status* di terzo nel procedimento tra il datore di lavoro e il lavoratore licenziato illegittimamente e il primo è condannato a rimborsare in tutto o in parte l'indennità di disoccupazione (⁹⁹). La Suprema Corte nega anche al debitore il diritto di invocare l'opposizione di terzo contro il giudizio che pronuncia la liquidazione dei suoi beni o il suo insediamento giudiziario, anche se non è stato ascoltato o convocato durante il processo (¹⁰⁰). Il debitore, in quanto parte del procedimento, può far

⁹⁶ Questo per consentire ad alcune organizzazioni, come l'ASSEDIC (C. lav. articolo L. 122-14-4, paragrafo 2) o il fondo di garanzia automobilistica (C. assur., Art. 211-14) di beneficiare di alcuni degli effetti di un giudicato, ivi compresi i benefici per loro. Vincent e Guinchard, *Procedure Civil*, Parigi, 2005, p. 445.

⁹⁷ Art. 66 NCPC.

⁹⁸ *Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce*

⁹⁹ C. lav. art. L. 122-14-4. - Cass. soc., 5 marzo 1996: Juris-Data n. 000937. *Contra* Cass. soc., 16 marzo 1989: RTD civ. 1989, p. 620 con commento di Perrot.

¹⁰⁰ Cass. com., 17 giugno 1975: Bull. civ. IV, n. 168 et 169; D. 1976 p. 65 nota

valere le sue pretese solo mediante ricorso.

Una risalente giurisprudenza nega altresì al legale rappresentante di una delle parti il diritto di esperire un'opposizione di terzo avverso il provvedimento in cui la parte che rappresenta è risultata soccombente. Il rappresentante è, infatti, così strettamente legato alla procedura da non poter essere considerato come un terzo ⁽¹⁰¹⁾. Lo stesso principio (e può sembrare perfino scontato, quantomeno per il giurista italiano) si applica al magistrato, che non può formare *tièrce opposition* contro la sentenza di appello, riformando la sua stessa sentenza resa in primo grado ⁽¹⁰²⁾.

Una parte che sta in giudizio in una certa qualità, tuttavia, sarebbe autorizzata a formare opposizione di terzo in virtù di un'altra qualità ⁽¹⁰³⁾. Infine, le persone che sono semplicemente chiamate a partecipare al processo senza esserne vincolate, in particolare al fine di produrre determinati documenti o di testimoniare, in genere mantengono la loro posizione di terzi ⁽¹⁰⁴⁾.

1.3. - Il problema relativo alla facoltatività o necessità del rimedio dell'opposizione di terzo, intendendosi con queste espressioni rispettivamente la concorrenza o meno dell'impugnazione con altre forme di tutela: in particolare, la possibilità per il terzo di far valere il proprio diritto con un'azione autonoma, ovvero con un differente mezzo di impugnazione, resta anche in Francia uno dei più dibattuti, a partire dalla prima codificazione dell'opposizione di terzo sino ai giorni nostri, che solo una recentissima giurisprudenza in Italia pare aver risolto, con risultati comunque non condivisi da grande parte della

Julien; RTD civ. 1976, p. 404 obs. Perrot.

¹⁰¹ Cass. civ., 23 gennaio 1888: DP 1888, I, p. 125; Cass. civ., 3 maggio 1972: Bull. civ. II, n. 121.

¹⁰² Cass. civ. 7 giugno 1989: Bull. civ. II, n. 125; Gaz. Pal. 1989, 172.

¹⁰³ Vincent e Guinchard, cit., n. 1487.

¹⁰⁴ Delmas Saint-Hilarie, cit. p. 34 e s.

dottrina. L'asperità e l'annosità del dibattito in materia sono facilmente spiegabili se si pensa che, dando risposta alla questione, si potrebbe arrivare finalmente a stabilire se l'art. 404, comma 1, cod.proc.civ. abbia disciplinato un istituto superfluo, o, quantomeno, si potrebbe definire la sua reale funzione nell'insieme delle azioni a disposizione dei terzi per la tutela dei loro diritti.

Le tesi sorte a tal riguardo in Francia nei primi decenni del XIX secolo evidenziano come nella dottrina francese sorgessero le medesime perplessità in ordine al rapporto tra opposizione di terzo ed estensione dell'efficacia del giudicato che verranno approfondite, in seguito, dai processualisti tedeschi a cavallo del secolo (pur con esiti differenti) e, infine, dalla dottrina italiana. In questa fase, si può notare come le ragioni storiche che avevano progressivamente condotto alla codificazione dell'opposizione di terzo in Francia (analizzate nel precedente capitolo) perdano quasi totalmente d'importanza: l'istituto ormai esiste, e da questo momento in avanti si tenterà unicamente di comprendere a cosa possa servire (quasi si trattasse di un elemento naturale calato dall'alto, anziché di un artificio giuridico). Gli autori si affannano, spesso molto ingegnosamente, per armonizzarlo con altri titoli del Codice; sovente ci si domanda se tutti i legittimati possano o non possano trovare tutela attraverso altri strumenti. Se sì, quando occorre fare ricorso all'opposizione di terzo, e quando no? In ultima analisi: ove si tratti di un istituto non necessario (sempre nel senso *supra* inteso), qual è la sua reale utilità nel sistema delle impugnazioni civili? Galluppi, nel tentativo di raggruppare assieme le diverse tesi sorte a tal riguardo in Francia dopo la pubblicazione del Codice di procedura civile del 1806, le riduce sostanzialmente a tre.

La prima, e probabilmente la più ovvia, si schiera a favore della facoltatività del rimedio (nonché della sua sostanziale mancanza di funzionalità), ed è stata sostenuta (già a partire dal 1828) da chi considerava che il terzo potesse sottrarsi all'effetto delle sentenze proferite fra altre persone o valendosi, sotto forma di eccezione, del

principio già consacrato dalle leggi romane *res inter alios judicata aliis nec nocere, nec prodesse potest*, accolto senza riserve dal moderno diritto civile, ovvero sperimentando il rimedio dell'opposizione di terzo per far ritrattare la sentenza (¹⁰⁵).

La teoria della facoltatività è stata sostenuta in particolare da Merlin (prima) (¹⁰⁶) e Chauveau (dopo) (¹⁰⁷). Quest'ultimo, più ancora che soffermarsi sul concetto di facoltatività, ha recisamente sostenuto l'inutilità dell'opposizione di terzo, o meglio la sua inapplicabilità, considerando che una sentenza non può mai pregiudicare i diritti dei

¹⁰⁵ Trattasi di una impugnazione straordinaria prevista dal diritto francese, simile alla nostra revocazione. Per approfondimenti v. Victor Alexis Désiré Dalloz, *Journal des audiences de la Cour suprême et les cours royales, ou le droit général de France en matière civile, commerciale, pénale et administrative*, (versione italiana a cura di Nicola Comerci), alla voce *Tième opposition*, 175 ss., Napoli 1833.

¹⁰⁶ Merlin, *Répertoire*, voce *Opposition tierce*, § VI.

¹⁰⁷ Una posizione particolarmente interessante è stata quella di Tissier, *Théorie et pratique de la tième opposition*, cit., che assieme ad altri ha sostenuto che l'opposizione di terzo è sempre facoltativa salvo che in un caso, in cui essa diviene obbligatoria, quello cioè della frode e della collusione a danno dei creditori chirografari. L'illustre autore intuisce per primo che, sotto il nome di opposizione di terzo, la legge comprende due azioni, diverse per indole, scopo e condizioni di ammissibilità: “*Da un lato delle persone non parti, né rappresentate in un giudizio, ne soffrono un pregiudizio. Esse possono fare opposizione di terzo. Non vi sono obbligate; possono anche agire come se la sentenza non esistesse, e respingerla se viene loro opposta. – Dall'altro lato delle persone sono state rappresentate in un giudizio, sono aventi causa di uno dei contendenti, ma vogliono sfuggire agli effetti di questa rappresentanza mostrando che esse sono state vittime di una frode o di un dolo. Esse debbono necessariamente fare opposizione di terzo per far cadere questa sentenza ... Sia che una sentenza ordini qualche cosa contro una persona non parte, né rappresentata, sia che essa ordini qualche cosa contro una delle parti in causa, ma in guisa da nuocere ai diritti di una terza persona, questa può, nel primo caso, aspettare che la si attacchi per respingere la sentenza come res inter alios acta, nel secondo caso sperimentare l'esercizio dei suoi diritti, senza preoccuparsi della sentenza pronunciata più che di una convenzione conclusa, senza suo intervento fra terzi. Senza dubbio si può ideare che, in certi casi, avendo le mani piene di prove, non correndo alcun rischio, essa preferisca impugnare direttamente la sentenza emanata*”. Tissier distingue già in questo modo l'opposizione ordinaria del terzo da quella che verrà qualificata solo molto tempo dopo quale opposizione revocatoria.

terzi rimasti estranei al giudizio che l'ha preceduta, perché l'effetto della cosa giudicata rimane limitato alle parti del giudizio e non può estendersi ai terzi; ciò sulla base del principio espresso dall'art. 1351 del Codice civile, il quale (come sovente osservato), fissa il principio dell'efficacia del giudicato circoscritta alle sole parti del giudizio: «*On n'a jamais soutenu que le Code de procédure civile abrogeat une disposition formelle et fondamentale du Code civil, dont in ne parlait pas. Or, l'art. 1351 c. civ. consacre les plus vieux principes, en disant que chose jugée ne peut être opposée qu'à ceux qui ont été parties au jugement ou à l'arrêt*»⁽¹⁰⁸⁾. All'obiezione che l'esecuzione della sentenza può di fatto pregiudicare i diritti dei terzi estranei al giudizio, Chauveau replica che questo terzo troverà nei rimedi ordinari mezzi sufficienti per evitare il danno, senza bisogno di ricorrere ad un rimedio straordinario. Chauveau ammette (per non rendere del tutto inapplicabile un intero titolo del Codice di procedura civile) l'opposizione del terzo quale rimedio facoltativo, e cioè quando una parte sia stata personalmente condannata da una sentenza nel cui giudizio non sia stata chiamata, sebbene riconosca che anche in questa ipotesi potrebbe bastare una semplice opposizione⁽¹⁰⁹⁾.

L'opinione contraria, di coloro cioè che ritenevano che per evitare le conseguenze di una sentenza pregiudizievole ai terzi si debba obbligatoriamente ricorrere all'opposizione di terzo, è invece fondata sulla teoria dell'efficacia relativa del giudicato: l'opposizione di terzo ne diverrebbe l'attuazione pratica. Se l'art. 1351 cod. civ. formula il principio, l'art. 474 (poi 510) del Codice di procedura civile determina compiutamente il modo di farlo osservare. Quando un terzo vuole respingere gli effetti della sentenza, perché rimasto estraneo al giudizio in cui essa fu proferita, per giustificare la sua pretesa deve proporre l'opposizione del terzo⁽¹¹⁰⁾.

¹⁰⁸ Chauveau su Carré, *Lois de la procédure civile*, tom. IV, 265.

¹⁰⁹ Chauveau, op. cit., 270.

¹¹⁰ È questa l'opinione di Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, tom. III, n. 1286,

Il principale sostenitore di questa tesi fu Naquet ⁽¹¹¹⁾, secondo il quale la cosa giudicata costituisce contro le parti una presunzione assoluta (*juris et de jure*), mentre contro i terzi una presunzione relativa (*juris tantum*). In quest'ottica, i diritti dei terzi sarebbero già stati direttamente o indirettamente presi in considerazione dal magistrato: «*On peut fort bien admettre que le législateur est parti de cette idée que les tiers dont les droits ont été soumis à l'appréciation du tribunal ont été dans une certaine mesure représentés par le défendeur au procès, de telle sorte qu'ils ne peuvent écarter de plano le jugement qui leur nuit*» ⁽¹¹²⁾. È questa la (ancora, per così dire, embrionale) teoria della rappresentanza, sui cui sviluppi avremo modo di soffermarci a breve. Nequet, a sostegno della sua visione, porta un esempio: se un affittuario è comparso come parte in un giudizio di rivendicazione, il diritto dell'affittante è stato difeso attraverso di lui, e bisogna presumere che la questione sia stata esaminata sotto tutti gli aspetti. Potrà certo avvenire che la sua difesa sia stata trascurata, ma in generale accadrà il contrario, ed occorre inoltre considerare la negligenza del terzo interessato, se il giudizio si è potuto svolgere senza il suo intervento. La parte, che ha ottenuto sentenza favorevole e che forse non conosceva il vero interessato, né poteva conoscerlo, deve avere diritto di opporre la sentenza a tutti.

Come sovente accade, tra due teorie diametralmente opposte se n'era andata formando una terza intermedia, la quale, pur riconoscendo che di regola l'opposizione del terzo è facoltativa, ammetteva l'esistenza di alcuni casi in cui essa diviene rimedio necessario. È questa la tesi cui ha aderito la maggior parte della dottrina francese, che tuttavia non trovava (e non trova tutt'ora) un preciso accordo sui casi in cui il rimedio deve considerarsi

265.

¹¹¹ *Des caractères de la tierce opposition (Revue critique de législation et de jurisprudence)*.

¹¹² Nequet, op. cit., tom. XXXIX, 351 ss.

obbligatorio. Alcuni autori infatti ritennero da subito che l'opposizione di terzo fosse facoltativa od obbligatoria a seconda della natura del diritto che ha formato oggetto della decisione che si vuole opporre al terzo: se la sentenza ha deciso intorno a una questione di proprietà o di altro diritto reale, essa fa fede della sua esistenza contro tutti, e colui che l'ha ottenuta può valersene anche contro coloro che non furono parti nel giudizio, rispetto ai quali se non ha autorità di cosa giudicata, essa ha però un'autorità di fatto, fino a che non ne sia dimostrata l'ingiustizia impugnandola nel merito o non ne sia provata la falsità iscrivendosi il falso ⁽¹¹³⁾. A questa teoria aderì parzialmente anche la Cassazione francese, la quale affermò in un'occasione che: «*La sentenza che attribuisce un diritto reale ad una persona costituisce un titolo, suscettibile come qualsivoglia altro titolo di essere a tutti opposto da quello che l'ha ottenuto; senza dubbio essendo l'autorità della cosa giudicata limitata per l'articolo 1351 alle sole parti in causa, una tale sentenza non potrebbe essere opposta ai terzi con l'autorità della cosa giudicata, ma è sempre un titolo e i terzi contro i quali esso è invocato, se possono impugnarlo mediante l'opposizione del terzo o anche direttamente, non possono almeno distruggere la prova che ne risulta, se non a condizione di fornire la prova contraria e di far stabilire a loro vantaggio sia un diritto di proprietà preferibile, sia un possesso anteriore legalmente acquisito*» ⁽¹¹⁴⁾.

Altri autori (ed è questa una teoria che verrà ampiamente ripresa anche dalle dottrine più moderne) riconoscono la necessità dell'opposizione di terzo unicamente per impedire l'esecuzione di una sentenza pregiudizievole ai terzi, ove il terzo si dolga del pregiudizio eventuale che gli arrecherebbe l'esecuzione della sentenza fra le parti, senza che alcuna di queste ne domandi l'esecuzione direttamente

¹¹³ Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, tom. III, § 466, 243 nota 1.

¹¹⁴ *Cour de Cassation, chambre civil du 13 luglio 1870*, reperibile in www.legifrance.gouv.fr.

contro di lui. Trovandosi in questa “zona grigia”, il terzo sarà costretto a valersi dell’opposizione del terzo per arrestare l’efficacia della sentenza contro di lui (¹¹⁵).

1.4. - Lo sviluppo dottrinale appena descritto ha condotto a un’affermazione piuttosto netta della c.d. *teoria della rappresentanza*, di cui verificheremo ora le modalità d’utilizzo.

Oltre ai comuni requisiti richiesti dal codice di procedura, come la capacità di stare in giudizio e l’interesse ad agire, chi voglia esperire la *tièrce opposition* deve dimostrare che la sentenza, frutto del giudizio cui non ha preso parte, gli ha causato un effettivo pregiudizio. Nella definizione di cosa si intenda per pregiudizio, le Corti francesi sono state piuttosto liberali: in generale, il criterio adottato per determinare la capacità di intervenire in un giudizio pendente è di fatto applicabile anche per determinare la legittimazione alla *tièrce opposition*. Chiaramente, un soggetto è pregiudicato da un giudizio ottenuto dalla collusione tra il suo debitore e un altro soggetto se ciò riduce la solvenza del suo debitore. Tuttavia, il pregiudizio non deve essere obbligatoriamente presente e attuale: un pregiudizio futuro o possibile è sufficiente.

Esemplificando, un marito soggetto a uno dei vari regimi patrimoniali della famiglia, che gli permetta di amministrare le proprietà di sua moglie, è parimenti considerato il rappresentante della moglie, col risultato che la moglie non può utilizzare la *tièrce opposition* contro un giudizio reso in una causa condotta dal marito, che sia contraria ai suoi interessi.

Nel diritto processuale francese, la determinazione delle parti del procedimento è relativamente semplice e le questioni maggiormente complesse nell’individuazione dei titolari della legittimazione

¹¹⁵ Boitard, *Leçons de procédure civile*, tom. II, 141, 1890; Marcadé, *Explication*, tom. V, 202-204.

all'opposizione di terzo derivano in particolare dalla difficoltà di interpretare proprio il concetto di rappresentanza. Il termine rappresentanza qui assume un significato più ampio rispetto al diritto civile, laddove riguarda unicamente le situazioni in cui un soggetto agisce per conto e in nome di un altro: in termini processuali, invece, permette alla giurisprudenza di contenere, entro limiti ragionevoli, il ricorso alla *tièrce opposition*. Il meccanismo della rappresentanza esclude così tutti coloro i cui interessi siano stati rappresentati da una delle parti nel processo. L'esistenza di un legame giuridico tra coloro che intendono formare l'opposizione di terzo e una delle parti in causa è spesso sufficiente per stabilire la rappresentanza del primo da parte del secondo ⁽¹¹⁶⁾. Di conseguenza, l'opposizione di terzo è logicamente preclusa al terzo rappresentato sulla base di un contratto o a norma di legge e talvolta, in maniera più o meno contestabile, a coloro la cui rappresenta è basata su una *fictio iuris*. L'identificazione dei terzi che hanno il diritto di fare affidamento sull'opposizione di terzo presuppone che vengano tratteggiati i contorni del concetto di rappresentanza, ma anche le relative eccezioni.

Veniamo, anche in questo caso, a spiegarci attraverso alcuni esempi: l'opposizione di terzo è in linea di principio negata a tutti coloro che siano stati rappresentati nel procedimento in virtù di un mandato legale, convenzionale o giudiziario. La tecnica della rappresentanza conduce quindi a riconoscere che gli atti compiuti da uno dei coniugi sulla massa comune necessariamente vincolano l'altro coniuge. La rappresentanza di un individuo da parte di uno dei litiganti appare altrettanto chiaramente stabilita in presenza di un mandato convenzionale. I partner sono tradizionalmente rappresentati dal responsabile aziendale nelle controversie tra la società e terzi, indipendentemente dall'atteggiamento del rappresentante (è stato dichiarato che i partner rimangono rappresentati al processo

¹¹⁶ Veaux, Veaux-Fournerie, «*Les surprises de la tièrce opposition*», 1990, 413, n. 6.

nonostante la negligenza del gestore di una SARL o di default su istanza del gestore di una società immobiliare). La soluzione è alquanto criticabile e giustificerebbe, almeno, l'apertura del terzo a beneficio del partner quando il rappresentante della società ha fallito o non ha presentato alcuna difesa ⁽¹¹⁷⁾.

Il successore a titolo universale, come prosecutore della persona del suo avente causa, non ha la possibilità di attaccare tramite opposizione di terzo i giudizi di cui questi era parte. Allo stesso modo, i creditori chirografari sono, in generale, rappresentati dal loro debitore nel giudizio contro quest'ultimo ⁽¹¹⁸⁾. Gli eredi, perciò, non possono impugnare attraverso la *tièrce opposition* un giudizio che danneggi il *de cuius*.

In Francia, i successori a titolo particolare, d'altra parte, sono considerati rappresentati dal loro avente causa solo per atti precedenti alla nascita dei loro diritti ⁽¹¹⁹⁾ e acquisiscono lo *status* di terzi per gli atti successivi ⁽¹²⁰⁾. A questo proposito, va segnalato che per quanto il successore a titolo particolare, anche nel diritto italiano, risulti investito, in virtù d'una equiparazione della sua posizione a quella delle parti formali del giudizio, del potere di impugnare la sentenza coi rimedi impugnatori propri appunto delle parti, l'attribuzione a costui della facoltà di accesso alle opposizioni di terzo non risulta incondizionata; al contrario, il riconoscimento all'avente causa del potere di avvalersi, in via aggiuntiva, dei rimedi *ex art. 404 cod.proc.civ.* dev'essere subordinata ad una previa verifica d'ordine sistematico, volta ad appurare che ciò non si risolva in una

¹¹⁷ Cholet, *La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés*, D. 2004, 1147; Veaux, *Veaux-Fourmerie*, art. cit., n. 21, p. 423.

¹¹⁸ Cass. Req., 8 juillet 1850: DP 1850, 1, p. 224. La soluzione è la stessa per i creditori ipotecari o privilegiati, Cass. Req., 21 marzo 1904: DP 1907, I, p. 5; Cass. civ., 20 ottobre 1965: Bull. civ. II, n. 765.

¹¹⁹ Cass. civ., 18 aprile 2000: Procédures 2000, n.184, con commento di Perrot.

¹²⁰ Poiché solo il cessionario ha la possibilità di difendere il diritto trasmessogli, essendo diventato il legittimo titolare Cf. Didier, *De la représentation en droit privé*, Pref. Lequette, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 339, 2000, p. 25.

duplicazione di rimedi. D'altra parte, non sembra che l'accesso dell'avente causa alle opposizioni *ex art. 404 cod.proc.civ.* possa essere negato a priori facendo leva su un (presunto) divieto di cumulare su di un unico soggetto la legittimazione alle impugnazioni di parte e di terzo; in realtà, tale "cumulo di rimedi" non sembra affatto inammissibile, a condizione che la *littera legis* lo consenta (benché non necessariamente in via esplicita (121)).

Torniamo però alle questioni legate alla teoria della rappresentanza in Francia.

In caso di obbligazioni solidali, una delle parti contrattuali non rappresenta le altre parti contraenti, e la *tièrce opposition* è accessibile anche alle parti di una obbligazione indivisibile da chi non partecipò alla causa avente ad oggetto l'obbligazione stessa.

Generalmente, un garante non può attaccare un giudizio reso contro il suo debitore principale con il mezzo della *tièrce opposition*. Similmente, la *tièrce opposition* non sembra accessibile ad una compagnia assicurativa per impugnare un giudizio reso contro l'assicurato – laddove l'assicuratore fosse al corrente della pendenza della causa.

La giurisprudenza ha peraltro esteso il concetto di

¹²¹ *Contra* Attardi, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, 344, a condizione che esso non si risolva, in realtà, in una concentrazione di mezzi di tutela dai caratteri fra loro sovrapponibili (*contra*: De Marini, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, 291, Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli 1968, 344, nonché Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 144; cfr. altresì, in merito alla "insanabile contrapposizione" fra opposizione di terzo ordinaria e soggezione all'efficacia del giudicato, Chizzini, *L'intervento adesivo*, cit., I, 50 e II, 685, Romagnoli, *L'impugnazione della sentenza ad opera del successore a titolo particolare*, in RDTPC, 1959, 665 ss.; in giurisprudenza, v., fra le altre: Cass., 24 febbraio 2014 n. 4368, in CED Cassazione, 2014; Cass., 11 maggio 2007 n. 10876, in CED Cassazione, 2007; Cass., 4 agosto 2006 n. 17683, in CED Cassazione, 2006; Cass., 10 ottobre 1997 n. 9868, in Mass. giur. it., 1997; Cass., 22 settembre 1992 n. 10811, in Giur. it., 1993, I, 1, c. 1479; Cass., 14 dicembre 1990 n. 11908, in Mass. giur. it., 1990; Cass., 13 agosto 1990 n. 8258, in Mass. giur. it., 1990).

rappresentanza al soggetto i cui interessi abbiano trovato un “difensore” effettivo nel procedimento a causa di “un’identità o almeno una comunità di interessi” tra una parte e la persona considerata rappresentata ⁽¹²²⁾, a condizione che esista “una stretta dipendenza tra le parti interessate” ⁽¹²³⁾. Il subaffittuario è perciò rappresentato dall'inquilino nella controversia tra quest'ultimo e il locatore e non può, pertanto, invocare l’opposizione di terzo contro la sentenza che pone fine al contratto di locazione ⁽¹²⁴⁾. Per lo stesso motivo, l'assicuratore non è idoneo a costituire un'opposizione di terzo alla sentenza pronunciata nei confronti dell'assicurato, quando il contratto di assicurazione include una clausola di direzione del processo ⁽¹²⁵⁾.

La nozione di comunità di interessi si applica prevalentemente ai coobbligati solidali, vale a dire ai debitori o ai fideiussori solidali ⁽¹²⁶⁾. Si suppone che costoro si rappresentino a vicenda: quindi, il giudizio contro un codebitore non può essere impugnato dagli altri tramite l’opposizione di terzo.

La rappresentanza dei coobbligati solidali è stata a lungo criticata a causa della difficoltà di istituirne un fondamento. Andrebbe considerato anche l'interesse del codebitore a contestare la sentenza emessa tra il creditore e uno dei debitori solidali a mezzo dell'opposizione di terzo, in particolare nel caso in cui il rappresentante abbia aggravato il debito comune a causa di una difesa inadeguata ⁽¹²⁷⁾.

¹²² Cass. civ., 13 ottobre 1967: Bull. civ. I, n. 265. - Wiederkehr, *Justices*, 1995-1, 248, *osservazioni su Cass. civ.*, 5 maggio 1993.

¹²³ Perrot, *osservazioni su Cass. civ.*, 22 dicembre 1998 e *Cass. civ.*, 8 dicembre 1998: RTD civ. 1999, p. 205-206.

¹²⁴ Cass. civ., 25 maggio 1983: Gaz. Pal. 1983, p. 273, con commento di Guinchard.

¹²⁵ Cass. soc., 26 maggio 1965: Bull. civ. IV, n. 404.

¹²⁶ Cass. civ. 21 febbraio 1968: Bull. civ. III, n. 250.

¹²⁷ Veaux, Veaux-Fournerie, art. citato, 420; «*La représentation mutuelle des coobligés*», *Etudes dédiées à A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, 547 e 563. Per una critica dell’uso della rappresentanza per quanto riguarda le garanzie congiunte e varie v. Héron, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, T. LE BARS, 2006, 887.

Tuttavia, non solo la Corte di cassazione ha da tempo abbandonato il principio per cui la rappresentanza dei codebitori possa giocare unicamente a loro favore, ma soprattutto, le obiezioni mosse dalla dottrina alla reciproca rappresentazione dei codebitori sono il risultato degli sforzi per creare una analogia concettuale tra essa e il mandato.

La mutua rappresentazione dei coobbligati non può, peraltro, essere assimilata a una rappresentanza basata su un mandato: come dimostra, correttamente, Didier, si tratta piuttosto di un caso di “rappresentanza oggettiva”, in cui cioè la rappresentanza di una o più persone da parte di altri non dipende dalla volontà, ma dalle circostanze di fatto ⁽¹²⁸⁾. La tecnica della rappresentanza oggettiva si applica principalmente nel campo del processo, dove contribuisce alla semplificazione delle controversie che coinvolgono diversi soggetti ⁽¹²⁹⁾. Presume che si tratti di una situazione prevedibile, che dovrebbe cioè seguire un normale corso degli eventi o una causa che coinvolga un rapporto legale parallelo. È solo alla luce di questa circostanza che si realizza la rappresentanza oggettiva: poiché il processo sta seguendo il suo corso normale, è possibile estendere il risultato a persone le cui rivendicazioni si basano su rapporti di diritti simili: “*Essendo possibile prevedere in anticipo quale sarà la vita dei vincula juris, è altresì possibile consolidarli*” ⁽¹³⁰⁾. La rappresentanza oggettiva si basa, ovviamente, sul principio che il giudice tratti sempre in modo uguale casi uguali.

Sembra quindi possibile considerare che tutti coloro i cui interessi sono simili a quelli di una delle parti siano rappresentati da quest'ultima, che diventa “l’opponente legittimo del terzo senza il

¹²⁸ Didier, op. cit., p. 291.

¹²⁹ E’ possibile quando offre garanzie equivalenti a quelle che il libero controllo dei suoi diritti avrebbe conferito alla persona rappresentata. Didier, op. cit., p. 257, e sulla questione della mutua rappresentazione dei coobbligati v. p. 280 e segg.

¹³⁰ Didier, op. cit., p. 295.

rischio di un'agenzia" (¹³¹). L'agenzia corrisponde alla situazione in cui un individuo, detto principale, affida a un altro, l'agente, la gestione dei suoi affari. Questa situazione dà luogo a un "rischio di agenzia", ossia al rischio che, in caso di conflitto di interessi tra il preponente e l'agente, quest'ultimo conduca l'attività secondo i suoi interessi, contrari a quelli del principale, senza che quest'ultimo sia effettivamente in grado di tutelarsi.

Secondo quanto appena esposto, la rappresentanza dei codebitori dovrebbe quindi cessare ogni volta che il rappresentante abbandoni il comportamento prevedibile, per esempio mancando di difendere la propria causa. La giurisprudenza ha anche apportato alcuni temperamenti alla rappresentanza reciproca dei codebitori, al fine di aprire l'opposizione di terzo ai coobbligati in caso di frode (¹³²), opposizione di interessi (¹³³), garanzia imposta dalla legge (¹³⁴) o nei casi in cui i coobbligati hanno la possibilità di presentare un motivo personale, vale a dire un mezzo che il codebitore, contro cui la decisione è stata resa, non avrebbe potuto invocare (¹³⁵).

Il concetto di interesse comune è stato anche utilizzato per considerare in particolare i dipendenti di una società rappresentati da essa (¹³⁶). La Seconda Camera Civile della Corte di Cassazione sembra tuttavia aver riconsiderato i principi enunciati a tale riguardo a favore di una concezione più restrittiva della nozione di rappresentazione. Ha quindi ripetutamente affermato che la comunità di interesse non è

¹³¹ Didier, op. cit., p. 296. Sul rischio di agenzia v. in particolare 155.

¹³² Cass. civ., 28 dicembre 1881: S. 1983, I, p. 465.

¹³³ Cass. com., 16 ottobre 1956: Bull. civ. III, n. 240.

¹³⁴ Cass. civ., 9 giugno 1928: S. 1928, I, p. 269

¹³⁵ Cass. civ., 15 gennaio 1873: DP 1873, I, p. 249, Cass. civ., 28 dicembre 1881: S. 1883, p. 465; Cass. civ., dicembre 1885: DP 1886, I, p. 251. La Corte di Cassazione aveva persino ammesso l'ammissibilità di un'opposizione di terzo basata su un mezzo di cui il conduttore condannato avrebbe potuto avvalersi ma a cui non aveva pensato, Cass. com., 4 ottobre 1983: JCP G 1985 II, 20374, nota Veaux.

¹³⁶ CA Paris, 24 ottobre 1991: D. 1991, IR, p. 276.

sufficiente per escludere la qualità di terzi, in modo che la rappresentanza sia più vicina al suo significato tradizionale ⁽¹³⁷⁾.

L'inadeguatezza di una comunità di interesse per stabilire una rappresentanza porterebbe a una maggiore apertura dell'opposizione da parte di terzi, che sarebbe così limitata alla rappresentanza legale, convenzionale o giudiziaria ⁽¹³⁸⁾. Sebbene il contenuto della motivazione delle sentenze della Seconda Camera Civile non consenta di giungere a una conclusione così categorica, esso contrasta con la posizione, più temperata, della Prima Camera Civile della Corte di Cassazione. Secondo quest'ultima, la comunità di interesse esclude la qualità di terzi ogni volta che è accompagnata da una "stretta dipendenza" tra le parti ⁽¹³⁹⁾.

Ad ogni modo, l'opposizione dei terzo non dovrebbe essere usata per "fornire una via di fuga a coloro che si rifugiano dietro le quinte, in attesa dell'esito degli eventi", ma per dare l'opportunità a un terzo di difendere i suoi interessi a sostegno di mezzi che non gli è stato concesso di discutere prima ⁽¹⁴⁰⁾.

In considerazione delle incertezze e delle critiche sullo status di terzi o delle parti rappresentate nel procedimento, è stato proposto di ricorrere al principio fondamentale dell'articolo 6-1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per determinare i titolari di diritti di terzi che "*tutti hanno diritto a un processo equo ... davanti a un tribunale ...*" ⁽¹⁴¹⁾.

Sarebbe questo il caso dei terzi la cui "*causa non è stata*

¹³⁷ Cass. civ., 5 maggio 1993: Bull. civ. II, n. 169; JCP G 1993, II, 22171, nota DU RUSQUEC; Justices 1995, n. 1, p. 248, Wiederkehr, *osservazioni su Cass. civ., 22 ottobre 1998*, cit.; Cass. civ., 8 luglio 2004: D. 2004, IR, p. 2349.

¹³⁸ Friciero, *op. cit.*, n. 55.

¹³⁹ Cass. civ., 8 dicembre 1998: Bull. civ. I, n. 354; RTD civ. 1999, p. 205, obs. Perrot.

¹⁴⁰ Perrot, *obs. sous Cass. civ., 8 dicembre 1998*, cit.

¹⁴¹ Wiederkehr, *osservazioni su Cass. civ., 5 maggio 1993*, cit.; Delmas Saint-Hilarie, *Le tiers à l'acte juridique*, 2000, 39-40.

ascoltata, perché non c'era nessuno costituito per difenderla, o se chi avrebbe dovuto difenderla ha agito in frode o non ha avuto la possibilità di difenderla completamente (per carenza di mezzi propri)” (¹⁴²). Il comma 2 dell'articolo 583 del Codice di procedura civile francese introduce già alcuni limiti al concetto di rappresentazione in tal senso.

1.5. - La *tièrce opposition* è rimedio sussidiario rispetto alle impugnazioni ordinarie. Questa sussidiarietà non implica che il terzo debba proporre l'opposizione o l'appello finché sono ancora pendenti i termini prima di procedere con l'opposizione di terzo. Essa si manifesta in un altro modo: finché il processo è in corso, l'unico strumento offerto ai terzi per tutelare i propri diritti soggettivi consiste nell'intervento volontario. Questa soluzione è confermata dalla giurisprudenza costante della Corte di Cassazione in tema di impugnazioni (¹⁴³). L'istituto dell'appello autorizza questo intervento da parte di terzi (NCPC 554); pertanto, quando il giudizio riguardante gli interessi di un terzo è ancora pendente, l'opposizione dei terzi non sarà ammissibile. Solo se il tempo per l'appello scade senza che l'impugnazione sia proposta, e quindi il giudizio diviene irrevocabile e

¹⁴² Wiederkehr, *osservazioni su Cass. civ.*, 5 maggio 1993, cit.

¹⁴³ Com., 6 luglio 1967, *Bull. Civ. IV*, n. 282 (Risulta dall'art. 475 del codice di procedura civile che, quando una causa è pendente dinanzi alla corte d'appello, l'opposizione di terzo della sentenza impugnata non è concepibile, né come principale né a titolo accessorio: solo l'intervento prima che la corte d'appello si pronunci è possibile); Cass., 13 aprile 1988, *Boll. Civ. III*, n. 75 (*La tièrce opposition* nei confronti di una sentenza impugnata è priva di oggetto quando proviene da una persona che interviene dinanzi alla corte che ha impugnato l'appello della sentenza per far valere i diritti che avrebbe potuto invocare dinanzi al giudice); Soc., 31 maggio 1989, *Boll. Civ. V*, n. 423 (*La tièrce opposition formée contre un jugement n'est recevable, ni à titre principal, ni à titre incident dès lors que, l'affaire étant en son entier pendante devant la cour d'appel, seule la voie de l'intervention en cause d'appel est ouverte aux personnes étrangères jusque-là à l'instance*); Versailles, 20 novembre 1997, *Procédure* 1999, n. 196 (*La tièrce opposition n'est plus recevable si le tiers opposant intervient volontairement à l'appel formé contre le même jugement*).

definitivo, l'opposizione di terzo sarà ammissibile. Nel caso in cui il terzo non sia a conoscenza del procedimento fino a quando non sia stata resa la sentenza, si devono distinguere due situazioni: o il giudizio è irrevocabile per mancanza di ricorso in cassazione, nel qual caso l'opposizione di terzo è ammissibile ⁽¹⁴⁴⁾; oppure viene proposto un ricorso, ed il terzo è quindi costretto ad attendere l'esito di questo rimedio per agire. Se il ricorso viene respinto, la sentenza diventa irrevocabile e l'opposizione di terzo è ammissibile. Se, d'altra parte, il giudizio viene diviso su punti di interesse per il terzo, solo un intervento davanti al giudice del rinvio sembra concepibile (NCPC, 635) ⁽¹⁴⁵⁾.

Infine, l'ultima ipotesi: nel caso di una sentenza che respinga l'opposizione, non v'è dubbio che il terzo interessato non può far valere i propri mezzi di censura se non per mezzo di un intervento nel procedimento nuovo ⁽¹⁴⁶⁾.

In tutti questi casi, è opportuno chiarire che l'intervento non è un obbligo per il terzo interessato. Se egli viene a conoscenza del processo in corso e si astiene dall'intervenire, non sarà successivamente inammissibile la sua opposizione di terzo. Anche se l'atteggiamento del terzo, che sta aspettando l'esito finale del processo per agire, può sembrare per certi aspetti dilatorio, non può da solo concretizzarsi in una forma di slealtà processuale; spesso è infatti alla lettura della decisione, o al momento della sua esecuzione, che il terzo,

¹⁴⁴ Anche se la sentenza è puramente confermativa, l'opposizione di terzi deve essere diretta contro questo giudizio e non contro la sentenza confermata: Cass. civ., 22 febbraio 1972, *Bull. Civ.* III, n. 123.

¹⁴⁵ V. circa la possibilità di una domanda di intervento per intervenire dinanzi al tribunale di riferimento: Miguet, *Immutabilité et évolution du litige*, LGDJ, 1977, pref. Hebraud, n. 559

¹⁴⁶ L'ammissibilità delle domande di intervento è tanto più accettata in quanto i litiganti sono ancora al primo livello di giurisdizione. Gli articoli 576 e 577 del nuovo codice di procedura civile autorizzano questo intervento facendo riferimento alle ordinarie norme di ricevibilità: Guinchard e Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Dalloz, 2006, n.1621 et s.

per estensione, ne subisce tutte le implicazioni ⁽¹⁴⁷⁾. Sarebbe quindi inopportuno opporsi a una preclusione dedotta dal suo mancato intervento quando il processo era ancora in corso.

1.6. - La *tièrce opposition* consiste comunemente in un procedimento autonomo chiamato *tièrce opposition* principale. Talvolta, tuttavia, un giudizio principale può essere attaccato in un'azione susseguente da parte di un soggetto che non era stato parte nel precedente procedimento. Si tratta in questo caso di un'azione chiamata *tièrce opposition* incidente. Si tratta comunque di un'azione assai infrequente. La distinzione ha effetti tanto sui termini entro cui questa può essere esercitata che nella determinazione del tribunale competente. Per quanto concerne i termini, quando l'opposizione è proposta a titolo principale, essa rimane aperta per un periodo di trent'anni a partire dal passaggio giudicato, a meno che la legge non disponga altrimenti. Il *Code de procedure civile* non contiene previsioni di applicabilità generale che limiti il tempo entro cui proporre la *tièrce opposition*. Tuttavia, si applicano le disposizioni generali, e la *tièrce opposition* può essere proposta in ogni tempo entro trenta anni dalla data in cui il giudizio impugnabile è stato pronunciato. Alcuni autori ritengono anche che la *tièrce opposition* incidente non sia soggetta ad alcun limite temporale.

In talune cause, le disposizioni generali in tema di limiti temporali non sono applicabili. Per esempio: se una delle parti rivendica la proprietà in virtù di una sentenza che ne accerti l'acquisto per usucapione decennale o ventennale, questo titolo non può essere impugnato con rovesciamento del giudizio attraverso *tièrce opposition*, una volta che i dieci o vent'anni di periodo limitativo siano trascorsi. Altresì, la *tièrce opposition* contro un'adozione deve essere

¹⁴⁷ In questo senso, v. Couchez, nota a Cass. 2 maggio 1974, *JCP* 1976, II, 18364.

compiuta entro un anno dalla data dell'adozione.

La prima deroga a questa regola generale figura tuttavia nello stesso articolo: non è infatti valida per il terzo al quale il giudizio è stato notificato entro due mesi, sotto riserva che la notifica indichi in maniera molto evidente il termine disposto e la modalità secondo cui il ricorso deve essere esercitato (a meno che nella sentenza non sia indicato un termine differente). Altra deroga si ha in materia di procedura collettiva: in questo caso, l'opposizione di terzo incidentale deve essere fatta non per via d'assegnazione ma per dichiarazione. Il termine è di dieci giorni a partire dalla pronuncia della sentenza. Ma esiste tuttavia una deroga alla deroga: il codice del commercio aggiunge che per le decisioni sottoposte alla formalità dell'inserzione nel giornale degli annunci legali, il termine non corre che dal giudizio di pubblicazione dell'inserzione. Nel caso in cui la *tièrce opposition* sia fatta a titolo incidente, nel quadro di un'istanza ove il giudizio è opposto a una delle parti, questa non è sottomessa ad alcuna esigenza di termine.

L'opposizione a titolo di eccezione è invece perpetua.

Si tratta di uno degli aspetti più dissimili tra il nostro istituito e quello previsto dall'ordinamento francese: anche in una recente sentenza (¹⁴⁸) la Suprema Corte ha confermato che, *ex art.* 363, comma 3, cod.proc.civ., il termine per proporre opposizione di terzo stabilito dall'art. 325, comma 1, cod.proc.civ. si riferisce esclusivamente all'opposizione di terzo revocatoria prevista dall'art. 404, comma 2, cod.proc.civ. e non concerne l'opposizione di terzo ordinaria, il cui esercizio non trova altro limite che l'estinzione del diritto del terzo pregiudicato dalla sentenza pronunciata tra altre persone. Si consideri che l'opposizione di terzo ordinaria è l'unico fra tutti i mezzi di impugnazione che sia proponibile al di fuori di qualsiasi termine di

¹⁴⁸ Cass., 24 novembre 2009, n. 24721. Alcuni risalenti precedenti: v. Cass., 18 luglio 1958, n. 2636; App. Torino, 27 settembre 1950, in *Foro pad.* 1950, I, 1157; Trib. Napoli, 17 maggio 1948, in *Dir. giur.* 1949, 313.

decadenza; e ciò in quanto le ragioni che giustificano la previsione di un termine perentorio per l'esercizio del potere di impugnazione non si rinvencono in relazione a tale rimedio. Il principio ha un significativo rilievo se si considera che, come più volte accennato (e come si vedrà meglio *infra*), la situazione giuridica che legittima all'opposizione ordinaria il terzo titolare di un diritto incompatibile non è qualitativamente dissimile da quella che egli farebbe valere promuovendo un'ordinaria azione di cognizione. Questo aspetto è posto in particolare evidenza dall'orientamento, che risulta oggi maggioritario in dottrina ma non in giurisprudenza, che considera l'opposizione ordinaria come un rimedio meramente facoltativo, ritenendo che il terzo, ferma l'impossibilità di incidere altrimenti sulla sentenza pronunciata *inter alios*, sia ammesso a ottenere lo stesso risultato anche con altri mezzi. Dunque, la ragione per cui l'opposizione *ex art. 404, comma 1, cod.proc.civ.* è proponibile senza termine non può che consistere nel fatto che l'azione di cognizione del terzo volta all'accertamento del proprio prevalente diritto, esercitata attraverso un mezzo di impugnazione, può prestarsi a sottostare alle forme proprie di questo, ma solo a quelle che siano compatibili con la sua sostanza di azione (¹⁴⁹). Chi, invece, anche solo per ragioni di euritmia sistematica, si interrogasse in merito all'opportunità di assoggettare l'opposizione del terzo titolare di un diritto incompatibile ad un termine di decadenza si troverebbe di fronte ad ostacoli difficilmente superabili.

Infatti, per chi aderisca alla tesi prevalente che concepisce tale rimedio come facoltativo, la previsione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'opposizione di terzo ordinaria sarebbe del tutto priva di senso, potendo, da un lato, il terzo promuovere sempre in ogni tempo, salva solo l'eventuale prescrizione del suo diritto, la tutela della

¹⁴⁹ Infatti, l'opposizione promossa dal terzo titolare di un diritto incompatibile è stata definita dalla dottrina come "un'azione sotto veste di impugnazione": così Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2009, 504.

propria posizione giuridica avanti al giudice di primo grado; ed essendo, dall'altro lato, particolarmente sfuggente la specifica utilità che il terzo otterrebbe con l'eliminazione della sentenza pronunciata *inter alios*. La sentenza di accoglimento che il terzo ottenesse facendo valere il proprio diritto in via ordinaria sarebbe, infatti, in ogni caso idonea a prevalere su quella precedentemente resa *inter alios*, provocandone *de facto* il superamento, dal punto di vista del suo contenuto intrinseco, sulla base di intuitive regole di coordinamento del contenuto dei provvedimenti giurisdizionali, con l'inevitabile conseguenza che l'opposizione ordinaria, già strumento poco usato, rischierebbe di cadere per sempre nell'oblio.

Nei casi particolari poi in cui non possono coesistere sentenze che attribuiscono la stessa posizione giuridica a soggetti diversi, come in materia di *status* ⁽¹⁵⁰⁾, la sentenza *inter alios* finirebbe per incidere sulla posizione giuridica del terzo, obbligandolo di fatto a chiederne l'accertamento in giudizio entro un termine perentorio in qualche modo ricollegato alla sua pronuncia, sì che la presenza di un termine per l'esercizio dell'opposizione di terzo ordinaria porterebbe a conseguenze aberranti.

Sposando invece l'interpretazione che vede il rimedio come necessario, a seguito del mancato esercizio dell'opposizione *ex art.* 404, comma 1, cod.proc.civ. nel termine previsto, si arriverebbe ad una

¹⁵⁰ Il problema della fungibilità fra l'opposizione ordinaria e la normale azione di cognizione assume in questo ambito caratteri peculiari, in considerazione dell'esigenza di evitare che siano contemporaneamente efficaci più sentenze che attribuiscono *status* incompatibili a soggetti diversi: v. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 305 s.; Delitala, *Le questioni e i giudicati di stato*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1969, 1399 ss.; Carpi, *L'efficacia ultra partes della sentenza civile*, Milano, 1974, 205 ss.. Laddove il terzo agisca autonomamente per l'accertamento di uno *status* incompatibile con quello riconosciuto ad altro soggetto, senza convenire in giudizio anche quest'ultimo, l'eventuale sentenza di accoglimento di tale domanda sarebbe fonte di enormi inconvenienti o perché, per la prevalenza del giudicato successivo, sarebbe pregiudicata la parte che aveva interesse al mantenimento dello *status* accertato nel precedente giudizio, o perché si aprirebbe un grave conflitto fra giudicati.

sorta di intangibilità dell'attribuzione del bene della vita aggiudicato nel primo giudizio, precludendo al terzo la possibilità di far valere il suo diritto autonomo e incompatibile. La sentenza verrebbe così ad incidere non solo sul diritto oggetto del processo e della cognizione del giudice, ma anche su potenzialmente infiniti diritti, incompatibili e prevalenti, che il giudice non ha per nulla conosciuto. Limitando nel tempo la libertà del terzo titolare di un diritto incompatibile e prevalente di chiederne l'accertamento in giudizio, la sentenza verrebbe a sovrapporsi alle regole di composizione dei conflitti tra diritti incompatibili e ad incidere di fatto sui nessi di prevalenza fra i diritti sostanziali, alterando così le dinamiche dei rapporti giuridici prefigurate dal diritto sostanziale, con inaccettabili effetti distorsivi.

Da quanto appena esposto non può che desumersi che l'anomalia tra la previsione di un termine trentennale adottata dall'ordinamento francese e l'assenza di siffatta previsione nell'ordinamento nostrano è invero solo apparente. Un termine così ampio per l'esercizio del proprio diritto, infatti, non fa che avallare il principio secondo il quale ci troviamo di fronte a una azione di contenuto identico a quello che giustificerebbe la corrispondente azione di cognizione del terzo volta all'accertamento del proprio diritto; pertanto, il termine di trent'anni corrisponde in realtà a una forma di perdita dell'azione per decorso del tempo o di prescrizione del diritto.

1.7. - Tutti i giudizi sono suscettibili di *tièrce opposition* se la legge non dispone diversamente (art. 585 del cod.proc.civ. francese). Tutti i giudizi, dunque tutte le decisioni rese da un tribunale in prima o ultima istanza (con riserva fatta per il giudizio di cassazione, caso in cui l'opposizione di terzo non può fondarsi sui capi compresi nell'appello); che il giudizio sia provvisorio o definitivo; che si tratti di una sentenza arbitrale. In materia contenziosa, la possibilità di utilizzare questa via di ricorso straordinario per le decisioni rese in materia di stato delle persone è stata discussa, perché spesso si tratta

di sentenze costitutive di diritti che beneficiano dunque di una autorità assoluta della cosa giudicata. La controversia ha perso la sua importanza in ragione dell'intervento di disposizioni legislative che riservano il diritto d'azione a determinati soggetti, o al contrario autorizzando espressamente l'opposizione del terzo in altri casi come i giudizi resi in materia di nazionalità (art 29 – 30 cod.proc.civ.) o di filiazione (art. 324). Lo stesso dicasi in materia stragiudiziale, in cui l'art 583 cod.proc.civ. limita l'apertura dell'opposizione di terzo ai terzi ai quali la decisione non è stata notificata. Per i giudizi omologanti un cambiamento di regime matrimoniale, l'opposizione di terzo è riservata ai creditori. Se si tratta di casi di adozione, essa è possibile ma presuppone la dimostrazione di un dolo o di una colpa. Quanto alle ordinanze sulla richiesta, il fatto che il codice di procedura preveda che tutti gli interessati possano rivolgersi al giudice che ha reso l'ordinanza *ex art. 496*, deve portare a considerare che l'opposizione di terzo è ormai interdetta.

2. I LIMITI SOGGETTIVI DEL GIUDICATO NELL'ORDINAMENTO TEDESCO E L'IMPOSSIBILITÀ DI CONTEMPLARE UNA IMPUGNAZIONE RISERVATA AL TERZO ASTRATTAMENTE PREGIUDICATO

2.1. - Nella premessa alla precedente sezione, abbiamo accennato al fatto che il regime delineato all'art. 404 cod.proc.civ., ovvero l'attribuzione a un terzo, in presenza di determinati presupposti, di una legittimazione a stare in giudizio in ragione degli effetti che la sentenza pronunciata fra altre parti produce nella sua sfera giuridica, non è stata accolta da tutti gli ordinamenti europei.

L'esperienza tedesca ebbe infatti uno sviluppo del tutto differente, sai per quanto attiene le teorie sull'estensione dell'efficacia della cosa giudicata, sia con riguardo agli istituti concessi a tutela dei diritti del terzo pregiudicato dalla sentenza emessa *inter alios*. È

peraltro utile percorrere, almeno sommariamente, le tappe che hanno scandito l'evolversi della dottrina tedesca sul tema. Esse ci pongono infatti di fronte a una straordinaria serie di anomalie: pur trattandosi dell'ordinamento nel quale sono nate e si sono sviluppate quelle teorie sulla riflessione degli effetti del giudicato che porteranno, in Italia, a inquadrare l'opposizione ordinaria del terzo in un sistema (grossomodo) coerente, è altresì l'ordinamento che più di ogni altro ha ignorato l'applicabilità dell'istituto e financo la sua ipotetica esistenza.

È interessante peraltro ripercorrere l'evoluzione degli orientamenti in materia, essendo tale evoluzione assai simile a quella della successiva dottrina processualistica italiana.

Nella Germania del XIX secolo, al principio tradizionale (di matrice romanistica) che limitava l'efficacia del giudicato alle sole parti, cominciò ad affiancarsi un principio di segno contrario, che ammetteva l'estensione del giudicato a determinate categorie di terzi⁽¹⁵¹⁾. Fu Jhering⁽¹⁵²⁾ il primo ad approfondire il problema dell'efficacia della cosa giudicata rispetto ai terzi, evidenziando come l'efficacia riflessa del giudicato non fosse che una manifestazione del fenomeno degli effetti riflessi che un fatto giuridico produce nella sfera dei terzi a prescindere dalla volontà dell'autore del fatto.

Su questo filone, si giunse all'ampia disamina compiuta da Mendellsohn Bartholdy⁽¹⁵³⁾ a cavallo dei due secoli: anch'egli non concordò con la concezione strettamente relativa dell'efficacia del giudicato – di gran lunga maggioritaria tra i suoi contemporanei – arrivando invece ad affermare che i motivi usualmente considerati indicatori dell'efficacia relativa della sentenza corrispondono invero ai contromotivi che giustificano i casi eccezionali di valenza assoluta.

¹⁵¹ V. per maggiori approfondimenti l'ampio esame di Trocker, *I limiti soggettivi del giudicato*, cit.

¹⁵² Jhering, *Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung echtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, in Jh. Jb. 1871 248, 272, 273.

¹⁵³ Mendellsohn Bartholdy, op. cit., 4 – 42.

L'illustre Autore tedesco partiva da questa riflessione: che non sia possibile ravvisare un'analogia tra efficacia della cosa giudicata e l'efficacia di un contratto. Un contratto, infatti, esprime la sua efficacia solo tra le parti contraenti; per esempio, la donazione di una cosa che non appartiene al donante non obbliga in alcun modo il vero proprietario, e allo stesso modo il giudicato attraverso il quale un oggetto viene riconosciuto a una parte non può avere effetto sul terzo a cui l'oggetto processuale appartiene. Tuttavia, per l'efficacia della sentenza non è generalmente significativo se la posizione giuridica del terzo viene avvantaggiata o svantaggiata dalla sentenza stessa, mentre questo discorso non vale per l'efficacia del contratto. Già solo sotto questo profilo, secondo l'interpretazione dell'autore tedesco, non sarebbe possibile alcuna analogia.

L'Autore evidenzia che la sentenza civile (al contrario di quella penale) non è una sentenza sulle persone, ma una sentenza incentrata sui diritti. L'identità soggettiva pertanto rileva solo in funzione di quella oggettiva. Se il giudice decide su un diritto la cui essenza, quand'anche muti il soggetto titolare, non cambi, allora l'efficacia di giudicato non può considerarsi relativa, bensì assoluta, e lo sarebbe sia nei casi in cui si rivolge contro un terzo, sia tra le parti in causa. Sicché, la visione del processo come un "quasi contratto" non sarebbe efficace.

Quelli appena esposti sono i primi argomenti su cui si fonda la teoria della efficacia c.d. assoluta della cosa giudicata e della mutazione dei limiti soggettivi in limiti oggettivi. In tale ottica, la sentenza è vista come una fonte privilegiata di effetti giuridici, grazie al ruolo di controllo svolto dal giudice, il quale, secondo la famosa espressione di M.B., "*non è un semplice verbalizzatore del volere delle parti*": da ciò, la possibilità di una efficacia riflessa della sentenza, ben diversa dalla efficacia del negozio di accertamento.

Quanto alla posizione giuridica dei terzi che, in quanto tali, non hanno preso parte al processo, M.B. affronta anche il problema della loro "contumacia" (intesa in senso letterale come assenza dal

processo): “Non vi è efficacia della sentenza sui terzi se non ha avuto luogo nessuna udienza contraddittoria o se è stata fatta in contumacia [...] Tuttavia, il vincitore che voglia far valere l’efficacia di una sentenza contumaciale contro un terzo non ha bisogno di ripetere le prove nel nuovo processo. La contumacia, nel caso concreto, non ha avuto alcuna influenza sull’esito della sentenza, tuttavia crea una presunzione di collusione e la collusione esclude la efficacia di giudicato. Colui che si voglia richiamare alla res iudicata ha l’onere di superare tale presunzione. Se ci riesce, allora può far valere l’efficacia piena del giudicato [...] È rilevante che non il contumace, bensì generalmente il suo avversario si trovi nella condizione di giustificare la contumacia: ciò perché l’influenza che la contumacia ha sulla efficacia della sentenza nei confronti dei terzi si limita, secondo l’opinione comune, ai casi in cui la sentenza danneggerebbe un terzo, quindi ai casi in cui l’efficacia di giudicato venga opposta dal vincitore al terzo” (154).

Dunque, anche per M.B. le sentenze passate in giudicato non avrebbero efficacia, di regola, né a favore dei terzi, né a loro danno (155). È vero che la gran parte delle sentenze non esprime alcuna efficacia sui terzi, ma questo non prova la validità della teoria generale dell’efficacia relativa. Per esempio: se A e B iniziano una causa su una pretesa che A asserisce propria e B contesta, la sentenza non avrà efficacia contro C, che non è né creditore né coobbligato né fideiussore o cedente o cessionario di una delle parti. Tuttavia, tanto meno potrà contestare la sentenza in una maniera giuridicamente significativa. La permanenza dell’efficacia della sentenza, in questo caso, non dimostra né prova nulla a favore del principio dell’efficacia relativa né dimostra niente contro il principio dell’efficacia assoluta della sentenza. Il caso è neutrale, perché il terzo non ha alcun interesse al processo. Solo

¹⁵⁴ Mendelsshon Bartholdy, op. cit., 22 ss.

¹⁵⁵ Per esempio, la sentenza nei casi di servitù ha efficacia anche nei confronti degli altri proprietari, indifferentemente

quando la sentenza non esprime alcuna efficacia sugli interessati che non siano parti, allora si può parlare di efficacia relativa del giudicato.

Affrontando il problema della *scientia* (intesa come conoscenza) del processo, M.B. fornisce alcune nozioni storiche, rilevando che, nell'antico diritto tedesco, si presumeva che ognuno fosse a conoscenza delle sentenze e, nel caso in cui non fosse soddisfatto da una decisione ivi contenuta potesse, immediatamente o entro un termine decadenziale, sollevare opposizione. Questa efficacia assoluta della sentenza non sta comunque all'origine del giudicato assoluto del diritto moderno, postglossatorio.

Sulla stessa scia si pone Wach ⁽¹⁵⁶⁾, il quale sottolinea che la sentenza resa sul rapporto principale è idonea a condizionare la regolamentazione del rapporto dipendente, quand'anche quest'ultimo non intercorra tra le stesse persone.

Presto tuttavia il sentimento positivistico di fiducia nella sentenza comincia ad affievolirsi, e si registrano nuovi interessanti sviluppi della dottrina: Hellwig ⁽¹⁵⁷⁾ e poi Bettermann ⁽¹⁵⁸⁾ evidenziano che la conduzione della lite va equiparata allo svolgimento di attività negoziale, sicché, se in virtù della disciplina sostanziale un terzo non può essere pregiudicato dagli effetti di un atto di disposizione del suo dante causa, egli non può nemmeno subire il pregiudizio derivante da un provvedimento giudiziale emesso nei confronti di costui. La ridefinizione della sfera soggettiva di incidenza del provvedimento giurisdizionale va determinata in ragione della sensibilità del rapporto – a cui si vuole esteso il giudicato *inter alios* – agli atti di disposizione negoziale altrui. In netto contrasto con i teorici del valore assoluto della cosa giudicata e dei limiti oggettivi del

¹⁵⁶ Wach, *Grundfragen und Reform des Zivilprozess*, Berlin, 1914, 26.

¹⁵⁷ Hellwig, *Wesen und subiektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig, 1901, 10 ss.

¹⁵⁸ Bettermann, *Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter*, in *Die Grundrechte*, 1959, III, 2, 523 ss.

giudicato, viene dunque posto l'accento sull'aspetto privatistico del processo civile: la sentenza è incapace di offrire maggiori garanzie di corrispondenza alla realtà effettiva rispetto a quante ne offra il negozio tra le stesse parti e con lo stesso oggetto del processo. Il giudicato *inter partes* reso sul rapporto pregiudiziale colpirà il terzo ogni qualvolta la situazione giuridica dipendente, di cui egli è titolare, sia congegnata in modo da risentire degli atti di disposizione negoziale posti in essere dai soggetti del rapporto pregiudiziale.

Come conseguenza dell'evoluzione dottrinale appena riassunta nonché di una particolare riluttanza giurisprudenziale ad accettare un'espansione dell'efficacia del giudicato ai terzi, che approfondiremo meglio *infra*, l'attuale ordinamento tedesco ignora del tutto l'opposizione di terzo, tanto ordinaria quanto revocatoria. Ciò nonostante, la Z.P.O. prevede un sistema alternativo di tutela del terzo: l'opposizione di terzo all'esecuzione, la riapertura del procedimento e l'appello (o la revisione).

2.2. – L'opposizione del terzo all'esecuzione (*Drittwiederspruchsklage*: §§ 771 e ss. Z.P.O.) dispone che, se un terzo si afferma titolare di un diritto sul bene oggetto dell'esecuzione forzata che ne impedisca l'alienazione, egli può agire dinnanzi al giudice nel cui distretto ha luogo l'esecuzione. Si tratta di un'azione processuale costitutiva che introduce una nuova vertenza (di prima istanza). Il § 771 stabilisce la competenza esclusiva (di cui al § 802). L'opposizione tende a fare in modo che, con l'esecutività provvisoria o il giudicato della sentenza costitutiva da pronunciarsi, diventi inammissibile l'esecuzione forzata, perché viene svolta su beni che non sono patrimonio del debitore. Altri strumenti a disposizione del terzo sono:

a) il reclamo (§ 766), quando sono violate norme processuali; con il § 771 viene fatto valere solo il diritto materiale che impedisce l'alienazione. Entrambe le impugnazioni sono ammissibili pertanto anche cumulativamente;

b) l'azione diretta contro il debitore (es. al rilascio del bene) può essere unita alla domanda ex § 771 contro il creditore. Si tratta poi di un litisconsorzio semplice (§ 60);

c) l'azione contro il creditore sostanziale al rilascio o ad astenersi dall'esecuzione forzata (§ 823 comma 1, §§ 985, 1004 B.G.B.) è soppiantata dal § 771 e risulta inammissibile fintanto che l'esecuzione forzata non sia terminata. Nel frattempo, può essere avanzata incidentalmente una domanda anticipatoria (§ 805), ad esempio sulla base del diritto di pegno del conduttore. Se viene svolta l'esecuzione, il creditore può far valere diritti ex § 812 o 816 B.G.B. o debiti ex § 823 comma 1 (per l'avvocato non vale il § 831 B.G.B., bensì il 166 e il 278, perché viene considerato un rapporto debitorio legale tra creditore e terzo);

d) l'azione contro il terzo debitore (in particolare alla riconsegna, § 985) in caso di pignoramento di un diritto al rilascio (§ 846) può essere iniziata dal terzo ai sensi del § 771 senza previa opposizione di terzo, perché altrimenti una parte non interessata all'esecuzione forzata sarebbe gravata da ben due procedimenti.

Per quanto attiene l'ambito di applicazione, l'opposizione di terzo all'esecuzione è esperibile contro ogni titolo esecutivo e ogni tipo di esecuzione forzata su beni o patrimoni, così come contro ogni atto esecutivo che coinvolga il terzo (anche in caso di esecuzione di debiti fiscali). La particolarità di questa opposizione consiste quindi nel fatto che essa può svolgersi anche contro l'esecuzione per consegna o rilascio (¹⁵⁹). Al contrario, nel nostro ordinamento è stato recentemente confermato da una pronuncia della Suprema Corte che *“Nell'esecuzione per consegna o rilascio, avviata in forza di sentenza resa inter alios, ove il terzo lamenti una lesione della sua situazione soggettiva che gli deriva non già da un errore sorto nel procedimento esecutivo, bensì direttamente dalla sentenza che ha accertato un*

¹⁵⁹ Commentario Thomas Putzo §§ 771, 766, 802, 805, 812, 823.

diritto incompatibile con quello da lui vantato, egli non può proporre l'opposizione di terzo all'esecuzione, ai sensi dell'art. 619 cod.proc.civ., ma deve invece impugnare il provvedimento stesso con l'opposizione di terzo ordinaria, ai sensi dell'art. 404, comma 1, cod.proc.civ.” ⁽¹⁶⁰⁾.

Il meccanismo della riapertura del procedimento (*Wiederaufnahmeklage des Verfahrens*, §§ 578 e ss. Z.P.O.) è concesso al falso rappresentato che abbia avuto conoscenza dell'emanazione della sentenza, invalida per violazione delle norme sui poteri rappresentativi, successivamente alla preclusione dei termini per proporre appello o revisione. Si tratta di un rimedio a carattere sussidiario da proporsi nel termine perentorio di un mese dal giorno in cui si è avuta conoscenza della sentenza ed in ogni caso mai oltre i cinque anni dal passaggio in giudicato della stessa. Effetto dell'accoglimento della *Wiederaufnahmeklage* è l'annullamento della sentenza viziata.

Infine, il codice di rito tedesco detta una disciplina particolareggiata per l'ipotesi di sentenza emanata in assenza di uno o più litisconsorti necessari (§§ 62 Z.P.O.). Il § 62 Z.P.O. ⁽¹⁶¹⁾ disciplina il litisconsorzio necessario (*Notwendige Streitgenossenschaft*), sancendo che “*Più persone devono agire o essere convenute congiuntamente se sono parti di un rapporto giuridico sul quale può essere deciso solo con unico effetto per tutte. / Gli atti processuali tempestivi di un litisconsorte vincolano anche i litisconsorti rimasti silenti, fatta eccezione per la dichiarazione d'impugnazione*”. Dal primo comma, dunque, si ricava che il litisconsorzio è necessario

¹⁶⁰ Cass. civ., 20 marzo 2017, n. 7041.

¹⁶¹ *Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grund eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen. / Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.*

quando il rapporto giuridico litigioso può essere accertato solo unilateralmente nei confronti di tutti i litisconsorti o anche quando il fondamento del litisconsorzio emerge quale necessario per altra ragione. Sorge tuttavia un problema nel momento in cui un litisconsorte necessario venga pretermesso, e si giunga a sentenza omettendo la sua partecipazione al giudizio. Nel nostro ordinamento, come accennato, al litisconsorte necessario pretermesso sono offerte più opzioni di tutela successiva all'emanazione della sentenza: egli potrebbe intentare un autonomo giudizio oppure, ove ne ricorrano i presupposti, proporre opposizione di terzo chiedendo l'annullamento della sentenza (che, in caso sia stata emessa in secondo grado, andrà rimessa al giudice di primo grado; nel caso invece sia stata emessa in un unico grado, sarà possibile con un unico provvedimento annullare la sentenza opposta ed emettere la pronuncia sostitutiva). Secondo alcuni, la tutela successiva spettante ai litisconsorti necessari rimasti pretermessi avrebbe natura meramente risarcitoria (§ 826 B.G.B.), oppure consisterebbe in un'ampia *exceptio doli* (ex § 242 B.G.B.) che finisce per riaccreditare proprio la norma di legge (§ 325 Z.P.O.) che libera il terzo dall'osservanza del giudicato *inter alios*; secondo un'altra teoria, molto interessante, sulla base di una *fictio iuris*, si ritiene che il litisconsorte necessario pretermesso sia rappresentato dal litisconsorte presente e, dunque, lo si annovera tra i legittimati ad esperire i rimedi propri delle parti, ovvero l'appello o la revisione nei termini di decadenza di cui rispettivamente ai §§ 516 e 522 Z.P.O.. Qualora dovessero essere pretermessi tutti i litisconsorti necessari, allora la sentenza viziata sarebbe soggetta all'opposizione contumaciale ai sensi del § 338 Z.P.O.. Appare dunque evidente che la mancata previsione nell'ordinamento tedesco dell'opposizione di terzo ordinaria è totalmente riequilibrata dalla disciplina di questi tre strumenti che assolvono la medesima funzione del rimedio nostrano⁽¹⁶²⁾. Non è, invece, possibile individuare nell'ordinamento

¹⁶² Non è, invece, possibile individuare nell'ordinamento processuale tedesco

processuale tedesco alcuno specifico mezzo a tutela del terzo titolare di rapporto dipendente da quello oggetto del giudizio *inter alios* che possa dirsi equipollente all'opposizione di terzo revocatoria.

Per vero, la teoria della rappresentanza fittizia del litisconsorte necessario pretermesso fu sostenuta per lungo tempo anche da una parte della dottrina e della giurisprudenza italiane. Successivamente, fu tuttavia superata. Gli argomenti tradizionalmente addotti a favore della sua insostenibilità furono due: in primo luogo, si adoperava in senso atecnico il concetto di rappresentanza, mancando l'elemento della spesa del nome altrui (cd. *contemplatio dominii*) da parte del rappresentante, che rende manifesto ai terzi che gli effetti dell'atto si produrranno direttamente ed immediatamente nella sfera giuridica del rappresentato. Tale atecnicità era imposta dalla natura stessa del fenomeno dell'efficacia *ultra partes* della sentenza, che presuppone assoluta autonomia tra la parte che agisce in giudizio (in nome proprio) ed il terzo che subisce gli effetti. In secondo luogo, mancando norme di diritto positivo su cui fondare tale forma rappresentanza, non si poteva non fare ricorso alla cd. rappresentanza presunta o impropria⁽¹⁶³⁾.

2.3. Come correttamente osservato⁽¹⁶⁴⁾ l'influenza esercitata dai principi elaborati da Wach e da Mendelssohn Bartholdy a cavallo del secolo fu particolarmente modesta nello sviluppo dottrinale successivo; né quegli stessi principi furono accolti con favore dalla giurisprudenza della Corte Suprema tedesca. La ragione di tale scetticismo risiede nel “rispetto che a giudizio della Corte va tributato

alcuno specifico mezzo a tutela del terzo titolare di rapporto dipendente da quello oggetto del giudizio *inter alios* che possa dirsi equipollente all'opposizione di terzo revocatoria.

¹⁶³ Per una disamina più ampia delle critiche mosse alla teoria della rappresentanza, si rinvia a Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 5 e s. (testo e nota 3); Trocker, *I limiti soggettivi del giudicato*, cit.

¹⁶⁴ Trocker, *I limiti soggettivi del giudicato*, cit., 41.

alla ratio della scelta normativa ... di far sì che restino tendenzialmente indenni da ogni coinvolgimento nel giudicato altrui coloro che non hanno avuto modo di collaborare alla formazione del giudicato medesimo” ⁽¹⁶⁵⁾. Tuttavia, vi è anche un altro elemento che concorre a spiegare la notevole diffidenza della dottrina e giurisprudenza tedesche nei confronti delle teorizzazioni della *Rechtskrafteinstreckung*, e cioè mancanza, nell’ordinamento processuale designato dalla Z.P.O., di uno specifico strumento di tutela successiva del terzo contro gli effetti del giudicato altrui, corrispondente alla *tierce opposition* francese. Infatti, il principio del valore assoluto della cosa giudicata potrebbe essere accolto solo se si integrassero gli strumenti di tutela preventiva e successiva: i primi con l’introduzione di forme di *adictio ope iudicis*, i secondi con la creazione di un apposito mezzo di impugnazione a favore del terzo pregiudicato ⁽¹⁶⁶⁾. Ecco dunque che la questione assume una prospettiva del tutto capovolta: le soluzioni offerte dall’ordinamento processuale tedesco arrivano a trovare una loro ragione d’essere proprio nell’assenza di un rimedio corrispondente alla opposizione di terzo. Non si tratta pertanto più di constatare che l’opposizione di terzo è estranea al sistema tedesco in quanto esso non è aperto alla teoria del valore assoluto del giudicato, bensì di verificare che la mancata apertura in tal senso può essere motivata proprio dalla mancata contemplazione dell’opposizione di terzo.

¹⁶⁵ Trocker, *I limiti soggettivi del giudicato*, cit. 43, il quale richiama alla nota 17 la sent. *Reichsgericht*, 22 maggio 1909, in *Etscheidungen*, cit. vol. 71, 202.

¹⁶⁶ Fischer, *Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, 1899, 167, nota 1; Heim, *Die Feststellungswirkung des Zivilurteils*, Munchen, 1912, 205.

CAPITOLO III

SE L'OPPOSIZIONE DI TERZO SIA UN RIMEDIO NECESSARIO OVVERO FACOLTATIVO PER I TERZI PREGIUDICATI DA UNA SENTENZA. INDAGINE SUI LEGITTIMATI E SUL RAPPORTO CON LE AZIONI ORDINARIE E CON ALTRI RIMEDI

1. LA QUESTIONE DELLA NECESSITÀ O FACOLTATIVITÀ DEL RIMEDIO: PROFILI DOTTRINALI

1.1. – L'indagine giuscomparatistica sinora svolta ci ha permesso di verificare che la disciplina dell'impugnazione riservata ai terzi presenta significativi tratti di comunanza con la fisionomia dell'istituto processuale francese, sia per quanto attiene il suo ambito di applicazione, sia con riguardo alle questioni interpretative più problematiche, attinenti in particolare all'individuazione dei soggetti legittimati e alla concorrenza con diversi rimedi.

In particolare, uno degli aspetti che resta tutt'ora il più controverso e affascinante dell'istituto in questione (e che, pertanto, merita un approfondimento a parte), è quello relativo alla sua facoltatività o necessità, intendendosi con queste espressioni rispettivamente la concorrenza o meno dell'impugnazione con altre forme di tutela e, soprattutto, la possibilità per il terzo di far valere il proprio diritto con un'azione autonoma, ovvero con un differente mezzo di impugnazione. Le considerazioni appena svolte circa l'esperienza del diritto tedesco, ci porta ulteriormente a domandarci se la facile o quantomeno verosimile applicazione di soluzioni processuali che portano ad effetti per lo più analoghi a quelli ottenuti attraverso l'esperimento dell'opposizione di terzo non svuoti l'istituto di ogni senso – specie se si considera la sua infrequente applicazione

nella pratica. L'indagine sulla sua necessità, e quindi sul rapporto con rimedi concorrenti, è quindi finalizzato in larga misura, più ancora che a fornirne una definizione più compiuta, a svelarne la concreta utilità.

Il tema è, come abbiamo già avuto modo di verificare *supra* ⁽¹⁶⁷⁾, realmente ampio: si tratta invero della problematica più dibattuta, a partire dalla prima codificazione dell'opposizione di terzo sino ai giorni nostri, che solo una recente giurisprudenza pare aver risolto, con risultati comunque non condivisi da grande parte della dottrina. Come detto, l'asperità e l'annosità del dibattito in materia sono facilmente spiegabili se si pensa che, dando risposta alla questione, si potrebbe arrivare a stabilire se l'art. 404, comma 1, cod.proc.civ. abbia disciplinato un istituto superfluo (com'esso è interpretato dall'ordinamento processuale tedesco), o, quantomeno, si potrebbe definire la sua reale funzione nell'insieme delle azioni a disposizione dei terzi per la tutela dei loro diritti.

L'orientamento più diffuso ha sempre affermato la possibilità, per il terzo, di conseguire il suo scopo anche mediante l'esercizio delle azioni ordinarie (e perciò il carattere facoltativo dell'opposizione) ⁽¹⁶⁸⁾. Ad esso si è però contrapposta l'idea di chi, individuato il pregiudizio del terzo non nell'accertamento contenuto nella sentenza,

¹⁶⁷ V. Cap. 2, § 1.3.: il problema relativo alla facoltatività o necessità del rimedio dell'opposizione di terzo resta anche in Francia uno dei più dibattuti, a partire dalla prima codificazione dell'opposizione di terzo sino ai giorni nostri, che solo una recentissima giurisprudenza in Italia pare aver risolto, con risultati comunque non condivisi da gran parte della dottrina. Le tesi sorte a tal riguardo in Francia nei primi decenni del XIX secolo evidenziano come nella dottrina francese sorgessero le stesse perplessità in ordine al rapporto tra opposizione di terzo ed estensione dell'efficacia del giudicato che verranno approfondite dai processualisti tedeschi e dalla dottrina italiana.

¹⁶⁸ Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV, Milano, 1923, 529; sul punto v. anche Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, cit., 388; Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 307 s.; Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1993, 445 s.; Vocino, «Ultimissime» dalla dottrina dell'opposizione di terzo, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano, 1979 2010 ss. (nel quadro della sostanziale superfluità dell'istituto).

ma nella sua esecutività, ha sostenuto la necessità dell'opposizione, perché essa è il solo mezzo atto a evitare la “distruzione” del diritto attraverso l'esecuzione della sentenza (¹⁶⁹).

Il presente capitolo propone *in primis* un breve *excursus* del dibattito storico in Italia, fino ad approdare alle più recenti riflessioni dottrinali e giurisprudenziali. Si coglierà l'occasione anche per approfondire il complesso rapporto tra opposizione ordinaria del terzo e le due forme di opposizione all'esecuzione (artt. 615 e 619 cod.proc.civ.), vero «*banco di prova della facoltatività o necessità dell'opposizione*» (¹⁷⁰).

1.2. – Come già esposto nei precedenti capitoli (¹⁷¹), il problema della facoltatività o necessità dell'opposizione di terzo è stato ampiamente affrontato sin dai primi studi tematici della dottrina francese. Come rilevato da Galluppi (¹⁷²), la disputa – sorta poco dopo la pubblicazione del Codice di procedura civile – e le varie interpretazioni che ne sono derivate «sono numerose quanto gli autori che hanno affrontato il tema».

Lo stesso Galluppi, che per primo ha compiuto uno studio di grande rilevanza storica circa il dibattito sorto in Francia nei primi decenni del XIX secolo, evidenzia come nella dottrina francese sorgessero le medesime perplessità in ordine al rapporto tra opposizione di terzo ed estensione dell'efficacia del giudicato che verranno approfondite, in seguito, dai processualisti tedeschi a cavallo del secolo (pur con esiti differenti) e, infine, dalla dottrina italiana. In questa fase, si può notare come le ragioni storiche che avevano

¹⁶⁹ Satta, *Comm. cod.proc.civ.*, 2, cit., 360.

¹⁷⁰ L'espressione è mutuata da Olivieri, *Opposizione di terzo*, in *Digesto civ.*, Utet, Torino, 1995, vol. XIII, 104.

¹⁷¹ Cap. 1, nota 41; cap. 2, § 1.3.

¹⁷² Galluppi, *Teoria della opposizione del terzo come mezzo per impugnare le sentenze*, cit.

progressivamente condotto alla codificazione dell'opposizione di terzo in Francia perdano quasi totalmente d'importanza: l'istituto oramai esiste, e da questo momento in avanti si tenterà unicamente di comprendere a cosa possa servire (quasi si trattasse di un elemento naturale calato dall'alto, anziché di un artificio giuridico). Gli autori si affannano, spesso molto ingegnosamente, per armonizzarlo con altri titoli del Codice; sovente ci si domanda se tutti i legittimati possano o non possano trovare tutela attraverso altri strumenti. L'ordinamento italiano, a sua volta, si è subito interrogato circa l'indole dell'opposizione del terzo, arrivando a considerarla, almeno in un primo momento, rimedio tutt'altro che obbligatorio e puramente facoltativo. La dottrina più risalente, assieme alla giurisprudenza dell'epoca, reputava che il terzo potesse liberamente scegliere tra l'opposizione di terzo e l'apertura di un nuovo giudizio, in cui, con semplice eccezione, avrebbe potuto respingere la sentenza *inter alios* pronunciata (¹⁷³).

La prevalenza di questa opinione era legata all'interpretazione letterale dell'art. 510 del codice di procedura civile, il quale (come abbiamo già visto) stabiliva che il terzo “può fare opposizione alla sentenza che pregiudica i suoi diritti”. La voce *può*, si diceva, indica una facoltà, mentre per designare un obbligo si adopera la voce *deve*. Inoltre, il legislatore non avrebbe potuto obbligare il terzo ad appigliarsi a questo rimedio straordinario, privandolo del diritto di fare valere in separato giudizio le proprie ragioni (¹⁷⁴).

Questi soli motivi però non parevano sufficienti, a diversa parte della dottrina, per giustificare il carattere facoltativo dell'opposizione di terzo. L'utilizzo del verbo potere da parte del legislatore non era infatti un caso isolato al solo art. 510: la stessa cosa si verificava con

¹⁷³ In tal senso, *ex multis*, Gargiulo, *Corso elementare di diritto giudiziario civile*, 1888; Cassazione di Napoli, 5 giugno 1869 (*Annali*, IV, 240); 14 maggio 1875 (*Giornale delle leggi*, 1875, 305-308).

¹⁷⁴ Galluppi, *op. cit.*, 48.

riguardo di tutti gli altri mezzi di impugnazione, ordinari o straordinari. La legge li metteva a disposizione di coloro che intendessero approfittarne e costoro restavano (allora come oggi) sempre liberi di avvalersene o meno, come più conveniente ai loro interessi (¹⁷⁵). Né si riconosceva maggior valore all'altro argomento, che consiste nel negare al legislatore il diritto di obbligare il terzo a valersi di questo rimedio straordinario, non potendosi privarlo del diritto che gli spettava di far valere in separato giudizio le proprie ragioni. Era pertanto necessario uscire dalla mera interpretazione letterale dell'art. 510 per indagarne la *ratio* formativa; la quale, come abbiamo verificato nel capitolo precedente, fu espressa a chiare lettere nella Redazione di Pisanelli sul progetto del Codice di procedura civile presentato al Senato del Regno: «*Ma l'opposizione in parola deve essere concessa come una facoltà e non imposta come una necessità. Perciocché il diritto del terzo non essendo punto menomato dalla sentenza proferita inter alios, deve godere di tutte le guarentigie ordinarie, se al terzo piace di usarne*».

Ecco dunque un argomento assai più efficace a favore della natura facoltativa della opposizione di terzo, che tuttavia, paradossalmente, non persuase la dottrina di Galluppi; il quale infatti, nel 1895, rilevò che la Relazione di Pisanelli fu mutuata quasi integralmente dagli studi di Pescatore (¹⁷⁶), e che pertanto è a tali studi che si deve fare riferimento nell'interpretare la reale volontà del legislatore. Egli scrive: «*Secondo la nostra legge, l'opposizione del terzo è facoltativa tutte le volte che si tratta di eseguire una sentenza direttamente contro una persona che ne respinge l'applicazione, opponendo che essa non è stata parte né legalmente rappresentata nel giudizio in cui fu proferita e che perciò non ha contro di essa autorità di cosa giudicata. In questi casi infatti, per impedire l'esecuzione,*

¹⁷⁵ Galluppi, op. cit., 49 ss.

¹⁷⁶ Pescatore, *Sospensione compendiosa della procedura civile e criminale*, 275, Torino, 1864.

basta che il terzo eccepisca la regola quando al contrario un terzo vuole impedire l'esecuzione di una sentenza diretta non contro di lui ma contro la parte soccombente, perché gli arrecherebbe un pregiudizio. Per evitare questo danno non ha altri mezzi che quello della opposizione di terzo».

1.3. – Come si è visto, le teorie concernenti i limiti soggettivi del giudicato, chiaramente inscindibili dalla tematica dell'opposizione di terzo, si trovavano allora ad uno stadio (per così dire) embrionale; la raffinatissima dottrina successiva, sulla scia della scuola tedesca *supra* richiamata, perfezionò e mise a frutto i risultati raggiunti fino a quel momento. Ci si riferisce ovviamente alle opere di Carnelutti, di Betti, di Liebman e, non da ultimo, di Allorio (¹⁷⁷).

La teoria della necessità dell'opposizione fu sviluppata da chi osservava che il diritto incompatibile del terzo, a seguito della pronuncia della sentenza, non era stato ancora leso nella sua essenza di interesse materiale al godimento di un bene, giacché tale lesione è unicamente conseguenza dell'effettiva attuazione della sentenza. Il terzo è così tenuto, in primo luogo, ad impedire in via preventiva che si realizzi il fatto lesivo del proprio diritto, attraverso l'esecuzione della sentenza; solo ove ciò non sia stato possibile, egli agirà per ottenere *ex post* la restaurazione specifica o per equivalente del diritto violato. Se il terzo vuole impedire quella prestazione sul bene che un soggetto è obbligato a eseguire per effetto della sentenza, dovrà avvalersi dell'opposizione; se invece vorrà garantirsi la situazione finale di godimento del bene, allora dovrà utilizzare l'azione autonoma: in definitiva, la necessità dell'opposizione va intesa nel senso che essa costituisce l'unico rimedio a disposizione del terzo che voglia (non assicurarsi il godimento del bene, ma) impedire a una delle parti di tenere quel comportamento, diventato doveroso a seguito della

¹⁷⁷ Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935.

sentenza, che gli impedisca di conseguire la possibilità effettiva del godimento del bene assicuratosi dal proprio diritto prevalente ⁽¹⁷⁸⁾.

Poniamo un esempio classico: un terzo, vantandosi proprietario di un fondo, promuove un giudizio di rivendicazione contro l'affittuario di esso. Questi, che avrebbe dovuto denunciare la lite al vero proprietario affittuante, affinché questi potesse intervenire, accetta la controversia sulla proprietà e soccombe. La sentenza, riconoscendo la proprietà dell'immobile nel rivendicante, condanna l'affittuario a risarcirlo. È fuor di dubbio che questa sentenza non vieta al vero proprietario del fondo di iniziare un nuovo giudizio di rivendicazione contro il terzo rimasto vincitore nel primo giudizio: chiaramente, se nel corso di questo secondo giudizio di rivendicazione intentato dal vero proprietario contro il terzo, questi gli opponesse la sentenza che lo ha dichiarato proprietario, egli potrebbe limitarsi a rispondergli che tale sentenza è, a suo riguardo, *res inter alios* non lo riguarda. In tal modo la necessità dell'opposizione di terzo parrebbe evitata. Ma quali sarebbero le conseguenze di un tale atteggiamento? Passando l'immobile, per esecuzione della sentenza, dalle mani dell'affittuario rimasto soccombente nel primo giudizio in quelle del rivendicatore vincitore, potrà accadere che nelle more del secondo giudizio esso venga deteriorato dal possessore, senza che il vero proprietario abbia la possibilità di farsi risarcire del danno dopo che l'abbia recuperato. Tutto ciò può essere evitato mediante l'opposizione di terzo.

Altro argomento a favore della necessità che è interessante rilevare è quello per cui, proprio perché nel nostro sistema esiste l'opposizione di terzo, è a questa che bisogna ricorrere per ottenere il fine voluto. Se mancasse nella legge la norma dell'art. 404, comma 1, cod.proc.civ., l'azione di accertamento avrebbe libero corso secondo le norme ordinarie di competenza. L'art. 404 cod.proc.civ. ha invece

¹⁷⁸ Olivieri, *Opposizione di terzo*, cit., vol. XIII, 104.

statuito una impugnativa della sentenza che, in molti casi, assorbe l'azione di accertamento (¹⁷⁹).

A parere di Proto Pisani (quello del 1965, perché in seguito egli tornerà sulle sue posizioni, modificandole sensibilmente), l'opposizione di terzo costituirebbe un mezzo d'impugnazione atto a denunciare taluni vizi formali particolarmente gravi, quali il difetto di poteri rappresentativi o di legittimazione passiva, con conseguente violazione del principio del contraddittorio della domanda o della regolarità del contraddittorio. Il carattere necessario dell'opposizione di terzo ordinaria discenderebbe quindi dalla sua natura di tipico mezzo di impugnazione, proprio dei terzi soggetti all'efficacia diretta della sentenza, ma non legittimati alle impugnazioni proprie delle parti (¹⁸⁰). Proto Pisani quindi concepisce l'opposizione ordinaria come impugnazione che spetti *esclusivamente* al litisconsorte necessario pretermesso e al falso rappresentato, sul presupposto che la sentenza produca un'efficacia diretta nei confronti di quei soggetti che, pur se assenti dal processo, si vedono preclusa sia la possibilità di sollevare l'*exceptio rei inter alios iudicatae* (tale eccezione peraltro non potrebbe concorrere con l'opposizione di terzo, non avendo la finalità di annullare e sostituire la sentenza emanata in assenza di una delle parti legittimate o del vero titolare del diritto). Il litisconsorte necessario pretermesso e il falsamente rappresentato non potrebbero nemmeno agire in mero accertamento, giacché solo il mezzo d'impugnazione può impedire alla sentenza viziata di produrre comunque i suoi effetti.

Satta, al contrario, arriva ad affermare il carattere necessario dell'opposizione ordinaria seguendo un diverso ragionamento: il pregiudizio nasce dal fatto che la sentenza tra le parti, ove resa esecutiva, coinvolge la posizione giuridica del terzo nella sua realtà di

¹⁷⁹ Luiso, *Appunti di diritto processuale civile, Processo di cognizione*, Pisa, 1993, 446 ss., cit.

¹⁸⁰ Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 688 ss.

godimento e non nell'astrattezza precettiva, che come tale non può essere mai pregiudicata ⁽¹⁸¹⁾. L'Autore conclude quindi affermando che, se con l'opposizione si mira ad escludere il pregiudizio che deriva dall'esecutività della sentenza, sia intrinseca che estrinseca, l'opposizione non può che essere necessaria, anzi la necessità è ad essa naturale, perché è il solo mezzo per evitare la distruzione del diritto attraverso quell'esecutività e quell'esecuzione ⁽¹⁸²⁾. L'argomento è ovviamente abbastanza debole e si pone tra quelli, cui facevamo riferimento *supra*, che trattano l'istituto come se fosse un elemento naturale che trova la propria ragione nella sua stessa esistenza.

L'Autore in ultimo citato riconosce pertanto il carattere necessario dell'opposizione ordinaria, facendo riferimento alla situazione finale di godimento del terzo. Fabbrini, al contrario, distingue sotto due diversi profili la posizione del terzo titolare del diritto incompatibile. Al primo, rappresentato in sé e per sé dalla situazione finale, è coordinata l'azione ordinaria; al secondo, rappresentato dalla prestazione mediante la quale è assicurata la soddisfazione del diritto del terzo, è coordinata l'opposizione ordinaria, che assume sotto questo profilo carattere necessario, risultando l'unico possibile strumento giuridico di tutela preventiva e specifica della prestazione ⁽¹⁸³⁾. Il pregiudizio viene individuato per lo più nel danno da esecuzione, da ravvisarsi in particolare nei casi in cui la pronuncia che si vuole opporre imponga al soccombente un comportamento incompatibile con quello che lo stesso soggetto deve tenere nei confronti dell'opponente, in virtù di un diritto autonomo e prevalente che questi ha e che lo legittima all'opposizione di terzo. L'opposizione di terzo ha appunto la finalità di impedire questo pregiudizio, eliminando il provvedimento e sostituendolo con un altro che accerti la prevalenza del diritto del terzo, e quindi imponga a chi

¹⁸¹ Satta, *Commentario al cod. proc. civ.*, cit., 360.

¹⁸² Satta-Punzi, *Diritto Processuale Civile*, Padova, 1996, 669 ss.

¹⁸³ Fabbrini, *Opposizione ordinaria*, cit., 123 ss.

di dovere di soddisfare il diritto riconosciuto prevalente.

Vi è peraltro un diverso soggetto, maggiormente trascurato rispetto a quelli già citati, per il quale si è posto il problema della legittimazione ad agire in opposizione alla sentenza resa *inter alios*: il successore a titolo particolare nel diritto controverso. Questi dispone di ogni mezzo di gravame esperibile avverso la pronuncia resa fra le parti originarie. Ciò è vero, tuttavia, con esclusivo riguardo ai mezzi di gravame c.d. di parte. Infatti, una volta investito il successore, in virtù d'una equiparazione della sua posizione a quella delle parti formali del giudizio, del potere di impugnare la sentenza, l'attribuzione a costui della facoltà di accesso alle opposizioni di terzo non è incondizionata; al contrario, il riconoscimento all'avente causa del potere di avvalersi, in via aggiuntiva, dei rimedi *ex art. 404 cod.proc.civ.* (cui il dato letterale dell'art. 111 comma 4 non è certo d'ostacolo)¹⁸⁴ dev'essere subordinata ad una previa verifica d'ordine sistematico, volta ad appurare che ciò non si risolva in una (senz'altro inammissibile) duplicazione di rimedi.

Il fenomeno del trasferimento del diritto in corso di causa è assai utile proprio al fine di verificare i presupposti di accesso all'opposizione di terzo ordinaria: si contemperano l'esigenza di estendere l'ambito applicativo dell'opposizione *ex art. 404 comma 1 cod.proc.civ.* e quella di individuare il minimo comune denominatore fra le *species* di doglianze suscettibili di fondare l'accesso al rimedio in parola. A quest'ultimo proposito, autorevole dottrina ha evidenziato che il "sostanziale eclettismo" di detto rimedio sarebbe sempre

¹⁸⁴ Sul punto Widmann, *La successione a titolo particolare nel diritto controverso*, Napoli, 2015, 160 ss., laddove l'Autrice evidenzia, alla nota 97, che "la sola opzione interpretativa senz'altro incompatibile col disposto dell'art. 111 comma IV ... consiste nell'accordare a quest'ultimo ... la sola legittimazione ai rimedi oppositori di terzo: ciò in quanto, a fronte di un regime impugnatorio così delineato – che in nulla si discosta dai principii – l'esplicita previsione in punto di legittimazione ad impugnare dell'avente causa risulterebbe, in ultima analisi, svuotata di significato".

riconducibile ad un criterio di legittimazione unitario, da identificarsi con l'incompatibilità di diritti: *“in altri termini, è la incompatibilità sostanziale il minimo comune denominatore per l'attualizzazione nel processo del mezzo di cui al comma 1 dell'art. 404 cod.proc.civ., denominatore cui si perviene per vie diverse, tra le quali debbono appunto considerarsi anche un processo consumato a litisconsorzio non integro o con illegittima rappresentanza”* ⁽¹⁸⁵⁾.

1.4. – Veniamo ora a un piccolo approfondimento circa il maggior conflitto tra rimedi offerti ai terzi, ossia all'esame dei rapporti intercorrenti fra l'opposizione del terzo e gli artt. 615 e 619 cod.proc.civ. ⁽¹⁸⁶⁾, soffermandoci brevemente sulle maggiori opinioni dottrinali in materia. Si è già accennato a questa problematica, richiamando una recente soluzione giurisprudenziale, al termine del primo capitolo di questo elaborato. Seguirà qui un'indagine cronologica dell'evoluzione che la giurisprudenza recente ha subito

¹⁸⁵ Cfr. Chizzini, *L'intervento adesivo*, cit., I, 50 e II, 685; in giurisprudenza: Cass. Sez. Un., 23 gennaio 2015 n. 1238, in CED Cassazione, 2015, che ha osservato, con specifico riferimento all'ipotesi di opposizione di terzo proposta dal litisconsorte necessario pretermesso, che *“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”*

¹⁸⁶ V. cap. 1, § 3.1., laddove già s'è accennato che nell'espropriazione forzata la direzione dell'azione esecutiva è soggettiva, mentre nell'esecuzione in forma specifica diviene oggettiva, ma pur in presenza di queste differenze, si ritiene che l'opposizione di terzo all'esecuzione sia applicabile anche all'esecuzione in forma specifica e non solo a quella per espropriazione, nonostante il tenore letterale dell'art. 619. Tuttavia, il terzo che si affermi pregiudicato dall'esecuzione per consegna o rilascio in forza di sentenza resa *inter alios* può reagire in sede giudiziaria scegliendo tra l'opposizione ex art. 404, comma 1 cod.proc.civ. e l'opposizione di terzo all'esecuzione. Ciò che rileva, in questo contesto, è il pregiudizio che deriva al terzo da una sentenza passata in giudicato, che può discendere dalla medesima sentenza restando tuttavia teorico o astratto, in base al disposto dell'art. 2909 cod.civ., oppure concretizzarsi ove la sentenza che pregiudica il terzo venga messa in esecuzione.

nell'affrontare il delicato tema.

Va prioritariamente fatta una precisazione: la definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 404, comma 1, cod.proc.civ. rispetto all'art. 619 cod.proc.civ. è utile soltanto ove si consideri che l'opposizione di terzo all'esecuzione sia ammissibile anche nelle esecuzioni in forma specifica, ipotesi che contrasta col dato letterale della norma ed è accettata da parte della dottrina⁽¹⁸⁷⁾ e recentemente anche dalla giurisprudenza⁽¹⁸⁸⁾. È infatti evidente che nell'espropriazione il pregiudizio al terzo non potrà mai essere cagionato dalla sentenza (che non ha individuato i beni da pignorare), ma esclusivamente dall'attività dell'ufficiale giudiziario.

Fabbrini è indubbiamente l'autore che più recisamente nega ogni possibile interferenza fra l'impugnazione e l'opposizione di terzo all'esecuzione; il quale - a parte l'affermata inammissibilità dell'opposizione *ex art. 619 cod.proc.civ.* nelle esecuzioni in forma specifica - osserva come in ogni caso la tutela collegata all'inizio dell'attività esecutiva non potrebbe adeguatamente proteggere il terzo. Infatti, quando la sentenza abbia ordinato a un soggetto di tenere un comportamento che renda impossibile la prestazione a favore del terzo titolare di un diritto autonomo e incompatibile sul medesimo bene, al terzo non è sufficiente dimostrare la prevalenza del suo diritto al fine di far affermare che il bene aggredito dal creditore non è tra quelli a sua disposizione per realizzare quel credito, avendo egli invece l'interesse a eliminare la sentenza, non soltanto per l'efficacia esecutiva, ma anche nei suoi effetti *inter partes*. È allora chiaro come il terzo, per eliminare il pregiudizio che il suo diritto subisce, debba

¹⁸⁷ Punzi, *La tutela del terzo nel processo esecutivo*, Milano, 1971, 87 ss.; Cerino Canova, *Le impugnazioni civili*, cit., 677 s.; Mandrioli, «*Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*», in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 469 ss.; *contra*, Andrioli, *Comm. c.p.c.*, II, cit., 367; Fabbrini, *L'opposizione ordinaria*, cit., 128 ss.; Luiso, *L'esecuzione «ultra partes»*, Milano, 1984, 411 ss.

¹⁸⁸ Cfr. Cass. civ., 2 dicembre 2016, n. 24637.

fare ricorso all'opposizione ordinaria. Da questa opinione consegue poi che il terzo coinvolto nell'esecuzione *inter partes* non in virtù del contenuto del titolo, ma per effetto di un errore degli organi dell'esecuzione, non avrà alcun problema di possibile coesistenza fra l'opposizione *ex art. 404*, comma 1, cod.proc.civ. e quella concessa dall'art. 619 cod.proc.civ., giacché egli - non patendo alcun pregiudizio dalla sentenza, ma solo dalla sua esecuzione - dovrà utilizzare esclusivamente quest'ultimo rimedio. Inoltre, se il terzo, detentore o possessore del bene il cui rilascio sia stato disposto dal provvedimento, abbia ricevuto la notificazione del titolo esecutivo e del precetto, l'opposizione di terzo *ex art. 404*, comma 1, cod.proc.civ. resta necessaria (e perciò non si sovrappone all'opposizione all'esecuzione dell'art. 615 cod.proc.civ.), perché il suo pregiudizio non sarebbe eliminabile dall'affermazione della sua estraneità soggettiva al titolo, ma soltanto dal venir meno della pronuncia giurisdizionale *inter partes*.

Alla stregua di quanto esposto, laddove Fabbrini ritiene inutilizzabile il rimedio dell'opposizione *ex art. 619* cod.proc.civ. a favore del terzo che vanti un diritto autonomo e incompatibile sul bene oggetto dell'esecuzione, un diverso orientamento è manifestato da Punzi, il quale rileva una possibile concorrenza fra le opposizioni regolate dagli artt. 404, comma 1, cod.proc.civ. e 619 cod.proc.civ.. L'Autore, dopo aver precisato che l'opposizione di terzo all'esecuzione non potrà essere esperita da chi abbia ricevuto la notificazione del titolo e del precetto, giacché costui dovrà avvalersi della tutela offerta dall'art. 615 cod.proc.civ., ha infatti affermato che spetta al terzo decidere se il suo diritto incompatibile possa essere tutelato nell'ambito del processo esecutivo, ovvero se debba farsi ricorso all'impugnazione prevista dall'art. 404, comma 1, cod.proc.civ. Il terzo infatti esperirà l'opposizione concessa dalla norma quando voglia eliminare «*gli effetti della sentenza che incidono sul suo bene anche inter partes*», quando cioè abbia interesse a

«impedire anche inter partes l'adempimento spontaneo o la esecuzione forzata del comando giudiziale, o quando ciò sia un'esigenza imprescindibile, scaturente dalla natura stessa del rapporto accertato». Quando, al contrario, egli riceva il danno nel momento dell'esecuzione della sentenza, allora, essendo il suo bene colpito dall'atto esecutivo, utilizzando l'art. 619 cod.proc.civ., eccepirà la sussistenza di un suo rapporto autonomo col bene, incompatibile con la pretesa fatta valere dalle parti, e la sua estraneità all'ambito soggettivo di esecutività di quel titolo (¹⁸⁹).

Sinora sono stati esaminati i rapporti fra l'opposizione ordinaria e l'opposizione di terzo all'esecuzione alla stregua dell'opinione collegante l'art. 404, comma 1, cod.proc.civ. alla tutela del terzo titolare di un diritto autonomo e incompatibile. Peraltro, visto il pressoché concorde orientamento dottrinale e giurisprudenziale che concede l'impugnazione anche al litisconsorte necessario pretermesso, occorre esaminare se anche questo soggetto possa tutelarsi ai sensi dell'art. 619 cod.proc.civ. In relazione a tale aspetto della questione è stata ipotizzata l'incompatibilità fra i due rimedi, essendo l'opposizione ordinaria posta a tutela dei terzi soggetti all'efficacia della sentenza, ma non soggetti alle impugnazioni proprie delle parti, laddove l'opposizione di terzo all'esecuzione garantisce i terzi non soggetti all'efficacia della sentenza e titolari di diritti autonomi e incompatibili.

Il dibattito sulla necessità dell'opposizione ordinaria sembra confermare quanto sostenuto dal Fabbrini in relazione alle esigenze di tutela del terzo titolare di un diritto autonomo e indipendente garantite dall'art. 404, comma 1, cod.proc.civ. Da quanto argomentato sembra infatti innegabile l'esistenza di una "zona grigia", costituita dalla possibile attuazione della sentenza (o dalla sua spontanea esecuzione), nella quale non potrebbe efficacemente inserirsi né l'azione autonoma

¹⁸⁹ Proto Pisani, *A proposito dei «Frammenti sull'opposizione di terzo» di Angelo Gualandi*, cit., 1336 s.

di accertamento (o l'opposizione dell'art. 615 cod.proc.civ.), perché - data la presenza della sentenza fra le parti - non sarebbe idonea a impedire questa eventualità ⁽¹⁹⁰⁾, né l'opposizione ex art. 619 cod.proc.civ. (anche volendola estendere alle esecuzioni dirette) che presuppone l'effettivo inizio dell'esecuzione ⁽¹⁹¹⁾.

Pertanto, con riferimento ai terzi titolari di diritti autonomi e incompatibili, l'opposizione ordinaria deve considerarsi necessaria non perché il diritto del terzo non possa trovare riconoscimento per altra via, ma perché costituisce l'unico rimedio per evitare che il terzo veda compromesso il suo diritto nel periodo intermedio che corre fra l'esecutività della condanna giurisdizionale e la sua concreta realizzazione ⁽¹⁹²⁾.

Considerazioni simili possono svolgersi in riferimento alla tutela del litisconsorte necessario pretermesso. A parte l'indubbia necessità dell'impugnazione ove si consideri la sentenza emanata a contraddittorio non integro, pur invalida, efficace nei suoi confronti, le conclusioni non cambiano qualora la sentenza dovesse essere considerata inesistente. Anche in questa ipotesi, infatti, il litisconsorte pretermesso non potrebbe evitare conseguenze pregiudizievoli prima dell'inizio dell'attività esecutiva se non mediante l'art. 404, comma 1, cod.proc.civ. non venendogli incontro - per le ragioni già illustrate - l'opposizione di terzo all'esecuzione, né l'azione di accertamento

¹⁹⁰ Per superare quanto affermato nel testo non sembra nemmeno possibile sostenere che il medesimo risultato garantito dall'art. 404, comma 1, cod.proc.civ., potrebbe essere raggiunto mediante un'azione autonoma esercitata nei confronti di entrambe le parti, con l'eventuale richiesta di provvedimenti cautelari (Montesano, *Recensione a Fabbrini, L'opposizione ordinaria nel sistema dei mezzi d'impugnazione*, RDP, 1969, 450 ss.). A questa considerazione si è infatti obiettato (Luiso, «*Opposizione di terzo*», cit., 4) che «*proprio perché nel nostro sistema esiste l'opposizione di terzo, è a questa che bisogna ricorrere per ottenere il fine voluto*».

¹⁹¹ Come esplicitamente affermato da Proto Pisani, *A proposito dei «Frammenti sull'opposizione di terzo» di Angelo Gualandi*, cit., 1336 s. e, implicitamente, da Punzi, op. cit., quando ammette la compatibilità fra i due rimedi.

¹⁹² Fabbrini, *Opposizione ordinaria*, cit., 104 ss.

dell'inesistenza, che (fino al passaggio in giudicato della sua definizione) non potrebbe impedire l'esecuzione o l'attuazione spontanea.

Secondo l'opinione definitiva di Olivieri ⁽¹⁹³⁾, pertanto: «*Le differenze, sottolineate dalle dottrine riferite, fra l'opposizione ordinaria e le opposizioni all'esecuzione, nonché il ritenuto carattere di necessità permettono di affermare che l'opposizione dell'art. 404, comma 1, cod.proc.civ. completa la tutela del terzo, giacché con essa l'ordinamento gli mette a disposizione uno strumento per neutralizzare gli effetti della decisione inter partes in ipotesi in cui il pregiudizio al proprio diritto non potrebbe essere evitato per altra via. Ciò, a parte l'evidente conseguenza della non superfluità dell'impugnazione, consente di affermare che l'art. 404, comma 1, cod.proc.civ. ha una funzione strettamente collegata all'art. 24, comma 1, Cost., concedendo a un soggetto di agire in giudizio per la tutela di un proprio diritto anche quando la lesione di quello sia prodotta non da un comportamento o da un'omissione di un altro soggetto, ma da una sentenza pronunciata fra altre parti. Tale forma di tutela, proprio perché collegata a un pregiudizio cagionato da una decisione giurisdizionale, non poteva che assumere la forma dell'impugnazione*».

2. L'INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA: LA SCELTA DI PREDILIGERE LA FACOLTATIVITÀ DEL RIMEDIO

2.1. – L'evidente mancanza di un accordo dottrinale non poteva che riflettersi in una incredibile discontinuità in giurisprudenza. Basti considerare che, pur a seguito di una pronuncia a Sezioni Unite intervenuta nel 2002, la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi nuovamente, e di nuovo a Sezioni Unite, nel 2013, senza che – in verità

¹⁹³ Olivieri, *Opposizione di terzo*, in *Digesto civ.*, cit., 104.

– fossero intervenute riforme o mutamenti sostanziali atti a giustificare questa necessità.

Ma procediamo con ordine. Nel 1992, la Suprema Corte era intervenuta, dopo molto tempo, sul tema della facoltatività dell'opposizione di terzo, riaprendo (forse inconsapevolmente) il dibattito in materia, con una sentenza (¹⁹⁴) che pareva voler definire quantomeno la posizione del conduttore costretto al rilascio dell'immobile locato dall'esecuzione di sentenza pronunciata nei confronti di un terzo, considerato a sua volta, erroneamente, conduttore. Costui infatti, afferma la Corte in quell'occasione, non è tenuto, per ottenere la tutela del suo diritto, ad esperire l'opposizione di terzo ordinaria, in quanto il pregiudizio subito non gli deriva dal giudicato, bensì dalla sua esecuzione e, pertanto, può essere rimosso con un'azione di accertamento del proprio diritto personale al godimento della cosa, che configura una situazione oggettivamente diversa ed indipendente da quella decisa, non direttamente coinvolta dalla pronuncia. Sicché, la Corte abbraccia la teoria per cui il rimedio concorre con l'ordinaria azione di accertamento del proprio diritto, laddove il pregiudizio derivi al terzo non dalla sentenza, ma dalla sua esecuzione.

La pronuncia citata apre così la via a una corrente giurisprudenziale che percorre circa un lustro, fino alla sentenza n. 7110/1997, che rappresenta il punto di rottura di un orientamento ormai consolidato. In verità, come vedremo, le due pronunce non si pongono in reale contrasto l'una con l'altra, anzi: la Corte, nel 1997, si limita a definire una situazione che la precedente sentenza non aveva apertamente affrontato. Il caso vedeva la ricorrente, subentrata a

¹⁹⁴ Cass., 13 luglio 1992, n. 8485, in Rep. Giur. It., 1992, voce «Opposizione di terzo», n. 5, e, per esteso, in Arch. loc, 1993, 537. Per precedenti nello stesso senso v. Cass., 31 agosto 1966, n. 2301, in Mass., 1966; Id., 16 febbraio 1976, n. 508, in Rep. Giur. It., 1976, voce «Esecuzione forzata», n. 49 e, per esteso, in Foro It., 1976, 2194; Id., 22 ottobre 1986, n. 6191, ivi, 1986, voce «Opposizione di terzo», n. 1 e, per la motivazione, in Giust. Civ., 1987, I, 580.

seguito di cessione di azienda quale conduttrice in un contratto di locazione, contro la società locatrice, la quale successivamente aveva sfrattato per finita locazione il precedente conduttore. La ricorrente chiedeva che fosse accertato il suo diritto alla conduzione dell'immobile. Il giudice di primo grado aveva dichiarato inammissibile la domanda, in quanto a suo avviso l'attrice avrebbe dovuto proporre opposizione ordinaria di terzo, trattandosi dell'unico rimedio consentito nella fattispecie in esame.

Anche la Corte d'appello, successivamente adita, aveva confermato tale decisione, considerando che nel caso di specie - in cui la pronuncia resa *inter alios* non era stata messa in esecuzione - il solo rimedio esperibile era l'opposizione di terzo, essendo l'azione di accertamento rimedio consentito nel caso di pregiudizio derivante solo dall'esecuzione del giudicato.

Ebbene, in questa occasione la Suprema Corte ha confermato la decisione della Corte d'appello, con una motivazione piuttosto semplice, ossia individuando un problema di coordinamento tra gli artt. 100, 615 e 40 cod.proc.civ. e l'art. 2909 cod.civ., e concentrando pertanto il *focus* decisionale sulla questione dei limiti soggettivi del giudicato. La Corte di legittimità esclude che, nel caso de quo, il giudicato intervenuto *inter alios* possa pregiudicare la ricorrente, in quanto questa, succeduta al cedente prima della formazione del giudicato, non può essere inquadrata tra gli aventi causa di cui all'art. 2909 cod.civ.. Viene altresì esclusa l'ipotesi che la ricorrente possa proporre opposizione ai sensi dell'art. 615 cod.proc.civ., non avendo la stessa inteso contestare l'efficacia esecutiva nei suoi confronti del titolo esecutivo ed il diritto della parte istante di procedere ad esecuzione.

La Suprema Corte pertanto, chiamata a stabilire se l'opposizione di terzo sia rimedio necessario o facoltativo, opta in questo caso per la prima soluzione, sulla base delle seguenti considerazioni: individua quale soggetto legittimato a proporre tale rimedio colui che avrebbe

dovuto (perché litisconsorte necessario) o potuto (ai sensi degli artt. 105, comma 1, 106 e 107 cod.proc.civ.) partecipare al giudizio e tuttavia non lo ha fatto o non è stato posto in condizioni di farlo; secondariamente, afferma che l'impugnazione straordinaria prevista dall'art. 404, comma 1, cod.proc.civ., volta a far valere la mancanza di pregiudizio nei confronti del terzo, per i limiti soggettivi del giudicato, in quanto rimedio espressamente stabilito dalla legge, non sembra lasciar spazio ad una ordinaria azione di accertamento, avente carattere residuale.

I commentatori dell'epoca¹⁹⁵) hanno considerato la sentenza *de qua* come la concretizzazione dell'abbandono di un indirizzo giurisprudenziale costante, che qualificava l'opposizione di terzo quale rimedio facoltativo. Secondo costoro, tali ragioni possono essere infatti perseguite altresì con l'eccezione di inopponibilità della sentenza pronunciata *inter alios*, oppure con un'autonoma azione di mero accertamento, intesa a dichiarare tale inopponibilità e la sussistenza del diritto del terzo, anche se incompatibile con quanto giudicato nella sentenza. Ad avviso di chi scrive, si è trattato più che altro di una precisazione, o meglio, della trattazione di un caso particolare, sul quale la giurisprudenza del 1992 non si era soffermata. Basti considerare che la Corte motiva la propria decisione anche affermando che l'azione di accertamento ha carattere residuale poiché mancherebbe un interesse del terzo (ai sensi dell'art. 100 cod.proc.civ.) ad esercitarla al posto dell'impugnazione straordinaria espressamente prevista dalla legge. Sulla base di tale riflessione, all'opposizione di terzo viene così riconosciuto carattere necessario.

2.2. – Come visto, la giurisprudenza appena citata, nel tentativo di dare una risposta al problema della facoltatività o necessità dell'opposizione di terzo, lasciava tuttavia non pochi dubbi

¹⁹⁵ Giur. It., 1998, 7 (nota a sentenza)

all'interprete. La naturale conseguenza di ciò è consistita in una successiva pronuncia a Sezioni Unite nel 2002 (¹⁹⁶). La Suprema Corte, interrogata in quell'occasione circa l'ammissibilità di un'azione di accertamento da parte di chi avrebbe potuto proporre opposizione di terzo ordinaria (in un caso di retratto successorio), fornisce questa volta risposta affermativa, anche se, in realtà, sposta il *focus* della questione su un piano differente. La fattispecie trae origine da una successione ereditaria avente ad oggetto un immobile già dato in locazione, in cui una delle coeredi (che erano due sorelle) aveva venduto la propria quota d'immobile a un terzo, senza rispettare il diritto di prelazione che la legge accorda al conduttore (art. 38 l. 27 luglio 1978, n. 392). Il Tribunale di Napoli accoglie la domanda del conduttore, sostituendolo al terzo nel contratto di vendita della quota dell'immobile. La seconda sorella, ancora proprietaria di una quota del bene, conviene a quel punto in giudizio davanti al Tribunale di Napoli la sorella, il conduttore dell'immobile e il terzo acquirente, lamentando la violazione del suo diritto di prelazione ai sensi dell'art. 732 cod.civ., che escludeva la prelazione del conduttore. Il Tribunale tuttavia rigetta la domanda della coerede, sul presupposto che ella avrebbe potuto esperire solo l'opposizione di terzo ordinaria ex art. 404, comma 1, cod.proc.civ..

La sentenza viene dunque impugnata dalla soccombente: la Corte di appello di Napoli riforma la pronuncia di primo grado e accoglie la domanda di retratto successorio della coerede, sulla base delle note considerazioni sulla natura meramente facoltativa dell'opposizione ordinaria di terzo.

Anche la sentenza d'appello viene impugnata, e la questione viene rimessa alle Sezioni Unite, poiché nel frattempo è intervenuta la citata sentenza del 1997, nella quale la Corte si discostava dal precedente orientamento in materia, affermando che il terzo

¹⁹⁶ Cass. civ. Sez. Unite, 26 luglio 2002, n. 11092, in *Corriere Giur.*, 2002, 11, 1413, con nota Carbone e Nasti.

legittimato a proporre l'opposizione di terzo, non può iniziare una autonoma azione di accertamento ⁽¹⁹⁷⁾. La Cassazione si pronuncia confermando l'orientamento che considera l'opposizione di terzo ordinaria come un mezzo d'impugnazione facoltativo, nel senso che il terzo che si reputi pregiudicato dalla sentenza resa tra altri può proporre opposizione *ex art. 404, comma 1, cod.proc.civ.*, ma può altresì proporre un'azione di accertamento, con un separato giudizio. La motivazione della sentenza prende però in esame soprattutto il problema dell'ammissibilità dell'azione di accertamento sotto il profilo dell'interesse ad agire, più ancora che concentrarsi sul problema della facoltatività del rimedio, fermo restando che il terzo, attraverso il vittorioso esperimento di tale azione, non otterrebbe la rimozione della sentenza che lo pregiudica.

2.3. – Negli anni successivi, la questione pare dunque risolta: le Sezioni Unite essendosi pronunciate, l'orientamento oramai pacifico si era consolidato nel considerare che il litisconsorte necessario pretermesso, di fronte alla sentenza resa senza il suo coinvolgimento, avrebbe potuto utilizzare sia il rimedio dell'opposizione ordinaria di terzo, ai sensi dell'art. 404, comma 1, cod.proc.civ. (in questo modo eliminando la sentenza *inutiliter data*), sia quello dell'opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'art. 615 cod.proc.civ., qualora la stessa sentenza fosse stata portata ad esecuzione anche nei suoi confronti.

Riassumendo brevemente quanto già descritto nel paragrafo precedente, infatti, nel 2002 le Sezioni Unite avevano riaffermato la tesi della facoltatività dell'opposizione di terzo ordinaria da parte del litisconsorte necessario pretermesso, ritenendo che questi potesse liberamente scegliere di azionare alternativamente l'opposizione ordinaria di terzo, ove intendesse eliminare il titolo formatosi

¹⁹⁷ Orientamento comunque sconfessato da Cass., 13 luglio 1992, n. 8485 e Cass., 22 ottobre 1986, n. 6191, in *Giust. civ.*, 1987, I, 580.

illegittimamente senza la sua partecipazione al giudizio, oppure un'autonoma azione di accertamento (esperibile anche in sede di opposizione all'esecuzione), ove volesse conseguire non la rimozione della sentenza, bensì un accertamento dal quale risulti la non conformità a diritto di tale pronuncia (¹⁹⁸).

Eppure, il dibattito giurisprudenziale non era destinato a concludersi. Nel 2015, con una lunga e articolata sentenza, le Sezioni Unite sono nuovamente intervenute sui rapporti fra opposizione di terzo ordinaria *ex art. 404, comma 1, cod.proc.civ.* e opposizione all'esecuzione *ex art. 615, cod.proc.civ.*, pervenendo a conclusioni assai diverse dalle precedenti. La pronuncia in questione è la nota Cass. civ. Sez. Unite, 23 gennaio 2015, n. 1238; una sentenza, come già evidenziato, particolarmente massiccia (lunga più di 80 pagine), accolta con scarsa approvazione dai commentatori, alcuni dei quali le

¹⁹⁸ Vi sono state peraltro una serie di pronunce successive che si sono conformate a tale orientamento, in particolare Cass. civ. Sez. III, 28 aprile 2006, n. 9964 (massima ufficiale: *“Il locatore può chiedere la risoluzione del contratto e la condanna al rilascio del bene nei confronti del conduttore anche nel caso in cui, al momento della proposizione della domanda, detto bene sia detenuto da un terzo, immesso dal conduttore, perché la sentenza di condanna al rilascio ha effetto anche nei confronti del terzo, il cui titolo presuppone quello del conduttore. D'altro canto, il terzo detentore dell'immobile per il quale il locatore ha ottenuto, nei confronti del conduttore, una sentenza di condanna al rilascio, può opporsi o all' esecuzione, ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ., se sostiene di detenere l'immobile in virtù di un titolo autonomo e perciò non pregiudicato da detta sentenza; o ai sensi dell'art. 404, comma secondo, cod. proc. civ., se invece sostiene la derivazione del suo titolo da quello del conduttore, ed esser la sentenza frutto di collusione tra questi e il locatore, in suo danno”*); Cass. civ. Sez. III Sent., 24 luglio 2012, n. 12895

hanno dedicato parole di fuoco (¹⁹⁹⁻²⁰⁰).

¹⁹⁹ Ci si riferisce in particolare al commento di Costantino, *Sui rimedi utilizzabili dal litisconsorte necessario pretermesso. Recensione ad un saggio in veste di sentenza*, in *Foro it.* 2015, I, 2062 ss., ove l'A. evidenzia che: "La corte [...] ha sovvertito la soluzione accolta dalle stesse sezioni unite e frutto di una risalente elaborazione giurisprudenziale esclusiva ed obbligata, quella dell'opposizione ordinaria di terzo [...] la sentenza in epigrafe ha anche ignorato l'affidamento incolpevole della litisconsorte necessaria pretermessa, che aveva proposto opposizione all'esecuzione, confidando in un orientamento consolidato e pacifico e condiviso dalle stesse sezioni unite. [...] Il provvedimento in epigrafe, in riferimento ad un contesto normativo immutato, ovvero ad una «inalterata» «formula del segmento di legge processuale», ha abbandonato l'interpretazione equilibrata accolta dalle stesse sezioni unite, ne ha ricercata un'altra in assenza di contrasti di giurisprudenza, ha ristretto gli spazi di tutela del litisconsorte necessario pretermesso. Ha ignorato l'esigenza, affermata ancora dalle stesse sezioni unite, di confermare, in funzione di «un economico funzionamento del sistema giudiziario», «l'interpretazione sulla cui base si è, nel tempo, formata una pratica di applicazione stabile». Ha anche ignorato l'affidamento incolpevole della parte che aveva proposto opposizione alla esecuzione e ha cassato senza rinvio la sentenza impugnata".

²⁰⁰ Le stesse considerazione propone anche Proto Pisani, *ibidem*, nella sua nota alla sentenza: *Ancora (dopo decenni) sulla opposizione di terzo ordinaria*: "La sentenza ribadisce la «vecchia» posizione dottrinale e giurisprudenziale circa il c.d. «onere di gravame» a carico dei terzi legittimati alla proposizione della opposizione di terzo ordinaria ex art. 404, comma 1, cod.proc.civ. e quindi sull'inammissibilità della proposizione da parte loro di opposizione all'esecuzione ex art. 615 o di opposizione di terzo all'esecuzione ex art. 619 cod.proc.civ. [...] Leggenda mi sono inevitabilmente venute alla mente le molte riflessioni che cinquanta anni fa andavo svolgendo per scrivere una monografia (dommatica) sulla opposizione del terzo ordinaria [...]. Direi però che soprattutto mi è tornato alla mente un articolo [...] di dieci anni dopo con cui presi le distanze da quella mia prima monografia per ragioni «per così dire di carattere metodologico». Va peraltro ricordato che nella monografia del 1965, più volte citata, egli aveva sostenuto "[...] che legittimati alla proposizione della opposizione di terzo ordinaria fossero unicamente i litisconsorti necessari pretermessi e i falsi rappresentati, e non anche i terzi titolari di diritti autonomi ed incompatibili (che ritenevo legittimati alla sola proposizione della opposizione di terzo all'esecuzione). Ritornando sull'argomento nel mio articolo del 1976 ritenni che il mio discorso fosse viziato da un pregiudizio concettualistico, in quanto esigenze pratiche di tutela (la possibilità di ottenere la sospensione dell'esecuzione della sentenza ex art. 407 cod.proc.civ. anche prima dell'inizio dell'esecuzione forzata) consigliavano di ritenere legittimati all'opposizione di terzo ordinaria anche i terzi titolari di diritti autonomi e incompatibili. [...] il rimedio della opposizione di terzo

In estrema sintesi (ma avremo modo di analizzare dettagliatamente la sentenza nelle pagine che seguono), la Suprema Corte arriva alla conclusione che il litisconsorte necessario pretermesso (ed altresì il terzo titolare di diritto autonomo e incompatibile con quello accertato nella sentenza, il terzo titolare di *status* incompatibile e il falsamente rappresentato) sarebbe obbligato ad esperire l'opposizione di terzo ordinaria, al fine di neutralizzare gli effetti per sé negativi della sentenza pronunciata *inter alios*, e non potrebbe far valere la sua situazione legittimante con l'opposizione all'esecuzione.

La Corte afferma, nelle premesse della motivazione, di aver avvertito l'esigenza di conformare i precedenti approdi giurisprudenziali «*alla stregua dell'evoluzione del sistema assiologico processuale*». Come abbiamo già avuto modo di osservare, l'espressione non è chiara, poiché in verità le conclusioni maggiormente consolidate in materia andavano in senso opposto a quello cui le Sezioni Unite hanno invece aderito, e va peraltro considerato che l'«*evoluzione del sistema assiologico processuale*»⁽²⁰¹⁾ considerava allora determinante, per l'applicazione dell'art. 102,

sarebbe una impugnazione tutta particolare perché (oltre a poter essere proposta al di là di qualsiasi termine di decadenza) non escluderebbe mai la possibilità per il terzo di far valere il suo diritto (pregiudicato, dice la sentenza in epigrafe, non solo in fatto ma anche in diritto?) attraverso un'autonoma azione di accertamento (o anche di condanna) che finirebbe con l'assorbire la sentenza resa *inter alios*. [...] Così stando le cose, una volta ammesso (come ritengono le sezioni unite) che il litisconsorte necessario pretermesso (come pure i terzi titolari di diritti autonomi ed incompatibili) abbiano a loro tutela anche la proposizione di un'autonoma azione (di accertamento o di condanna), mi sembra che escludere che tale azione possa essere esercitata anche nelle forme dell'art. 615 (o 619) cod.proc.civ., con l'annessa tutela cautelare della sospensione dell'esecutività o dell'esecuzione già iniziata, comporta cadere in quello stesso genere di vizio concettualistico di privilegiare esigenze dommatiche rispetto ad esigenze pratiche di tutela, vizio da me denunciato (contro me stesso) nel mio articolo del 1976: sacrificare sull'altare della logica formale esigenze pratiche di tutela”.

²⁰¹ V., in riferimento alle azioni reali, Cass., sez. un., 13 novembre 2013, n.

comma 1, cod.proc.civ. la plurisoggettività della situazione sostanziale dedotta in giudizio. È dunque opportuno approfondire la rilevanza che tale aspetto assume a proposito del problema in esame.

L'intervento ha, in ogni caso, determinato il superamento di conclusioni fino ad allora consolidate intorno ad una fondamentale questione di interpretazione e applicazione della disciplina processuale, per riaffermare un'impostazione ripetutamente avanzata nel passato, ma che sembrava ormai definitivamente superata dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

La motivazione, strutturata in venticinque paragrafi, è molto estesa e va a formare quello che i commentatori hanno definito un "saggio in veste di sentenza" ⁽²⁰²⁾. È pertanto utile analizzarne dettagliatamente il contenuto, poiché essa si presenta a conti fatti come una delle più recenti "opere monografiche" in materia di opposizione di terzo in generale, e di rapporto con le diverse forme di impugnazione in particolare.

La causa da cui è scaturita la sentenza (iniziata nel lontano 1985)

25454, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 22, e *Giur. it.*, 2014, 1394, con nota Benigni; *Riv. dir. proc.*, 2014, 1568, con nota Pezzani; Guida al dir., 2013, fasc. 48, 38, con nota Finocchiaro; in riferimento all'azione di simulazione, Cass., sez. un., 14 maggio 2013, n. 11523, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Simulazione civile*, n. 11, e *Corriere giur.*, 2014, 615, con nota Rolfi.

²⁰² Ancora, la nota di Costantino si concentra sull'estensione della sentenza. L'A. si dilunga in un'analisi precisa di tutte le norme violate dalla Suprema corte a tal proposito: "[...] La sentenza che si riporta è di 84 pagine; la motivazione completa è di 172.459 caratteri, inclusi gli spazi, e di 146.990 caratteri, senza gli spazi [...] La forma della sentenza è regolata dagli art. 132 cod.proc.civ. e 118 disp. att. cod.proc.civ., modificati dagli art. 45, 17° comma, e 52, 5° comma, l. 18 giugno 2009 n. 69. La seconda disposizione stabilisce che «la motivazione della sentenza di cui all'art. 132, 2° comma, n. 4, del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi. Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati. Nel caso previsto nell'art. 114 del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione. In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici».

era la seguente: una volta notificato il precetto in relazione ad un'azione esecutiva avente ad oggetto la demolizione di un muro perimetrale all'unico soggetto indicato come obbligato dal titolo esecutivo, la coniuge del precettato (che era soggetto terzo) proponeva opposizione all'esecuzione *ex art. 615 cod.proc.civ.*, sostenendo di essere comproprietaria dell'immobile oggetto dell'azione esecutiva e deducendo di essere stata a suo tempo illegittimamente pretermessa, quale compossessore e comproprietario, e quindi litisconsorte necessario, dal giudizio possessorio che aveva dato origine alla vicenda. Già sotto questo profilo, si può notare come l'indicazione dell'opposizione ordinaria di terzo *ex art. 404, comma 1, cod.proc.civ.* quale unico rimedio utilizzabile dal litisconsorte necessario pretermesso per ottenere la sospensione dell'esecuzione della sentenza *inter alios* costituisca un semplice *obiter dictum*: oggetto della decisione è infatti l'inammissibilità dell'opposizione alla esecuzione *ex art. 615 cod.proc.civ.* Il che, come è stato correttamente evidenziato ⁽²⁰³⁾, preclude l'efficacia di precedente alla parte di sentenza, estranea al *decisum*, che fissa il discrimine tra le due forme di rimedio, lasciando aperta la strada a nuove interpretazioni giurisprudenziali.

La sentenza ha, come detto, un contenuto particolarmente ampio, per cui in questa sede ne analizzeremo la sola parte che va a toccare il tema portante del presente capitolo.

Va tuttavia premessa qualche considerazione circa la legittimazione attiva all'opposizione del terzo da parte del litisconsorte necessario pretermesso: come meglio si dirà, la dottrina è divisa tra chi ritiene che tra i soggetti legittimati *ex art. 404, comma 1, cod.proc.civ.* vadano ricompresi anche i litisconsorti pretermessi ⁽²⁰⁴⁾, e chi invece

²⁰³ Costantino, *cit.*, I, 2062 ss..

²⁰⁴ Così, come è ormai noto, per Proto Pisani, *A proposito dei "Frammenti sull'opposizione di terzo" di Angelo Gualandi*, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1976, 1321 ss..

nega tale legittimazione ⁽²⁰⁵⁾. La questione riguarda soprattutto gli effetti della sentenza che decida la causa malgrado la pretermissione del litisconsorte ⁽²⁰⁶⁾. L'orientamento favorevole al riconoscimento della legittimazione attiva del litisconsorte necessario pretermesso sostiene che non sempre, in questi casi, la sentenza viziata vada considerata come *inutiliter data*: essa sarà sì invalida, perché emessa a contraddittorio non integro, ma mantiene piena efficacia tra le parti, anche se resta annullabile dal terzo pregiudicato ⁽²⁰⁷⁾ a mezzo dell'opposizione ordinaria ⁽²⁰⁸⁾.

La tesi contraria ad accogliere il litisconsorte necessario pretermesso nel novero dei legittimati attivi all'opposizione del terzo ritiene, invece, che la sentenza emessa in violazione delle regole relative al litisconsorzio necessario sia *inutiliter data* anche per i terzi pretermessi ⁽²⁰⁹⁾, in concordanza con il disposto dell'art. 102 cod.proc.civ. ⁽²¹⁰⁾: il soggetto cui fa riferimento l'art. 404, comma 1, cod.proc.civ. è da individuarsi esclusivamente nel titolare di un rapporto autonomo e incompatibile, il quale si trovi ad essere

²⁰⁵ Così Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano 1981, 385; Fabbrini, *L'opposizione ordinaria di terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano 1968, passim.

²⁰⁶ Per una completa analisi della dottrina e della giurisprudenza su questi profili Consolo e Godio, in Aa.Vv., *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, II, Torino 2012, sub 102, 54 ss

²⁰⁷ Così Poto Pisani, *A proposito dei "Frammenti sull'opposizione di terzo" di Angelo Gualandi*, cit., 1326. In relazione al litisconsorzio necessario *propter opportunitatem*, Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit.

²⁰⁸ Vincre, *Il litisconsorte pretermesso e l'opposizione all'esecuzione*, Riv. Dir. Proc., 2015, 6, 1569 (nota a sentenza).

²⁰⁹ Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano 1981, 389; Costantino, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli 1979.

²¹⁰ Fabbrini, *L'opposizione ordinaria di terzo*, cit., 210; Cass. 4 aprile 2014, n. 8032, in Guida al dir. 2014, 23, 91.

pregiudicato da una sentenza emessa *inter alios* ⁽²¹¹⁻²¹²⁾.

Le Sezioni Unite aderiscono evidentemente al primo orientamento, per cui la sentenza emessa a contraddittorio non integro è comunque in grado di produrre effetti e pregiudizio per il terzo. Da ciò consegue che egli deve proporre un'impugnazione, individuata obbligatoriamente nell'opposizione *ex art. 404*, comma 1, cod.proc.civ., non avendo il terzo altra possibilità di influire sugli effetti della sentenza emessa *inter alios*. Non è invece accettabile che il terzo litisconsorte pretermesso possa sottrarsi agli effetti diretti della sentenza attraverso la *exceptio rei inter alios iudicatae*, poiché in questo modo si negherebbe che essa espliciti effetti nei confronti del terzo, perché con la suddetta eccezione non si può produrre alcun effetto di annullamento e sostituzione della sentenza, ed altresì si negherebbe il carattere di impugnazione dell'opposizione *ex art. 404* cod.proc.civ. “con la conseguente negazione del valore generale del principio di cui all'art. 161, comma 1, costituisce un'espressione particolare” ⁽²¹³⁾.

L'orientamento maggioritario sosteneva peraltro che il terzo, pur essendo in via generale libero di scegliere tra l'opposizione *ex art. 404* cod.proc.civ. e un'azione autonoma a tutela del proprio diritto, fosse tenuto ad optare per la prima qualora volesse impedire l'attuazione *inter partes* della sentenza ⁽²¹⁴⁾, ossia il danno da esecuzione che gliene deriverebbe ⁽²¹⁵⁾. La sentenza delle Sezioni Unite conferma che grava

²¹¹ Secondo alcuni, tale pregiudizio deriva dalla cosiddetta efficacia naturale della sentenza e si sostanzia essenzialmente in un pregiudizio da incompatibilità. V. sul punto Liebman, *Autorità ed efficacia della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, 65 ss. e 93 ss.

²¹² Secondo altri, il pregiudizio deriva dall'eliminazione della qualifica di prevalenza che la sentenza produce al diritto del terzo. V. sul punto Fabbrini, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, cit., 108.

²¹³ Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 705.

²¹⁴ Fabbrini, *L'opposizione*, cit., 82; Cecchella, *L'opposizione del terzo alla sentenza*, Torino, 1995, 40.

²¹⁵ Fabbrini, *L'opposizione ordinaria di terzo*, cit., 48.

sul terzo l'onere di impugnazione finalizzato a far cessare gli effetti esecutivi prodotti dalla sentenza (²¹⁶). Il problema non è rappresentato, secondo la Cassazione, dalla richiesta di accertamento dell'inesistenza del diritto di procedere ad esecuzione forzata avanzata da parte del terzo, quanto dalla possibilità che venga chiesta, in sede di opposizione *ex art. 615 cod.proc.civ.* la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo o la sospensione dell'esecuzione. Tuttavia, una critica che è sovente stata mossa a questa tesi: essa si fonda, infatti, sull'idea secondo cui anche nel caso in cui il terzo non solo non abbia preso parte al giudizio, ma non sia stato nemmeno considerato e nominato quale contitolare del diritto oggetto del giudizio, la sentenza sia comunque in grado di produrre effetti pregiudizievoli anche nei suoi confronti, come può avvenire quando essa venga portata dalla parte vittoriosa in esecuzione; e da qui la necessità di una impugnazione.

Ma così, in realtà, non ritiene che sia nemmeno l'autorevole dottrina, cui la sentenza in esame si ispira. Essa nega infatti l'opponibilità della sentenza *ex art. 404, comma 1, cod.proc.civ.* nell'ipotesi in cui la medesima sia stata pronunciata nei confronti solo di alcuni contitolari, fondandosi sul presupposto che soltanto i soggetti divenuti parti del giudizio siano gli esclusivi titolari del rapporto dedotto. In tale caso la violazione della regola del litisconsorzio necessario è infatti solo apparente, poiché la necessità del medesimo deve essere valutata dal giudice in base a ciò che viene affermato dall'attore. La sentenza, in queste ipotesi, ha dunque ad oggetto un rapporto diverso da quello di cui è contitolare il terzo, sicché essa è per questo soggetto assolutamente inefficace, con l'ulteriore conseguenza che a questo terzo è "in via pregiudiziale da escludere la legittimazione alla opposizione di terzo ordinaria in quanto egli non è

²¹⁶ La tesi è sostenuta da chi individua il pregiudizio del terzo non nell'accertamento contenuto nella sentenza, ma nella sua esecutività; si ritiene in tal caso che l'opposizione di terzo abbia carattere necessario, perché "è il solo mezzo possibile per evitare la distruzione del diritto attraverso l'esecuzione della sentenza".

soggetto all'efficacia diretta (di accertamento, costitutiva o esecutiva) della sentenza" (217).

Le Sezioni Unite, dunque, riconoscono la legittimazione del litisconsorte pretermesso all'opposizione *ex art.* 404, comma 1, cod.proc.civ. (218); legittimazione peraltro riconosciuta al medesimo soggetto dalla stessa Cassazione con orientamento ampiamente consolidato (219). Su questo filone, si giunge a ritenere impossibile per il litisconsorte pretermesso di far valere le sue ragioni tramite il rimedio di cui all'art. 615 cod.proc.civ., sia in caso di opposizione proposta prima dell'esecuzione, che successivamente. Tale soluzione sarebbe giustificata dall'onere gravante sul litisconsorte necessario pretermesso di impugnare la sentenza con l'opposizione di terzo ordinaria: da ciò, la tesi secondo cui l'impugnazione straordinaria rappresenta l'esclusivo rimedio per il terzo pregiudicato dalla sentenza.

Ad ogni modo – prosegue la Corte – va tenuto presente che l'interesse ad agire del litisconsorte necessario pretermesso non necessariamente collima con quello che legittima a proporre l'opposizione di terzo ordinaria, anche perché la tutela processuale così ottenuta produce effetti che non coincidono perfettamente con quelli dell'opposizione all'esecuzione.

Pertanto, riprendendo il ragionamento delle Sezioni Unite del 2002, si arriva a considerare che solo nel caso in cui l'interesse del litisconsorte pretermesso dovesse essere quello di eliminare la sentenza *inutiliter data*, a causa della sua esclusione, l'ordinamento non concederebbe altro rimedio se non quello dell'opposizione di terzo ordinaria, che rimarrebbe quindi esclusivo. Qualora invece l'interesse fosse quello di ottenere una pronuncia che accerti

²¹⁷ Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 651 s.

²¹⁸ Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit.

²¹⁹ Cass. 3 gennaio 2011, n. 17; Cass. 14 maggio 2005, n. 10130; Cass. 17 luglio 2003, n. 11185.

l'inefficacia del titolo esecutivo azionato contro di lui, potrebbe alternativamente utilizzare il rimedio di cui all'art. 404 comma 1 cod.proc.civ. ma ugualmente anche un'opposizione all'esecuzione ex art. 615 ovvero 619 cod.proc.civ..

Di conseguenza, è possibile considerare l'opposizione di cui all'art. 404 *“come un ‘di più’ a vantaggio dei soggetti che versano in determinate situazioni, ‘di più’ che arricchisce (con il vantaggio della possibilità di chiedere la sospensione della esecuzione) la gamma dei mezzi a disposizione del terzo”*; ragion per cui, non appare condivisibile l'imposizione al terzo pretermesso di utilizzare in ogni caso l'opposizione ex art. 404 comma 1 cod.proc.civ., anche laddove gli sarebbe sufficiente un'autonoma azione di accertamento o un'azione ex art. 615 o 619 cod.proc.civ., in quanto l'azione dovrebbe conformarsi all'interesse ad agire dell'attore, sulla base del principio generale di proporzionalità della tutela giurisdizionale, che a sua volta discende dalla necessità di assicurare la ragionevole durata del processo.

Sempre citando la lettera della sentenza, già in relazione all'art. 510 del codice del 1865, la scelta per il terzo di utilizzare un rimedio piuttosto che l'altro, *“è sempre questione di utilità, non di necessità e l'utilità è un criterio contingente ed empirico da cui non si traggono classificazioni scientifiche”*, essendo evidente che *“in tutti i casi in cui è ammessa l'opposizione del terzo ... è esclusa l'azione di accertamento”*.

Invero, la Cassazione non nega in via generale che il litisconsorte pretermesso sia legittimato a proporre un'azione di cognizione con oggetto identico rispetto a quella dove è stato escluso, come alternativa all'intervento: gli ermellini difatti affermano che non vi sia un dovere di intervenire, né per il litisconsorte pretermesso, né per il titolare di un diritto autonomo e incompatibile, né per il titolare di uno *status* incompatibile, né per il falsamente rappresentato, anche nel caso in cui abbiano avuto conoscenza del processo, potendo loro sempre far

valere il proprio diritto con un'azione autonoma, per quanto, nel corso di questo differente giudizio, non potrebbero ottenere provvedimenti cautelari contro l'efficacia esecutiva o gli effetti esecutivi o di accertamento della sentenza non opposta.

Identica soluzione viene altresì data anche all'ipotesi in cui il terzo venga a conoscenza del processo *inter alios*, oppure si trovi “di fronte ad una situazione fattuale determinata dai soggetti tra 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” (§ 20). Secondo le Sezioni Unite, non può negarsi al terzo la possibilità di adire il giudice con un'autonoma azione, sia laddove il terzo sia legittimato a proporre intervento in appello *ex art. 344 cod.proc.civ.*, sia quando questi sia legittimato a proporre opposizione di terzo *ex art. 404, comma 1, cod.proc.civ.*: ciò che è preclusa, in tal caso, è la possibilità di incidere sulla decisione altrui, specie in via cautelare.

Eppure, malgrado le premesse appena esposte sembrano inevitabilmente condurre a un certo indirizzo decisionale, la Cassazione afferma che il terzo litisconsorte pretermesso non è legittimato all'opposizione all'esecuzione né ai sensi del comma 1 dell'art. 615 *cod.proc.civ.*, né ai sensi del comma 2 della medesima norma, né gli spetta legittimazione all'opposizione di terzo *ex art. 619 cod.proc.civ.*, poiché se egli vuole contestare l'esecuzione contro di lui intrapresa, sebbene non sia stato destinatario del precetto, in base al titolo esecutivo giudiziale che si è formato *inter alios*, allora deve proporre opposizione di terzo ordinaria. Solo in quella sede egli potrà infatti chiedere e ottenere la sospensione dell'efficacia della sentenza *ex art. 407 cod.proc.civ.*.

Il che appare abbastanza paradossale, anche solo tenendo conto che nel § 15.1 la Corte aveva osservato che «*La posizione del terzo litisconsorte necessario pretermesso è certamente quella che sotto tale profilo presenta il maggior vantaggio di possibilità di tutela*», prima

indicate nella possibilità di intervenire, anche in appello, e di proporre opposizione di terzo, nonché, secondo l'orientamento contestato, anche quella di agire autonomamente. Ed ancora, è la stessa motivazione della sentenza a specificare che *«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 cod.proc.civ., commi 1 e 2, 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»* (§ 6 della motivazione). Non si coglie pertanto il motivo per cui, al contrario, gli sarebbe obbligatoriamente preclusa la possibilità di opporsi ai sensi degli artt. 615 e 619 cod.proc.civ..

Per quanto attiene all'opposizione di terzo all'esecuzione, infatti, la Corte nega al litisconsorte pretermesso la possibilità di far valere la sua terzietà rispetto al titolo esecutivo, negando altresì che l'esecutato possa ottenere un provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo al di fuori della ipotesi di cui all'art. 407 cod.proc.civ.. D'altronde, è abbastanza evidente che, esercitando un'autonoma azione, il litisconsorte pretermesso non avrebbe la possibilità di beneficiare di un'adeguata tutela cautelare del suo diritto, perché il giudice davanti al quale viene instaurata l'azione non potrebbe in via cautelare neutralizzare l'esecutività della sentenza, come invece potrebbe fare, ai sensi dell'art. 407 cod.proc.civ., il giudice dell'opposizione di terzo ordinaria; non così in relazione all'opposizione all'esecuzione.

Quanto all'opposizione all'esecuzione *ex art. 615 cod.proc.civ.*, si ricorda che, secondo il pacifico e consolidato orientamento anteriore alla pronuncia esame, il litisconsorte necessario pretermesso, al pari di qualunque terzo titolare di diritti incompatibili, avrebbe potuto impugnare la sentenza resa con l'opposizione ordinaria di terzo, ai sensi dell'art. 404, comma 1, cod.proc.civ. per travolgerne gli effetti anche *inter partes*; mentre avrebbe potuto esercitare un'autonoma azione per far accertare la propria estraneità e, qualora si fosse tentato di eseguire la sentenza anche nei suoi confronti, avrebbe potuto proporre anche l'opposizione alla esecuzione, ai sensi dell'art. 615 cod.proc.civ..

Invero la Corte, in un *obiter dictum*, ammette la proponibilità da parte del litisconsorte pretermesso della opposizione *ex art. 615 cod.proc.civ.*, precisando però che ciò è consentito solo quando egli sostiene che il titolo portato in esecuzione sia stato soddisfatto o sia stato modificato da vicende successive. La stessa conclusione viene peraltro tratta anche a proposito dell'opposizione ai sensi dell'art. 619 cod.proc.civ. ma ciò è possibile, secondo la Corte, solo se l'esecuzione del titolo formatosi *inter alios* si estenda al di fuori dell'oggetto previsto nella statuizione giudiziale.

Come è stato correttamente notato, questo improvviso "ritorno al passato", apparentemente ingiustificato, potrebbe porre anche problemi di legittimità costituzionale, in riferimento al principio di uguaglianza ai sensi dell'art. 3 Cost.: se i litisconsorti necessari pretermessi non subiscono gli effetti della sentenza resa *inter alios* e sono protetti dal principio *res inter alios acta tertio neque prodest neque nocet*, chi si domanda perché l'unico rimedio da essi utilizzabile per sottrarsi all'esecuzione minacciata o intrapresa nei loro confronti e fondata sulla sentenza pronunciata in loro assenza sia l'opposizione di terzo ordinaria *ex art. 404, comma 1, cod.proc.civ.*, mentre ogni altro terzo può, alternativamente, anche opporsi all'esecuzione, a seconda che voglia rimuovere il provvedimento reso a contraddittorio non

integro o voglia soltanto che sia accertata l'inefficacia del titolo nei propri confronti, come il pacifico e consolidato orientamento anteriore, recepito dalla corte anche nella sua composizione più autorevole, aveva stabilito ⁽²²⁰⁾.

Si segnala in ultimo che, il 20 marzo 2017, la Cassazione è tornata sul tema, con la sentenza n. 7041, non discostandosi dalla linea tracciata dalle SSUU del 2015 e stabilendo che nell'esecuzione per consegna o rilascio, avviata in forza di sentenza resa *inter alios*, qualora il terzo lamenti una lesione della sua situazione soggettiva che gli deriva non già da un errore sorto nel procedimento esecutivo, ma dalla sentenza che ha accertato un diritto incompatibile con quello da lui vantato, egli non può proporre l'opposizione di terzo all'esecuzione *ex art. 619 cod.proc.civ.*, ma deve impugnare la sentenza con l'opposizione di terzo ordinaria *ex art. 404 comma 1 cod.proc.civ.*

Con la sentenza 20 novembre 2018, n. 29850. La Cassazione ha affermato che *“Nell'esecuzione per consegna o rilascio, avviata in forza di sentenza resa inter alios, ove il terzo lamenti una lesione della sua situazione soggettiva che gli deriva non già da un errore sorto nel procedimento esecutivo, bensì direttamente dalla sentenza che ha accertato un diritto incompatibile con quello da lui vantato, egli non può proporre l'opposizione di terzo all'esecuzione, ai sensi dell'art. 619 c.p.c., ma deve invece impugnare il provvedimento stesso con l'opposizione di terzo ordinaria, ai sensi dell'art. 404, comma 1, c.p.c.”*. Nella fattispecie, la S.C. ha cassato senza rinvio la decisione di merito riguardante l'opposizione all'esecuzione avanzata da un terzo che - sostenendo di essere proprietario del bene per averlo acquistato dall'esecutato, il quale, a sua volta, lo aveva acquisito per usucapione ventennale accertata con sentenza - aveva contestato il diritto di agire *in executivis* in forza di una sentenza di condanna a restituire un immobile.

²²⁰ Costantino, *Sui rimedi*, cit., 2062 ss..

CONCLUSIONI

Nel regolare l'istituto oggetto del presente studio, il legislatore italiano ha lasciato l'onere di stabilire i contorni della legittimazione ad agire agli interpreti. Così come il coordinamento tra l'opposizione di terzo e altre forme di rimedi previste dal nostro ordinamento rimane ancora oggi abbastanza fumoso e misterioso, malgrado i frequenti interventi di dottrina e giurisprudenza.

Il tentativo di dipanare i dubbi interpretativi legati all'istituto conducendo un'indagine comparata, quantomeno con riferimento ai due ordinamenti processuali europei che maggiormente hanno esercitato una influenza sugli istituti nostrani, può essere efficace tenendo però sempre conto che gli indici ricostruttivi desumibili, sul piano comparatistico, dall'ordinamento francese – ove si collocano le matrici del nostro art. 404 cod.proc.civ. – devono essere osservati nella consapevolezza dei tratti distintivi che, pur sempre, connotano l'uno e l'altro contesto normativo (a partire dalla c.d. teoria della rappresentanza, che in Italia è stata del tutto abbandonata, mentre in Francia è tutt'ora la maggior soluzione adottata per definire i contorni della legittimazione ad esperire l'opposizione di terzo ⁽²²¹⁾). La concreta “utilità” dell'impugnazione riservata ai terzi va in ogni caso calata nel contesto delle teorie dell'estensione dell'efficacia del giudicato. Si può dire invero che l'obiettivo di tutela del terzo pregiudicato è perseguito (e forse conseguito), nel sistema dell'art. 404, senza dar luogo ad una compressione particolarmente incisiva del diritto di difesa della parte. Ed invero, l'assoggettamento del terzo agli effetti della sentenza pronunciata *inter alios* è soluzione adeguatamente bilanciata, sul piano dei poteri processuali del terzo medesimo, anzitutto dalla facoltà di intervenire in giudizio con i più

²²¹ V. sul punto cap. 2, § 1.4.

pieni poteri difensivi prima della conclusione del processo, nonché dalla legittimazione ad avvalersi di un mezzo di gravame suo proprio. Il che ad esempio non avviene in altri ordinamenti europei – come quelli di lingua tedesca.

BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv., *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, II, Torino 2012

Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935

Amigues, *De exeptione rei iudicatae*, Parigi, 1886

- *De la tièrce opposition (thèse de doctorat)*, Parigi, 1906

Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1961

- *Appunti di diritto processuale civile - Processi di cognizione ed esecuzione forzata*, Napoli, 1964

- *Legittimazione all'opposizione ordinaria di terzo*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano 1979

Attardi, *Il giudicato e un recente progetto di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1979

- *Diritto processuale civile*, Padova, 1999

Balena, *Elementi di diritto processuale civile*, Bari, 2007

Bettermann, *Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter*, in *Die Grundrechte*, 1959

Betti, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922.

Betti, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936

Boitard, *Leçons de procédure civile*, Parigi, II, 1890;

Calamandrei, *Sulla distinzione tra "error in iudicando" ed "error in procedendo"*, Torino, 1917

Carratta, *Litisconsorte necessario pretermesso e opposizione di terzo ordinaria - litisconsorte pretermesso e rimedi esperibili: un discutibile revirement della cassazione*, *Giur. It.*, 2015, 6, 1369 (nota a sentenza)

Carnelutti, *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925.

- *Progetto di riforma del codice di procedura civile*, Padova, 1926.

- *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1956.
- *Diritto e processo*, Napoli, 1958.
- Carpi**, *L'efficacia ultra partes della sentenza civile*, Milano, 1974
- Cecchella**, *L'opposizione del terzo alla sentenza*, Torino, 1995
- *Per una tesi (tradizionale) sul procedimento possessorio e una tesi (non tradizionale) sulla opposizione ordinaria del terzo, nota a Pret. Monza, 11 giugno 1996, in Giur. it.*1997
- Cerino Canova**, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973
- Chauveau su Carré**, *Lois de la procédure civile*, tom. IV
- Chiappelli**, *Il rimedio dell'opposizione di terzo*, Milano, 1907
- Chiovenda**, *I principî di diritto processuale civile*, Napoli, 1960
- Chizzini**, *L'intervento adesivo. Struttura e funzione*, Padova, 1992
- Cholet**, *La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés*, Parigi, 2004
- Consolo**, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo, (I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991
- *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006
- Costantino**, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli 1979
- *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990
- *Sui rimedi utilizzabili dal litisconsorte necessario pretermesso. Recensione ad un saggio in veste di sentenza*, in *Foro it.* 2015
- Daniele**, *L'opposizione di terzo revocatoria* [Tesi di dottorato], 2009, reperibile su <http://www.fedoa.unina.it/3753>
- De Ferriere**, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Parigi, 1762
- De Marini**, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953

Delitala, *Le questioni e i giudicati di stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969,

Della Pietra, *Opposizione di terzo: lo stato dell'arte*, in *Judicium.it*

Delmas Saint-Hilarie, *Le tiers à l'acte juridique*, Parigi, 2000

Didier, *De la représentation en droit privé*, Pref. Lequette, LGDJ, *Bibl. dr. pr.*, t. 339, 2000

Fabbrini, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1963

- *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968

Fischer, *Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, 1899

Fornaciari, *La provvisoria efficacia delle sentenze di accertamento e costitutive*, in *Giusto proc. civ.*, 2012

Friciero, *Rép. Procédure civile*, Dalloz, 1995

Galluppi, *Teoria dell'opposizione del terzo come mezzo per impugnare le sentenze*, Torino, 1895

Gargiulo, *Corso elementare di diritto giudiziario civile*, Napoli, 1888

Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, tom. III

Garsonnet-Cezar Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Parigi, 1912-1925

Giussani, voce *Sospensione del processo*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998

Glasson-Tissier-Morrell, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, Parigi, 1929

Grasso, *Le impugnazioni incidentali*, Milano, 1973

Gualandi, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976

Guinchard-Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Dalloz, 2006

Heim, *Die Feststellungswirkung des Zivilurteils*, Munchen, 1912

Hellwig, *Wesen und subiektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig, 1901,

Héron, *Droit judiciaire privé, Montchrestien, T. LE BARS*, 2006

Jhering, *Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung echtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, in *Jh. Jb.* 1871

Liebman, *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1936, I

Liebman, *Autorità ed efficacia della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*

- *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, in *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano, 1962;

- *Manuale di diritto processuale civile*, Milano 1981,

- *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p.1 ss.;

- *voce Giudicato*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989

Lipari, *L'opposizione di terzo revocatoria*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927

Luiso, *L'esecuzione «ultra partes»*, Milano, 1984

- *voce "Opposizione di terzo"* in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990

- *Appunti di diritto processuale civile, Processo di cognizione*, Pisa, 1993

- *Diritto processuale civile*, Milano, 2009

Mandrioli, *Sull'efficacia del titolo esecutivo di rilascio rispetto ai terzi detentori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951

- «*Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*», in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980

- *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1993

Marcadé, *Explication*, tom. V

Martin, *Procédure civile*, J-CI, 1995

Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, 1894

Menchini, *I limiti oggettivi*, Milano, 1987.

- voce «*Sospensione del processo cognitivo*», in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990

- *Il processo litisconsortile, Struttura e poteri delle parti*, Milano, 1993

MENDELSSOHN BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, Leipzig, 1900

Mommsen, *Le droit public romain*, Parigi, 1889

Monteleone, *Il litisconsorte pretermesso e l'opposizione all'esecuzione specifica contro di lui intrapresa*, in *Esecuzione forzata*, 2015, 2, 213 (nota a sentenza)

Montesano, *Recensione a Fabbrini, L'opposizione ordinaria nel sistema dei mezzi d'impugnazione*, RDPr, 1969

- *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985.

Mortara, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1900

- *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV, Milano, 1923

Naquet, *Des caractères de la tierce opposition (Revue critique de législation et de jurisprudence)*

Nicoletti, voce *Opposizione di terzo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980

Olivieri, voce *Opposizione di terzo*, in *Dig. disc. priv.* Torino, 1989, sez. civ., XIII

Perrot, *Authorité de la chose jugée*, in *Juris classeur*, Paris, 1983

Pescatore, *Sospensione compendiosa della procedura civile e criminale*, Torino, 1864

Pisanelli, Scialoja, Mancini, *Commentario al cod.proc.civ.*, coordinato e ridotto da Galdi, Napoli, 1878

Pothier, *Traité des Obligations*, ed. Bern., 1841

- *Traité de la procédure civile*, n. 36
- Proto Pisani**, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965
- *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968
- *A proposito di “frammenti” sulla opposizione di terzo di Angelo Gualandi*, Padova 1976
- *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza giudicato civile*, in *Foro it.*, 1985
- *Ancora (dopo decenni) sulla opposizione di terzo ordinaria (Nota a Cass. 23 gennaio 2015, n.1238) Foro it.* - 2015
- Proudhon**, *Traité des droits d’usufruit*, tom. III
- Punzi**, *La tutela del terzo nel processo esecutivo*, Milano, 1971
- Raggi**, *Studi sulle impugnazioni civili in diritto romano*, Milano, 1961
- Redenti**, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911.
- *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1957
- *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1960.
- Roland**, *Chose jugée et tierce opposition*, Parigi, 1958
- Romagnoli**, *L’impugnazione della sentenza ad opera del successore a titolo particolare*, in *RDTPC*, 1959
- Satta**, *Commentario al cod. proc. civ.*, Milano, 1966;
- Satta-Punzi**, *Diritto Processuale Civile*, Padova, 1996
- Scaccia**, *Tractatus de appellationibus*, Quaest. XVII, lim. 6, membr. 4, n. 51
- Tedoldi**, *La nuova disciplina del procedimento di Cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur.it.* 2006
- Tissier**, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, Parigi, 1890
- Trisorio Liuzzi**, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987
- *La sospensione del processo civile per pregiudizialità: gli art. 295 e 337, 2° comma, cod.proc.civ.*, in *Giusto proc. civ.*, 2015

Trocker, *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale (profili dell'esperienza giuridica tedesca)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1988

Veaux, Veaux-Fournerie, *Les surprises de la tièrce opposition*, in *Mélanges H.- D. Cosnard*, Parigi, 1990

Verde, *Profili del processo civile*, Napoli, 1978

Victor Alexis Désiré Dalloz, *Journal des audiences de la Cour suprême et les cours royales, ou le droit général de France en matière civile, commerciale, pénale et administrative*, (versione italiana a cura di Nicola Comerci), alla voce *Tièrce opposition*, 175 ss., Napoli 1833

Vincent-Guinchard, *Procedure Civil*, Parigi, 2005

Vincre, *Il litisconsorte pretermesso e l'opposizione all'esecuzione*, *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 6, 1569 (nota a sentenza)

Vincre, *Contributo allo studio dell'intervento in appello*, Torino 2018

Vocino, *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962

- *Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale: IV) Cosa giudicata e suoi limiti soggettivi*, in *Riv trim. dir. e proc. civ.*, 1971

- «Ultimissime» *dalla dottrina dell'opposizione di terzo*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano, 1979

Wach, *Zur Lehre von der Rechtskraft. Drei Rechtsgutachten*, Lipsia, 1899

- *Grundfragen und Reform des Zivilprozess*, Berlino, 1914

Widmann, *La successione a titolo particolare nel diritto controverso*, Napoli, 2015

Zanzucchi-Vocino, *Diritto processuale civile*, Milano, 1962