

Claudio Consolo

Spiegazioni di diritto processuale civile

Volume II

**Il processo di primo grado
e le impugnazioni delle sentenze**

Dodicesima edizione

Estratto



G. Giappichelli Editore

Indice

Aggiornamento alla riforma del processo civile del 2022

(d.lgs. n. 149 del 2022)

pag. IX

Sezione quinta

Il processo complesso e con pluralità di parti

1. L'esercizio dell'azione e il processo oggettivamente e/o soggettivamente complesso

Nozione e ragioni del processo litisconsortile. – Le norme del c.p.c. in tema. – Il principio del contraddittorio: procedimento e processo. – Il processo cumulativo. – Pluralità di domande contro la stessa parte connesse per pregiudizialità-dipendenza. – La *ratio del simultaneus processus*. – Le domande accessorie. – Pluralità di domande contro la stessa parte non altrimenti connesse. – Lo scioglimento del cumulo oggettivo. – Il processo cumulativo litisconsortile. – L'ipotesi dell'impugnazione di delibera assembleare. – Contenuto della sentenza che definisce il processo con l.c. facoltativo. – Un esempio di processo litisconsortile passivo.

pag. 3

2. Il litisconsorzio facoltativo nelle sue varie figure

Nozione. – La deduzione in giudizio delle obbligazioni soggettivamente complesse. – Il condebito *pro quota*, solidale e fideiussorio. – Profili processuali degli obblighi solidali: possibilità di contrasto logico di giudicati. – Prescrizione e remissione del debito nel l.c. facoltativo. – Confessione e giuramento nel l.c. facoltativo. – Lo scioglimento del cumulo litisconsortile. – Casistica. – Il l.c. c.d. unitario. – Il l.c. facoltativo per connessione impropria. – Le deroghe alla competenza per favorire il *simultaneus processus*. – Il l.c. fittizio. – L'instaurazione successiva del processo con l.c. facoltativo. – I diversi tipi di connessione riconducibili al disposto dell'art. 103 c.p.c. – Un esempio di l.c. facoltativo, né unitario né improprio.

pag. 17

3. Il litisconsorzio facoltativo nello svolgimento del processo

Il cumulo di cause scindibili. – Estinzione parziale del processo cumulativo litisconsortile. – Scindibilità delle cause nelle fasi di gravame. – Esempi e applicazioni. – Peculiarità dei casi di cumulo di cause fra loro dipendenti: il l.c. facoltativo in materia di fideiussione. – La *ratio* di tale differenza di trattamento. – L'istruttoria nel processo con cumulo litisconsortile di cause.

pag. 29

4. L'intervento volontario. A) L'intervento litisconsortile

Le tre ipotesi di i. volontario. – Nozione di i. litisconsortile. – La deduzione di un diritto connesso per l'oggetto e/o per il titolo. – La posizione che assume il terzo interveniente. – L'i. nel lato attivo realizza successivamente un l.c. facoltativo attivo. – L'i. nel lato passivo, volto ad esperire una domanda di accertamento negativo.

pag. 35

5. B) L'intervento principale

L'i. da parte del titolare di un diritto incompatibile. – Esempi in tema di rivendica e di diritti di credito. – Estensione dell'oggetto del contendere e assunzione in capo al terzo della qualità di parte. – Inscindibilità o interdipendenza delle cause così abbinate. – L'i. principale quale opposizione ordinaria di terzo anticipata.

pag. 41

6. C) L'intervento adesivo (e i limiti soggettivi del giudicato)

L'i. *ad adiuvandum*. – L'interesse del terzo interveniente. – Vari tipi di dipendenza sostanziale e riflessione del giudicato. – La legittimazione dei terzi titolari di rapporti dipendenti, soggetti o meno all'efficacia riflessa del giudicato. – La tesi della riflessione generalizzata del giudicato. – L'intervento del fideiussore e quello del debitore principale. – L'intervento adesivo del garante per l'evitazione e la sua chiamata in causa. – L'interveniente promuove una forma di tutela indiretta del proprio diritto. – La legittimazione dei terzi non titolari di rapporti dipendenti: i creditori. – Poteri processuali del terzo interveniente. – L'interveniente adesivo in fase di gravame. – Modalità procedurali dell'i. volontario. Problemi interpretativi posti dall'art. 268 c.p.c. – Termini per l'i. e preclusioni per i soggetti intervenienti. – L'i. del P.M.

pag. 47

7. La chiamata in causa

Chiamata per comunanza di causa e chiamata in garanzia. – Nozione di comunanza di causa. – La c. del terzo pretendente. – La c. del terzo che avrebbe potuto esperire intervento litisconsortile. – La c. del condebitore solidale

da parte dell'attore e da parte del convenuto. – La c. del venditore garante per l'evizione. – Rilevanza dei motivi del giudicato di evizione. – Ammissibilità della c. del terzo titolare di un rapporto dipendente e del terzo titolare di un rapporto pregiudiziale. – La c. in causa del c.d. vero legittimato passivo. – C. in causa e *litis denuntiatio*: denuncia della lite al depositante e al locatore. Poteri del chiamato. – Termine per la c.

pag. 67

8. La chiamata in garanzia

La garanzia propria. – Garanzia reale. – Garanzia personale. – La chiamata in garanzia da parte dell'attore. – La c.d. garanzia impropria: caratteri. – L'esempio delle vendite a catena. – Applicabilità dell'art. 106 alla garanzia c.d. impropria. – Deroghe alla competenza. – Il rapporto tra domanda principale e domanda di garanzia. – La decisione di "assorbimento". – La decisione di condanna condizionata. – La fase di gravame. – L'azione di regresso nella vendita dei beni di consumo.

pag. 81

9. L'estromissione

L'estromissione come figura generale. – L'estromissione del garantito. – Inapplicabilità per le ipotesi di chiamata con domanda di garanzia, propria o impropria. – Il limitato ambito di applicazione dell'art. 108 c.p.c.: la chiamata per comunanza del garante proprio, soprattutto "reale". – La forma del provvedimento di estromissione. – L'estromissione dell'obbligato. – Presupposti: la lite tra pretendenti; la non contestazione della propria posizione di obbligato da parte del convenuto. – Forma e valore del provvedimento di estromissione. – Altre ipotesi di estromissione specificamente previste dalla legge.

pag. 93

10. Il litisconsorzio necessario

Litisconsorzio necessario e chiamata per ordine del giudice. – Differenze di disciplina e di presupposti. Nullità della sentenza pronunciata a contraddittorio non integro. – Le tre *rationes* del l.c. necessario. – a) L.c. necessario per ragioni di diritto sostanziale. – b) L.c. necessario per ragioni schiettamente processuali. – c) L.c. necessario per ragioni di opportunità. – La diversa ipotesi del contraddittorio integro ma non instaurato. – Esempi di l.c. necessario per ragioni di diritto sostanziale: il giudizio di divisione di una comunione e il giudizio di disconoscimento di paternità. – Valore della sentenza resa a contraddittorio non integro. – Non sempre è sentenza *inutiliter data*. – La previsione del l.c. necessario nell'azione surrogatoria. – Eccezioni alla regola in virtù della quale il sostituito è parte necessaria. – L'ordine di integrazione del contraddittorio. – Interruzione della prescrizione e impedimento della decadenza. – L'estinzione del processo per mancata integrazione del contraddittorio. – La trattazione della causa.

pag. 101

11. La chiamata in causa per ordine del giudice

Presupposti della chiamata per ordine del giudice: la comunanza di causa; l'opportunità della chiamata. – Interpretazione tendenzialmente qui restrittiva del presupposto della comunanza di causa. – Ambito di applicazione. – C. di terzi titolari di diritti incompatibili. – C. di terzi titolari di diritti dipendenti. – C. del terzo titolare di un diritto connesso per oggetto o titolo. – C. del c.d. vero obbligato. – Il giudice sopperisce alle preclusioni maturate dall'attore. – Onere per l'attore di estendere la domanda nei confronti del terzo. – Efficacia della sentenza pronunciata solo fra le parti originarie nei confronti del terzo.

pag. 121

12. La successione nel processo

Successione a titolo particolare e a titolo universale. – S. *inter vivos e mortis causa*. – S. delle persone giuridiche pubbliche. – S. delle società commerciali. – La s. nel processo avviene anche se il diritto litigioso non si è trasmesso. – La *ratio* dell'art. 110 c.p.c. – S. nel processo e s. nel diritto. – La s. nel processo in caso di s. *ab intestato*. – La s. nel processo in caso di testamento. – La istituzione di erede *ex re certa*. L'ipotesi particolare del lascito di un legato *per vindicationem*.

pag. 131

13. La successione a titolo particolare nel diritto controverso

Il legato fattispecie di s. a titolo particolare. – La possibilità di intervento o chiamata del successore a titolo particolare. – La s. a titolo particolare *inter vivos*. – La regola generale del co. 1: *perpetuatio legitimacionis* del dante causa (vivo). – Sua *ratio*. – La tutela della controparte estranea alla successione. – Impugnazione del successore non formalmente parte. – La trascrizione delle domande. – Insussistenza di un obbligo di far risultare in giudizio la vicenda di s. – Teoria dell'irrilevanza e della rilevanza. L'oggetto del processo in caso di mancata e di avvenuta allegazione dell'evento successorio. – La salvezza dei diritti acquistati a titolo originario sui mobili. – Posizione e poteri del dante causa in caso di intervento o chiamata.

pag. 147

14. Il litisconsorzio nelle fasi di impugnazione della sentenza

La causa inscindibile e le cause tra loro dipendenti: la necessaria partecipazione di tutte le parti alla fase di impugnazione e l'integrazione del contradittorio. – Primi cenni sulle impugnazioni incidentali. Le cause scindibili: la temuta biforcazione del procedimento e la sospensione del procedimento di impugnazione. – Il rapporto fra l'art. 332 e l'art. 334. – Esame comparato quanto alla *ratio* degli artt. 331 e 332. – La devoluzione allargata nelle cause

tra loro dipendenti. – La dipendenza fra cause per ragioni di rito e per ragioni di merito. – Esempi e applicazioni. – Schema delle corrispondenze fra gli artt. 102-107, 110-111 e gli artt. 331 e 332. – La personalità della impugnazione.

pag. 165

Aggiornamento alla riforma del processo civile del 2022 (d.lgs. n. 149 del 2022)

Capitolo Unico. Le novità della riforma del 2022 (relative alle tempistiche della chiamata, della costituzione del terzo e della pronuncia dell'ordine di integrazione/chiamata in causa)

Il legislatore della riforma del 2022 non è intervenuto sulle norme relative ai presupposti ed ai casi di processo complesso e con pluralità di parti (artt. 102-111 e 331-332 c.p.c.), ha invece modificato i tempi delle chiamate in causa e degli interventi, così come della pronuncia degli ordini di integrazione del contraddittorio (art. 102 c.p.c.) o di chiamata (art. 107 c.p.c.) del terzo ad opera del giudice. È questa una conseguenza delle importanti modifiche apportate al giudizio di I grado).

Più nello specifico, quanto alle *tempistiche dell'intervento volontario di terzi ex art. 105* (**v. pp. 69 e 76 della sez. V, Vol. II, Spiegazioni**), il d.lgs. n. 149/2022 si è limitato a sostituire, all'art. 268 c.p.c., il riferimento alla “precisazione delle conclusioni” come termine ultimo per l'intervento, con “il momento in cui il giudice fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione”, fissazione (perché è la fissazione, non l'udienza, cui guarda oggi l'art. 268 c.p.c.) che si colloca subito dopo la chiusura della attività di trattazione o di istruzione, a seconda che quest'ultima sia o meno necessaria. Resta dunque ancora attuale quanto già detto nelle *Spiegazioni*: l'intervento del terzo a questo punto, benché ammissibile, sarebbe controproducente, poiché il terzo “non può compiere atti che al momento dell'intervento non sono più consentiti ad alcuna altra parte” (co. 2 dell'art. 268, rimasto invariato). E nel momento in cui il giudice fissa la udienza di rimessione in decisione tutte le attività di trattazione ed istruzione saranno precluse.

Ci si può chiedere allora qual è l'ultimo momento *utile* per il terzo per fare intervento in questo nuovo giudizio di I grado post riforma del 2022. Tale momento coincide con il termine per le tre memorie di trattazione che l'art. 171-ter oggi colloca prima (e non dopo, come faceva il co. 6 dell'art. 183 c.p.c.) l'udienza *ex art. 183 c.p.c.*: rispettivamente quaranta, venti e dieci giorni prima

dell'udienza. Con il nuovo rito, il terzo che si costituisca dopo tale momento, anche se all'udienza *ex art. 183 c.p.c.*, si vedrà ormai sostanzialmente preclusa ogni attività di trattazione e istruttoria.

Quanto alla *chiamata in causa del terzo ad opera di parte ex art. 269 c.p.c.* ([pp. 69 e 76, sez. V, Vol. II, Spiegazioni](#)), se è il convenuto a voler chiamare in causa il terzo deve dichiarare tale volontà sempre nella comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata. Muta però il termine per il deposito tempestivo: non più 20, ma 70 giorni prima dell'udienza fissata nell'atto di citazione. Se invece è l'attore a voler chiamare in causa un terzo, dovrà chiedere di essere autorizzato nella prima delle memorie ante udienza disciplinate dall'*art. 171-ter*, che corrisponde al primo momento utile successivo alla lettura della comparsa di costituzione e risposta del convenuto, che tale interesse alla chiamata deve aver fatto sorgere.

Infine, sia l'ordine di integrazione del contraddittorio con il litisconsorte necessario pretermesso (*art. 102, co. 2, c.p.c.*), sia l'ordine di chiamata in causa del terzo *ex art. 107 c.p.c.*, dovrebbero essere pronunciati dal giudice con il provvedimento che egli è chiamato ad emettere già entro 15 giorni dalla costituzione del convenuto, *ex art. 171-bis*: è però certo che l'ordine di integrazione del contraddittorio potrà essere adottato anche successivamente. Si può discutere invece se la chiamata in causa del terzo per comunanza di causa *ex art. 107 c.p.c.* sia potere ufficioso sì, ma esercitabile solo entro il momento segnato dall'*art. 171-bis*, o anche dopo.

Sezione quinta

IL PROCESSO COMPLESSO E CON PLURALITÀ DI PARTI

1

L'esercizio dell'azione e il processo oggettivamente e/o soggettivamente complesso

Nozione e ragioni del processo litisconsortile. – Le norme del c.p.c. in tema. – Il principio del contraddittorio: procedimento e processo. – Il processo cumulativo. – Pluralità di domande contro la stessa parte connesse per pregiudizialità-dipendenza. – La *ratio del simulaneus processus*. – Le domande accessorie. – Pluralità di domande contro la stessa parte non altrimenti connesse. – Lo scioglimento del cumulo oggettivo. – Il processo cumulativo litisconsortile. – L'ipotesi dell'impugnazione di delibera assembleare. – Contenuto della sentenza che definisce il processo con l.c. facoltativo. – Un esempio di processo litisconsortile passivo.

Veniamo, ora, ad occuparci del giudizio di primo grado con pluralità di parti (c.d. processo litisconsortile) del quale trattano gli artt. 102-111 c.p.c., collocati fra le norme sull'esercizio dell'azione. Si tratta di un processo in cui vi sono più parti rispetto alle due essenziali, attore e convenuto, ovvero colui che propone la domanda e colui nei cui confronti la domanda è posta.

Orbene, le modalità con le quali può realizzarsi il fenomeno del processo litisconsortile – e così soggettivamente *complesso* – sono principalmente tre: *a)* il processo può nascere con più parti; oppure *b)* nel processo, instaurato tra attore e convenuto, interviene volontariamente un terzo soggetto; infine *c)* nel processo, sorto bilaterale, un terzo è chiamato in causa su iniziativa di una delle parti ovvero per ordine del giudice. Si potrebbe aggiungere anche un quarto caso *d)*, quello della riunione davanti allo stesso giudice di due processi, separatamente instaurati, su cause connesse e fra parti non coincidenti (*ex* artt. 40 e 274 c.p.c.).

All'ipotesi del processo che nasce con più di due parti sono dedicati gli artt. 102 e 103 c.p.c. che rispettivamente disciplinano il litisconsorzio necessario e quello facoltativo. Nel primo caso, è la legge ad esigere che il processo si svolga con una pluralità di parti, e a prevedere conseguenze piuttosto gravi nel caso in

Nozione di processo litisconsortile

Le ragioni che lo determinano

Le norme del codice di rito che disciplinano il fenomeno della pluralità di parti nel giudizio di primo grado

cui il contraddittorio non sia integrato con tutte le parti; nel secondo caso, invece, il processo litisconsortile nasce tale per scelta dell'attore (ecco perché lo si definisce facoltativo). L'art. 104 c.p.c., immediatamente seguente, non si occupa invece del processo con pluralità di parti, ma tratta invero di un altro istituto, comune ed affine, ovvero quello del processo solo oggettivamente complesso, vale a dire del cumulo solo oggettivo di domande, proposte tra le stesse parti (lo stesso attore e lo stesso convenuto): qui la lite, dunque, rimane bilaterale.

Della possibilità che il terzo intervenga volontariamente in un processo sorto con due parti, dando vita così ad un litisconsorzio c.d. sopravvenuto, tratta l'art. 105 c.p.c., che dipinge l'istituto nelle sue tre varianti.

Seguono, poi, gli artt. 106 e 107 c.p.c. i quali disciplinano la chiamata in causa del terzo nel processo pendente ad opera delle parti in causa, ed il caso in cui l'intervento del terzo sia ordinato dal giudice: vale a dire, come si vedrà, la chiamata in causa del terzo in questa ipotesi sarà solo formalmente disposta da una delle parti, perché a ciò sollecitata da un ordine del giudice, cioè *iussu iudicis*, come si suol dire.

... le estromissioni | Proseguendo oltre in questa carrellata, incontriamo gli artt. 108 e 109 c.p.c. che riguardano l'istituto dell'estromissione, sia pur sotto due angolazioni specifiche. Entrambe le norme si preoccupano di disciplinare come far uscire dal processo una delle parti, nel caso in cui, ovviamente, ve ne siano più di due. Tuttavia, mentre l'art. 108 riguarda l'estromissione del garantito – e si ricollega alla chiamata in causa, ad istanza di parte, del terzo su cui grava un obbligo di garanzia nei confronti della parte medesima –, l'art. 109 c.p.c. si occupa dell'estromissione dell'obbligato.

... e le vicende successorie | Infine, vi sono gli artt. 110 e 111 c.p.c., che trattano della “successione processuale”, ovvero di quel fenomeno cui si assiste quando, durante un processo, si verifica un evento idoneo a determinare, sul piano sostanziale, la successione nel diritto controverso. In via di prima approssimazione, ciò può accadere quando una delle parti scompaia, dando così luogo alla successione universale (di cui si occupa l'art. 110 c.p.c.) ovvero quando, lite pendente, il diritto controverso sia trasferito, verificandosi in questo caso una successione a titolo particolare (art. 111 c.p.c.). La questione si collega a quella della pluralità di parti nel giudizio poiché, in ultima analisi, si tratta di regolare le situazioni che si verificano nel processo in seguito alla successione. In particolare, ci si chiede nei confronti di chi debba continuare il processo, qualora venga meno una parte; se, in caso di trasferimento del diritto controverso, al giudizio debba partecipare anche il successore a titolo particolare ovvero se, invece, il giudizio debba (o possa) proseguire fra le parti originarie.

Questo è il quadro delle norme racchiuse negli artt. 102-111 c.p.c., disposizioni che il codice di rito non colloca in un'apposita sezione dedicata al processo litisconsortile, bensì nel titolo IV del libro I intitolato “Dell'esercizio dell'azione”.

Tuttavia, non v'è dubbio che le norme cui abbiamo accennato attengano al problema della pluralità delle parti, ossia all'esercizio dell'azione in forma litisconsortile. Invece, gli articoli precedenti, vale a dire gli artt. 99, 100 e 101 dello stesso titolo

IV, affrontano altri argomenti. Così, l'art. 100 c.p.c. è dedicato all'interesse ad agire, cioè a quella condizione di decidibilità della causa nel merito che – come fatto costitutivo del potere di azione – fa coppia con l'altra, che è la legittimazione ad agire (v. *supra*, sez. III, capp. 8-9-10). L'art. 99, poi, deve essere collegato in via diretta agli artt. 2907 c.c. e 24 Cost., poiché anch'esso esprime – questa volta nel c.p.c. – il principio della domanda (su cui v. già *supra*, parte introduttiva, n. 3; sez. I, cap. 1).

V'è, poi, l'**art. 101**, co. 1, c.p.c., rubricato “Principio del contraddittorio”, secondo il quale “il giudice non può statuire sopra alcuna domanda se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa”. La norma riconosce il diritto di difesa, e così l'obbligo per il giudice, prima di statuire sulla fondatezza della domanda dell'attore, di ascoltare il convenuto, colui cioè contro il quale la domanda è proposta. Anche in questo caso, si tratta di un principio già enunciato nel co. 2 dell'art. 24 Cost., che riconosce nella difesa in giudizio un principio costituzionalmente garantito. Il co. 2 dell'art. 101, introdotto dalla novella del 2009, rafforza ulteriormente la garanzia del contraddittorio: impone al giudice che rilevi d'ufficio una questione di consentire sempre alle parti di contraddirsi sulla stessa, pena un vizio della sentenza resa, definito dal legislatore di “nullità” (assai peculiare, però, perché sanabile: v. sez. VI, cap. 2). Di questo nuovo comma ci occuperemo meglio analizzando lo svolgimento del processo di primo grado ed in particolare la fase di trattazione.

Il principio del contraddittorio

Ritornando all'art. 101, co. 1, da questo discende che, qualora il convenuto non si sia costituito per non essere stato regolarmente citato in giudizio (perché, ad esempio, la notificazione della citazione è nulla) il giudice non può decidere sulla causa, ma deve imporre all'attore, a pena di estinzione del processo, di regolarizzare il contraddittorio mediante la rinnovazione dell'atto di notificazione.

Non è, invece, del tutto esatto affermare, come sembra fare l'art. 101, che se il convenuto non si sia costituito la causa instaurata non può essere decisa. Prova ne è che ci possono essere dei processi, cosiddetti contumaciali, che ammissibilmente si svolgono senza che il convenuto si sia costituito in giudizio e senza che il medesimo ed il suo difensore siano mai comparsi alle udienze.

Contumacia

L'art. 101 è in buona parte una norma equivoca; oltretutto, si può dubitare anche della sua effettiva utilità. Va da sé che il processo dovrebbe svolgersi nel contraddittorio con il convenuto ma questo non significa che costui vi debba necessariamente partecipare: si tratta di una scelta libera, e la mancata partecipazione (c.d. contumacia) non avrà effetti negativi per il convenuto (v. sez. VI, cap. 1). Il principio del contraddittorio può considerarsi rispettato già solo se la possibilità concreta del suo svolgimento sia stata attentamente garantita e favorita. Altrimenti, si avrebbe un procedimento che vero processo non è, vale a dire un procedimento privo di quel carattere partecipativo che fa assumere al “procedimento” stesso – che di per sé postula solo una sequenza coordinata di atti volti a preparare la pronuncia di un provvedimento – il rango di processo.

Infatti, i procedimenti amministrativi, in linea di massima, non presentano la caratteristica del contraddittorio. Essi si svolgono presso la P.A. e, generalmente, non coinvolgono in modo partecipativo i cittadini interessati agli effetti del provvedimento finale, in cui culmina lo svolgimento del procedimento (le cose sono mutate al riguardo solo con la legge n. 241/1990). Sotto tale profilo questi procedimenti non solo non sono giurisdizionali, ma nemmeno di tipo processuale, in quanto si configurano come procedimenti puri. Tuttavia, in modo crescente, anche nel campo del diritto amministrativo è prevista la partecipazione al procedimento dei soggetti interessati agli effetti del provvedimento finale, e allora possiamo dire che questi procedimenti adottano la tipologia processuale pur se per scopi diversi dall'esercizio della giurisdizione. Quest'ultimo modello, che è quello dello svolgimento in contraddittorio, non è dunque necessariamente un attributo del solo *processo giurisdizionale*. Infatti, anche un procedimento amministrativo, quando dia il giusto spazio al contraddittorio delle parti interessate, può assumere carattere di *processualità*, rimanendo, peraltro, un fenomeno non giurisdizionale poiché, in sostanza, manca la presenza del giudice e dunque la garanzia dell'attuazione della legge secondo imparzialità, che è caratteristica propria del giudice. Nel procedimento amministrativo, al contrario, domina la P.A. la quale pure attua la legge ma in relazione all'interesse pubblico che essa persegue e non, invece, nel senso di decidere in modo imparziale sulle ragioni delle parti.

Così, il principio in base al quale si può dire che il procedimento giurisdizionale ha carattere *processuale* è quello del *contraddittorio*, il quale prevede che si debba tener conto delle ragioni rappresentate dalle parti, sulle quali la decisione finale avrà effetto.

Gli artt. 99, 100, 101 sono le tre norme che nel titolo IV precedono, al modo di un microsistema che verte sull'esercizio dell'azione (simile a quello degli artt. 35-36-37-38 c.p.c. del 1865), quelle disposizioni alle quali ora dobbiamo dedicare maggiore attenzione. Infatti, mentre il trittico di norme, cui abbiamo fatto poc'anzi richiamo, si è lasciato inquadrare abbastanza rapidamente in virtù dei principi tendenziali ivi espressi, gli artt. 102 ss. c.p.c. esigono invece un'analisi molto più attenta, perché racchiudono previsioni di maggiore complessità tecnica. Quelle norme, infatti, non dettano principi od obiettivi generali, quale quello del contraddittorio, ma disciplinano come e perché, ed in relazione alla tutela di quali diritti, si possa (o, talvolta, si debba) avere nel processo la partecipazione di più di due soggetti.

Il processo cumulativo Infatti il processo giurisdizionale, venendo paragonato ad un contenitore, può ospitare anche la trattazione contemporanea di più domande giudiziali, tra le stesse parti ma anche tra parti parzialmente diverse (ciò che spiega molte, ancorché non tutte, ipotesi di litisconsorzio). In tali casi, si è soliti parlare di *processo "cumulativo"* o anche di processo "simultaneo" (eventualmente litisconsortile) su più cause o su più domande.

La terminologia può essere la più varia, ma è soltanto questione di intendersi. La parola "causa", per esempio, viene spesso adoperata nel gergo forense per indicare il processo; in quello processualistico-tecnico, invece, non è affatto sinonimo perfetto di processo. Infatti il termine "causa" allude alla controversia suscitata dalla singola domanda

giudiziale, di modo che il “processo” può anche essere relativo a più cause quando in esso sono state proposte più domande giudiziali. Il termine “causa”, nel prosieguo di questa trattazione, verrà usato con tale ultimo e tecnico significato e pertanto sarà possibile riferirsi ad un processo con una o più cause quando, rispettivamente, una o più siano le domande proposte da una parte contro l’altra o correnti fra parti non coincidenti (cumulo oggettivo e soggettivo).

Per comprendere cosa significhi tutto questo in concreto, possiamo formulare un esempio, e pensare ad un attore che proponga contro il medesimo convenuto due domande, l’una volta ad ottenere l’annullamento di un contratto per dolo e l’altra, subordinata alla prima, tesa ad ottenere l’adempimento di quello stesso contratto. In questo modo, il processo ospiterà un cumulo di due domande che oltre-tutto, nell’esempio formulato, risulta essere un po’ particolare: per scelta della parte, la seconda domanda potrà essere esaminata solo in quanto la prima venga rigettata. Soltanto se il contratto non sarà annullato avrà senso che l’attore (che non lo vuole convalidare) chieda al giudice di condannare il convenuto all’adempimento.

Nell’ipotesi considerata, le domande giudiziali sono due e danno luogo a due cause diverse: quella di annullamento del contratto, che è la causa principale e anche pregiudiziale, e quella di adempimento, che è la causa dipendente, poiché potrà essere decisa nel merito solo se verrà definita con rigetto quella di annullamento del contratto. In ogni caso, ci si trova sempre nell’ambito di uno stesso processo.

Ora, è bene che la legge ammetta il cumulo delle due domande, poiché l’attore potrebbe dubitare di riuscire a dimostrare la fondatezza della sua azione di annullamento del contratto (ed ottenere, per tale via, la liberazione dalla sua obbligazione e la restituzione di quanto avesse già prestato); così, con la proposizione della seconda domanda, egli si “cautela”, chiedendo – sia pur in via subordinata – l’adempimento del contratto.

Se l’attore non potesse proporre le due domande nello stesso atto di citazione, cioè nell’atto introduttivo del medesimo processo, egli sarebbe costretto a redigere due diversi atti di citazione che darebbero luogo a due distinti processi, ciascuno avente ad oggetto una causa. Tutto questo si tradurrebbe, innanzitutto, in una perdita di tempo e di denaro, e costituirebbe poi un fattore di intasamento degli uffici giudiziari, i quali si troverebbero così investiti di due processi distinti, anziché di uno solo, su due situazioni direttamente connesse. Senza contare poi le notevoli difficoltà che sorgerebbero nello svolgimento del processo sulla causa dipendente, di cui è agevole apprezzare la natura, ponendosi nei panni del giudice al quale è devoluta. Questo giudice sarà posto a conoscenza, dall’attore o dal convenuto, dell’esistenza di un altro processo in cui viene chiesto l’annullamento di quello stesso contratto che è alla base della domanda di condanna all’adempimento della quale è investito. Orbene, il giudice del secondo processo non potrà non prospettarsi le conseguenze di una eventuale condanna all’adempimento qualora, successivamente, quel contratto venga annullato ad opera del giudice dell’altro giudizio: conseguenze che consi-

**Pluralità di domande
contro la stessa parte
connesse per pregiudizialità-dipendenza**

**Il *simultaneus*
processus risponde ad
esigenze di economia
processuale**

... e talora ad esigenze di coordinamento decisorio

steranno nella nascita dell'obbligo delle restituzioni, solo però se la condanna all'adempimento non sia già passata in giudicato (poiché in tal caso il suo effetto conformativo escluderà la *condictio indebiti*). Si domanderà, inoltre, se egli può condannare all'adempimento sulla base di un contratto annullabile. In linea di massima, la risposta dovrebbe essere affermativa (mentre sarebbe opposta se – su rilievo d'ufficio o su eccezione di parte – il contratto risultasse nullo). In questo secondo processo, il convenuto per l'adempimento non può eccepire l'annullabilità del contratto, poiché essa è prevista nell'interesse dell'attore. Il giudice del processo di adempimento non potrà così conoscere, neppure incidentalmente, della relativa questione – oggetto di un diverso giudizio – né potrà dare ad essa il dovuto rilievo a meno di non far ricorso all'istituto della sospensione necessaria per pregiudizialità *ex art. 295* della causa dipendente di adempimento, istituto che solo assicura che nei distinti e contemporanei processi non si arrivi a decisioni fra loro contrastanti.

Tutte queste complicazioni non ci sarebbero se le due domande fossero cumulate in un unico processo. In tal caso, infatti, emergerebbe immediatamente che una delle due cause – quella di annullamento – si pone logicamente in un momento anteriore (e quindi quale causa pregiudiziale) e pertanto, richiamando l'esempio, la domanda di annullamento del contratto sarebbe istruita e decisa per prima. Ciò è quanto avviene nella pratica, per casi del genere.

Cumulo condizionale di domande dipendenti

Il giudice, in quell'unico processo, deciderà, anzitutto, se il contratto sia viziato da dolo o meno. Solo riscontrata l'esistenza di un artifizio o di un raggiro, potrà essere pronunciata sentenza di annullamento del contratto che comporterà la dichiarazione di assorbimento dell'altra domanda (quella di adempimento), che l'attore aveva proposto a condizione che venisse previamente rigettata la sua domanda principale di annullamento (sul significato di assorbimento, v. oltre cap. 14).

Viceversa, ove il giudice si convincesse che il contratto non sia annullabile, e respingesse allora la domanda proposta dall'attore in via principale, potrà decidere nel merito anche quella dipendente, di condanna all'adempimento. Tutto questo, però, nell'ambito di un unico processo e, pertanto, senza quei problemi di coordinamento (e così di eventuale sospensione) ai quali abbiamo poco sopra accennato.

Ricorre, in tal caso, un cumulo di cause tra loro connesse, sia per l'aspetto soggettivo, posto che intercorrono tra lo stesso attore e lo stesso convenuto, sia per il rapporto di pregiudizialità-dipendenza che lega i diritti fatti valere. Proprio tale ultima caratteristica fa ritenere opportuno che le domande siano trattate simultaneamente, cioè dallo stesso giudice e nell'ambito dello stesso processo.

Avvicinabile, sotto non pochi aspetti, all'ipotesi da ultimo esaminata è quella delle cause legate fra loro da un nesso di accessorietà proposte congiuntamente da parte del medesimo attore nei confronti del medesimo convenuto (art. 31 c.p.c.). Si tratta di un rapporto di connessione che, ferma l'identità soggettiva, si caratterizza per il fatto che la pretesa che forma oggetto della domanda accessoria, pur essendo autonoma, trova il suo titolo nella pretesa fatta valere con la domanda principale: in virtù di tale nesso di pregiudizialità logico-giuridica, l'accoglimento della domanda accessoria presuppone di regola l'accoglimento della domanda principale. Domande accessorie sono, ad esempio, quelle risarcitorie o restitutorie rispetto alle domande di nullità, annullamento, risoluzione, etc.

Ora, l'art. 31 c.p.c. consente la proposizione della domanda accessoria davanti al giudice territorialmente competente per la domanda principale purché però sia osservato,

La domanda accessoria

rispetto alla competenza per valore, quanto prescritto dall'art. 10, co. 2, c.p.c. (v. *retro*, sez. III, cap. 3). Ciò significa che, al fine di individuare il giudice competente, occorrerà sommare il valore delle due domande cumulate per accessorietà. Infine, va osservato che per il caso in cui la domanda principale appartenga alla competenza per materia del giudice di pace e quella accessoria al tribunale, il processo simultaneo, in applicazione della regola generale posta dall'art. 40, ult. co. – secondo cui il cumulo fra cause connesse per i motivi di cui agli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c. va sempre realizzato presso il giudice togato – dovrà essere celebrato davanti a quest'ultimo.

L'esistenza di una intensa connessione oggettiva tra le due cause non è però elemento imprescindibile al fine della realizzazione del processo simultaneo. La legge consente, infatti, il cumulo di due o più cause, con molta larghezza, e così anche quando esse sono solo tenuamente connesse (ad esempio, per il titolo) e financo se non connesse, purché in quest'ultimo caso il cumulo sia solo oggettivo, ossia destinato a realizzarsi – con un medesimo attore ed un medesimo convenuto – fra le stesse parti. Questo statuisce l'**art. 104 c.p.c.**, rubricato “Pluralità di domande contro la stessa parte”, il quale enuncia: “Contro la stessa parte possono proporsi nel medesimo processo più domande anche non altrimenti connesse, purché sia osservata la norma dell'art. 10 secondo comma”. La norma tratteggia una fattispecie di *connessione* meramente *soggettiva* (e corrispondentemente di *cumulo* meramente *oggettivo*), che sussiste quando più domande intercorrono fra gli stessi soggetti, ma non sono connesse oggettivamente, ossia non hanno né il titolo né l'oggetto in comune, né tantomeno si pongono in rapporto di pregiudizialità-dipendenza. Tuttavia, nell'ipotesi appena considerata, la realizzabilità del cumulo esige il rispetto dell'art. 10, co. 2 e così, ai fini della individuazione del giudice competente per valore, le due o più domande si sommano fra loro.

**Pluralità di domande
contro la stessa parte
non altrimenti
connesse**

Ad esempio, l'attore decide di instaurare un giudizio contro il convenuto per ottenere la restituzione della somma data a mutuo; egli, inoltre, rammenta che da quello stesso soggetto ha anche diritto ad ottenere il risarcimento per taluni danni che, su tutt'altro piano, e così ad esempio in via extracontrattuale, gli ha arrecato. Ora, l'attore redige un unico atto di citazione e propone, in sostanza, nei confronti del convenuto due diverse domande di condanna: l'una, diretta alla restituzione della somma data a mutuo (che è un'azione contrattuale) e l'altra, volta al risarcimento del danno (che è un'azione extracontrattuale). Queste due domande non hanno niente in comune, dal punto di vista oggettivo: titolo e oggetto differiscono del tutto. In comune hanno, invece, solo il fatto che attore e convenuto sono gli stessi soggetti: il cumulo dà luogo ad una mera connessione soggettiva, ritenuta dal legislatore presupposto sufficiente per trattare e decidere congiuntamente nello stesso processo le due diverse domande.

In ogni caso, conviene precisare che se quelle stesse domande fossero state proposte in due processi distinti, non ci sarebbero state gravi complicazioni, proprio in assenza di una connessione tra i loro elementi oggettivi (*petitum e causa petendi*). Al più vi sarebbe stata qualche diseconomia scomodità per l'attore, per il convenuto, nonché per l'ufficio giudiziario. Per tale motivo, si suole dire che il cumulo di due domande non altrimenti connesse se non per il fatto che intervengono fra le stesse parti

**La trattazione
congiunta di cause
connesse solo sog-
gettivamente risponde
ad esigenze di
economia processuale**

realizza una mera esigenza di economia processuale oltretutto tenue, solo tendenziale e suscettibile di venir meno se la velocità di trattazione ed istruzione delle due cause diverga sensibilmente (a questo proposito si rammentino anche le osservazioni sul cumulo fra domanda dell'attore e riconvenzionale del convenuto non connessa – che proprio dall'art. 104 viene da taluni argomentato – v. *supra*, sez. I, cap. 9).

Vi è, allora, da segnalare una differenza di trattamento processuale che corre tra questa ipotesi e quella del cumulo di domande oggettivamente connesse, perché in quest'ultimo caso, al di là delle ragioni di economia processuale, v'è anche la necessità di un coordinamento decisorio, più o meno essenziale a seconda del grado di connessione oggettiva. Pertanto, le due domande, che in comune hanno lo stesso titolo o che sono in ogni caso connesse per il fatto che la decisione dell'una dipende da quella dell'altra, devono, in linea di massima, rimanere legate sino al termine del processo stesso. Ciò significa che il cumulo, una volta sorto, qui (in deroga all'ampia facoltà di separazione del co. 2 dell'art. 104) non può tendenzialmente essere sciolto pena la negazione della garanzia di un coordinamento decisorio fra le due cause.

Lo scioglimento del cumulo oggettivo

Qualora, invece, ricorra un cumulo di domande non altrimenti connesse se non per i soggetti, c.d. cumulo oggettivo, la separazione potrà essere disposta in tutti quei casi in cui una delle domande, per la sua minore complessità, possa essere decisa rapidamente e l'altra no.

Riprendiamo con gli esempi. Nell'ipotesi sopra prospettata della domanda di restituzione della somma corrisposta a titolo di mutuo e di quella di risarcimento del danno extracontrattuale, può capitare che la prima prospetti la necessità di una lunga istruttoria, mentre la seconda, presentandosi di facile soluzione, possa pervenire immediatamente ad una decisione. In questo caso, le due domande, essendo connesse solo soggettivamente, e quindi potendo essere decise ciascuna autonomamente senza perdere alcuna utilità prodotta dal cumulo, potranno essere separate. La separazione è, appunto, resa possibile dal fatto che ciò che lega quelle due cause sono solo ragioni di economia processuale le quali, però, non prevalgono sull'opportunità di evitare che la decisione della causa già matura debba attendere i tempi dell'istruzione dell'altra. Ecco, dunque, che in questi casi il cumulo può essere sciolto, come appunto stabilisce il co. 2 dell'art. 104 c.p.c., che prevede l'applicabilità della disposizione di cui al co. 2 dell'art. 103 (su cui v. il capitolo successivo), sulla separazione delle cause, al cumulo di cause connesse solo soggettivamente.

Separazione in fase istruttoria o decisoria

Quindi, se il mantenimento della riunione delle cause rende più gravoso il processo, perché impedisce ad una di loro di pervenire ad una rapida definizione, il giudice, anche senza l'istanza concorde di tutte le parti, può provvedere alla separazione. Questa potrà essere disposta sia nel corso della istruzione (con semplice ordinanza del giudice istruttore); sia in sede di decisione, sì che allora una domanda verrà decisa (con sentenza che dovrà considerarsi *per essa definitiva*: art. 279, co. 2, n. 5), mentre per l'altra – previa ordinanza di separazione – il processo proseguirà fino a decisione.

Il giudice non potrà, invece, disporre lo scioglimento del cumulo con altrettanta facilità in presenza di domande oggettivamente connesse. In particolare, non ha mai senso sciogliere il cumulo quando una domanda dipenda dall'altra, perché la trattazione di quella dipendente postula che prima sia stata verificata la fondatezza o meno della principale. Pertanto, l'attesa del tempo necessario a definire quest'ultima non è inutile ai fini della decisione della domanda dipendente, anzi è strettamente necessaria (e minore di quella di una ipotetica sospensione *ex art. 295*, almeno secondo la sua lettura tradizionale, che richiede il passaggio in giudicato della decisione sulla causa principale, v. comunque sez. VI, cap. 5).

L'attore, non di rado, propone contro il convenuto domande plurime non affinché siano tutte accolte (esse infatti deducono diritti fra loro incompatibili o concorrenti) ma per elevare la possibilità che almeno una di esse sia fruttuosa. Se le azioni sono incompatibili (ad esempio, domanda di sostituzione o riparazione del bene difettoso *ex art. 1519-quater*, ora art. 130 cod. cons.) si potrà avere così un cumulo *alternativo*. Più spesso, l'attore nutre ed esprime la preferenza per una azione (ad esempio la declaratoria di nullità contrattuale) ed esperisce *in via di subordine* l'altra (rispettivamente, nell'esempio, l'azione di adempimento contrattuale). Nel caso di domande alternative il giudice, accolta l'una, dichiara assorbita l'altra sicché può destare perplessità il fatto che egli sembri poter esercitare una libera scelta. Diversamente, qualora le domande siano state proposte in via subordinata, solo in caso di rigetto nel merito della domanda principale, l'altra verrà esaminata (e accolta o respinta); altrimenti, essa verrà dichiarata assorbita.

Tutto quanto finora esposto è, in sostanza, una specie di cornice introduttiva al processo cumulativo quand'esso si prospetti anche litisconsortile, ed alla trattazione, che ora iniziamo, dell'**art. 103**.

Ci possono essere infatti ipotesi in cui più domande relative ad altrettanti diritti (connessi fra loro nei modi che vedremo), e quindi più cause da abbinare in un unico contesto processuale, *non intercorrono fra le stesse parti* ma fra parti parzialmente diverse. Vale a dire: la nozione strutturale di unico processo, con più domande e quindi più cause, può valere anche là dove le parti non siano due, ma siano, ad esempio, "A + B" come attori contro "C" o, nel caso più complicato, "A + B" come attori contro "C + D" come convenuti.

In altre parole, il carattere *oggettivamente* cumulativo del processo si può coniugare con quello *soggettivamente* cumulativo, per cui si possono avere ipotesi in cui ci sono più di due parti perché più sono i diritti azionati: le molteplici domande, proposte nel medesimo processo, non avranno così tutte lo stesso attore e lo stesso convenuto. Esse però – per poter essere abbinate, *ex art. 103*, in un unico processo, con più attori e/o più convenuti – dovranno essere *oggettivamente connesse*. Tali domande potranno così avere in comune lo stesso fatto costitutivo (*titolo*) e/o il loro *petitum* (*oggetto*): sono queste le ipotesi di vera e *propria connessione* in senso tecnico (rilevanti anche per la competenza), che ri-

**Cumulo oggettivo
con vincolo
condizionale**

**Il processo cumulativo
litisconsortile**

guarda, prima delle domande, i diritti con esse fatti valere e che riveste, quindi, un fondamento sostanziale. Peraltro, l'abbinamento in un unico processo potrà avvenire anche solo perché la decisione delle più domande proposte dipende dalla risoluzione di *identiche questioni* in fatto o in diritto: avremo così un caso di *connessione impropria*, che non attiene ad alcun elemento identificatore delle domande e non consente deroghe alle normali regole di competenza.

**L'impugnativa di una
delibera assembleare
da parte di più soci
assenti, dissenzienti o
astenuti dà luogo ad
una ipotesi di processo
litisconsortile attivo
su cause oggettiva-
mente connesse**

A titolo d'esempio, si faccia l'ipotesi dell'impugnativa di una delibera assembleare la quale, come si saprà, può essere impugnata, quando non è stata assunta in conformità alla legge o allo statuto, dai soci assenti, dissenzienti o astenuti, che, salvo diversa disposizione dello statuto, siano in possesso di tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per cento nelle altre (v. art. 2377 c.c.). Si supponga che vi siano più soci, tutti a tale stregua legittimati, che la vogliano impugnare per lo stesso vizio. Al riguardo, si potrebbe immaginare che ciascun socio instauri autonomamente un processo. Potrà allora capitare che lo stesso vizio, dedotto dai vari soci nei vari processi a sostegno dell'impugnativa, sia ritenuto sussistente da un giudice, il quale annullerà quindi la delibera, mentre sia giudicato insussistente dagli altri, che quindi respingeranno la domanda. Vi è sostanzialmente il rischio di una certa contraddittorietà fra le eventuali decisioni. Inoltre, tenuto conto che le situazioni da accettare, nei vari processi, sono le medesime, sarebbe sufficiente un solo processo e un unico giudice.

La cosa migliore ovviamente sarebbe che tutti i soci, che volessero far caducare quella delibera, la impugnassero assieme, con un unico atto introduttivo del processo: è proprio l'art. 103 a consentirlo. Diversamente, se le impugnazioni fossero proposte separatamente, potrebbe applicarsi l'art. 2378 c.c. che, al co. 5, ne impone la riunione onde consentire una congiunta istruzione ed una decisione unitaria. In ogni caso, a garantire comunque un certo coordinamento soccorre il co. 6 dell'art. 2377 c.c., a norma del quale l'annullamento giudiziale della deliberazione "ha effetto rispetto a tutti i soci" (non altrettanto la decisione di rigetto, però).

**... vi è un cumulo
di domande**

Immaginando che i soci agiscano assieme, avremmo un processo caratterizzato da una pluralità di attori: ciascun socio, con una propria domanda giudiziale – quella costitutiva di annullamento della delibera – proposta contro un unico convenuto, cioè la società. Si darà un processo litisconsortile dal lato attivo, caratterizzato da tante domande giudiziali quanti sono gli attori e quindi da tante cause quante sono le domande.

Ci si può chiedere, ora, quanto e come quelle domande siano fra loro connesse. Innanzitutto, le parti sono parzialmente le stesse, dato che il convenuto (la società) è il medesimo per tutte le domande. Sono, inoltre, domande connesse sul piano oggettivo, perché ciò che gli attori chiedono, vale a dire il *petitum*

(sia immediato che mediato), è identico: l'annullamento di quella delibera. Il titolo, cioè il fatto costitutivo del diritto sostanziale dedotto in giudizio, è in parte lo stesso, in quanto l'esistenza di una delibera assieme al suo essere viziata (se il motivo di invalidità dedotto è, in tutto o in parte, il medesimo), che sono presupposti per l'accogliibilità della domanda di annullamento, stanno alla base di tutte queste domande. La *causa petendi* in parte diverge, perché ciascun attore dovrà dimostrare, a titolo personale, di essere socio assente, o dissidente o astenuto e di possedere una quota qualificata di capitale sociale (v. *supra*). Quindi, l'oggetto di quelle domande è lo stesso ed in larga parte è uguale anche la *causa petendi*; la connessione tra domande si caratterizza per una particolare intensità sul piano oggettivo: siamo in presenza di una ipotesi – esemplare del *genus* della c.d. colegittimazione disgiuntiva – in cui l'ordinamento (arg. *a fortiori ex art. 2378, co. 5*) favorisce il cumulo originario di queste domande in un unico processo (art. 103).

Si avrà, allora, un processo che è litisconsortile, poiché vi è più di un attore (ricorre appunto il litisconsorzio attivo); inoltre, si tratterà di un processo oggettivamente cumulativo, poiché vi sono più domande (tante quanti sono gli attori) oggettivamente connesse.

A conclusione di un tale processo, per solito, si avrà una sola sentenza che conterrà le decisioni delle varie domande, cioè presenterà – così si dice (artt. 329, cpv., e 336, co. 1) – una *pluralità di "capi"* o parti; esattamente tanti quante sono le domande e così (immaginando che ciascun litisconsorte attivo proponga una sola domanda) quanti sono gli attori. Il collegamento fra codeste distinte decisioni è dato non solo dalla unicità del documento-sentenza che tutte le contiene, ma anche dal fatto che le relative domande sono state trattate e decise nello stesso processo ad opera dello stesso organo giudicante. Infatti, se la connessione fra le domande cumulate è per il titolo (ovvero per essere il fatto costitutivo il medesimo), su di esso si sarà svolta una istruzione tendenzialmente unitaria e così un accertamento di fatti possibilmente omogeneo (salvo l'eventuale operare di prove legali, di cui si dirà parlando della confessione e del giuramento resi da uno solo dei litisconsorti). E lo stesso vale per la soluzione delle questioni di fatto comuni o per la risoluzione delle identiche questioni di diritto, allorché il cumulo litisconsortile sia basato – come meglio vedremo, anziché sul medesimo titolo – su codesto fenomeno di c.d. connessione impropria o logico-intellettiva (fra domande che non sarebbero invece connesse in base ai loro elementi individuatori).

Contenuto plurimo
della sentenza che
definisce il processo
litisconsortile
facoltativo

Beninteso, potremmo avere decisioni diverse in relazione a quella parte di fattispecie costitutiva che è diversa per ciascuna domanda. Ad esempio, a taluni attori potrà essere negata la qualità di socio dissidente, in quanto dal verbale di assemblea essi risultano assententi. Le loro domande verranno allora rigettate *in limine* (ma pur sempre nel merito). Potranno, allora, essere pronunciate decisioni diverse in relazione ad ogni singola domanda, ma solo perché – lo si sotto-

linea ancora – fondate su quella parte della fattispecie costitutiva che è diversa oppure su (diversi) fatti estintivi, impeditivi o modificativi allegati dal convenuto. Tutto il resto – ossia il tratto comune dell'oggetto del giudizio – conoscerà una identica sorte, dando luogo a decisioni che saranno tra loro coerenti e coordinate. Non lo sarebbero state necessariamente, con un rischio potenzialmente grave di contrasto pratico di giudicati, se ciascuna domanda di impugnativa non fosse confluita nell'unico processo.

Formuliamo ora un esempio di processo, pure cumulativo, ma con un unico attore e una *pluralità di convenuti* e quindi litisconsortile passivo.

Art. 2055 c.c.: una ipotesi di processo litisconsortile passivo su cause oggettivamente connesse

L'art. 2055 c.c. dispone che in presenza di un atto illecito i co-autori dello stesso sono debitori solidali del risarcimento del danno e, al riguardo, possiamo immaginare, a titolo d'esempio, che Tizio sia stato picchiato da sette teppisti e abbia subito, così, danni fisici e morali per l'ammontare di sette mila euro.

Orbene, la logica del fenomeno dell'obbligazione solidale risiede nel fatto che il creditore può chiedere a ciascuno dei suoi debitori solidali l'adempimento dell'intera prestazione che, nell'esempio, è il risarcimento del danno (questo per il diritto civile; diverse sfumature presenta il fenomeno, almeno secondo una giurisprudenza della Cassazione, oggetto oggi però di ripensamento, nel campo del debito tributario ove si afferma il litisconsorzio necessario: v. sez. un., 18 gennaio 2007, n. 1052; v. capp. 2 e 10). Si comprende facilmente che, se il creditore si avvale della facoltà di chiedere il risarcimento del danno (o più in generale fa valere il suo diritto, come può certo fare: arg. *ex art. 1306 c.c.*) soltanto nei confronti di uno dei debitori, non si realizza né un processo litisconsortile né tantomeno un processo cumulativo.

Un esempio Poniamo, però, che il creditore, poiché non sa quale dei teppisti possa risultare patrimonialmente solvibile o perché vuole che tutti subiscano almeno la causa civile, instauri la medesima nei confronti di tutti. Proprio il meccanismo della solidarietà implica che il creditore possa esigere la prestazione da ciascuno dei condebitori e pertanto, nel caso in esame, avremo un atto di citazione in cui saranno formulate sette domande giudiziali contro sette diversi convenuti, ognuna avente ad oggetto il diritto di credito al risarcimento dell'intero danno. In sostanza, l'attore chiederà che ciascun condebitore sia condannato ed otterrà, nel caso in cui le domande siano accolte, una sentenza con sette capi, ognuno relativo ad un debitore, e quindi sette condanne, ciascuna a sette mila euro. Diversamente non potrebbe essere, perché non si può negare il fatto che egli abbia un diritto di azione per l'intero nei confronti di ciascun condebitore. A prima vista si para dinnanzi il rischio della locupletazione: l'attore-danneggiato vittorioso disporrà di sette titoli esecutivi per sette mila euro ciascuno, mentre per risarcire il suo pregiudizio basterebbe conseguire la somma una sola volta.

La soluzione di questa apparente contraddizione, che sottende il problema della natura (*ex pluribus unum*) dell'obbligazione solidale, va ricercata a valle, ov-

vero nel momento dell'attuazione del diritto di credito. E infatti l'attore, pur potendo esercitare l'azione esecutiva contemporaneamente nei confronti di tutti, nel momento in cui viene soddisfatto per l'intero da un debitore, sia pure coattivamente, e così attraverso l'assegnazione della somma ricavata dall'espropriazione dei beni di questi, non potrà più procedere con le altre esecuzioni. Gli altri condebitori condannati al pagamento vedranno così venir meno (le loro obbligazioni, e conseguentemente) il diritto del creditore di procedere nei loro confronti ad esecuzione forzata e potranno, eventualmente da quel momento in avanti, tutelarsi con l'opposizione all'esecuzione.

Per la bibliografia e le questioni si veda l'appendice informatica.

2

Il litisconsorzio facoltativo nelle sue varie figure

Nozione. – La deduzione in giudizio delle obbligazioni soggettivamente complesse. – Il condebito *pro quota*, solidale e fideiussorio. – Profili processuali degli obblighi solidali: possibilità di contrasto logico di giudicati. – Prescrizione e remissione del debito nel I.c. facoltativo. – Confessione e giuramento nel I.c. facoltativo. – Lo scioglimento del cumulo litisconsortile. – Casistica. – Il I.c. c.d. unitario. – Il I.c. facoltativo per connessione impropria. – Le deroghe alla competenza per favorire il *simultaneus processus*. – Il I.c. fittizio. – L’instaurazione successiva del processo con I.c. facoltativo. – I diversi tipi di connessione riconducibili al disposto dell’art. 103 c.p.c. – Un esempio di I.c. facoltativo, né unitario né improprio.

Un processo con cumulo litisconsortile di domande nascerà come tale, fin dall’inizio, per *scelta* dell’attore (o, nel litisconsorzio attivo, degli attori che devono accordarsi fra loro, eventualmente anche incaricando difensori comuni). Nel litisconsorzio passivo i vari convenuti risultano invece abbinati nello stesso processo a prescindere dal fatto che essi lo vogliono o meno, potendo essi scegliere solo se difendersi congiuntamente (con i medesimi difensori e così costituendosi con una unica comparsa di risposta) oppure separatamente. In ogni caso, una siffatta scelta non incide sulla *struttura pluralistica* del processo, che rimane tale per effetto del cumulo delle domande che vi si è realizzato.

Nell’esempio da ultimo considerato nel precedente capitolo, abbiamo visto un attore che, con un unico atto di citazione, proponeva più *domande giudiziali*, deducendo in tal modo il suo diritto al risarcimento del danno nei confronti di ciascuno dei suoi debitori solidali, coautori del fatto illecito. E ciò avviene in un unico processo detto, per tale ragione, cumulativo.

Si instaura così un processo litisconsortile passivo, dove il termine “passivo” sta ad indicare che i litisconsorti stanno dalla parte del convenuto; tuttavia, la pluralità dei soggetti può riscontrarsi anche dal lato attivo (come nel caso della impugnativa della delibera assembleare che venga proposta congiuntamente da parte di più soci).

La caratteristica strutturale di questo tipo di processo è la natura facoltativa

Nozione di
litisconsorzio
facoltativo

della sua instaurazione, nel senso che i più soggetti potrebbero benissimo anche agire o essere convenuti in processi distinti, piuttosto che in un unico contesto.

Risulta delineato, così, l'istituto del litisconsorzio facoltativo, attivo o passivo, che la legge rende ammissibile e disciplina con l'**art. 103 c.p.c.**

Esso si distingue da quello indicato come litisconsorzio necessario, di cui all'**art. 102 c.p.c.**, del quale ci occuperemo più avanti (v. *infra*, cap. 10). Quest'ultimo, infatti, sottende un fenomeno abbastanza peculiare, caratterizzato dalla necessaria pluralità di parti ma in presenza di processo oggettivamente *non cumulativo*: v'è cioè un'unica causa

Differenza rispetto al I. necessario che presenta vari coleggittimi congiunti (per ragioni sostanziali o processuali, come vedremo) e risulta così soggettivamente inscindibile. Partiamo invece con l'esame di alcuni casi di litisconsorzio facoltativo, ed iniziamo da quelli, più frequenti, che si realizzano dal lato passivo: essi sono i più diffusi proprio perché non postulano alcun accordo o concerto fra più soggetti e nascono dalla volontà dell'unico attore. Queste ipotesi consentono una più penetrante analisi della struttura di tale fatispecie di cumulo ad un tempo soggettivo ed oggettivo.

La deduzione in giudizio delle obbligazioni soggettivamente complesse Nel campo, alquanto rilevante nella pratica, delle obbligazioni soggettivamente complesse (vuoi di tipo parziario, vuoi di tipo solidale) si potrà avere un cumulo litisconsortile attivo se più

siano i creditori che decidono di agire insieme contro il comune debitore; si assisterà, invece, ad un'ipotesi di un cumulo litisconsortile passivo se la plurisoggettività è dal lato dei debitori, convenuti così tutti assieme in un solo processo.

Condebito pro quota oppure solidale I casi in cui più debitori sono convenuti in giudizio da un unico creditore sono davvero molto comuni nella prassi. Talvolta, l'obbligazione plurisoggettiva dedotta in lite ha natura parziale: più soggetti sono tenuti ad adempiere ad uno stesso creditore, ma ciascuno è obbligato per la propria parte, ossia *pro quota*. Se, allora, il creditore agisce per l'adempimento verso tutti o molti di costoro, nel processo avremo un cumulo semplice di domande tra loro perfettamente autonome ed aventi in comune il solo titolo.

Molto più spesso, però, l'obbligazione soggettivamente complessa è di tipo solidale; la frequenza con la quale questa ipotesi si verifica si spiega in forza dell'**art. 1294 c.c.** che ha introdotto il principio della presunzione di solidarietà passiva. Questo significa che se, per esempio, è stato concluso un contratto con un unico creditore e una pluralità di condebitori e le parti nulla abbiano specificato quanto alle modalità di adempimento dell'obbligazione, si presume che l'attuazione di quel contratto avverrà in via solidale: tutti i condebitori sono obbligati ad adempire per l'intero, ma l'adempimento da parte di uno di questi estingue l'obbligazione nei confronti del creditore. Su alcuni importanti profili processuali della disciplina di questa figura di obbligazione – quale ne sia la fonte (contratto o fatto illecito) – occorre ora svolgere una breve analisi.

Quando il creditore deduce in giudizio il proprio credito verso più coobbligati

solidali, dà luogo – qui come nelle obbligazioni solidali di tipo parziario – ad un cumulo facoltativo di domande.

Il creditore, cioè, non è obbligato ad instaurare la lite nei confronti di tutti i suoi debitori. Il fatto che l'obbligazione solidale non dia vita ad un caso di litisconsorzio necessario (art. 102 c.p.c.) lo si desume dall'art. 1306, co. 1, c.c., per il quale la sentenza pronunciata tra creditore e condebitore solidale non ha effetti nei confronti di coloro che al processo non abbiano preso parte. Il creditore, perciò, può scegliere se proporre domanda di condanna nei confronti di uno, di tutti o di alcuni dei coobbligati in solido.

Qui come nel caso delle obbligazioni parziali avremo un litisconsorzio facoltativo; diverso, però, è il nesso che lega le diverse domande proposte verso i condebitori solidali. Esse infatti si caratterizzano per un'identità di oggetto (il *petitum* mediato è il medesimo, perché tutti i condebitori convenuti debbono all'attore la stessa prestazione, che il creditore potrà conseguire una sola volta da uno dei debitori o in parte da uno e in parte da altri); il titolo delle obbligazioni dei vari convenuti (e allora la *causa petendi* delle diverse domande proposte) potrà essere invece diverso. Il titolo sarà uguale se l'obbligazione solidale dedotta in giudizio nasce dal medesimo contratto (ad esempio, il contratto di mutuo stipulato da due coniugi con la banca per il prestito di una certa somma da destinare all'acquisto di un immobile). Ancora, le domande potranno avere la stessa *causa petendi* quando (ma non sempre) l'obbligazione solidale abbia natura risarcitoria, ovvero quando sorga da un medesimo evento dannoso (art. 2055 c.c.). Invece, il titolo delle domande sarà diverso se l'obbligazione solidale è ad interesse unisoggettivo.

L'esempio che meglio descrive questa ultima ipotesi è rappresentato dalla fideiussione (art. 1936 c.c.), che è quel contratto in forza del quale un soggetto (il fideiussore) si obbliga personalmente verso un altro soggetto (il creditore) a garantire l'adempimento del debito contratto con quest'ultimo da un terzo (debitore principale). Il fideiussore, in questo modo, diventa coobbligato in solido con il debitore principale rispetto al creditore. Così, se quest'ultimo conviene in uno stesso giudizio sia il fideiussore che il debitore principale, chiedendo la condanna in solido di entrambi, le domande proposte avranno certamente lo stesso oggetto ma diverse *causae petendi*, costituite precisamente, nell'un caso, dal contratto di fideiussione concluso fra il creditore e colui che si offre garante del debitore principale e, nell'altro, dal contratto stipulato tra creditore e il debitore principale; lo stesso discorso potrebbe svolgersi per le ipotesi di delegazione, espromissione e accolto cumulativi ove l'assuntore, secondo la dottrina civilistica, assume la veste di obbligato principale. Questo debitore terzo rispetto al contratto di fideiussione sarà per consueto favorito – ma solo indirettamente: non siamo in presenza di un “contratto a favore di terzo”, ex art. 1411 c.c. – dalla conclusione di tale contratto, che genera un diritto solo in capo al comune creditore.

Condebito
fideiussorio

Ebbene, la struttura sostanziale espressa dal nesso di solidarietà che congiunge intimamente un fascio di obbligazioni da ritenere comunque distinte esige che

**Profilo processuale
della disciplina del
condebito solidale**

nel processo si tenga conto (talora ma non sempre, però) *della soluzione di questioni relative ad uno dei convenuti nel decidere le cause relative agli altri*. In altri termini, almeno in alcuni casi, le decisioni dovranno essere fra loro omogenee e coese e allora il litisconsorzio, pur sorto facoltativo, dovrà sfociare in una trattazione e decisione necessariamente congiunta.

A questo punto, per dare concreta ragione di tale esigenza, facciamo alcuni esempi tratti dalla articolata ed analitica disciplina che il c.c. ha dovuto congegnare per le obbligazioni solidali, nella quale si alternano momenti unitari e momenti di autonomia. Questo aspetto emerge nitido dall'esame della disciplina di alcuni *fatti estintivi*. Mentre *in alcuni casi si prevede che il fatto estintivo che riguarda una delle obbligazioni – in forza del nesso di solidarietà che la lega alle altre – abbia un certo effetto anche su queste ultime* (esempi: remissione del debito ad uno solo dei condebitori; novazione nei suoi soli confronti), in altri casi è previsto che alcuni fatti estintivi seguano una disciplina assai più articolata.

La prescrizione

È questo tipicamente il caso della prescrizione, che l'art. 1310 disciplina con un bilanciamento di soluzioni, ispirandosi talora alla unitarietà e talaltra alla scindibilità. Così nel co. 1 si prescrive che l'interruzione della prescrizione (non già la mera sospensione, v. co. 2) effettuata nei confronti di un debitore abbia effetto anche rispetto agli altri obbligati, pur non essendo stati destinatari di alcun atto (per esempio di messa in mora) da parte del creditore. Si tratta di una previsione un po' singolare, perché l'estensione dell'effetto interruttivo della prescrizione comporta un effetto sfavorevole per gli altri: si deroga, qui ed in questo modo, a quella tendenziale scelta del legislatore di estendere ai contitolari della situazione soggettiva debitaria o creditoria solo le situazioni favorevoli. Questo significa, allora, che la proposizione della domanda di condanna verso un solo coobbligato ha l'effetto di interrompere il corso della prescrizione anche verso gli altri, ancorché non convenuti in quel processo.

Sempre in tema di prescrizione, l'art. 1310 c.c., al suo co. 3, enuncia che "La rinuncia alla prescrizione fatta da uno dei debitori in solido non ha effetto riguardo agli altri ...". Il legislatore ammette così che i convenuti che non abbiano rinunciato alla prescrizione la possano eccepire, qualora si sia verificata prima della notificazione della citazione, ottenendo una sentenza di rigetto nel merito della domanda; diversamente, chi vi abbia rinunciato prima del processo (o non abbia eccepito la prescrizione nel processo, secondo il preciso onere che grava su ogni convenuto: v. *infra*) potrà essere condannato all'adempimento.

**Possibilità di decisioni
diversificate**

Potrà allora accadere che, instaurato un processo litisconsortile di condanna, sia rigettata la domanda verso coloro che abbiano sollevato l'eccezione di prescrizione ed accolta quella proposta nei confronti di coloro che a quella eccezione avessero rinunciato. In una siffatta ipotesi il giudice, nella stessa sentenza, dichiarerà che il credito sorto dallo stesso titolo, e in identica data, si è prescritto per taluni e non per altri, dando luogo ad un contrasto solo apparente di giudicati, imposto in realtà dalla norma sostanziale.

Lo stesso esito potrebbe avversi in quei casi in cui, anziché l'espressa rinuncia di un condebitore alla prescrizione, non vi sia stata tempestiva proposizione della relativa ecce-

zione da parte di alcuni condebitori litisconsorti. Al riguardo si deve precisare che questo può accadere con notevole frequenza, poiché le eccezioni in senso stretto, fra cui anche la prescrizione, possono essere fatte valere al più tardi con la comparsa di risposta di cui all'art. 167, dopo la quale cala una rigorosa preclusione (in cui solo un modesto spiraglio è aperto dalla c.d. rimessione in termini *ex art.* 153, co. 2: *v. retro*, sez. IV, cap. 6).

Ora, poiché l'eccezione di prescrizione – ed in genere le eccezioni di merito in senso stretto, quale frutto di un potere monopolistico – ha effetto soltanto nei confronti di coloro che l'hanno sollevata, siamo qui di fronte a un caso simile al precedente, in cui alcune domande verranno rigettate, stante l'eccezione di prescrizione, ed altre accolte.

Conviene ora considerare una ipotesi in cui il legislatore, al contrario, rende il fatto estintivo di una delle obbligazioni solidali operante nei confronti delle altre, ma solo nel senso di ridurre in proporzione il loro oggetto. È innanzitutto questa l'ipotesi (oltre che della transazione “della quota”: *v. oltre*) della *remissione soggettivamente parziale*. Poniamo il caso in cui il creditore, dopo aver rimesso il debito ad un debitore in solido (*v. art. 1301 c.c.*) e riservato il suo diritto verso gli altri, proponga ugualmente una domanda (anche) nei confronti del debitore liberato. In questo caso, ovviamente, la domanda di condanna diretta verso costui verrà respinta, stante la remissione precedentemente avvenuta. Questa circostanza, tuttavia, influisce anche sulla posizione degli altri debitori solidali convenuti nello stesso processo (in veste di litisconsorti facoltativi passivi del liberato), o parti di un altro contemporaneo o successivo giudizio: ebbene, la condanna che costoro potrebbero subire dovrà essere ridotta dell'importo corrispondente alla “quota” interna del debitore destinatario della remissione, se il giudice l'avrà considerata valida. Vi sarà invece condanna per l'intero se il debitore liberato non fosse ritenuto dal giudice uno dei debitori solidali dell'attore (ad esempio, perché estraneo alla causazione del fatto illecito che l'attore vuole vedere risarcito) ovvero se egli avesse eccepito fondatamente la prescrizione o, ancora, se fosse stato assolto per altra ragione. Infatti l'attore, quando rimette il debito ad uno dei suoi condebitori, *in realtà riduce il suo credito complessivo* (*v. art. 1301, co. 1, c.c.*). Quindi se a un condebitore è stato rimesso il suo debito, la domanda nei confronti degli altri non potrà essere accolta per la parte corrispondente a quella del debitore liberato.

Soluzione simile è dettata per l'ipotesi in cui operi l'istituto della compensazione (*v. art. 1302 c.c.*), anch'essa un modo satisfattivo di estinzione della obbligazione che dunque attua l'interesse del creditore. Ed altrettanto vale per la transazione (*art. 1304*) alorché essa – e di solito sarà così – non investa l'intero debito, ma solo la “quota” del singolo obbligato con cui interviene l'accordo (se invece la transazione non contiene riserve di salvezza del credito verso gli altri, tutti potranno invocarla e profitтарne venendo completamente – e non solo in parte – liberati).

Inoltre si deve osservare che la possibilità di decisioni divergenti nei confronti dei vari debitori solidali, anche se le varie domande sono state calate in un unico processo in regime di litisconsorzio facoltativo passivo, emerge a tutto tondo dalla lettura dell'*art. 1305 c.c.* La norma richiamata dispone che il giuramento sul debito ricusato da un debitore solidale possa nuocere soltanto a questi e perciò non abbia effetto nei confronti degli altri condebitori, i quali, qualora l'esistenza del debito non sia in altro modo provata, vedrebbero invece respinta la domanda proposta nei loro confronti.

La rimessione a favore di uno dei debitori in solido

Il giuramento sul debito

Analoghe considerazioni possono farsi per il riconoscimento del debito effettuato da uno dei debitori in solido, ipotesi prevista dall'art. 1309 c.c. e regolata sempre all'insegna dell'estensione solo degli effetti *in utilibus* e non di quelli pregiudizievoli.

Le obbligazioni solidali danno luogo ad un cumulo di cause distinte ma non del tutto autonome

Questa disciplina, tutta modulata fra due poli (unitarietà e scindibilità), dà luogo ad un processo litisconsortile bensì facoltativo (arg. in particolare *ex art. 1306 c.c.*) ma in cui gli esiti delle varie cause non possono dirsi fra loro sempre autonomi, come invece avviene per solito nelle normali ipotesi di cumulo *ex art. 103 c.p.c.* e, in particolare, nelle ipotesi di obbligazioni parziali.

Nonostante queste possibilità di "interdipendenza decisoria", il legislatore non ha voluto disporre per le obbligazioni solidali il litisconsorzio necessario tra tutti i debitori: esso appare per certi versi contrario allo spirito della solidarietà, perché avrebbe finito per appesantire la posizione del creditore che, per poter esercitare la sua pretesa nei confronti di uno, sarebbe stato costretto ad instaurare un (più costoso e faticoso) processo nel quale tutti gli altri debitori avrebbero dovuto essere almeno presenti (anche se non necessariamente destinatari di domande di condanna). Uno dei vantaggi della solidarietà sta appunto nel poter coltivare la pretesa, anche in sede processuale, nei confronti *integralmente* di uno solo dei debitori, per consueto quello meglio solvibile. Il creditore gode così di una tutela più intensa, che lo agevola nella riscossione del dovuto. A questo regime, è dubbio se vadano soggette anche le obbligazioni solidali tributarie: ad un orientamento, inaugurato dalle sez. un. n. 1052/2007, che imponeva il litisconsorzio necessario tra contribuenti (sì che l'imputazione dell'atto di accertamento da parte di un solo coobbligato impone l'integrazione del contraddirittorio con tutti gli altri), se ne contrappone uno più recente, che torna ad affermare, per la solidarietà di imposta, il litisconsorzio facoltativo (*infra*, cap. 10).

Dopo avere svolto questa analisi del sostrato di diritto sostanziale del processo con cumulo litisconsortile di cause nel campo delle obbligazioni soggettivamente complesse (ove esso presenta più frequenti applicazioni), merita sottolineare che anche i poteri di azione costitutiva e i diritti reali possono dar luogo a tale forma di processo cumulativo, anche se in tali campi i confini rispetto all'ambito del litisconsorzio necessario sono più incerti: essi potranno dunque essere meglio tracciati *infra*, cap. 10.

Ciò posto, occorre chiedersi – alla stregua di tutte le considerazioni svolte – se e come sia possibile sciogliere il cumulo di cause realizzato mediante l'instau-

Lo scioglimento del cumulo litisconsortile

razione di un processo litisconsortile facoltativo. Abbiamo visto che non era necessario che esso si realizzasse, poiché il creditore avrebbe potuto proporre la sua domanda contro uno solo dei condebitori, così come sarebbe stato libero di instaurare tanti distinti processi, proponendo contro i singoli debitori ciascuna domanda con separato atto introduttivo. Si è parlato poi, nel capitolo precedente, dello scioglimento con riguardo al cumulo di cause connesse solo soggettivamente, cioè intercorrenti, *ex art. 104*, fra lo stesso attore e il medesimo convenuto, e si è rilevato che detta separazione è sicuramente ammessa anche quando non ricorre l'istanza di tutte le parti: a tal fine è necessario soltanto che, nel corso dell'istruzione o in fase di decisione, emerga

che la continuazione della riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo (dilazionando nel tempo la definizione della causa virtualmente più veloce).

Ora, tenendo conto del fatto che l'art. 104, co. 2, c.p.c., nel disciplinare la separazione di cause soggettivamente connesse, opera un rinvio al co. 2 dell'art. 103 c.p.c., norma relativa proprio al litisconsorzio facoltativo, è agevole affermare che anche nel caso di cause oggettivamente connesse sussiste tendenzialmente una larga possibilità di scindere il cumulo, in presenza dei medesimi presupposti.

Porsi il quesito se sia possibile sciogliere il cumulo, e quindi in sostanza, isolare ciascuna causa in un autonomo giudizio, è utile perché aiuta a comprendere meglio la particolare struttura del processo litisconsortile facoltativo, che è un processo cumulativo in cui le cause in esso calate non si confondono fra di loro e non perdono la loro autonomia, per il solo fatto di essere state proposte cumulativamente. Prova ne è che quelle cause, pur cumulate, possono avere un esito diverso, sia in relazione al gioco "scindibile" delle prove legali (v. cap. 3, con riguardo a giuramento e confessione), sia in relazione alla diversa valenza dei fatti estintivi eccepibili dai vari convenuti. Ad esempio, con riguardo ad un processo litisconsortile facoltativo instaurato nei confronti di più coobbligati solidali, si è visto che un condebitore può eccepire la compensazione e gli altri no; oppure, in presenza di un fatto estintivo, come la prescrizione, un convenuto potrebbe averlo ritualmente e tempestivamente eccepito, *ex art. 167, co. 2, c.p.c.*, e gli altri no. In tutte queste ipotesi di "diversificazione", suscettibili di far divergere gli esiti delle cause cumulate e spezzarne così la simmetria, la separazione sarà non dirado raccomandabile.

Tuttavia, occorre verificare in concreto quando la separazione si riveli utile, perché la continuazione della riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo. E ciò poiché, come vedremo oltre, talora la separazione si rivela incompatibile con la struttura preminentemente "unitaria" di certe ipotesi di cumulo litisconsortile. Per tracciare questa distinzione, partiamo da alcuni esempi.

Pensiamo al caso in cui più condebitori *pro quota* siano convenuti dal comune creditore con domande di condanna connesse, allora, solo per il titolo. Supponiamo che sull'esistenza del titolo costitutivo del debito di ciascuno non vi siano contestazioni, mentre siano state sollevate eccezioni relative a cause estintive del diritto fatto valere dall'attore da parte di alcuni soltanto dei convenuti. Ad esempio, potrebbe essere proposta eccezione di remissione del debito, che si afferma avvenuta a favore solo di uno dei vari condebitori *pro quota*: è questo un fatto estintivo del debito il cui accertamento esige una complessa istruttoria, che richiede l'escusione di più testimoni. Immaginiamo che, invece, per le altre cause non si pongano esigenze istruttorie, talché esse potrebbero essere decise immediatamente.

In un caso come questo, di solito, sarà consigliabile separare le cause, *ex art. 103, co.*

I presupposti della separazione

La diversificazione dei possibili esiti per il gioco delle eccezioni o delle prove

Casistica di scindibilità

2, rimettendo subito a decisione quelle più semplici, e proseguire l'istruttoria sulle eccezioni relative alla causa che si palesa più impegnativa anche solo sul piano cronologico.

Diversa sarà la situazione ove le cause cumulate si rivolgano contro più condebitori solidali, che l'unico creditore abbia scelto di convenire nello stesso processo *ex art. 103*. Qui la connessione è sempre per l'oggetto e talora anche per il titolo (contratto o fatto

... o non (opportuna) scindibilità | illecito); se anche sul titolo comune non vi siano questioni da trattare unitariamente in vista di tutte le cause cumulate, abbiamo visto che l'identità di oggetto – cioè della prestazione richiesta – rende spesso interdipendenti l'una dall'altra le soluzioni delle singole cause, allorché soltanto taluni dei condebitori solidali facciano valere fatti estintivi o modificativi della propria obbligazione (v. sopra). Ciò rende la separazione delle cause spesso inopportuna poiché incompatibile con la struttura fortemente integrata che presenterà l'*iter decisorio* del giudice in ordine alle pur distinte cause cumulate.

Anche in altri casi di litisconsorzio facoltativo, in cui il cumulo è pur sempre frutto di una libera scelta della parte attrice (o delle parti attrici), si dà talora questa situazione di non agevole o non opportuna scindibilità del cumulo già realizzato. Non mancano poi addirittura *ipotesi nelle quali la legge (quasi esplicitamente) preclude la separazione* delle varie cause – in presenza di identità di *perita* – ed esige decisioni omogenee e conformi. Il caso più significativo ed esemplare è quello, già

Non separabilità delle plurime impugnative della stessa delibera | rammentato, della *impugnativa della medesima delibera* della assemblea di una società per azioni (od ipotesi similari relative ad atti di enti collettivi), proposta da vari soci assenti, dissidenti o astenuti in una unica citazione introduttiva. La stretta connessione per l'oggetto e di solito anche per il titolo (o per larga parte di esso: motivi di nullabilità in tutto o in parte identici) giustifica qui addirittura *la riunione necessaria ex art. 2378, co. 5, c.c.*; questa è una fattispecie di *cumulo necessario* delle azioni in concreto proposte, non certo però di litisconsorzio necessario fra tutti i soci, anche se la sentenza di nullamento avrà effetto anche per loro. Tale previsione legislativa, e la logica che la ispira, impediscono a più forte ragione ogni possibilità di separazione *ex art. 103, co. 2*, sia nel corso della trattazione sia in sede decisoria; ed in queste ipotesi, dopo la pronuncia della sentenza, si potrebbe addirittura pensare ad una inscindibilità delle cause cumulate anche nelle successive fasi di gravame, applicandosi allora l'*art. 331* anziché l'*art. 332 c.p.c.* (v. oltre, cap. 14).

Il litisconsorzio c.d. unitario | Dunque, in queste ipotesi, si avrà un litisconsorzio che nasce facoltativo, perché lasciato nella sua instaurazione alla volontà dell'attore, ma che, nella trattazione e decisione, realizza un *cumulo di cause unitario, che occorre conservare*, e allora si caratterizza per uno svolgimento ormai necessariamente congiunto. Questo è dovuto al fatto che la connessione tra i rapporti giuridici dedotti in giudizio è, in tutti questi casi, particolarmente forte e lo scioglimento del cumulo renderebbe elevato il rischio di decisioni incompatibili.

Vediamo ora, invece, quando ricorre il litisconsorzio facoltativo semplice, os-

sia non unitario, in cui il cumulo di cause può essere sempre ed agevolmente sciolto, già durante il processo di primo grado ai sensi dell'art. 103, co. 2, e poi nelle fasi di gravame (per l'operare dell'art. 332 anziché dell'art. 331). Cominciamo allora dal litisconsorzio per connessione impropria, che rappresenta il caso più marcato di litisconsorzio facoltativo non unitario.

L'art. 103 stabilisce, al co. 1, che si può avere litisconsorzio facoltativo non solo quando tra le cause esista una connessione per l'oggetto o per il titolo, ma altresì quando le cause sianolegate da connessione impropria, e cioè quando nessun elemento identificatore delle azioni è comune, ma la decisione delle varie domande cumulate dipende totalmente o parzialmente dalla risoluzione di *identiche questioni*. E, si noti, la parziale comunanza dell'*iter* motivazionale può attenere sia a questioni di fatto che di diritto.

Il litisconsorzio facoltativo per connessione c.d. impropria

Nel caso di connessione impropria, vi è un legame meno intenso tra le cause, pertanto una separazione delle medesime risulta meno problematica. Questa è una ipotesi che si pone all'opposto del litisconsorzio unitario: l'abbinamento delle cause avviene per motivi del tutto estrinseci in quanto esse non hanno neppure un elemento identificatore in comune.

La comunanza di questioni

Un esempio è dato dal caso in cui vi siano più domande di vari lavoratori di una impresa nei confronti del loro unico datore di lavoro, ciascuna delle quali volta ad ottenere, in base ai rispettivi contratti individuali di lavoro, talune prestazioni retributive, in virtù dell'applicazione di norme identiche per tutti i lavoratori, quali potrebbero essere le disposizioni legali o del contratto collettivo sul lavoro straordinario o quelle sulle ferie non godute. Ora, l'oggetto delle domande è diverso, in quanto ciascun lavoratore chiede a titolo personale la propria prestazione retributiva; il titolo è anch'esso diverso, poiché ciascun attore deduce come titolo della domanda il proprio contratto individuale di lavoro. Tuttavia, fra queste domande una connessione, seppur debole, sussiste ed è costituita dall'esistenza di alcune questioni (interpretativa della legge o del contratto collettivo) dalla cui soluzione dipende la decisione di tutte le pur ben distinte cause.

Qui la connessione non si pone sotto il profilo degli elementi oggettivi di identificazione della domanda, che divergono tutti. Essa è stemperata, è *una connessione meramente logica, intellettuiva*: il giudice per decidere sulle varie domande deve incontrare nel suo *iter* decisorio una questione che è comune a tutte.

L'opportunità dello scioglimento del cumulo si riscontra quando sorgono particolari esigenze istruttorie (ad esempio, la dimostrazione dell'elemento del mancato godimento delle ferie) solo per alcune cause, mentre le altre cause sono già mature e quindi potrebbero immediatamente essere rimesse in decisione. In una ipotesi del genere la separazione è ammissibile, in quanto la continuazione della riunione, una volta risolta la questione comune, renderebbe più gravoso il processo allungandone i tempi.

L'eventuale separazione delle cause

La differenza tra connessione impropria e connessione autentica, ossia per il titolo e/o per l'oggetto, non è peraltro solo concettuale.

Le regole di competenza che agevolano l'instaurazione del l.f. passivo per connessione per titolo o per oggetto: l'art. 33 c.p.c.

Alla tenuità del collegamento sussistente tra le cause impropriamente connesse corrispondono *rilevanti diversità di disciplina positiva*.

Infatti, l'art. 33 c.p.c. dispone che, onde riuscire agevolmente ad instaurare il litisconsorzio facoltativo passivo, l'attore possa convenire in giudizio tutti i convenuti davanti al giudice del luogo di residenza o di domicilio di uno solo di essi. Questo, però, vale esclusivamente qualora le cause congiuntamente proposte siano connesse per il titolo e/o per l'oggetto. La fatispecie contemplata dall'art. 33 è più ristretta di quella di cui all'art. 103. Solo per il cumulo tra cause legate da nessi rilevanti sul piano sostanziale (e non anche da mera connessione intellettiva) l'utilità del *simultaneus processus* è parsa al legislatore tale da giustificare una deroga alle ordinarie regole di competenza, fino al sacrificio parziale del principio *actor sequitur forum rei*. Si tratta di quel principio che fonderebbe il diritto di ciascun convenuto ad essere chiamato in giudizio davanti al giudice della propria residenza o del proprio domicilio (là dove non sussistano particolari criteri di collegamento con altri fori: artt. 20-24). Si badi, però, che questa deroga è consentita solo ove non venga in questione un'attribuzione di competenza per territorio funzionale ed esclusivamente a vantaggio del foro generale, *ex artt. 18 e 19 c.p.c.*, di uno dei più convenuti.

Il litisconsorzio passivo fittizio

Questa deroga, poi, anche nel caso di litisconsorzio passivo dovuto a connessione propria, viene negata – e non a torto – dalla giurisprudenza quando la citazione congiunta di più convenuti risulta un mero espediente per ottenere uno spostamento della competenza stessa (c.d. *litisconsorzio fittizio*). Questa ipotesi si verifica quando la domanda fatta valere contro quello dei più litisconsorti, innanzi al foro generale del quale sono stati tutti convenuti, appaia *ictu oculi* infondata, e così chiaramente preordinata al fine esclusivo di ottenere lo spostamento della competenza ai danni degli altri litisconsorti (i soli nei cui confronti sussiste un effettivo bisogno di tutela giurisdizionale dell'attore). In questi casi viene dunque esclusa la competenza per connessione e il conseguente sacrificio del principio *actor sequitur forum rei* che, in concreto, porterebbe a soddisfare interessi dell'attore non meritevoli di tutela.

Tipi di connessione e cumulo sopravvenuto

Il particolare *favor* legislativo per la costituzione del *simultaneus processus* nelle ipotesi di connessione per il titolo o per l'oggetto – non anche però di connessione impropria per comunanza di questioni – si manifesta anche facilitando la instaurazione successiva del cumulo. Da un lato – come palesa la lettera dell'art. 105, co. 1 (su cui v. *infra*, cap. 4) – l'intervento litisconsortile è ammissibile solo in presenza di una connessione per il titolo o per l'oggetto tra il diritto fatto valere dall'interveniente e la causa originariamente dedotta in giudizio. È escluso, perciò, che l'intervento possa essere spiegato in presenza di una connessione solo im-

propria tra le due domande. Lo stesso discorso vale, poi, per la chiamata in causa ad istanza di parte *ex art.* 106, salvo il caso della chiamata in garanzia c.d. impropria, che si ammette *ex art.* 106, seconda parte, ancorché la causa che fa capo al chiamato non sia oggettivamente connessa a quella “originaria” (v. cap. 8).

Dall’altro lato, la instaurazione successiva del litisconsorzio per connessione impropria è ammissibile non appunto in via di intervento volontario (art. 105) o di chiamata in causa (art. 106, salvo appunto il caso della chiamata in garanzia c.d. impropria), ma solo nell’ipotesi in cui le cause pendano davanti ad un giudice competente a conoscere di entrambe (il quale potrà allora disporne la riunione *ex art.* 274: provvedimento che sarà addirittura doveroso, ai sensi dell’art. 151 disp. att. modificato dal d.lgs. n. 40/2006, là dove le cause siano relative a controversie di lavoro o previdenziali ovvero pendano dinanzi al giudice di pace). Al contrario, la possibilità di una riunione *ex art.* 40 sarà da escludere qualora le cause pendano davanti a giudici diversi, poiché tale provvedimento presupporrebbe una figura di connessione idonea a consentire una deroga alle regole ordinarie di competenza, e tale non è, secondo quanto fatto palese dall’art. 33, la connessione impropria. Il *simultaneus processus* potrà, dunque, instaurarsi successivamente *ex art.* 40 solo nelle ipotesi in cui la riunione dia luogo ad un litisconsorzio facoltativo tra più soggetti che deducono, o nei cui confronti sono fatte valere, domande autenticamente connesse per identità del titolo o dell’oggetto.

Ora, si rileggono ancora una volta il co. 1 dell’art. 103 del c.p.c., per vedere come si collocano le considerazioni sopra svolte nella astratta fattispecie legale.

Così, più parti *possono* (litisconsorzio facoltativo) *agire* (attivo) o essere *convenute* (passivo) nello *stesso processo* (simultaneità del processo), quando tra le *cause* (pluralità di domande e così di cause) che si propongono (stesso processo) esiste connessione per l’*oggetto* o per il *titolo* dal quale dipendono (connessione propria, particolarmente intensa quando sia per l’oggetto o per entrambi gli elementi identificatori), oppure quando la decisione dipende totalmente o parzialmente dalla risoluzione di *identiche questioni* (connessione impropria o meramente intellettiva).

Pertanto, quattro sono i tipi di connessione *ex art.* 103, co. 1, c.p.c.:

I tipi di connessione contemplati dall’art. 103 c.p.c.

- il primo è di connessione congiuntamente per il titolo e l’oggetto, e ricomprende i casi di connessione propria più forte, vale a dire (tenenzialmente) quando ricorre il litisconsorzio facoltativo “unitario”;

- il secondo e il terzo sono dati dalla connessione per il titolo o per l’oggetto, e sono ipotesi di connessione propria intermedia – quella per il solo oggetto – o debole – quella per il solo titolo – (la separazione delle cause sarà allora ben possibile);

- l’ultimo, il quarto, ricorre quando vi sono identiche questioni da risolversi, c.d. connessione impropria: qui si applica ancora l’art. 103, ma non opera l’art. 33.

A questo punto, avendo già enucleato fin qui esempi di connessione propria forte e di connessione impropria, proviamo ad immaginare casi di connessione bensì propria ma sostanzialmente “debole”, perché le domande sono collegate

per uno solo dei loro elementi identificatori, sì che la separazione delle stesse sarà talora opportuna.

Un primo caso potrebbe essere quello dell'obbligazione parziaria di più con-

Esempio di connes-
sione propria debole:
il condebito degli
eredi pro quota

debitori *pro quota*; l'esempio è costituito da un caso di debito ereditario poiché, se il *de cuius* aveva un debito non estinto, in questo succedono gli eredi *pro quota* (lo stesso fenomeno divisorio automatico non vale, invece, dal lato attivo dal momento che,

in virtù degli artt. 727 e 757 c.c., la tradizionale regola *nomina et debita hereditaria ipso iure dividuntur* è esclusa per le posizioni creditorie del *de cuius* le quali cadono in comunione e pertanto non si ripartiscono tra i coeredi in modo automatico: Cass., 13 dicembre 1992, n. 11128). Supponiamo che il creditore del *de cuius* convenga in giudizio gli eredi, quindi la moglie ed il figlio del suo scomparso debitore. Il creditore dovrà dimostrare per ciascuno dei convenuti la qualità di erede e per quale quota ognuno sia chiamato a succedere; al di là di questo, pe-

... e la connessione
solo per il titolo
(non per l'oggetto)

rò, tutto il resto è, quanto al titolo, comune alle due cause. Le domande sono, quindi, solo parzialmente connesse con riguardo al titolo (sia esso contrattuale o extracontrattuale), poiché comunque il creditore dovrà dimostrare la vicenda successoria, che è

diversa per i due eredi. Ciò che senz'altro diverge tra le due domande è però l'oggetto perché, se quella del *de cuius* era una prestazione unica, agli eredi sono chieste *due prestazioni diverse*, rispondendo ciascuno per la sua quota ereditaria e così per la sua parte di obbligazione.

L'utilità del cumulo delle cause, in questa circostanza, emerge soltanto sul piano dell'economia processuale e poi su quello della garanzia che non vi siano contrasti logici nella motivazione quanto all'accertamento giudiziale della parte di titolo costitutivo comune alle due domande. Infatti, se le due cause fossero trattate in due separati processi e sia la moglie che il figlio avessero contestato il debito del *de cuius*, le istruttorie sarebbero potute pervenire ad esiti non coincidenti.

Va precisato, tuttavia, che in queste ipotesi la separazione può essere frequente. Ciò può accadere, ad esempio, qualora i due convenuti non sollevino contestazioni sul fatto che il *de cuius* fosse obbligato, bensì uno contesti di essere erede, mentre l'altro affermi che il debito del *de cuius* si fosse già prescritto. Qui abbiamo due differenti strategie difensive, nel senso che le questioni controverse sono diverse per ciascuna causa e non attengono alla questione comune relativa all'esistenza del debito in capo al *de cuius*. Orbene, la connessione fra le domande, data da quella parte di titolo che non è contestato, non giustifica più il *simultaneus processus* e quindi, per rispondere meglio alle diverse esigenze istruttorie, si potrà disporre la separazione.

Per la bibliografia e le questioni si veda l'appendice informatica.

3

Il litisconsorzio facoltativo nello svolgimento del processo

Il cumulo di cause scindibili. – Estinzione parziale del processo cumulativo litisconsortile. – Scindibilità delle cause nelle fasi di gravame. – Esempi e applicazioni. – Peculiarità dei casi di cumulo di cause fra loro dipendenti: il l.c. facoltativo in materia di fideiussione. – La ratio di tale differenza di trattamento. – L’istruttoria nel processo con cumulo litisconsortile di cause.

Per completare il discorso sul litisconsorzio facoltativo – che è argomento di molta rilevanza pratica specie dal lato passivo – si deve a questo punto aggiungere che il cumulo di cause, che in tal modo si realizza, è definito come una specie della categoria del cumulo di cause scindibili.

Il cumulo di cause scindibili

La formula “cause scindibili”, che non compare nell’art. 103 c.p.c., emerge dalla lettera della legge laddove questa tratta della sentenza di primo grado nelle fasi di impugnazione. Più in particolare, alla impugnazione della sentenza che abbia definito, in primo grado, un processo in regime di litisconsorzio facoltativo si applica la disciplina di cui all’art. 332 c.p.c., che appunto riguarda le cause scindibili.

Si aggiunga che l’ipotesi del litisconsorzio facoltativo *ab initio* non è il solo caso in cui può realizzarsi un cumulo di cause scindibili.

Ed infatti, la categoria delle cause scindibili ricomprende anche quelle ipotesi in cui ad un processo con la medesima struttura pluralistica si perviene *medio tempore*, come nel caso appunto di intervento volontario, di chiamata in causa del terzo, o di riunione di processi. Ora queste varie ipotesi, cioè il litisconsorzio facoltativo originario e quello sopravvenuto, nelle fasi di impugnazione saranno ricomprese tutte nella categoria delle cosiddette cause scindibili, condividendo la medesima disciplina al di là della diversa genesi del cumulo di domande.

Vale a dire: l’aspetto genetico del litisconsorzio facoltativo è interessante, dal punto di vista della procedura civile, per capire come si approda al cumulo, ma non è determinante per “fotografare” la struttura processuale che ivi si verifica, in vista della quale

rileveranno solo i nessi sostanziali fra le cause divenute (prima o poi) congiuntamente pendenti. E non è determinante neppure per stabilire quale debba essere il trattamento della sentenza che abbia definito un processo così strutturato. Comunque ci si arrivi, il regime di quella sentenza nelle fasi ulteriori del processo – quand'essa abbia definito un cumulo di cause fra loro autonome ma connesse per il titolo, l'oggetto o per questioni comuni – sarà il medesimo.

Proprio a conferma della tendenziale autonomia e scindibilità delle cause che partecipano al cumulo in regime di litisconsorzio facoltativo è opportuno considerare particolari vicende che possono interessarlo e incidere sulla sua struttura.

Nello svolgimento del processo cumulativo, infatti, potrebbe capitare che il litisconsorzio facoltativo debba sciogliersi, ad esempio, a seguito dell'estinzione di una delle più cause cumulate, per rinuncia agli atti o per inattività delle parti.

Estinzione parziale del processo cumulativo litisconsortile

L'accadimento di una di queste vicende, ed in specie dell'estinzione di una soltanto di queste cause cumulate, costituisce una ulteriore riprova del carattere sostanzialmente pluralistico di questo fenomeno processuale, nel quale l'autonomia delle cause cumulate si coglie sotto il profilo della facoltatività del cumulo, della separazione *ex art. 103, co. 2*, e dell'eventualità di un'estinzione parziale del processo. Maggiori perplessità possono sorgere invece quanto ad una interruzione parziale o sospensione parziale, salvo la previa separazione: si tratta infatti di vicende anomale del processo eminentemente temporanee, il cui verificarsi per una causa sola mal si concilia con la perdurante simultaneità del processo. All'atteggiarsi del cumulo di cause nelle fasi di gravame è dedicato il cap. 14, alla cui ampia analisi si rinvia.

Una ipotesi peculiare che si sottrae all'applicazione della disciplina generale: il litisconsorzio facoltativo in materia di fideiussione

Si badi però che, qualche volta, si possono verificare delle ipotesi più complesse, che si sottraggono in parte alla disciplina prevista dall'art. 103, co. 2, per quanto riguarda il giudizio di primo grado (e a quella dell'art. 332, per le fasi di gravame).

È l'ipotesi del cumulo di domande proposte contro diversi convenuti e *dipendenti* l'una dall'altra. Per fare un primo esempio, potremmo pensare al cumulo di domande giudiziali proposte dal creditore, con un unico atto di citazione, contro il debitore principale e contro il fideiussore.

Come si è già visto, si tratta di un caso di litisconsorzio facoltativo passivo, caratterizzato dalla presenza di cause connesse per l'oggetto e solo parzialmente per il titolo. È una fattispecie interessante, poiché le due domande non sono connesse solo per l'oggetto, ma sono anche l'una dipendente dall'altra. Questo perché tra i fatti constitutivi del diritto oggetto della causa dipendente v'è l'esistenza del diritto dedotto nella causa principale. In altri termini, il diritto di credito della banca nei confronti del fideiussore esiste se ed in quanto esiste, ed è valido, non solo il contratto di fideiussione ma anche, e prima di tutto, il diritto di credito della banca nei confronti del debitore principale. Il diritto oggetto della causa principale si atteggia a componente della fattispecie costitutiva del

diritto oggetto della causa dipendente. Ciò spiega il collegamento fra le due cause (espresso del resto dall'*art. 1939 c.c.*, con la sola eccezione dell'obbligazione principale assunta da un *incapace*): per sapere se sia fondata o meno la domanda della banca nei confronti del fideiussore non è sufficiente accertare l'esistenza di un valido contratto di fideiussione, ma occorre altresì accertare l'esistenza o meno del debito principale.

A conclusioni in parte diverse si deve giungere, invece, se la *causa petendi* della domanda di condanna proposta dal creditore nei confronti del garante non sia costituita dalla fideiussione ma da un contratto autonomo di garanzia. Si tratta di una figura contrattuale atypica – molto diffusa nella prassi ma priva di un'espressa disciplina normativa – che deve le sue origini all'omologo istituto tedesco della *Garantievertrag*. In forza di questo contratto, un soggetto (una compagnia di assicurazioni o un istituto bancario) si obbliga nei confronti di un soggetto (il debitore principale) a garantire l'obbligazione che questi abbia assunto nei confronti di un altro soggetto (il creditore principale). Anzitutto, rispetto alla fideiussione, diversa è la qualità delle parti contraenti, perché il contratto di garanzia autonoma è concluso tra il garante autonomo (colui cioè che si obbliga personalmente a garantire l'adempimento) ed il debitore principale (non già il creditore, come nella fideiussione). Ma diversa, rispetto alla fideiussione, è anche la causa del contratto autonomo di garanzia, che deve ravvisarsi (come hanno chiarito le sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947) nel trasferimento, in capo a chi garantisce, del rischio economico conseguente alla mancata esecuzione dell'obbligazione. Il garante autonomo, infatti, è tenuto a pagare il creditore a prima richiesta, ovvero senza eccezioni. Ciò significa che costui, qualora convenuto in giudizio, non potrà efficacemente difendersi sollevando eccezioni attinenti alla validità, all'efficacia o alle vicende relative al rapporto di base. Il garante autonomo potrà resistere alla richiesta di adempimento solo proponendo l'*exceptio doli* – deducendo cioè che l'escusione sarebbe manifestamente abusiva – ovvero l'eccezione di nullità del contratto di base, per contrarietà a norme di ordine pubblico. Ne esce così alquanto ridimensionata la caratteristica dell'accessorietà che è invece propria del contratto di fideiussione.

Il contratto autonomo di garanzia

Ritornando al contratto di fideiussione, quanto sopra espresso certamente vale come regola, ma non mancano eccezioni a tal riguardo. Infatti, se emerge che quel contratto di fideiussione è completamente nullo, l'esito del giudizio sulla causa dipendente è (decisamente) prevedibile: quest'ultima sarà comunque infondata, non sussistendo quella parte del titolo, ivi fatto valere, a prescindere dall'esistenza o meno del diritto oggetto della causa principale.

Qualora poi la banca abbia proposto domanda di condanna solo nei confronti del fideiussore – e l'ipotesi è assai frequente – costui potrà difendersi eccependo l'inesistenza del debito dell'obbligato principale, eccezione questa che non introduce la causa pregiudiziale relativa all'obbligazione principale, bensì solo una difesa relativa alla causa tra la banca e il fideiussore. In altre parole, egli negherà l'esistenza di una componente della fattispecie costitutiva del credito fideiussorio affermato dalla banca, e il giudice, a quel punto, dovrà esaminare l'esistenza o meno del debito principale in via meramente incidentale, *incidenter tantum*, vale a dire al solo fine di decidere dell'unica domanda proposta: quella tra la banca e il fideiussore, posto che, nell'esempio che abbiamo formulato, la lite nasce e rimane bilaterale.

Di regola, quando nel processo si cumulano entrambe le domande di condanna (verso il fideiussore e verso il debitore principale) fino a quando non sia definita la causa instaurata verso quest'ultimo, non si è in grado di sapere se sia fondata quella proposta verso il fideiussore; ecco perché in questo caso (che pur sempre costituisce fattispecie di litisconsorzio facoltativo) non si può discorrere di cause completamente autonome e scindibili (non così, di regola, quando il creditore abbia convenuto, insieme al debitore principale, anche il garante autonomo). Il nesso di dipendenza che corre tra le medesime si traduce nella impossibilità di procedere alla loro separazione: non avrebbe senso, infatti, isolare la causa dipendente (quella contro il fideiussore), attraverso lo scioglimento del cumulo, per poi sospendere il relativo processo in attesa della definizione di quello sulla causa principale (quella contro il debitore principale).

Anche nell'ipotesi in esame, può verificarsi una estinzione parziale, ad esempio per rinuncia agli atti del giudizio. Così se la banca si accorge che il fideiussore non è quel determinato soggetto dalla stessa convenuto o che il contratto di fideiussione è invalido, ben può rinunciare agli atti. Una eventuale rinuncia agli atti, relativa alla causa dipendente, non travolge la causa principale ma comporta lo scioglimento del cumulo. Finché entrambe le cause pendono, ciò che non può sciogliersi è invece il rapporto di pregiudizialità-dipendenza, il quale comporta che per decidere la causa dipendente si definisca preventivamente la causa principale.

Altri casi di solidarietà

dipendente La struttura della dipendenza fra le cause cumulate contro dipendente stinti convenuti ricorre anche in altre ipotesi di solidarietà sussidiaria, in cui vi è un obbligato principale e uno o più obbligati in via secondaria (con o senza il beneficio di previa escusione dell'obbligato principale). Si pensi al caso di azione del creditore contro la società di persone (s.s., s.n.c., s.a.s.) e contro i suoi soci illimitatamente responsabili (nelle azioni di cognizione l'onere della preventiva escusione del patrimonio sociale non impedisce al creditore di agire contro i soci), oppure contro una società di capitali e contro il suo unico socio (quando i conferimenti non siano stati integralmente liberati e fino a quando non sia stata attuata la specifica pubblicità della unipersonalità); o, ancora, alle ipotesi di assunzione cumulativa del debito altrui ove l'assuntore è obbligato principale e il debitore originario degrada ad obbligato in via secondaria.

La differenza di trattamento si ricollega al modo di essere dei rapporti giuridici sul piano sostanziale

A questo punto si comprende come il litisconsorzio facoltativo, e con esso la struttura del *simultaneus processus*, non sia istituto finalizzato unicamente a soddisfare mere ragioni di economia processuale e come la differenza di trattamento tra casi di connessione molto forte e casi di connessione più blanda, e così tra le varie ipotesi che si è soliti ricondurre all'art. 103 c.p.c., sia *da ricercare nel modo in cui sono collegati i rapporti giuridici sul piano sostanziale*.

Orbene, ai fini della scelta di introdurre il processo con cumulo litisconsortile, è sufficiente il collegamento più blando, vale a dire la connessione “impropria”,

quella meramente logico-intellettiva che discende dall'esistenza di identiche questioni di fatto e/o di diritto nell'*iter* decisorio di ciascuna delle domande proposte.

Ci sono, poi, le ipotesi di connessione per titolo o per l'oggetto e che abbiamo denominato di connessione propria debole o intermedia, e casi di connessione propria forte, quale quella ad un tempo per titolo e per oggetto. Ipotesi, infine, di connessione ancora più forte (che, come vedremo al cap. 14, nelle fasi di impugnazione condurranno all'applicazione dell'art. 331, seconda parte, anziché all'art. 332), sono quelle di connessione parziale per il titolo, totale per l'oggetto e con dipendenza di cause.

In altre parole, esistono, tra le cause cumulate *ex art. 103 c.p.c.*, dei legami più o meno intensi i quali, se non raggiungono l'intensità massima, che è quella data dalla dipendenza, non impediscono di considerare scindibili le cause.

Queste premesse consentono, nonostante la lacunosità dell'*art. 103* (anche a tal riguardo) e la mancanza di regole esplicite nel codice civile, di affrontare le *questioni che sorgono quanto alla istruttoria del processo con cumulo litisconsortile di cause*.

Se la connessione è quella impropria della mera comunanza di una o più questioni oppure è quella flebile data dall'identità di titolo, la prova diretta o contraria sui fatti constitutivi potrà essere chiesta dalla parte volta a volta interessata a quei fatti ed avrà efficacia nei soli suoi confronti.

Allorché, come accade nelle ipotesi di domande cumulate connesse per il titolo, il fatto constitutivo da accertare è in tutto o in parte il medesimo per ogni causa e per ogni litisconsorte, ciascuno può chiedere al riguardo l'ammissione di mezzi di prova e le risultanze istruttorie – quando siano liberamente valutabili: ad esempio, la testimonianza – per il *principio di acquisizione* avranno efficacia per la soluzione delle questioni di fatto comuni nell'ambito della decisione di tutte le cause.

Le questioni più delicate sorgono in punto di capacità a testimoniare dei litisconsorti sulle istanze probatorie degli altri: essa sussiste solo quando si depone su fatti non comuni anche alle cause degli altri. Inoltre problemi si pongono allorché le prove che vengono a costituirsi siano prove legali che implicano il potere di disposizione del rapporto controverso: è il caso della *confessione giudiziale* resa da un solo litisconsorte (a seguito di interrogatorio formale) su fatti comuni, o del *giuramento decisorio* similmente reso, a proprio sfavore, solo da un litisconsorte (cui sia stato deferito o riferito *ex artt. 233 e 234 c.p.c.*).

Su questo problema – con riguardo al giuramento – esiste una disposizione relativa al caso delle obbligazioni solidali: l'**art. 1305 c.c.**, espressione sempre del principio-guida in materia della estensione di effetti fra “consorti obbligati” solo *in utilibus* e mai in danno degli altri. Come sappiamo, i casi del concredito solidale e del condebito solidale possono dare luogo in sede processuale ad ipotesi di litisconsorzio facoltativo, rispettivamente, attivo e passivo. Tuttavia, la soluzione dell'**art. 1305** può applicarsi solo a tali ipotesi, a una parte quindi e non a tutto il fenomeno del proces-

L'istruttoria

Soluzioni variabili

La confessione e il giuramento nel litisconsorzio facoltativo

so con cumulo litisconsortile di cause (stante la varietà della loro connessione e il variabile significato di diritto sostanziale di essa).

In carenza di una norma specifica, la soluzione si ricava *a contrario* dagli artt. 2738, co. 3, e 2733, co. 3, c.c.: si tratta di norme dettate esplicitamente per il solo litisconsorzio necessario, ove l'apprezzamento di tale prova deve avvenire unitariamente per tutte le parti perché la causa è una ed unica e così una prova per solito legale diviene eccezionalmente apprezzabile dal giudice in modo libero, appunto perché unitario, per tutti.

... e la scindibilità degli effetti | *Tale soluzione non può valere* per il litisconsorzio facoltativo: qui il giuramento o la confessione – ancorché vertenti su fatti comuni – mantengono valore di prova legale per la parte che ha reso la dichiarazione giurata o confessoria, mentre *non avranno alcun valore propriamente di prova per gli altri litisconsorti*: né valore di prova legale vincolante, e neppure di prova vera e propria, seppure liberamente valutabile (tutt'al più il giudice potrà utilizzare il giuramento o la confessione di uno come mero argomento sussidiario di prova per gli altri litisconsorti, *ex art. 116, co. 2, c.p.c.*; ma su tale esclusiva base, senza il supporto di altri riscontri, non potrà decidere conformemente la causa che li concerne).

In conclusione, l'efficacia della prova legale nel campo applicativo dell'art. 103, di solito, *vorrà appieno per la sola causa* cumulata in ordine alla quale essa si è formata e – salvo forse una rilevanza quale mero argomento di prova – *non per le altre*. Per evitare, allora, eventuali decisioni contrastanti sul fatto comune ed il disagio conseguente, si potrà pensare di *separare* le cause. Questo sarà possibile sempre, tranne nei casi di litisconsorzio unitario nei quali il cumulo è divenuto necessario e non può scindersi, perché le varie cause non possono conoscere soluzioni difformi, sì che giuramento e confessione – secondo le norme sul litisconsorzio necessario – qui saranno liberamente valutabili per tutte le cause.

Anche le eccezioni di rito e di merito in senso stretto, ove sollevate da uno dei litisconsorti passivi, varranno solo per la sua causa, stante l'autonomia delle altre. Così, ad esempio, nel caso in cui solo uno dei convenuti sollevi eccezioni di rito in senso stretto (ad esempio, incompetenza territoriale), che si rivelino fondate e da accogliere, la sentenza (od ordinanza, nel caso dell'incompetenza) di rito riguarderà solo la relativa causa e, di nuovo, potrà avversi scioglimento del cumulo.

Per la bibliografia e le questioni si veda l'appendice informatica.

4

L'intervento volontario. A) L'intervento litisconsortile

Le tre ipotesi di i. volontario. – Nozione di i. litisconsortile. – La deduzione di un diritto connesso per l'oggetto e/o per il titolo. – La posizione che assume il terzo interveniente. – L'i. nel lato attivo realizza successivamente un l.c. facoltativo attivo. – L'i. nel lato passivo, volto ad esperire una domanda di accertamento negativo.

Passiamo ora a considerare, sul piano sistematico, l'intervento volontario di un terzo nel processo, che trova collocazione all'art. 105 c.p.c.; cercheremo di evidenziare innanzitutto il filo conduttore che lega gli artt. 103, 105 (limitatamente al co. 1), 106, ed in parte anche l'art. 104, del codice di rito: l'esistenza originaria o sopraggiunta di un processo unico con un cumulo di cause (più o meno autonome) e così con una pluralità di oggetti.

L'art. 105 si occupa di tutte quelle ipotesi in cui nel processo, sorto tra due o più parti, si assiste in un secondo momento all'ingresso di un altro soggetto che *decide volontariamente* di prendervi parte.

Le ragioni che inducono il terzo ad intervenire in un processo già pendente, diventandone così parte a tutti gli effetti, possono essere le più varie ma sono quantomeno *tre*, tante quante le *tre specie di intervento*, che l'art. 105 disciplina: rispettivamente, due nel co. 1 e una nel co. 2.

Faremo qui riferimento all'intervento del terzo nel processo di cognizione di primo grado (al quale del resto la norma richiamata perlopiù ha riguardo; per il grado di appello, l'intervento è ammesso in limiti più ristretti dall'art. 344). Nel processo cautelare l'art. 105 può essere valorizzato solo con molta prudenza mentre per quello esecutivo v'è una disciplina apposita. Quanto al rito sommario di cognizione, introdotto dalla riforma del 2009 (artt. 702-*bis* e ss.: v. sez. VI, cap. 8) nulla viene detto in proposito dall'art. 702-*bis*. Il silenzio sul punto non vale certo quale divieto di svolgimento di queste attività, pur se esso dimostra un certo disfavore del legislatore verso tutti quegli "incidenti" che possano complicare lo svolgimento del processo retto da questo rito "semplificato" (poco adatto alla trattazione di liti soggettivamente complesse).

Le tre ipotesi di
intervento volontario

In sostanza, l'intervento volontario consente di ampliare il numero delle parti in causa, e così la cerchia soggettiva del giudicato, in conseguenza di ben precise esigenze che il terzo interveniente può manifestare e che l'ordinamento giuridico ritiene meritevoli di tutela (donne le tre *species* di intervento; nel c.p.c. del 1865, l'art. 201 era alquanto più generico, legittimando *tout court* all'intervento "chiunque abbia interesse" nella causa già pendente).

I primi due tipi di intervento sono contemplati al co. 1 e sono designati – sulla base di una elaborazione dottrinale che ha preparato e ispirato l'art. 105 – *intervento volontario principale* e *intervento volontario litisconsortile*; il terzo, disciplinato al co. 2, è detto *intervento volontario adesivo dipendente*. Tuttavia, ipotesi di intervento volontario si trovano anche al di fuori dell'art. 105, esistendo almeno un quarto tipo di intervento volontario nel processo di cognizione: quello previsto per l'ipotesi di successione nel diritto controverso dall'art. 111, che sarà esaminato in seguito (v. cap. 13).

Il co. 1 dell'art. 105 tratta ad un tempo dell'intervento volontario principale e di quello litisconsortile che sono accomunati, come vedremo, dal fatto che nell'uno e nell'altro il terzo propone una domanda volta a far valere un suo diritto e così ad ampliare l'oggetto del giudizio. La struttura della norma (breviloquente e "ad incastro") la fa apparire un poco contorta; di qui, l'esigenza di leggere ed analizzare separatamente le due ipotesi di intervento in essa contemplate.

Nozione di intervento

intervento volontario In relazione all'intervento cosiddetto litisconsortile, fattispecie contigua a quella prevista dall'art. 103, poiché sempre di un cumulo di cause connesse e parallele si tratta, la previsione normativa si deve leggere in sostanza nel seguente modo: "Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, *in confronto di alcune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo* dedotto nel processo medesimo".

Quanto all'intervento cosiddetto principale, invece, la ricostruzione sarà la seguente: "Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, *in confronto di tutte le parti, un diritto relativo all'oggetto* dedotto nel processo medesimo".

Tra i due tipi di intervento, quello che dà luogo ad una struttura processuale che ci è già familiare è quello litisconsortile, poiché attraverso quest'ultimo si instaura, a posteriori, una situazione processuale del tutto corrispondente a quella del litisconsorzio facoltativo attivo e così un cumulo di domande e cause connesse.

Può capitare infatti che un terzo, il quale avrebbe potuto (ma non seppe o non riuscì ad) accordarsi con l'attore per instaurare congiuntamente, fin dall'inizio, la causa nei confronti del medesimo convenuto, voglia introdurre nel processo in corso la sua domanda. Ebbene, la legge consente a tale soggetto di intervenire

Connessione per l'oggetto e/o per il titolo

nel processo pendente mediante l'introduzione, con l'atto di intervento, della domanda che lo stesso avrebbe potuto proporre, *ab initio*, insieme a quella dell'attore, sempreché il diritto fatto valere sia connesso *per il titolo e/o per l'oggetto* a quello controverso tra le parti originarie (ad esclusione, dunque, qui della semplice connessione impropria).

Con l'intervento litisconsortile si verifica quindi un *allargamento dell'oggetto del processo* (in senso, per così dire, *laterale*): alla causa originaria si aggiunge quella *connessa e parallela* introdotta dal terzo, il quale, mediante appunto la proposizione della domanda, *assume la qualità di parte* del processo a tutti gli effetti e segnatamente di (ulteriore) parte attrice relativamente ad una (autonoma) nuova causa.

Il terzo interveniente assume la qualità di parte

Volendo fare un esempio, si può immaginare l'ipotesi di un socio che impugna la delibera assembleare; gli altri soci, assenti, dissentienti o astenuti, potrebbero – come si disse –, per lo stesso fine, instaurare autonomamente un altro processo. Tuttavia, se preferiscono evitare di iniziare un proprio giudizio che abbia lo stesso oggetto, costituito dall'annullamento della delibera assembleare per lo stesso vizio, possono esperire un intervento volontario di tipo litisconsortile nel procedimento già in corso (rispetto al quale sono terzi).

In altre parole, nel processo in corso questi soci (oppure, per fare altri esempi di co-legittimati, i concreditori solidali o *pro quota*, etc.), intervenendo, fanno valere nei confronti di una delle parti in causa, cioè del convenuto, un diritto relativo all'oggetto e/o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo dall'attore. La conseguenza è che si realizzerà un processo che, dal momento dell'intervento in poi, avrà la stessa struttura, lo stesso oggetto, la stessa composizione soggettiva che avrebbe avuto se, fin dall'inizio, quei soci avessero scelto di chiedere, con un unico atto di citazione, l'annullamento della delibera nei confronti della società (o, negli altri esempi, la condanna in solido o *pro quota* del debitore comune convenuto). Si realizzerà, insomma, un cumulo di domande: quella dell'attore originario e quelle dei soci intervenienti litisconsortili, connesse in parte per il titolo e in tutto per l'oggetto nel caso dell'annullamento della stessa delibera, oppure sia per titolo che per oggetto nel caso dell'intervento del concredитore solidale, o solo per il titolo nel caso dell'intervento del concreditorе *pro quota* (v. *retro*).

L'intervento del terzo nel lato attivo

... realizza successivamente un l.c. facoltativo attivo ex art. 103

Ora, se si vuole, si possono configurare altri esempi di intervento litisconsortile prendendo in considerazione tutte quelle ipotesi che avrebbero potuto essere di litisconsorzio facoltativo attivo, vale a dire tutti quei casi in cui più attori potevano, con un unico atto di citazione, convenire in giudizio il medesimo convenuto, deducendo domande connesse per il titolo e/o per l'oggetto. Così, il comproprietario può intervenire nel giudizio di rivendica, proposto contro il possessore dall'altro comproprietario (che, però, deve avere affermato di essere tale e non proprietario esclusivo; diversamente, avremmo una domanda di intervento, con la quale il terzo fa valere un diritto incompatibile con le posizioni di entrambe le parti e così – sempre ricadente nel co. 1 dell'art. 105 – *principale* anziché litisconsortile).

Esempi

Dai vari esempi svolti, risulta così che il diritto dell'interveniente è sempre *compatibile* con quello dell'attore, ma talora dotato di maggior autonomia rispetto al suo (connessione solo per il titolo), altre volte corrispondente al suo (connes-

sione “stretta”, ossia per il titolo e per l’oggetto). Queste ultime ipotesi – comproprietario, altri soci, concreditore solidale in base allo stesso titolo (non invece il concreditore *pro quota*) – daranno luogo ad un cumulo litisconsortile *unitario*, cui si addicono tutte le considerazioni fatte, nei due capitoli precedenti, sul c.d. litisconsorzio unitario, in cui la scindibilità delle cause è esclusa o almeno attenuata (e così anche la possibilità di separazione). Se non viene svolto l’intervento, qui certamente il terzo non è colpito dal giudicato; nei casi di connessione “stretta” può risentire però del giudicato favorevole all’attore: artt. 1306 e 2377, co. 6, c.c. (il giudicato di rigetto non crea invece pregiudizio per il terzo).

Se emerge che l’interventore litisconsortile non è legittimato ad esercitare il suo potere di azione in questa forma (cioè intervenendo in un processo già in corso), mancando la connessione per titolo o oggetto con la domanda originaria, l’intervento andrà dichiarato inammissibile, *ex art.* 272 c.p.c., con sentenza non definitiva (ossia che si limita a ciò senza decidere della domanda dell’attore, *ex art.* 187, co. 2), ovvero con la sentenza con la quale il giudice definisce il giudizio. In entrambi i casi, occorre chiedersi se la domanda dell’interveniente sia così *rigettata in rito* o sia *separata*: pare preferibile la prima conclusione.

L’intervento del terzo anche nel lato passivo?

Ci si può chiedere altresì se anche le ipotesi di litisconsorzio facoltativo passivo possano essere rimodulate in chiave di intervento volontario litisconsortile. Il discorso è qui più complesso, perché è improbabile che colui contro il quale non è stata proposta la domanda giudiziale decida di intervenire e di assumere, quindi, volontariamente la veste di citato in giudizio. Si dovrebbe pensare all’intervento da parte di un soggetto che avrebbe potuto essere evocato in giudizio assieme al convenuto originario in quanto contro di lui l’attore avrebbe potuto far valere un diritto relativo allo stesso oggetto o connesso per il titolo.

Così, a titolo di esempio, potremmo chiederci se il coerede Caio possa intervenire volontariamente nel processo che l’attore (credитore del *de cuius*) ha instaurato contro il coerede Tizio; analogamente, potremmo domandarci se il fideiussore possa intervenire, a fianco del debitore principale, nel processo instaurato contro quest’ultimo dalla banca.

Cercando, ora, di formulare alcuni esempi di intervento litisconsortile sulla base delle considerazioni svolte, si può richiamare l’ipotesi del proprietario di un fondo che ritiene di essere titolare di un diritto di servitù gravante su di un fondo confinante la cui proprietà è in capo a due soggetti. Se il proprietario del fondo dominante esercita l’azione di accertamento dell’esistenza della servitù, cioè l’*actio confessoria servitutis*, citando in giudizio uno solo dei due comproprietari, all’altro è consentito di intervenire per ottenere certezza maggiore dall’esito del processo.

Tuttavia, affinché questo sia un esempio di intervento litisconsortile – che dia luogo ad un processo con cumulo di domande sostanzialmente corrispondente a quello che si sarebbe avuto se, *ab origine*, l’attore avesse convenuto i due comproprietari – occorre che l’interventore proponga una domanda, cioè che fra quest’ultimo e l’attore si instauri una causa.

Il terzo, ovviamente, essendo comproprietario del fondo servente, è interessato a che sia accertata l’inesistenza della servitù, e quindi al rigetto della domanda dell’attore. L’unica

domanda che, in un caso come questo, si può immaginare è quella di *accertamento negativo*, vale a dire quella con cui l'interventore sostenga, in qualità di comproprietario del fondo servente, che si debba accertare l'inesistenza del diritto di servitù sul medesimo. In altre parole, l'interventore chiederà l'accertamento della sussistenza o meno, nei suoi confronti, del diritto reale di servitù affermato dall'attore nei confronti dell'altro comproprietario ma implicitamente anche nei suoi (è chiaro che se la servitù grava sul fondo servente, la cui titolarità si riconduce a due soggetti, l'attore deduce di esserne titolare nei confronti di entrambi). Simili domande di accertamento negativo possono profilarsi negli altri esempi sopra proposti.

Da questo esempio si deduce quanto sia poco agevole configurare ipotesi di intervento litisconsortile dal lato passivo se non dando spazio ad una figura di intervento volto ad esperire una domanda di accertamento negativo; circostanza, peraltro, non molto frequente.

Vediamo di configurare qualche altra ipotesi. Ci chiedevamo, poco sopra, se il fideiussore possa intervenire nel processo instaurato dall'istituto di credito contro il debitore principale; ci si può domandare anche se il debitore principale possa intervenire nel giudizio promosso dalla banca contro il suo fideiussore. Dei due, è questo il caso più verosimile, ma il problema della ammissibilità dell'intervento litisconsortile si pone negli stessi termini e consente una risposta positiva.

Immaginiamo così che il debitore principale voglia intervenire nel processo instaurato dalla banca contro il fideiussore poiché ritiene opportuno sollevare l'eccezione relativa all'inesistenza del debito principale, in quanto sussistono seri dubbi sul fatto che egli sia ancora obbligato. La sua domanda sarà di accertamento negativo, ma non del credito della banca verso il fideiussore, che è già oggetto della causa pendente, bensì del credito che la banca vanta nei suoi confronti. Perciò, con atto di intervento che assume la forma di una comparsa di risposta, il debitore principale chiede che si accerti l'inesistenza del credito verso di lui, che in qualche modo invece l'istituto di credito mostra di considerare esistente nel momento in cui agisce contro il fideiussore.

In questo caso, l'interesse ad agire con la domanda di accertamento negativo discende dal fatto che l'affermazione della spettanza del diritto di credito nei confronti del debitore principale è implicita nell'agire della banca contro il fideiussore, poiché è evidente che se mancasse il diritto verso il debitore principale, il fideiussore non sarebbe obbligato.

L'interesse del debitore principale è ovviamente quello di evitare la soccombenza del fideiussore, il quale potrebbe, in un secondo momento, promuovere una lite nei suoi confronti e chiedere la sua condanna al regresso. Va comunque precisato che, se il debitore principale non intervenisse, la sentenza che definisce il processo tra la banca e il fideiussore, non lo vincolerebbe nel successivo giudizio instaurato contro di lui dal fideiussore ai sensi dell'art. 1298 c.c.: il giudicato formatosi tra l'istituto di credito e il fideiussore non cade, infatti, sull'esistenza del credito della banca nei confronti del debitore principale.

Tuttavia, qualora il debitore principale non intervenga, vi è la possibilità che il fideiussore nulla eccepisca riguardo al debito principale ovvero che non riesca a provare l'inesistenza o il minor ammontare del medesimo, risultando così totalmente o parzial-

L'intervento volto ad esperire una domanda di accertamento negativo

Un esempio in materia di fideiussione

mente soccombente. In questi e simili casi, si verrebbero a porre le premesse dell'obbligo di pagamento da parte del fideiussore alla banca e, in un secondo momento, della nascita di un ipotetico diritto di regresso.

Ora, il diritto di regresso del fideiussore esiste solo se l'adempimento da parte di quest'ultimo abbia estinto un effettivo debito del debitore principale. Pertanto, se il debitore principale tale non era, o non lo era per l'intero, corrispondentemente non sussestava la coobbligazione solidale e, di conseguenza, non può esistere il diritto di regresso. Il debitore principale potrebbe prevenire questa eventuale successiva lite con il fideiussore facendo valere l'inesistenza della sua obbligazione con l'intervento litisconsorile dal lato passivo; si tratterebbe di un'iniziativa processuale utile anche ad evitare una possibile azione da parte dell'istituto di credito nei suoi confronti, nel caso in cui il medesimo voglia ottenere titoli esecutivi contro entrambi.

Una volta instaurato il cumulo di cause connesse, ma di solito autonome, per via di intervento, la disciplina – come ben si comprende – sarà in tutto identica a quella descritta nel caso di applicazione dell'art. 103 *ab initio* (separazione, istruzione, scindibilità – o talora dipendenza – nelle fasi di impugnazione, etc.).

Per la bibliografia e le questioni si veda l'appendice informatica.

5

B) L'intervento principale

L'i. da parte del titolare di un diritto incompatibile. – Esempi in tema di rivendica e di diritti di credito. – Estensione dell'oggetto del contendere e assunzione in capo al terzo della qualità di parte. – Inscindibilità o interdipendenza delle cause così abbinate. – L'i. principale quale opposizione ordinaria di terzo anticipata.

Si esaminerà, ora, l'altra forma di intervento prevista dall'art. 105, co. 1, vale a dire quello *principale*, al quale si riferisce la norma richiamata quando prevede l'intervento nel processo di un terzo che intenda far valere un diritto *nei confronti di tutte le parti*. Tale locuzione sta a significare che il terzo interveniente fa valere, nel processo già pendente, un diritto *relativo all'oggetto del diritto già controverso* nel processo medesimo, nei confronti sia dell'attore che del convenuto. La sua domanda, quindi, sarà diretta nei confronti di *tutte* le parti in causa e sarà *incompatibile* con le posizioni e le conclusioni di entrambe, perciò *non* basata sullo stesso titolo della domanda dell'attore.

Il terzo propone una domanda nei confronti di tutte le parti del processo

L'ipotesi più semplice è quella del processo di accertamento del diritto di proprietà, instaurato da Tizio contro Caio, nel quale interviene Sempronio per chiedere al giudice di accertare che il proprietario non è Tizio e nemmeno Caio, bensì egli stesso.

Vi è anche la possibilità che il convenuto Caio, possessore del bene la cui proprietà è controversa, quando si difende contro Tizio, affermi di non essere neppure lui il proprietario bensì semplicemente il possessore del bene e chieda, perciò, il rigetto della domanda di Tizio, per non essere riuscito a provare l'esistenza del suo diritto incompatibile con tale stato di fatto. Va infatti rammentato che, per accettare il diritto alla restituzione di un bene *uti dominus* (in forza di un diritto reale, dunque, non personale, cioè non basato su un contratto), è necessario preliminarmente accettare la titolarità del diritto di proprietà *fonte del credito restitutorio*. Ebbene, si immagini che intervenga nel processo Sempronio per chiedere l'accertamento a suo favore del diritto di proprietà su quel bene e la condanna alla restituzione

Esempio in tema di rivendica

del medesimo da parte del possessore. Nell'ipotesi più frequente, Caio – alle-gando il suo possesso o magari eccependo anche l'usucapione (che si tende a ri-tenere eccezione in senso stretto e così soggetta a rapida preclusione) – non vorrà riconoscere neanche i titoli fatti valere da Sempronio: ecco, dunque, che si

La lite "trilaterale" avrà una *lite trilaterale* che vede Tizio contro Caio, Sempronio contro Tizio e Sempronio contro Caio.

Già dalla formulazione di questi primi esempi, siamo in grado di scorgere la logica dell'intervento principale, la quale si riflette nella sua antica incisiva de-nominazione: intervento *ad infringendum iura utriusque litigatoris*, vale a dire un intervento che si esperisce per contestare i diritti (e le posizioni) di tutte le originarie parti del processo. Tale contestazione avviene mediante l'affermazio-ne, da parte del terzo, di un diritto la cui esistenza è incompatibile con quella del diritto controverso oggetto del giudizio pendente tra le parti originarie. Il terzo, quindi, si afferma titolare di un diritto autonomo ma *oggettivamente connesso*, e appunto, riferendosi in via esclusiva allo stesso oggetto, *incompatibile* con quel-lo fatto valere dalle altre parti.

Intervento principale per far valere un credito L'intervento principale non riguarda soltanto i diritti assoluti; esso, infatti, può operare anche in processi aventi ad oggetto (l'es-tenza e la titolarità di) un diritto relativo, come, ad esempio, un diritto di credito.

Si immagini che Tizio agisca contro Caio per chiedere la condanna di que-st'ultimo al pagamento di cinquanta mila euro, quale corrispettivo per l'acquisto di un terreno. Sempronio interviene in quel processo sostenendo di non essere stato parte del contratto di compravendita, ammettendo, quindi, che da quel negozio non è sorto credito alcuno a proprio favore; tuttavia, l'interveniente af-ferma di essere cessionario di quel credito, per effetto di un negozio stipulato con Tizio, negando così che quest'ultimo possa vantare alcun diritto nei con-fronti di Caio. Quest'ultimo, a sua volta, si dichiara non intenzionato a pagare, escludendo di essere obbligato tanto verso Tizio quanto verso Sempronio.

Ricorre una situazione di conflittualità trilaterale anche se, a fronte di un at-tore che si qualifica creditore (sottinteso: solitario), l'interventore si qualifica contitolare e così concreditore in solido, per lo stesso titolo e verso lo stesso con-venuto-debitore. Similmente, nel caso – già accennato – di intervento, a fronte della altrui rivendica, di chi si dice comproprietario.

L'intervento determina una estensione dell'og-getto del contendere e fa assumere al terzo la qualità di parte

L'intervento principale ha in comune con l'intervento lit-i-sconsortile il fatto di essere un intervento mediante il quale il ter-zo propone una domanda giudiziale che ben avrebbe potuto pro-porre in via autonoma in un separato processo e che, in quanto introdotta nell'ambito di un giudizio già pendente, allarga l'og-getto del contendere, realizzando un cumulo di domande. Va evidenziato che, pro-ponendo una domanda giudiziale, il terzo *diventa parte del processo in corso*, con poteri propri e autonomi. Pertanto, nel processo così realizzato a seguito dell'in-tervento, occorrerà accertare non soltanto il diritto dell'attore, ma anche quello af-

fermato dal terzo, che è un diritto con lo stesso oggetto. Se su di esso pende già un distinto processo (mentre l'intervento principale di ciascuno dei due attori nell'altro giudizio sarebbe sbarrato dalla litispendenza), si dovrà disporre la riunione dei due processi, in forza di una ipotesi che ricorda – in chiave litisconsortile – quelle che abbiamo chiamato di continenza per specularità.

Comunque, per l'una o l'altra via, si realizza pur sempre quella che viene chiamata una *lite tra pretendenti*, in quanto l'attore originario e l'interveniente principale controvertono sulla spettanza all'uno o all'altro della titolarità in ordine alla medesima situazione soggettiva attiva di credito o di diritto reale su un determinato bene. Se allora il convenuto non contesta (o, in corso di causa, perde l'intenzione di contestare) di essere obbligato, si daranno i presupposti per la sua estromissione dal processo ai sensi dell'art. 109 c.p.c. (v. *amplius* cap. 9).

La c.d. lite tra pretendenti

Che l'oggetto del diritto fatto valere dall'interveniente principale sia il medesimo rispetto a quello dedotto in giudizio dall'attore lo si può desumere dal fatto che è lo stesso, ad esempio, il bene oggetto di rivendica la cui proprietà viene affermata sia dall'attore che dal terzo interveniente. Mentre la circostanza che talora – *ma solo parzialmente* – le domande possano fondarsi sullo stesso titolo emerge nel caso, sopra prospettato, del processo avente ad oggetto un diritto di credito oggetto di una cessione di dubbia esistenza o validità: qui entrambi i pretendenti creditori fondano le proprie pretese sul titolo originario della obbligazione del convenuto; uno di essi ne invoca però la “circolazione” a proprio favore.

Si consideri ora la seguente ipotesi nella quale la connessione per titolo è invece *totale*. Immaginiamo che Sempronio affermi di essere stato parte venditrice del contratto di compravendita, per il cui adempimento Tizio ha convenuto in giudizio Caio. Sempronio sostiene di essere titolare del diritto di credito a quel certo prezzo, perché ritiene che l'attore sia intervenuto nella contrattazione in veste di suo rappresentante, stipulando quindi in suo nome e per suo conto. Sempronio interviene nella lite affermando esservi stata la *contemplatio domini*, mentre Tizio chiede la condanna al pagamento di Caio, ritenendo di aver concluso la compravendita in nome proprio. In questa ipotesi, il titolo delle due domande (quella di Tizio verso Caio e quella di Sempronio, interveniente) non è soltanto parzialmente connesso, ma è il medesimo e coincide con il contratto di compravendita, del quale si tratta di individuare unicamente chi sia, giusta il suo tenore, la parte venditrice. Di qui il profilo di incompatibilità fra i diritti pretesi, sì che *attualmente* l'esistenza dell'uno esclude quella dell'altro: essi – anche se fossero fondati, in più o meno larga parte, sullo stesso titolo originatore – non possono coesistere nello stesso momento.

Connessione anche per il titolo?

Comunque sia, ciò che l'intervento volontario principale richiede è che l'oggetto sia il medesimo e che le domande siano incompatibili.

Al contrario, le domande di più concreditori solidali contro l'unico debitore hanno sì lo stesso oggetto, che è l'unica prestazione dovuta dal debitore, ma sono domande tra loro compatibili, poiché tutti hanno diritto di pretendere dal debitore il pagamento dell'intero finché uno non lo riceva estinguendo il debito anche verso gli altri.

Nell'esempio di cui sopra, invece, le domande dell'attore e del terzo interveniente contro il convenuto hanno lo stesso oggetto, ma si pongono in relazione di incompatibilità, poiché quell'oggetto potrà spettare all'uno o all'altro, ma non ad entrambi.

Il terzo che non interviene non è soggetto al giudicato reso *inter alios*

Da quanto si è detto, appare evidente che la causa originariamente dedotta in giudizio e quella introdotta dall'interveniente principale sono legate tra loro *sempre* da un vincolo di connessione per incompatibilità. Questa incompatibilità non impone peraltro affatto (anche a mente dell'art. 2909 c.c. e dell'art. 24, co. 2, Cost.) che il terzo, ove non abbia dispiegato intervento, sia soggetto all'efficacia della sentenza resa tra le parti originarie. Egli è comunque libero di far valere il proprio diritto in altro, apposito, processo, per vederlo ivi riconosciuto in forza del proprio titolo preminente.

Alle volte, però, benché al terzo non opponibile, la sentenza resa *inter alios* potrà arrecargli pregiudizio. Il che accadrà quando l'esecuzione di quella sentenza renda in concreto più difficile attuare il diritto che il terzo afferma di vantare.

Si pensi al seguente caso: Tizio afferma di aver concluso con Caio un contratto di locazione, e chiede che questi sia condannato alla esecuzione del negozio, immettendo l'attore nel godimento del bene (poniamo un appartamento). Anche il terzo Sempronio, però, si ritiene titolare del medesimo diritto di godimento su quello stesso bene in forza dello stesso contratto di locazione, perché – a suo dire – Tizio non lo avrebbe stipulato per sé, ma in veste di suo rappresentante. Se Sempronio non interviene nel processo pendente tra Tizio e Caio, l'eventuale sentenza favorevole a Tizio certo non avrà alcun effetto nei suoi confronti. Per la precisione, il diritto di godimento che Sempronio afferma di vantare nei confronti di Caio in relazione a quello stesso bene, non verrà certo inciso nella sua giuridica esistenza da quella decisione, potendo essere fatto valere in un autonomo giudizio contro Caio. Tuttavia l'esecuzione della sentenza resa tra Tizio e Caio potrebbe nuocere a Sempronio, ancorché solo sul piano fattuale: se infatti, in esecuzione di quella sentenza, Caio immettesse Tizio nel godimento dell'immobile, l'attuazione concreta del diritto di godimento di quell'immobile, che Sempronio afferma fargli capo, sarebbe compromessa. Ebbene, in tutti i casi in cui l'esecuzione della sentenza resa tra altri possa arrecare un pregiudizio all'esercizio del diritto che il terzo afferma proprio, questi potrà impugnare – senza limiti di tempo – tale sentenza con un rimedio apposito: l'opposizione ordinaria di terzo ex art. 404, co. 1 (su cui v. sez. VII, cap. 6).

L'intervento principale è, tutto sommato, un fenomeno abbastanza semplice: *in nuce* si tratta di una opposizione (ordinaria, di terzo: v. l'art. 404, co. 1, oltre sez. VII, cap. 6) *anticipata*, poiché il terzo titolare del diritto incompatibile vuole evitare che si formi una decisione che – specie se favorevole all'attore e tale così da poter essere eseguita, spostando il possesso del bene – ignori il suo diritto e *in senso assai lato* ne turbi il godimento (si può parlare dunque di un pregiudizio di mero fatto). Se il terzo non interviene, il giudicato non si estenderà

al suo diritto e, a fronte di quel pregiudizio di fatto, egli potrà proporre la opposizione ordinaria di terzo, se lo vorrà ed in ogni tempo.

Tra opposizione di terzo ordinaria ed intervento principale non vi è quindi vera e propria identità di presupposti: qualsiasi terzo si affermi titolare di un diritto incompatibile con quello dedotto in giudizio potrà svolgere intervento *ex art. 105, co. 1*; mentre solo chi si affermi titolare di un diritto incompatibile *e* affermi che la sentenza resa tra altri gli arreca un pregiudizio (e vedremo al cap. 6, sez. VII, che i pregiudizi possono essere svariati) potrà svolgere opposizione di terzo ordinaria. Sicché si può dire che l'intervento principale è una sorta di opposizione di terzo anticipata, purché si tenga presente che non vi è tra i due strumenti perfetta coincidenza.

Ne consegue che l'intervento principale non sarà sempre ammissibile anche in appello, ma solo quando il terzo interveniente mostri di patire un pregiudizio di fatto dalla sentenza resa in primo grado, secondo quanto stabilito dall'art. 344 c.p.c. (che all'art. 404 rinvia). Non è invece mai ammissibile in appello l'intervento litisconsortile, che può essere svolto da colui che – se rimane terzo – non riceve alcun effetto dalla sentenza (salvo talora – obbligazioni solidali; imputative di delibere – riceverne un effetto favorevole).

Invece, quanto al terzo tipo di intervento (quello c.d. adesivo: v. *infra*, cap. 6), in appello sarà ammesso solo quello dei creditori e degli aventi causa stante il collegamento dell'art. 344 c.p.c. anche con il co. 2 dell'art. 404 e quindi con queste due categorie di legittimati all'opposizione revocatoria di terzo.

... ex art. 344
(e art. 404) c.p.c.

Per la bibliografia e le questioni si veda l'appendice informatica.

6

C) L'intervento adesivo (e i limiti soggettivi del giudicato)

L'i. *ad adiuvandum*. – L'interesse del terzo interveniente. – Vari tipi di dipendenza sostanziale e riflessione del giudicato. – La legittimazione dei terzi titolari di rapporti dipendenti, soggetti o meno all'efficacia riflessa del giudicato. – La tesi della riflessione generalizzata del giudicato. – L'intervento del fideiussore e quello del debitore principale. – L'intervento adesivo del garante per l'evizione e la sua chiamata in causa. – L'interveniente promuove una forma di tutela indiretta del proprio diritto. – La legittimazione dei terzi non titolari di rapporti dipendenti: i creditori. – Poteri processuali del terzo interveniente. – L'interveniente adesivo in fase di gravame. – Modalità procedurali dell'i. volontario. Problemi interpretativi posti dall'art. 268 c.p.c. – Termini per l'i. e preclusioni per i soggetti intervenienti. – L'i. del P.M.

Veniamo, ora, a considerare il co. 2 dell'art. 105 c.p.c. che disciplina l'intervento adesivo, istituto che, alquanto più da vicino rispetto agli altri interventi, tocca il tema dell'efficacia della sentenza nei confronti dei terzi, ossia i cosiddetti limiti soggettivi del giudicato (v. sez. I, cap. 6). La questione più ardua e discussa concerne infatti i soggetti legittimati a tale intervento e la *ragione che fonda tale legittimazione*.

La norma è molto scarna, in quanto semplicemente enuncia che un terzo può intervenire nel processo “per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi abbia un proprio interesse”. In sostanza il terzo, con l'intervento adesivo, si affianca ad una delle parti del processo; per questo solo profilo, può scorgersi una certa somiglianza con l'interveniente litisconsortile; tuttavia, a differenza di quanto si è osservato per l'intervento principale e quello litisconsortile, chi interviene ai sensi del co. 2 dell'art. 105, *non fa valere alcun suo diritto*, onde chiedere al riguardo una decisione che lo accerti, e non allarga così il *thema decidendum*.

L'intervento
ad adiuvandum

L'interveniente adesivo, pertanto, va a collocarsi *a fianco* di una delle parti in causa: non tanto parallelamente con una propria autonoma domanda, quanto subordinatamente e diventa in tal modo una parte accessoria. Egli assume una sorta di posizione di “rinforzo” (ma, ad un tempo, anche di controllo) rispetto a una delle parti, la cui posizione verrà così spesso corroborata anche sul piano

istruttorio (perché il terzo, come vedremo, spesso ben ne conosce – a volte meglio del suo titolare – i risvolti fattuali).

L'interesse del terzo interveniente adesivo Tuttavia, il fatto che, ai sensi di questo co. 2, il terzo non faccia valere alcun diritto proprio, non significa certo che egli non debba comunque avere un interesse ad un determinato esito del giudizio fra le parti originarie, le sole munite di legittimazione ordinaria e piena sul suo oggetto, per poter dispiagare il proprio intervento. L'interesse al quale si riferisce lo stesso art. 105 c.p.c. non ha nulla a che vedere con l'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*; la formula adoperata dalla norma cerca di descrivere una situazione di *legittimazione* (all'intervento). Questo interesse del terzo, peraltro, se non deve assurgere a diritto da dedurre nel processo in corso, non può neppure concretarsi in un interesse di mero fatto, dovendosi invece configurare come *interesse giuridicamente qualificato in ordine all'esito nel merito del giudizio in corso* in un certo modo anziché in un altro. È escluso, insomma, l'intervento adesivo degli amici, dei parenti, di coloro che vorrebbero – in vista di proprie autonome liti future simili – la formazione di un certo precedente giurisprudenziale.

A questo punto, ci si deve chiedere quale possa essere un tale interesse giuridicamente rilevante ad un certo esito della lite fra le parti, che consenta di discriminare fra terzi legittimi e terzi non legittimi all'intervento adesivo.

Categorie di legittimi all'intervento adesivo Al riguardo è diffusa – ma tutt'altro che esaustiva, come vedremo – una interpretazione restrittiva che riconosce la legittimazione ad intervenire adesivamente solo a quei terzi nei cui confronti la sentenza sarebbe comunque efficace: si tratta di quei soggetti che si usa dire sarebbero esposti all'efficacia riflessa, eventualmente pregiudizievole, della sentenza resa *inter alios*. Verso costoro la sentenza avrebbe comunque effetto (nei termini già visti – v. sez. I, cap. 6 – e che riprenderemo) anche se essi non intervenissero e rimanessero terzi.

Per noi, però, il novero dei soggetti legittimi all'intervento adesivo è da tenere più ampio. L'interesse giuridicamente rilevante ad un certo esito della lite tra altri, infatti, non ricorre solo quando la sentenza resa *inter alios* potrà riflettersi o comunque essere opposta al terzo non partecipe del giudizio (parti di subcontratti, o venditore *ex art. 1485 c.c.*). Tale interesse sussiste pure quando il terzo, se non interviene, non verrebbe in alcun modo inciso dalla sentenza resa tra le parti in causa, che però per lui pur sempre rileva in quanto potrebbe invece in radice, a seconda del suo esito, escludere che egli si veda, in futuro, coinvolto in un processo sulla propria situazione giuridica soggettiva sostanziale che è dipendente da quella oggetto del giudizio. È questo, ad es., il caso del fideiussore che intervenga nel giudizio reso pendente dal creditore contro il debitore principale. In questi casi l'intervento adesivo ha, più che altro, la funzione di controllare che la parte adiuvata si difenda bene e accresca le *chances* di un esito soddisfacente (per entrambi). Stessa funzione ha l'intervento di chi è titolare non di un rapporto dipendente da quello dedotto in causa, ma di una posizione giu-

ridica soggettiva collegata a quello sul piano dell'attuazione forzata (ad es. il creditore del convenuto, in vista della garanzia patrimoniale generica data dal patrimonio di quest'ultimo: art. 2740 c.c.).

Riescono così delineate tutte le categorie di terzi legittimati all'intervento adesivo, che possiamo così schematizzare:

a) terzi cui la sentenza resa *inter alios* sarebbe comunque opponibile come giudicato, compromettendo l'esercizio in forma specifica del loro diritto (è questo il caso della sentenza di nullità o risoluzione resa tra locatore e conduttore, rispetto al diritto del subconduttore al godimento del bene);

b) terzi titolari di un rapporto dipendente, cui la sentenza resa *inter alios* non è totalmente opponibile, ma ha una efficacia persuasiva debole e ribaltabile (è questo il caso del venditore, non intervenuto né chiamato in causa nel giudizio di molestia tra acquirente e molestante, e convenuto poi dall'acquirente soccombente che azioni la garanzia per l'evizione ex art. 1485 c.c.: il venditore potrà sì ottenere il rigetto della domanda dell'acquirente, ma dovrà dimostrare che vi erano ragioni per far rigettare la domanda del terzo molestante, e che dunque la sentenza resa tra acquirente e terzo è ingiusta);

c) terzi titolari di rapporti dipendenti ai quali la sentenza resa tra le parti del rapporto principale non è opponibile, ma se favorevole alla parte adiuvata assicura l'assenza di pretese nei propri confronti (ad es. il fideiussore rispetto al giudizio instaurato dal comune creditore contro il debitore principale);

d) terzi non titolari di rapporti dipendenti, ma il cui interesse (qualificato, non di mero fatto) all'esito del giudizio emerge da altre norme sostanziali o processuali. È questo, ad es., il caso del creditore del convenuto, che voglia assicurarsi che quest'ultimo si difenda bene e non pregiudichi la garanzia patrimoniale generica rappresentata per ogni creditore dal patrimonio del proprio debitore (art. 2740 c.c.). Questo interesse del creditore alla conservazione della sua garanzia patrimoniale generica emerge, e viene tutelato, da altre norme, e così in particolare dall'art. 2900 c.c., sull'azione surrogatoria (v. sez. III, cap. 9).

Vediamo adesso più da vicino ciascuna di queste quattro categorie, rammentando però che per *taluni soltanto* dei terzi titolari di rapporti giuridici, che si trovano in relazione di "dipendenza-pregiudizialità", vi sono specifiche norme, nel codice civile, le quali prevedono che l'esito del giudizio sul rapporto principale, svoltosi fra le parti di questo, sia opponibile al terzo titolare del rapporto dipendente, talora in modo pieno, altre volte con limiti e temperamenti (ipotesi *sub a*) e *b*).

Questa relazione di dipendenza fra rapporti giuridici si riscontra, ad esempio, tra un contratto ed un subcontratto e, in particolare, emerge con evidenza – nel codice civile – tra il contratto di locazione e quello di sublocazione.

Proprio a questo ultimo riguardo, l'**art. 1595 c.c.**, al suo co. 3, enuncia: "Senza pregiudizio delle ragioni del subconduttore verso

Prima categoria: terzi titolari di rapporti dipendenti cui la sentenza *inter alios* è opponibile. L'ipotesi prevista dall'**art. 1595, co. 3, c.c.**

il sublocatore, la nullità o la risoluzione del contratto di locazione ha effetto anche nei confronti del subconduttore, e la sentenza pronunciata tra locatore e conduttore ha effetto anche contro di lui". In questa ipotesi è la legge a chiarire che la sentenza che accerti la nullità del contratto di locazione, o quella costitutiva che disponga la risoluzione per inadempimento del medesimo, "ha effetto" anche nei confronti del subconduttore, anche ove egli rimanga terzo rispetto al processo relativo alla locazione principale. Quel che la legge non chiarisce – e deve allora farlo l'interprete – è cosa significhi "avere effetto", e, quindi, come quella sentenza inciderà sul diritto di godimento (alla detenzione dell'immobile) del subconduttore.

Secondo alcuni (ma la tesi non ci persuade) la sentenza resa tra locatore e conduttore avrebbe l'effetto di estinguere (non solo il diritto di godimento del conduttore, ma anche) il diritto di godimento del subconduttore. Questo perché – si afferma (Luiso) – sarebbe questa una ipotesi di pregiudizialità-dipendenza a carattere *permanente* che inciderebbe sull'intero rapporto dipendente. Il rapporto di sublocazione, cioè, non solo richiede che, al momento del suo sorgere (pregiudizialità-dipendenza *istantanea*), esista il rapporto pregiudiziale di locazione, ma permane e vive astretto ad esso. Ogni mutamento del rapporto pregiudiziale si rifletterebbe così in un mutamento eguale del rapporto dipendente. E dunque l'estinzione del rapporto principale determinerebbe l'estinzione del rapporto dipendente, che non può sopravvivergli.

Questa impostazione, l'abbiamo detto, non ci pare aderire bene alla realtà sostanziale, più sfaccettata: non è questo – per noi – il significato da attribuirsi alla

... il peculiare significato della sancta efficacia, nei confronti del subconduttore, della sentenza tra locatore e conduttore

locuzione la sentenza tra locatore e conduttore "ha effetto anche" contro il subconduttore. Per comprendere cosa l'art. 1595, co. 3 implica, dobbiamo distinguere due piani. Quello "interno", ossia il rapporto di sublocazione; e quello "esterno", l'utilità che la sentenza riconosce al locatore anche e direttamente nei confronti del subconduttore.

La sentenza resa tra locatore e conduttore non ha alcun effetto estintivo del rapporto contrattuale tra sublocatore e subconduttore: quel contratto rimane integro (ma verosimilmente, neppure sempre però, verrà inadempito dal sublocatore).

Il venir meno del rapporto che si suole definire pregiudiziale (quello di locazione), non si riflette sull'esistenza del rapporto che si afferma dipendente (quello di sublocazione), ma solo sulla sua fisiologica attuabilità: il diritto del subconduttore al godimento del bene non si estingue, ne è, piuttosto, impedita l'esecuzione in forma specifica. Infatti il (solo) diritto di detenzione (opponibile a tutti, anche al locatore principale, sia egli o no proprietario) che il contratto di sublocazione fa sorgere in capo al subconduttore richiede – ed in questo senso solo, se si vuole, si può valorizzare la figura (diversamente equivoca) della "dipendenza permanente" – che il diritto di detenzione sussista e permanga in capo al dante causa del subconduttore, ossia in capo al sublocatore-conduttore. Se

quest'ultimo perde il diritto alla detenzione del bene, è quindi chiaro che il subconduttore non potrà esercitare a sua volta il suo diritto di godimento del bene (di cui il suo dante causa – conduttore-sublocatore – ha perso la giuridica disponibilità). Il diritto di godimento, di detenzione, del subconduttore, però, non si estingue. Ne nascerà allora un diritto di credito, sempre nei confronti del sublocatore, al risarcimento del danno da inadempimento all'obbligazione del conduttore-sublocatore di consentire al subconduttore il godimento del bene. Ed infatti l'art. 1595, co. 3 principia chiarendo “senza pregiudizio delle ragioni del subconduttore nei confronti del sublocatore”.

La sentenza tra locatore e conduttore non ha, però, solo questo effetto. Con l'art. 1595, co. 3, il legislatore ha voluto sancire la possibilità per il locatore, che abbia visto riconoscersi il diritto di rientrare nella disponibilità del bene (dalla sentenza che ha dichiarato la nullità, o risolto il contratto di locazione), di poter opporre tale suo diritto di (nuova) detenzione direttamente anche al subconduttore, senza possibilità, per quest'ultimo, di contestarlo. Pertanto, il subconduttore non può difendersi nei confronti del proprietario-locatore sostenendo, poniamo il caso, la mancanza degli estremi per la risoluzione del contratto di locazione principale, in quanto vi è una norma (l'art. 1595, co. 3, c.c.) che prevede che la sentenza a quel riguardo resa fra le parti legittime, sia efficace nei confronti del subconduttore, ancorché rimasto terzo a quel processo. L'art. 1595, co. 3, quindi, crea a favore del locatore, ed a tutela del suo diritto, un *bypass* di tutela, riconoscendogli azione per il recupero della detenzione del bene direttamente contro il subconduttore.

Da ciò si ricava l'interesse giuridicamente rilevante del subconduttore ad intervenire nel processo relativo alla nullità o alla risoluzione del contratto di locazione: egli ovviamente interverrà a fianco del conduttore convenuto, suo sublocatore, per cercare di sostenerne le ragioni e per controllare che la di lui difesa sia la più rigorosa ed efficace possibile. Infatti, la cosa migliore per il subconduttore è evitare che si formi un giudicato a favore dell'attore (locatore dell'immobile). Costui, qualora risultasse vincitore, potrebbe agire in un successivo processo per chiedere la condanna al rilascio dell'immobile direttamente al subconduttore, lasciandogli unicamente l'azione per il risarcimento dei danni nei confronti del sublocatore (risarcimento che si spiega proprio in ragione di ciò, che il rapporto di sublocazione è tutt'ora esistente e valido, e l'impossibilità di godimento del bene da parte del subconduttore che così si determina, è appunto un inadempimento del sublocatore).

In ipotesi radicali di questo genere, quindi, non vi è dubbio che ricorra un interesse giuridicamente rilevante. Se non vi è stato intervento, il terzo potrà esperire opposizione revocatoria di terzo, lamentando il dolo o collusione fra le parti, *ex art. 404, co. 2* (per cui, giusta l'art. 344, tale intervento adesivo potrà avvenire anche in appello).

Probabilmente, pur in mancanza di una norma espressa, un'analogia situazione vale anche per *gli altri subcontratti obbligatori* (sub-deposito, sub-appalto,

sub-mandato, sub-comodato, etc.), poiché anche in questi casi l'esercizio in forma specifica del diritto che il subcontratto riconosce postula che tale diritto sus-sista in capo al subcontraente-dante causa. L'efficacia, nei termini visti, del giudicato rispetto al terzo che sia titolare del diritto dipendente non comporta una lesione del suo diritto di difesa, come dimostra il fatto che *anche un atto negoziale* di disposizione del rapporto pregiudiziale concluso fra le sole parti di esso si rifletterebbe in egual modo sul rapporto dipendente.

**Seconda categoria:
terzi titolari di
rapporti dipendenti
cui la sentenza resa
inter alios non è inte-
ramente opponibile,
ma nemmeno del
tutto indifferente.
L'intervento adesivo
del venditore garante
per l'evizione**

Un'altra ipotesi di dipendenza, non poco significativa, da considerare è quella che si verifica nell'ambito di un processo di rivendica, quando il venditore del bene, essendo per legge (artt. 1480-1489 c.c.) garante per l'evizione, intenda intervenire adesivamente a fianco del suo acquirente, convenuto dall'attore (che chiameremo "molestante"). Questa scelta di intervenire adesivamente si giustifica perché il venditore vuole evitare che si formi un accertamento favorevole all'attore, ossia che sia riconosciuto il suo diritto a evincere il convenuto con una fondata rivendica.

In tal caso, infatti, l'acquirente rimasto evitto potrebbe instaurare un autonomo processo contro il venditore per far valere la garanzia per evizione (azionando il credito alle prestazioni pecuniarie – danni, frutti e spese – elencate all'art. 1483 c.c.) e il venditore, in quel giudizio, subirebbe in qualche modo – come subito vedremo – il peso del precedente giudicato (là dove ha riconosciuto proprietario il molestante). Invero, l'autonoma causa di garanzia non sarebbe tutta da giocare *ex novo*: il solo fatto che un tale processo nasca è già un inconveniente per il venditore-garante; il fatto poi che non nasca "vergine" acuisce l'interesse di costui all'esito del processo di evizione. Se, infatti, il venditore non intervenisse, rischierebbe di vedersi opporre (seppure con il temperamento dell'inversione dell'onere dimostrativo proprio dell'art. 1485, di cui si dirà appresso) il fatto che effettivamente l'evincente era proprietario all'epoca della vendita, che risulterà quindi una vendita *a non domino*, priva dell'effetto traslativo della proprietà.

**... e la sua chiamata
in causa ex art. 1485,**

co. 1, c.c.

Tuttavia, occorre soppesare la esatta valenza di questo vincolo nei confronti del terzo garante-venditore e considerare quanto dispone l'art. 1485, co. 1, c.c., in virtù del quale "Il compratore convenuto da un terzo che pretende di avere diritti sulla cosa venduta, deve chiamare in causa il venditore. Qualora non lo faccia e sia condannato con sentenza passata in giudicato, perde il diritto alla garanzia, se il venditore prova che esistevano ragioni sufficienti per far respingere la domanda".

**Il significato della
"efficacia" della sen-
tenza di evizione nei
confronti del venditore**

In altre parole, l'acquirente convenuto per l'evizione ha l'*onere* di chiamare in causa il venditore (sempre che questi non intervenga volontariamente, in via adesiva al suo fianco) qualora voglia, un domani, far valere la garanzia per evizione nei confronti del venditore *in modo sicuro* e senza rischi. Solo così operando, può evitare in radice di sentirsi eccepire dal medesimo che sussistevano, a suo tempo, ragioni sufficienti per far respingere la domanda dell'evincente.

Beninteso, come si è detto, il venditore, *sua sponte*, può decidere di intervenire adesivamente, prima di essere chiamato in causa, per cercare di aiutare l'acquirente a far subito respingere la domanda dell'attore (posto che proprio lui venditore sa perché era proprietario, mentre non lo è il rivendicante, e così perché davvero lo è diventato l'acquirente molestato). Si potrà, così, *in partenza* evitare uno strascico giudiziario ulteriore, qual è il processo per la garanzia per l'evizione qualora il convenuto dovesse soccombere.

Intervento adesivo e chiamata in causa del venditore sono dunque omologhi quanto ad effetti: in entrambi i casi costui – divenuto parte – perde le proprie suddette difese nel futuro, eventuale, processo di garanzia, in quanto risulta in grado già di promuoverle intervenendo nel processo di evizione (e, di norma, così avrà operato in base alla sua ben più penetrante conoscenza dei fatti di causa, in quanto passato titolare del diritto ceduto).

Resta comunque il fatto che l'art. 1485 c.c. prevede una efficacia riflessa “debole” del giudicato tra molestante e acquirente, se il venditore rimane terzo alla lite. In altri termini, l'accertamento contenuto nella sentenza che riconosce il diritto dell'evincente non è irrilevante ma neppure opponibile in tutto e per tutto al venditore che non sia intervenuto, né sia stato chiamato: l'efficacia riflessa “debole” di quella sentenza si traduce in ciò, che il venditore, pur sobbarcandosi l'onere dimostrativo (che, in base all'art. 2697 c.c., dovrebbe spettare invece all'acquirente attore), potrà pur sempre affermare che la prima sentenza era ingiusta e che così non si ebbe affatto un caso di vendita *a non domino*. Se tale dimostrazione ha successo, il giudice del secondo processo rigetterà l'azione di garanzia dell'acquirente, già soccombente nel primo processo di evizione. L'*acquirente* sarà così *due volte soccombente*, in base a due sentenze, rese in cause diverse, ma fra loro confliggenti nella motivazione. Né, sulla base della seconda sentenza, l'acquirente potrà cercare di impugnare per revocazione il primo giudicato (poiché esso, quando è nato, non era contrario ad un *precedente* giudicato, come richiede invece a tal fine l'art. 395, n. 5).

Chiamata in causa ed intervento adesivo sono dunque preziosi strumenti che, operando nel primo processo, consentono di prevenire tali contrasti logici di giudicati. Abbastanza simile a questa è la disciplina che emerge da altre norme per altre situazioni di dipendenza: se ne trova lo stesso disegno agli artt. 2859 e 2870 c.c., dettati in materia di *ipoteca* (terzo datore oppure acquirente del bene gravatone). E pure in materia di *fideiussione*, ma solo in relazione alla particolare ipotesi disciplinata dall'art. 1952, co. 2 c.c. (per il resto il fideiussore va ricondotto alla terza categoria di possibili intervenienti adesivi, di cui ci occuperemo).

Il venditore rimasto terzo e la dimostrazione della “ingiustizia” della sentenza di evizione

Altre norme simili all'art. 1485

Vediamo però ora l'art. 1952, co. 2, c.c.

Se la banca agisse subito contro il fideiussore, il debitore principale potrebbe essere da questi chiamato in causa *ex art. 106* o potrebbe intervenire volontariamente: in tal

caso il suo intervento sarà piuttosto litisconsortile che adesivo, in quanto volto a far accertare che non esiste od è invalida la *propria* obbligazione principale. Se tale intervento non venisse esperito (né la chiamata in causa fosse disposta), il debitore principale non sarebbe soggetto ad alcuna efficacia riflessa del giudicato: sia perché egli è parte del rapporto pregiudiziale e non già di quello dipendente, che corre fra creditore e fideiussore; sia *ex art.* 1306 c.c. (il cui co. 2 estende ai condebitori solidali solo gli effetti della sentenza a loro favorevole). Quindi la sentenza tra banca e fideiussore non gli potrebbe essere opposta né dalla banca che abbia vinto contro il fideiussore (in un giudizio in cui sull'obbligazione principale si sarà conosciuto solo *incidenter tantum*), né dal fideiussore soci-combente che intenda promuovere l'azione di regresso. E questo lo si argomenta proprio da quanto disposto dall'*art. 1952 c.c.* Quest'ultima, però, è norma per il processualista non troppo precisa, perché non contempla espressamente il caso del creditore che agisca in giudizio contro il fideiussore, ma solo quello della sua escusione stragiudiziale secondo quanto avviene nella prassi. E prevede che "se il fideiussore ha pagato senza avere dato avviso al debitore principale, questi può opporgli le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore principale all'atto del pagamento". L'*art. 1485 c.c.*, invece, prevede direttamente l'ipotesi di una vicenda giudiziale, perché così si attua per solito la pretesa di evizione ivi contemplata.

Il tentativo di ricavare da queste previsioni un principio di portata generale (di efficacia *ultra partes* dell'accertamento ma non del giudicato: Liebman), che risolverebbe con tale soluzione intermedia anche le ipotesi non contemplate, non è prevalso però nella riflessione dottrinale: questa efficacia "debole" non solo infatti non è quella del giudicato, ma neppure merita di essere definita di vero "accertamento".

In generale, in tutti i casi fin qui esaminati ricorre una *relazione di dipendenza tra rapporti giuridici*, nel senso che il subconduttore e il venditore tenuto alla garanzia per l'evizione sono tutte figure di terzi titolari di un rapporto giuridico dipendente da quello oggetto del giudizio. I limiti entro i quali il terzo titolare del rapporto dipendente sarà vincolato alla decisione sul rapporto principale sono però, caso per caso, nelle due ipotesi diversi ove quel soggetto rimanga terzo, astenendosi dall'esercitare il potere di intervento.

Se egli diviene parte – sia pure ad adiuvandum – la decisione sarà invece sempre pienamente vincolante nei suoi confronti, a prescindere dal tipo di dipendenza che lega il rapporto giuridico di cui è titolare a quello oggetto del giudizio. Il giudicato

Il terzo che interviene adesivamente non fa valere il suo diritto ma ne promuove una indiretta forma di tutela

che si formerà porrà, dunque, una premessa ferma per l'eventuale futuro accertamento dell'intero rapporto facente capo all'interveniente che, per questa ragione, farà in modo che il risultato di quel processo sia favorevole (alla parte adiuvata, e così di riflesso anche) a lui. In questo senso l'intervento adesivo, pur senza

provocare la deduzione nel processo del diritto di chi ne è titolare, *ne promuove una indiretta forma di tutela*. Esso, perciò, appare ammissibile anche se la riflessione del giudicato non sia prevista in modo assoluto, ma in modo "debole" o addirittura – come subito si mostrerà – dovesse talora venire del tutto esclusa.

Vi sono, infatti, casi in cui il terzo, pur titolare di un rapporto dipendente rispetto a quello dedotto in giudizio, non è in alcun modo soggetto ad un *vincolo* (*neppure “debole”* e così da lui “ribaltabile” offrendo una dimostrazione contraria) di accertamento. Nondimeno, anche in queste ipotesi, si deve riconoscere la *legittimazione attiva all'intervento adesivo di quel soggetto* (e la sua legittimazione passiva alla chiamata per comunanza di causa) al fine di garantire che la decisione sia pienamente efficace nei suoi confronti, e di contribuire subito a far sì che possibilmente essa sia favorevole alla parte adiuvata.

Da ciò le migliori e più salde premesse per un (futuro) accertamento del rapporto dipendente coordinato con quello del rapporto pregiudiziale oggetto della lite pendente.

Questo vale anzitutto per l'intervento adesivo del fideiussore nel giudizio pendente tra il creditore ed il debitore principale. La logica sottesa a questo intervento non è lontana da quella che giustifica l'intervento del venditore. Anche qui l'esito del giudizio tra creditore e debitore principale (se favorevole a quest'ultimo) eviterà in partenza uno strascico giudiziario ulteriore (causa tra il creditore ed il fideiussore). In questo caso, però, di diverso v'è che la sentenza resa tra creditore e debitore principale, ove favorevole al primo, non potrà essere opposta al fideiussore. Nel successivo giudizio che il creditore dovesse instaurare nei suoi confronti, il fideiussore potrà quindi difendersi anche mostrando che non sussiste il debito del debitore principale. Infatti debitore principale e fideiussore sono condebitori solidali, e opera pure qui allora la regola dell'art. 1306, co. 1, c.c.

Terza categoria:
terzi che possono
intervenire, ma che
non subirebbero
alcun tipo di vincolo

Va al riguardo segnalato che esiste una corrente di pensiero dottrinale (Allorio; Fabbrini; Proto Pisani), talora seguita da certa parte della giurisprudenza, la quale ritiene sussistere quel vincolo *riflesso* del giudicato in capo a tutti i terzi titolari di rapporti dipendenti. Ciò, anche ove la legge non lo espliciti ed anzi in deviazione dalla regola generale di limitazione del giudicato alle parti, di cui all'art. 2909 c.c. (deviazione che si afferma solo apparente poiché quella limitazione varrebbe solo per lo stesso oggetto di giudizio o per quelli incompatibili, non per quelli dipendenti). I fautori di tale tesi riconoscono l'interesse del terzo a sostenere le ragioni della parte adiuvata, al fine di evitare la formazione di un giudicato sfavorevole in ordine al rapporto principale, il quale risulterebbe comunque *opponibile al terzo medesimo*, anche qualora questi non intervenisse. Quel terzo, convenuto in un successivo giudizio, non potrebbe difendersi negando l'esistenza del rapporto principale, ma soltanto contestando gli *altri elementi* della fattispecie costitutiva del rapporto dipendente, diversi da quello già accertato – in modo vincolante anche per lui, a seguito di quella *riflessione del giudicato* – nel primo processo.

Tesi (non condivisibile)
della riflessione del
giudicato
generalizzata

Così, si immagini che la banca instauri il processo contro il solo debitore principale, e non anche contro il suo fideiussore, e si supponga che il giudice pronunci sentenza con la quale accerti l'esistenza e la validità del credito principale. Ebbene, se si ammettesse l'estensione di quel giudicato anche al fideiussore, costui non potrebbe più affermare l'inefficacia del rapporto obbligatorio fideiussorio in forza della invalidità del debito principale (dal quale esso dipende), poiché l'esistenza di quest'ultimo è stata oggetto di accertamento giu-

risdizionale che (*in thesis*) gli sarebbe opponibile. Pertanto, se si coltivasse questa prospettiva e si riconoscesse che la sentenza resa tra la banca e il debitore principale vincola anche il fideiussore nel processo contro di lui instaurato dalla banca medesima, emergerebbe, a tutto tondo, l'interesse giuridicamente rilevante di costui ad intervenire adesivamente a fianco del debitore principale. In sostanza, tale interesse sarebbe dato dal fatto che, se il debitore principale soccombe (e la banca non voglia o non riesca a soddisfarsi sui beni di questo), il fideiussore potrebbe essere convenuto dall'istituto di credito, contro il quale non potrebbe difendersi sollevando eccezioni relative al rapporto principale.

Tuttavia, come abbiamo visto, questa tesi non persuade. Sia per la ampia deviazione dalla regola generale dei limiti soggettivi del giudicato che essa postula (v. sez. I, cap. 6); sia perché si pone in contrasto con uno dei principi cardine della solidarietà, ossia con l'art. 1306, co. 1, c.c.

Per vero nel processo instaurato dalla banca verso il debitore principale, il fideiussore potrebbe optare anche per un intervento litisconsortile, proponendo

**... l'intervento
litisconsortile dal lato
passivo del fideiussore**

contro la banca attrice una domanda di accertamento negativo del suo credito (ne accennammo *supra*, cap. 4). In questo modo, però, egli allargherebbe l'oggetto del giudizio e del giudicato, deducendo in lite la questione dell'esistenza o inesistenza direttamente del rapporto giuridico obbligatorio che lo lega alla banca. Diversamente, qualora intervenisse solo adesivamente, non farebbe valere alcun diritto (e neppure, direttamente, la inesistenza di un proprio obbligo), sì che in questo caso l'oggetto del giudizio rimarrebbe quello originario: l'obbligazione del debitore principale, e non anche quella solidale-dipendente del suo fideiussore.

**Altri esempi
riconducibili alla
terza categoria
di i. adesivi**

In questa prospettiva si colloca altresì l'intervento (testualmente previsto: artt. 6 e 7, legge n. 117/1988 in ciò non modificato dalla legge n. 18/2015: v. sez. IV, cap. 1) del *magistrato, esposto ad un'eventuale obbligazione di rivalsa, nel giudizio di responsabilità* del danneggiato verso lo Stato.

Lo stesso vale anche per i soci di società di persone (ad es. s.n.c.) rispetto alla sentenza resa solo tra creditore della società e società, in relazione a debiti sociali di cui pure i soci rispondono solidalmente con la società ed illimitatamente. Anche in questo caso opereranno i principi in tema di solidarietà, tra cui pure e dunque l'art. 1306, co. 1, c.c., che esclude che il giudicato sfavorevole possa essere invocato nei confronti del condebitore solidale (qui, nel nostro esempio, il socio della s.n.c.) che non abbia preso parte al relativo giudizio.

Quanto appena detto potrebbe però per noi patire una eccezione, in relazione al socio-amministratore che abbia rappresentato in giudizio la società, poi risultata soccombe. In questo caso, infatti, ancorché il socio-amministratore non sia stato parte, in proprio, del giudizio instaurato nei confronti della società dal creditore sociale (a quel giudizio il socio ha partecipato sì, ma solo come legale rappresentante della società), si potrebbe ammettere che il giudicato sfavorevole alla società formatosi all'esito di quel giudizio sia anche per lui vincolante (quanto – beninteso – all'esistenza del debito socia-

le, che è uno dei presupposti della responsabilità dei soci di società di persone). Infatti l'esclusione dell'efficacia del giudicato sfavorevole nei confronti del socio condebitore che non sia stato parte del giudizio si giustifica, tra l'altro, in ragione del fatto che il socio, che a quel giudizio non ha preso parte, potrebbe sollevare nei confronti del creditore sociale diverse difese in fatto o in diritto (anche per il tramite del difensore nominato, di sua fiducia e stimato), che potrebbero condurre al rigetto della domanda del creditore sociale, e che invece la società non ha sollevato in giudizio. Una tale evenienza, tuttavia, non sarebbe concretamente riscontrabile in relazione al socio-amministratore che abbia rappresentato in giudizio la società: quel socio, in concreto, avrà scelto e nominato il difensore, ed avrà altresì con lui conferito in relazione alle circostanze fattuali, di cui era personalmente a conoscenza, utili per la difesa della società. Per tale ragione, ed in questo specifico caso, si potrebbe pensare che il giudicato reso nei confronti della società, ancorché sfavorevole, vincoli anche il socio-amministratore che l'ha rappresentata in giudizio. Questo per evitare al creditore sociale la necessità di un nuovo giudizio che già *ex ante* si mostra a rime (quasi certamente) obbligate (poiché sostanzialmente nulla di diverso ed ulteriore potrebbe fare il socio, ove convenuto dal creditore sociale, rispetto a quanto già fatto quale legale rappresentante della società, in relazione alla questione dell'esistenza del debito sociale).

Più dubbia è la posizione di chi abbia acquistato un certo diritto *prima* che sia instaurata una lite che abbia ad oggetto, poniamo, l'accertamento della nullità del titolo del proprio dante causa. L'avente causa può intervenire in via adesiva in quel processo in cui sia stato impugnato (per nullità, annullamento, etc.) il contratto in forza del quale quel diritto era stato acquistato da chi glielo aveva venduto. Egli affiancherebbe (più per controllo che per supporto istruttorio) il proprio dante causa, potendo intervenire financo per la prima volta in appello, *ex artt. 344 e 404, co. 1*. Se però l'avente causa decidesse di rimanere terzo rispetto a quel giudizio si dubita che operi a suo carico la riflessione del giudicato (sebbene si tenda ad ammetterlo v. comunque cap. 13).

Una diversa soluzione si ha invece nel caso in cui l'avente causa sia divenuto tale *dopo* l'instaurazione del processo ma prima della sua conclusione: per questa ipotesi l'art. 111 co. 4 (si v. *infra*, cap. 13) stabilisce che la sentenza pronunciata tra terzo e dante causa vincoli appieno anche il successore a titolo particolare (salve le norme sulla trascrizione e l'art. 1153 c.c.).

Infine, talora potranno avere un interesse giuridico rilevante, che consenta loro l'intervento adesivo, anche i terzi titolari di rapporti non formalmente dipendenti da quello oggetto di giudizio nel processo pendente, ma collegati all'esito di quel giudizio sotto altri profili. È questo il caso del creditore che decida di intervenire adesivamente nel processo in cui il suo debitore sia stato convenuto dall'attore al fine di rivendicare la proprietà di parte significativa del suo patrimonio. Ebbene, non v'è dubbio che quei beni costituiscano quella garanzia patrimoniale generica (*ex art. 2740 c.c.*) su cui lo stesso creditore faceva affidamento onde realizzare – se del caso coattivamente – la soddisfazione del suo diritto.

**Quarta categoria:
terzi non titolari di
rapporti dipendenti
interessati all'esito del
giudizio: il creditore**

Se si considerano, da un lato, l'art. 2900 c.c. (che attribuisce al creditore esposto a quel rischio addirittura la legittimazione straordinaria ad agire) e, dall'altro, l'art. 344 c.p.c. (lì dove si collega all'art. 404, co. 2, c.p.c.), che espressamente attribuisce talora al creditore il potere di intervenire financo in appello, si avrà la riprova che l'ordinamento conferisce al creditore un interesse bensì *economico*, ma non di mero fatto all'esito delle liti che incidono in via mediata sulla pratica soddisfazione del credito e, in via immediata, sul (la capienza del) patrimonio

... sua legittimazione selettiva all'intervento

del debitore. Se quel rischio di insolvibilità connesso all'esito giudiziario della causa in corso si prospetta con un certo realismo, l'intervento del creditore è giustificato ed ammissibile, specie se il debitore sia contumace o comunque non si difenda con sufficiente determinazione ed efficacia (cioè con qualche, preoccupante, negligenza o inerzia nel difendersi: lacunosamente deducendo fatti, omettendo di sollevare eccezioni o di formulare istanze probatorie, etc.). Mutato quel che vi è da mutare, tali situazioni equivalgono all'inerzia del debitore nel fare valere i propri diritti, cui dà rilievo l'art. 2900, risultando fonte di un pregiudizio in vista della attesa sentenza e della sua incidenza sul patrimonio e così sulla garanzia patrimoniale. Dopo tale intervento adesivo, il creditore potrà anche sostituirsi (*recte*: surrogarsi *ex art. 2900*) alla parte adiuvata nell'impugnare la sentenza che le fosse sfavorevole. Se il creditore non interviene ed il suo debitore soccombe, egli potrà proporre solo opposizione *ex art. 404, co. 2*, adducendo dolo o collusione fra le parti a suo danno.

Un ulteriore esempio di terzo legittimato all'intervento adesivo è quello del beneficiario nell'ipotesi di contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.) nelle cause di impugnativa di tale contratto. Questo soggetto viene qualificato – dalla poca giurisprudenza che se ne occupa – litisconsorte necessario; e tuttavia egli non è titolare del rapporto giuridico dedotto in giudizio (ossia non è parte del contratto), ma di un diritto dipendente che non solo lo abilita all'intervento *ex art. 105, co. 2*, ma rende altresì assai opportuna, in questi casi, la sua chiamata in giudizio da parte del giudice *ex art. 107*.

Abbiamo così completato *l'analisi della legittimazione* – che il giudice dovrà controllare, anche *ex officio* – ad aderire alla posizione di una delle parti a mezzo di intervento e delle sue variegate fattispecie: di solito essa si riannoda ad una *dipendenza*, rispetto alla *res iudicanda*, di un obbligo del terzo; ma l'opponibilità del giudicato può esservi, in maggiore o minore misura, oppure anche mancare del tutto, a seconda dei casi. In ogni caso, per effetto dell'intervento, il giudicato si estenderà invece *sempre* alla parte così acceduta al processo. Rimane ora da dire degli effetti di questo intervento e della posizione che esso conferisce a chi lo effettua. La posizione rivestita dalla parte interveniente è la medesima di quella rivestita dal chiamato in causa *ex artt. 106 o 107*: il terzo diviene parte e tale rimane fino alla eventuale decisione di estromissione dell'intervenuto per difetto di legittimazione, che potrà essere contenuta nella sentenza definitiva o in quella non definitiva, pronunciata *ex art. 272* (appellabile dall'interveniente, con ap-

pello immediato se si tratta di sentenza non definitiva per l'intero processo ma definitiva per la sua domanda).

In effetti, a seguito dell'intervento adesivo, il *terzo chiede* che il rapporto litigioso – pregiudiziale al suo – venga *accertato* con efficacia di giudicato *anche nei suoi confronti*. Pertanto egli *diventa parte* (*se pure per effetto di una legittimazione secondaria, e così parte accessoria*) e diviene *titolare di una serie di poteri processuali assai estesi*, che incontrano un limite solo nella carenza del potere (sostanziale invero) di disporre del diritto controverso.

I poteri processuali che egli può esercitare, nell'ambito del giudizio di primo grado, sono tutti quelli spettanti alle parti: precisamente, egli potrà *allegare fatti* (non individuatori e non tali così da mutare l'oggetto del giudizio), *sollevare eccezioni* (purché rilevabili d'ufficio, parrebbe, salvi però gli artt. 1247 e 2939 c.c.), *produrre documenti*, formulare *istanze relative a prove* costituende e, ovviamente, argomentare in fatto e in diritto.

L'interveniente adesivo non può invece confessare o prestare giuramento decisorio (né deferirlo all'avversario della parte da lui adiuvata); mentre risponde in sede di interrogatorio libero, perché da esso non possono derivare confessioni ma solo argomenti sussidiari di prova. Il terzo intervenuto non può opporsi agli atti dispositivi che vengano compiendosi fra le parti, ed a tale categoria va ricondotta anche la scelta delle parti principali di non impugnare la sentenza in ragione dell'intervenuta transazione tra loro. In questo caso, anche se all'interveniente deve riconoscersi in via generale il potere di impugnare la sentenza, la sua impugnazione andrà dichiarata inammissibile, proprio perché, nella sostanza, essa si pone in contrasto con l'atto dispositivo (transazione) delle parti principali. Del pari l'interveniente adesivo non può opporsi alla estinzione del processo non accettando la rinuncia agli atti dell'attore (art. 306): la sua accettazione infatti non deve ritenersi necessaria. Per altro verso, il fatto che il terzo legittimato all'intervento adesivo – sia esso poi intervenuto o meno – abbia interesse ad un ben determinato esito della causa ha indotto il legislatore, in forza della sua presumibile parzialità, ad escludere la sua capacità a testimoniare sui fatti di causa: art. 246 c.p.c. (che comunque parifica, sotto questo profilo, la posizione di tutti i terzi che vantano un interesse sostanziale che li legittimerebbe ad una qualunque delle tre forme di intervento previste dall'art. 105).

Fino a poco tempo fa, invece, la giurisprudenza di gran lunga prevalente era incline a negare all'interveniente adesivo il potere di scegliere autonomamente se impugnare la sentenza, e ciò in base al rilievo che egli non è titolare del rapporto giuridico litigioso e riveste soltanto il ruolo di parte accessoria. Talora la giurisprudenza – con soluzione empirica inaccettabile – gli consentiva la impugnazione ai soli fini di far mutare l'accertamento per la sola parte in cui esplicava efficacia pregiudiziale al suo rapporto con la parte adiuvata, specie ove tale ultimo rapporto fosse stato subito fatto oggetto di una causa cumulata. Questa impostazione piuttosto restrittiva della giurisprudenza

Il terzo diventa parte e così titolare di una serie di poteri processuali

Dubbi e distinguo sul potere di impugnazione autonomo

era condivisa da una parte della dottrina, che valorizzava la previsione dell'art. 71, il quale, nel descrivere i poteri del P.M. interveniente (e così, però, a tutt'altro proposito), gli nega il potere di impugnazione in caso di intervento scisso dalla titolarità dell'azione. Si tratta di un'affermazione nella sua assolutezza non condivisibile.

La soluzione preferibile, per noi, invece distingueva a seconda delle varie fat-tispecie di legittimazione adesiva e teneva sempre fermo che la decisione sul diritto controverso dovrà essere *unitaria* sia per le parti che per il terzo acceduto. Il dibattito sull'argomento era stato rinverdito dal d.lgs. n. 5/2003 sul c.d. processo societario – abrogato nel 2009 (v. spec. sez. VI, cap. 11) – che attribuiva all'interveniente adesivo il potere di impugnare autonomamente. Quella previsione aveva creato incertezza tra gli interpreti (si applicherà solo in quel tipo di processo? e per quale ragione peculiare alle cause su quelle materie, che non prevedono certo solo l'intervento – sì adesivo, ma talora in effetti con un *forte* interesse proprio – del socio e specie di quello che dà vita alla maggioranza assembleare?). L'abrogazione del rito societario non esime in ogni caso dal continuare ad impostare il tema su più salde basi sistematiche.

E così, per un verso, si dovrebbe *riconoscere* la legittimazione all'impugnazione al terzo, intervenuto adesivamente, che *avrebbe potuto* (come creditore a fronte del pericolo del depauperamento del patrimonio del debitore) *instaurare il processo sul rapporto pregiudiziale in virtù di una sua legittimazione straordinaria*. Del pari, dovrebbe attribuirsi legittimazione all'impugnazione a quei terzi che, se non fossero intervenuti, non sarebbero stati affatto vincolati all'efficacia del giudicato (come il debitore principale e il fideiussore) o quanto meno non sarebbero stati soggetti all'efficacia piena di esso (come il venditore *ex art. 1485 c.c.*). Diversamente, costoro si troverebbero, in ultima analisi, privati di un grado di giudizio quanto alla definizione dei profili pregiudiziali del proprio dipendente rapporto rilevanti anche per la pronuncia su questo: questioni in relazione alla cui soluzione avrebbero avuto, nel secondo processo relativo al rapporto dipendente, se non fossero intervenuti, ovviamente anche la possibilità di gravarsi.

Per converso, si dovrebbe *negare la legittimazione all'impugnazione* a quei terzi cui la sentenza sarebbe stata comunque pienamente opponibile anche qualora non fossero intervenuti nel processo relativo al rapporto pregiudiziale (come il sub-conduttore). Tuttavia, secondo una interessante proposta (che però farebbe dipendere l'ammissibilità dell'appello dal motivo dedotto), quei terzi avrebbero comunque legittimazione all'impugnazione quando fanno valere quel dolo o quella collusione che li avrebbero legittimati – ove fossero rimasti estranei al processo – a promuovere l'opposizione di terzo revocatoria di cui all'art. 404, co. 2, c.p.c. contro la sentenza che li avesse danneggiati.

Peraltro, è stata prospettata in dottrina anche la tesi – che ha precisi addentellati storico-comparativi – per cui l'interveniente adesivo (tale potendo tuttavia essere, secondo questa dottrina, solo il titolare di un rapporto dipendente, inciso o meno che esso sia dall'efficacia della sentenza ove l'interveniente rimanesse terzo) deve sempre ritenersi titolare del potere di autonoma impugnazione della sentenza che lo vede soccombente insieme alla parte adiuvata. Si tenga comunque presente che la giurisprudenza, come sopra si è rammentato, non di rado ammette all'intervento adesivo anche terzi non tito-

lari di un rapporto dipendente, per i quali sarebbe ben arduo riconoscere un autonomo potere di impugnazione della sentenza. La stessa giurisprudenza, poi, fors’anche per ampliarne i poteri, qualifica talora intervento litisconsortile o comunque *non “dipendente”* quello di terzi muniti di legittimazione straordinaria o comunque non soggetti alla riflessione del giudicato. Una disciplina legislativa espressa della questione sarebbe certo auspicabile, ma tutt’altro che facile.

La questione del potere di impugnazione autonoma dell’interveniente adesivo potrebbe dirsi oggi superata alla luce della sent. n. 24707/2015 delle sez. un., relativa alla disciplina processuale della c.d. garanzia impropria (su cui v. cap. 8). In quell’occasione le sez. un. hanno riconosciuto al garante improprio, chiamato in causa solo per comunanza, ossia *ex art. 106*, prima parte (v. cap. 7), che dunque si trova in una posizione analoga a quella dell’interveniente adesivo, il potere di impugnare autonomamente la sentenza resa sulla causa tra attore e convenuto (impropriamente detto garantito). Questo perché – chiariscono le sez. un. (con una osservazione che bene può per noi attagliarsi quantomeno alle ipotesi di intervento adesivo che abbiamo sopra richiamato come casi in cui il potere di impugnazione doveva essere riconosciuto) – il garante improprio deve dirsi “interessato a porre in discussione l’esito del giudizio nella sua qualità di parte alla quale è esteso [in quanto intervenuta nel processo] il suo accertamento … egli risente di un pregiudizio all’esito del giudizio, rappresentato dall’essere vincolato all’accertamento positivo della responsabilità del garantito [o comunque all’accertamento positivo della situazione giuridica soggettiva vantata dalla parte che si oppone alla parte adiuvata]”.

Da sempre è invece stato chiaro che, se una delle due parti del rapporto dedotto in lite appella, il terzo intervenuto adesivamente in primo grado sarà parte necessaria del nuovo grado di giudizio, in quanto la causa dovrà considerarsi *inscindibile*; si applicherà così nei suoi confronti la disciplina dell’art. 331 c.p.c. e l’integrazione del contraddittorio ivi prevista (su cui v. cap. 14). Deve infatti ritenersi assicurata all’interveniente adesivo la possibilità di esercitare, in ogni grado di giudizio ammissibilmente instaurato, tutti quei poteri processuali che danno corpo alla sua legittimazione ad interloquire sull’accertamento del diritto intercorrente tra le parti principali.

Quanto ai tempi per promuovere l’intervento, va notato che la legge di riforma n. 353/1990 ha introdotto una modifica che letteralmente coinvolge l’art. 105 c.p.c. nella sua totalità, vale a dire con riferimento a tutti e tre i tipi di intervento da esso contemplati.

Infatti l’art. 28 di quella legge ha completamente novellato l’art. 268 del c.p.c., relativo al *termine* entro il quale può aver luogo l’intervento del terzo a norma dell’art. 105 c.p.c.

Il recente intervento delle sez. un.

Applicabilità dell’art. 331 c.p.c. nelle fasi di gravame

Disciplina procedurale dei tre interventi

L’art. 268 e la sua novellazione

Rispetto alle *modalità* con cui, di fatto, il terzo interviene nel processo pendente, occorre fare riferimento all'art. 267 c.p.c.: qualunque tipo di intervento voglia esperire, il terzo deve costituirsi presentando in udienza o depositando in cancelleria *una comparsa*, il cui contenuto rispecchia quello della comparsa di risposta; essa conterrà domande nuove, articolandone così titolo ed oggetto, nei due interventi di cui all'art. 105, co. 1; se, invece, si tratta di intervento adesivo, il terzo dovrà giustificare l'interesse che lo spinge a chiedere l'accoglimento o il rigetto della domanda attorea. Le domande proposte dall'interveniente dovranno essere notificate alla parte contumace (arg. *ex art.* 292, co. 1).

L'art. 268 del codice di rito nella sua formulazione originaria prevedeva che l'intervento *ex art.* 105 potesse aver luogo fino al momento in cui la causa non fosse stata rimessa dal giudice istruttore al collegio. Vi era, quindi, un arco temporale particolarmente ampio per compiere l'intervento, precluso solo dalla conclusione della udienza di precisazione delle conclusioni (art. 189).

Termine per l'intervento La legge n. 353/1990 con l'art. 28, come si diceva, ha novelato l'art. 268 c.p.c., rimodulando, innanzitutto, il termine preclusivo: *l'intervento può aver luogo sino a che non vengano preciseate le conclusioni*. La ragione di questa modifica sta nel fatto che nella maggior parte dei casi il giudizio di primo grado è retto dal giudice istruttore in funzione di giudice unico decadente, sicché dopo la precisazione delle conclusioni la rimessione al collegio sarà solo un'ipotesi eccezionale.

In secondo luogo, l'art. 268 c.p.c. – ed è questa la novità dopo tutto più notevole – prevede al suo co. 2 che: “Il terzo non può compiere atti che al momento dell'intervento non sono più consentiti ad alcuna altra parte, salvo che comparisca volontariamente per l'integrazione necessaria del contraddittorio”.

Solo a prima vista, e così superficialmente, si potrebbe sostenere che la norma novellata sia assai simile alla precedente, la quale al suo co. 2 enunciava che: “Se l'intervento ha luogo dopo la prima udienza, il terzo non può compiere atti che non sono consentiti alle altre parti, salvo che comparisca volontariamente per l'integrazione necessaria del contraddittorio”.

Le preclusioni maturate dalle parti in causa si estendono al terzo Senonché il senso della norma è *molto mutato*, in quanto proprio ciò che è o meno consentito alle parti originarie del processo, nei vari momenti in cui esso si snoda, ha subìto rilevanti modifiche a seguito della novella del 1990. Per la precisione, quest'ultima ha introdotto un rigoroso sistema di preclusioni relative alla allegazione dei fatti, alla proposizione di eccezioni e alla formulazione di istanze istruttorie, ed altre modifiche indirettamente subisce a seguito della novella del 2005, che segna un ulteriore irrigidimento di quelle stesse cadenze processuali (si rammentino soprattutto gli artt. 167 e 183 c.p.c.).

La formula dell'art. 268 varata nel 1990, che è molto simile alla precedente, ha acquistato, in questo modo, in realtà, un significato più pregnante e limitatore di quello che aveva in epoca anteriore, proprio poiché è diverso ormai il parametro di riferimento.

Per effetto, quindi, di questa norma procedurale, l'intervento può certamente *avvenire lungo tutto l'arco temporale che va dall'inizio della causa fino al momento della precisazione delle conclusioni*, ossia fino al momento immediatamente precedente il passaggio della causa alla fase decisoria (monocratica o collegiale che sia). Tuttavia, *l'attività difensiva del terzo* che non sia intervenuto fin dall'inizio del processo finirà così con l'essere *molto ristretta*, rispetto a eventuali sue esigenze di difesa.

... che vedrebbe in tal modo violato il suo diritto di difesa

Specie se l'intervento avrà luogo dopo la prima o seconda memoria *ex art. 183, co. 6* (v. sez. VI, cap. 2), sarà preclusa la possibilità di fare tutto ciò che il terzo reputi occorrente in tema di allegazione e contestazione di fatti, proposizione di eccezioni o formulazione di istanze probatorie. In sostanza la norma, se letteralmente intesa, finisce per disincentivare l'esercizio del potere di intervento del terzo nel giudizio: se questo non avviene nelle prime battute del processo, colui che interviene diverrà infatti parte di un processo che, per lo stato in cui si trova, non gli consente di difendersi adeguatamente, ma finirà al tempo stesso per vincolarlo ugualmente al giudicato cui metterà capo.

Ora, tutto ciò potrebbe anche essere consentito se chi interviene è comunque vincolato al giudicato reso *inter alios*, anche quando ne rimanga terzo. Per queste fattispecie, allora, si può anche ammettere che costui soggiaccia alle preclusioni già maturate.

Il regime introdotto dall'art. 268 è meno condivisibile, invece, qualora lo si applichi all'interveniente principale o litisconsortile. Infatti, come abbiamo osservato *retro*, questi ultimi due fenomeni di intervento si caratterizzano per il fatto che i terzi intervenienti propongono una domanda nuova, deducendo in giudizio un diritto ulteriore di cui si affermano titolari. In entrambi i casi, il terzo che interviene allarga anche l'oggetto del processo, introduce nel medesimo un nuovo diritto di cui prima non si discuteva, e che il terzo – in qualità di titolare – ha l'onere di provare e dimostrare: il rischio che il terzo corre, in questo caso, è quello di perdere la causa e di non poter più far valere quel diritto in un altro processo, proprio perché vincolato dal giudicato che si è formato.

... a meno che non si ritenga l'art. 268, co. 2, inapplicabile all'intervento principale e litisconsortile

Ebbene, applicando letteralmente la disciplina del co. 2 dell'art. 268 anche ai due tipi di intervento di cui al co. 1 dell'art. 105, si finisce per creare in capo al terzo una situazione notevolmente lesiva del suo diritto di difendersi e provare nell'agire in giudizio a tutela di un suo diritto (art. 24, co. 1 e 2, Cost.). Al terzo è consentito di intervenire fino alla precisazione delle conclusioni, ma se egli esercita questa facoltà dopo la udienza di trattazione (art. 183) o, ancor peggio, dopo la scadenza degli eventuali termini per memorie di cui all'art. 183, co. 6 – essendo ormai precluse allegazioni di fatti ed istanze probatorie dopo codesta “coda” di trattazione scritta (sul punto v. sez. VI, cap. 2) – il suo diritto diventerà bensì oggetto di quel processo, ma egli non potrà efficacemente far fronte ai corrispondenti oneri dimostrativi. Una siffatta lettura rigoristica dell'art. 268 (fatta propria dalla maggior parte della giurisprudenza, anche di legit-

timità, che ne ha finanche espressamente ritenuto la piena compatibilità costituzionale) lo renderebbe soggetto alle preclusioni difensive a suo tempo scattate per le parti originarie, le quali però erano le uniche in grado di farvi fronte, poiché presenti nel processo fin dall'inizio.

A questo punto la cosa migliore, di fatto, è che il terzo – che potrebbe far valere il suo diritto intervenendo – si guardi ben dal cadere in una tale “trappola” e piuttosto lo deduca in un autonomo processo che non presenterà preclusione alcuna. In tal caso, egli potrà eventualmente fare conto sulla possibilità di riunione, *ex artt. 40 o 274*, tra questo processo e quello in cui egli avrebbe potuto dispiegare intervento principale o litisconsortile. Si rischia così, tuttavia, non di rado, di perdere le utilità, in termini di economia processuale ma soprattutto di coordinamento decisorio fra azioni connesse, per cui l'intervento autonomo è nato ed ha finora prosperato.

Interpretazione costituzionalmente orientata Per evitare tale arretramento sistematico del nostro ordinamento, appare tuttavia possibile, in via interpretativa, *riferire il co. 2 dell'art. 268 c.p.c. al solo intervento adesivo*, ed in particolare ai soli casi in cui l'intervento è svolto da coloro ai quali la sentenza sarebbe comunque opponibile (prima categoria di i. adesivi), per le stesse ragioni che abbiamo esaminato trattando del potere di impugnazione autonoma. Questa scelta, per quanto audace sul piano letterale, permetterebbe di riconoscere un certo ambito di applicazione all'intervento principale e litisconsortile in corso di causa, anche nell'attuale contesto normativo. Infatti, sarebbe contrario al diritto alla difesa far soggiacere chi propone una vera e propria domanda giudiziale a preclusioni già maturate. A ciò si aggiunga poi che gli interventi “additivi” di cui al co. 1 dell'art. 105 realizzano bisogni di economia processuale ed ancora più di coordinamento decisorio tutt'altro che trascurabili.

... ristretta all'intervento adesivo Quel che qui interessa è far constatare l'esistenza di questo pericolo, introdotto dalla riforma del 1990 e riguardante l'operatività dell'art. 105 c.p.c. Si tratta di un pericolo che, se non viene ridimensionato ad opera dell'interprete, potrebbe, in sostanza, rendere molto sporadico l'utilizzo dell'art. 105 co. 1, poiché il terzo, che voglia intervenire in via principale o litisconsortile dopo la prima udienza, verrebbe a trovarsi in una situazione particolarmente svantaggiosa. Una lettura severa della nuova norma equivrebbe ad una sorta di tranello (un intervento non avveduto, *ex art. 105, co. 1*, dando troppo facilmente luogo ad un giudicato di merito di rigetto, consumerebbe il diritto del terzo). Verosimilmente, sarebbe stato più serio per il legislatore definire *tout court* inammissibile l'intervento dopo l'udienza di trattazione *ex art. 183* (secondo un adattamento del disposto che l'art. 419 detta per il processo di lavoro).

L'intervento del pubblico ministero Riteniamo doveroso dedicare almeno un cenno alla articolata disciplina dell'intervento del pubblico ministero, che l'**art. 70** qualifica *necessario* – a pena di nullità, rilevabile anche d'ufficio (**art. 158**) – nelle ipotesi ivi delineate nel co. 1 e (nei soli casi previsti, come dispone oggi l'art. 70 modificato dalla legge n. 98/2013) nel giudizio di cassazione.

All'ult. co. si prevede invece che "in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse", il P.M. possa – ossia abbia il potere-dovere di – intervenire (ma tale ipotesi di fatto è rarissima). La *ratio* dell'istituto è certo quella di garantire un più corretto accertamento nelle cause con riflessi pubblicistici, benché al giudice siano negati poteri inquisitorii.

Anche nelle ipotesi in cui l'intervento è necessario (le stesse in cui – come già visto *supra*, sez. IV – il P.M. potrebbe promuovere l'azione; inoltre le cause matrimoniali, sia di invalidità, che di separazione o di divorzio), il ruolo effettivo svolto dal P.M. è tuttavia per consueto flebile e disimpegnato, ancorché i poteri di cui egli dispone siano assai vasti. Si tratta, infatti, degli stessi poteri delle parti allorché il P.M. avrebbe potuto proporre la domanda: **art. 72, co. 1.** Invece egli potrà solo dedurre prove e prendere proprie autonome conclusioni, sia pure nel campo segnato dalle domande delle parti, allorché il suo intervento sia disgiunto dalla legittimazione ad agire, risulti poi il suo intervento obbligatorio od anche discrezionale. Il P.M. non avrà invece – in generale – il potere di impugnare la sentenza. Tale potere di impugnazione c'è – ancorché si tratti di processo che egli non poteva promuovere, ma in cui deve intervenire – rispetto alla sentenza relativa a cause matrimoniali diverse da quelle di separazione e tale potere spetta, oltre che al P.M. intervenuto, anche al P.M. dell'ufficio corrispondente al giudice competente a decidere sull'impugnazione (ad esempio il procuratore generale presso la Corte di appello o la Corte di cassazione).

Per la bibliografia e le questioni si veda l'appendice informatica.

7

La chiamata in causa

Chiamata per comunanza di causa e chiamata in garanzia. – Nozione di comunanza di causa. – La c. del terzo pretendente. – La c. del terzo che avrebbe potuto esperire intervento litisconsortile. – La c. del condebitore solidale da parte dell'attore e da parte del convenuto. – La c. del venditore garante per l'evizione. – Rilevanza dei motivi del giudicato di evizione. – Ammissibilità della c. del terzo titolare di un rapporto dipendente e del terzo titolare di un rapporto pregiudiziale. – La c. in causa del c.d. vero legittimato passivo. – C. in causa e *litis denuntiatio*: denuncia della lite al depositante e al locatore. Poteri del chiamato. – Termine per la c.

L'intervento di un terzo in un processo già pendente non sempre consegue ad una sua iniziativa spontanea; può trattarsi, infatti, anche di intervento coatto, vale a dire provocato dalla chiamata ad opera di una delle parti originarie, per propria iniziativa o a ciò sollecitata da un ordine del giudice. Dell'intervento ad istanza di parte – di gran lunga più importante – si occupa l'**art. 106** che, per quanto brevissimo, abbraccia due distinte ipotesi di chiamata in causa del terzo.

La prima è quella della chiamata in causa di un terzo ad opera di una delle parti, che ritenga la causa comune anche a quel soggetto che voglia far partecipare al processo (*chiamata del terzo per comunanza di causa*); la seconda ipotesi si differenzia dalla prima per il fatto che la parte chiamante ritiene – e con la chiamata chiede – di potere essere garantita dal chiamato, proponendo nei confronti di questi una vera e propria domanda di condanna (la si è soliti indicare con la locuzione “*chiamata in garanzia del terzo*”).

Ci occuperemo anzitutto del primo dei due interventi coatti, ovvero della chiamata in causa per comunanza. Per la verità, di *comunanza di causa* non fa menzione il solo art. 106 c.p.c.; al medesimo concetto, infatti, si riferisce anche l'**art. 107 c.p.c.**

In altre parole, se la causa è comune al terzo, non solo quest'ultimo può essere chiamato da una delle parti, ma il suo intervento nel processo può (non deve: è un potere ampiamente discrezionale) essere ordinato anche dal giudice. Tuttavia, la nozione di “comunanza di causa”, *ex artt. 106 e 107 c.p.c.*, non è definita da queste due norme né da alcun altro articolo del codice di rito.

Le due ipotesi di chiamata in causa del terzo previste dall'art. 106 c.p.c.

Occorre appena precisare che l'art. 106 c.p.c., al pari dell'art. 107, non ha nulla a che vedere con l'integrazione del contraddittorio imposta *ex art.* 102 nei confronti dei litisconsorti necessari pretermessi (v. *infra*, cap. 10): sono tali coloro che avrebbero dovuto essere citati in giudizio dall'attore, in quanto parti necessarie del processo e senza i quali la sentenza non può essere validamente pronunciata. In questi casi, il giudice, qualora verifichi che essi non sono stati chiamati in causa fin dall'inizio, pronuncerà un'ordinanza di integrazione del contraddittorio, ai sensi dell'art. 102, co. 2, c.p.c.

La nozione di causa comune al terzo

Bisogna chiedersi, a questo punto, cosa deve sussistere per affermare che la causa è comune ad un terzo.

Per individuare tale categoria di terzi occorre riferirsi a quei soggetti (che non devono *ex lege* far parte del processo ma) la cui partecipazione al processo, pur non obbligatoria, possa risultare utile, stante la loro titolarità di rapporti connessi con quello già azionato.

Così, in prima battuta, si può pensare che i terzi ai quali la causa è comune siano gli stessi che possono intervenire volontariamente. La sfera dei soggetti cui fa riferimento l'art. 106, dunque, coincide – sia pur parzialmente, come vedremo – con quella dei vari soggetti che, ai sensi dell'art. 105 c.p.c., potrebbero disegnare l'intervento volontario principale, litisconsortile oppure adesivo.

Oltre a tali categorie di terzi, ve n'è una ulteriore che si ammette possa essere chiamata in causa: quella dei c.d. veri obbligati. Si tratta del soggetto che il convenuto, costituendosi in giudizio, abbia indicato come il vero destinatario sostanziale della pretesa avanzata dall'attore (ad es. il vero danneggiante, dunque suo debitore). Anche in questo caso, e specie ove alla chiamata si accompagni anche la domanda (eventualmente subordinata) dell'attore nei confronti del terzo, può dirsi ricorrere una comunanza di causa, per alternatività (vero obbligato può essere o il convenuto, o il terzo).

La comunanza di causa (e così l'ammissibilità della chiamata *ex art.* 106 prima parte) va invece tendenzialmente esclusa nei casi di c.d. connessione imprpria (v. cap. 2). Sono questi i casi in cui la posizione del terzo condivide, con quella delle parti, solo alcune questioni mere (di fatto o diritto), e non altro.

Diciamo tendenzialmente perché, in realtà, vi sono anche tendenze espansive: ci riferiamo ad un recente intervento delle sez. un. (sent. n. 24707/2015), che ha integralmente equiparato la posizione processuale del garante c.d. improprio a quella del garante proprio, ed ha ammesso che il garante c.d. improprio possa egli pure essere destinatario della chiamata in causa *ex art.* 106, prima parte, ad opera dell'impropriamente detto garantito. Senonché l'allargamento non ci convince appieno (e lo vedremo meglio nel successivo capitolo): mentre, infatti, tra la causa principale e quella di garanzia (propria) v'è una vera connessione (per pregiudizialità-dipendenza), tra la causa principale e quella impropriamente detta di garanzia (ad es. vendite a catena dello stesso bene viziato, con azioni di risarcimento danni che risalgono la catena produttiva), non c'è connessione propria, ma al più solo impropria, per mera comunanza di questioni. Ecco

perché con il loro intervento del 2015 (per tali profili non fino in fondo convincente), le sez. un. paiono aver ampliato il novero dei soggetti passibili di chiamata in causa per comunanza, ricomprendendovi anche (almeno) una ipotesi in cui il chiamato non è titolare di un rapporto connesso.

L'art. 106 c.p.c. offre dunque un'altra possibilità per far diventare parti del giudizio anzitutto quei soggetti che avrebbero potuto intervenirvi ex art. 105; una possibilità, questa, che non dipende dalla scelta del terzo, bensì dall'iniziativa di una delle parti del processo. Con la chiamata (che si attua notificando al terzo un atto di citazione) la parte propone sempre una domanda giudiziale verso il terzo: talora, si chiederà di accertare anche nei confronti del chiamato l'esistenza del diritto che costituisce l'originario oggetto del giudizio. Si tratterà, allora, di una domanda necessariamente di mero accertamento, su cui la legittimazione passiva del terzo è straordinaria e si ricollega alla sua titolarità di un rapporto dipendente. Altre volte la chiamata comporta l'ampliamento dell'oggetto del processo pendente con domande relative a diritti facenti capo direttamente anche al terzo: potrà trattarsi sia di domande di accertamento sia anche di domande di condanna (in ordine alle quali la legittimazione passiva del terzo è ordinaria e si ricollega alla titolarità di un rapporto connesso per il titolo e/o l'oggetto).

Una analisi delle varie figure di terzi, così suscettibili di essere coinvolti nel processo, darà una idea più concreta della sfera di applicazione e della utilità di questo istituto. Ad esso – conviene subito sottolinearlo – le parti possono fare ricorso solo nel corso del giudizio di primo grado e nei limiti temporali – assai ristretti dopo le riforme del 1990 e del 2005 – segnati dagli artt. 167, 183 e 269: in particolare il convenuto deve dichiarare di voler chiamare in causa un terzo già nella comparsa di risposta in sede di tempestiva costituzione in cancelleria.

Innanzitutto, sono possibili destinatari della chiamata quei soggetti che potrebbero svolgere l'intervento principale perché si ritengono titolari di un diritto incompatibile con quello dedotto dall'attore nei confronti del convenuto. L'ipotesi potrebbe essere quella dell'azione di condanna promossa dal creditore contro il debitore, al quale ultimo consti l'esistenza di un altro soggetto che ritiene di essere titolare del medesimo credito, perché, ad esempio, si afferma cessionario del contratto da cui è sorto.

Ebbene, se quel terzo non interviene volontariamente, il convenuto avrà tutto l'interesse che il processo sull'esistenza o meno di quel credito nei suoi confronti si svolga anche con la presenza di colui che si afferma il vero creditore. Al di là della tutela sul pagamento al creditore apparente, l'ingresso di quel terzo nel processo stabilirà con certezza il vero titolare del credito impedendo che, in un futuro e distinto processo, il pagamento del medesimo credito possa essere richiesto al debitore da quel terzo pretendente.

L'art. 106 c.p.c., nella sua prima parte, consente quindi al convenuto di chiamare in causa il terzo pretendente, cioè colui che si afferma titolare di una prete-

La possibilità di diventare parte dipende qui da una iniziativa delle parti originarie

Chiamata del c.d. terzo pretendente

sa strettamente connessa e incompatibile con quella oggetto del processo: o susseste la pretesa dell'attore oppure quella del terzo. Qui la comunanza di causa si coglie nel suo senso più forte: essa infatti si delinea facendo riferimento alla lite in corso fra attore e convenuto, la quale, in qualche modo, già coinvolge anche la posizione del terzo.

Lo stesso dicasi per il caso in cui il terzo pretendente si ritenga titolare del diritto di proprietà vantato dall'attore nei confronti del convenuto. Quest'ultimo, a conoscenza del fatto che un altro soggetto si afferma proprietario dello stesso bene, può ritenere opportuno chiamarlo in causa, proprio sul presupposto della comunanza della stessa, per accertare quale fra i tre sia il vero proprietario.

Peraltro, l'interesse a chiamare il terzo pretendente, che avrebbe potuto spiegare intervento principale, potrebbe sorgere anche in capo all'attore, e a seguito delle difese del convenuto; il caso che potrebbe prospettarsi è il seguente: Tizio conviene in rivendica Caio, invocando la nullità del contratto di compravendita di un immobile ormai fatiscente e pericolante. Caio, costituendosi, rileva che l'immobile è ormai da oltre venti anni nel possesso di Sempronio, che così potrebbe averlo usucapito. È evidente l'interesse (prevalente) dell'attore Tizio a chiamare in causa il terzo pretendente Sempronio tanto più poi che, trattandosi di usucapione, anche l'eventuale trascrizione della domanda ad opera dell'attore non renderebbe opponibile la sentenza di accoglimento all'acquirente a titolo originario.

Se il convenuto non chiamasse il terzo o se, magari, questi non intervenisse volontariamente, il processo, una volta conclusosi, non avrebbe ancora definito la possibile controversia tra colui che ne è risultato vincitore e il terzo pretendente della cui esistenza le parti del giudizio sono ben consce: non potrebbe escludersi l'eventualità di un nuovo processo, relativo alla titolarità dello stesso diritto fra chi ha vinto la prima causa e il terzo.

La chiamata realizza, dunque, un interesse di economia e concentrazione delle attività processuali che appunto può spingere a far entrare il terzo in causa per convogliare in un unico processo anche le pretese del medesimo ed evitare così la possibilità di un secondo processo tra una delle parti e il terzo.

**La chiamata del terzo
che avrebbe potuto
esperire intervento
litisconsortile**

Occorre ora verificare se anche i terzi che potrebbero fare intervento litisconsortile, in quanto titolari di rapporti connessi per l'oggetto e/o per il titolo e compatibili con quello oggetto del processo, possano, a loro volta, essere chiamati in causa. Per questa ipotesi il discorso è un po' più sfumato e richiede necessariamente qualche distinzione.

Poniamo il caso in cui l'attore abbia convenuto in giudizio uno solo dei suoi condebitori solidali. Ci si deve chiedere se l'attore medesimo possa, dopo aver proposto la sua domanda di condanna verso un solo coobbligato, utilizzare l'art. 106, parte prima, per chiamarne in causa un altro, e realizzare così, in tal modo, un risultato corrispondente a quello che avrebbe potuto ottenere fin dapprincipio instaurando un processo litisconsortile facoltativo, dal lato passivo, secondo l'art. 103 c.p.c.

Sicuramente, ricorre qui una “comunanza di causa”, posto che il terzo, che si vorrebbe chiamare, è titolare di una posizione strettamente connessa con quella del convenuto: il *petitum* delle due domande sarebbe identico e sovente lo sarebbe anche la *causa petendi*.

La chiamata di un altro debitore solidale da parte dell'attore

Quando la solidarietà origina da atto illecito extracontrattuale (si v. l'art. 2055 c.c.) la chiamata darà luogo spesso ad una domanda connessa a quella principale per identità di *causa petendi*, data dalla commissione congiunta dell'atto illecito, e di *petitum*, costituito dal risarcimento del danno conseguente all'illecito.

Si tratta, dunque, di una domanda strettamente connessa a quella originaria, eppure si dubita della sua proponibilità ricorrendo all'art. 106 c.p.c., quale strumento per realizzare, in un momento successivo a quello dell'inizio del processo, un cumulo litisconsortile di cause. Le perplessità che si avanzano non concernono tanto il profilo della comunanza di causa, che si è visto senz'altro sussistere in queste ipotesi, quanto la ricorrenza dei requisiti di ammissibilità della chiamata da parte dell'attore, che poteva agire fin dall'inizio *ex art. 103*, dettati negli artt. 183, co. 5, e 269, co. 3 e 5, significativamente novellati dalla legge n. 353/1990 ed *in parte qua* ritoccati ancora nel 2005.

Infatti, entrambe queste norme subordinano l'autorizzazione del giudice alla chiamata del terzo ad opera dell'attore alla circostanza che l'esigenza di tale chiamata *sia sorta dalle difese* del convenuto. Ora, se questa esigenza è da intendere – come pare corretto – in senso giuridico, non sono ipotizzabili difese del condebitore solidale convenuto che possano far sorgere per l'attore un interesse giuridicamente qualificato a chiamare in causa un altro coobbligato in solido, onde realizzare un cumulo litisconsortile di cause sopravvenuto. Diverso sarebbe se si ritenesse sufficiente anche un interesse di mero fatto: in tal caso a giustificare l'interesse alla chiamata potrebbe bastare la difesa del convenuto che indica in un altro condebitore solidale un soggetto con patrimonio più capiente per soddisfare il comune creditore. La scelta se convenire in un unico o in diversi giudizi i più litisconsorti facoltativi passivi è, infatti, una scelta di convenienza e tattica difensiva, che nel regime di preclusioni introdotto dalla riforma del 1990 sembra dunque confinata al momento iniziale del processo: l'attore, *re melius perpensa*, non potrà trasformare in litisconsortile il processo inizialmente instaurato contro un solo condebitore solidale (resta ferma comunque la facoltà di riunione di processi nati distinti *ex art. 40 c.p.c.*, con i suoi ristretti limiti temporali e presupposti applicativi).

L'interesse dell'attore alla chiamata

Ma veniamo, ora, a considerare se sussista la legittimazione questa volta del convenuto a chiamare in causa un altro condebitore solidale, vale a dire un suo “collega”.

La chiamata da parte del convenuto del condebitore solidale

Orbene, il convenuto non ha nulla da chiedere al condebitore, sulla base dello stesso titolo dedotto dall'attore in quel giudizio, cioè deducendo l'obbligazione solidale del chiamato: in forza dell'art. 106, prima parte, egli non può proporre alcuna domanda di condanna nei confronti del terzo. Secondo noi, quindi, il convenuto non può chiamare in causa un altro condebitore solidale, non almeno

ai sensi della prima parte dell'art. 106 c.p.c., vale a dire per comunanza di causa, onde realizzare un allargamento dell'oggetto del giudizio e così una situazione processuale di cumulo litisconsortile di cause connesse per l'oggetto (ed eventualmente anche per il titolo) che solo l'attore avrebbe potuto impostare.

Accettabile, poiché diverso, è il caso del condebitore solidale-convenuto che chiama in causa il "collega" *solo per estendergli l'efficacia del giudicato sull'oggetto originario del processo* (in vista dunque di una futura azione di regresso), senza dedurre in alcun modo in lite anche l'obbligazione del terzo. Tale iniziativa ricadrebbe nella comunanza di causa perché il condebitore verrebbe qui chiamato in veste di titolare di un rapporto dipendente, quello di regresso che lega fra loro, nei rapporti "interni", i vari condebitori solidali: il terzo sarà posto in una situazione corrispondente a quella cui l'avrebbe condotto un intervento adesivo volontario.

Nella prassi, si assiste più di frequente alla chiamata del condebitore solidale, sempre ad opera del convenuto, non già al fine di estendergli il giudicato quanto piuttosto ai sensi della seconda parte dell'art. 106 c.p.c.: l'originario convenuto, cioè, farà valere fin da subito verso quel terzo la pretesa di essere garantito, per il caso in cui venga condannato e abbia poi pagato all'attore l'intero dovuto (v. cap. 8).

Simmetricamente, se vi sono più concreditori e uno solo abbia agito, questi non può chiamare i "colleghi" onde dedurre i loro crediti (sarà invece frequente un loro intervento volontario: litisconsortile o, nel caso di concredito solidale, eventualmente anche adesivo). Lo stesso vale per il caso di unico socio che abbia impugnato una delibera.

**Chiamata in causa
del venditore posta in
essere dall'acquirente
convenuto in giudizio
con un'azione di
rivendica**

L'ipotesi che soprattutto può richiamarsi per dare contenuto concreto a questa nozione di comunanza di causa è quella della chiamata in causa del venditore posta in essere dall'acquirente, convenuto in giudizio con un'azione di rivendica. L'esame di questa ipotesi (su cui, sotto altro profilo, si è già detto nel capitolo precedente) richiede molta attenzione perché la chiamata del venditore, a seconda di come la si voglia ricostruire, può essere configurata come una chiamata per comunanza di causa oppure come una chiamata con proposizione della domanda relativa al diritto di garanzia per evizione, che, *ex artt. 1483 ss. c.c.*, assiste quale effetto naturale ogni contratto di compravendita.

Si è già visto che il venditore può intervenire in via adesiva a fianco dell'acquirente nella causa instaurata dal terzo per rivendicare il bene. Allo stesso modo l'acquirente lo può chiamare in causa o perché ritiene che la causa gli sia comune (ed allora la situazione processuale corrisponderà perfettamente a quella che consegue all'intervento adesivo) o addirittura per proporre contro il medesimo la domanda di garanzia, allargando così l'oggetto del processo.

All'ipotesi di proposizione della domanda di garanzia è dedicato il successivo capitolo. Occupiamoci, ora, della situazione che si viene a creare quando il convenuto decide di chiamare in causa il venditore soltanto per fargli rivestire un ruolo di parte accessoria. In questo caso, l'oggetto del giudizio non cambia, riman-

nendo quello originario, ovvero la causa di rivendica che l'attore ha instaurato nei confronti del convenuto-acquirente (nessun allargamento, dunque: l'acquirente non deduce alcun diritto nei confronti del venditore-chiamato, del quale chiedere un accertamento con forza di giudicato, come accade quando è proposta invece una domanda di garanzia). Il giudice, perciò, statuirà solo sul diritto di proprietà che l'attore ha dedotto contro il convenuto: questa unica causa, però, sarà decisa anche alla presenza del terzo venditore, cosicché il giudicato che si formerà – ove sfavorevole all'acquirente – sarà vincolante pure il chiamato. Ecco allora che l'acquirente rimasto soccombente potrà proporre la domanda di garanzia contro il venditore, il quale, soggetto al vincolo del giudicato, non potrà replicare che a torto è stato evitto il bene nel primo giudizio, vale a dire non potrà difendersi affermando l'erroneità di quanto stabilito con la sentenza che ha spogliato del bene il convenuto.

Dunque, l'art. 1485 contiene innanzitutto una norma processuale (che pone nel secondo processo una regola di giudizio differente da quella generale dell'art. 2697 c.c.), là dove recita che se il venditore non è stato chiamato in causa dall'acquirente, quello potrà difendersi nel nuovo processo, in cui si facesse valere il diritto alla garanzia per l'evizione, solo assumendosi l'onere della dimostrazione che sussistevano ragioni sufficienti per far rigettare la domanda dell'attore. Ciò sta a significare che l'acquirente-convenuto, se dubita che il venditore abbia intenzione di intervenire adesivamente e voglia evitare che, perso eventualmente il primo processo, quello successivo relativo alla garanzia possa concludersi con una ulteriore soccombenza a suo danno, può trovare nell'art. 106, prima parte, un mezzo per estendere verso il venditore (suo possibile futuro avversario) il giudicato di accertamento, suo malgrado.

La norma processuale contenuta nell'art. 1485 c.c.

Ci si chieda, ora, quale difesa può assumere il venditore nel processo di garanzia allorché sia stato chiamato o sia intervenuto nel primo processo relativo alla rivendica. Il venditore, pur essendo vincolato alla prima pronuncia, nel senso che come parte non può più replicare sostenendo l'ingiustizia della medesima, non è destinato necessariamente ad una soccombenza anche nel secondo processo.

Rilevanza dei motivi del giudicato di evizione

Egli, infatti, potrebbe sempre dimostrare che il primo processo è stato vinto dall'attore *non perché l'acquirente*, convenuto nel primo processo, *non fosse mai diventato proprietario*, ma per il fatto che, dopo esserlo divenuto, si era, ad esempio, fatto usucapire il bene o lo aveva venduto.

Il venditore, quindi, può considerare il contenuto *e i motivi* della prima sentenza per dimostrare che in concreto vi sarà certamente stata evizione (in quanto l'acquirente non risultò, al momento della decisione, proprietario) ma non perché egli stesso a suo tempo non aveva adempiuto ad un obbligo di trasferimento della proprietà, bensì per ragioni successive che prescindono dall'adempimento di quell'obbligo e in virtù delle quali certo non può essere chiamato a rispondere della garanzia per l'evizione della cosa venduta. In questo senso il giudicato di evizione acquista rilievo, per il venditore, in modo differenziato.

to a *seconda dei motivi* che lo fondano. Simili all'art. 1485 sono gli artt. 2859 e 2870: la chiamata, ad opera qui dell'attore, nel giudizio sul suo credito, rispettivamente del terzo datore di ipoteca o dell'acquirente dell'immobile ipotecato, renderà loro opponibile – senza più la eccezione di cattiva gestione del processo – il giudicato sul rapporto pregiudiziale, ossia sul credito ipotecariamente garantito, in sede di esecuzione sul bene.

È ammessa la chiamata del titolare di un rapporto dipendente

In sintesi, l'art. 106, parte prima, ha una funzione molto varia, in quanto prevede – in tale caso e più in generale – anche la possibilità della chiamata in causa del terzo che avrebbe potuto fare intervento adesivo, come nell'ultimo esempio sopra riportato. Sìmile è l'ipotesi della *chiamata in causa del debitore principale da parte del fideiussore convenuto*, quando verso il chiamato non proponga l'azione di regresso ma voglia soltanto farlo partecipare al processo, in qualità di parte. In questo modo, quando successivamente il fideiussore agirà verso il debitore principale per la ripetizione dell'intero pagato alla banca, il convenuto – per sottrarsi alla rifusione – non potrà affermare l'inesistenza del debito principale.

In linea generale, è ammissibile la chiamata in causa per comunanza di chi sarebbe legittimato ad intervenire adesivamente *in quanto titolare di un rapporto dipendente* da quello su cui il giudice deve decidere (che lo lega al convenuto o, meno spesso, all'attore). Si badi che qui il rapporto dipendente è appunto quello (di regresso) che lega il fideiussore che ha pagato al debitore. Stiamo infatti facendo riferimento al rapporto di regresso tra obbligati (è invece pregiudiziale al rapporto tra creditore e fideiussore, quello tra creditore e debitore principale, con l'unica piccola eccezione dell'art. 1939 c.c.).

Inoltre la chiamata *ex art. 106* va ammessa (così Fabbrini) nei confronti del terzo titolare (assieme ad una delle parti) di un rapporto pregiudiziale rispetto a

... e quella del titolare di un rapporto pregiudiziale

quello originariamente dedotto in giudizio: *ciò equivale ad una domanda di accertamento incidentale di quel rapporto pregiudiziale*. Un esempio, piuttosto frequente, è quello in cui un ente previdenziale – di norma l'INPS – agisca contro il datore di lavoro per far valere una presa contributiva in ordine ad un certo asserito rapporto di lavoro fra il convenuto ed un certo lavoratore; costui potrà essere chiamato in causa *ex art. 106* – e fors'anche *ex art. 107* – ed allora il rapporto di lavoro verrà accertato con efficacia di giudicato.

Infine, l'art. 106 c.p.c., parte prima, ricomprende anche la possibilità della c.d. *chiamata del vero legittimato passivo*. Può capitare, infatti, che il convenuto, difendendosi contro l'attore, affermi di non essere lui il vero obbligato e indichi un terzo quale vero legittimato a contraddirre alla domanda contro di lui proposta (si par-

La chiamata in causa del c.d. vero legittimato passivo

la evidentemente qui di legittimazione in senso improprio, cioè per indicare la effettiva titolarità passiva del debito). Si pone, allora, il problema di stabilire se il convenuto possa utilizzare l'art. 106 c.p.c., parte prima, per chiamare in causa il soggetto che egli ritiene essere il vero legittimato passivo (ossia il vero obbligato).

La giurisprudenza, anche di Cassazione, in linea di massima lo ammette, vale a dire riconosce comunanza di causa tra colui che, convenuto, contesta la propria legittimazione passiva, e il soggetto che quest'ultimo indica come il vero obbligato verso l'attore.

L'esempio classico è quello dei processi relativi a pretese risarcitorie, per lo più aquiliane, dove può accadere che il convenuto, in base ad una diversa ricostruzione della dinamica del fatto dannoso, affermi che causa del danno subito dall'attore sia l'operato non suo ma di un terzo.

Senz'altro ci si potrebbe domandare quale sia l'interesse del convenuto a chiamare il terzo nel momento in cui egli possa dimostrare che l'attore non ha provato la sua responsabilità. Dovrebbe essere, semmai, l'attore a coinvolgere nel processo quel terzo, di fronte ad un convenuto che si difende affermando di non essere lui il vero responsabile e indicando come tale – in modo credibile e circostanziato – un altro soggetto. In questo caso infatti l'attore, non volendo rischiare di vedere rigettata la sua domanda in quel processo, potrebbe ritenerlo conveniente chiamare l'altro soggetto. Ciò che risulta di meno facile comprensione è la chiamata da parte del convenuto, posto che nei confronti del vero obbligato egli non ha alcun diritto da esercitare; tuttavia la giurisprudenza la ammette.

Si deve però tener presente che, qualora il convenuto chiami in causa il terzo che afferma essere il vero obbligato, se l'attore non chiede la condanna anche di quel terzo, il giudice non potrà condannarlo; potrà farlo soltanto nel caso in cui l'attore estenda la domanda di condanna anche al chiamato. Infatti la domanda di condanna può essere proposta solo dal creditore: questi è l'unico soggetto legittimato a far valere – eventualmente *in via subordinata* rispetto alla domanda, che egli voglia tenere ferma e prioritaria, contro il convenuto originario – il credito verso il terzo (asserito) vero debitore; l'attore è l'unico interessato alla sua condanna, che certo non potrà essere pronunciata a seguito della sola iniziativa del convenuto che abbia chiamato in causa tale terzo per mere ragioni difensive.

Il giudice potrà condannare il terzo chiamato solo se l'attore estende la domanda nei suoi confronti

Dunque, la mera chiamata in causa del terzo posta in essere dal convenuto non consente al giudice di condannare il terzo chiamato per il rispetto del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c. Peraltro la giurisprudenza al riguardo talora coltiva tesi singolari e poco attente a tale principio (e così immagina che, per effetto della chiamata, si generi automaticamente un cumulo litisconsortile passivo *alternativo* di azioni di condanna).

Sotto tale profilo, l'art. 106 c.p.c. pone poi il problema di vedere che *differenza* sussista tra la chiamata in causa del terzo e le ipotesi di cosiddetta *denuncia della lite al terzo*.

Si tratta di due istituti molto diversi: una cosa è limitarsi a denunciare la lite, vale a dire ad avvisare – seppure in modo formale e solenne – un terzo della pendenza del processo che potrebbe interessarlo al punto da indurlo a fare intervento volontario. Altra cosa è invece avvalersi dell'art. 106 c.p.c., mediante il quale non ci si limita a notiziare

Chiamata in causa e denuncia di lite

il terzo, ma lo si chiama in causa perché ne divenga parte. Il terzo, poi, come tutte le parti evocate in giudizio a seguito della notifica di un atto di citazione, sarà libero di costituirsi nel processo e difendersi, oppure di rimanere contumace: in ogni caso, il giudicato cui quella lite metterà capo lo vincolerà.

L'art. 106 c.p.c., quindi, non ha molto a che vedere con la denuncia della lite e questo lo si ricava soprattutto dall'**art. 269 c.p.c.**, relativo alle modalità della

Art. 269 c.p.c.: modalità della chiamata di un terzo in causa chiamata. Quest'ultima si realizza mediante una *citazione del terzo a comparire in giudizio*, ovvero con lo stesso strumento con cui si instaura una causa, più precisamente con la *notificazione al terzo di un atto di citazione*. Pertanto non si può ravvisare, in questo caso, una mera comunicazione al terzo della pendenza della lite poiché, con la chiamata, il terzo **... idonee a farlo divenire parte** diventa parte esattamente come lo sarebbe diventato se fosse stato destinatario, fin dall'inizio, di un atto di citazione.

Ci sono solo alcune ipotesi, sparse nel c.c., in relazione alle quali, invece, effettivamente si prevede semplicemente una denuncia della lite.

Art. 1777, co. 2 c.c.: denuncia della lite al depositante Così, ad esempio, in materia di contratti di deposito, l'**art. 1777, co. 2, c.c.** statuisce che se il depositario “è convenuto in giudizio da chi rivendica la proprietà della cosa o pretende di avere diritti su di essa, deve, sotto pena del risarcimento del danno, denunciare la controversia al depositante ...”. Questo è un esempio di denuncia della lite, per effetto del compimento della quale il depositante non diventa ancora parte; pertanto, l'eventuale sentenza che sarà emessa fra colui che rivendica il bene e il depositario non lo vincolerà, se questi poi non decida di intervenire volontariamente nel processo. La denuncia ha così la funzione di rendere edotto della lite il depositante, perché egli possa poi adoperarsi come meglio crede.

Tuttavia, la norma citata prosegue in un modo tale da far pensare che possa altresì avvenire qualcosa di più di una mera denuncia, poiché enuncia che il depositario “può ottenere di essere estromesso dal giudizio indicando la persona del medesimo [depositante]”. Vi è, allora, anche la possibilità della chiamata in causa in quanto, se si prevede che il convenuto, che è il depositario, possa chiedere di essere estromesso, questo significa che prima – per assicurare (almeno) la essenziale duplicità di parti nel processo – debba esservi entrato anche un altro soggetto, che è appunto il depositante. Questo significa che, per evitare di dover risarcire i danni, il convenuto deve denunciare la lite, potendo poi accadere che, volontariamente, il depositante intervenga oppure che sia anche chiamato in causa; solo in tali due ipotesi il convenuto potrà chiedere di essere estromesso. Se, però, il depositante non interviene o non è chiamato, il processo proseguirà tra attore e depositario, non potendo chiedere quest'ultimo la propria estromissione.

È evidente, quindi, che il fatto che vi sia una differenza tra denuncia della lite e chiamata in causa non significa che non vi possano essere entrambe o che non si possa, ad opera del convenuto, omettere la fase della denuncia della lite per passare immediatamente alla chiamata in causa che comprende anche quella.

Diversamente, il già richiamato art. 1485 c.c. non prevede una mera denuncia della lite. Esso, infatti, configura una ipotesi di chiamata in causa del venditore che, a seguito della notifica dell'atto di citazione, di cui all'art. 269 c.p.c., diventa parte ed è vincolato agli effetti del futuro giudicato.

**Art. 1485 c.c.:
chiamata in causa
del venditore**

La terza norma da considerare è quella dell'art. 1586 c.c., che al co. 1 dispone: "Se i terzi arrecano molestie e pretendono di avere diritti sulla cosa locata, il conduttore è tenuto a darne pronto avviso al locatore, sotto pena del risarcimento dei danni". Questo *pronto avviso* non è sinonimo di chiamata in causa del locatore. È vero che il co. 1 fa riferimento anche al caso in cui le molestie dei terzi pretendenti siano stragiudiziali, e pertanto non sia possibile la chiamata in causa in quanto nessuna lite è stata ancora instaurata; tuttavia, non si deve dimenticare che vi possono essere pure molestie giudiziali. Ebbene, è proprio in relazione a queste che il co. 1 si limita a prevedere un onere di preavviso, un pronto avviso della causa: in questo, appunto, consiste la *litis denuntiatio*.

**Art. 1586, co. 1, c.c.:
pronto avviso
al locatore**

Ciononostante anche qui vi è la possibilità della chiamata in causa così come quella dell'estromissione del convenuto; infatti il co. 2 aggiunge: "Se i terzi agiscono in via giudiziale, il locatore è tenuto ad assumere la lite, qualora sia chiamato nel processo".

Quindi, se oltre alla denuncia della lite vi è anche la chiamata nel processo del locatore, ecco che il conduttore può chiedere di essere estromesso, e perciò, in sostanza, il processo proseguirà tra il terzo molestante e il locatore.

In conclusione, la distinzione da tener presente è tra denuncia della lite, che non è atto processuale, e chiamata in causa, la quale invece è atto processuale in quanto si risolve in una citazione.

I poteri processuali della parte chiamata variano a seconda delle ipotesi: talora essi sono autonomi e pieni, in quanto nel processo è stato introdotto un connesso rapporto corrente fra una delle parti e il chiamato (che assume, allora, se il rapporto è incompatibile, la stessa posizione di un interveniente principale oppure, se il rapporto è collegato e parallelo, quella di un interveniente litisconsortile). Altre volte il chiamato, in quanto titolare di un rapporto dipendente non dedotto nel processo, assume una collocazione di parte accessoria, del tutto corrispondente a quella di un interveniente adesivo (alla analisi sfaccettata dei cui poteri si deve dunque rinviare).

Poteri del chiamato

Quanto alla singolare ipotesi legislativa di chiamata in causa del produttore (art. 116, co. 5, cod. cons.) da parte del venditore del bene difettoso, citato in giudizio dal consumatore, essa abbisogna di una riflessione tutta particolare: qui la chiamata ha lo scopo di fare accertare chi è il produttore e fare convergere allora la pretesa del consumatore *solo* nei confronti del produttore, che il venditore ha però l'onere di individuare e rendere parte del giudizio (tale individuazione e il relativo accertamento fungono, così, da fatto impeditivo della responsabilità del venditore).

Termino per la chiamata

Vi è ancora qualcosa da aggiungere quanto agli aspetti tipicamente procedurali della chiamata in causa del terzo.

La legge di riforma del 1990 ha stabilito che quest'ultima avvenga, mediante citazione a comparire, all'inizio del processo, al fine di evitare che attraverso questo istituto si abbia la proposizione di nuove domande, di nuove eccezioni, così come di nuove istanze probatorie, da parte del terzo chiamato in un momento in cui la causa è già abbastanza matura per la decisione. Questo è dovuto al fatto che il nuovo processo civile, dopo la legge n. 353/1990, è incentrato su una serie di rigide preclusioni per cui determinati atti si possono compiere solo nella fase iniziale del processo.

Più precisamente il convenuto, che perlopiù è il soggetto che si avvale dell'istituto di cui all'art. 106 c.p.c., se vuole chiamare in causa un terzo lo deve fare a pena di decadenza nella comparsa di risposta (art. 167), vale a dire nel primo atto difensivo scritto. Contestualmente egli dovrà chiedere al giudice istruttore lo spostamento della prima udienza per consentire la citazione del terzo nel rispetto dei termini (dilatori) per comparire di cui all'art. 163-bis nei riguardi della nuova udienza che dovrà essere così fissata (art. 269, co. 1 e 2).

Chiamata in causa da parte dell'attore

Per quanto riguarda la chiamata del terzo ad opera dell'attore, l'argomento, come già detto, non è scevro di complessità. I problemi sono ricollegabili al fatto che la necessità di chiamare in causa un terzo

da parte dell'attore può emergere soltanto a seguito della lettura delle difese del convenuto. Si pensi, per es., a quei giudizi in cui costui affermi di non essere responsabile dei danni per i quali l'attore abbia proposto domanda di condanna e si difenda indicando un terzo responsabile. Se, in simili ipotesi, l'attore non chiama in causa il terzo e le difese del convenuto risultino fondate, il primo rischia di perdere quella causa e di dover successivamente instaurare un nuovo processo contro il soggetto indicato dal convenuto come vero legittimato passivo. Orbene, la possibilità per l'attore di chiamare in causa un terzo (colui che, nel nostro esempio, il convenuto indica come il vero obbligato) è prevista dall'art. 269, al co. 3, il quale enuncia: "ove, a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta, sia sorto l'interesse dell'attore a chiamare in causa un terzo, l'attore deve, a pena di decadenza, chiederne l'autorizzazione al giudice istruttore nella prima udienza. Il giudice istruttore, se concede l'autorizzazione, fissa una nuova udienza allo scopo di consentire la citazione del terzo nel rispetto dei termini dell'art. 163-bis". In relazione all'ipotesi prevista dal co. 3, il co. 5 aggiunge che "... restano ferme per le parti le preclusioni ricollegate alla prima udienza di trattazione ...". Il riferimento è dunque in queste norme all'udienza di cui all'art. 183, oggi di regola la prima del processo.

In linea di massima, quindi, il fatto che l'attore abbia ottenuto di poter chiamare in causa il terzo non consente né all'attore né al convenuto di modificare la domanda, di allegare nuovi fatti o di proporre nuove eccezioni, se non nei limiti stabiliti dall'art. 183, co. 6, i cui termini perentori sono assegnati dal giudice all'udienza di comparizione del terzo (*i.e.* l'udienza successiva).

In sostanza, il legislatore, con queste norme, ha cercato di evitare che l'esigenza delle parti di chiamare un terzo in causa scardinii il sistema delle preclusioni che, con l'entrata in vigore della legge n. 353/1990, scandisce la fase introduttiva del processo. Con il nuovo assetto procedurale, che senza dubbio è più articolato del precedente, il legislato-

re ha voluto prevedere minuziosamente tutto ciò che le parti possono fare o non (più) fare, collocando tutte le possibili attività delle stesse in un preciso e ristretto arco temporale, mediante norme piuttosto puntigliose. L'art. 271 chiarisce che il chiamato non subisce alcuna preclusione: l'udienza, a ciò fissata dal giudice, per la quale è citato dal chiamante, costituisce, *almeno per lui*, la prima udienza del processo, non rilevando se le parti abbiano già subito preclusioni frutto delle precedenti udienze.

Peraltro va segnalato che, anche là dove effettivamente l'interesse dell'attore alla chiamata del terzo, cui la causa sia comune, sorge dalle difese del convenuto, per l'attore sarà comunque sovente difficile rispettare la nuova preclusione: ciò soprattutto quando il convenuto si costituisce direttamente all'udienza di cui all'art. 183. In tali casi, la richiesta di autorizzazione presupporrebbe notevole prontezza di spirito e soprattutto immediato e talora approfondito studio in udienza della comparsa avversaria, in quella sede esaminata per la prima volta.

Per la bibliografia e le questioni si veda l'appendice informatica.

8

La chiamata in garanzia

La garanzia propria. – Garanzia reale. – Garanzia personale. – La chiamata in garanzia da parte dell'attore. – La c.d. garanzia impropria: caratteri. – L'esempio delle vendite a catena. – Applicabilità dell'art. 106 alla garanzia c.d. impropria. – Deroghe alla competenza. – Il rapporto tra domanda principale e domanda di garanzia. – La decisione di "assorbimento". – La decisione di condanna condizionata. – La fase di gravame. – L'azione di regresso nella vendita dei beni di consumo.

La seconda parte dell'art. 106 disciplina la figura della chiamata in garanzia, ossia quella domanda proposta da una delle parti contro un terzo, dal quale appunto essa pretende di essere garantita. Vediamo, ora, più da vicino in cosa si sostanzia la garanzia, per poi esaminare i modi con i quali essa si manifesta nel processo.

La garanzia è quel fenomeno che ricorre ogni qual volta, per legge o per contratto, un soggetto (c.d. garantito), ha diritto ad essere tenuto indenne da un terzo (c.d. garante), dalle perdite patrimoniali che conseguono alla soccombenza nel processo, per effetto dell'accoglimento della domanda giudiziale avversaria (c.d. causa di molestia). Si deve invece escludere che l'obbligo del garante sia quello di partecipare al processo onde riuscire (obbligo di risultato) o adoperarsi diligentemente (obbligo di mezzi) a procurare al convenuto-garantito il rigetto della domanda di molestia dell'attore e così la vittoria sul bene della vita conteso. Una tale obbligazione – se intesa come obbligazione di risultato – non sarebbe neppure valida, poiché la vittoria (sulla causa originaria) non potrà che spettare ed essere aggiudicata a chi risulti avere ragione: a tal fine, il garante potrà solo aiutare il convenuto con i propri argomenti e difese (secondo la logica dell'*onere*) e, se essi non basteranno per vincere, dovrà – ecco il suo unico obbligo giuridico – tenerlo indenne dalle conseguenze di una (magari giusta) soccombenza.

Ai fini processuali si è soliti distinguere, all'interno dell'unitorio istituto della garanzia, tra la garanzia c.d. *propria* – nelle due *species* della garanzia *reale* e *personale* – e garanzia c.d. *impropria*.

Garanzia propria
e impropria

Tale triplice distinzione non si trova nel codice, né in generale ha fonte legislativa. Essa è frutto di una elaborazione della dottrina e della giurisprudenza e può anche essere accolta, ancorché non sia in grado di fornire una immediata e precisa intelligenza del fenomeno: i tre diversi tipi, infatti, non sono riconducibili tutti all'istituto della garanzia, intesa nella sua essenza economico-giuridica.

Garanzia reale (ossia da trasferimento di diritti)

Talvolta, il diritto a essere tenuto indenne, e lo si chiami dunque pure diritto di garanzia, *sorge a seguito di un trasferimento di un bene o di un diritto* al garantito da parte del garante e si concreta quando, su quel bene o su quel diritto, un terzo (c.d. molestante) avanzi pretese incompatibili con la sua cessione al “garantito”. Si parlerà qui di ipotesi di garanzia reale.

Così, ad esempio, la garanzia per l'evizione sorge a seguito di un contratto di compravendita, di permuta oppure di altri contratti che trasferiscono la proprietà di un bene.

Analogamente, può dirsi con riguardo a un contratto di trasferimento della titolarità di un diritto di credito, come nel caso della cessione del credito, nell'ambito della quale è prevista per legge (art. 1266 c.c.) la garanzia dell'esistenza del medesimo (il c.d. *nomen verum*), mentre il cedente non risponde della solvenza del suo debitore (c.d. *nomen bonum*) se non si impegna in tal senso (art. 1267).

La chiamata in garanzia da parte dell'attore

Questa ultima ipotesi, poi, è un po' particolare perché, diversamente da quanto accade di regola (la chiamata in garanzia è di norma proposta dalla parte convenuta) l'intervento coatto del terzo avviene per iniziativa dell'attore perché il cessionario – che, dopo aver convenuto in giudizio il debitore ceduto per ottenerne la condanna all'adempimento, si sia sentito opporre da questo l'inesistenza del credito oggetto di cessione – avrà interesse a chiamare in garanzia il cedente.

Pertanto, nel campo della trasmissione dei diritti reali come in quello dei diritti obbligatori, esiste una garanzia che è, in sostanza, quella dell'efficacia del trasferimento del diritto; in tal senso si parla di garanzia (dell'effetto) reale. In questo quadro, rientra anche la previsione dell'art. 1586, co. 2, c.c., di cui si è parlato nel capitolo precedente: nel giudizio instaurato da un terzo contro il conduttore, questi può – anziché limitarsi alla *litis denuntiatio* – chiamare in causa il locatore che, se non è subito fatta valere contro di lui la domanda eventuale di condanna alla garanzia, ha l'obbligo di “assumersi la lite” e di lasciare che il conduttore sia estromesso (l'ipotesi ricade così nella figura generale, che vale infatti solo per la garanzia “reale”, di cui all'art. 108 c.p.c.: v. *infra*, cap. 9).

Garanzia personale (ossia da coobbligazione)

Dalla garanzia c.d. reale si distingue quella c.d. personale, alla base della quale non si pone una vicenda traslativa di diritti reali o di credito, bensì una *situazione di coobbligazione solidale*: il condebitore *che paga* al creditore l'intero dovuto o comunque una somma superiore alla quota cui è tenuto nei rapporti con gli altri coobbligati, diverrà *titolare di un diritto di regresso*, il quale può concepirsi come vero e proprio diritto di ga-

ranzia personale che trova, appunto, la sua fonte in una vicenda obbligatoria con pluralità di debitori. Se l'obbligazione solidale è “ad interesse comune”, chi ha adempiuto avrà regresso *pro quota* verso gli altri, come ben chiarisce l'art. 1298 c.c. (secondo il quale l'obbligazione si divide tra condebitori solidali in parti uguali, se essi non abbiano stabilito diversamente). Se invece l'obbligazione è “ad interesse unisoggettivo” – come nel caso della fideiussione o dei soci illimitatamente responsabili, che adempiano ai debiti sociali – il regresso sorgerà *per l'intera prestazione* estinta se chi ha pagato *non* è il soggetto nel cui interesse l'obbligazione era stata contratta (fideiussore, socio); viceversa, il diritto di regresso (e così il diritto alla garanzia personale) non sorgerà affatto se chi abbia pagato il creditore fosse proprio colui a favore del quale altri avevano prestato garanzia (obbligato principale, società). Simile è il caso della solidarietà di cui all'art. 2049 c.c. e quello di cui all'art. 2054 c.c.: sono tutti casi di solidarietà dipendente od accessoria, ad interesse non comune ma facente capo ad uno solo degli obbligati.

Merita qui chiarire un aspetto, per la verità – a questo punto – quasi ovvio. In tema di obbligazioni solidali bisogna prestare particolare attenzione alla figura del fideiussore perché, a seconda che lo si riguardi dal punto di vista del diritto sostanziale ovvero processuale, egli potrà apparire ora garante, ora garantito. Il fideiussore è garante nella prospettiva dei rapporti sostanziali, in quanto soggetto obbligato a garantire l'adempimento del debitore principale (in questo senso suo garante). Egli, però, è garantito dalla prospettiva del processo, in quanto soggetto convenuto in giudizio dal creditore per il pagamento e – a pagamento avvenuto – titolare di un diritto di regresso verso un terzo (il debitore), azionabile nello stesso processo, come vedremo, tramite la chiamata *ex art. 106*, seconda ipotesi. Del resto, questa particolare posizione del fideiussore (simile, come testé accennato, a quella del proprietario del veicolo a mente dell'art. 2054 c.c. e del socio illimitatamente responsabile per il debito sociale) si spiega agevolmente, perché egli garantisce, con la propria concorrente responsabilità patrimoniale, il debitore verso il creditore, ma ad un tempo è controgarantito (per ciò di cui risulti impoverito) proprio dal debitore, che diventa poi suo obbligato di regresso.

Precisazioni su garanzia e fideiussione

Dal punto di vista processuale, sia la garanzia reale sia la garanzia personale sono riconducibili alla figura unitaria del fenomeno della garanzia, che abbiamo sopra definito. In entrambi i casi, si è in presenza di un diritto la cui nascita *dipende* dall'esito dell'azione principale: proprio per questa ragione, esso potrà essere dedotto fin da subito in quel giudizio, sia pur *in via condizionata* alla vittoria dell'attore, in base all'art. 106 c.p.c., seconda parte, appunto con la chiamata del garante ad opera del garantito all'interno dello stesso processo instaurato contro quest'ultimo dall'attore (il molestante nella garanzia reale, il comune creditore in quella personale). Proprio per assecondare il cumulo delle due domande, l'art. 32 c.p.c. assicura che sulla domanda di garanzia, sia essa reale o personale, in deroga alle regole sulla competenza per territorio, possa decidere il giudice del processo originario (di “molestia”).

La norma, collocata tra quelle che si occupano delle deroghe alla competenza

per ragioni di connessione, prevede testualmente che: “La domanda di garanzia può essere proposta al giudice competente per la causa principale affinché sia decisa nello stesso processo. Qualora essa ecceda la competenza per valore del giudice adito, questi rimette entrambe le cause al giudice superiore assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione”.

Così, nel caso di chiamata in garanzia, la domanda stessa viene attratta per connessione e decisa dal foro adito per la causa principale anche se per la causa di garanzia sarebbe stato competente, per ragioni di territorio, altro giudice. Tuttavia, se la domanda di garanzia propria è proposta davanti al giudice di pace – competente per la causa principale – ed eccede la sua competenza per valore, questi dovrà rimettere entrambe le cause al giudice superiore (tribunale) e ciò anche se la competenza del giudice di pace sulla causa principale sia dovuta a ragioni di materia (v. art. 40, co. 6 e 7, c.p.c.).

La garanzia c.d. impropria | Quanto fin qui evidenziato è riferibile per noi soltanto alla chiamata in garanzia vera e propria, non quindi anche alla garanzia cosiddetta impropria, la quale – lungi dal costituire una terza *species* dello stesso *genus* “garanzia” – rappresenta un fenomeno diverso, un *aliud*, solo latamente accostabile al primo per certi profili procedurali.

Questo tipo di pretesa e di azione, se svolta in via di chiamata nel processo pendente, è detta garanzia impropria perché ad essa si vorrebbero applicare alcune norme che il codice di rito detta per la garanzia propria e che rivelano una indubbia utilità (ad esempio, quella sulla chiamata in causa con proposizione della domanda di garanzia, *ex art. 106 c.p.c.*, seconda parte, ed *ex art. 269*).

Tuttavia, la garanzia cosiddetta impropria non si fonda sullo stesso rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio dall'attore, in relazione al quale, nel caso in cui ne venga accertata l'inesistenza, la parte soccombente potrà vantare un connesso e dipendente diritto ad essere tenuta indenne dal pregiudizio (garanzia propria). La garanzia impropria sorge da rapporti giuridici *collegati solo di fatto*, senza alcun legame giuridico ed in particolare senza connessione per il titolo.

L'esempio classico di codesto fenomeno si configura, soprattutto, nel campo delle *vendite a catena* dello stesso bene.

Un caso esemplare | Così, può immaginarsi il caso del bene che dal produttore sia venduto all'importatore, poi al grossista, al dettagliante ed infine al consumatore; si faccia l'ipotesi che quel bene, che nel corso delle successive vendite subisce al più solo modificazioni estrinseche, sia viziato, cioè contenga uno di quei difetti che fanno sorgere la garanzia per i vizi.

Azioni edilizie lungo la “catena” distributiva dei prodotti | Può succedere che il consumatore, scoperti i vizi e denunciati i medesimi al venditore entro il termine di otto giorni (art. 1495 c.c.), impedendo in tal modo la decadenza stragiudiziale, abbia poi proposto la domanda costitutiva di riduzione del prezzo, vale a dire l'*actio aëstimatoria* o *quanti minoris*, entro il termine (dalla norma qualificato) prescrizionale di un anno. Il venditore si vede quindi convenuto in giudizio in quanto tenuto a garantire

all'acquirente che la cosa venduta sia immune da vizi. Il convenuto, destinatario dell'azione di riduzione del prezzo, riterrà di essere titolare di un diritto analogo a quello azionato dall'attore nei suoi confronti, in quanto a sua volta acquirente di un bene rivelatosi viziato; egli quindi denuncerà così i vizi al grossista e potrà instaurare una causa nei suoi confronti. E via di seguito.

Ci si chieda ora se quest'ultima azione (anch'essa di riduzione del prezzo) debba essere proposta in un processo autonomo oppure se possa essere esercitata nel giudizio instaurato dal consumatore finale nei confronti del dettagliante. È evidente che una eventuale chiamata in causa del grossista non sarebbe per mera comunanza di causa (oltretutto qui carente, per mancanza di connessione fra i titoli dei due rapporti); piuttosto, la domanda del dettagliante si risolve in una richiesta al giudice di accogliere una domanda ben diversa, per titolo (un diverso contratto) ed oggetto (un diverso prezzo da ridurre). Si potrebbe pensare allora ad una chiamata in causa del terzo con proposizione della domanda di garanzia per vizi, ipotesi riconducibile all'ambito dell'art. 106, seconda parte, c.p.c.

Tuttavia, considerando attentamente la fattispecie esemplificata, non è difficile rilevare come la garanzia per i vizi vantata nei confronti del grossista si risolva in una normale pretesa contrattuale, che poteva essere fatta valere anche a prescindere dalla pendenza della causa del consumatore contro il dettagliante e dal suo esito: il diritto dedotto contro il chiamato (soggetto "a monte") non nasce affatto dalla soccombenza del convenuto sulla azione contro di lui proposta (dal soggetto "a valle", nella catena distributiva).

Se, infatti, il dettagliante avesse scoperto i vizi del bene prima di venderlo al consumatore, egli avrebbe potuto ugualmente proporre la domanda di riduzione del prezzo contro il grossista. Per tale motivo, dunque, il dettagliante, proponendo la domanda nel processo già pendente e contro di lui instaurato dal consumatore, non chiederà al giudice di essere tenuto indenne dal terzo nel caso di una eventuale soccombenza, e così in via condizionata; bensì farà valere nei confronti di quest'ultimo un diritto che comunque aveva e che poteva anche autonomamente azionare.

Va tenuto presente che nell'ambito delle vendite a catena dello stesso bene del tutto peculiare è la disciplina introdotta nel 2002 dal legislatore agli artt. 1519-bis-1519-nonis c.c. relativa alla *vendita dei beni di consumo* in attuazione della direttiva CE n. 44/1999 (norme ora raccolte nel codice del consumo, d.lgs. n. 206/2005, agli artt. 128-135). Il legislatore ha previsto la possibilità per il consumatore di agire contro il venditore denunciando il vizio del bene di consumo che ha acquistato per ottenere la riparazione o la sostituzione dello stesso o, qualora ciò non sia avvenuto o non sia stato possibile, la riduzione adeguata del prezzo o la risoluzione del contratto. Il venditore-dettagliante, a sua volta, qualora risulti soccombente nel giudizio così promosso dal consumatore, ha la facoltà di ripetere dal soggetto responsabile (o dai soggetti responsabili) quanto prestato. L'azionabilità del diritto (definito impropriamente) di regresso del venditore-dettagliante è concessa nei confronti del soggetto responsabile del difetto di conformità, ossia di solito nei confronti del produttore, ma – se provatamente responsabili – anche di altri soggetti della catena distributiva. La fondatezza di tale azione dipende dalla circostanza che il dettagliante sia soccombente nell'eventuale giudizio promosso dal consumatore e abbia ottemperato all'ordine del giudice, abbia cioè eseguito la sostituzione o riparazione: e ciò a prescindere dalla regolamentazione del rapporto che

**Il diritto di garanzia
impropria è indipen-
dente ed autonomo
rispetto a quello
oggetto del processo**

**La peculiare disciplina
della vendita dei beni
di consumo**

lo lega al proprio precedente dante causa, sia sul piano oggettivo (e quindi pur se non ricorrano i presupposti della, o sia decaduto dalla, garanzia contrattuale *ex artt. 1490-1495 c.c.*), sia sul piano soggettivo (e così nei confronti di uno qualunque degli “anelli” della catena distributiva, e non necessariamente del proprio immediato dante causa). Evidentemente poi l’azione di “regresso” ha ad oggetto la prestazione così eseguita (che sarà, nella maggior parte delle ipotesi, il bene sostitutivo o il costo della riparazione; ma che ben potrà consistere nel danno che il venditore-dettagliante abbia sopportato per la non conformità del bene al contratto derivante dalla riduzione del prezzo del bene o dal risarcimento dovuto a seguito di risoluzione del contratto). La disciplina così introdotta dal legislatore evidenzia una pregiudizialità fra la causa proposta dal consumatore finale contro il venditore-dettagliante e quella promossa da quest’ultimo nei confronti del proprio grossista. Si viene, così, a configurare una vera ipotesi di garanzia propria (nella sua giusta, e quindi più limitata, definizione), ove l’esito della domanda principale incide in modo assorbente su quello della domanda di garanzia, che *non si radica* perciò in un rapporto distinto ed autonomo rispetto a quello oggetto della pretesa “di molestie”. Questo dato si scontra però con le impostazioni meno largheggianti (anche della giurisprudenza meno recente) che ravvisano la garanzia propria solo nelle ipotesi in cui vi sia una connessione per il titolo tra la causa principale e la causa di “garanzia”, che qui manca.

La chiamata in causa dell’assicurazione sulla r.c. non è invece un caso di garanzia impropria, ma propria

Non rappresenta, invece, per noi, un caso di chiamata in garanzia impropria la domanda proposta dal convenuto-responsabile *contro l’assicurazione sulla r.c.* (ad esempio professionale) – fuori del caso particolare, che è di litisconsorzio addirittura necessario e azione diretta, della r.c.a. *ex art. 144, co. 1 e 3, cod. ass. –*. L’obbligo dell’assicurazione di indennizzare l’assicurato (e così il rapporto B-C) scatta infatti proprio se sussiste il credito risarcitorio A-B, che il danneggiato A ritiene vantare; vi è così dipendenza sostanziale fra le relative cause e quindi garanzia “propria”.

Orbene, l’ipotesi delle vendite a catena ben esemplifica la cosiddetta chiamata in garanzia impropria: ovvero una “catena processuale” di azioni omologhe – azioni

Definizione *“edilizie”, ex art. 1492, od anche per *aliud pro alio*, oppure ancora per *tardiva consegna*, etc. –, occasionate l’una dall’altra,*

ma non connesse per il titolo o l’oggetto, né legate da una dipendenza-pregiudizialità di contenuti; vi sono *solo questioni* (di fatto e forse talora anche di diritto) *comuni* (con una certa analogia rispetto alla connessione impropria di cui all’art. 103). Simile è allora il caso di più contratti di *trasporto in consecuzione* dello stesso bene (con un mittente, uno spedizioniere e vari vettori e subvettori). Invero, a ben vedere, ciò che si fa valere nei confronti del terzo chiamato non è il diritto ad essere tenuto indenne dalle perdite che potranno essere cagionate dalla soccombenza ma è la pretesa di vedere riconosciuto ed attuato un determinato diritto, il quale ha un collegamento solo di tipo occasionale e di mero fatto col diritto oggetto originario del processo e con la decisione di esso. Tant’è vero che se la causa del consumatore contro il dettagliante si estinguesse (o venisse definita in mero rito), quella del dettagliante contro il grossista ben potrebbe procedere, conservando ugualmente autonomo significato e importanza.

In sostanza, con la chiamata del terzo in garanzia impropria si realizza un *cumulo di cause che rivestono carattere di giuridica indipendenza l'una rispetto all'altra*, pur denotando una connessione “impropria” talora anche intensa. Al contrario, nelle due specie della garanzia “propria” vi è una dipendenza per ragioni sostanziali che poi di solito, per scelta del chiamante, darà luogo ad un cumulo c.d. *condizionale* di domande.

Orbene, è opportuno far presente che la prassi ha ritenuto applicabile l'**art. 106 c.p.c.**, parte seconda, e il collegato **art. 269**, anche all’ipotesi di garanzia impropria, consentendo quindi la chiamata del terzo in tutti quei casi in cui attraverso quest’ultima non si fa valere un vero e proprio diritto di garanzia, vale a dire un diritto ad essere tenuto indenne dalla perdita nascente dalla soccombenza in un determinato giudizio. Ciò che si deduce, piuttosto, è un diritto distinto ed autonomo rispetto a quello controverso, la cui esistenza (anche se non sempre la sua quantificazione, perché vi è qualche questione di fatto collegata, donde l’utilità del processo simultaneo) prescinde dall’esito del processo. Infatti, le parole “ciascuna parte può chiamare nel processo un terzo … dal quale pretende di essere garantita” ben si prestano ad essere usate, se non troppo letteralmente interpretate, per porre in essere il cumulo di due cause quali quelle dell’esempio di cui sopra.

La giurisprudenza ha ammesso, quindi, la chiamata del terzo per promuovere contro il medesimo una normale azione contrattuale – in situazioni di contratti fattualmente concatenati (vendite successive dello stesso bene, contratti di trasporto in consecuzione, ad esempio) – e nella pratica si parla di chiamata in garanzia impropria. Meglio sarebbe stato discorrere di “chiamata impropriamente detta di garanzia”, poiché la si finge tale per utilizzare uno strumento tutto sommato comodo ed utile ad una più compiuta decisione di tutte le liti affini, qual è, certo, l'**art. 106** seconda parte.

A questo proposito, val la pena ricordare che la giurisprudenza, sino a poco tempo fa, escludeva che in queste ipotesi operasse la deroga di competenza che l'**art. 32** legittima per i casi di chiamata in garanzia. La norma richiamata, secondo la giurisprudenza, trovava applicazione solo quando si trattava di domanda di garanzia propria, perché solo allora vi è vera (o piena) connessione per il titolo ed anzi dipendenza fra le due cause (che l'**art. 32** postula, stante la sua collocazione topografica). Pertanto, nelle ipotesi di garanzia impropria – che sono, per definizione, proprio quelle (il cui esatto novero è però discusso) in cui vi sia solo comunanza di questioni ma non dipendenza di cause – non era consentito all’attore-originario convenuto costringere il terzo chiamato a soggiacere (con riguardo alla domanda rivoltagli) ad una diversa competenza. Il garante improprio avrebbe potuto eccepire l’incompetenza per territorio, che il giudice verosimilmente avrebbe accolto declinando la propria competenza ed impedendo il processo simultaneo su quelle due domande.

Alla garanzia impropria non si riteneva applicabile neanche la seconda parte

La giurisprudenza ritiene applicabile l'art. 106, parte seconda, alla garanzia c.d. impropria

... ma non anche – fino ad un recente passato – la deroga alla competenza prevista dall'art. 32 c.p.c.

dell'art. 32: il giudice di pace – che fosse stato territorialmente competente anche per la domanda di garanzia impropria che, tuttavia, eccedeva la sua competenza per valore – non poteva rimettere entrambe le cause al tribunale, ma doveva invece declinare la propria competenza sulla sola domanda di garanzia a favore del tribunale di modo che il *simultaneus processus* non avesse mai a realizzarsi. Processi separati si avevano anche nel caso in cui la domanda principale fosse stata proposta davanti al giudice di pace e quella di garanzia impropria fin dall'inizio davanti al tribunale, stante l'inapplicabilità all'ipotesi considerata – in considerazione della fleibile connessione che lega le due domande – della riunione (sempre a favore del giudice togato) *ex art. 40, ult. co.*

In sintesi, per la “chiamata impropriamente detta di garanzia” si ammetteva l’operatività dell’art. 106, seconda parte, c.p.c., ma solo a condizione che sussistesse la competenza territoriale, nei confronti del chiamato, del giudice adito per la causa principale.

L'intervento delle sez. un. e l'equiparazione del regime processuale della garanzia propria e impropria

Quanto detto valeva per la giurisprudenza di legittimità sino ad un recente passato (e dovrebbe per noi valere tutt’ora, stante la non omologabilità dei due fenomeni della garanzia propria e c.d. impropria). Oggi non è più così. Le sez. un. (sent. n. 24707/2015) hanno affermato che la distinzione tra garanzia propria e impropria

ha valenza meramente descrittiva, ma non è tale da suscitare una diversa disciplina processuale, applicabile all’uno e all’altro fenomeno. Tutta la disciplina processuale della garanzia propria è stata quindi estesa, in blocco, anche alle ipotesi di garanzia impropria, e così pure l’operatività dell’art. 32.

Le peculiarità della garanzia c.d. impropria rispetto a quella propria emergono anche nel momento in cui si passa ad esaminare la strutturazione dei rapporti intercorrenti tra la domanda di garanzia e quella principale.

Il rapporto fra la domanda principale e quella di garanzia

Infatti, la vera domanda di garanzia è una domanda *subordinata*, che sarà trattata e decisa solo nel caso di accoglimento della domanda principale, ed è quindi una domanda proposta (per

solito) in via condizionata, cioè a condizione che il convenuto soccombe in base alla decisione principale. Fra i due capi della sentenza vi sarà quindi (di solito) una dipendenza, che rileva ad esempio nelle fasi di gravame ai fini dell’art. 331, nonché per escludere che il capo dipendente passi autonomamente in giudicato, *ex art. 329, cpv.*, allorché sia autonomamente impugnato il solo capo principale.

Diciamo “di solito” perché – con la sent. n. 24707/2015 – le sez. un. hanno chiarito che anche nel caso di garanzia propria è possibile che il rapporto, dal quale essa origina, sia oggetto di una domanda (*ulteriore* rispetto a quella di garanzia) autonoma, *non* dipendente. Quest’ultima, destinata ad essere decisa a prescindere dall’esito della domanda principale, sarà però solo una domanda di accertamento (ed in relazione ad essa, in fase di gravame, opererà l’art. 332): nella specie accertamento della (in)validità del rapporto di garanzia. La domanda di condanna ad adempiere al rapporto di garanzia (ad es. risarcire i danni da evizione), è invece *sempre* una domanda condizionata, che sarà valutata nel me-

rito solo ove sia accolta la domanda principale svolta contro il garantito (tale domanda, quindi, in fase di gravame, sarà sempre soggetta alla disciplina dell'art. 331, II parte: v. cap. 14).

Sovverrà un esempio. Supponiamo che l'acquirente si veda notificare l'atto di citazione da un terzo che si pretende proprietario, e come prima cosa chiami il venditore per avere lumi, e si senta rispondere che il contratto di vendita contiene l'esclusione della garanzia per evizione. Il che è vero, ma si tratta di una clausola nulla (art. 1487, co. 2). A questo punto l'acquirente si costituirà in giudizio e chiamerà in causa il venditore, proponendo allora però nei suoi confronti due domande (le sez. un. hanno chiarito che lo può fare): quella "classica" di garanzia, e pure quella di accertamento della nullità della clausola contrattuale che esclude la garanzia per l'evizione, e quindi di accertamento dell'esistenza (in astratto) del rapporto di garanzia. Su questa domanda il giudice si pronuncerà in ogni caso, ossia anche ove rigettasse la domanda dell'attore nei confronti del convenuto garantito. Sulla domanda di garanzia, invece, il giudice non potrà pronunciarsi in ogni caso: la condanna del venditore a tenere indenne il compratore per il caso di evizione, infatti, presuppone appunto l'evizione. In assenza (ossia per il caso di rigetto della domanda dell'attore nei confronti del convenuto-garantito), la domanda di garanzia verrà assorbita.

La domanda di garanzia impropria invece, stante il suo oggetto, non può dirsi condizionata e subordinata a quella proposta in via principale, poiché il diritto che il convenuto fa valere nei confronti del terzo può sussistere comunque a prescindere dall'esito della causa promossa contro il primo dall'attore. In questi casi – lo si è visto – i diritti oggetto del processo non sono tra loro legati da alcun nesso di pregiudizialità (anche se vi può essere una influenza sul piano probatorio della quantificazione dei crediti, perché nel danno risarcibile nel rapporto "a monte" può spesso – non sempre però, dipendendo ciò dalle clausole contrattuali – essere incluso il danno risarcito in base al rapporto e alla causa "a valle").

Al riguardo si può portare l'esempio della garanzia reale per l'evizione: solo se la sentenza di primo grado accoglierà la domanda del terzo molestante, sorgerà, alla stregua dell'art. 1483 c.c., il diritto dell'acquirente a ripetere tutte le somme che avrà pagato e a vedersi risarciti i danni subiti in conseguenza della evizione.

La stessa cosa può dirsi nel caso della garanzia c.d. personale: il diritto di regresso di un coobbligato verso gli altri nasce in quanto il primo abbia adempiuto l'intera prestazione che nei rapporti interni deve, invece, alla fine, gravare su tutti *pro quota*; oppure in quanto il debitore solidale "accessorio" abbia adempiuto il debito contratto nell'interesse del debitore principale.

Vediamo, ora, un caso di garanzia impropria, il quale ci mostrerà come la relativa domanda non sia affatto condizionata. Nel caso della vendita a catena dello stesso bene che sia, poniamo, viziato, se l'acquirente finale instaura una causa nei confronti del dettagliante proponendo l'azione estimatoria, ai sensi dell'art. 1492 c.c., può accadere che il dettagliante ritenga utile ed opportuno porre in essere una chiamata del terzo per far

valere a sua volta, nei confronti di quest'ultimo, il diritto alla riduzione del prezzo, in quanto a sua volta acquirente del bene che adesso si scopre essere viziato.

Ora, non ha senso che quest'ultima azione venga esperita in via subordinata, poiché qualunque sarà l'esito della causa principale, la domanda del dettagliante contro il terzo potrà essere accolta. Infatti, se il consumatore finale vedrà rigettata la sua domanda perché – poniamo – non abbia denunciato il vizio entro gli otto giorni dalla scoperta del medesimo, ben potrà la domanda di garanzia impropria, proposta dal dettagliante contro il grossista, essere ancora accolta e venire allora disposta una riduzione del prezzo proporzionale al vizio (non si tratta infatti di una azione di risarcimento del danno, che in effetti, in questo caso, il rivenditore non ha davvero sofferto).

In ragione delle caratteristiche salienti delle fattispecie di garanzia impropria (ovvero il loro sorgere da rapporti giuridici collegati solo di fatto, senza alcun legame giuridico, e così occasionalmente), riusciva difficile comprendere la ragione per cui la giurisprudenza tradizionale (che nel 2004 sembrava, però, aver finalmente mutato avviso, sino all'intervento delle sez. un. del 2015, che ha semplicemente ... spazzato via la distinzione: si ... e propria v. le sez. un. n. 13968/2004, in *Foro it.*, 2005, I, 2385) e una parte della dottrina (giustamente criticate da quella più recente ed attenta) qualificassero come ipotesi di garanzia impropria quelle di chiamata in garanzia dell'assicuratore della responsabilità civile da parte del danneggiante convenuto per il risarcimento del danno (art. 1917, ult. co., c.c.). È evidente, infatti, che la pretesa di quest'ultimo ad essere tenuto indenne da quanto dovrà corrispondere al danneggiato non può considerarsi indipendente ed autonoma rispetto al diritto fatto valere nel processo in via principale. Il collegamento tra la domanda principale e quella di garanzia non è per nulla occasionale, poiché la domanda di garanzia non può essere fatta valere a prescindere dalla proposizione della domanda risarcitoria nei confronti dell'assicurato – o comunque a prescindere da una sua obbligazione risarcitoria effettivamente esistente e da soddisfare – ed è condizionata all'esito di merito di quest'ultima. Si è dunque in presenza di un nesso di dipendenza/subordinazione inconciliabile con i caratteri della garanzia c.d. impropria, nesso che fa sì che la domanda di garanzia contro l'assicuratore sia proposta in via condizionata all'accoglimento della domanda risarcitoria principale, il cui esito – come nelle fattispecie tipiche di garanzia propria – incide in modo assorbente su quello della causa di garanzia.

Nel caso della vera chiamata in garanzia, il fatto che la relativa domanda sia subordinata, e quindi condizionata, implica dunque che il giudice, se accoglie la domanda dell'attore, debba esaminare nel merito anche quella di garanzia, che potrà poi accogliere o rigettare a seconda che risulti fondata o meno. Mentre se

La decisione di "assorbimento" della domanda di g. propria il giudice rigetta la domanda principale, quella di garanzia, poiché introdotta in via subordinata ed eventuale, *non potrà essere decisa nel merito ma* – in aderenza alla condizione appostavi dal

convenuto-garantito – sarà dichiarata “assorbita”. Pertanto, spetterà al giudice, con la sentenza, chiarire che, poiché la domanda di garanzia era condizionata all'accoglimento di quella principale e l'evento dedotto in condizione non si è verificato, sulla domanda di garanzia medesima non vi può essere pronuncia di meri-

to ma solo una dichiarazione di “assorbimento”; statuizione che sarà peraltro – se mai fosse erronea – anch’essa appellabile (v. oltre).

Una situazione peculiare si presenta quando oggetto della garanzia è il diritto di regresso del garantito nei confronti del garante, come, ad esempio, il diritto del fideiussore (che non abbia ancora adempiuto nei confronti del creditore) verso il debitore principale. Anche in questo caso, di garanzia c.d. personale, la domanda di garanzia del fideiussore convenuto è subordinata e condizionata all’accoglimento di quella del creditore. Tuttavia, poiché il diritto di regresso può considerarsi esistente non già dal momento dell’accoglimento della domanda principale – con sentenza oltretutto ancora non definitiva, poiché impugnabile –, ma *da quello dell’effettivo pagamento della somma dovuta*, il fideiussore, chiamando in causa il debitore principale, chiederà nei suoi confronti la pronuncia di una sentenza di condanna (necessariamente) condizionata al fatto che egli adempia: il capo di sentenza, con il quale il fideiussore vedrà accolta la sua domanda di condanna nei confronti del debitore principale, acquisterà efficacia esecutiva solo se e quando il fideiussore stesso abbia adempiuto. Quindi, in sostanza, la figura della condizione sospensiva, che accompagna la proposizione della domanda di garanzia, caratterizzerà poi anche la sentenza di condanna che quella domanda accolga (ad evitare che il convenuto regrediente riceva da altri ciò che non ha ancora dato all’attore vincitore). Quel congegno ha tuttavia – e non a caso – una grossa utilità pratica: esso solo, infatti, vale a soddisfare il particolare interesse che può spingere il fideiussore o il coobbligato (e più in generale il garantito nelle ipotesi di garanzia personale) a proporre domanda di garanzia nel medesimo processo in cui sia stato convenuto dal comune creditore. A causa della particolare struttura sostanziale del credito di regresso, infatti, la relativa azione potrebbe fondatamente proporsi in autonomo giudizio solo ad adempimento avvenuto (in questo modo tuttavia, purtroppo, il processo di regresso farebbe attendere il suo attore alcuni anni dopo il suo esborso non – o non tutto – di propria finale pertinenza), e non già – seppure in forma condizionata – fin dal momento della proposizione della domanda di pagamento nei confronti del fideiussore.

L’idea di una domanda condizionata tesa alla pronuncia di una decisione a sua volta condizionata è il frutto della *verve* applicativa forense della Francia del XVI secolo, recepita prima dal *droit coutumier* (con la figura della *conclusion de requeste formelle*) e poi – nonostante l’opposizione dei teorici – dalla legislazione del Re Sole e poi napoleonica. Di qui la recezione in Italia, mentre non vi fu recezione – se non momentanea, frutto dell’influsso francese in Renania di inizio ottocento – in Germania, proprio per la labilità teorica di quel congegno (volto a far subito valere un diritto ancora non nato) che non piacque ai giuristi pandettisti germanici.

Ebbene, come si concilia quanto sin qui mostrato con il riconoscimento, ad opera delle sez. un., di una uniformità di disciplina processuale tra le due “garanzie”? Le sez. un. hanno dovuto ammettere che la domanda di garanzia impropria possa essere proposta in via *non* condizionata. In tal modo si salvaguarda l’interesse del garantito improprio alla decisione *in ogni caso*. Ma lo si fa comunque in maniera per noi inferiore rispetto a quanto avveniva quando le due figure venivano tenute (perché sono) ben distinte. Infatti, il convenuto che pro-

pone, con la chiamata in causa, una domanda di garanzia impropria, può chiedere che questa venga decisa in ogni caso (ossia a prescindere dall'esito della causa "principale", che tale non è). Ma se – sulla base di una idea "tradizionale" della garanzia impropria – non lo fa? Può farlo successivamente in corso di giudizio (e se sì, fino a quando)? Oppure l'errore iniziale pregiudica la possibilità di ottenere comunque una decisione sul suo diritto (ma allora che senso ha avuto quella chiamata)?

**La fase di gravame
(primi cenni)**

Queste considerazioni sulla struttura e sul funzionamento del processo in cui è posta in essere una domanda di garanzia rivelano la loro utilità operativa – come si vedrà – anche quando si esaminerà il regime delle impugnazioni contro la sentenza che quel processo definisce (v. *amplius infra*, cap. 14). Conviene chiarire sin d'ora che le articolate riflessioni, che la pronuncia che abbia deciso anche di una chiamata in garanzia esige in sede di gravame, non avrebbero dovuto valere per i casi di garanzia impropria "a regime processuale tradizionalmente inteso". Le due cause rimaste accumulate in primo grado (non ostendovi problematiche di competenza) si presentano scindibili in sede di gravame: potremo così assistere alla formazione di un giudicato parziale se solo uno dei due capi di sentenza fosse impugnato. A seguito dell'intervento delle sez. un. del 2015, anche questo corollario della disciplina della garanzia impropria è mutato (come vedremo, cap. 14).

Se, invece, il garante fosse stato chiamato per sola comunanza di causa (senza domanda di condanna, e così *ex art.* 106, prima parte), la *unica* originaria causa pendente sarà – anche nelle fasi di impugnazione – *inscindibile* nei suoi confronti e troverà applicazione l'*art.* 331, seconda parte.

Per la bibliografia e le questioni si veda l'appendice informatica.

9

L'estromissione

L'estromissione come figura generale. – L'estromissione del garantito. – Inapplicabilità per le ipotesi di chiamata con domanda di garanzia, propria o impropria. – Il limitato ambito di applicazione dell'art. 108 c.p.c.: la chiamata per comunanza del garante proprio, soprattutto "reale". – La forma del provvedimento di estromissione. – L'estromissione dell'obbligato. – Presupposti: la lite tra pretendenti; la non contestazione della propria posizione di obbligato da parte del convenuto. – Forma e valore del provvedimento di estromissione. – Altre ipotesi di estromissione specificamente previste dalla legge.

L'estromissione di una parte è, in generale, un fenomeno processuale in virtù del quale un soggetto, che è divenuto parte – perché contro di lui è stata proposta una domanda, anche in via di chiamata, o perché egli la ha proposta, anche in via di intervento – viene valutato dal giudice privo di legittimazione attiva, passiva o all'intervento (volontario o coatto: v. art. 272 c.p.c.). Pertanto, con apposita decisione, in forma di sentenza (non definitiva o definitiva, rispetto all'intero processo), che reca una *absolutio ab instantia* in puro rito, il giudice ne dispone appunto la "estromissione" dal processo: la parte cui è stata negata la legittimazione riacquista, così, la posizione di terzo. L'unica norma che, in via generale, parla di estromissione è l'art. 354, co. 1, che contempla il caso in cui il giudice di appello si avveda – perlomeno su gravame dell'estromesso – che essa è avvenuta *indebitamente*: la norma gli impone allora di annullare la sentenza impugnata e di rimettere la causa al giudice di primo grado affinché il processo vi si svolga nuovamente alla presenza, fino alla fine, del soggetto la cui legittimazione è stata così riconosciuta.

L'estromissione in generale

Il codice di rito prevede però altresì alcune ipotesi particolari e *tipiche* di estromissione di parti (il garantito; il convenuto che riconosce di essere obbligato nei confronti di "chi spetti") cui non difetterebbe invece la legittimazione a rimanere tali, ma che *volontariamente* – per le ragioni che si vedranno, trattando di seguito degli artt. 108 e 109 – scelgono di farsi estromettere (e v. anche l'art. 111, co. 3).

Si consideri per prima l'estromissione del garantito, cui abbiamo già accennato e che è disciplinata dall'art. 108 c.p.c. Que-

L'estromissione del garantito

st'ultimo enuncia che “Se il garante comparisce e accetta di assumere la causa in luogo del garantito, questi può chiedere, qualora le altre parti non si oppongano, la propria estromissione. Questa è disposta dal giudice con ordinanza; ma la sentenza di merito pronunciata nel giudizio spiega i suoi effetti anche contro l'estromesso”. Si fa riferimento al caso nel quale una delle parti sia legata ad un terzo da un rapporto di garanzia e il garante si costituisca – dopo essere stato chiamato o spontaneamente intervenuto – manifestando l'intenzione di assumere la difesa del garantito; se le altre parti non si oppongono, il garantito può allora essere estromesso.

Ci si chiede, però, se la disposizione di cui all'art. 108 c.p.c., in relazione a considerazioni di diritto sostanziale e processuale, possa anch'essa trovare applicazione tanto nelle ipotesi di garanzia propria che impropria (come l'art. 106, parte seconda). Anche al riguardo sono intervenute le già richiamate sez. un. (n. 24707/2015), relative alla omologazione del trattamento processuale della garanzia propria e impropria (v. cap. 8). Per chiarezza vediamo prima quale doveva essere – ed era risultato acquisito – il rapporto tra gli artt. 108 e 106. Solo poi mostreremo come è stato ricostruito dalle sez. un.

Al quesito poco sopra posto deve darsi risposta negativa e sotto più aspetti. Innanzitutto, non sarà ammissibile l'estromissione con riguardo alla garanzia “impropria”. Si rammenti l'esempio in cui Tizio, consumatore finale, instauri una causa per vizi della cosa venduta contro Caio, dettagliante, e questi, *ex art.* 106, parte seconda, proponga chiamata impropriamente detta di garanzia nei confronti di Sempronio, che è il grossista e suo venditore. Se, in virtù dell'*art.* 108, si ammettesse l'estromissione di Caio (il convenuto), l'attore Tizio vedrebbe come sua sola controparte Sempronio, cioè il terzo chiamato, anche se fra i due non sussiste alcun rapporto contrattuale, dal momento che Sempronio è stato convenuto in giudizio da Caio, in forza del contratto intercorrente fra i due.

L'art. 108 ha un campo applicativo più stretto dell'art. 106, parte seconda

L'*art.* 108 c.p.c. in questa ipotesi – che oltretutto non costituisce nemmeno un caso di garanzia propria – è perciò inapplicabile.

A ben vedere, poi, l'estromissione prevista da questa norma non può essere disposta nemmeno se si versa nell'altra e antitetica ipotesi di chiamata di garanzia (quella propria, sia reale che personale) anche se in questi casi è indubbia la sussistenza della connessione per pregiudizialità fra la domanda principale e quella proposta dal chiamante verso il terzo. Qui, infatti, rimane il fatto che l'uscita dal processo del garantito non può essere consentita poiché, a seconda dell'esito della causa principale, può manifestarsi l'esigenza che venga trattata e decisa anche la causa di garanzia: eventualità che, evidentemente, esige la presenza del garantito nel processo, poiché il garante non può “rappresentarlo” in quella lite ormai solo ... contro se stesso.

Quanto abbiamo osservato mostra, allora, la necessità di interpretare l'*art.* 108 in maniera estremamente restrittiva, e così di limitare la portata della norma alle

ipotesi di *chiamata del terzo garante per comunanza di causa* senza contestuale proposizione della domanda di garanzia (c.d. chiamata in causa semplice). E deve trattarsi di garanzia propria ed anzi soprattutto di quella più netta e formale, *ossia la garanzia “reale”*. Vale a dire quelle ipotesi contemplate dall'art. 106, parte prima, in cui il terzo garante è chiamato nel processo in corso esclusivamente affinché si affianchi al convenuto e divenga parte vincolata dal giudicato sulla causa originaria, senza che quest'ultimo, in qualità di chiamante, proponga contro di lui una domanda di garanzia.

L'estromissione del garantito è, in sostanza, un istituto che può funzionare, senza creare problemi di natura sostanziale e processuale, *quando tra garante e garantito non vi sia ancora controversia pendente* nel processo in corso; ovvero per le sole ipotesi in cui il garante è chiamato in causa ma senza che sia proposta nei suoi confronti alcuna domanda di garanzia.

Quello sin qui descritto era risultato che poteva dirsi acquisito, ma che è stato in radice sovertito dalle sez. un. con la sentenza n. 24707/2015, che ha ritenuto operante l'art. 108

La diversa ricostruzione offerta dalle sez. un.

anche a fronte di garanzia impropria, in ragione della omologazione del regime processuale di questi due fenomeni (garanzia propria e impropria). Le sez. un., però, sono andate anche oltre, affermando che l'art. 108 potrà operare anche nel caso di chiamata *ex art.* 106, seconda parte, ossia con proposizione della domanda di garanzia (propria o impropria). In questo caso l'istituto dell'estromissione – si legge nella sentenza – potrà sì operare, purché garante e garantito “si accordino disciplinando la sorte del rapporto di garanzia in via provvisoria e tale che risenta poi della sorte della decisione su quello principale, oppure lascino in sospeso quella sorte impegnandosi a regolarla in base a detta decisione”. Quindi l'estromissione sarà sì possibile ma solo in questo (assai raro) caso: se il garante (proprio o improprio) sostanzialmente accetti di non discutere la propria posizione, ma di adempiere alla prestazione di garanzia dovuta ove la parte garantita risulti soccombente in relazione alla domanda principale.

Il giudice pronuncerà, ove le altre parti non si oppongano, una *ordinanza* (di estromissione) – la norma è esplicita su tale forma –, che non contiene, infatti, alcuna statuizione decisoria sull'unica causa pendente. È da rilevare però che la prassi ha soppiantato il dettato di legge, per il quale l'opposizione delle parti sembra escludere automaticamente la possibilità di estromissione. In altri termini, la giurisprudenza ritiene che il rifiuto all'estromissione debba essere motivato e che il giudice possa sindacare la motivazione di tale rifiuto, eventualmente pronunciando l'estromissione anche a dispetto del parere contrario di una delle parti. In tal caso, peraltro, l'estromissione verrà disposta con sentenza, onde consentire al soggetto, che si era opposto all'estromissione, di impugnare subito la decisione (ciò che non sarebbe possibile se l'estromissione venisse disposta con ordinanza); per l'estromesso, anche se non per l'intero processo in corso, la sentenza

La forma dell'ordinanza

deve considerarsi definitiva. Il garante diviene, nel prosieguo del processo, sostituto processuale del garantito, che rimane però parte in senso sostanziale. Ciò significa che egli rimarrà soggetto al giudicato, anche se sfavorevole; donde la proposta interpretativa – pur nel silenzio della legge – di attribuire al garantito estromesso non tanto la legittimazione all'opposizione revocatoria di terzo (art. 404, co. 2), quanto le impugnazioni ordinarie della parte: appello e ricorso per cassazione.

L'estromissione dell'obbligato

Ora, mentre l'art. 108, relativo all'estromissione del garantito, va collegato all'art. 106 (e, in particolare, come vedemmo, più con la prima che non con la seconda parte di tale disposizione), l'art. 109 si collega prevalentemente con la situazione processuale originata dall'applicazione dell'art. 105, co. 1; anche se non è difficile ravvisare che la medesima dislocazione di parti e di domande può prodursi anche con gli artt. 106, parte prima, e 107 c.p.c.

La situazione processuale che presuppone l'applicazione dell'art. 109

La situazione processuale che deve essersi configurata, affinché possa trovare applicazione l'art. 109, è quella di un *processo con tre parti* in conflitto fra loro, o meglio di un processo in cui sono presenti due attori che fanno valere, nei confronti del medesimo convenuto, altrettante pretese fra loro incompatibili. Questa circostanza, vale la pena ripeterlo, può verificarsi soprattutto a seguito di un intervento principale (*ad infringendum iura utriusque litigatoris*), oppure quando vi sia stata chiamata in causa del terzo pretendente: ed allora sia ex art. 106 che anche (come vedremo *infra*, cap. 11) ex art. 107 c.p.c. Può avversi un “conflitto fra pretendenti”, nello stesso processo, anche in un quarto modo, ossia a seguito di riunione di due giudizi nati distinti, promossi da differenti attori contro lo stesso convenuto (v. artt. 40 e 274 c.p.c.).

La lite fra pretendenti

In sostanza, nel processo che nasce con un attore e un convenuto vi entra successivamente, in uno dei tre modi sopra indicati, un terzo che fa valere nei confronti del convenuto una domanda incompatibile ma relativa allo stesso oggetto rispetto a quella fatta valere dall'attore originario.

... ipotesi e origini

Gli esempi che si possono richiamare sono dunque quelli relativi all'intervento c.d. principale di coloro i quali si affermano proprietari del bene rivendicato dall'attore; ovvero, il caso dell'intervento principale di chi si ritiene l'effettivo creditore sulla base del contratto azionato dall'attore contro il convenuto. La stessa cosa può dirsi per il caso della chiamata in causa da parte del convenuto (o del giudice) di colui che si pretende proprietario del bene rivendicato dall'attore; come anche per l'ipotesi della chiamata in causa, sempre da parte del convenuto (o del giudice), di colui che si afferma titolare del credito sulla base dello stesso titolo dedotto dall'attore contro il convenuto medesimo.

Ebbene, può accadere che a fronte di questa lite di tipo triangolare il convenuto non abbia (o, cammin facendo, perda) l'intenzione di contestare di essere ob-

bligato all'adempimento o alla restituzione, ma non sappia con certezza quale dei due pretendenti sia il vero titolare attivo del rapporto in base al quale è obbligato. A questo punto, siccome l'unica residua e reale controversia è quella fra i due pretendenti, il convenuto potrebbe affermare di non voler rimanere ulteriormente in quel processo, e di subirne le spese; egli poi vuole essere liberato dalla responsabilità *ex art. 1218 c.c.* e dalla sopportazione del rischio *ex art. 1221 c.c.* A tali fini, il convenuto può ottenere la liberazione sostanziale e la correlata estromissione processuale *dichiarandosi pronto* a restituire la *res* rivendicata o ad eseguire la prestazione obbligatoria a favore di chi ne abbia diritto, posto che, comunque, la propria posizione di obbligato non è contestata (né da lui, né tanto meno dai due pretendenti-avversari).

Il convenuto non contesta la propria posizione di obbligato

Il convenuto può quindi chiedere al giudice di ordinare il *deposito della cosa rivendicata* (che dovrà però allora essere un bene mobile) o della somma dovuta e, successivamente, di consentire la propria definitiva estromissione da quel processo. Quella lite, infatti, più non lo riguarderà, avendo egli, obbligato, adempiuto sia pure ancora solo “nei confronti di chi spetta”, ponendosi al riparo soprattutto dal rischio di dover adempiere due volte.

Il deposito della cosa o della somma

Se oggetto della rivendica o del credito al rilascio fosse invece un bene immobile, l'*art. 109* – che parla di deposito (giudiziale) della cosa o somma – non potrebbe altrettanto agevolmente applicarsi. In queste ipotesi occorrerà piuttosto pensare a forme di sequestro convenzionale (oppure *ex art. 1216 c.c.*) della *res* oggetto della perdurante controversia fra i due pretendenti. L'*art. 109* non potrà invocarsi nemmeno dal convenuto obbligato ad un fare o non fare (peraltro il caso dell'obbligato di non fare, inadempiente e perciò convenuto, darà luogo ad una controversia sull'obbligazione o di disfare o di risarcire, ma anche di astenersi, grazie alla possibilità offerta dall'*art. 614-bis* di condanna con *astreinte*, su cui v. sez. I, cap. 4).

Se, dunque, il convenuto viene estromesso, nel processo rimarranno l'attore originario e il terzo intervenuto o chiamato e cioè, in definitiva, le parti dell'unica controversia ancora da decidere, vale a dire quella relativa alla titolarità del diritto sulla cosa o al pagamento del prezzo. È pur vero che fra questi due soggetti risulta difficile stabilire chi sia l'attore e chi, invece, il convenuto; in realtà, nessuno dei due è stato convenuto in giudizio; nondimeno il processo proseguirà proprio fra queste due parti che rivestono peraltro posizioni simmetriche, non essendo nessuna delle due nel possesso del bene rivendicato né tantomeno debitrice della prestazione dovuta.

Il processo prosegue per l'accertamento della titolarità attiva del rapporto

Si tratterà, a questo punto, semplicemente di accertare con efficacia di giudicato il profilo della titolarità attiva di quel rapporto giuridico dedotto in giudizio, sulla cui esistenza e titolarità passiva il riconoscimento del convenuto consente subito di decidere all'atto dell'accoglimento, da parte del giudice, della sua domanda di estromissione.

La sentenza di estromissione

Pertanto, l'art. 109, che non dice che il giudice provvede con *ordinanza*, come invece fa l'art. 108, ci sembra richiedere – ma il punto è discusso – che l'estromissione debba avvenire con *sentenza*, anche quando non vi sia disaccordo fra le tre parti interessate; il contenuto di quel provvedimento sarà di accertamento parziale del rapporto, sulla base del riconoscimento del convenuto. Questa sentenza, con la sua efficacia di accertamento, fa perdere all'estromesso la qualità di parte (secondo noi anche solo sostanziale) ma ad un tempo proprio essa – con il suo contenuto di accertamento, seppure ancora parziale – escluderà che l'estromesso possa poi successivamente esperire azioni di ripetizione dell'indebito contro il pretendente vincitore. Si riduce, così, il *thema decidendum*. L'obbligato non potrà dunque impugnare la sentenza finale e neppure quella di estromissione poiché resa su sua istanza.

Dopo tale sentenza non definitiva, il processo proseguirà come processo di mero accertamento della titolarità attiva di un diritto ormai certo nella esistenza e nella titolarità passiva. Da tutto ciò emerge la peculiarità della situazione processuale conseguente all'applicazione dell'art. 109, vale a dire un processo che inizia con una domanda di condanna, dà luogo ad una sentenza non definitiva di

... e il suo contenuto
di accertamento

estromissione e termina con una sentenza definitiva di mero accertamento, non del rapporto obbligatorio – già accertato all'atto dell'estromissione –, bensì del lato attivo del rapporto ormai adempiuto ed estintosi (anche se ancora senza la soddisfazione dell'avente diritto, tuttora da individuare), al fine di attribuire definitivamente la cosa o la prestazione all'avente diritto.

Se dovesse accadere che, nel corso del processo, nessuno dei due pretendenti (entrambi in posizione di attori, soggetti all'onere della prova) riesca a dimostrare il proprio diritto, il bene o il denaro ritireranno all'estromesso, ma semplicemente a titolo di (ultimo) possessore del bene o di perdurante proprietario del denaro (essendo stato fatto un adempimento bensì liberatorio, ma a destinatario poi non individuato). La eventuale sentenza di rigetto di entrambe le pretese caducherà l'accertamento parziale contenuto nella decisione di estromissione, poiché esso era provvisorio ed incompleto: ove non integrato con la decisione che creditore è uno degli attori, non manterrà senso l'accertamento che il convenuto fosse debitore di uno di essi. L'art. 109 appare, quindi, *specificazione* dell'istituto civilistico generale di cui all'art. 1210 c.c.: il deposito opera come causa estintiva, bensì *liberatoria* per l'obbligato, ma *ancora non satisfattiva* per il creditore (poiché non ancora individuato: ecco perché la proprietà del bene o del denaro non passa ancora). L'art. 1210, co. 2, c.c., *condiziona* tuttavia la liberazione del debitore all'accettazione del creditore o ad una convalida con sentenza passata in giudicato: nel caso del conflitto fra pretendenti, una accettazione del creditore – anche quando vi sia il consenso di tutte le parti alla estromissione – non sembra possa dirsi perfezionata; di qui, per “fissare” la vicenda, l'esigenza di una sentenza di accertamento (v. *retro*) e non già di una semplice ordinanza.

La legge prevede altresì specifiche ipotesi di estromissione quali quelle disciplinate negli artt. 1586, co. 2, e 1777 c.c., norme cui già si accennò nei capitoli precedenti.

Le specifiche ipotesi di estromissione previste dalla legge

La prima previsione riguarda l'*estromissione del conduttore*, convenuto in giudizio da un terzo che vanta diritti sulla cosa locata: l'estromissione può qui conseguire alla chiamata in causa, posta in essere dal conduttore stesso, del locatore; il quale è tenuto, ove ciò si verifichi, ad assumere la lite in luogo del convenuto. Ci pare possibile – come già si avvertì – ricondurre con linearità tale specifica ipotesi di estromissione al fenomeno contemplato dall'art. 108 c.p.c., ovvero all'estromissione del garantito, in quanto il locatore è pur sempre tenuto a garantire il conduttore dalle molestie, arreicate da terzi che pretendano di avere diritti sulla cosa locata, che possano ostacolare il pacifico godimento ed uso della cosa stessa (v. art. 1585 c.c.). Il garante (locatore), dunque, può essere chiamato nel processo in corso per comunanza di causa, senza quindi che nei suoi confronti sia proposta domanda di garanzia (che è qui garanzia propria e reale), e, ove ciò avvenga, è tenuto ad assumere la lite in luogo del garantito (conduttore): quest'ultimo, sempreché non abbia interesse a rimanervi, deve essere estromesso dal processo, rimanendo peraltro vincolato dalla sentenza pronunciata nel giudizio.

... per il conduttore

Di diversa natura è la situazione prevista dall'art. 1777 c.c., in base al quale il *depositario*, convenuto in giudizio dal terzo rivendicante la proprietà o altro diritto sulla cosa, può ottenere di essere estromesso chiamando in causa il depositante; in questo caso, inoltre, procedendo al deposito della cosa presa, il depositario può liberarsi dall'obbligo restitutorio estinguendolo, cosicché la unica e sola controversia da definire rimarrà quella vertente sulla titolarità del diritto alla consegna; diritto che è oggetto delle pretese reciprocamente incompatibili vantate e dall'attore e dal depositante chiamato. L'ipotesi in esame è, quindi, direttamente riconducibile alla fattispecie regolata dall'art. 109 c.p.c., con la sola particolarità che, se il depositario estromesso non provvede al deposito della cosa, l'oggetto del processo non subirà alcuna riduzione, in quanto occorrerà decidere sia, e preliminarmente, in ordine alla titolarità attiva del diritto alla consegna, sia, e di conseguenza, a favore di chi deve essere pronunciata la sentenza che condanna il convenuto alla consegna stessa.

... e per il depositario

Altre ipotesi tipiche si ritrovano poi *extra codices*. Tra queste, notevoli sono soprattutto quelle di cui agli artt. 141, co. 3, e 149, co. 6, cod. ass. (ma v. anche l'art. 116 cod. cons.: *supra*, cap. 7, questione *sub lett. b*) dell'appendice informatica). La fattispecie processuale di partenza è qui quella dell'azione diretta, rispettivamente promossa dal danneggiato terzo trasportato nei confronti della compagnia assicuratrice r.c. del veicolo su cui viaggiava, ovvero dal danneggiato conducente o proprietario del veicolo non responsabile in un incidente tra due veicoli assicurati, in caso di danni a cose o di danni lievi a persone nei confronti della propria compagnia assicuratrice r.c. (v. al riguardo *supra*, sez. III, cap. 8). In tali comparabili situazioni, la legge prevede che l'assicurazione del veicolo responsabile del danno possa intervenire in giudizio (come verosimilmente esservi chiamata), riconoscere la responsabilità del proprio assicurato e procurare l'estromissione della compagnia assicuratrice convenuta. La fattispecie ha chiare analogie con l'ipotesi di cui all'art. 108 c.p.c., tanto che pare possibile – in prima, cauta approssimazione – estenderne secondo compatibilità l'applicazione quanto, ad esempio, a forma dei relativi provvedimenti, opposizione delle altre parti interessate ed efficacia della pronuncia contro l'estromesso.

Sembra, poi, implicitamente prevedere un'ipotesi di estromissione – questa volta cautamente avvicinabile al modello dell'art. 109 c.p.c. – l'art. 140, co. 4, cod. ass. (su cui v. più in generale *infra*, cap. 10). Tale disposizione è figlia della previsione sostanziale secondo cui, in caso di pluralità di danneggiati da incidente stradale, che abbiano subito danni complessivamente superiori al massimale di polizza, la compagnia assicuratrice del responsabile civile è tenuta solo nei limiti del massimale di polizza, ed in tali limiti tutti i danneggiati subiranno una proporzionale riduzione dei loro diritti (art. 140, co. 1, cod. ass.): ecco dunque che, nel processo intentato dai danneggiati nei confronti dell'assicurazione, questa può “effettuare il deposito di una somma nei limiti del massimale, con effetto liberatorio nei confronti di tutte le persone aventi diritto al risarcimento, se il deposito è irrevocabile e vincolato a favore di tutti i danneggiati”.

Per la bibliografia e le questioni si veda l'appendice informatica.

10

Il litisconsorzio necessario

Litisconsorzio necessario è chiamata per ordine del giudice. – Differenze di disciplina e di presupposti. Nullità della sentenza pronunciata a contraddittorio non integro. – Le tre *ratiōnes* del l.c. necessario. – a) L.c. necessario per ragioni di diritto sostanziale. – b) L.c. necessario per ragioni schiettamente processuali. – c) L.c. necessario per ragioni di opportunità. – La diversa ipotesi del contraddittorio integro ma non instaurato. – Esempi di l.c. necessario per ragioni di diritto sostanziale: il giudizio di divisione di una comunione e il giudizio di disconoscimento di paternità. – Valore della sentenza resa a contraddittorio non integro. – Non sempre è sentenza *inutiliter data*. – La previsione del l.c. necessario nell’azione surrogatoria. – Eccezioni alla regola in virtù della quale il sostituito è parte necessaria. – L’ordine di integrazione del contraddittorio. – Interruzione della prescrizione e impedimento della decadenza. – L’estinzione del processo per mancata integrazione del contraddittorio. – La trattazione della causa.

Abbiamo studiato finora le modalità con le quali il litisconsorzio facoltativo può formarsi (in via originaria ovvero sopravvenuta, per il tramite degli interventi volontari o su istanza di parte) ovvero può sciogliersi (attraverso l'estromissione, nei limitati casi in cui essa può essere disposta). Si tratta adesso di esaminare quando il processo *debba* invece svolgersi con una pluralità di parti: è questo il caso del litisconsorzio che, per l'appunto, il legislatore definisce necessario, nella rubrica dell'**art. 102**. Prevede questa norma che se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti esse debbano agire o essere convenute nello stesso processo, e prosegue poi stabilendo che se il processo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di queste parti, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio.

Gli artt. 102 e 107
c.p.c. a confronto

L'art. 102 c.p.c. a prima vista può essere accostato all'**art. 107** c.p.c. perché entrambe le norme contemplano la possibilità che un terzo sia chiamato in un processo pendente per effetto di una iniziativa del giudice.

Il dato comune, dunque, consiste nel fatto che l'iniziativa di chiamare un terzo nel processo in corso proviene dal giudice e non dalle parti. L'affinità tra le due norme si riduce però a ciò, poiché esse, per ogni altro profilo, divergono.

Dall'art. 102 emerge questa sequenza: innanzitutto (co. 1), il processo deve essere instaurato in regime di litisconsorzio necessario in quanto almeno tre parti sono coleggittimate ad agire o essere convenute quanto al suo oggetto (perché

“la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti”); la riscontrata pretermissione di un litisconsorte necessario dà luogo all’ordine del giudice di integrare il contraddittorio, entro un termine perentorio (co. 2); se le parti non ottemperano a quell’ordine, si determina l’estinzione subitanea – senza il passaggio intermedio della cancellazione della causa dal ruolo per tre mesi – del processo *ex art. 307* (ovvero per inattività delle parti; v. sez. VI, cap. 4).

I presupposti per l’operare dell’art. 107 sono diversi: da un lato, questa norma esige la sussistenza di una comunanza di causa (non definita ma ricorrente già nell’art. 106 per la chiamata ad istanza di parte e che abbiamo visto concernere ipotesi di connessione); dall’altro lato, è necessaria una valutazione ad opera del giudice di una concomitante opportunità della chiamata del terzo. La ricorrenza di entrambi i presupposti – il primo, schiettamente giuridico, e il secondo, di natura discrezionale, di fatto – determinerà l’ordine del giudice di chiamare in causa tale soggetto; in caso di mancata ottemperanza, però non vi sarà immediata estinzione, ma solo la cancellazione della causa dal ruolo *ex art. 270*, con possibilità, dunque, di sua riassunzione.

Emerge con evidenza la diversità delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto dell’ordine del giudice di integrazione del contraddittorio, nelle ipotesi di litisconsorzio necessario e di chiamata per ordine del giudice: nel caso dell’art. 102, le conseguenze presentano maggiore gravità, essendo infatti prevista l’estinzione del processo riconducibile alla inattività delle parti. Diversamente, nel caso dell’art. 107, se la chiamata per comunanza di causa ordinata dal giudice non viene effettuata, la conseguenza è più lieve poiché è prevista la cancellazione della causa dal ruolo: il processo entra in una fase di *quiescenza*, dalla quale è possibile uscire tramite un atto di riassunzione ad opera di una delle parti, che sarà compiuto non appena si voglia che la causa riprenda il suo corso, e comunque non oltre tre mesi, poiché, decorso tale termine, la cancellazione della causa dal ruolo si convertirà automaticamente in estinzione.

Estinzione e cancellazione della causa dal ruolo A seguito dell’estinzione, dunque, la causa non può più essere riassunta e così, per far valere nuovamente il diritto dedotto nel processo che si è estinto, occorre riproporre una domanda giudiziale, soggiacendo tuttavia alle conseguenze previste dall’art. 310 c.p.c.

Con la riassunzione, invece, si ha il proseguimento dello stesso processo in virtù della domanda introduttiva originaria e pertanto rimarranno pienamente valide le prove già raccolte. La riassunzione comporta, in sostanza, la ripresa del corso dinamico del processo *dopo un periodo di stasi* e quiescenza del rapporto processuale, che può protrarsi al massimo per tre mesi, ma durante il quale, comunque, la causa è da considerarsi pendente; tanto è vero che se, pur dopo la cancellazione della causa dal ruolo, una delle parti, anziché provvedere alla riassunzione di quel giudizio, propone una nuova domanda relativa allo stesso diritto, dando così vita ad un secondo processo, otterrà una sentenza di rigetto in rito di quella nuova domanda per litispendenza. La causa identica, successivamente instaurata, non potrà avere il suo corso in quanto è ancora in

vita (pendente) il primo processo, seppur allo stato quiescente.

Se invece la causa si è estinta, quella identica, che fosse stata successivamente proposta, non incontrerà impedimento processuale alcuno. In ciò sta, quindi, la fondamentale differenza fra estinzione e cancellazione della causa dal ruolo.

Ci si chiede perché il legislatore abbia previsto in due norme diverse un potere del giudice di ordinare l'ingresso di un terzo nel processo, raccordando alla mancata ottemperanza dell'ordine sanzioni di differente gravità: la risposta va ricercata nel fatto che le due norme hanno presupposti, funzioni e così sfere diverse di applicazione.

La differenza di base risiede nella circostanza che nel caso dell'art. 102 c'è una *necessità* – l'ordine di integrazione del contraddittorio è un atto dovuto sulla base di un riscontro meramente giuridico –, mentre nell'art. 107 si dà una *opportunità di chiamata*.

Ordine di chiamata ex art. 107 e ordine di integrazione ex art. 102: sfere di applicazione

In particolare, l'art. 107 prevede una valutazione (parzialmente) discrezionale in ordine alla opportunità della chiamata ad opera del giudice il quale, quindi, rimane vincolato solo quanto al vaglio della sussistenza del presupposto della comunanza di causa. Per le parti invece è previsto un onere di chiamata nel processo del terzo, una volta che il giudice l'abbia ordinata, al fine di evitare la cancellazione della causa dal ruolo. Se l'attore o il convenuto non provvedono in tal senso, nondimeno potranno evitare l'estinzione del processo, mediante la riassunzione della causa entro tre mesi, coinvolgendo allora, con la notificazione dell'atto di riassunzione, anche quel terzo che avrebbe dovuto essere chiamato a seguito dell'ordine del giudice.

Nell'art. 102, invece, la presenza del terzo nel processo prescinde da una scelta del giudice; la necessità della chiamata scaturisce dalla legge, sì che il giudice stesso, ove verifichi la ricorrenza di un'ipotesi di litisconsorzio necessario, è tenuto ad ordinare l'integrazione del contraddittorio, se non vuole pronunciare una sentenza gravemente invalida.

Si tratta, allora, di comprendere perché qualche volta la legge esige che il terzo sia coinvolto necessariamente e perché altre volte la scelta di chiamare in causa un terzo è lasciata ad una valutazione discrezionale del giudice (che ravvisi appunto una comunanza di causa ma anche l'opportunità di un intervento del terzo).

Occorre quindi andare a vedere innanzitutto qual è il presupposto sostanziale sotteso al litisconsorzio necessario, presupposto che deve necessariamente essere di natura diversa dalla mera comunanza di causa, poiché, se bastasse quest'ultima per applicare l'art. 102, risulterebbe incomprensibile l'art. 107.

L'art. 102 è previsto per quelle ipotesi in cui la legge esplicitamente od anche solo implicitamente (nei termini approssimativamente illustrati) richiede la presenza di più parti, tutte litisconsorti necessari, in mancanza delle quali il processo non può validamente svolgersi e concludersi: infatti se il giudice non si accorgesse della mancanza di un litisconsorte, finirà per pronunciare una sentenza nulla. Che essa sia invalida lo si ricava già dall'art. 354, co. 1, c.p.c., in virtù del quale il giudice d'appello, se si avvede che in

La sentenza pronunciata a contraddittorio non integro è nulla

primo grado non è stato integrato il contraddittorio e quindi si è deciso senza un litisconsorte necessario, invece di decidere sull'appello, riesaminando la causa nel merito, *dichiara nulla la sentenza e rimette* tutto al giudice di primo grado, il quale dovrà ricominciare da capo, stavolta, però, a contraddittorio previamente “integrato”.

La sentenza resa a contraddittorio non integro, qualora non sia fatta oggetto di impugnazione, diverrà certamente definitiva come atto ma tendenzialmente nei suoi confronti non opererà la regola della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame (art. 161, co. 1): non si formerà alcun giudicato sostanziale, né si produrrà altro effetto (anche esecutivo o costitutivo), rimanendo quella sentenza – come suol dirsi – *inutiliter data* (secondo il regime di nullità radicale che l'art. 161, co. 2, detta per la sentenza radicalmente non sottoscritta: v. sez. IV, cap. 6).

Ci si chiede che cosa può aver spinto il legislatore a dettare una disciplina così severa. In astratto, si potrebbe obiettare che esiste pur sempre il principio dispositivo (di cui all'art. 99 c.p.c. e all'art. 2907 c.c.), per il quale è l'attore a scegliere, mediante la domanda giudiziale, su quali diritti contendere e, soprattutto, per quel che riguarda il nostro problema, nei confronti di chi far valere le proprie pretese. Ed allora, perché il giudice deve invitare le parti a convenire nel processo necessariamente un altro soggetto? In altri termini, perché la legge, se del caso attraverso l'iniziativa regolarizzatrice del giudice, vuole che questi sia coinvolto a pena di estinzione del processo?

La ratio del l.n.: tre modelli ricostruttivi

Prima di dare una risposta a questo centrale quesito, occorre delineare tre modelli ricostruttivi: *a), b) e c)*; ciascuno dei quali – seppure in una scala di importanza calante – nel nostro ordinamento può dare ragione della necessaria pluralità di parti processuali, ossia della loro colegittimazione congiunta nei riguardi di una certa causa. A ciascuno di

Le norme espresse non sono tassative

questi tre filoni corrispondono *varie previsioni esplicite di legge* (nello stesso c.p.c., nel c.c., od in leggi speciali), *che non possono tuttavia reputarsi tassativamente esaurienti* ma solo preziose indicazioni esemplari per individuare una (triplice) *ratio* ricostruttiva più generale in base alla quale estendere il l.n. anche ai casi simili non contemplati dal legislatore. Ecco, dunque, i tre gruppi di ipotesi.

Ragioni di diritto sostanziale

a) Sovente la pluralità di parti è imposta in quanto a ciascuna di esse fa capo il rapporto plurilaterale (ossia almeno trilaterale) costituente la *res in iudicium deducta*, sì che ogni efficace statuizione al riguardo postula che ciascuna sia posta in grado di partecipare al processo formativo della decisione e di difendersi. Se la decisione richiesta è di na-

... inerenti alla plurisoggettività del rapporto litigioso

tura costitutiva, estintiva o modificativa del rapporto plurilaterale la necessità del litisconsorzio è sicura. Se invece il giudizio è di mero accertamento o di condanna la dottrina più classica (Chiavenda) nega il l.n. in quanto concettualmente non indispensabile per aversi una sentenza munita di una qualche efficacia vincolante fra le parti; non così riten-

gono parte della più recente dottrina e la prevalente giurisprudenza, che riconoscono il l.n. *anche nei casi di giudizi di accertamento*. In queste ipotesi, anche senza allargare il contraddittorio, la sentenza sarebbe forse efficace ma non idonea a fornire all'attore quello che egli avrebbe diritto di conseguire alla stregua delle disposizioni sostanziali. A questa conclusione sembrano ispirarsi anche le sez. un. (sent. n. 11523/2013) le quali hanno affermato che, nel giudizio avente ad oggetto l'accertamento della simulazione relativa di una compravendita per interposizione fittizia dell'acquirente, l'alienante non riveste la qualità di litisconsorte necessario, solo se nei suoi confronti il contratto sia stato integralmente eseguito, perché il bene è stato trasferito e il prezzo è stato pagato. Soltanto in questi casi, la lite può rimanere bilaterale e la sentenza potrà essere comunque efficace tra le parti, che saranno solo l'acquirente apparente e quello che si afferma reale.

A tale matrice sostanziale del l.n. rispondono varie previsioni esplicite: l'**art. 784 c.p.c.** (sentenza costitutiva di divisione di una comunione); gli **artt. 244-247 e 248 c.c.** (rispettivamente giudizio di disconoscimento di paternità e giudizio di contestazione dello stato di figlio); nonché l'**art. 249 c.c.** (giudizio di reclamo dello stato di figlio). Come si vede il dato normativo potrebbe offrire qualche ausilio alla tesi che restringe il l.n. *ai giudizi solo ove* (in senso, però, lato: v. oltre) *costitutivi*.

b) Talora il l.n. dipende dal fatto che un rapporto giuridico normalmente bilaterale sia dedotto in giudizio – in virtù di una delle norme attributive della legittimazione straordinaria ad agire – da un terzo che fa così valere in nome proprio il diritto litigioso (contro il suo titolare passivo) al posto del soggetto che l'attore stesso afferma titolare attivo del rapporto. Quest'ultimo – ovvero il *sostituto processuale* – *dove allora anch'egli essere citato in causa* in quanto va considerato di regola litisconsorte necessario. Qui, però, non più per ragioni di diritto sostanziale bensì per ragioni schiettamente processuali (ovvero di giustizia nel modo di trattare quella causa), che impongono la presenza del sostituto affinché non siano lesi – alternativamente – il diritto di difesa di costui o, all'opposto, le attese del convenuto a che la decisione a lui favorevole sia opponibile anche al sostituto ovvero al titolare attivo del rapporto.

Ragioni schiettamente processuali

... e sostituzione processuale

In questa linea ricostruttiva va letto innanzitutto ed esemplarmente l'**art. 2900 c.c.**, là dove dispone che, nei giudizi instaurati in via di esercizio del potere di azione surrogatoria, il surrogato è litisconsorte necessario. Ma si veda anche la previsione dell'**art. 1012 c.c.** che, nel conferire una legittimazione straordinaria all'usufruttuario di un immobile per far valere la esistenza o la inesistenza di diritti di servitù sul fondo, precisa che il nudo proprietario è litisconsorte necessario.

Pur non trattandosi di vera sostituzione processuale, quanto piuttosto di una forma di c.d. azione diretta, e così ponendosi al confine del l.n. per c.d. ragioni processuali rispetto al l.n. motivato da ragioni di opportunità, va collocato in

quest'ottica il caso dell'azione del danneggiato contro l'assicuratore della r.c.a. del danneggiante *ex art. 144 cod. ass.* Qui litisconsorte necessario sarà quindi il danneggiante-assicurato, il cui diritto all'indennizzo è fatto valere “assieme” al proprio dall'attore (si noti che qui è frequente che, nel coinvolgere necessariamente il danneggiante come litisconsorte necessario, l'attore danneggiato spieghi domanda risarcitoria anche nei confronti di quest'ultimo, d'altronde suo “vero” debitore, il che può rivestire notevole interesse per la parte di danno eventualmente non coperta dal massimale di polizza). Non sussiste invece litisconsorzio necessario nelle procedure semplificate di c.d. risarcimento diretto, di cui all'art. 149 cod. ass. (v. *supra*, sez. III, n. 8).

Ragioni di semplice opportunità

c) Ben di rado ed eccezionalmente il l.n. può infine essere disposto dalla legge – *con previsioni qui però tassative e non estensibili* per analogia – per motivi di semplice opportunità caso per caso valorizzati; ossia senza che ricorrono né imperiose ragioni di conformazione sostanziale plurilaterale del rapporto controverso, né altrettanto forti ragioni processuali attinenti al tipo di legittimazione che ha dato vita al processo.

A questa categoria viene tradizionalmente ricondotto anzitutto l'art. 784 c.p.c., che, nel giudizio divisorio delle comunioni, impone quali litisconsorti necessari delle parti del rapporto (e così dei vari comproprietari, litisconsorti per ragioni sostanziali) anche i *rispettivi creditori ove essi si siano opposti* alla divisione ai sensi dell'art. 1113 c.c. (nel giudizio di divisione, in ipotesi di vendita di quota con patto di riscatto, la domanda dovrà essere proposta non solo nei confronti dell'acquirente con patto di riscatto, ma anche nei confronti del venditore: art. 1506 c.c.). Senonché, l'art. 784 c.p.c. può meglio considerarsi espressione del potere surrogatorio, sul piano sostanziale (*ex art. 2900 c.c.*, dunque), del creditore che in tal modo si affianca (propriamente infatti egli non si surroga, *ex art. 81 c.p.c.*) al proprio debitore, affinché venga tutelato il diritto di questi alla giusta quota, quantomeno nei casi in cui il debitore risulti inerte (o financo compiacente) rispetto ad una divisione ingiusta.

Ed infatti nell'art. 784 c.p.c., per meglio tutelare i creditori dei singoli condòmini che temono, opponendovisi, una divisione bensì giudiziale ma non di meno depauperante, per la loro garanzia patrimoniale *ex art. 2740*, e così scorretta, si vuole che essi partecipino al processo formativo della sentenza divisoria, anziché doversi attivare *a posteriori* con la mera ed impervia opposizione di terzo revocatoria *ex art. 404, co. 2, c.p.c.* (opposizione revocatoria che sarebbe da questi soggetti esperibile se non fossero espressamente qualificati litisconsorti necessari; proprio perché lo sono, però, se non vengono doverosamente citati in giudizio, potranno invece sperire contro la sentenza resa in loro assenza, la più “agevole” opposizione di terzo ordinaria *ex art. 404, co. 1*).

Una certa e ... inopportuna ipotesi espressa di litisconsorzio necessario *properter opportunitatem* è quella contemplata dall'art. 140, co. 4, cod. ass., accolta con ostilità dalla quasi totalità degli autori, poiché penalizzante per il danneggia-

to. Tale norma contempla la fattispecie, nella pratica assai frequente, in cui un certo incidente stradale abbia danneggiato una pluralità di individui, con lesioni complessivamente superiori al massimale di polizza. In questi casi la disciplina sostanziale dispone la proporzionale decurtazione delle spettanze di ciascuno (art. 140, co. 1, cod. ass.: *supra*, cap. 9), e la disciplina processuale (co. 4 dell'art. 140 cod. ass.) prevede appunto la necessaria partecipazione al giudizio di tutti i danneggiati, con conseguente inutile aggravio della posizione dell'attore più diligente – che dovrà sobbarcarsi il non agevole compito della relativa individuazione – e con beneficio dell'assicurazione convenuta “diretta”, sostanzialmente dispensata da ogni onere al riguardo. Né questo litisconsorzio viene incontro a reali esigenze della compagnia assicuratrice (che infatti, per lo più, avrà un ben modesto interesse a collaborare all'integrazione del contraddittorio). Infatti, se essa paga in buona fede a taluno dei danneggiati una somma maggiore delle spettanze “decurtate” di questo, resta comunque tenuta solo nei limiti del massimale di polizza nei confronti degli altri danneggiati che si facessero avanti in seguito (art. 140, co. 2, cod. ass.).

Appare quindi certamente condivisibile l'interpretazione che, dell'art. 140, co. 4, è stata data dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 26 gennaio 2009, n. 1862), la quale ha sottolineato come la previsione vada intesa – conformemente all'esigenza di interpretazione restrittiva delle previsioni di litisconsorzio necessario per ragioni di mera opportunità (poiché esse di fatto introducono una limitazione al diritto di azione) – nel senso che il litisconsorzio sarà necessario solo se l'assicuratore formuli domanda volta all'accertamento, nei confronti di tutti i danneggiati, del massimale; oppure se uno dei danneggiati chieda l'accertamento dell'insussistenza del diritto degli altri o delle rispettive quote. In tutti i casi, nonostante il silenzio della norma, sembra corretto concludere che, almeno quando non sia percorsa la procedura di risarcimento diretto *ex art.* 149 cod. ass., anche il danneggiante sia comunque litisconsorte necessario in questi giudizi.

Si parla qui di l.n. non già *secundum tenorem rationis* (come può dirsi soprattutto nel caso *sub a*), ma solo *propter opportunitatem*. Ne consegue, da un lato, la già veduta inestensibilità analogica delle disposizioni che prevedono tale figura di l.n. e, dall'altro, la minor gravità del vizio della sentenza resa a contraddittorio non integro, che in questo caso non si sottrae all'esigenza di essere fatto valere con l'appello a pena di formazione del giudicato anche sostanziale. Al contrario, come vedemmo, il principio della conversione dei motivi di nullità della sentenza in motivi di sua impugnazione, *ex art.* 161, co. 1, c.p.c., non opera per la violazione delle regole e dei sottostanti principii, di cui *sub a* e *b*): là la sentenza è e rimane radicalmente nulla, e così inefficace – come suol dirsi: *inutiliter data* – al pari di quanto è previsto esplicitamente per la sentenza priva della sottoscrizione del giudice monocratico o del presidente e dell'estensore nel caso di composizione collegiale, *ex art.* 161, co. 2.

**Litisconsorzio
necessario e
obbligazioni solidali
tributarie**

Per un certo periodo di tempo, dal 2007 fino al 2011 circa, la giurisprudenza di legittimità aveva individuato un'altra fattispecie di litisconsorzio necessario *propter opportunitatem* (introdotto però in modo eterodosso, perché si ricorderà che questa forma di l.n. è riconosciuta per volontà del legislatore). Si trattava del caso, che però rileva nell'ambito del processo tributario, in cui si assista all'impugnazione dell'avviso di accertamento per l'imposta dovuta, da parte di uno solo (o di alcuni) dei contribuenti che sono tenuti in solido al pagamento di quella. Ebbene, secondo le sez. un. (sent. n. 1052/2007) il ricorso proposto da uno solo o da alcuni dei condebitori solidali di imposta avrebbe imposto l'integrazione del contraddittorio con tutti gli altri. In questo caso, l'affermata ricorrenza di un l.n. (che dunque comportava l'applicazione dell'art. 14, co.1, d.lgs. n. 546/1992, norma analoga all'art. 102 c.p.c.) era mossa dall'intento di garantire il giusto riparto del peso dell'obbligazione in sede di regresso. Un diritto, quello di rivalsa, che nel diritto tributario ha fondamento costituzionale (artt. 3-53 Cost.), posto che ciascuno è tenuto a contribuire alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva. La tesi del l.n. non ha trovato adesione in dottrina né ha avuto seguito in sede di legittimità, che è tornata a ribadire l'applicazione del regime del litisconsorzio facoltativo nei casi di obbligazioni solidali tributarie¹.

¹ Per capire la *ratio* sottesa alla decisione del 2007, invero non condivisa da una parte della dottrina e disattesa dalla più recente giurisprudenza, dobbiamo fare un passo indietro. Si ricorderà – lo abbiamo ribadito in più occasioni – che la deduzione in giudizio di un'obbligazione solidale di diritto civile non dà luogo a l.n. Il creditore, come può esigere il pagamento da uno qualsiasi dei coobbligati, così è libero di agire in giudizio nei confronti di uno o più dei suoi debitori, senza cioè doverli convenire tutti (così arg. *ex art.* 1306, co. 1, c.c.). Certamente, questa libertà lasciata all'attore può sfociare in una pluralità di giudicati dal contenuto potenzialmente contrastante: il che può verificarsi, per esempio, se l'attore instauri autonomi processi di condanna nei confronti di molti o tutti i coobbligati senza che sia disposta la riunione di quei giudizi (magari promossi a distanza di tempo l'uno dall'altro). La coesistenza di un giudicato che abbia condannato il coobbligato A a pagare l'intero, con altro giudicato che invece abbia respinto la domanda del creditore proposta contro il condebitore B, accogliendo l'eccezione sollevata dal convenuto di invalidità del titolo contrattuale che ha originato l'obbligazione, non è allora eventualità così remota.

Questo conflitto, meramente logico, tra pronunce è destinato ad emergere in sede di regresso, perché – si ricorderà – l'obbligazione solidale si divide tra condebitori in relazione alle rispettive quote, che in mancanza di una diversa pattuizione si presumono uguali (art. 1298 c.c. ma si v. anche l'art. 2055 c.c., in tema di responsabilità solidale risarcitoria). L'esistenza dell'obbligazione solidale, prima, e la sua estinzione, poi, sono fatti constitutivi del diritto di regresso. Il condebitore A – che in ragione della socombenza abbia adempiuto ed estinto l'obbligazione solidale – potrà allora chiedere al coobbligato B la sua quota di regresso, invocando il giudicato di condanna che abbia così accertato esistente l'obbligazione contratta in solido? Per converso, potrà B difendersi opponendo ad A la sentenza che ha respinto la domanda di condanna del comune creditore proposta nei suoi confronti? In virtù dei limiti soggettivi del giudicato, nessuno dei due giudicati, formatisi rispetto ai due coobbligati, può essere opponibile all'altro, dal momento che

In tutte le ipotesi di l.n. – per quanto diversa ne sia la natura – il principio dispositivo non può essere opposto pertinentemente alla previsione dell'art. 102 per cui l'attore non può conseguire una decisione di merito se non contestualmente nei confronti di tutti i soggetti considerati e protetti dall'istituto del l.n. Il principio dispositivo non è scalfito perché il giudice – anche nei casi non specificamente previsti dalla legge – si limita ad estendere la *ratio processuale* e/o sostanziale a casi analoghi, attenendosi alla domanda dell'attore e badando agli effetti che essa intende conseguire, dai quali discende la necessaria colegittimazione congiunta di più di un soggetto su una causa che l'attore stesso ha impostato nel modo che esige la pluralità di parti. Se la domanda dell'attore, con tale contenuto, è stata proposta solo contro una delle più parti necessarie, proprio l'art. 102 consente di evitarne il rigetto in rito e di avviare la decidibilità nel merito.

Giustificazione generale dell'istituto

Consideriamo ora più nel dettaglio il l.n. per ragioni di diritto sostanziale, che costituisce il *campo applicativo di maggior rilievo* ed ampiezza dell'istituto, e quello in cui la problematica di integrare il dato normativo esplicito – risalendo ai principii – si rivela più pressante ed ardua. Iniziamo con il dire che, a tal riguardo, l'art. 102 esprime una norma da ricondursi a quel principio generale, emergente anche dall'art. 101, **co. 1, c.p.c.**, per cui devono essere presenti, nel processo, tutti i soggetti che sono controparti dell'attore sul piano del rapporto sostanziale azionato, così come – in termini cioè appunto di rapporto plurilaterale – da lui affermato in giudizio (ecco il principio dispositivo appieno rispettato quanto alla delimitazione del profilo oggettivo del giudizio).

Il l.n. per ragioni di diritto sostanziale

ciascuno è terzo rispetto al giudicato che vincola l'altro. Questo significa che, per decidere se ed in che misura il regresso è dovuto, l'esistenza dell'obbligazione solidale e il suo modo di essere dovranno essere nuovamente accertati. Non v'è dubbio che, così operando, il *solvens* potrà non riuscire a recuperare dal consorte la giusta quota di quanto ha pagato. Ma si tratta di una conclusione che è conseguenza dei limiti soggettivi della cosa giudicata; in ogni caso, l'eventualità prospettata avrebbe potuto essere evitata in radice se il coobbligato, attore in regresso, avesse chiamato in comunanza (o addirittura in garanzia) il proprio consorte già nel giudizio in cui il creditore aveva domandato la condanna all'adempimento dell'obbligazione solidale (su questi aspetti, si v. *retro cap. 8*).

Ebbene – e così tornando al processo tributario dal quale abbiamo preso le mosse – manca una siffatta opportunità nel contenzioso di imposta, dove il diritto di regresso, almeno *de iure condito*, non può essere esercitato mediante chiamata in garanzia, trattandosi di diritto devoluto alla giurisdizione ordinaria. Oltre tutto, giova sottolineare che questo diritto, quando sorge per effetto dell'adempimento di una obbligazione solidale tributaria ha un fondamento costituzionale (artt. 3-53 Cost.), posto che ciascuno è tenuto a contribuire alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva. Ciò spiega allora l'imposizione del l.n. introdotta dalle sez. un., che in questo modo vogliono garantire l'equa distribuzione del peso dell'obbligazione tra coobbligati, determinata da un unico accertamento giurisdizionale sull'esistenza dell'obbligazione solidale, capace di vincolare tutti i condebitori.

I ipotesi: il contraddittorio integro ma non instaurato:
art. 101 c.p.c.

A questo riguardo, occorre esaminare partitamente una serie di fattispecie. *Una prima ipotesi* è la seguente: l'attore individua come oggetto del giudizio un rapporto giuridico trilaterale ed altresì tutti i soggetti cui fa capo tale rapporto; tuttavia, pur proponendo la domanda nei confronti di entrambe le controparti necessarie, egli notifica la citazione introduttiva solo ad una di esse. In questa eventualità non c'è affatto bisogno di scomodare l'art. 102, perché la domanda è stata proposta nei confronti di tutte le affermate controparti, sussistendo soltanto un difetto di notifica: basterà dunque applicare l'art. 101 c.p.c. e quindi, poiché deve essere instaurato il contraddittorio anche con il terzo soggetto, il giudice ordinerà la notificazione della citazione anche a costui.

II ipotesi:
il contraddittorio
(dichiaratamente) non
integro: art. 102 c.p.c.

Una seconda ipotesi è quella che vede l'attore, che ha individuato, nella narrazione dei fatti, un rapporto giuridico trilaterale, proporre la domanda giudiziale e chiedere tutela solo contro uno dei due soggetti passivi; in questo caso si assiste ad una applicazione allo stato puro dell'art. 102 poiché il terzo soggetto, stando alla domanda dell'attore, non è stato scelto come destinatario di essa e convenuto. Pertanto il giudice dovrà ordinare l'integrazione del contraddittorio, mediante la notifica di un atto volto a coinvolgere il terzo soggetto (litisconsorte necessario pretermesso), rendendolo destinatario anch'egli della domanda dell'attore.

Infine, *una terza* e più frequente *ipotesi* è quella in cui l'attore nella domanda ha individuato come bilaterale un rapporto che in realtà è plurilaterale. In questo caso il giudice, se a seguito delle difese del convenuto rileva che la situazione sostanziale dedotta in giudizio è plurisoggettiva, non sarà vincolato alle (mere,

III ipotesi: la parte
necessaria non
risultante dalla
domanda attrice

contrarie) affermazioni dell'attore. In virtù dei suoi poteri autonomi di qualificazione del rapporto giuridico controverso, il giudice disporrà allora l'integrazione del contraddittorio *ex art. 102*.

Nella sentenza deciderà non più sul *thema decidendum* quale soggettivamente angolato dall'attore nella domanda, bensì sulla posizione di tutti gli asseriti contitolari del rapporto azionato. Così, ad esempio, ove il terzo con cui è integrato il contraddittorio effettivamente risulti a sua volta coerede, il giudice procederà a dividere la massa ereditaria tenendo conto anche delle sue pretese sulla stessa. Ove invece la effettiva plurilateralità del rapporto non consti in giudizio ed il giudice statuisca su di esso così come descritto dall'attore – ossia in una configurazione bilaterale non rispondente alla realtà soggettivamente più complessa delle situazioni sostanziali –, tale pronuncia sarà del tutto priva di effetti verso i terzi rimasti estranei al processo, e probabilmente anche nei confronti delle parti.

Il terzo potrà far valere tale inefficacia sia con l'opposizione ordinaria di terzo (art. 404, co. 1) sia con una nuova azione di mero accertamento della perdurante esistenza della comunione ed eventualmente con una propria nuova azione di divisione (perfettamente ammissibile e non pregiudicata in alcun modo).

Consideriamo come esemplare sempre il caso di cui all'art. 784 c.p.c., relativo alla domanda di divisione di una comunione, poniamo ereditaria.

Solitamente, le comunioni ereditarie si sciogliono con un contratto di divisione. Se l'asse ereditario è costituito solo da denaro o cose fungibili, alla divisione si perviene senza particolari problemi, poiché le parti discendono matematicamente dalle quote (*in thesi* pacifiche). Molto più spesso l'asse ereditario risulta composto da più elementi (immobili, mobili, crediti, debiti, etc.). Anche in questi casi è necessario arrivare ad una divisione: tuttavia, non è sempre facile raggiungere un accordo poiché qualche coerede potrebbe dichiararsi insoddisfatto di come vorrebbero fare le parti. Di solito, la comunione si scioglie contrattualmente; magari in quanto uno dei contitolari fa le parti e gli altri scelgono (ovvia, in questo caso, la tendenziale miglior sorte di chi effettua la scelta); altrimenti si fanno fare le parti ad una persona di fiducia e l'assegnazione avviene tramite un sorteggio.

Vi sono però dei casi in cui ci possono essere dubbi su vari punti, ad esempio sull'esistenza dello stesso diritto allo scioglimento della comunione, qualora il testatore abbia disposto che la comunione permanga per un certo periodo di tempo (per un massimo di 5 anni, *ex art.* 713 c.c.).

Vi può essere dunque controversia sull'*an* (se si può sciogliere o meno la comunione); ma anche controversia sull'ammontare delle quote e, infine, frequente è la lite su come devono essere fatte le parti (l'art. 48 ord. giud. attribuiva tale lite alla competenza collegiale del tribunale, ipotesi che è stata poi soppressa dalla riforma del giudice unico: art. 50-*bis*).

Immaginiamo una comunione ereditaria cui partecipino cinque soggetti: coniuge, tre figli e l'erede testamentario relativamente a tutta o parte della quota disponibile. Può capitare che uno di questi decida di chiedere la divisione giudiziale, mediante proposizione di una domanda di divisione della massa ereditaria (la situazione è analoga a quella che si avrebbe nel caso della comproprietà nata per atto tra vivi).

Poniamo il caso che tale soggetto, pur individuando correttamente nella narrazione contenuta nella domanda, oltre a se stesso, gli altri quattro eredi, ne convenga in giudizio solo tre perché, ad esempio, sia sicuro del fatto che con il quarto – di mite carattere e residente all'estero – sarà facile raggiungere un accordo in un secondo tempo.

Questa situazione corrisponde alla seconda eventualità teorica sopra prospettata: la domanda è proposta (e così notificata) solo ad alcuni dei litisconsorti necessari; in questo caso il giudice deve ordinare l'integrazione del contraddittorio con un'ordinanza, concedendo a tal fine un termine perentorio entro il quale ottemperare all'ordine e costringendo così, in sostanza, l'attore a proporre la domanda di divisione anche nei confronti del quarto soggetto, ma in perfetta conseguenzialità ai suoi stessi assunti.

Si ricade, invece, nell'altra e prima eventualità se l'attore, pur proponendo la domanda nei confronti di tutti e quattro, non notifica copia della citazione ad uno di essi. Qui non entra tanto in gioco l'art. 102, poiché tutti e quattro sono individuati come convenuti, ma c'è solo un problema di instaurazione del contraddittorio per risolvere il quale il giudice semmai ordinerà la notificazione della citazione al quarto soggetto.

Poiché la domanda di divisione è diretta ad ottenere una sentenza (costitutiva) di scioglimento della comunione, sarebbe impossibile giungere a tale risultato pretermettendo uno dei contitolari. Se il giudice non si avvede della mancanza nel giudizio, come

parte, di uno dei contitolari della comunione e perviene alla sentenza di scioglimento, questa sarà nulla e del tutto inutile.

Ciò vale quand'anche il giudice, venendo a conoscenza (ad esempio dalla istruttoria documentale) dell'esistenza di un quinto coerede, non ordini l'integrazione del contraddittorio e proceda, di conseguenza, alla divisione in cinque parti, riservandone cioè una per il soggetto pretermesso, nei cui confronti però la statuizione non può operare. La relativa sentenza sarà nulla allo stesso modo di quella vista in precedenza, viziata da pretermissione-dimenticanza, perché emessa al termine di un processo al quale non ha preso parte come convenuto uno dei soggetti titolari della posizione giuridica soggettiva plurilaterale che è stata modificata con la sentenza stessa. Si osservi che la sentenza è costitutiva in quanto *modifica* la situazione giuridica sostanziale: precisamente, da una iniziale fatispecie caratterizzata dalla presenza di cinque contitolari, tutti proprietari di tutti i beni, si dovrebbe passare a cinque *distinte situazioni di proprietà esclusiva* in ordine a beni individuati. Tale effetto costitutivo però postula una sentenza efficace; e tale efficacia postulava il rispetto del principio del contraddittorio e ne risulta condizionata.

Non viene qui violato il principio dispositivo per la semplice ragione che questo principio prevede che sia l'attore a scegliere su che rapporto contendere, ma, una volta fatta questa scelta, è il modo in cui è conformata – anche sotto il profilo soggettivo – la situazione giuridica sostanziale affermata che impone le parti necessarie del processo.

All'attore, dunque, rimane la scelta, ma si tratta di una scelta vincolata, nel senso che l'alternativa rispetto alla chiamata in causa del litisconsorte necessario pretermesso è quella della estinzione del processo.

II I.n. nel giudizio di disconoscimento di paternità

Vediamo di esaminare un'altra importante – ed esemplare – ipotesi legislativa espressa, quella del *disconoscimento della filiazione legittima* (art. 243-bis c.c.) richiesto dal marito della madre *ex art. 247 c.c.*, il quale al co. 1 recita: “Il presunto padre, la madre ed il figlio sono litisconsorti necessari nel giudizio di disconoscimento”.

Se si vuole capire per quale motivo la madre sia litisconsorte necessario, occorre guardare agli effetti della sentenza. La sentenza che accoglie una azione di disconoscimento della paternità non è propriamente costitutiva, in quanto non è caducatoria di un rapporto di filiazione esistente ma unicamente rimuove l'apparenza di quel rapporto, un'apparenza sostenuta da una presunzione legale semiassoluta, secondo una disciplina in grazia della quale (art. 236) si ha la presenza del c.d. titolo di stato (risultante dagli atti di nascita dello stato civile).

Se considerassimo invece il rapporto padre, madre, figlio un rapporto plurilaterale e la sentenza una sentenza di tipo c.d. costitutivo, ricadremmo *de plano* nel caso di litisconsorzio necessario illustrato precedentemente.

Si potrebbe però, innanzitutto, negare che lo *status* di filiazione legittima consista proprio in un rapporto trilaterale intercorrente fra la madre, il marito ed il figlio e porre ad oggetto del giudizio la controversa sussistenza di un rapporto bilaterale fra quel “padre” (che afferma di non essere tale, negando il rapporto di filiazione legittima) ed il bambino. In tal caso, se si accerta che quel bambino non è suo figlio e quindi si nega il rapporto di filiazione bambino-padre, sarebbe facile poter affermare che la madre rimane estranea agli effetti della sentenza: certo ben potrà intervenire o essere chiamata nel processo, ma non assumerà la qualifica di parte necessaria dello stesso.

Ora, per capire perché la legge invece vuole che la madre sia *litisconsorte necessario* occorre vedere cosa accade del rapporto madre-figlio a seguito di una sentenza che discosca la paternità. Infatti, se il giudice riconosce che il marito non è padre del bambino, questi *non sarà più figlio "legittimo" della madre, ma suo figlio "naturale"*. Quindi la pronuncia sullo *status*, pur se il suo nucleo è bilaterale (padre-figlio), incide in qualche misura anche sulla qualificazione del rapporto madre-figlio (va detto peraltro che, dopo la legge n. 219/2012 e il d.lgs. n. 154/2013, lo stato di figlio è ormai unico, essendo cadute le residue discriminazioni tra figli nati dentro ovvero fuori dal matrimonio).

Ci si chieda cosa accade se – ma qui è caso, stante l'evidenza della trilateralità del giudizio, scolastico – il giudice non si accorge della pretermissione di una parte necessaria e non ordina, dunque, l'integrazione del contraddittorio, poniamo il caso con la madre. Ora, se la sentenza riconosce l'esistenza del rapporto di filiazione marito-figlio, non fa altro che dichiarare la stessa situazione che era già assistita dall'efficacia propria della presunzione legale di paternità legittima. Se invece la sentenza nega l'esistenza del rapporto di filiazione, probabilmente sarà priva di effetti anche nei rapporti padre-figlio, e quindi, sotto questo profilo, noi dovremmo considerare non inciso quello *status* di filiazione, per cui, ad una serie di effetti, ivi compresi quelli successori, quel figlio sarà ancora da considerarsi legittimo in virtù della presenza del titolo di stato. Certo questo non preclude la riproposizione dell'azione a *litisconsorzio necessario integro*.

Occorre ora domandarsi se, qualora l'azione del padre venga rigettata, la stessa possa essere riproposta a contraddittorio integro. A rigore di principio si dovrebbe rispondere affermativamente poiché, come quella sentenza non esplica effetti se favorevole al padre, così non dovrebbe esplicarne nemmeno se sfavorevole allo stesso, in quanto la mancanza di un *litisconsorte necessario* porrebbe quel processo in uno stato di invalidità tale da rendere impossibile la pronuncia di una decisione efficace.

Tuttavia, su questo secondo versante, potrebbe forse ammettersi una mitigazione interpretativa, nel senso che potrebbe ritenersi che la sentenza che non smentisce lo *status* legittimo, resa tra padre e figlio senza la madre, si opponga alla riproposizione dell'azione (tanto più che il d.lgs. n. 154/2013, nel ridisegnare le azioni di stato, mostra di voler favorire l'interesse del figlio alla conservazione dello stato di filiazione, anche mercé l'introduzione di un termine di prescrizione quinquennale all'esercizio da parte della madre o del padre dell'azione di disconoscimento della paternità ovvero di impugnazione del riconoscimento).

Da tutto ciò emerge, senza dubbio, una certa qual difficoltà nell'interpretazione ed applicazione dell'istituto del *litisconsorzio necessario*, anche perché la legge processuale civile dedica a questa figura unicamente l'art. 102 e un riferimento nell'art. 354 c.p.c.

Parte della dottrina effettivamente ha affermato che la sentenza pronunciata in mancanza di un *litisconsorte necessario* non sarebbe sempre e completamente *inutiliter data* ma qualche effetto lo avrebbe, quantomeno tra le parti presenti nel processo.

Il punto è alquanto controverso anche perché è difficile capire come possa la sentenza esplicare degli effetti, ad esempio nel caso di divisione ereditaria, fra i coeredi presenti. Forse, in tal caso, potrebbe avere una efficacia di tipo obbliga-

La nullità della sentenza in queste ipotesi

torio (gli eredi non pretermessi non potrebbero infatti comportarsi come se fossero ancora comunisti), di tipo diverso dall'efficacia reale di scioglimento della comunione e, in un certo senso, minore rispetto a quella invocata dall'attore e comunque limitata ai soli soggetti che erano parti.

Tuttavia la conclusione alla quale si perviene non appare del tutto corretta perché l'attore aveva chiesto lo scioglimento della comunione, non invece la nascita di una serie di obblighi di rispetto della facoltà di godere in via esclusiva di singoli beni da parte di singoli eredi. Pertanto, riconoscere alla sentenza questa efficacia "dimezzata", ovvero la mera efficacia obbligatoria fra i coeredi parti del processo, concretantesi nell'obbligo di non interferire nel godimento delle quote loro assegnate, vuol dire ammettere la possibilità di avere una sentenza con efficacia diversa da quella richiesta dall'attore, che era un'efficacia reale (perché si sarebbe dovuta concretare nell'estinzione di una situazione di contitolarità e nella creazione di una di proprietà esclusiva sulle quote).

Per tale motivo sembra potersi condividere la tesi di chi afferma che la sentenza pronunciata a contraddittorio non integro non sia idonea ad esplicare effetto alcuno, almeno nelle ipotesi in cui la necessità del litisconsorzio discende dal modo in cui sono strutturati i rapporti sostanziali oggetto di un processo costitutivo, vale a dire quando vi è un unico rapporto plurilaterale da costituire, modificare o estinguere o una coppia di rapporti bilaterali strettamente connessi, ad esempio perché, come nell'esempio precedente, convergenti nello *status* di filiazione legittima, tanto che la variazione dell'uno si ripercuote sull'altro e viceversa.

Quello di cui ci siamo finora occupati è infatti il litisconsorzio *propter necessitatem*, litisconsorzio reso necessario dal modo in cui è strutturata la situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio.

Azioni costitutive e azioni dichiarative L'ipotesi dell'art. 247 c.c. aiuta a capire che anche giudizi di accertamento (e non propriamente costitutivi) su rapporti soggettivamente complessi debbono dar luogo a l.n. quando siano

tesi a rimuovere una apparenza giuridica, in quel caso offerta dal titolo di stato. Più in generale occorre rifarsi a quanto osservammo nel capitolo sull'interesse ad agire nelle azioni di accertamento e concludere che anche le azioni di *nullità contrattuale*, *simulazione*, *accertamento della avvenuta risoluzione* stragiudiziale per inadempimento (*ex artt. 1454 e 1456*) esigono la partecipazione di tutte le varie parti del rapporto contrattuale. E ciò anche se si tratta di azioni di accertamento (costitutive, e a più forte ragione ricadenti nell'art. 102 se il contratto è plurilaterale, sono le azioni di *impugnativa* o di *esecuzione del preliminare* inadempito). Invece le normali azioni di accertamento che traggono giustificazione – anziché dall'esigenza di rimuovere l'apparenza di un titolo – da vanti o contestazioni, possono essere proposte – anche se il rapporto è passivamente plurilaterale (ad esempio, serviti su un fondo in comproprietà) – contro il solo soggetto che ha acceso l'interesse all'accertamento: così nelle azioni negatorie o confessorie dei diritti reali. Lo stesso vale, e il l.n. non sussiste, per le azioni di condanna, come

ad esempio nel caso di rivendica di un bene da parte di uno solo dei comproprietari o nei confronti di uno solo dei compossessori; come pure nel caso di azione di condanna all'adempimento promossa da uno solo dei concreditori solidali oppure solo contro uno dei condebitori solidali (perfettamente ammissibile, come si argomenta chiaramente dall'**art. 1306**, co. 1, c.c.).

Si consideri, ora, l'**art. 2900**, co. 2, c.c. e ci si chieda a quale logica risponde questa previsione del litisconsorzio necessario nell'azione surrogatoria. Risponde alla stessa logica dell'**art. 784 c.p.c.** e dell'**art. 247 c.c.**, cioè a quella logica che affonda le sue radici nella conformazione sostanziale plurilaterale del rapporto, o invece è stato previsto per ragioni diverse? Abbiamo già detto che la ragione è diversa e segnatamente di indole processuale: il diritto fatto valere in via surrogatoria (per solito) è infatti *meramente bilaterale*.

Il I.n. in tema di azione surrogatoria quale esempio di una differente ratio

Nell'**art. 2900** è previsto un caso di sostituzione processuale: l'attore non è il titolare del diritto dedotto in giudizio né si afferma tale; il diritto controverso non intercorre tra A (attore) e C (convenuto) ma tra B e C: A, per poter far valere il diritto di B, deve solo dimostrare di essere creditore di B, deve provare che il medesimo è inerte e che sussiste un *periculum* di insolvibilità del proprio debitore per effetto della sua inerzia. È chiaro che questa sentenza, se non si vuole penalizzare C, deve essere vincolante, sia per A, sia per B, sia per C, sia che accolga *sia che rigetti* la domanda dell'attore.

Per consentire la piena efficacia della sentenza – pur se favorevole al convenuto C – anche nei confronti di B (debitore surrogato), al legislatore si prospettava una alternativa: egli poteva consentire a B di intervenire o di essere chiamato nel processo e, anche in caso contrario, prevedere nei suoi confronti l'estensione della efficacia della sentenza e così la sua facoltà di impugnarla (qualcosa di simile a quanto previsto dall'**art. 111 c.p.c.**, in base al quale il successore a titolo particolare nel diritto controverso non è litisconsorte necessario, ma può intervenire o essere chiamato in causa e comunque, anche se ciò non accade, la sentenza lo vincola e può essere da lui impugnata); in alternativa, il legislatore avrebbe potuto considerare B litisconsorte necessario. Ed è stata questa l'opzione prescelta perché capace di tutelare maggiormente la posizione del debitore sostituito (che, diversamente, ben potrebbe ignorare la pendenza del processo destinato a fare stato sul suo diritto). Ad ogni modo, se il sostituto dovesse risultare pretermesso e la sentenza passare in giudicato, è qui più difficile sostenere che la sentenza sia radicalmente nulla e inefficace anche fra le parti.

Le situazioni sostanziali analizzate sinora, per le quali la legge espressamente prevede il litisconsorzio necessario, sono contemplate dagli artt. 784 c.p.c., 247 c.c., 2900 c.c. Esse, tuttavia, come abbiamo visto, non sono delle ipotesi omogenee: talvolta, il litisconsorzio è imposto per il modo di essere del rapporto sostanziale del quale è chiesta l'estinzione, la modificaione o la costituzione, e la ragione del litisconsorzio va ricercata nel fatto che tale situazione giuridica sostanziale fa

capo ad una pluralità di soggetti. Altre volte, la ragione del litisconsorzio è di natura eminentemente processuale, come, ad esempio, nel caso dell'azione surrogatoria, ove la necessità del litisconsorzio nasce dall'esigenza di tutelare la posizione del convenuto e, insieme, quella del sostituito. In linea di massima, quando si assiste ad una vicenda di sostituzione processuale, cioè di legittimazione straordinaria a dedurre in giudizio un diritto affermato esistente in capo ad altri, colui che l'attore afferma essere titolare del diritto controverso non può rimanere terzo ma deve essere fatto diventare parte, affinché la sentenza possa esplicare l'efficacia di giudicato anche nei suoi confronti, senza peraltro ledere il suo diritto al contraddittorio, cioè a difendersi in ordine alla esistenza o meno del diritto dedotto in giudizio.

In definitiva, si può quindi affermare che una ragione processuale lega l'art. 102 c.p.c. alla figura eccezionale della sostituzione processuale (l'art. 81 c.p.c. dispone infatti che la sostituzione processuale è ammessa solo nei casi previsti dalla legge).

Eccezioni alla regola generale in virtù della quale il sostituito deve necessariamente essere parte

Ci sono, tuttavia, due ipotesi, contemplate dagli artt. 108 e 111 c.p.c., che si discostano dalla regola generale per cui il sostituito deve essere necessariamente parte. In questi casi – rispettivamente di estromissione del garantito e di successione a titolo particolare nel diritto controverso – la tutela del sostituito (nel caso dell'art. 111, però – come vedremo – è problematico stabilire se e in quali casi vi sia vera sostituzione processuale) si ottiene ugualmente. A questo appagante risultato si giunge poiché è il sostituito stesso che può chiedere di essere estromesso (nel caso dell'art. 108), oppure può sempre intervenire o essere chiamato in causa, e quindi interferire nelle modalità di svolgimento del processo, e comunque può agire contro il garante (facendo in un nuovo processo valere la garanzia per la subita evizione) oppure fronteggiare sul piano contrattuale gli effetti di una eventuale sentenza negativa a lui opponibile (nel caso dell'art. 111). Essendo egli così sufficientemente tutelato, non stupisce perciò che la sentenza sia efficace nei confronti del garantito estromesso o, benché rimasto estraneo al processo, del successore a titolo particolare nel diritto controverso.

Tra queste due ragionevoli eccezioni, il principio generale di difesa (consacrato nell'art. 24 Cost.) vuole che il sostituito sia parte necessaria del processo in cui sia dedotto il diritto di cui è titolare e che sarà oggetto del giudicato.

I criteri che devono guidare l'interprete nel determinare l'ambito di applicazione del l.n.

L'interprete (avvocato o giudice), per applicare l'art. 102 in mancanza di una previsione esplicita (qualche rara volta dettata dalla legge solo per ragioni di opportunità, come all'inizio si vide), dovrà quindi utilizzare questi due criteri, e così verificare se vi sia una situazione sostanziale plurisoggettiva oppure una fatispecie di indole (sostitutoria) processuale che esiga, per le ragioni che si sono analizzate, l'instaurazione del processo in regime di litisconsorzio necessario o l'integrazione successiva del contraddittorio. Si tenga conto che nella ipotesi di deduzione in giudizio di obbligazioni solidali non ricorre nessuna delle due situazioni che

esigono il l.n.: come già si disse, ne è riprova l'art. 1306, co. 1, c.c., da cui emerge la piena ammissibilità di un processo (quanto meno di un processo di condanna, ma – benché il punto sia discusso – crediamo ciò valga anche per quelli di accertamento) in cui non siano presenti tutti i concreditori e/o condebitori, titolari di rapporti obbligatori bilaterali astretti dal nesso della solidarietà.

Così fissato il campo applicativo dell'istituto, l'ordine del giudice di notificare l'atto di integrazione del contraddittorio merita pure qualche riflessione: esso non è diretto all'ufficiale giudiziario, bensì alle parti congiuntamente; infatti, ciascuna delle due può adempiervi. Nel rito del lavoro, peraltro, all'esecuzione dell'ordine di integrazione del contraddittorio provvede direttamente l'ufficio, ai sensi dei co. 9 e 11 dell'art. 420 c.p.c. (sì che in tale contesto non è configurabile l'estinzione del processo per quella forma di inattività delle parti che è la mancata ottemperanza a detto ordine).

Per effetto della ricevuta notifica di quest'atto di integrazione del contraddittorio, *il terzo diventerà parte*, allo stesso modo in cui sarebbe dovuto diventare parte *ab origine* se l'attore avesse proposto la domanda nei suoi confronti. L'azione dell'attore deve quindi ritenersi ammissibile, non occorrendo *mai che egli agisca* insieme ad altri, neppure se vi sono dei litisconsorti necessari che rivestono posizioni corrispondenti alla sua (ad esempio: più promittenti acquirenti nel giudizio *ex art. 2932 c.c.*). La lite può proseguire e sfociare in una valida decisione di merito solo una volta che siano stati evocati in causa, eventualmente in via di integrazione del contraddittorio, tutti i soggetti che debbono partecipare al *processo formativo della sentenza sulla unica causa soggettivamente inscindibile*. È perfettamente *ammissibile l'intervento volontario* del pretermesso prima dell'ordine di integrazione, *in ogni fase e grado* del processo, ovviamente senza che le parti originarie o il giudice possano opporgli preclusioni (v. infatti l'art. 268, co. 2; questo intervento non rientra in alcuno dei tre tipi di cui all'art. 105).

Tuttavia, possono sorgere alcuni problemi di tipo procedurale: un primo ordine di questioni può porsi in relazione al termine di prescrizione o decadenza cui sia soggetto il diritto o il potere fatto valere dall'attore; il rispetto di quei *termini* potrebbe essere stato osservato con riguardo al momento della notificazione della citazione al convenuto, ma *il termine potrebbe essere ormai decorso al momento della notifica al terzo litisconsopte necessario* pretermesso dell'atto di integrazione del contraddittorio.

Ci si chiede, al riguardo, se il terzo possa eccepire che la domanda fa valere nei suoi confronti un diritto ormai prescritto o che – sempre *medio tempore* – si è verificata una decadenza dal potere di agire giudizialmente contro di lui. La risposta non è agevole; la soluzione che sembra prevalere è volta ad affermare che – una volta avvenuta l'integrazione – il terzo non possa eccepire alcunché, in quanto parte necessaria fin dall'inizio e quindi soggetto agli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria, cioè quella proposta nei confronti di solo alcuni dei litisconsorti necessari. La sanatoria opererebbe *ex tunc*, data la ne-

**L'ordine
di integrazione
del contraddittorio**

**Interruzione della
prescrizione e
impedimento della
decadenza in caso
di pretermissione di
litisconsorti necessari**

cessaria unitarietà della decisione nei confronti dei litisconsorti tutti. Tuttavia, sulla esattezza di tale impostazione – almeno, per noi, quanto alla decorrenza dell’effetto interruttivo della prescrizione – si possono sollevare non pochi dubbi e l’unica possibilità è far leva (per le obbligazioni indivisibili) sull’art. 1310 c.c.

**L'estinzione del
processo per mancata
o tardiva integrazione
del contraddittorio**

Un secondo problema, di taglio pratico, si aveva, prima della riforma del 2009, nel caso in cui nessuna delle parti ottemperasse all’ordine del giudice di integrazione del contraddittorio e dunque, nel termine perentorio, non avvenisse la notifica del-

l’atto di integrazione al pretermesso (perentorietà del termine significa che il giudice non lo può prorogare neppure prima della scadenza o su accordo delle parti: v. artt. 153 e 154 c.p.c.). Decoro inutilmente quel termine ovvero effettuata fuori termine la notifica, scatterà l’effetto dell’estinzione del processo, come previsto dall’art. 307 c.p.c. Tuttavia, prima della riforma del 2009, l’intervenuta estinzione del processo non era rilevabile d’ufficio dal giudice (oggi lo è, ma solo per i processi instaurati in I grado dopo l’entrata in vigore della legge n. 69/2009), sì che si poneva il problema della sorte del processo pendente, nel quale il contraddittorio non fosse stato integrato.

Qualora, quindi, nessuna delle parti avesse integrato il contraddittorio nel termine perentorio ma nemmeno eccepito l’estinzione del processo, ci si chiedeva cosa dovesse fare il giudice. Ebbene, secondo noi la prospettiva maggiormente persuasiva era quella di ritenere che il giudice dovesse presto emettere una sentenza di rigetto in rito della domanda per carenza di una condizione di decidibilità della causa nel merito consistente nella necessaria partecipazione di tutti i soggetti legittimati. Soluzione, questa, che poggia sulla considerazione per cui l’art. 102 contempla un meccanismo di sanatoria ad impulso giudiziale in mancanza di una condizione di decidibilità della causa nel merito (ovvero l’assenza di un colegittimato necessario). Se questo meccanismo non opera è perché le parti, in concreto, non provvedono alla sua attuazione, facendo venire in essere un evento capace di cagionare l’estinzione del processo. Ma quel processo, se non dovesse estinguersi, rimarrebbe caratterizzato dalla mancanza di una condizione di decidibilità della causa nel merito, della quale il giudice doveva dunque dare atto rigettando in rito, per tale ragione, la domanda. Per i processi cui si applica l’art. 307 c.p.c. nella formulazione *post* 2009 il problema più non si pone: il giudice rileverà d’ufficio l’estinzione, e sarà quindi questa la formula terminativa del giudizio nel quale non sia stato integrato il contraddittorio.

Dal punto di vista delle conseguenze, la parte per la quale il mancato rispetto del termine è più grave è quella attrice, perché, in linea di massima, l’estinzione del processo non dovrebbe rappresentare di solito una conseguenza sfavorevole o sgradita per il convenuto. Potranno, comunque, esserci dei casi in cui il convenuto stesso si dimostri interessato a che il processo prosegua e si concluda con una sentenza di merito perché, ad esempio, vuole vedere sciolta la comunione anche se sia stato un altro coerede ad instaurare il giudizio di divisione della massa ereditaria. Invece, nel caso dell’azione surrogatoria è più difficile che sia il convenuto ad aspirare alla decisione di merito, a meno che non tema, a seguito dell’estinzione, la riproposizione dell’azione da parte del credito-

re, per cui tanto vale far proseguire il processo già esistente. Questo potrà accadere molto spesso, perché dopo le riforme del 1990 e del 2005, il regime delle preclusioni che si verificano con riguardo all'attore, relativamente all'atto di citazione e alle deduzioni di merito e istruttorie, può far sì che il convenuto non voglia lasciar estinguere il processo che l'attore stesso ha iniziato con una domanda incompleta o erroneamente formulata. Se, infatti, il convenuto non lascia estinguere il processo, la sentenza si baserà sulle domande, allegazioni e deduzioni formulate in modo incompleto: il convenuto potrà vedere rigettata la domanda in primo grado e, poiché le preclusioni in appello permanegono, potrà ottenere una sentenza passata in giudicato che lo metterà al riparo dalle pretese dell'attore. Se, però, tra il momento in cui viene notificato l'atto di citazione ed il momento in cui avverrebbe l'estinzione del processo è già maturato un termine di prescrizione, allora al convenuto conviene lasciare estinguere il processo, poiché, nel nuovo eventuale processo, potrà opporre senz'altro l'eccezione di prescrizione. L'estinzione caduta infatti l'effetto interruttivo permanente della prescrizione (non anche quello interruttivo istantaneo conseguente alla proposizione della domanda giudiziale): v. cap. 5, sez. III.

Infine, la *trattazione* della causa, in quanto unica ed inscindibile, esclude ogni possibilità di separazione o di estinzione parziale. La decisione deve essere unica per tutti (donde la inscindibilità soggettiva anche nelle fasi di impugnazione della sentenza: art. 331). Le prove richieste e raccolte andranno valutate unitariamente e così confessione e giuramento prestati da una sola delle parti – dovendo avere un significato per tutte – non varranno qui come prova legale ma come prova *liberamente valutabile* dal giudice (artt. 2733, co. 3, e 2738, co. 3, c.c.; norme – come vedemmo – non applicabili invece al litisconsorzio facoltativo e così al processo con cumulo litisconsortile di cause connesse ma fondamentalmente autonome).

La trattazione della causa

Dottrina e giurisprudenza hanno a lungo discusso dell'efficacia dell'eccezione d'incompetenza per territorio derogabile proposta da alcuni soltanto dei litisconsorti necessari convenuti. Negli ultimi tempi il diritto vivente si era criticabilmente arroccato sulla tesi secondo cui una tale eccezione avrebbe dovuto ritenersi priva d'effetto, assegnandosi significato prevalente all'implicita e dinamica adesione degli altri convenuti alla scelta del giudice effettuata dall'attore con l'atto di citazione. A tale indirizzo, al fondo inutilmente irrispettoso dell'art. 25 Cost., ha infine posto rimedio la Consulta che, con sent. n. 41/2006, ha dichiarato incostituzionale il combinato disposto degli artt. 38 e 102 c.p.c. nella parte in cui consentiva di ritenere improduttiva di effetti l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile proposta non da tutti i litisconsorti convenuti. In verità, è affatto dubitabile che tale combinato disposto permettesse una simile lettura, ma qui la Corte ha molto giustamente preferito censurare le norme “come correntemente interpretate”, anziché respingere la questione con un'autorevole, ma a rigore *de futuro* non vincolante, decisione interpretativa di rigetto: v. anche *supra*, parte introduttiva, n. 3. Oggi, pertanto, può affermarsi che l'eccezione di incompetenza per ter-

ritorio, ancorché proposta da un solo litisconsorte necessario, abbia effetti, ove il giudice la ritenga fondata, anche nei confronti degli altri, determinando la pronuncia di una ordinanza di incompetenza e la possibile riassunzione del processo davanti al giudice indicato come competente.

Per la bibliografia e le questioni si veda l'appendice informatica.

11

La chiamata in causa per ordine del giudice

Presupposti della chiamata per ordine del giudice: la comunanza di causa; l'opportunità della chiamata. – Interpretazione tendenzialmente qui restrittiva del presupposto della comunanza di causa. – Ambito di applicazione. – C. di terzi titolari di diritti incompatibili. – C. di terzi titolari di diritti dipendenti. – C. del terzo titolare di un diritto connesso per oggetto o titolo. – C. del c.d. vero obbligato. – Il giudice sopperisce alle preclusioni maturate dall'attore. – Onere per l'attore di estendere la domanda nei confronti del terzo. – Efficacia della sentenza pronunciata solo fra le parti originarie nei confronti del terzo.

Nell'introdurre il tema della chiamata del terzo, si è detto che l'intervento coatto di costui in una lite già pendente può conseguire anche ad un ordine impartito dal giudice. Si tratta, per l'appunto, dell'*istituto della chiamata iussu iudicis*, di cui si occupa l'art. 107.

L'art. 107 c.p.c.

La norma in esame è molto breve e non molto applicata nella prassi dei tribunali. Tuttavia i problemi che suscita, dibattuti dunque soprattutto in dottrina, sono notevoli. L'aspetto più rilevante è stato già analizzato nel capitolo precedente, quando si è posta in luce una delle differenze rispetto all'art. 102, ovvero la conseguenza del mancato rispetto ad opera delle parti dell'ordine di chiamare in causa il terzo. Ed anche tale profilo emerge infatti non dall'art. 107, ma dall'art. 270 c.p.c., a norma del quale se nessuna delle parti provvede ad eseguire l'ordine, e così alla citazione del terzo, il giudice dispone con ordinanza la cancellazione della causa dal ruolo; si aggiunga che (salvo nel rito del lavoro, su cui v. l'art. 420, co. 9 e 11) qualora non sia riassunto nel termine di tre mesi, il processo si estingue ex art. 307.

L'applicazione dell'art. 107 c.p.c. consegue, come già accennato, ad una duplice valutazione ad opera del giudice:

L'intervento *iussu iudicis*

– la prima valutazione, dal carattere vincolato, inerisce alla esistenza di una *causa che sia comune al terzo*; in altre parole, il giudice deve verificare se la causa pendente può essere considerata o meno comune al terzo in relazione alla sua posizione giuridica sostanziale e ai rapporti che lo legano ad una parte (o ad entrambe);

Comunanza di causa

L'opportunità della chiamata – la seconda concorrente valutazione, di natura meramente discrezionale, riguarda l'*opportunità della chiamata*.

A differenza di quanto previsto per l'emanazione dell'ordine di integrazione del contraddittorio, *ex art. 102 c.p.c.*, che abbiamo visto essere un provvedimento necessitato quando se ne diano i presupposti, nel caso dell'*art. 107 c.p.c.*, invece, c'è spazio per una valutazione di natura eminentemente discrezionale, di opportunità, che, in quanto tale, *non è sindacabile* nelle fasi di impugnazione. Se il giudice di primo grado ha ritenuto utile la chiamata e l'ha disposta, non è questo un motivo per ritenere che la sentenza possa essere soggetta a riesame nelle fasi di impugnazione semplicemente denunciando l'inopportunità della chiamata. Lo stesso, e a più forte ragione, può dirsi se il giudice di primo grado ha ritenuto (magari poco persuasivamente) inopportuna la chiamata e non la ha disposta: non sarà nemmeno questo un motivo di invalidità della sentenza, e dunque di riesame della stessa nelle fasi di impugnazione. In sostanza, il giudice di appello, quanto alla valutazione di opportunità, non può sindacare l'applicazione o la mancata applicazione dell'*art. 107 c.p.c.* Se nel giudizio di primo grado si è avuta chiamata *ex art. 107* nei confronti del soggetto così divenuto parte, si reputa applicabile l'*art. 331* nelle fasi di impugnazione della sentenza, ossia si considera la causa (o le cause), così soggettivamente (o talora anche oggettivamente) arricchita, inscindibile anche nei confronti del chiamato.

Quindi, la disciplina è molto diversa da quella che vale per le situazioni cui ha riguardo l'*art. 102*, in cui invece abbiamo visto che, se non viene integrato il contraddittorio, la sentenza è invalida; in tal caso, ovvero se la sentenza è pronunciata a contraddittorio non integro e ciò viene rilevato dal giudice di appello, questi deve rimettere la causa al giudice di primo grado; deve dunque sindacare appieno il rispetto dell'*art. 102* (*v. art. 354 c.p.c.*, che non fa invece riferimento a cattive o mancate applicazioni dell'*art. 107*).

Detto questo sul criterio dell'*opportunità* (che lascia abbastanza libero il giudice di primo grado, non essendovi un parametro legislativo cui ancorare questa valutazione di opportunità, oltretutto non sindacabile in appello), rimane da approfondire il concorrente criterio della *comunanza di causa*.

Il presupposto della comunanza di causa Il vaglio della sussistenza di questo presupposto, invece, non è lasciato alla discrezionalità del giudice, ma si fonda su una *ricostruzione basata sulla teoria della connessione tra rapporti giuridici*, vale a dire quello stesso tipo di criteri che ci sono serviti per chiarire la legittimazione all'intervento volontario, *ex art. 105*, e la legittimazione passiva dei terzi suscettibili di essere chiamati in causa ad istanza di parte, *ex art. 106*. Anzi, se si confronta il testo dell'*art. 106* con il testo dell'*art. 107*, ci si avvede che la nozione di terzo cui la causa è comune è espressa nelle due norme con la stessa (per vero un po' criptica) locuzione: il concetto di *comunanza di causa* *ricorre identico in entrambe le norme adiacenti*.

A questo punto, una forte tentazione interpretativa è quella di affermare, con

gusto di simmetria, che tutte le ipotesi in cui abbiamo individuato una causa comune ai fini dell'art. 106 saranno altresì fattispecie in cui il giudice, se lo ritiene opportuno, potrà disporre la chiamata ai sensi dell'art. 107. In altre parole, si potrebbe dire che l'art. 107 ricomprende tutte le ipotesi cui fa riferimento la prima parte dell'art. 106 (ad esclusione solo della vera chiamata in garanzia di un terzo, ivi separatamente contemplata): una sorta di rinvio *per relationem* alle tipologie di terzi ai quali la causa è comune, che sono state passate in rassegna trattando dell'art. 106 (terzi titolari di rapporti incompatibili, terzi titolari di rapporti strettamente connessi per il titolo o per l'oggetto, terzi titolari di rapporti dipendenti, terzi asseritamente veri legittimati passivi).

Senonché, questo tipo di binario interpretativo, che sembra essere così lineare e attraente, vista la contiguità delle due norme e la identità della formulazione letterale, può risultare non molto corretto sul piano sistematico per il fatto che, nell'art. 106, il concetto di comunanza di causa serve come presupposto in presenza del quale si vuole solo consentire alle parti la scelta in ordine alla chiamata in causa del terzo e viene perciò ampiamente inteso.

Nell'art. 107, invece, la stessa letterale espressione è funzionale ad un potere discrezionale del giudice di disporre che il terzo sia fatto intervenire nel processo. Conviene, quindi, essere più *cauti nell'attribuire una accezione ampia al concetto di comunanza di causa in vista dell'applicazione dell'art. 107*. Qualora non lo fossimo, renderemmo possibile al giudice, sulla base di una sua valutazione discrezionale, disporre l'ampliamento, innanzitutto, della sfera soggettiva del processo, e poi anche stimolare, almeno in alcune delle ipotesi che per i fini dell'art. 106 sono di comunanza di causa, un ampliamento essenzialmente della sfera oggettiva, vale a dire della materia del contendere, attuato mediante la deduzione in giudizio di rapporti, non dedotti con la domanda originaria dall'attore, facenti capo al terzo chiamato nei confronti dell'attore o del convenuto o di entrambi.

Emerge, dunque, quando si interpreta l'art. 107, il bisogno di una lettura restrittiva della figura della comunanza di causa, proprio perché nel caso in esame questa nozione è posta a contatto con un potere discrezionale del giudice di (fare) mutare la sfera soggettiva, ed eventualmente anche quella oggettiva, del processo. Ed allora il principio della domanda di parte, il principio dispositivo – fuori campo, e così non leso, per le viste ragioni, a fronte dell'art. 102 – qui davvero finisce per erigere un ostacolo a valorizzare oltremodo questo potere conferito al giudice dall'art. 107, anche se il suo esercizio deve essere certo orientato – come vedremo – a tutelare il terzo e a provocarne il contraddittorio, specie quando la sentenza potrebbe più o meno pregiudicarlo (ed essere così poi da lui opponibile *ex art. 404*).

Ci si chieda, a questo punto, qual è lo scopo della chiamata coatta del terzo e in quali casi il giudice la possa ordinare, posto che qui certo la sentenza sarebbe valida anche se il terzo non in-

Principii ed ambito di applicazione

... e perimetro più stretto della "causa comune"

I terzi soggetti ad essere chiamati in causa iussu iudicis

tervenisse. In particolare, ci si domandi perché il giudice può imporre alle parti di far partecipare un terzo al processo, tenuto conto che esiste il principio per cui è la parte che con la domanda giudiziale determina chi è il convenuto e qual è il diritto su cui si controverte. Occorre passare in rassegna da questo angolo visuale le varie fisionomie di terzi e vedere in che modo il giudice possa così

... con atto di citazione contribuire alla loro tutela, facendoli diventare parti per effetto della *notifica di un atto di citazione* (*che, come tale, non può essere una mera denuncia di lite volta a stimolare un eventuale intervento volontario del “chiamato”*).

Innanzitutto, va considerato colui che vanta diritti di eguale natura relativamente allo stesso oggetto del processo, vale a dire il soggetto titolare di un diritto incompatibile; che è poi la figura di terzo che può esperire intervento principale e che può essere chiamato in causa per comunanza *ex art.* 106. Senza dubbio, questa potrebbe essere una ipotesi di applicazione dell'*art.* 107, ma la logica qui sottesa risulta diversa da quella di proteggere colui che sarebbe soggetto comunque all'estensione del giudicato da un esito processuale che con la sua partecipazione avrebbe potuto essere diverso e più aderente alla situazione sostanziale. Infatti, se

Terzi titolari di un diritto incompatibile questo soggetto non fosse intervenuto, il giudicato tra le due parti originarie assolutamente non lo vincolerebbe affatto; egli sarebbe, infatti, libero di far valere il suo diritto contro il vincitore del pri-

mo processo, o di proporre opposizione ordinaria di terzo. Pertanto, se si ammette che l'*art.* 107 possa riferirsi ad ipotesi di questo tipo non ci è consentito affermare che il giudice può ordinare la chiamata in causa unicamente in funzione “protettiva”, ossia solo di quei terzi che sarebbero vincolati dal giudicato formatosi fra le parti originarie, ovvero nei cui confronti quel giudicato estenderebbe la sua efficacia di accertamento vincolante. Potrebbe essere questa una chiave di lettura del concetto di “comunanza di causa”, di cui all'*art.* 107 c.p.c.; probabilmente, però, si tratterebbe di un'esegesi troppo ampia rispetto a quella minimale, imposta dal temperamento fra principio del contraddittorio e principio dispositivo. In linea generale, dunque, la chiamata in causa del terzo pretendente risponde ad una logica “protettiva” non tanto del chiamato, quanto piuttosto del convenuto, che otterrà certezza circa il titolare della prestazione, ove essa risultasse dovuta. Si possono però immaginare dei casi in cui la chiamata in causa giova direttamente e soprattutto al terzo pretendente, ad es. perché utile ad evitare l'operare dell'istituto del pagamento (liberatorio) al creditore apparente, che il debitore potrebbe invocare, almeno in alcuni casi, se condannato con sentenza definitiva ad adempiere la prestazione pretesa anche dal terzo a favore di un soggetto diverso.

Terzi titolari di un diritto dipendente Si considerino, ora, i terzi che invece sarebbero esposti, *in via riflessa*, all'efficacia vincolante (conformativa) del giudicato reso *inter partes*, ovvero alcuni titolari di un rapporto dipendente da quello oggetto del giudizio (v. sez. I, cap. 6); per essi, almeno là dove si possa ammettere questa “riflessione” sul rapporto dipendente, solitamente si ammette con facilità la chiamata per comunanza di causa per ordine del giudice.

Vi sono, infatti, terzi titolari di rapporti dipendenti cui la legge esplicitamente estende, totalmente o parzialmente, l'efficacia del giudicato. E li abbiamo già incontrati: sono *alcuni di quelli* che possono fare intervento adesivo, come ad esempio – in ordine decrescente di vincolo al giudicato – il subconduttore (art. 1595 c.c.) e – almeno per chi non reputi che la chiamata qui integri un onere sostanziale insurrogabile – il venditore garante per l'evizione (art. 1485 c.c.).

... più o meno vincolati dal giudicato

In queste ipotesi, la chiamata del terzo, mentre consente a questi di rimediare alla negligente o dolosa condotta delle parti che possa arrecargli pregiudizio, non allarga l'oggetto del giudizio, perché il terzo viene fatto partecipare al processo affinché sia resa una decisione vincolante anche nei suoi confronti sull'oggetto del giudizio originario. Tant'è vero che nelle ipotesi di terzi titolari di rapporti dipendenti si può ritenere che la chiamata possa essere disposta, quantomeno quando tali terzi sarebbero comunque soggetti al giudicato pieno (ad esempio il subconduttore), anche in grado di appello, mai però nel giudizio di rinvio.

Di conseguenza, non avremo una forzatura del principio (dispositivo) in virtù del quale almeno i limiti oggettivi dell'oggetto del giudizio sono fissati dalla domanda dell'attore. Lo stesso può in parte dirsi per il caso del terzo titolare di un rapporto incompatibile, anche se non sempre ricorre una esigenza di "difenderlo" dalla sentenza. Si tratta di una ipotesi nella quale è dato riscontrare un allargamento solo relativo dell'oggetto del giudizio, in quanto si tratta di stabilire, anche nei confronti del terzo, l'effettivo titolare del rapporto giuridico azionato dall'attore; non c'è un vistoso allargamento dell'oggetto del giudizio, perché la relazione di incompatibilità sussistente fra la pretesa dell'attore e la pretesa del terzo pone questi due diritti così vicini (tant'è vero che delle due pretese una sola risulterà fondata) da far sì che non ci sia un effettivo spostamento del tema della decisione delineato dalla domanda dell'attore.

Possiamo quindi ammettere, senza che sia violato il principio dispositivo, che possa operare l'art. 107 per entrambe le ipotesi finora vedute.

Ci domandiamo, ora, se la chiamata in causa *iussu iudicis*, ex art. 107, possa trovare applicazione altresì nell'ipotesi di terzo titolare di un rapporto connesso per il titolo o per l'oggetto (legittimato cioè all'intervento volontario litisconsortile), vale a dire se questa chiamata *iussu iudicis*, che la norma impernia sul concetto di comunanza di causa, possa aspirare ad avere un campo applicativo di analoga ampiezza rispetto a quello riconosciuto all'art. 106. L'ostacolo che occorrerebbe superare al fine di riconoscere una coincidenza di ambito applicativo è costituito qui davvero dal principio dispositivo: precisamente, mentre la chiamata in causa *iussu iudicis* del terzo titolare di rapporto dipendente o incompatibile non varia realmente il *thema decidendum*, estendere la sfera applicativa della norma ai terzi titolari di rapporti connessi per il titolo o per l'oggetto *amplierebbe e diversificherebbe* alquanto il *thema decidendum*, dando luogo ad un processo con cumulo soggettivo di cause: si formerebbe un litisconsorzio facoltativo sopravvenuto (...).

La chiamata del terzo titolare di un diritto connesso per l'oggetto o per il titolo

imposto dal giudice) analogamente a quanto si può verificare a seguito dell'intervento litisconsortile, *ex art.* 105, co. 1, o a seguito della chiamata ad istanza di parte, *ex art.* 106, parte prima.

... perplessità Vediamo, per primo, il caso della intensa connessione – sia per l'oggetto che (talora almeno) per il titolo – propria delle obbligazioni solidali. Ci si potrebbe chiedere per quale motivo, se l'attore cita solo un condebitore e così mostri di non volere fare valere la sua pretesa creditoria anche contro l'altro coobbligato solidale (la specificità della solidarietà è proprio quella di consentire all'attore di scegliere contro quale coobbligato fare causa), dovrebbe essere il giudice ad intervenire onerando le parti del giudizio della chiamata in causa dell'altro condebitore. La risposta non è agevole, anche perché la legge nulla dice al riguardo.

In linea di massima occorre dire che, in ipotesi di questo tipo, in cui un potenziale litisconsorte facoltativo passivo non è stato chiamato in causa *ab origine* dall'attore, il giudice non dovrebbe cambiare la composizione soggettiva del processo esercitando il potere di cui all'art. 107. Quindi, bisogna necessariamente concludere nel senso che la nozione di comunanza di causa, che pur ricorre letteralmente identica, finisce con l'avere una carica evocativa variabile, più ampia nell'art. 106, più circoscritta nell'art. 107. Constatiamo così qui, quasi esemplarmente, la prevalenza dell'elemento interpretativo di indole sistematica sull'elemento interpretativo di indole letterale.

Ma ciò significa, allora, che la chiamata per ordine del giudice non può mai condurre ad un ampliamento dell'oggetto del giudizio? Questa sarebbe forse una conclusione esagerata, nel senso che, anche se non sembra che la norma sia applicabile alle ipotesi normali di connessione per il titolo e per l'oggetto, può esservi un accettabile ed utile campo applicativo dell'art. 107 caratterizzato da un effettivo ampliamento del *thema decidendum*. In particolare, si fa riferimento alla chiamata *iussu iudicis* di colui che il convenuto asserisce (o comunque emerge dagli atti) poter essere il c.d. vero obbligato ovvero – con locuzione impropria – l'effettivo legittimato passivo. E questa ipotesi è compresa anche nel campo applicativo dell'art. 106, come vedemmo.

La chiamata del c.d. vero obbligato La fattispecie è quella del convenuto che, per cercare di corroborare e di rendere maggiormente credibile la propria difesa, non si limita a dimostrare di non essere il responsabile, o più in generale il debitore (che è quanto comunque basterebbe a far respingere la domanda del creditore), ma integra questa strategia meramente difensiva con l'indicazione di chi, a suo dire, sarebbe il vero responsabile, il vero debitore, soggetto peraltro possibile di essere chiamato in causa innanzitutto a cura del convenuto, e così ad istanza di parte. Se però il termine di decadenza per la chiamata in causa del terzo ad istanza di parte fosse ormai decorso (e v. la severa preclusione per il convenuto di cui all'art. 167 c.p.c.), ci si deve domandare se possa il giudice sopperire alla preclusione della parte, ordinando egli stesso la chiamata del terzo.

La giurisprudenza ha risposto affermativamente a questo quesito, sostenendo che l'art. 107 possa in concreto funzionare come una sorta di recupero della possibilità di chiamata. La *ratio*, tuttavia, non si scorge nella necessità di tutelare il convenuto. Se questi riuscirà a difendersi in maniera fondata, otterrà il rigetto della domanda attorea, evitando così la soccombenza, quand'anche il terzo non fosse stato coinvolto, in veste di nuova parte, nel giudizio. A ben vedere, non sarà nemmeno la protezione del terzo che il giudice ricerca adoperando l'art. 107, poiché egli non sarebbe assolutamente vincolato dal giudicato di assoluzione del convenuto. Il vero soggetto tutelato dall'eventuale utilizzazione dell'art. 107 in codesta ipotesi è, chiaramente, solo l'attore: infatti, se non viene ampliato l'oggetto del giudizio nei confronti dell'altro presunto legittimato passivo, l'attore rischia di veder respinta la sua domanda contro il convenuto, salva sì l'opportunità della riproposizione della domanda, in un autonomo processo, nei confronti del terzo indicato dal convenuto quale vero responsabile, ma con la possibilità di una nuova soccombenza anche in questo ulteriore giudizio, e dunque così di un contrasto motivatorio fra i giudicati. Anche questo può contribuire a spiegare l'attivazione anticipata – e coerenziatrice – del giudice del primo processo.

Il giudice viene a sopperire alla preclusione maturata dall'attore

Quindi è l'attore, in presenza di un convenuto che si difende affermando di non essere lui ma un terzo il vero responsabile, che ha tutto l'interesse a convogliare nel processo in corso anche la sua pretesa ipotetica e alternativa contro tale ultimo soggetto. Questo l'attore lo può fare utilizzando l'art. 106, se il suo interesse emerge dalla comparsa di risposta o anche forse alla prima udienza di trattazione; questo dovrebbe accadere, *ex art.* 183, in un sistema caratterizzato da forti preclusioni, quale quello introdotto dalla legge n. 353/1990 ed irrigidito dalle riforme del 2005 (non invece da quella del 2009, che non ha toccato la materia); diversamente, nel sistema precedente, la difesa del convenuto poteva svolgersi nel corso di quasi tutto il giudizio di primo grado e financo assumere la forma dell'indicazione di un altro come vero responsabile per la prima volta in appello. Poteva, allora, capitare che l'attore si ritrovasse a voler chiamare in causa il terzo indicato dal convenuto come il vero responsabile, quando, essendo incorso in preclusioni, non poteva più farlo.

In sostanza, l'art. 107 può essere uno strumento da utilizzare quando è opportuno da parte del giudice ordinare alle parti ciò che in realtà una di esse vorrebbe poter fare e non può più fare “con le proprie forze”, vale a dire la chiamata in causa del terzo.

La struttura processuale configurata vede dunque una domanda originaria che deduce un credito dell'attore contro il convenuto; a fronte di un certo tipo di difesa del convenuto (che può talora affiorare dopo l'udienza di cui all'art. 183, ad esempio negli scritti di parte ad essa immediatamente successivi), il giudice può ordinare la chiamata in causa del terzo affermato da questi vero responsabile. Così facendo, si ottiene semplicemente la partecipazione del terzo al giudizio, ma l'attore, nell'effettuare la chiamata ordinata dal giudice, è posto in condizione, se vuole, di proporre, in via alternativa o subordinata, anche contro questo terzo, quella domanda di condanna al risarcimento dei danni già proposta contro l'originario convenuto.

Estensione della domanda nei confronti del terzo

Ora, un problema di ordine sistematico che può profilarsi è quello di stabilire se, per effetto dell'ordine di chiamata del giudice, contro il terzo, indicato come vero responsabile dal convenuto, si possa pronunciare la condanna ovvero se occorra una esplicita estensione della domanda di condanna al terzo da parte dell'attore.

Parte il chiamato lo diviene, ma la giurisprudenza, a nostro parere, non sviluppa correttamente questo aspetto perché essa sostiene che, quando il giudice ordina la chiamata in causa del terzo (o quando lo chiama il convenuto *ex art. 106*), anche se l'attore non estende esplicitamente la domanda al terzo, il giudice possa ugualmente condannarlo. Questa soluzione è palesemente incompatibile con il principio dispositivo e con il principio della domanda.

È pur vero che il giudice può ordinare la chiamata del terzo per consentire l'ampliamento della sfera dei soggetti del processo dopo che la chiamata ad istanza di parte risulti preclusa. Ma se l'attore esplicitamente non propone la domanda di condanna nei confronti del terzo chiamato, il giudice non può condannarlo; potrà solo, eventualmente, rigettare la domanda nei confronti del convenuto. Quindi, il compromesso fra principio dispositivo e iniziativa giudiziale si dovrebbe raggiungere in questo modo: l'iniziativa del giudice *ex art. 107* mira a consentire la partecipazione al giudizio del terzo quando le parti non sarebbero più in grado di chiamarlo in causa, ma il solo fatto che il giudice ne ordini la chiamata *non estende automaticamente l'oggetto del giudizio alla sua eventuale responsabilità*. Affinché ciò si verifichi, occorre che l'attore formuli anche – e a rigore non lo potrebbe più fare oltre la prima udienza, *ex art. 183* – una esplicita domanda di condanna in via alternativa.

Se l'attore non estende la domanda al terzo chiamato, potrà proporla successivamente in un autonomo processo; quest'ultima eventualità pone il problema di stabilire se quel terzo chiamato (senza domanda di condanna nei suoi confronti) sia in qualche modo *vincolato dal precedente giudicato* di rigetto (favorevole al convenuto) reso in sua presenza.

Efficacia della sentenza pronunciata solo fra le parti originarie nei confronti del terzo

Liebman, ad esempio, lo ammette, affermando che *sulla premessa di fatto e di diritto della decisione fra l'attore e il convenuto si forma un vincolo di giudicato in grado di precludere per il futuro al terzo di rimettere in discussione questi accertamenti*. Stabilire se questo vincolo sia veramente conforme ai principi in tema di limiti oggettivi del giudicato non è cosa facile posto che il principio sancito dall'art. 2909 c.c. ci induce a ritenere che *un giudicato non si possa formare su singole questioni di fatto o di diritto*, ma soltanto sull'esistenza o meno di un effetto giuridico sostanziale (esempi: credito, debito, diritto soggettivo, *status*). Quella che Liebman propone è una ricostruzione che estende – non senza utilità, beninteso – ad alcuni snodi essenziali della motivazione della sentenza l'efficacia del giudicato, vale a dire estende l'efficacia del giudicato a quelle parti della motivazione che possono riguardare anche il terzo.

... profili sistematici

Questa interpretazione, in sostanza, si rivela uno strumento per cercare di utilizzare il processo non solo per definire la lite tra attore e convenuto, ma anche *per preconstituire accertamenti vincolanti* che avranno una efficacia pregiudicante nel processo che l'attore potrà instaurare nei confronti del terzo. Senza dubbio, questa è una costruzione interessante ma priva in Italia di un qualsiasi supporto

normativo: non esiste, infatti, nessuna norma che preveda che se viene chiamato in causa il terzo (che il convenuto afferma essere il vero responsabile), al quale l'attore non estende la domanda, e il giudice, accogliendo le difese del convenuto, rigetta la domanda dell'attore, le motivazioni di questo rigetto siano poi vincolanti nel nuovo processo che l'attore instauri contro il terzo.

Il codice tedesco, al contrario, fin dal suo nascere (alla fine del secolo XIX), dispone di una normativa apposita (quella dei §§ 68 e 74 sulla c.d. *Streitverkündung*); di tale istituto – concepito, a differenza che da noi, nel diritto germanico come mera denuncia della lite – Liebman aveva conoscenza, e se ne è valso per integrare il lacunoso disposto degli artt. 106 e 107. Ma il nostro codice non dice nulla in proposito, per cui si potrebbe benissimo affermare che se l'attore non ha approfittato della presenza del terzo nel processo per estendere la domanda contro di lui, cioè per instaurare un litisconsorzio facoltativo passivo alternativo, e se l'attore soccombe nei confronti dell'unico convenuto, non si crea nessun giudicato pregiudizievole per il terzo, qualora sia convenuto in un separato processo dal medesimo attore.

Perciò, se si volesse rimanere fedeli all'interpretazione dell'art. 2909 c.c., in base alla quale il giudicato si forma solo sul diritto controverso, sulla statuizione finale della sentenza, si dovrebbe dire che l'attore, se non estende la domanda al terzo chiamato, perde l'unica occasione di avvantaggiarsi della motivazione della sentenza del primo processo.

Liebman segue, invece, una strada diversa che può dirsi intermedia, sostenendo che se il terzo partecipa al giudizio senza diventare effettivamente convenuto nei confronti dell'attore, ad esso si estenderanno le soluzioni delle questioni di fatto e di diritto, in base alle quali eventualmente il convenuto originario non sia stato condannato.

Ora, l'accertamento contenuto nella sentenza che fa stato fra le parti è quello relativo al diritto azionato con la domanda giudiziale e, nel caso in esame, l'attore ha proposto la domanda giudiziale contro il convenuto soltanto. Sta all'attore, se crede, far valere quel diritto anche contro il chiamato: se non lo fa, l'oggetto del giudizio rimane quello originario; sicché, secondo noi, il giudicato si formerà anche nei confronti del chiamato per ordine del giudice, che riceve *la notificazione di un atto di citazione* (ex art. 270) e così *diviene parte* almeno di una domanda di mero accertamento sull'oggetto originario del giudizio. Ciò che verso il chiamato farà stato sarà, però, è solo l'esistenza della responsabilità o meno del convenuto, non i motivi che possono indurre a negare la responsabilità di quest'ultimo e ad affermare in sua vece quella di un altro soggetto.

Conclusioni

Per la bibliografia e le questioni si veda l'appendice informatica.

12

La successione nel processo

Successione a titolo particolare e a titolo universale. – S. *inter vivos* e *mortis causa*. – S. delle persone giuridiche pubbliche. – S. delle società commerciali. – La s. nel processo avviene anche se il diritto litigioso non si è trasmesso. – La *ratio* dell'art. 110 c.p.c. – S. nel processo e s. nel diritto. – La s. nel processo in caso di s. *ab intestato*. – La s. nel processo in caso di testamento. – La istituzione di erede *ex re certa*. L'ipotesi particolare del lascito di un legato per *vindicationem*.

Con l'esame dell'istituto della successione processuale e degli artt. 110 e 111 che lo disciplinano, si esaurisce lo studio della normativa del titolo IV ("Dell'esercizio dell'azione") del libro I del codice di procedura civile e, in particolare, viene ultimata l'analisi delle disposizioni riguardanti la pluralità di parti nel processo di primo grado.

L'istituto della successione può riguardare la pluralità di parti nel processo, perché un processo che nasce con un attore e un convenuto, secondo l'ipotesi più semplice, talora può diventare un processo con più parti, per effetto della successione nel diritto controverso: vale a dire attore, convenuto e quell'ulteriore soggetto che è succeduto – ma può trattarsi anche di una pluralità di soggetti – nel diritto controverso per atto fra vivi o *mortis causa*.

Ora, quando si parla di successione, bisogna tenere presente la distinzione, da una parte, tra successione a titolo universale e successione a titolo particolare e, dall'altra, tra successione *inter vivos* e *mortis causa*. La successione *inter vivos* è di solito una successione a titolo particolare: il successore subentra in singoli diritti del dante causa, in virtù perlopiù di contratti (esempi: compravendita, permuta, conferimento in società) che si caratterizzano per l'effetto traslativo della proprietà di un bene. La successione *mortis causa* delle persone fisiche può essere universale (eredità) o a titolo particolare (legati).

Esiste comunque qualche caso – segnatamente nel campo delle persone giuridiche – in cui vi è una successione universale dell'una all'altra, senza estinzione, anche se in genere la successione universale avviene *mortis causa*. Ci si chiede, allora, quale potrebbe essere un'ipotesi di successione non *mortis causa* a ti-

Nozioni generali

Successione a titolo universale e a titolo particolare

tolo universale, cioè non relativa a singoli diritti (successione particolare) ma all'intero patrimonio di un soggetto, che viene *ex lege* trasferito ad un altro soggetto.

Successione ereditaria e diritti intrasmissibili

Per le persone fisiche questa possibilità non esiste, perché, per loro, la successione a titolo universale si può avere solo mortis causa: quando un soggetto muore (al decesso è equiparato, ex art. 63 c.c., il passaggio in giudicato di una sentenza che dichiara la morte presunta, mentre nel nostro ordinamento non vi sono altre ipotesi di perdita della capacità giuridica), l'intero complesso delle situazioni giuridiche a lui facenti capo – in grazia di un trasferimento cui rimarranno estranei solo i diritti intrasmissibili – deve passare ad altri (la necessità di tale trasmissione è palesata dalla disciplina della successione legittima, che, in mancanza di altri successibili, prevede la devoluzione dell'eredità allo Stato: art. 586 c.c.).

Questo fenomeno della devoluzione successoria opera sempre, anche se non tutti i diritti del *de cuius* potranno trasmettersi (i diritti personalissimi sono intrasmissibili e “muoiono” insieme al loro titolare). Nel processo, una volta subentrato comunque l'erede o gli eredi, si dovrà giudicare innanzitutto della trasmissibilità del diritto oggetto del giudizio; ove venga esclusa, dovrà allora dichiararsi la cessazione della materia del contendere se solo quel diritto intrasmissibile era oggetto del processo e l'azione già iniziata dal titolare non sia proseguibile dagli eredi, come nei casi degli artt. 127 e 267 c.c. Se invece era stato azionato anche un diritto conseguenziale – ad esempio risarcitorio a seguito di lesione del diritto personalissimo – patrimoniale e trasmissibile, su di esso il processo può arrivare alla normale decisione sul merito. I diritti che non siano intrasmissibili non passano uno alla volta, passano tutti in blocco, congiuntamente assieme ai debiti e alle altre situazioni passive (soggezioni, etc.): ecco il concetto di successione *in universum ius*; per le persone fisiche solo la morte può cagionare questa vicenda.

Trattando dei fenomeni successori, occorre avvertire che per le persone giuridiche le cose stanno invece diversamente. Parlare di morte di una persona giuridica è infatti alquanto inappropriato; si parlerà, al contrario, di estinzione. In codesto caso di *estinzione* tendenzialmente (e così per le società, di persone o di capitali) si avrà in effetti un fenomeno di successione universale, come chiarito dalle sez. un. (sent. nn. 6070-6071-6072/2013). Nel campo del diritto pubblico, peraltro, alcune leggi sembrano avere previsto anche una successione universale senza estinzione della persona giuridica titolare della sfera giuridica trasferita.

Successione delle persone giuridiche pubbliche

In effetti, in relazione alla estinzione la legge disciplina delle vicende in base alle quali le persone giuridiche succedono una all'altra. Un caso che ha creato non pochi problemi, proprio relativamente alla questione dell'applicazione degli artt. 110 e 111 c.p.c. (v. *infra* per la soluzione però nel secondo senso), è stato il caso dell'ENEL. Ci fu negli anni sessanta una legge di nazionalizzazione dell'energia elettrica che istituì per l'appunto – legge n. 1643/1962 – l'ente elettrico pubblico (ENEL). Orbene, non fu ben chiaro se questa legge volesse sanci-

re soltanto un trasferimento delle imprese elettriche gestite dalle vecchie società elettriche (ad esempio la SADE) o se invece ci fosse stata una vicenda di successione universale, vale a dire se in sostanza l'intero corpo dei rapporti giuridici facenti capo a queste società – pur non estinte – fosse stato trasferito in capo all'ENEL. Per tale ipotesi, dopo ampio dibattito, è prevalsa la tesi della successione *non universale*, con applicabilità allora dell'art. 111.

... e problemi di qualificazione

Varie leggi fra il 1992 e il 1995 hanno estinto le USL e sostituito loro le AUSL, disponendo che le seconde subentrassero alle prime nelle funzioni assistenziali e nella titolarità dei beni mobili e immobili ma non anche nei debiti e crediti (che sarebbero stati trasferiti alle Regioni). Sulla base di una prima interpretazione dell'articolata disciplina sostanziale (tutt'altro che incontroversa, peraltro), nei processi in corso relativi ai crediti e soprattutto ai debiti delle estinte USL, avrebbero dovuto a queste ultime, ormai venute meno, succedere le nuove AUSL, in quanto soggetti rispettivamente legittimati attivi e passivi in virtù di un fenomeno di successione *in universum ius ex art. 110 e art. 111, co. 2, c.p.c.* I processi pendenti avrebbero dovuto dunque essere proseguiti dalle AUSL nella loro qualità di successori a titolo universale, anche se nel diritto controverso fossero succedute le Regioni, che avrebbero così potuto intervenire nel processo (e far estromettere le AUSL) e comunque, fossero intervenute o meno, impugnare la sentenza pronunciata nei confronti delle AUSL ai sensi dell'art. 111, ult. co., c.p.c.

... un esemplare e controverso caso

Peraltra un orientamento della Cassazione, confermato dalle sezioni unite, partendo dal presupposto che l'avvicendamento delle AUSL alle pregresse USL non dia luogo ad un fenomeno di successione *in universum ius*, tende (criticabilmente) a ritenere che nella fattispecie in esame si sia verificata solamente una successione *ex lege* a titolo particolare delle Regioni nei rapporti obbligatori che facevano capo alle USL, rendendo applicabile in tal modo solo il co. 1 dell'art. 111 c.p.c., in base al quale il processo prosegue tra le parti originarie, ed il co. 4, secondo cui allora la legittimazione ad impugnare le sentenze spetta alle Regioni. Da ciò segue il difetto di legittimazione delle AUSL ad impugnare le sentenze rese nei giudizi in cui erano parti le precedenti USL.

Va lamentato peraltro il fatto che, per prevenire controversie tanto opinabili, il legislatore non puntualizzi quasi mai, nell'operare tali successioni tra enti, le specifiche sorti dei processi pendenti, lasciando l'interprete direttamente di fronte alle norme generali di cui agli artt. 110 e 111 c.p.c. senza neppure chiare premesse di diritto sostanziale.

Per altri casi meno recenti, v. la legge n. 833/1978 che istituì il Servizio sanitario nazionale e le USL (oggi – *v. retro* – estinte a loro volta) e la legge n. 210/1985 che istituì l'Ente Ferrovie dello Stato (più recentemente privatizzato in s.p.a.) quale successore in tutti i rapporti di pertinenza della vecchia Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato (l'art. 23 attribuì le controversie di lavoro al giudice ordinario, ossia al pretore del lavoro, senza però disciplinare la sorte delle controversie già pendenti avanti al giudice amministrativo: la giurisprudenza – criticabilmente – ne sancì poi il difetto sopravvenuto di giurisdizione). Almeno in questa ultima ipotesi vi fu successione universale del nuovo soggetto a quello precedente *non venuto meno* (così venne ritenuto inapplicabile l'art. 110, potendosi piuttosto applicare per analogia l'art. 111 e così la permanenza nei processi pendenti della vecchia Azienda autonoma: v. Cass. 27 giugno 1991, n. 7223, e Cass. 11 febbraio 1995, n. 1558).

Altro caso: le nuove agenzie fiscali

A partire dal 1° gennaio 2001 le Agenzie delle entrate, in forza delle disposizioni del d.lgs. n. 300/1999, sono subentrata al Ministero delle finanze (ora Ministero dell'economia e delle finanze) nei rapporti inerenti alle entrate tributarie, con le relative funzioni anche in sede contenziosa. Stante la mancata previsione da parte del legislatore di una disciplina transitoria volta a regolamentare la successione nei procedimenti giurisdizionali pendenti al 1° gennaio 2001, si è di nuovo posto agli interpreti il problema di determinare se si versasse in una ipotesi di successione a titolo universale *ex art. 110* oppure a titolo particolare *ex art. 111* delle Agenzie delle entrate nelle controversie non ancora definite.

A fronte di una giurisprudenza di merito per lo più orientata per la successione a titolo particolare, la prima pronuncia della sezione tributaria della Cassazione, seppur implicitamente, prendeva posizione a favore dell'applicazione dell'*art. 110* chiarendo che il ricorso per Cassazione avente ad oggetto una controversia tributaria insorta nei confronti degli uffici del Ministero delle finanze deve essere proposto – a partire dal 1° gennaio 2001, momento in cui le Agenzie delle entrate sono divenute esecutive – avverso i direttori delle Agenzie delle entrate, organi rappresentativi delle stesse ai sensi della citata legge istitutiva. Questa soluzione aveva destato più di una perplessità presso la dottrina in considerazione della costante giurisprudenza della Cassazione che – come abbiamo visto – in tema di successione *ex lege* fra soggetti di diritto pubblico ha chiarito che *la disciplina dell'art. 110 presuppone il totale venir meno della parte processuale* e quindi nel caso della successione fra enti, con trasferimento *ex lege* di beni e rapporti, senza estinzione dell'ente che ha così trasferito parte dei suoi beni e dei suoi rapporti giuridici, si avrà la prosecuzione dei processi pendenti fra le parti originarie ai sensi dell'*art. 111*, salva la facoltà d'intervento dell'ente successore a titolo particolare.

A comporre i dubbi così sollevati sono intervenute le sezioni unite della Cassazione (sent. n. 6633/2003) che hanno ritenuto l'Agenzia delle entrate destinataria di un trasferimento di rapporti e attribuzioni determinati (seppur con formula ampia: tutti i rapporti inerenti alle entrate tributarie) e non della universalità dei rapporti facenti capo ad un soggetto non più esistente – come accade per l'ipotesi della successione universale – in quanto il Ministero delle finanze rimane in vita (ora come Ministero dell'economia e delle finanze) e mantiene funzioni anche in materia di entrate, di modo che nell'ambito dei processi pendenti l'Agenzia delle entrate è subentrata a titolo particolare nella titolarità del credito erariale controverso. Questo comporta – sempre secondo le sezioni unite – che legittimati attivamente a proporre ricorso per Cassazione sono sia il Ministero delle finanze quale originario titolare del credito controverso sia la Agenzia delle entrate legittimata in quanto successore a titolo particolare *ex art. 111, ult. co.* (v. oltre). Quanto invece alla legittimazione passiva, alla luce di questa decisione, l'applicazione dell'*art. 111* comporta la prosecuzione delle controversie già pendenti al 1° gennaio 2001 nei confronti del Ministero salva la possibilità per l'Agenzia delle entrate di intervenire in giudizio.

Successione delle società commerciali

Senza interpellare ulteriormente le tante leggi speciali, che frequentemente prevedono vicende di successione *ex lege* fra enti perlopiù pubblici, guardiamo ora al codice civile ed in particolare *alla disciplina ivi dettata in materia di società*. Ci si deve chiedere se vi sia qualche caso di successione a titolo universale in ambito societario a seguito del venir meno di una società. Innanzitutto si

può prendere in considerazione in tale prospettiva (questo è infatti il modo tradizionale di intenderlo) l'istituto della fusione; a tal riguardo, l'opinione maggioritaria soleva distinguere tra fusione per incorporazione (al cui ricorrere si riteneva che la società incorporata cessasse di vivere e l'intero suo patrimonio venisse trasmesso all'incorporante) e fusione paritaria o per unione. In questo secondo caso, si ravvisava un fenomeno di fusione pura, per mezzo della quale entrambe le società cessavano di vivere e ne nasceva una terza: la terza società era considerata successore, avente causa a titolo universale, nei rapporti giuridici facenti capo ad entrambe le altre due società. Tutte e due le ipotesi di fusione si reputava rappresentassero, ora per una, ora per entrambe le società, validi esempi di successione in *universum ius* (nonché di applicazione dell'art. 110 c.p.c.).

La pronuncia delle sezioni unite n. 2637 dell'8 febbraio 2006 (poi seguita dalle sezioni semplici) ha però respinto tale tradizionale orientamento. Essa ha tratto spunto, in particolare, dal disposto della nuova norma sulle fusioni, introdotta dalla riforma del diritto societario (l'art. 2504-bis), ove si parla di una *prosecuzione* di tutti i rapporti, anche anteriori alla fusione, e così di prosecuzione senza iati anche dei rapporti processuali pendenti. La Cassazione ha così affermato che la fusione tra società non determina l'estinzione della società incorporata (o di entrambe le società nel caso di fusione paritaria), ma solo una loro evoluzione modificativa (sì che il processo pendente può proseguire senza alcuna interruzione), con ciò accogliendo le istanze già da tempo formulate dall'autore di queste pagine e dalla maggior parte della dottrina gius-commercialista (v. *infra*). Non si applicherà così né l'art. 110, poiché non viene meno la parte originaria, né l'art. 111, poiché non vi è successione a titolo particolare nella *res litigiosa*.

Quanto alle due figure di scissione di società introdotte nel codice civile (di cui artt. 2506 e 2506-*quater*) il discorso va diversificato. Sono infatti da condividere le perplessità della dottrina circa la configurabilità di una successione a titolo universale nell'ipotesi di scissione c.d. parziale, ovvero con trasferimento solamente di una parte del patrimonio della società "scissa" ad una o più altre società: qui la successione è in una serie di rapporti e così unitaria per essi ma pur sempre a titolo particolare. Rappresenta, invece, senz'altro un caso di successione in *universum ius* la scissione c.d. totale, che si attua mediante trasferimento dell'intero patrimonio sociale della società "scissa" a più società, preesistenti o di nuova costituzione (v. art. 2506 c.c.).

Scissione delle società

Nulla del genere ovviamente può dirsi, poiché ipotesi del tutto estranea alla nostra questione, allorché si abbia un cambiamento di controllo del pacchetto azionario, anche se integrale: in questo caso la società rimane in vita, cambiano solo gli azionisti. Non si può, allora, parlare di successione nel patrimonio sociale. Non dà luogo, inoltre, ad estinzione e successione l'istituto della trasformazione, ad esempio da società di persone in società di capitali: in essa è lo stesso soggetto che continua a vivere, sia pure con una formula giuridica diversa. Pertanto qui non c'è spazio in partenza per alcun fenomeno successorio che possa dare luogo all'applicazione dell'art. 110.

Ritornando alla disciplina processuale di tali fenomeni di diritto sostanziale, gli artt. 110 e 111 c.p.c. disciplinano la successione nel processo. Il primo (art. 110) considera la successione a titolo universale con riguardo peraltro alle sole ipotesi in cui, *venendo la parte*

La successione nel processo (art. 110 c.p.c.)

*meno o per morte (persone fisiche) o per altra causa (estinzione di enti: v. *retro* e*

... e il venir meno della parte *anche oltre), il processo è proseguito dal successore universale (erede o eredi) o in suo confronto.* L'art. 110 rappresenta la norma cardine

non tanto della disciplina della successione nel processo a titolo universale, quanto e più limitatamente della successione nel processo conseguente a successione a titolo universale nel diritto controverso per essere venuta meno la parte sul piano sostanziale. Sì che occorre, *innanzitutto, ricostruire nel processo la bilateralità della lite*, facendo divenire parte il successore del soggetto venuto meno. Infatti il venir meno di una delle parti lascia il processo nella impossibilità di porre capo a qualunque decisione o sentenza, che invece l'art. 110 rende possibile.

La successione a titolo particolare nel diritto controverso (art. 111 c.p.c.)

L'art. 111 disciplina invece le conseguenze che possono derivare sotto il profilo della successione nel processo dalla successione a titolo particolare nel diritto controverso (od anche, per analogia, nel caso di successione universale di un soggetto ad un altro *non venuto meno*), fenomeno che può verificarsi sia *inter vivos* che *mortis causa*: nel primo caso la norma prevede che il processo prosegua fra le parti originarie; nel secondo – è il caso del legato – che esso sia proseguito dal successore universale o in suo confronto.

Tra gli artt. 110 e 111 vi è una sostanziale differenza, adombbrata dal diverso tenore delle rispettive rubriche e dipendente dalle differenti esigenze cui essi vengono incontro. L'art. 110 disciplina infatti la situazione che viene a crearsi *là dove venga meno una delle parti* del processo, vi si ricolleghi o meno una vicenda di successione nel diritto su cui si controverte nel processo pendente. In tali ipotesi è necessario, come si disse, che nel processo subentri alla parte “venuta meno” un altro soggetto che stia in giudizio – succedendole almeno processualmente – in luogo della parte venuta meno (per morte o per estinzione), affinché possa essere accertata, nel suo contraddittorio, la sussistenza o meno del diritto controverso; od anche solo, se il diritto controverso non era tale da poter essere trasmesso al successore, per far constare tale realtà e pronunziare, con sentenza, la cessazione della materia del contendere (su cui v. sez. VI, cap. 4).

Alla problematica dell'art. 110 sono dunque estranee le questioni – di importanza centrale nella prospettiva dell'art. 111 – concernenti la spettanza della si-

La ratio dell'art. 110: garantire la presenza di almeno due parti nel processo

tuazione soggettiva oggetto di lite e l'effettivo verificarsi sul piano sostanziale di una successione nel diritto controverso. Nell'ottica di questa norma ciò che rileva è solamente il fatto che una parte sia venuta meno, sì che ad essa ne debba *subentrare un'altra* onde consentire il regolare *svolgimento trilaterale* (attore, convenuto, giudice) del processo. Per provvedere a tali situazioni l'art. 110 dispone, allora, che il posto della parte venuta meno venga assunto dal suo successore a titolo universale, assicurando in tal modo la presenza di due parti nel processo, atteso che a una vicenda estintiva di un soggetto di diritto si accompagna sempre un fenomeno di successione *in universum ius*, ossia nel complesso delle situazioni giuridiche – anche se non necessariamente in tutti i diritti (si estinguono, con la morte, quelli perso-

nalissimi od in genere intrasmissibili) – di cui il soggetto venuto meno era titolare. Se gli eredi successori della persona fisica defunta sono *vari* essi saranno *litisconsorti necessari* (anche se vi è già stata divisione). La qualità di eredi di chi subentra nel processo, dopo la sua interruzione, va accertata solo se vi sia stata contestazione di essa (e sarà allora necessaria l'eventuale istruttoria su tale questione, che è qui di rito poiché attiene alla loro legittimazione attiva o passiva). Nel processo fallimentare e nelle fasi di impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento la legge prevede, invece, con intento semplificatorio, la figura del rappresentante comune degli eredi del fallito (identico meccanismo troverà applicazione, quando entrerà in vigore il Codice della crisi e dell'insolvenza, destinato a sostituire la procedura fallimentare con quella di liquidazione giudiziale).

Ne consegue, da un lato, che l'art. 110 si applica anche ove sul piano sostanziale al venir meno della parte non sia, in concreto (per la intrasmissibilità del diritto controverso), corrisposta alcuna successione nel diritto oggetto di giudizio, sì che nel proseguimento del processo, ristabilita (con il successore universale) la duplicità delle parti, si possa prendere atto della intrasmissibilità del diritto fatto valere. Così, ad esempio, nel caso di giudizio relativo ad un diritto intrasmissibile oppure che si estingue con la morte della parte (come l'usufrutto o certe locazioni prorogate *ex lege*), succederà al defunto l'erede universale pur se egli non diverrà titolare di quel diritto e il giudizio finirà nei suoi confronti con una *sentenza di cessata materia del contendere*.

Dall'altro lato, la predetta norma non trova invece applicazione ove la vicenda di successione a titolo universale si verifichi, ma senza che ad essa si accompagni l'estinzione del soggetto di diritto che era parte nel giudizio: questi casi (relativi specie a enti pubblici o comunque a vicende regolate da norme apposite: v. *retro*) saranno disciplinati, per analogia, dall'art. 111, co. 1, 3 e 4, nonostante esso prenda letteralmente in considerazione le sole fattispecie di successione a titolo particolare nel diritto controverso. Il processo proseguirà quindi tra le parti originarie (tutte ancora esistenti), salva la possibilità per il successore universale di intervenirvi (spontaneamente o su chiamata) e ferma comunque la sua soggezione all'accertamento contenuto nella sentenza pronunciata nei confronti del suo dante causa a titolo universale.

Venir meno della parte senza successione

Successione fra parti "perduranti" (art. 111)

Quanto alla ipotesi in cui *non* sia venuta meno la parte pur in presenza di successione (universale pur sempre) *ex lege*, cui abbiamo accennato, possiamo ricordare, in via esemplificativa, quanto avvenuto in occasione della già richiamata vicenda della creazione dell'ENEL. La giurisprudenza è arrivata a negare l'applicazione dell'art. 110 e ad affermare l'applicabilità dell'art. 111 (con il corollario che nei processi in corso rimase la singola società che ne era parte – ad esempio la SADE – e non subentrò l'ENEL) nonostante fosse evidente l'intento della legge di nazionalizzazione delle imprese elettriche private di realizzare una successione nel complesso dei rapporti (*in universum ius*), che ad esse facevano capo, da parte del costituendo ente pubblico. Decisiva in proposito fu

la circostanza che le società esercenti le imprese nazionalizzate rimasero in vita come soggetti di diritto, sì da poter continuare ad essere parti dei processi che le coinvolgevano, senza che fosse necessaria – nel senso sopra chiarito – la successione di un nuovo soggetto nella loro posizione processuale.

Si pone invece al di fuori dell'ambito di applicazione degli artt. 110 e 111 c.p.c. l'ipotesi di fusione di società. Come si è detto la ord. n. 2637/2006 delle sez. un., sottolineando che la fusione per incorporazione non determina l'estinzione della società incorporata, né quella paritaria crea un nuovo soggetto di diritto (bensì attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione), ricostruisce il fenomeno alla stregua di “una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo” e sembra così allinearsi con quegli Autori (tra tutti v. Santagata) che ravvisano nella fusione solo una fattispecie modificativa dell'atto costitutivo di rilievo analogo, se non inferiore, alla trasformazione della società – come risulterebbe dalla diversa consistenza delle maggioranze assembleari richieste per le rispettive delibere: v. l'art. 2369, ult. co., c.c. – e ritengono pertanto che entrambe le vicende vadano soggette alla medesima disciplina di continuità del processo, ad esclusione di quella di cui all'art. 110. Su tali basi, i contributi più coerenti (ed oggi anche la giurisprudenza) addirittura escludono la rilevanza delle norme processuali sulla successione (in ogni caso con conseguente esclusione anche della necessità di interruzione del processo, *ex artt. 299 o 300 c.p.c.*: la società incorporata o le due società fuse proseguirebbero la loro vita nella incorporante o, rispettivamente, nella società frutto della paritaria fusione): la società “da fusione” è la stessa entità che era già prima parte del processo, solo profondamente modificata e con una nuova soggettività formale riflessa nella nuova sua denominazione, che sarà suo onere *fare constare* affinché i provvedimenti del giudice ne tengano conto. Nei casi invece di scissione c.d. parziale – quand'anche vi si volesse ravvisare una fattispecie di successione a titolo universale, ma parziale e *sui generis* –, non essendovi estinzione della società oggetto di scissione, e poiché la scissionaria subentra solo in alcuni rapporti, ricorrono senza alcun dubbio i presupposti di applicazione dell'art. 111.

Estinzione delle società di capitali Diverso è invece il caso dell'estinzione della società di capitali, che si verifica per effetto della sua messa in liquidazione e cancellazione dal registro delle imprese. Ci si deve chiedere se (e verso chi) prosegua il processo che sia pendente al momento dell'estinzione della società che ne sia parte. Si tratta di un problema che ha fatto molto discutere.

Questi, in breve, i termini della questione. Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 6/2003 (riforma del diritto societario) giustamente la giurisprudenza riconosceva alla cancellazione della società dal registro delle imprese un'efficacia solo presuntiva: l'effetto estintivo della cancellazione poteva essere superato se si dimostrava che la società – pur formalmente cancellata dal registro delle imprese – continuava, in qualche modo, ad essere attiva (nel caso dunque di sopravvivenze o sopravvenienze attive e passive, come pure di processi ancora pendenti).

La riforma del diritto societario ha malamente modificato l'art. 2495 c.c., sulla cancellazione delle società di capitali, e introdotto al co. 2 (dedicato agli effetti della cancellazione), il seguente inciso: “*ferma restando l'estinzione della società*, dopo la cancellazio-

ne i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione". Preso atto del mutamento, le sez. un. (sentt. nn. 4060, 4061 e 4062/2010) hanno statuito che la cancellazione della società dal registro delle imprese ha efficacia costitutiva, e non meramente presuntiva, sicché l'estinzione che da questa cancellazione consegue resta ferma anche quando si scoprono attività o passività sociali non liquidate. Si è posto così il problema della sorte dei processi pendenti al momento della cancellazione della società dal registro delle imprese (perché è chiaro che, se la cancellazione ha efficacia costitutiva, e determina l'estinzione irreversibile dell'ente, quei processi non potranno proseguire, come invece si riteneva in passato).

Le soluzioni al riguardo proposte dalla dottrina erano essenzialmente tre. Secondo alcuni il processo pendente avrebbe dovuto chiudersi con una declaratoria di cessazione della materia del contendere: l'estinzione della società avrebbe determinato l'estinzione dei debiti sociali non soddisfatti, per mancanza di un successore (la responsabilità degli ex soci – limitata o illimitata a seconda del tipo sociale – per i debiti rimasti insoddisfatti non sarebbe, secondo questa impostazione, riconducibile ad un fenomeno successorio, ma sarebbe autonoma, per avere gli ex soci percepito in sede di riparto dell'attivo residuo più di quanto loro sarebbe spettato se anche i debiti non considerati fossero invece stati soddisfatti).

Altri, invece, prospettavano una peculiare applicazione dell'art. 111: il processo pendente, ed interrotto per l'estinzione della società-parte, avrebbe potuto essere proseguito dagli (o nei confronti degli) ex soci, quali successori a titolo particolare nelle posizioni attive e passive facenti prima capo alla società. Secondo questa impostazione, quindi, l'art. 111 avrebbe potuto operare anche in assenza di un successore a titolo universale della società estinta (mentre nell'ipotesi di successione a titolo particolare *mortis causa*, il processo avente ad oggetto quel diritto non prosegue nei confronti del successore a titolo particolare, ma sempre nei confronti degli eredi, successori a titolo universale: v. subito oltre cap. 13).

Altri ancora, infine, proponevano l'applicazione degli artt. 299 ss. e 110: l'estinzione della società-parte avrebbe determinato l'interruzione del processo pendente, che avrebbe potuto essere proseguito dagli (o nei confronti degli) ex soci, quali successori a titolo universale della società estinta.

Di questa importante questione sono state investite sia le sez. un. sia la Corte costituzionale (chiamata dalla Corte di appello di Milano a valutare la costituzionalità dell'art. 2495, co. 2, c.c. in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui quella previsione non dispone che il processo pendente possa proseguire nei confronti della società, pur cancellata dal registro delle imprese). Le sez. un., pronunciatesi per prime con la sent. 12 marzo 2013, n. 6071, hanno confermato la correttezza di quella impostazione che riconosceva l'operare, nel caso in esame, degli artt. 299 ss. e 110. Più in particolare, e per quanto riguarda i debiti sociali insoddisfatti, le sez. un. hanno escluso che – sul piano sostanziale – all'estinzione della società possa seguire l'estinzione delle passività sociali non liquidate: di queste risponderanno (beninteso, nei limiti eventualmente derivanti dal tipo sociale: art. 2495, co. 2, c.c.) gli ex soci, quali successori a titolo universale della società estinta. Sul piano processuale, ciò significa che l'estinzione della società determinerà l'interruzione del processo, che potrà essere riassunto dal creditore

nei confronti degli ex soci (o dagli ex soci proseguito), per ottenere la loro condanna al pagamento del credito in precedenza vantato nei confronti della società (per l'intero importo, se si tratta di società di persone, ove è prevista la responsabilità illimitata degli ex soci; oppure nei limiti di quanto percepito dagli ex soci in sede di ripartizione dell'eventuale attivo residuo dopo la chiusura della fase di liquidazione, se si tratta di società di capitali).

Quanto alle sopravvivenze attive (ossia a quelle posizioni attive che la società, al momento dell'estinzione, poteva ancora vantare nei confronti dei terzi), già oggetto di un processo pendente al momento dell'estinzione della società (caso però assai raro), varrà quanto detto sopra in relazione alle passività sociali non liquidate (si farà, cioè, applicazione degli artt. 299 e ss. e 110). Se invece quelle posizioni giuridiche attive non siano state azionate in giudizio dalla società prima dell'estinzione, è necessario – secondo le sez. un. – distinguere: le posizioni giuridiche attive “certe” (ossia relative a beni o diritti che, se noti e considerati in sede di liquidazione, avrebbero potuto essere iscritti nel bilancio di liquidazione) sopravviveranno all'estinzione (gli ex soci succederanno alla società, in regime di comunione tra loro); se invece si tratta di “mere pretese”, che non corrispondono ancora ad un bene o un diritto certi, allora l'estinzione della società varrà quale rinuncia (tacita, per fatti concludenti) a farle valere, e non potranno quindi più essere azionate dagli ex soci.

La soluzione adottata dalle sez. un. (quella della successione, sia sul piano sostanziale che su quello processuale, degli ex soci alla società estinta) appare, in ultima analisi, un giusto mezzo di tutela del creditore sociale, a fronte dell'ineludibile dato testuale, che sancisce l'efficacia costitutiva e irreversibile della cancellazione della società dal registro delle imprese.

Tuttavia, anche questa soluzione presenta alcuni non marginali problemi. Ad esempio: le sez. un. ricordano che l'atto di impugnazione indirizzato alla parte venuta meno (per morte o estinzione) e non già ai singoli soci sia inammissibile, e determini perciò il passaggio in giudicato della sentenza così impugnata. Pertanto, anche ove dell'estinzione della società non venga dato atto nel corso del precedente grado di giudizio, il creditore dovrà sempre controllare, al momento della proposizione dell'impugnazione, che la società controparte non si sia estinta. Inoltre, poiché, secondo le sez. un., gli ex soci sono successori universali della società estinta, il creditore dovrà individuarli uno ad uno per poi indirizzare nei confronti di ciascuno di essi l'atto di riassunzione del processo sospeso (oppure l'atto di impugnazione, se l'estinzione è avvenuta dopo la chiusura del grado precedente, o di essa in quel contesto non è stata data notizia). Ne deriva un incremento della complessità soggettiva del giudizio (a volte notevole, a seconda del numero degli ex soci), e pure delle spese di lite per il creditore che si vedesse poi rigettare la domanda.

Allo stato, tuttavia, la soluzione accolta dalle sez. un. si mostra la più appagante (fermi alcuni possibili contemperamenti per superare i problemi sopra affacciati, su cui v., G. Cottino, *La difficile estinzione delle società: ancora un intervento (chiarificatore?) delle Sezioni unite*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, 862 ss.; si vis, Consolo-Godio, *Le Sezioni unite sull'estinzione di società: la tutela creditoria "ritrovata" (o quasi)*, in *Corriere Giuridico*, 2013, 691 ss.; nonché M. Vanzetti, *Cancellazione delle società dal registro delle imprese e processi pendenti*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, 978 ss.), a meno che

non si voglia ripensare l'intera disciplina positiva degli effetti dell'estinzione di società. In tal senso, peraltro, nessun appiglio si può trarre dall'intervento della Corte costituzionale. Infatti, con l'ord. n. 198 del 17 luglio 2013, resa a seguito della rimessione, ad opera della Corte di appello di Milano, della questione di costituzionalità del co. 2 dell'art. 2495 c.c., nei termini sopra richiamati, la Consulta, preso atto della possibilità (mostrata dalle sez. un.) di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2495, co. 2, c.c., ha rigettato per inammissibilità la questione.

È da tener presente che gli artt. 110 e 111 riguardano ovviamente le ipotesi in cui il *processo sia stato instaurato precedentemente all'evento successorio*: in caso contrario, quando ad esempio l'evento successorio si è verificato prima dell'inizio del processo, gli articoli in esame non trovano applicazione. Se la parte convenuta era già venuta meno, questo sarà un caso di radicale nullità del processo. La circostanza della pendenza di un processo sulla esistenza stessa del diritto "trasferito" ci impone però di considerare preliminarmente la possibilità che, sul piano sostanziale, la successione possa non essersi verificata per carenza del diritto in capo all'antecessore. Dunque, una locuzione più precisa dovrebbe essere: "Successione nel processo conseguente a venir meno della parte accompagnata (ma non sempre) anche a successione a titolo particolare o a titolo universale nella pretesa controversa". Alorché il dante causa non fosse titolare del diritto e quindi l'atto o il fatto dotato di efficacia successoria sia stato in concreto inidoneo a trasferire quel diritto per mancanza di legittimazione sostanziale in capo al dante causa, non ci sarà stata successione nel diritto litigioso. Ma il problema della successione nel processo si pone ugualmente.

L'art. 110 dispone circa la prosecuzione del processo a seguito di un evento di successione a titolo universale a causa di morte, nel campo delle persone fisiche, oppure di estinzione di un ente, in virtù dei fenomeni in precedenza delineati, nel campo delle persone giuridiche.

Per analizzare compiutamente la disciplina dell'art. 110, partiamo da un esempio molto semplice e speculare: supponiamo che sia stato instaurato un processo relativo all'accertamento della proprietà o alla rivendica di un bene ed altresì che il soggetto convenuto venga meno; immaginiamo che costui muoia senza testamento (l'ipotesi più articolata e "interessante", che si esaminerà più avanti, è che il *de cuius* abbia fatto testamento e che relativamente a quel bene abbia lasciato un legato).

Per pervenire ad una sentenza che statuisca validamente sulla proprietà del bene occorre che qualcuno assuma la posizione di convenuto, prendendo le difese della parte venuta meno (v. art. 101). Innanzitutto, a seguito dell'evento successorio, si verifica un cambiamento della persona fisica, attore o convenuto, poiché al posto del *de cuius* subentreranno i suoi eredi nel rapporto processuale (Chiavenda) o, se si preferisce, nello *status* di parte (Picardi). Dire infatti che il processo è

Successione nel processo e successione nel diritto

La prosecuzione del processo sussegente ad un evento di successione a titolo universale: il caso esemplare della successione *ab intestato*

proseguito dal successore universale o in suo confronto è un'espressione piuttosto imprecisa; sarebbe più opportuno dire "succedono come parti nel processo i successori universali" che molto spesso sono più di uno, sì che, qualora vi siano più eredi *pro quota*, saranno questi a subentrare congiuntamente quali parti nel ... succedono gli eredi processo, tutti litisconsorti necessari. Se gli eredi sono più di uno, quel processo diventerà pertanto un processo litisconsortile. Il nostro attore si troverà a dover far valere la sua pretesa contro tutti gli eredi del convenuto – costituenti una parte unitaria – qualora la successione avvenga dal lato passivo, come nell'esempio ora prospettato.

Quanto poi alle concrete modalità dell'instaurazione del contraddittorio con gli eredi, già divenuti parti, è previsto che in questi casi si verifichi, a causa dell'evento successivo, *un fenomeno di interruzione del processo* ai sensi dell'art. 299 c.p.c.

Riassunzione del processo interrotto per la morte di una parte

Il processo deve poi essere riassunto nei confronti degli eredi o dagli eredi stessi che, fin dal momento dell'interruzione, sono diventati le giuste parti del processo. È chiaro che, in linea generale, pur non potendosi escludere l'ipotesi opposta, l'onere di riassunzione della causa verrà di regola assolto da chi è, o diventa, parte attrice, avendo questa interesse, assai più della controparte, ad una tempestiva prosecuzione del processo: si vuole evitare che questo si estingua ai sensi dell'art. 305 c.p.c., con tutte le conseguenze – specie di diritto sostanziale (si pensi al già descritto art. 2945, co. 3, c.c.) – che ne deriverebbero. Così, se sia morto l'attore, l'onere di riassunzione verrà di norma assolto dai suoi coeredi o da uno di loro citando anche gli altri; se sia morto il convenuto, sarà invece l'attore a riasumere il processo che si è interrotto, riconvenendo in giudizio, con l'atto di riassunzione, tutti gli eredi del suo ex convenuto. Fino a quando il processo non viene riassunto peraltro (nell'esempio sopra formulato dall'attore contro gli eredi o dagli eredi contro l'attore), rimarrà quiescente ed interrotto, in uno stato analogo alla sospensione, che potrà durare al massimo per tre mesi, sfociando diversamente nella estinzione del processo per inattività delle parti *ex artt. 305 e 307*. Inoltre, se gli eredi sono vari, qualora il processo non venga riassunto nei confronti di tutti o se si scopre successivamente la presenza di ulteriori eredi, si avrà un caso analogo alla mancata citazione di un litisconsorte necessario in un processo litisconsortile, sì che la parte dovrà provvedere, opportunamente sollecitata dal giudice *ex art. 102*, ad integrare il contraddittorio. Con il rischio, ove il processo non si svolga nei confronti di tutti i legittimi contraddittori, che la sentenza che lo definisce sia inesistente (*inutiliter data: v. supra, cap. 10*). La giurisprudenza nega che succeda nel processo il chiamato alla eredità che non abbia ancora accettato, in uno qualunque dei modi previsti; ed anche che succeda l'esecutore testamentario o il curatore dell'eredità beneficiata. Nonostante non sia un successore, all'esecutore testamentario vengono riconosciuti diversi poteri processuali.

Se erede è la controparte del defunto il processo prosegue con i soli altri eredi (se ve ne sono); se invece la *confusione processuale* è integrale, il processo si estingue (ma se vi è, per il diritto controverso, un legatario, egli – in deroga all'art. 110 e all'art. 111, co. 2 – diventerà allora la controparte dell'erede-avversario del *de cuius*). Se è contestata la qualità di successore vi sarà istruttoria (sulla relativa questione pregiudiziale di rito, poiché attinente alla legittimazione attiva e passiva) e si discute, in dottrina e giurisprudenza,

sull'ubicazione dell'onere della prova – e così sulla “regola residuale di giudizio” – se la questione rimane incerta.

Se la successione avviene *dopo il deposito della sentenza*, se essa è di condanna del soggetto (poi) defunto, essa “ha efficacia contro gli eredi” (art. 477, co. 1). Se la successione si verifica invece dal lato dell'attore vincitore, i suoi successori possono avvalersene (ottenendone la “spedizione in forma esecutiva”: art. 475, co. 2; su questi aspetti v. *retro*, sez. II, cap. 6, e cap. 8 per il caso in cui la successione avvenga nel corso del processo esecutivo).

Efficacia della sentenza di condanna

Si è detto che l'ipotesi più interessante ed articolata (che, oltre l'art. 110, può coinvolgere anche l'art. 111) è quella del convvento che muore avendo fatto testamento. In questo caso si possono verificare due eventualità: il *de cuius* nel testamento può aver solamente istituito degli eredi oppure può avere lasciato anche uno o più legati.

La prosecuzione del processo nelle ipotesi di testamento del *de cuius*

Nella prima ipotesi poniamo che il *de cuius* abbia istituito eredi quattro persone, ad esempio i suoi parenti più un suo carissimo amico. Il testamento può essere il seguente: “Nomino miei eredi mia moglie per un terzo, i miei figli per la metà e il rimanente al mio caro amico Giacomo”. In questo caso, il processo deve proseguire nei confronti dei tre familiari e di Giacomo. Tuttavia, la disposizione testamentaria può spesso essere diversamente formulata, ad esempio: “Nomino miei eredi i miei figli per la metà, mia moglie per un terzo e Giacomo per la quota residua che coincide esattamente con il valore di quel certo mio appartamento, che quindi gli lascio”.

Questa ipotesi – come si ricorderà – è una istituzione di erede *ex re certa* (art. 588, co. 2, c.c.). Poniamo che la lite fosse proprio sulla proprietà di quell'appartamento; ci si chiede se l'attore debba convenire in giudizio, mediante la notificazione dell'atto di riassunzione, anche la moglie ed i figli o se, invece, il processo debba proseguire solo nei confronti dell'erede Giacomo. Come noto, l'istituzione dell'erede *ex re certa* è un modo di istituire un erede *pro quota* e quindi, anche in questo caso, si ha una ipotesi di successione a titolo universale anche relativamente al bene controverso: l'erede *pro quota* risponde degli eventuali debiti del *de cuius*, seppure nella misura corrispondente al valore proporzionale di quell'appartamento rispetto all'asse.

L'istituzione di erede *ex re certa*

Qui ci si deve chiedere – e non è questione facile – se il processo prosegua solo con l'erede istituito *ex re certa*, nel nostro esempio quindi con Giacomo, che è l'unico successore universale nei riguardi di quel bene controverso (successore sì, invero, nei confronti di uno o più determinati cespiti patrimoniali, ma, riguardo a questi, successore pur sempre universale); oppure se siano anche qui litisconsorti necessari gli altri eredi. La Cassazione è di quest'ultimo avviso e, credo, non a torto, poiché la decisione sul bene lasciato a Giacomo avrà effetto anche sui coeredi, almeno nel caso in cui la sua proprietà – ed ancora prima quella del *de cuius* – su quel bene sia dal giudice esclusa: in tale ipotesi la quota ereditaria di Giacomo, non potendo più venire espressa dalla sua successione nella proprietà solita-

ria del bene (*res certa*) oggetto della sua istituzione di erede fuori della comunione, andrà salvaguardata ed egli pure diverrà coerede *pro quota* su tutto l'asse, partecipando così quale erede in comunione alla successiva divisione di tutti i beni di effettiva proprietà del testatore. Di qui l'esigenza che l'accertamento, da rendere nel processo pendente, sulla proprietà della *res certa* controversa avvenga nel confronto di tutti i coeredi, da ritenere a tal fine litisconsorti necessari in vista della virtuale comunione ereditaria fra tutti.

Il lascito di un legato Nella seconda ipotesi che possiamo immaginare, il convenuto muore lasciando un testamento in cui è stato disposto anche un legato. Infatti, se il testamento è formulato così: "Sono miei eredi mia moglie e i miei figli e inoltre lascio a Giacomo quel mio appartamento" (su cui c'è l'azione di rivendica), ci si domanda come debba proseguire il processo, se cioè l'attore debba proseguire il processo contro Giacomo o contro tutti o se la soluzione sia ancora un'altra. Innanzitutto, bisogna interpretare il testamento chiedendosi quali siano i successori universali. Gli eredi, nell'esempio prospettato, chiaramente sono la moglie e i figli, mentre Giacomo è un legatario *per vindicationem* con effetto reale.

**Il legato
per vindicationem
e il legato
per damnationem**

Delle due figure di legato conosciute dal c.c., il legato ad effetto traslativo ed il legato obbligatorio, a venire in considerazione sotto il profilo della successione nel processo sarà quasi esclusivamente la prima (altresì detta legato *di specie* e che appunto i giuristi romani qualificavano come legato *per vindicationem*). In queste ipotesi il legato ha ad oggetto la proprietà di una cosa o la titolarità di altro diritto determinato (anche di credito) appartenente al testatore, che si trasmette immediatamente in capo al legatario al momento dell'apertura della successione. Di contro, nelle fattispecie di legato obbligatorio, che ha ad oggetto beni determinati solo nel genere o non appartenenti al patrimonio del testatore, alla morte di quest'ultimo sorge in capo al legatario un mero diritto di credito nei confronti degli eredi, avente ad oggetto la specificazione del *genus* o l'acquisto del bene, e solo successivamente ad essi il legatario acquisterà la proprietà del bene o la titolarità del diritto legatogli.

Ora, è evidente che solo nei casi di legato ad efficacia reale si ha – fin dal momento della scomparsa del *de cuius* – un fenomeno di successione diretta *mortis causa* a titolo particolare nella titolarità del bene o del diritto oggetto del processo, concorrente con la successione a titolo universale da parte degli eredi. Ciò che invece non potrà verificarsi mai, ovviamente, in caso di legato avente ad oggetto un bene non nel patrimonio del testatore e in caso di legato di genere.

Come accennato, anche in età romana si distingueva il legato con immediata efficacia traslativa (o *per vindicationem*) da quello con efficacia meramente obbligatoria (o *per damnationem*). Queste denominazioni dei giuristi romani devono la propria origine al fatto che, nel processo formulare classico, nel primo caso il legatario aveva a disposizione, qualora gli eredi non gli avessero trasferito il possesso della cosa legata, la *rei vindicatione*; nel secondo, invece, se gli eredi non avessero provveduto alla specificazione, l'unico rimedio cui il legatario poteva far ricorso era un'azione mirante ad una *condemnatio* che, come di regola nel processo romano classico, poteva essere solo pecuniaria.

Proprietario dell'appartamento dunque, nel nostro esempio, diventa (beninteso se lo era il testatore) Giacomo e lo diventa a titolo particolare. Comunque egli diventa titolare della pretesa sostanziale sul bene litigioso. A lui non si può applicare l'art. 110 e il *processo deve continuare solo con la moglie e i figli* ai sensi del co. 2 dell'art. 111. Ciò conferma, per un verso, la lettura che si è data dell'art. 110, quale norma la cui applicazione prescinde dall'effettivo assetto e titolarità dei rapporti sostanziali controversi e si preoccupa solo di garantire la necessaria presenza di almeno due parti nel processo a fronte del venir meno – per morte o per estinzione – di una delle parti originarie. D'altro canto, la previsione dell'art. 111, co. 2 non è particolarmente strana perché *una delle posizioni in cui avviene la successione in universum ius è anche la posizione di parte processuale*.

Infatti successione a titolo universale significa che si succede nell'intera posizione del *de cuius*: crediti, debiti, diritti, nonché appunto situazioni processuali. C'è quindi una dissociazione tra colui che da quel momento in poi è parte nel processo (erede) e il soggetto che da quel momento in poi è parte della pretesa sostanziale (legatario). L'erede B è parte del processo ma discute nel processo se spetti ad A, legatario, o se non spetti ad A (e allora spetti a C, avversario del *de cuius*) un diritto di cui l'erede B non è né si afferma titolare.

È questo, ci pare, un caso di *sostituzione processuale* (*ex art. 81 c.p.c.*) perché l'erede non sta nel processo in nome del legatario, ma in nome proprio come successore *in universum ius* del defunto, però dichiara di difendere la spettanza del diritto controverso in capo al legatario, cioè ad un altro. Egli sta quindi facendo valere nel processo, in nome proprio, un diritto altrui. Questo vale, beninteso, se dell'esistenza del legato è compiuta specifica allegazione nel processo da parte degli eredi, depositando in atti il testamento; non se essi – in quanto coincidenti con i successori *ex lege* – stanno nel processo come se fossero i successori (anche) nel bene controverso.

Si può analizzare anche la configurazione dell'ipotesi in esame allorché la vicenda successoria si verifichi dal lato dell'attore. In questo caso è l'attore, cioè colui che rivendica la proprietà, a morire, lasciando nel testamento il bene rivendicato all'amico Giacomo; gli succedono i suoi eredi che faranno valere la pretesa dell'attore, che era la pretesa di essere proprietario e che è diventata ormai la pretesa che il legatario sia dichiarato proprietario. Qui gli eredi-attori sono dei sostituti processuali che stanno facendo valere, in via di legittimazione ad agire straordinaria, un diritto che essi stessi affermano essere di un terzo (il legatario del *de cuius*).

Con questi ultimi due esempi siamo però giunti ad affrontare situazioni e questioni che sono estranee alle problematiche inerenti all'art. 110 e vanno in-

**La successione
in universum ius
comporta anche la
successione nella
posizione di parte
processuale**

**... e dà luogo ad
un'ipotesi di
sostituzione
processuale rispetto
al legatario**

vece a collocarsi nella sfera di applicazione dell'art. 111, co. 2. A questa norma, e così alla successione a titolo particolare nel diritto controverso (che non sempre implica mutamento delle parti del processo), è dedicato il prossimo capitolo.

Per la bibliografia e le questioni si veda l'appendice informatica.

13

La successione a titolo particolare nel diritto controverso

Il legato fattispecie di s. a titolo particolare. – La possibilità di intervento o chiamata del successore a titolo particolare. – La s. a titolo particolare *inter vivos*. – La regola generale del co. 1: *perpetuatio legitimatis* del dante causa (vivo). – Sua ratio. – La tutela della controparte estranea alla successione. – Impugnazione del successore non formalmente parte. – La trascrizione delle domande. – Insussistenza di un obbligo di far risultare in giudizio la vicenda di s. – Teoria dell'irrilevanza e della rilevanza. L'oggetto del processo in caso di mancata e di avvenuta allegazione dell'evento successorio. – La salvezza dei diritti acquistati a titolo originario sui mobili. – Posizione e poteri del dante causa in caso di intervento o chiamata.

L'analisi degli esempi formulati al termine del precedente capitolo ci ha posto di fronte a situazioni di successione a titolo particolare nel bene controverso (e così nella pretesa), che sono da ricondurre alla sfera di applicazione non tanto dell'art. 110, quanto dell'art. 111. Nel momento in cui si parla di testamento che prevede un legato *per vindicationem* ad effetti reali, infatti, si è in presenza (anche) di una fattispecie di successione a titolo appunto particolare (poiché il bene passa dal testatore al legatario) nel diritto controverso, che non è più disciplinata dall'art. 110.

Siamo nel campo dell'art. 111, che si riferisce ancor più spesso (è ovvio) a trasferimenti *inter vivos* di beni singolarmente considerati: ivi si stabilisce nel co. 1 la *regola fondamentale della perduranza della qualità di parte in capo al dante causa (ove, salvo dunque il caso del legato, questi sia tuttora vivo)*: “Se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso [rectius: si compie un atto idoneo a trasferirlo, se il dante causa ne è davvero titolare] per atto tra vivi a titolo particolare, il processo *prosegue tra le parti originarie*”, e poi nel co. 2, appunto che: “Se il trasferimento avviene a causa di morte, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto”.

Quindi è l'art. 111, co. 2, che dice che il legatario, cioè, nell'esempio qui prospettato, Giacomo, non diventa parte del processo e che sono parti solo gli eredi, ad esempio i due figli e la moglie. È chiaro che questa non è una situazio-

Il legato, quale fattispecie di successione *mortis causa* a titolo particolare, richiede l'applicazione del co. 2 dell'art. 111

La possibilità di intervento o chiamata in causa del legatario e di estromissione del successore a titolo universale

ne destinata sempre a durare a lungo, perché ai sensi dell'art. 111, co. 3, il successore a titolo particolare (per atto fra vivi o per legato) può sia intervenire come pure, sia ad istanza di parte sia per ordine del giudice, essere chiamato nel processo; e, a questo punto, se le altre parti vi consentono, il successore universale può essere estromesso.

Si ha con ciò una terza figura di estromissione, oltre a quella dell'obbligato e del garantito, che è quella riferita al successore universale o al dante causa quando sia intervenuto volontariamente o sia stato chiamato in causa il successore a titolo particolare.

L'estromissione sarà disposta di regola con ordinanza. Anche in relazione a questa ipotesi, peraltro (come già visto con riguardo alla fattispecie – in qualche modo inversa: nell'art. 111, co. 3, estromesso è infatti proprio il dante causa-garante – di estromissione del garantito di cui all'art. 108: v. *supra*, cap. 9), la giurisprudenza ritiene che il rifiuto del consenso all'estromissione non ne comporti automaticamente l'impossibilità, bensì debba essere motivato, e che la motivazione possa essere sindacata dal giudice. Nel caso in cui l'estromissione sia disposta nonostante l'opposizione delle parti, il relativo provvedimento dovrà però rivestire la forma di sentenza e potrà essere impugnato dalla parte sul punto soccombente.

Avvenuta l'estromissione, la simmetria fra posizione di diritto sostanziale e ruolo processuale si ristabilisce: quella momentanea divaricazione tra il piano delle parti processuali e il piano dei soggetti della pretesa sostanziale si ricompone perché esce la parte processuale originaria ormai (se risulta la intervenuta cessione: v. oltre) solo legittimata straordinaria (cedente nel caso generale del co. 1; eredi nel caso del co. 2) e subentra la parte legittimata ordinaria che si afferma titolare del diritto in quanto successore a titolo particolare, per atto fra vivi o per legato. Però, se non avviene questo intervento o questa chiamata in causa, il processo deve proseguire tra gli eredi e la controparte del *de cuius*.

La successione a titolo particolare *inter vivos*

L'ipotesi della successione a titolo particolare *mortis causa* ha però, ovviamente, importanza pratica infinitamente minore di quella della successione a titolo particolare per atto fra vivi, cui si riferisce la regola generale della *perpetuatio legitimationis* dettata nel co. 1. La disciplina dei co. 3 e 4 dell'art. 111 è comunque nei due casi identica. Facciamo anche qui un esempio assai semplice.

Poniamo che l'attore A vende a C il bene che rivendica dal convenuto B (oppure invece il diritto di credito che sta facendo valere: anche in tale campo si applica l'art. 111). A avrà allora, beninteso, di solito spiegato a C che gli vende un diritto oggetto di un processo. C accetta a patto che il processo continui con A come attore, confidando sul fatto che comunque, se A lo perde, egli potrà contare sulla garanzia per l'evizione (in relazione alla quale A ha, magari, dato a C anche certe garanzie fideiussorie o di altro tipo che tranquillizzano l'acquirente).

La compravendita del bene (o la cessione del credito) avviene subito ma nel nostro esempio – che delinea l’ipotesi più realistica, quantomeno quando chi vende era l’attore, privo del possesso del bene (che così avrà più probabilmente avvisato della pendenza della lite di rivendica) – l’acquirente (successore a titolo particolare *inter vivos*) non ha alcuna intenzione di intervenire nel processo. Egli non gradisce nemmeno essere chiamato, e, anche là dove ciò avvenisse per iniziativa dell’altra parte, egli non avrebbe alcuna intenzione di acconsentire che il venditore venga estromesso, poiché questo fatto potrebbe mettere a repentaglio la sicura operatività della garanzia per l’evizione (arg. *a contrario*, poiché qui il venditore era *ab origine* parte della causa, *ex art. 1485 c.c.*).

Ma vi è un’altra, in un certo senso preliminare, questione da porsi. Se C non interviene e non viene chiamato, e il processo finisce dichiarando soccombente A e vincitore B (l’originario convenuto), bisogna chiedersi se l’acquirente C non possa un domani farsi vivo, con una nuova azione di rivendica contro B, dicendo che questi ha vinto il processo solo contro A. In altri termini, C potrà dire che la pretesa proprietà gli era già stata trasferita e che la sentenza che ha dato torto ad A non gli è opponibile?

Questo chiaramente non può avvenire perché, se così fosse, C avrebbe due *chances*, contrariamente ad ogni principio di equità processuale: la *chance* che vince A e la *chance*, se A ha perso, di fare lui poi *ex novo* la causa a B. Per evitare questa ingiusta sperequazione, è allora necessario far ricorso ad una figura giuridica che consenta, attraverso una estensione *ultra partes* dell’efficacia dell’accertamento e del giudicato, di vincolare anche C, pure formalmente rimasto terzo, all’esito del processo tra A e B relativo al diritto che, se fosse spettato ad A in origine, ormai apparterrebbe al suo cessionario C.

Ecco allora che interviene il co. 4 dell’art. 111, il quale enumera: “La sentenza pronunciata contro quest’ultimo [contro la parte originaria] spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare” che, per quanto non intervenuto e non chiamato, è soggetto all’efficacia di accertamento della sentenza e quindi al giudicato.

Quale necessario contrappeso alla soggezione di C agli effetti della sentenza pronunciata tra le parti originarie, al termine di un processo in cui l’avente causa non è intervenuto né è stato chiamato, si ammette però che questa sentenza sia *impugnabile anche dal successore* a titolo particolare. C, a seguito di sentenza sfavorevole ad A, se preferisce il bene, piuttosto di riavere il prezzo e le spese di acquisto, potrebbe volersi interessare più direttamente al processo e proporre lui stesso l’appello (art. 111, ult. co.); la causa sarà inscindibile anche con il venditore *ex art. 331*, salva sua *successiva* estromissione.

Si ha quindi qui (ipotesi eccezionale in relazione alla regola che la legittimazione alle impugnazioni spetta solo alle parti) l’appello di un terzo, di qualcuno cioè che non era formalmente parte in primo grado, ma che tuttavia era in realtà divenuto il vero titolare dell’interesse in lizza, in quanto effettivo beneficiario del-

**La problematica
della tutela della
controparte estranea
alla successione**

**L’impugnazione del
successore pur non
formalmente parte**

l'eventuale riconoscimento della posizione sostanziale difesa dal dante causa.

Il successore a titolo particolare è con ciò ammesso a diventare parte formalmente non solo (come prevede il co. 3) durante il giudizio di primo grado, ma anche dopo una eventuale decisione sfavorevole attraverso l'esercizio diretto della impugnazione, affiancandosi così al dante causa – sia questi rimasto inattivo, o abbia a sua volta autonomamente impugnato la sentenza risultatagli sfavorevole –.

Occorre peraltro chiedersi se il terzo successore, pur non intervenuto né chiamato in causa, possa impugnare la sentenza solo *con gli stessi mezzi tipici delle parti* (appello, ricorso per cassazione, revocazione, regolamento di competenza), che sono quelli cui si riferisce il co. 4 dell'art. 111, o anche con i mezzi di impugnazione tipici dei terzi.

Le impugnazioni tipicamente dei terzi (ovvero le opposizioni ex art. 404 c.p.c.) non rientrano invece tra le impugnazioni esperibili dall'avente causa

Con riferimento a questi ultimi, viene in considerazione la particolare impugnazione prevista dall'art. 404 c.p.c.: l'opposizione di terzo, scindibile nelle due ipotesi dell'opposizione di terzo ordinaria e dell'opposizione di terzo revocatoria (co. 1 e 2); quella ordinaria è riservata ai terzi che vedano pregiudicato dalla sentenza un loro diritto; l'opposizione revocatoria, invece, è riservata ai terzi che siano creditori o aventi causa di una delle parti, per il caso in cui la sentenza cui si vogliono opporre sia frutto di dolo o di collusione tra le parti (sul punto v. spec. sez. VII, cap. 6).

Ci si chiede, allora, se il successore a titolo particolare – non intervenuto né chiamato in causa e perciò formalmente terzo – possa impugnare sia con l'appello che con l'impugnazione ex art. 404, co. 2, tipica del terzo che sia “avente causa”, oppure se la concessione dell'appello da parte dell'art. 111, co. 4, lo privi di quella particolare forma di opposizione.

La questione acquista rilievo ed interesse soprattutto nell'ipotesi in cui la sentenza che si vuole impugnare non sia di primo grado ma di appello. La sentenza di primo grado si può infatti appellare, *ex art. 342*, per qualunque motivo, mentre quella di appello si può impugnare con ricorso per cassazione solo per i vizi di legittimità, per violazione di legge, secondo i cinque motivi di cui all'*art. 360*, e non per questioni di fatto. Quindi, il concorso tra ricorso per cassazione e opposizione di terzo potrebbe essere qualche volta utile al successore, perché l'opposizione di terzo è un rimedio che praticamente rinnova il giudizio per impulso del terzo davanti allo stesso giudice.

Non manca chi sostiene che la concessione (*ex art. 111, ult. co.*) ai terzi delle impugnazioni proprie delle parti non priva il terzo, quando lo voglia, della facoltà di esperire l'opposizione di terzo, così conseguendone un cumulo con l'appello e/o con il ricorso per cassazione. D'altra parte, la maggioranza degli autori e la giurisprudenza ritengono che la legittimazione ad impugnare la sentenza con i mezzi ordinari, riconosciuta dall'*art. 111, co. 4*, in capo al successore a titolo particolare anche non intervenuto, *escluda la possibilità di un cumulo di rimedi* che consenta a quest'ultimo di esperire anche l'opposizione di terzo nelle ipotesi in cui non abbia partecipato al giudizio condotto dal suo dante causa. Ed è questa la posizione da preferire (salvo forse ammettere la opposizione revocatoria se la scoperta del dolo o collusione fra le parti sia successiva al decorso del

termine per l'appello). Si noti infine che, se la successione a titolo particolare si verifica dopo la pronuncia di una sentenza di condanna (a favore del dante causa), il successore può avvalersi della sua efficacia esecutiva (art. 475, co. 2).

Proviamo ora ad analizzare come la fattispecie della successione a titolo particolare per atto *inter vivos* si configuri qualora la vicenda successoria si verifichi *dal lato del convenuto*. In effetti sarà certo questo il caso più frequente, poiché di solito è il convenuto ad avere il possesso del bene e potrà così meno difficilmente alienarlo.

Alienazione da parte del convenuto

Facciamo dunque l'esempio che A, convenuto in rivendica da B, alieni nel frattempo a C la cosa della cui proprietà si contende. A norma dell'art. 111, co. 1 – ferma restando la possibilità che C intervenga o venga chiamato in causa e che A venga estromesso dal processo (co. 3) – il processo continuerà tra le parti originarie, di modo che A farà valere in giudizio in nome proprio una situazione soggettiva che, in caso di esito favorevole del processo, verrà riconosciuta in capo a C (tale situazione soggettiva sarà un diritto al possesso o alla detenzione del bene poziore rispetto a quello del rivendicante: il rigetto della domanda di rivendica – per carenza della proprietà in capo all'attore – non comporta infatti, in assenza di una domanda riconvenzionale a ciò diretta, l'accertamento della proprietà in capo al convenuto: cfr. *supra*, sez. I, cap. 9). Pure in questo caso, però, il problema più spinoso è quello della tutela della posizione del soggetto estraneo alla vicenda successoria (ossia dell'attore B). Costui non deve trovarsi costretto a condurre contro l'avente causa C un nuovo processo, in cui quest'ultimo, là dove non sia intervenuto o non sia stato chiamato nel primo giudizio, possa affermare l'efficacia del trasferimento e porre così in discussione la sentenza favorevole a B richiamandosi al fatto che essa è *res inter alios iudicata*, ossia emanata tra terzi, e quindi non vincolante nei suoi confronti. Anche qui il problema trova soluzione tramite l'estensione, disposta dal co. 4 dell'art. 111, dell'efficacia della sentenza all'avente causa C.

Dunque, anche nel caso in cui ad alienare il diritto sia il convenuto, occorre che l'attore sia tutelato nei confronti del terzo acquirente pur se questo non interviene nel processo, in quanto, altrimenti, anche se vincesse il processo, poi dovrebbe instaurarne un altro contro l'acquirente.

Per vero, quando la rivendica riguarda un bene immobile o mobile registrato, il legislatore prevede un ulteriore meccanismo perché l'azione di rivendica dia comunque una certa utilità all'attore, a prescindere dai contratti di alienazione che ponga in essere il convenuto relativamente al bene rivendicato. Ne tratta l'**art. 2653, n. 1, c.c.**, il quale dispone: “La sentenza pronunciata contro il convenuto indicato nella trascrizione della domanda ha effetto anche contro coloro che hanno acquistato diritti dal medesimo in base ad un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda”.

L'estensione dell'efficacia della sentenza a seguito di trascrizione della domanda: ad esempio di quella di rivendica

Quindi, nel campo dei diritti reali immobiliari la domanda giudiziale di ri-

vendica, se trascritta, dà luogo ad una sentenza che è opponibile anche a tutti gli aventi causa dal convenuto che (ossia: purché essi) abbiano trascritto il loro titolo *in data successiva* a quella in cui è stata trascritta la domanda giudiziale, sia stata o meno allegata in giudizio la vicenda successoria.

Questo dell'art. 2653 è in realtà un congegno normativo ulteriore, che l'art. 111, al suo quarto comma, in effetti contempla, ma *a contrario*. Recita infatti questo quarto comma: "la sentenza pronunciata nei confronti [del dante causa] ha effetti anche contro il successore a titolo particolare ... salvo le norme ... sulla trascrizione" (è prevista anche un'altra eccezione, relativa alle norme sull'acquisto a titolo originario di beni mobili, di cui ci occuperemo dopo). In tal modo l'art. 111, co. 4 ci vuole ricordare l'esistenza (nel c.c.) delle norme sulla trascrizione degli acquisti e delle domande, che l'art. 111 non intende superare. Quindi, la sentenza pronunciata nei confronti del dante causa, e che lo vede soccombente, sarà opponibile all'avente causa, purché la domanda proposta dall'attore vittorioso nei confronti del dante causa sia stata trascritta prima della trascrizione dell'acquisto dell'avente causa. Questa salvezza delle norme sulla trascrizione fa quindi sì che la sentenza non sia efficace nei confronti dell'avente causa, se la domanda giudiziale che l'ha provocata o non è stata mai trascritta o lo è stata solo dopo la trascrizione dell'acquisto dell'avente causa dal convenuto.

Nell'art. 2653, n. 1 abbiamo, quindi, la più importante delle ipotesi cui allude l'art. 111, co. 4 quando dispone quella riserva alla estensione *ultra partes* della efficacia della sentenza. Ma se il terzo acquista un bene immobile, su cui sa che pende una lite di rivendica che però non è stata trascritta, sarà protetto dall'art. 2653 ed il suo acquisto sarà ad ogni effetto salvo ed efficace? Sicuramente no; il terzo *non è detto che acquisti bene*; trascrivendo il suo acquisto prima della trascrizione della domanda svolta contro il dante causa, egli *evita solo* una cosa, e cioè l'*efficacia ultra partes della sentenza*. Nulla vieta tuttavia all'attore di instaurare poi un nuovo processo facendo valere, nei confronti del terzo acquirente, il proprio prevalente e preesistente titolo di proprietà, che resta di solito (ma v. *amplius infra*) indifferente alla trascrizione di qualsivoglia acquisto *a non dominio*, come sarebbe quello dell'avente causa ove venisse accertato che il diritto non era in capo al suo dante causa. La mera trascrizione *prioritaria* dell'acquisto da parte del terzo *non può* cioè modificare la situazione sostanziale ed attribuire al

... il combinato
disposto degli artt.
111, co. 4, e 2653, n. 1

trascrivente il riconoscimento di un diritto prevalente sul titolo di altri soggetti (a prescindere dal fatto che questi siano stati parti di un giudizio relativo al bene oggetto di trascrizione e dalla sfera soggettiva di efficacia della relativa sentenza) che derivano le loro pretese da fonti diverse e poziori.

Sarebbe del resto assurdo che l'attore proprietario perdesse il suo diritto di proprietà perché non si è affrettato a trascrivere la domanda giudiziale. Così egli perde solo la opponibilità (della efficacia di accertamento e della efficacia esecutiva) della sentenza che lo vedrà vincitore contro il dante causa dell'acquirente che ha trascritto prima di lui.

Ci sono peraltro delle ipotesi, studiate in diritto civile, in cui effettivamente il momento della trascrizione della domanda giudiziale può aver rilievo – contribuendo ad integrare una fattispecie sanante – dal punto di vista della salvezza degli acquisti dei terzi, poiché la trascrizione della domanda opera non solo sul piano processuale dell'estensione dell'efficacia dell'accertamento e della sentenza, ma anche – in modo *sanante* – sul piano sostanziale. *L'art. 2653, n. 1, non costituisce però una di queste ipotesi;* vengono piuttosto sotto questo profilo in considerazione le fattispecie previste nell'*art. 2652 c.c.* Ad esempio, per i casi di cui al n. 1 di questa disposizione si prevede che i diritti acquisiti *medio tempore* dai terzi su beni trasferiti con un contratto di cui sia chiesta la risoluzione o la rescissione non vengano pregiudicati dall'accoglimento di tale domanda solo se questa sia stata trascritta posteriormente all'atto di acquisto dal convenuto (v. infatti anche gli artt. 1458, co. 2, e 1452). Analogamente dispongono i nn. 2 e 3 in relazione alla salvezza degli atti di acquisto dal promissario venditore o dal venditore (in base a preliminare proprio o improprio) a fronte di domande *ex art. 2932* o di verificazione dell'autenticità della sottoscrizione di scrittura privata di vendita. E sulla stessa linea si pongono altresì i nn. 4-6 dell'*art. 2652*, con riguardo ai quali è però da porre in rilievo come l'anteriorità della trascrizione da parte del terzo non è di per sé sufficiente a fare salvo il suo acquisto, rivelandosi a tal fine di volta in volta necessari – nell'ambito appunto di fattispecie più complesse – **ulteriori requisiti**, la cui sussistenza potrà eventualmente essere oggetto di discussione in un successivo processo tra attore ed aente causa dal convenuto: a seconda della fattispecie, ci vorrà quanto meno la buona fede del terzo stesso (per i casi di simulazione), quando non anche l'onerosità del titolo di acquisto (per i casi di revocatoria e di annullamento per ragioni diverse dall'incapacità legale: v. anche l'*art. 1445*); ovvero, in presenza dei vizi più gravi dell'atto di acquisto del dante causa, la salvezza dell'acquisto dei suoi sub-aenti causa postulerà il decorso di almeno cinque anni tra la trascrizione dell'atto di acquisto del terzo e quella della domanda di nullità o di annullamento per ragioni di incapacità legale.

Se dunque, nel caso di domanda di rivendica, l'anteriorità della trascrizione dell'atto di acquisto da parte dell'aente causa dal convenuto lo sottrae alla mera estensione dell'efficacia dell'accertamento e della sentenza ma non gli attribuisce (né può attribuirgli) una posizione prevalente rispetto a quella di colui che riesca a dimostrarsi vero proprietario, nelle ipotesi ora descritte questa stessa anteriorità della trascrizione è tale da preservare o determinare – talora con il necessario concorso di ulteriori requisiti: la buona fede, l'onerosità del titolo, il decorso di un certo periodo di tempo – la poziorità della posizione del successore, ora in conformità con la corrispondente disciplina sostanziale (v. gli artt. 1415, 1445, 1452, 1458, 2901 c.c.), ora sulla sola base di ragioni di certezza del traffico giuridico (così per quanto riguarda la disciplina dei nn. 2 e 3 e 6 – quest'ultimo nella parte relativa alle azioni di nullità o di annullamento per incapacità legale – dell'*art. 2652*).

Ovviamente l'effetto sanante della trascrizione, ove previsto, non dà luogo ad un acquisto a titolo originario da parte dell'acquirente. Ne consegue che l'effetto sanante si produrrà senz'altro nei rapporti tra le parti del rapporto contrattuale, oggetto di giudizio, e l'acquirente del diritto che fa valere un contratto la cui efficacia su quel rapporto si radice.

**La salvezza dei diritti
degli aventi causa
che abbiano trascritto
l'acquisto ...**

**... prima delle
domande di cui
all'*art. 2652 c.c.***

ca. Non si produrrà invece nei confronti di un eventuale quarto soggetto, che voglia dimostrare di aver – ad es. – acquisito il diritto prima che il suo dante causa ne disponesse con il contratto poi impugnato (e, nel corso di quel processo, poi ceduto da una delle parti del contratto al terzo acquirente). A questo “ulteriore terzo [in realtà però primo] acquirente” l’effetto sanante della trascrizione non potrà essere opposto. Qui siamo in presenza di meccanismi pubblicitari sananti di un difetto di efficacia dell’acquisto a monte, ma non tali da integrare una causa di nascita del diritto di proprietà direttamente in capo al subacquirente favorito dai meccanismi della trascrizione immobiliare.

Le ipotesi di trascrizione sanante non riguardano la situazione cui si riferisce l’art. 111

Va però chiarito che queste ipotesi di efficacia sanante della trascrizione non riguardano la fattispecie disciplinata dall’art. 111, ma un’altra, non molto discosta, ma comunque diversa. Si tratta, in particolare, com’è evidente dalla disciplina positiva, dei casi in cui il trasferimento della proprietà di un bene (o di altro diritto reale) avviene

mentre è pendente un giudizio che non ha direttamente ad oggetto *quello* stesso diritto reale, ma il titolo in forza del quale il dante causa dell’acquirente ha acquistato a sua volta quel diritto (ad es. *giudizio di impugnativa del contratto di acquisto* stipulato dall’antecessore).

Giudizi di impugnativa ed alienazione del bene

In queste ipotesi si ritiene in genere *non applicabile la disciplina dell’art. 111 perché la successione è relativa ad un diritto dipendente ma diverso dal rapporto controverso*. Anche se una parte della

dottrina si mostra di diverso avviso (Vaccarella) – con argomenti senz’altro importanti fondati sulla necessità di riconoscere adeguata tutela sia al soggetto estraneo alla vicenda successoria sia al terzo acquirente (tutela che però, per noi, può essere ricercata anche per altra via) – la disciplina dettata dall’art. 111 (in specie il suo co. 3, che prevede la possibilità di estromissione dell’alienante) non è confacente ai casi in cui il giudizio pendente abbia ad oggetto il rapporto giuridico dal quale il diritto ceduto è sorto. È chiaro però che anche in questi casi si avverte anzitutto l’esigenza che il soggetto, parte del giudizio, estraneo alla vicenda successoria, non si veda necessariamente costretto ad agire poi nei confronti dell’avente causa del suo convenuto. Si pensi al caso in cui l’attore proponga domanda di accertamento della nullità del contratto di vendita, e contestuale domanda di restituzione del bene venduto, e pendente il processo il convenuto alieni quello stesso bene ad un terzo. In questi casi, dunque, si pone la delicata problematica dei limiti soggettivi del giudicato che verrà a formarsi all’esito di quel processo. Infatti sul piano sostanziale è certo che il diritto dell’avente causa non è posto al riparo, se l’acquisto del suo dante causa viene meno (e salvi i visti meccanismi di trascrizione sanante o quelli dell’acquisto a titolo originario in buona fede di beni mobili ex art. 1153 c.c.). La parte vittoriosa nel processo di impugnativa potrà certo agire contro l’avente causa, ed ottenere anche nei suoi confronti il riconoscimento del diritto. Il quesito è però se già la sentenza pronunciata tra questo soggetto e il dante causa possa essere opposta all’acquirente, e pare corretto dare risposta positiva.

D’altro canto, allora, è necessario riconoscere degli strumenti di tutela al terzo acquirente, ulteriori rispetto a quello risarcitorio, che senz’altro gli compete nei confronti del suo dante causa. Si dovrà cioè in tal caso riconoscere all’acquirente la possibilità di intervenire in giudizio, e diremmo ex art. 105, co. 2, c.p.c., a fianco del suo dante causa, e per sostenerne le ragioni nei confronti della controparte. Proprio qui si appuntano le critiche di quanti ritengono invece preferibile riconoscere l’operare integrale dell’art.

111 anche nei casi in cui il processo, pendente il quale il diritto è trasferito, è un processo relativo al titolo di acquisto del dante causa. Si ritiene, cioè, che i poteri riconosciuti all'interveniente adesivo siano troppo spuntati rispetto a quelli (tutti quelli propri delle parti) riconosciuti invece all'acquirente che intervenga *ex art. 111, co. 3, c.p.c.* A ben vedere, però, dopo l'intervento di sez. un. n. 24707/2015, le possibili criticità possono dirsi molto scemate. Come abbiamo ricordato (v. cap. 6), le sez. un. paiono infine riconoscere in via generale all'interveniente adesivo, e quindi non solo all'avente causa di cui qui veniamo tratteggiando i poteri processuali, il potere di impugnare in via autonoma la sentenza, anche quando la parte adiuvata preferisca invece acquietarsi, e non svolgere gravame, per tentare di rimuovere un accertamento (sia esso di nullità, annullabilità o altra ragione di caducazione del contratto concluso dal suo dante causa) che gli è sfavorevole. L'interveniente, infatti, non diviene certo parte del contratto concluso dal suo dante causa, ma ha un interesse alla sua validità ed efficacia (poiché anche da essa dipende la certezza del suo acquisto). La prima e più importante differenza di poteri tra interveniente adesivo e interveniente *ex art. 111, co. 3*, viene così meno. Resta, certo, una possibile diversità quanto ai poteri istruttori, che dipende dal momento in cui l'intervento verrà svolto (v. cap. 6). Pertanto potrà valutarsi con favore (così da ult. Vaccarella) una soluzione liberale in base alla quale, in questi ben peculiari casi, possa riconoscersi all'acquirente interveniente la possibilità di esercitare poteri istruttori analoghi a quelli riconosciuti alle parti principali, e senza soggiacere alle limitazioni temporali dettate dall'*art. 268 c.p.c.* (v. sempre cap. 6) e anche il potere di impugnare la sentenza sfavorevole al suo dante causa sul contratto a monte (di cui l'acquirente non diviene in alcun modo parte, pur avendo un forte interesse alla sua validità ed efficacia).

In questi casi, quindi, *della disciplina dell'art. 111 sarà applicabile – secondo la tesi che ci pare preferibile – solo il riferimento, contenuto nel co. 4, alle norme sulla trascrizione delle domande giudiziali*, espressione di un principio generale che varrà anche per i casi di trasferimento della proprietà in pendenza di un giudizio diverso da quello sul diritto reale e così ad esempio di giudizi di impugnativa del contratto o dell'atto che ha trasferito il diritto all'alienante. Tale riferimento non va infatti circoscritto alle ipotesi regolate dall'*art. 2653, n. 1, c.c.*, in quanto – come poc'anzi illustrato – anche nelle fattispecie da ultimo esaminate la efficacia di accertamento od esecutiva della sentenza non sarà opponibile al successore che abbia trascritto l'atto di acquisto anteriormente alla trascrizione di una delle domande relative al contratto a monte, di cui ai nn. 1-6 declinati variamente all'*art. 2652 c.c.* (salvo il problema della salvezza sostanziale del suo acquisto).

Ipotesi di confine – nella quale si discute se l'*art. 111* sia o meno applicabile – è quella in cui, pendente un giudizio sul diritto di proprietà di un bene, venga da una delle parti – con un atto di successione c.d. costitutiva – creato in via derivativo-costitutiva in capo ad un terzo un diritto reale limitato su quello stesso bene (ad esempio un diritto di usufrutto). Propenderemmo anche in quest'ultima ipotesi per la soluzione negativa che esclude l'integrale applicabilità dell'*art. 111*; anche se pure qui va ammessa – su di un piano più generale – l'estensione, in forza del co. 4, all'avente causa dell'efficacia riflessa del giudicato, sempre che questi non abbia trascritto l'atto di acquisto antecedentemente alla trascrizione della do-

La disciplina applicabile nelle ipotesi c.d. di successione costitutiva

manda. Il dante causa dovrà così rimanere parte; l'intervento del successore sarà un semplice intervento adesivo *ex art. 105, co. 2* (con le precisazioni svolte sopra in relazione ai poteri da riconoscere all'interveniente, però), perché non si applicherà l'art. 111, co. 3, e tale intervento non potrà mai dare luogo all'estromissione del dante causa; infine, il successore non intervenuto e non chiamato *non potrà impugnare con l'appello o altri mezzi riconosciuti alle parti la sentenza* (ma solo con l'opposizione di terzo revocatoria, *ex art. 404, co. 2*).

Insussistenza di un obbligo del dante causa di far risultare nel processo la vicenda successoria

Continuando il discorso a proposito dell'art. 111 c.p.c., ci si può chiedere se esiste un obbligo, per colui che sia parte di un processo relativo ad un certo diritto e che abbia alienato questo diritto durante la pendenza del processo, di avvisare – con una formale allegazione nel processo dell'evento successorio – la con-

troparte e il giudice di questa vicenda che si è realizzata sul piano sostanziale, cioè della vicenda consistente nell'aver posto in essere un contratto che è volto a trasferire il diritto controverso. Che poi si sia riusciti a trasferire questo diritto, investendone l'acquirente (a titolo derivativo), dipende dal fatto che l'alienante ne fosse davvero titolare, che è quanto si saprà solo al finale momento del giudicato.

Ordunque, occorre necessariamente che venga fatto constare nel processo l'evento successorio? Se la successione a titolo particolare è *mortis causa* è difficile che tale evento non consti, perché prima ancora di valutare la posizione del legatario si vedrà che il processo non può più proseguire con la parte defunta e si interrompe: allora esso dovrà proseguire con i suoi eredi, a tal fine dovendosi produrre in giudizio (di solito, specie se gli eredi non sono parenti) il testamento che li istituisce eredi.

Quando invece abbiamo una successione a titolo particolare *inter vivos*, il fatto di aver posto in essere un contratto di trasferimento del diritto controverso non traspare minimamente in sede processuale. Potrebbe anzi esservi l'intenzione delle parti contraenti – come nell'esempio sopra immaginato – di non complicare il corso processuale rappresentando nel processo il fatto che nel diritto controverso ormai è succeduto, in quanto ne fosse titolare davvero il dante causa, un avente causa.

Successione a titolo particolare *inter vivos* e sostituzione processuale: una relazione necessaria?

Ed in effetti, mancando una norma che lo preveda, dobbiamo prendere atto che *non esiste un obbligo di allegare* in un atto processuale il fatto che è avvenuto un evento potenzialmente idoneo a trasferire la titolarità del diritto. Se allora le parti non dicono nulla, possiamo ritenere ugualmente che colui che rimane nel processo, ai sensi del co. 1 dell'art. 111, stia in giudizio ormai in virtù di un fenomeno di legittimazione straordinaria e assuma quindi davvero una veste analoga a quella del sostituto processuale?

Si è già detto infatti che da questo art. 111 potrà trapelare l'impronta della figura della sostituzione processuale di cui all'art. 81. Ma la norma di *perpetuation legitimationis* del co. 1 dell'art. 111 evoca sempre la figura dell'art. 81, quella "perpetuata" sarà sempre legittimazione appunto "straordinaria"; o no?

La risposta deve essere negativa: se il venditore, A, che rimane validamente nel processo in virtù della sua persistente legittimazione, sceglie di *non* dar conto al giudice e alla controparte, B, del trasferimento del diritto – d'accordo in ciò spesso con l'acquirente, C, che così non farà intervento – non ci sono i presupposti per dire che siamo in presenza di ipotesi di sostituzione processuale. Affinché infatti possa riscontrarsi una figura di sostituzione processuale bisogna che un soggetto *dichiari di agire* per un diritto che, se esistente, sarebbe di altri, come fa ad esempio il creditore in via surrogatoria, il quale dichiara che fa valere un diritto spettante non a lui ma al suo debitore e che lui può dedurre in giudizio in quanto esistono i presupposti per la sostituzione surrogatoria.

Nell'ambito di applicazione dell'art. 111 potranno certo verificarsi ipotesi di sostituzione processuale dovuta a successione a titolo particolare nel diritto controverso, in quanto la parte, ad esempio la parte attrice, *affermi appunto* che c'è stato un contratto di vendita e dunque che il diritto che rivendicava non lo rivendica più per sé bensì ormai per il proprio acquirente. Ma può essere benissimo che non vi sia affatto l'allegazione dell'avvenuto verificarsi di una vicenda successoria e allora il processo proseguirà sul diritto – reale od obbligatorio – *così come enunciato nell'atto di citazione iniziale* e il giudice, se troverà fondata la domanda, la accoglierà così come l'ha proposta l'attore.

La disciplina della successione a titolo particolare nel diritto controverso, lo si vede, è assai complessa. I Romani, per varie ragioni (non ultima l'effetto novativo della *litis contestatio*) hanno seguito la regola molto semplice e pratica (perché il loro processo durava ... un giorno) della non cedibilità della “*res litigiosa*”, cioè in sostanza del divieto per le parti di compiere atti di disposizione del diritto controverso *pendente* processo. Il processo romano classico era orale, articolato in due fasi (*in iure e apud iudicem*): la decisione del *iudex privatus* era inimpugnabile e il giudicato si formava in pochissimo tempo, sì che la vita economica poteva sopportare la regola del divieto di alienazioni della *res litigiosa*.

La teoria della c.d. irrilevanza della successione nel diritto controverso, di cui ora ci occuperemo, nasce in Germania con la CPO-ZPO del 1877-1898, quando ancora era forte l'eco del processo formulare romano (ma non vi era più la sua brevità assoluta), in cui – lo si è visto – dopo la *litis contestatio* nulla poteva rilevare per il giudice, e dunque le successive alienazioni ad opera delle parti non potevano né dovevano interessarlo. Il § 265 della ZPO tedesca rappresenta dunque il superamento della regola della inalienabilità della *res litigiosa* ma ferma la insensibilità del processo. La cessione/alienazione potrà sì avvenire sul piano sostanziale, ma senza avere effetti sul processo (*hat auf den Prozess keinen Einfluss*). Regola volutamente *non* ripresa nel co. 1 dell'art. 111 del c.p.c. del 1940, prima occasione nella quale venne dettata, nel nostro ordinamento, una esplicita previsione tesa a disciplinare proprio le ipotesi di cessione della *res litigiosa* pendente processo.

Parte della dottrina (così, da ultimo, Verde, e già, con diversi ma importanti argomenti, Attardi) ritiene invece che – anche ove se ne dia conto al giudice e alla controparte – l'alienazione o il trasferimento del

**La mancata allegazione
in giudizio della
vicenda successoria
esclude la possibilità di
configurare un'ipotesi
di legittimazione
straordinaria**

**La c.d. teoria
dell'irrilevanza**

bene o del diritto oggetto del giudizio restino sempre ininfluenti nel processo: essi non potrebbero assumere alcun rilievo per la decisione della causa (c.d. *teoria della irrilevanza*). Nonostante l'avvenuta allegazione di una vicenda di successione a titolo particolare, cioè, né l'avente causa diverrebbe parte in senso sostanziale del processo, né conseguentemente la parte originaria assumerebbe la veste di suo sostituto processuale. L'atto di disposizione del diritto controverso resterebbe con ciò inefficace sul piano del processo, il quale proseguirebbe tra le parti originarie sui binari tracciati nella *editio actionis* della domanda, fino al passaggio in giudicato della sentenza. La decisione accerterebbe l'originaria fondatezza della pretesa attrice, rispetto alla quale resterebbero pertanto irrilevanti tutti (e solo) gli eventi estintivi che conseguano ad atti di disposizione della situazione soggettiva sostanziale oggetto di lite, avvenuti durante la pendenza della stessa. E neppure il co. 3 dell'art. 111 dovrebbe indurre a concludere – pur se l'intervento dell'avente causa avvenga (e financo l'estromissione del dante causa) – in senso contrario: secondo la tesi qui criticata, in questi casi l'avente causa diventerebbe lui il sostituto processuale del dante causa, quale perdu-
rante legittimato ordinario, su quel, fisso, oggetto del giudizio.

Il giudice, pertanto, non potrebbe ad esempio respingere la domanda di rivendica proposta da A contro B a motivo del fatto che la questione della originaria spettanza del diritto alla restituzione – previo accertamento della proprietà – del bene è divenuta irri-
levante per la decisione della causa, in quanto tale diritto, a seguito dell'alienazione a C, non andrebbe più riconosciuto in capo ad A, bensì a C (in caso di successione nel lato dell'attore). Per le stesse ragioni, la domanda di rivendica non potrebbe essere respinta perché il corrispondente obbligo andrebbe affermato nei confronti non più di B, bensì di C (in caso la successione sia avvenuta sul lato del convenuto e ad essa si sia accompa-
gnata la trasmissione del possesso).

Per canto suo, il successore a titolo particolare potrebbe intervenire solo adesivamente nel processo, in quanto titolare di un rapporto dipendente, o esservi chiamato per co-
munanza di causa, ma manterebbe sempre la veste di parte accessoria. Invero, ai sensi dell'art. 111, co. 3, si potrebbe anche arrivare all'estromissione della parte principale (ossia del dante causa, parte ordinaria del processo), la cui posizione verrebbe assunta dal successore a titolo particolare. In tale ipotesi, peraltro, *questi starebbe in giudizio – ormai da solo, ma esclusivamente – quale sostituto processuale dell'estromesso*, facendo vale-
re in nome proprio un diritto che, se la sentenza fosse favorevole, sarebbe dell'acqui-
rente ma verrebbe riconosciuto in capo a chi era proprietario all'inizio del processo, os-
sia al venditore-estromesso (si noti come, seguendo codesta c.d. teoria della irrilevanza, le rispettive posizioni processuali del dante causa e dell'avente causa così finiscano, a de-
terminate condizioni, con l'*invertitisi* rispetto a quanto di norma accade secondo coloro che – come noi – ammettono l'immediata rilevanza, anche processuale, del trasferimen-
to del diritto o del bene oggetto di lite).

Rilievi critici La teoria ora esposta non ci pare meritevole di adesione nella sua radicalità. Non esiste infatti nessun fondamento normativo, neppure nel disposto del co. 1 dell'art. 111 che vuole solo che il processo tendenzialmente *possa* pro-
seguire (soggettivamente ed oggettivamente) immutato, sulla cui base sia possibile afferma-
re con sicurezza l'irrilevanza sul piano processuale di atti di disposizione che, sul piano so-
stanziale, dispiegano invece immediatamente la loro efficacia. Del resto, la lettura dell'art.
111 data dai sostenitori della c.d. teoria dell'irrilevanza non si impone affatto quale necessa-

ria, sì da costringere l'interprete ad accettare che sussista uno scarto, indubbiamente artificioso, fra realtà sostanziale e campo visuale del giudice. La tesi della immediata rilevanza anche processuale degli atti di disposizione del diritto controverso è preferibile poiché evita di sancire quello scarto e poiché consente di ricondurre la soggezione dell'avente causa alla sentenza pronunciata nei confronti del suo dante causa ad un fenomeno di efficacia diretta del giudicato, che si estende al primo in quanto parte sostanziale della pretesa dedotta in giudizio sin dal momento della (eventuale) *allegazione* della vicenda successoria.

Per contro, la c.d. teoria della irrilevanza costringerebbe a ravvisare un fenomeno di efficacia riflessa del giudicato in molte delle ipotesi di successione a titolo particolare nel diritto controverso. Salvi i casi in cui sia intervenuto o sia stato chiamato nel processo, infatti, l'avente causa sarebbe vincolato, pur essendo terzo rispetto al giudizio con essa definito, all'accertamento contenuto nella sentenza sul punto della titolarità del diritto controverso in capo al suo dante causa: *punto pregiudiziale* al riconoscimento dell'efficacia del suo acquisto. In tal modo la c.d. teoria della irrilevanza finisce con il rendere il vincolo dei terzi alla sentenza pronunciata *inter alios* un fenomeno pressoché ordinario, là dove è invece opportuno che le fattispecie di terzi soggetti all'efficacia riflessa del giudicato conservino il loro carattere di eccezionalità.

Non da ultimo, è da rilevare come all'accoglimento della c.d. teoria della irrilevanza si accompagnerebbero non pochi inconvenienti pratici, che ne rivelano la ardua accettabilità. Basti pensare, ad esempio, alla situazione del debitore convenuto per l'adempimento, il quale, una volta venuto a conoscenza della cessione del credito, non potrebbe pagare né al cedente, perché ai sensi dell'art. 1264 c.c. tale pagamento non sarebbe liberatorio, né al cessionario, perché quest'ultimo pagamento, non valendo ad estinguere l'unico rapporto della cui esistenza ancora e pur sempre si contende in giudizio – ossia quello cedente/debitore ceduto –, non lo preserverebbe da una sentenza di condanna.

Ed ancora, si pensi al caso in cui, dopo l'evento successorio e sempre durante la pendenza della lite, il dante causa stesso – pur essendosi già spogliato del diritto – alieni il bene controverso proprio alla controparte (oppure rimetta l'obbligazione dedotta in giudizio o in genere transiga sulla pretesa). In particolare nell'ipotesi di seconda vendita, fatta *proprio alla controparte* (e così anche processualmente certo non irrilevante), secondo la teoria criticata, la sentenza dovrebbe necessariamente rigettare la domanda del dante causa (od accoglierla contro di lui) a cagione dell'atto di disposizione sopravvenuto che *dovrebbe considerarsi efficace* dal punto di vista sostanziale proprio in ragione della irrilevanza nel (e ai fini del) processo della prima alienazione. Tale sentenza pregiudicherebbe la posizione acquisita dal successore, proprio perché il giudice – pur se posto a conoscenza del suo acquisto antecedente e quindi sul piano sostanziale prevalente (anche perché trascritto per primo) – non dovrebbe tenerne conto. In altri termini, non dovrebbe dare peso al difetto di legittimazione sostanziale del dante causa ed anzi – nel caso di seconda vendita dello stesso bene – finirebbe con l'accertare che l'avversario-secondo acquirente è il nuovo proprietario del bene; e ciò con efficacia vincolante anche per il successore-primo acquirente. Quest'ultimo così non potrebbe più far valere il suo diritto – che, sul piano sostanziale, pur prevale su quello del secondo acquirente – neppure instaurando un nuovo processo contro costui (ma solo agendo contrattualmente per i danni contro il venditore). Conseguenze tutte se non *assurde*, certo *inadeguate* da suggerire il ripudio della tesi che ne costituisce fonte e premessa.

Una delle ragioni che suggerirebbero la tesi dell'irrilevanza è quella che, nel processo, pur dopo la sua allegazione, non dovrebbero essere considerati titoli di acquisto del diritto, in capo al successore, diversi dalla successione stessa. E a questo risultato, allora, è funzionale la irrilevanza (non tanto allora della successione, quanto) del successore quale nuovo affermato titolare del diritto. Ma al risultato di non allargare il perimetro dei fatti acquisitivi conoscibili potrà ben giungersi, anche per la successione nei diritti reali di godimento, o comunque assoluti e irripetibili (il problema non si pone per gli altri tipi di diritti), considerandoli etero determinati o meglio dedotti in giudizio solo per i titoli di acquisto formatisi in capo all'antecessore ad esclusione di quelli (ben infrequenti) che il successore potesse o possa vantare autonomamente.

**L'oggetto del processo
in caso di mancata
allegazione in
giudizio dell'evento
successorio**

Qualora non venga fatto constare l'evento successorio, dunque, se la successione si è avuta nella titolarità di un credito – oggetto di un giudizio di accertamento o di condanna contro il debitore ceduto –, oggetto del giudizio rimarrà il rapporto obbligatorio fra attore-cedente e convenuto, non già il diverso rapporto fra cessionario e convenuto: rapporto diverso perché anche il titolare attivo identifica il rapporto e per conseguenza la domanda giudiziale. Se invece controverso ed oggetto di trasferimento *lite pendente* è il diritto di proprietà, qualcuno potrebbe obiettare che tale questione del diverso diritto ed oggetto del giudizio, per il carattere soggettivamente assoluto di quel diritto, non verrebbe a porsi. Ma l'obiezione non avrebbe pregio per le ragioni chiarite a suo tempo (*supra*, sez. I).

Sappiamo infatti che la proprietà è quel tal diritto che non è possibile calare nel processo tutto insieme, essendo un diritto assoluto *erga omnes* al godimento di un certo bene; cioè nel diritto di proprietà il giurista deve saper vedere una miriade di rapporti giuridici obbligatori aventi un contenuto negativo, correnti tra il cosiddetto proprietario e gli *omnes*, a che ciascuno di essi si astenga dal turbare il suo godimento del bene. Allora quando c'è un processo di accertamento della proprietà nei confronti di un certo convenuto, la pretesa che si deduce nel processo è diretta in realtà all'accertamento che il convenuto ha l'obbligo di astenersi dal turbare la posizione di dominio e di esclusivo godimento che l'attore ha in ordine a quel bene, in quanto lui convenuto non è titolare del diritto di proprietà che viene affermato in capo all'attore.

Quindi il convenuto, se non ha il possesso del bene, non deve comunque turbare il godimento altrui; se ha il possesso del bene, è anche obbligato a restituirlo. Allora il punto è questo: la relazione bilaterale ora descritta, che è una delle tante facce di quel prisma estremamente sfaccettato che è, dal punto di vista del (teorico generale e così anche del) processualista, il diritto di proprietà, è quella che, ad esempio, era l'oggetto del processo A/B. Dal momento in cui A vende a C non interessa più sapere a rigore se B deve astenersi dal turbare il godimento di A; si tratterebbe invece di chiedersi se B deve astenersi dal turbare il godimento di C. Quindi, in tal caso, si può dire che per effetto della successione potrà ben mutare l'oggetto del giudizio, che è bensì sempre il diritto di proprietà su quel dato bene, ma, volendo essere più precisi, a partire dal momento

dell'affermazione del trasferimento della titolarità del bene conteso oggetto del giudizio, *diviene una diversa relazione bilaterale*.

Se non è stata dedotta l'alienazione, la sentenza si troverà così ad accertare che A è proprietario e che B deve astenersi dal turbare tale proprietà. Ma sarà o meno anche C protetto da questa sentenza? o un domani B potrà dire a C che nessuno ha mai accertato che lui debba astenersi dal turbare la sua proprietà ed il suo godimento?

E la soggezione del terzo avente causa all'efficacia qui solo riflessa della sentenza

In queste ipotesi la parte originaria, che ha venduto, rimane legittimata ordinaria, e quindi non vi è sostituzione processuale, non vi sarà mutamento della domanda, non c'è mutamento dell'oggetto del giudizio e la sentenza è conforme alla *editio actionis* originaria dell'attore. La tutela di C, per esistere, postula un'efficacia riflessa della sentenza vertente sul rapporto A/B in ordine alla possibile futura lite relativa al rapporto C/B. Vale a dire: se un domani B vuole disconoscere i diritti acquistati da C, *la sentenza fra A e B sarà sì efficace nei confronti di C, ma* (in tali ipotesi) *in virtù di un fenomeno di efficacia riflessa*, perché se A era proprietario nei confronti di B e C è avente causa di A, ciò significa che C prevale su B in forza della previsione del co. 4 dell'art. 111 e della stessa inclusione degli "aventi causa" (salvo quelli anteriori all'inizio del processo) fra i soggetti cui l'art. 2909 c.c. estende la sfera soggettiva di efficacia del giudicato. Beninteso: tale estensione all'avente causa C si verifica anche *in malam partem*, nel caso cioè in cui A perda il processo contro B, pur se la sentenza si pronuncerà solo sul rapporto proprietario A/B.

Nel momento in cui invece sia fatta constare agli atti del processo una successione nel diritto di proprietà, quella che in modo diretto rileva è ormai una diversa relazione bilaterale, caratterizzata dalla contrapposizione non più A/B ma C/B. Se allora viene affermato nel processo che si è ceduto il diritto, si ha (*recte*: si dovrà avere, in forza del fatto sopravvenuto) un mutamento della domanda, nel senso che A, che chiedeva che venisse riconosciuto che a proprio favore B doveva astenersi, passerà a chiedere che venga accertato che B deve astenersi dal turbare il dominio di C, di cui A diviene quindi sostituto processuale. Se poi C interviene o è chiamato in causa *diventa lui stesso l'avversario principale* nei confronti di B ed A può essere estromesso, oppure può restare nel processo a fianco di C in una posizione che è ormai molto *simile a quella di un interveniente adesivo*: la stessa posizione che, se il processo fosse nato direttamente fra C e B, per essere invece (*in thesi*) la vendita anteriore all'inizio della litispendenza, A assumerebbe una volta chiamato nel giudizio per comunanza di causa in quanto garante dell'evizione.

L'allegazione della vicenda successoria comporta un mutamento della domanda

In queste ipotesi di modifica dell'oggetto del giudizio, la sentenza cala ormai in modo diretto sul rapporto C/B; C, allora, può usufruire di questa sentenza in virtù di un fenomeno di efficacia diretta, perché la sentenza ha in realtà deciso proprio sulla sua posizione giuridica contemplando proprio la (nuova) posizione di C.

E la soggezione del terzo avente causa all'efficacia diretta della sentenza

Quindi, quell'efficacia di cui all'ultimo comma dell'art. 111 può essere diretta o riflessa a seconda che nel processo (ne sia divenuto o meno C formalmente parte) si sia presa cognizione o meno dell'evento successorio, spostandosi o meno in corrispondenza di ciò l'oggetto del giudizio.

**Considerazioni finali:
le ipotesi in cui
l'avente causa non
subisce il giudicato**

Proseguendo nell'analisi di quest'ultima disposizione, nell'art. 111, co. 4, si trovano gli incisi "salve le norme sulla trascrizione e salvo l'acquisto in buona fede di beni mobili". La prima ipotesi di salvezza contemplata significa, come visto innanzi, che

la opponibilità dell'efficacia della sentenza ai terzi sub-acquirenti in tanto si verifica, in quanto la trascrizione della domanda giudiziale sia stata anteriore alla perfezione dell'acquisto del terzo. Ma questo vale ovviamente per i beni immobili e per i beni mobili registrati.

L'altra salvezza – di *significato ben diverso: sostanziale* e non solo processuale – è quella racchiusa dall'inciso "salvo le norme sull'acquisto in buona fede di beni mobili" di cui evidentemente all'art. 1153 c.c. Si assiste in questo caso ad un collegamento tra i due disposti normativi: quello processuale e quello civilistico. Questa

**La (ovvia) salvezza in
ogni caso dei diritti
acquistati a titolo
originario sui mobili
ex art. 1153 c.c.**

previsione di "salvezza" appare tuttavia un poco pleonastica e dettata solo da uno scrupolo di precisione. Se infatti si è in presenza di acquisto in buona fede, la sentenza non è opponibile a questo terzo *semplicemente perché egli è diventato proprietario del bene a titolo originario* (o titolare di altro diritto reale limitato sullo stesso

bene, sempre a titolo originario: v. il co. 3 dell'art. 1153 c.c.) e non derivativo. E allora cosa c'entra più qui la successione nel diritto controverso? L'art. 1153, insomma, spiazza l'art. 111. Non c'è in tal caso nemmeno la successione nel diritto. Il terzo ha acquistato il diritto a titolo originario, non l'ha derivato da un dante causa, quindi le vicende di accertamento del diritto in capo al dante causa sono per lui ininfluenti (come, del resto, avverrebbe ad esempio nel caso di sua usucapione). La salvezza del diritto dell'avente causa a titolo originario consente a questi di disconoscere financo l'efficacia diretta della sentenza pronunciata nei suoi confronti quale successore a titolo particolare nel diritto controverso (in quanto della successione – *recte*: dell'evento astrattamente successorio – si sia dato conto in corso di processo). Tale sentenza può infatti disconoscere in capo all'avente causa la proprietà *sotto un solo profilo*, cioè in quanto questa sia stata acquistata a titolo derivativo in pendenza di lite; ma non potrà coprire, con la sua efficacia di accertamento, l'eventuale acquisto del diritto che sia avvenuto a titolo originario.

Qui dunque il *giudicato si forma*, per il successore, *solo su un titolo di acquisto del diritto controverso* (anche se questo era un diritto reale di godimento) e così in deroga alla impostazione consueta del giudicato sui diritti autodeterminati: il vincolo per l'avente causa è dunque limitato ai fatti acquisitivi del diritto già deducibili dal suo dante causa; per i nuovi, e originari, fatti acquisitivi occorrerà un nuovo processo, cui non sarà di ostacolo (per il suo oggetto, per questo verso inestendibile) il vecchio processo e il suo esito. Questo regime particolare non vale per le universalità e i beni mobili registrati (art. 1156 c.c.).

Continuando con l'esame dell'art. 111, co. 3, bisogna chiedersi cosa succede se il successore a titolo particolare interviene o è chiamato in causa – e ciò potrà avvenire senza limiti di tempo ed anche in appello (non operando in queste ipotesi gli artt. 268 e 269) –. In tale ipotesi il venditore (parte originaria) si trova in una posizione molto simile a quella in cui si trova nel processo il garante per l'evizione, intervenuto in via adesiva o chiamato in causa per comunanza di causa – con o senza proposizione di domanda di garanzia –, nel caso in cui il processo sia iniziato dopo la vendita, e quindi con l'azione di un terzo contro l'acquirente.

L'intervento o la chiamata del successore fanno sì che il dante causa degradi a parte accessoria

Diverse sono dunque le vie attraverso le quali il venditore, garante per l'evizione, può assumere la veste di parte processuale accessoria. Interessano qui le ipotesi in cui il garante per l'evizione è nel processo attore, perché la vendita da cui nasce la garanzia per l'evizione è successiva all'inizio del processo.

Si è visto che, una volta venduto il bene o trasferito il diritto che affermava proprio, l'attore diventa "sostituto processuale" dell'acquirente, se fa constare nel processo l'evento successorio. A questo punto se, inoltre, l'acquirente interviene o è chiamato in causa, il nostro venditore diventa una parte *ad adiuvandum* rispetto all'acquirente. Questi diviene il vero legittimato ordinario, perché è colui che, nel momento in cui interviene o è chiamato nel processo, afferma di essere ormai il titolare del diritto controverso, la parte principale, mentre il venditore, che era attore, degrada a parte accessoria, la cui posizione ed i cui poteri sono analoghi a quelli di un interveniente adesivo.

Se il successore non diviene, invece, formalmente parte, ma la successione è allegata e provata, il dante causa potrà ovviamente continuare a compiere ogni atto a rilevanza processuale (non però quelli che importano disposizione del diritto controverso, come la confessione o il deferimento del giuramento). Si arriva così ad una situazione processuale dopo tutto analoga a quella che si sarebbe avuta se la vendita fosse stata anteriore all'inizio del processo, il processo fosse stato iniziato per impulso dell'acquirente e il venditore fosse stato chiamato in causa o fosse intervenuto.

La sentenza, dal punto di vista dell'impugnazione, pone a sua volta gli stessi problemi. Se l'acquirente perde e di riflesso perde anche il garante – perché costui è vincolato all'accertamento su cui era fondata la domanda di evizione – chi può impugnare la sentenza? Il garante o il garantito? Sicuramente il garantito, perché era in origine parte principale o lo è diventato, se successore, dopo l'intervento o la chiamata in causa.

L'impugnabilità della sentenza resa nei confronti del successore ad opera del dante causa divenuto ormai parte *ad adiuvandum*

Può impugnarla anche il garante? Il problema riguarda la possibilità o meno per l'interveniente adesivo o in genere per la parte accessoria di impugnare la sentenza sfavorevole alla parte adiuvata. Problema che – abbiamo visto: cap. 8 – è stato di recente affrontato e risolto in senso positivo dalle sez. un. (sent. n. 24707/2015).

Per la bibliografia e le questioni si veda l'appendice informatica.

14

Il litisconsorzio nelle fasi di impugnazione della sentenza

La causa inscindibile e le cause tra loro dipendenti: la necessaria partecipazione di tutte le parti alla fase di impugnazione e l'integrazione del contraddittorio. – Primi cenni sulle impugnazioni incidentali. Le cause scindibili: la temuta biforcazione del procedimento e la sospensione del procedimento di impugnazione. – Il rapporto fra l'art. 332 e l'art. 334. – Esame comparato quanto alla *ratio* degli artt. 331 e 332. – La devoluzione allargata nelle cause tra loro dipendenti. – La dipendenza fra cause per ragioni di rito e per ragioni di merito. – Esempi e applicazioni. – Schema delle corrispondenze fra gli artt. 102-107, 110-111 e gli artt. 331 e 332. – La personalità della impugnazione.

Abbiamo già avuto modo di notare, in varie precedenti occasioni, che il nostro codice – per regolare se e come il litisconsorzio realizzato in primo grado debba proseguire nelle fasi di gravame – distingue fra *tre categorie di cause* (artt. 331 e 332): *a) causa inscindibile, b) cause tra loro dipendenti, c) cause scindibili*. Si tratta di categorie-contenitori alle quali si chiede all'interprete di ricondurre le numerose ed articolate ipotesi di litisconsorzio previste per il giudizio di primo grado (invero, la varietà riguarda i diversi modi di instaurazione, mentre sono invece più compatte le strutturazioni processuali cui le fattispecie litisconsortili danno luogo).

Le tre categorie di cause a tal fine additivate adoperano terminologie abbastanza precise e felici, che però differiscono totalmente – anche per la loro concisione sintattica – da quelle che abbiamo trovato per il primo grado negli artt. 102-103-105-106-107-110-111. Si distingue, dunque, per qualunque grado di impugnazione della sentenza, fra:

a) presenza di causa inscindibile (ossia di una *causa una ed unica*, benché più siano state le parti che avevano od hanno acquisito legittimazione a contraddirsi al riguardo);

Causa inscindibile

b) presenza di cause tra loro dipendenti, bisognose pertanto di decisioni fra loro *coordinate* (vi saranno almeno due cause, l'una decisa, nella sentenza impugnabile, in un modo che dipende dalla decisione dell'altra, e ciò talora al fine di statuire sulla stessa decidibilità nel merito

... e cause tra loro dipendenti

della causa dipendente – come nel caso delle domande proposte in via subordinata, ad esempio la domanda di condanna per garanzia propria, e pure impropria, se non ne è chiesta in ogni caso la decisione: v. cap. 8 e la sentenza n. 24707/2015 delle sez. un. –; più spesso al fine di definire i contenuti della decisione di merito da riservare alla causa dipendente sul piano dei rispettivi oggetti sostanziali).

Entrambe queste ipotesi, e così tutte le fattispecie litisconsortili ad esse riconducibili, ricadono nella disposizione di cui all'art. 331. In questo senso, parleremo dunque di art. 331, I parte (per la causa inscindibile) o II parte (per le cause fra loro dipendenti). La inscindibilità o la dipendenza di cause vanno guardate tenendo presente il modo in cui le cause sono state decise: esse quindi si configurano, in realtà, come inscindibilità soggettiva della unitaria decisione (essendo unico l'oggetto del processo) o come dipendenza fra decisioni e così fra “capi” della sentenza (avremo un “capo” di sentenza per ognuna delle domande e così delle cause decise: si v. gli artt. 329, cpv., e 336, co. 1).

La necessaria partecipazione di tutte le parti anche alla fase di impugnazione

Ciò posto, quando ricorrono tali fattispecie, la disciplina detta, quanto agli effetti nel giudizio di impugnazione della sentenza, è concepita in termini unitari. Non sorge alcun problema, e si realizza subito la aspirazione dell'art. 331 alla pienezza della devoluzione al grado superiore, se l'impugnante notifica il gravame a tutte le altre parti, rendendole di esso destinatarie (la forma dell'atto sarà diversa a seconda del mezzo di impugnazione: la citazione di appello, il ricorso per cassazione, etc.).

... e l'integrazione del contraddittorio

Diversamente, qualora l'impugnazione sia notificata solo a talune delle parti dell'unica causa inscindibile o delle più cause tra loro dipendenti, il giudice ordinerà, alla prima udienza, la “integrazione del contraddittorio” entro un termine perentorio (figura assai simile, dunque, a quella che in primo grado prevede l'art. 102, co. 2). Se l'impugnante o alcuna delle parti già costituite non provveda in tal senso, allora la impugnazione a suo tempo proposta verrà dichiarata inammissibile (ossia non decidibile nel merito), con conseguente passaggio in giudicato, almeno per l'impugnante, della decisione di primo grado (v. su ciò, tuttavia, il caso di cui alla questione c riportata nell'appendice informatica). Al contrario, a seguito della integrazione del contraddittorio *ex art.* 331 ordinata (dal giudice) ed attuata (dall'impugnante), tutti i suoi destinatari diventeranno parti anche del giudizio di gravame: la (unica) causa inscindibile sarà riesaminata nei loro confronti, tenendo conto anche delle eventuali impugnazioni incidentali che le altre parti abbiano proposto (non importa se fuori del termine ordinario degli artt. 325-327; l'impugnazione incidentale è ammessa, anche in via tardiva, se proposta da chi riceve la notifica dell'atto di integrazione: così l'art. 334).

L'impugnazione incidentale

L'impugnazione si dice incidentale allorché chi la propone voglia introdurla in un giudizio di gravame (della medesima sentenza) già in corso, poiché avviato da un'altra parte con la propria impugnazione principale. Si deve infatti tener presente che tutte le parti possono essere parzialmente soccombenti in primo grado.

Nell'appello, mentre l'impugnazione principale assumerà dunque la forma dell'atto di citazione quale atto introduttivo del nuovo grado di giudizio, le impugnazioni incidentali proposte delle altre parti dovranno *trovare posto* ... forma nelle rispettive comparse di risposta. L'art. 333 pone in capo a tutte le parti che abbiano ricevuto la notifica della impugnazione principale l'onere, a pena di inammissibilità della loro impugnazione se proposta in via principale, di formularla appunto in via incidentale.

Nel giudizio di cassazione, dove l'impugnazione principale si propone con la forma del *ricorso*, quella incidentale va proposta nel *controricorso*, ossia nell'ambito del primo atto difensivo del resistente.

Anche chi riceve, in qualità di parte del giudizio di primo grado, la notificazione prevista nell'art. 332 (v. oltre) o la notifica della vera e propria integrazione del contraddittorio *ex art. 331*, dovrà avvalersi della forma incidentale *ex art. 333*, se vuole a sua volta impugnare. Tuttavia colui che riceve la *mera notifica notiziatoria dell'art. 332* potrà impugnare – e allora dovrà farlo in via incidentale – solo se i termini per lui non sono ancora scaduti e sempre che egli non avesse in precedenza fatto acquiescenza (espressa o tacita) al capo di sentenza che lo vedeva soccombente (*ex art. 329, co. 1*). La notifica dell'art. 332, proprio perché l'impugnazione qui non si dirige contro chi la riceve e non lo espone al rischio (divenendo parte del nuovo grado) di veder riformata la sentenza a suo ulteriore sfavore, non fa rinascere il potere di impugnazione che si era estinto.

Invece, chi riceve (*ex art. 330*) la notifica dell'atto di impugnazione principale, od anche dell'atto di integrazione del contraddittorio *ex art. 331*, *diventa parte* ed è pertanto esposto al rischio di veder peggiorata la sua situazione decisoria; per questo motivo l'art. 334 gli *restituisce*, affinché lo eserciti in via incidentale e nei relativi termini (ad esempio venti giorni prima dell'udienza in appello), il potere di impugnazione estintosi per scadenza dei termini o per la prestata acquiescenza. Se però l'impugnazione principale sarà dichiarata inammissibile per qualche causa (ma sembrerebbe – pur al riguardo nel silenzio dell'art. 334, co. 2 – anche ove venga dichiarata improcedibile od estinta), allora ben si comprende che l'impugnazione incidentale *tardiva* non possa essere esaminata nel merito, poiché la ragione che indusse la legge a consentirne la proposizione tardiva è venuta meno (cioè è venuto meno l'attacco insito nella impugnazione principale: v. oltre cap. I, sez. VII).

L'impugnazione tempestiva di uno dei litisconsorti necessari del giudizio di gravame impedisce così – per il tramite della integrazione del contraddittorio e del suo collegamento con l'art. 334 – la decadenza dal potere di gravame anche degli altri, purché questi rispettino, per le loro impugnative, tempi e modi propri del gravame incidentale (v. oltre).

Sulla devoluzione allargata anche oggettivamente, e non solo soggettivamente, nel caso di cause tra loro dipendenti – che esige qualche più capillare analisi – ci soffermeremo più tardi.

Ritorniamo alle tre figure “contenitori”: dopo esserci occupati dell’inscindibilità soggettiva dell’unica causa e delle cause tra loro dipendenti correnti fra più di due parti, rimane da esaminare la ipotesi, di cui all’art. 332, della:

Cause scindibili c) presenza di *cause scindibili* (o meglio: “sentenza pronunciata in cause scindibili”). Anche qui, come nelle cause dipendenti, vi sono almeno due cause, certo connesse fra loro per il titolo, per l’oggetto o per comunanza di questioni, ma non collegate davvero da forti e non allentabili nessi quanto ad esiti decisorii, come quelli tipici della pregiudizialità o della reciproca incompatibilità. Cause scindibili sono quelle parallele ma, dopo tutto, autonome, cumulabili solo per maggiore economia processuale e per evitare contrasti decisorii anche solo sul piano motivazionale (c.d. contrasti logici, *non pratici* di giudicati). A tale ordine di ipotesi – insomma al cumulo litisconsortile semplice – è dedicato l’art. 332.

Qui la norma *non impone affatto che la sentenza sia impugnata nei confronti di tutte le parti*, né prevede in via vicaria la necessità della integrazione del contraddittorio:

Il giudicato parziale nel passaggio da un grado all’altro del processo potrà accadere, allora, che si spezzi il precedente cumulo di cause (debolmente) connesse e (così) scindibili. Il capo decisorio di ciascuna fra le cause “scindibili” è suscettibile di passare in giudicato – perché non impugnato – nonostante altri capi vengano devoluti a riesame nel nuovo grado del processo. Così, potranno avversi decisioni contrastanti fra loro nelle motivazioni, pronunciate da diversi giudici e soprattutto in gradi diversi del processo, a seguito del progredire solo di alcuni suoi rami verso i gradi successivi. Il contrasto che viene in questo modo a formarsi è però solo “logico” perché si giunge a quello stesso risultato cui si sarebbe pervenuti allorché le cause connesse fossero state fin dall’inizio calate in processi diversi, magari in tempi diversi (e così non suscettibili di riunione *ex artt. 40 e 274*).

L’art. 332 detta invece, per queste cause, una disciplina un po’ barocca (che approssimo illustreremo), eminentemente volta a scongiurare *solo* una diversa even-

Solo la biforcazione del procedimento va evitata tualità: non già contrasti decisorii, ma quella biforcazione dell’unico processo in diversi gradi di gravame, che gli autori del codice temevano quale fonte di confusione, e magari anche di discredito, per il sistema delle impugnazioni della sentenza. Si vuole evitare ad ogni costo (anche a quello di una non breve sospensione del processo di impugnazione) che ciascuna causa cumulata in primo grado possa vedere la sua decisione, contenuta in *vari capi scindibili* di una unitaria sentenza, *impugnata separatamente dalle altre*. Ciò potrebbe dar luogo a *vari procedimenti di impugnazione* e, alla fine, a *diverse sentenze di gravame* (magari pronunciate in momenti lontani fra loro: v. infatti l’art. 326, co. 2): ad esempio, potrebbero darsi diverse sentenze di appello, tutte originate dalla medesima sentenza di primo grado, e sia pure in ordine a differenti sue parti e capi: così, sulle questioni comuni o sul titolo connesso, una sentenza di appello potrebbe riformare il giudizio del giudice di primo grado, l’altra – in relazione a una diversa causa – lo potrebbe confermare. Con

l'art. 332, il legislatore ha inteso insomma impedire la *biforazione* del processo in vari procedimenti di appello, certo per ragioni di economia processuale, ma probabilmente più ancora *per evitare* – quasi che si trattasse di un esito dal sapore caricaturale – il *contrasto fra loro* (ovviamente solo sul piano delle motivazioni) *di due decisioni di appello sulle cause connesse*, scindibili sì ma non fino a tal punto.

Per conseguire l'unicità procedimentale di tutti gli appelli contro la stessa sentenza, pur se resa in cause scindibili ed avente vari capi fra loro indipendenti, l'art. 332 prevede che “Se l’impugnazione di una sentenza pronunciata in cause scindibili è stata proposta soltanto da alcuna delle parti o nei confronti di alcune di esse, il giudice ne ordina la notificazione alle altre”, ma solo a quelle “in confronto delle quali l’impugnazione non è preclusa o esclusa”. All'uopo, viene fissato un termine (ed eventualmente una udienza di comparizione). Se esso decorre inutilmente, il giudizio di impugnazione qui *non diviene inammissibile, ma viene solo sospeso* fino a che tutte le parti del processo di primo grado – che non abbiano ricevuto la notificazione del gravame – non saranno decadute, per scadenza dei normali termini, dal potere di impugnare la sentenza già da altri impugnata senza coinvolgerle. Dunque una mera sospensione, al massimo per sei mesi (ossia per la durata del termine lungo di impugnazione *ex art. 327*, termine che studieremo oltre, sez. VII). Durante tale sospensione, se le altre parti impugnano la stessa sentenza con separati atti di gravame, il primo procedimento sarà ancora alle battute iniziali (e sospeso) e potrà agevolmente disporsi la *riunione dei nuovi appelli al vecchio* (imposta dall'art. 335), e garantirsi così che, nonostante tutto, non si arriverà alla (persistenza della) temuta biforazione in più rami del tronco del processo litisconsortile, per quanto in essi siano confluite cause (in ogni altro modo) perfettamente separabili.

Se invece la notificazione così ordinata dal giudice sia avvenuta, essa, poiché si caratterizza come *mera denuncia del gravame*, sarà unicamente volta a far sì che le altre parti ne tengano conto se anch'esse intendono impugnare la sentenza, quanto ad altri capi, formulando impugnazioni incidentali secondo il preciso onere di cui all'art. 333 (che impone a costoro di formulare le proprie eventuali doglianze contro la sentenza in via di gravame incidentale nel proprio primo atto difensivo, comparsa di risposta oppure controricorso).

Tale denuncia-partecipazione non avrà pertanto né lo scopo né l'effetto di far partecipare chi la riceve al procedimento di impugnazione in atto rendendolo parte, come avviene invece con la vera e propria integrazione del contraddittorio *ex art. 331*. Questo spiega perché solo il destinatario della notificazione *ex art. 331, non già quello della notificazione ex art. 332*, acquisisca anche *ex art. 334 la legittimazione ad esperire una impugnazione incidentale tardiva* (ovvero scaduto il termine ordinario oppure dopo aver prestato acquiescenza *ex art. 329, co. 1*), per reagire in ritorsione contro la domanda di impugnazione che è stata, con l'integrazione, in realtà proposta (anche) contro di lui.

La denuncia del gravame ... oppure

... la sospensione del procedimento di impugnazione

Ecco perché l'art. 332 non è richiamato nell'art. 334

Queste sono dunque le conseguenze normativamente differenziate delle due norme in esame, che rispondono a logiche tutt'affatto diverse.

La ratio dell'art. 332 La *ratio* dell'art. 332 può forse apparire un po' filiforme e curiosa (nelle cause scindibili si ammettono contrasti di motivazione fra sentenza di primo grado e di appello, che invece non si dovrebbero avere – proprio in forza dell'art. 332, se il giudice di gravame lo applica bene e viene poi fatto operare anche l'art. 335 – fra diverse sentenze di appello).

La ratio dell'art. 331, I parte Assai chiara e corposa, invece, è la spiegazione funzionale dell'art. 331, I parte: impedire che sulla unica causa il riesame avvenga senza qualche suo contraddittore *ab origine* necessario o divenuto tale solo nel corso del giudizio di primo grado.

In particolare: *a)* nei casi di vero e proprio litisconsorzio necessario originario *ex art. 102*, infatti, la sentenza di gravame, pur assorbendo quella di primo grado, sarebbe addirittura *inutiliter data* per tutti. Mentre: *b)* nei casi di mancata integrazione con la parte accessoria (l'interveniente adesivo o il chiamato che avrebbe potuto fare tale intervento), la sentenza sarebbe *inutiliter data* solo per alcune parti. Più precisamente, avverrà che per le parti principali presenti farà stato la sentenza di gravame, mentre per la parte accessoria – non più presente – sarà vincolante quella di primo grado, con conseguente grave disarmonia decisoria dell'unica causa.

La ratio dell'art. 331, II parte: la devoluzione allargata nelle cause tra loro dipendenti Quanto alla *ratio* dell'art. 331, II parte, essa è da ricondurre alla complessa problematica della devoluzione, alla cognizione del giudice del gravame, delle cause tra loro dipendenti, che – cumulate in primo grado – entro certi limiti lo dovranno rimanere anche nelle fasi di gravame e, correndo fra più di due parti, esigeranno la presenza di tutte, che la norma in esame assicura. Ci limiteremo qui ad alcune notazioni essenziali, che sono alla base degli sviluppi logici da dedurre, caso per caso, in relazione alle varie situazioni che possono porsi.

Vi sono due tipi di nessi di dipendenza fra cause: l'uno attiene al modo in cui la seconda causa è stata introdotta nel processo (cumulo condizionale di azioni); l'altro è semplicemente dettato dai rapporti che corrono fra i diritti oggetto delle due cause (cumulo incondizionato di cause su diritti l'uno pregiudiziale all'altro). Di seguito, *sub A* parleremo degli sviluppi processuali della dipendenza di cause del primo tipo, e *sub B* degli sviluppi processuali della dipendenza di cause del secondo tipo.

La dipendenza per ragioni di rito A) Innanzitutto le cause – fra parti parzialmente diverse o fra le stesse parti – sono tra loro dipendenti quando la decisione di merito di una condiziona la stessa decidibilità nel merito e, più precisamente, la dichiarazione di assorbimento dell'altra. Così, l'esito della decisione della domanda di evizione condiziona già "in rito" la decidibilità della domanda di garanzia propria reale proposta dal convenuto nei confronti del terzo garante, che per solito è formulata dal garantito-convenuto quale domanda

subordinata all'accoglimento della domanda principale dell'attore (figura di dipendenza *a catena*: A-B/B-C). Analogamente, ma per l'ipotesi in cui le cause riguardino le stesse parti, la decisione sulla domanda di annullamento di un contratto condiziona "in rito" la decidibilità della domanda avente ad oggetto la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto annullato; questa seconda domanda, a sua volta, viene di regola formulata in via subordinata, cioè per l'eventualità dell'accoglimento della domanda principale.

a¹) Partiamo da una fattispecie di dipendenza A-B/B-C ove, trattandosi dell'ipotesi della garanzia, A-B è la causa di evizione, tra il terzo molestante e l'acquirente, e B-C quella di garanzia. Immaginiamo che la sentenza di primo grado abbia dato torto ad A e assorbito così la domanda di B. Se l'attore (A) impugna la decisione della causa principale, il capo di sentenza dipendente sulla causa B-C (subordinata o pregiudicata) non potrà passare autonomamente in giudicato (arg. anche *ex art. 336, co. 1*) e sarà suscettibile di venire devoluto anch'esso al riesame in sede di gravame senza bisogno di impugnazione incidentale di B (salvo solo il rispetto, se siamo in appello, dell'onere di riproposizione expressa delle domande dichiarate assorbite in primo grado *ex art. 346*). Tale devoluzione, però, si attualizzerà solo per il caso che sia rovesciata dal giudice dell'impugnazione la decisione della causa pregiudiziale A-B, su cui si fondava la decisione di assorbimento della causa B-C, che a questo punto dovrà essere decisa per la prima volta nel merito.

a²) Poniamo, invece, il caso che la sentenza di primo grado dia ragione al terzo molestante (A) e quindi, esaminata anche la domanda del garantito (B) e riscontrata la sussistenza dei presupposti per la garanzia per l'evizione, condanni C a risarcire il danno nei termini di cui all'art. 1483 c.c. Se la pronuncia sulla causa pregiudicante viene impugnata dal convenuto evitto (B), il capo di sentenza B-C non potrà passare autonomamente in giudicato. Alla cognizione del giudice d'appello verrà devoluta anche la causa pregiudicata B-C, sul rapporto di garanzia, e ciò senza bisogno di impugnazione incidentale (e senza che venga qui in questione il rispetto dell'onere di riproposizione delle domande non accolte perché assorbite sancito dall'art. 346, dal momento che la domanda B-C era stata esaminata ed accolta). Qualora, infatti, il giudice d'appello riformasse la decisione sulla causa pregiudicante (A-B) in senso sfavorevole all'attore evincente, è chiaro che ciò comporterebbe l'assorbimento della causa pregiudicata di garanzia (B-C), sulla quale – essendo venuta meno una condizione di decidibilità nel merito – non potrebbe più avversi una pronuncia di condanna. La devoluzione comunque, al fine della dichiarazione di assorbimento della causa B-C, si attualizzerà per il solo caso che sia rovesciata dal giudice d'appello la decisione della causa pregiudiziale (A-B).

a³) Una analoga devoluzione allargata (c.d. effetto devolutivo esterno) non si ha invece, rispetto al capo sulla causa principale di evizione (A-B) *in thesi* decisa in senso favorevole all'attore, se sia impugnata, da colui che sia nei suoi riguardi rimasto soccombente, la decisione della causa dipendente di garanzia (B-C). Qui troverà applicazione l'art. 332 e il riesame potrà avvenire solo sulla causa dipendente, ferma e vincolante la decisione della causa principale A-B. Di conseguenza, se la decisione sulla causa dipendente aveva dato torto a B (il compratore evitto), egli la impugnerà per i profili per cui essa ha ritenuto insussistente l'obbligo di garanzia. Se, invece, la decisione era di segno

sfavorevole a C (il venditore garante), non sempre l'impugnazione sulla causa dipendente potrà venire autonomamente accolta, e si pone così il problema della possibilità per C di impugnare la decisione della causa A-B nella parte che pregiudica la decisione della sua causa (ed è questo in realtà il problema della impugnazione autonoma della parte accessoria, ad esempio dell'interveniente adesivo, che abbiamo visto da ultimo risolto in senso positivo dalle sez. un., con la sentenza n. 24707/2015: v. cap. 6).

La dipendenza per ragioni sostanziali e così di merito

B) Può poi ricorrere una dipendenza tra cause solo per ragioni di diritto sostanziale, ed è questo – per es. – il caso del cumulo litigioso consortile di domande proposto dal comune creditore contro il suo debitore principale e contro il fideiussore: qui la prima domanda è pregiudiziale quanto al contenuto della decisione di merito (dipendenza a *forbice* A-B/A-C).

b¹) La devoluzione allargata del capo relativo alla domanda dipendente, quando sia stato impugnato solo il capo relativo alla domanda pregiudiziale, si ha anche in questa fattispecie di dipendenza direttamente per ragioni di diritto sostanziale. Si faccia l'ipotesi in cui il creditore (A) sia soccombente già verso il debitore principale (B), e così anche verso il fideiussore (C). Se l'attore (A) impugna solo la pronuncia sulla causa principale (A-B), l'altra decisione (sulla causa A-C), poiché dipendente, sarà devoluta anch'essa a riesame per il caso che la causa A-B venga decisa in senso opposto, dal momento che altrimenti il capo dipendente non potrebbe – in mancanza di un'impugnazione che lo riguarda – essere inciso dalla nuova sentenza. L'integrazione del contraddittorio avverrà quindi in tale esempio nei riguardi del fideiussore (C), cioè del soggetto che è parte solo della causa dipendente, su cui pure non è stata formulata nessuna impugnazione, ma che potrà venire riesaminata “di rimessa”. La devoluzione si attualizzerà per il caso che sia rovesciata dal giudice di appello la decisione della causa pregiudiziale A-B, su cui si fondava quella della causa A-C, che a quel punto non potrà rimanere invariata.

b²) Immaginiamo invece che la sentenza di primo grado abbia dato ragione al creditore-attore (A) verso il debitore principale (B), e poi, accertata la validità del contratto di fideiussione, abbia condannato in solido anche il fideiussore (C). Se la pronuncia sulla causa pregiudicante (A-B) viene impugnata dal debitore principale (B), il capo di sentenza sulla causa A-C (sul rapporto creditore/fideiussore) non potrà passare autonomamente in giudicato. Alla cognizione del giudice d'appello verrà infatti devoluta la cognizione anche della causa A-C, e ciò senza bisogno di impugnazione incidentale. Quala infatti il giudice d'appello avesse a riformare la decisione sulla causa pregiudicante (A-B) in senso sfavorevole al creditore, è chiaro che anche il capo dipendente (A-C) verrà inciso dalla nuova sentenza. L'integrazione del contraddittorio avverrà anche in tale esempio nei riguardi di C, cioè del soggetto parte della sola causa dipendente (A-C), sulla quale – benché non sia stata formulata alcuna impugnazione – la cognizione del giudice d'appello cadrà “di rimessa”, una volta rovesciata la decisione della causa pregiudiziale (A-B).

b³) Un c.d. effetto devolutivo esterno non avrà invece luogo se sia impugnata, da chi sia nei suoi riguardi rimasto soccombente, la decisione della causa dipendente (A-C, sul rapporto creditore/fideiussore) e non anche quella della causa principale (A-B), che abbia dato ragione al creditore nei confronti del debitore principale. Qui si applicherà so-

lo l'art. 332 e il riesame potrà avvenire solo sulla causa dipendente, ferma e vincolante la decisione della causa principale A-B. In questo caso, nessun problema si pone ovviamente se il creditore (A), vincitore verso il debitore principale (B), impugna la sentenza contestando la negazione, ivi contenuta, della sussistenza del rapporto obbligatorio di garanzia con il fideiussore (C); del pari, nessun problema si presenta se il fideiussore (C), soccombente in primo grado, fa valere a fondamento dell'impugnazione ragioni attinenti alla validità o efficacia del suo autonomo rapporto con il creditore (A). Più complessa è invece la questione, qualora con la sua impugnazione il fideiussore (C) lamenti l'invalidità o l'estinzione del rapporto pregiudiziale intercorrente tra creditore e debitore principale (A-B). Sorge anche qui infatti il problema se il titolare del solo rapporto dipendente (qui il fideiussore: C) possa impugnare la decisione della causa A-B nella parte che pregiudica la decisione della sua causa e ci si trova qui nuovamente, come in a³, di fronte alla questione dell'impugnazione autonoma della parte accessoria. Impugnazione che va ammessa, ma allora il debitore principale B sarà egli pure, *ex art. 331 II*, parte necessaria del giudizio di impugnazione, perché l'impugnazione di C potrebbe rimettere in discussione il rapporto A-B come accertato dalla sentenza impugnata.

Come si è potuto notare, le fattispecie ora esaminate (*sub a¹, a², a³ e sub b¹, b², b³*) risultano per larga parte coincidenti, tanto nei presupposti quanto nelle conseguenze dello svilupparsi della devoluzione c.d. allargata in fase di gravame riguardo alle cause tra loro dipendenti. È comunque da ribadire il principale carattere differenziale tra i due ordini di ipotesi poc'anzi analiticamente vagliati, consistente nel fatto che solo nei casi *sub A*) la dipendenza, trovando fondamento in ragioni meramente processuali, è idonea a portare all'assorbimento della causa dipendente, che resta così sprovvista di decisione in merito. Una decisione di merito, invece, si ha sempre su tutte le cause nelle ipotesi considerate *sub B*).

Da questa spiegazione del funzionamento degli artt. 331 e 332 nella dinamica del processo litisconsortile (con cumulo anche oggettivo di cause oppure solo soggettivo di parti), emerge subito che si tratta di norme concepite in termini molto articolati ed indubbiamente anche secondo lineamenti complessi e raffinati. Non a caso assai frequenti sono le discussioni giurisprudenziali sulla applicazione di tali norme. E certo, in più di settant'anni di loro vigenza, non si sono ancora sopite le incertezze ricostruttive – talora anche gravi – di cui i giudici, e più spesso ancora molti avvocati, danno non di rado fatalmente prova al cospetto di congegni normativi che si rivelano, con il progredire del processo e così delle difficoltà e delle variabili, tanto simili a quelli che solo un orologiaio riesce a maneggiare. Anche lo studente desideroso di comprendere a fondo, per seguire il nostro discorso fino a questo punto, avrà provato a divenire lui stesso studioso o almeno giurista pratico di buona tenuta argomentativa. Egli avrà a questo punto già compreso da sé la più parte, almeno, degli abbinamenti fra – da un lato – gli artt. 331, I parte, 331, II parte, 332 e – dall'altro lato – gli artt. 102-103-105-106-107-110-111 (anche se negli artt. 105 e 106 ricadono poi varie sotto ipotesi: tre nell'art. 105, almeno quattro nell'art. 106; ed anche se nell'art. 103 – e nella seconda sottoipotesi dell'art. 105,

Indirizzi applicativi
su tali norme

quella dell'intervento litisconsortile – il cumulo di cause connesse non esclude che si possa trattare di cause tra loro dipendenti, anziché come più spesso avviene di cause scindibili).

Per operare tale incrocio si deve tener presente che *di solito non interessa né rileva tanto il modo in cui il litisconsorzio e così il cumulo soggettivo eventualmente anche oggettivo si è contingentemente instaurato in primo grado*; conta assai di più a quale struttura processuale si sia alla fine posto capo fra le varie che sono possibili e che, non a caso, gli artt. 331-332 disegnano ormai in termini ben netti e non più tanto variegati.

Uno schema delle relazioni

Ecco dunque lo schema, per rapidità e immediatezza visiva riflesso da numeri (credo fin troppo familiari a chi sia giunto fin qui), con molti collegamenti sicuri o quasi, ed anche qualche punto interrogativo su questioni che possono vedere divisi interpreti e giurisprudenza.

102 (litisconsorzio necessario) → 331, I parte.

103 → 332 (litisconsorzio facoltativo attivo o passivo “semplice”) oppure talora 331, II parte (in caso di cause non solo connesse ma legate da pregiudizialità, come talora può avvenire anche per le obbligazioni solidali, ove dipendenti anziché “paritarie”; e 331, II, fors’anche – per taluni, ma non per noi – in ogni caso di litisconsorzio facoltativo c.d. unitario a cagione della strettissima connessione, seppur manchi la stretta pregiudizialità di una causa rispetto all’altra).

105, I → 331 (secondo molti, codesta dell’*intervento principale* è una ipotesi di più cause tra loro inscindibili perché interdipendenti: siamo più vicini peraltro – se così posso dire – al significato della rubrica che a ciascuna delle due fatispecie del testo dell’art. 331).

105, II → *l’intervento litisconsortile* va trattato come l’art. 103 → 332 per solito; e tuttavia talora 331, II parte.

105, III → 331, I parte (la causa è unica, ma con l’*intervento adesivo* il terzo ha acquisito la legittimazione ad interloquire sulla sua decisione per tutto l’arco del processo, quand’anche non potesse proporre lui stesso gravame).

106, I → la risposta dipende dalla posizione del *terzo chiamato per comunanza di causa*, talora simile a quella di un interveniente principale (v. art. 105, I), o di un interveniente litisconsortile (v. art. 105, II) o di un interveniente adesivo (v. art. 105, III); alcune volte, infine, le domande contro il convenuto e contro il chiamato sono poste in alternativa – chiamata del c.d. vero legittimato passivo – e vale anche allora un discorso analogo a quello fatto per l’art. 105, I.

106, II → 331, II parte (se impugnata è solo la causa dipendente sorta dalla *chiamata in garanzia* propria però → 332, che opererà pure in relazione alla domanda avente ad oggetto il rapporto di garanzia propria).

107 → 331 (dipende dai casi se, per la chiamata *iussu iudicis*, si applicherà l’art. 331 I o II parte in presenza di cause interdipendenti, come per l’art. 105, I).

110 → 331, I (la causa è inscindibile per tutti gli eredi del defunto, che erano divenuti litisconsorti necessari *ex art. 102*, e ciò già in primo grado).

111 → 331, I (se il successore a titolo particolare è intervenuto o è stato chia-

mato e il dante causa non è stato estromesso, quest'ultimo andrà ormai riguardato come una parte accessoria analoga all'interveniente adesivo *ex art. 105, III*: dunque appunto causa una ed unica soggettivamente inscindibile, che è il caso evocato nell'*art. 331, I*.

Chiudiamo con una metafora rasserenante. Se gli artt. 102-111 indicano le vie, gli artt. 331-332 individuano le piazze. E non può stupire che le prime siano più numerose delle seconde, ma a poche chiare piazze tutte le varie vie (maggiore o minori) direttamente o indirettamente si ricongiungono.

In sede di progetti di riforma taluni studiosi, comprensibilmente un po' preoccupati a cagione della difficoltà per i pratici di orientarsi fra quelle vie e piazze (dalla pianta non proprio rettilinea), proposero di abolire tutte le distinzioni degli artt. 331 e 332 e di prevedere semplicemente che la impugnazione *dovesse venire notificata a tutti*, se del caso per ordine del giudice, salvo poi valutare *ex post* quale fosse la latitudine soggettiva ed oggettiva della pronuncia di gravame. Senonché, per compiere tale ultima ponderazione, l'intero spettro delle questioni sottese agli odierni artt. 331 e 332 (e del loro collegamento con gli artt. 333 e 334) riemergerebbe subito (del resto gli artt. 469 ss. c.p.c. del 1865, incentrati sul concetto di "cosa indivisibile", non erano granché più semplici). Quelle questioni applicative sono in realtà problemi ricostruttivi. I quali hanno per radici i nessi sostanziali fra rapporti e domande che corrono nelle varie figure di processo litisconsortile già in primo grado e che, nelle fasi successive, vanno armonizzati con il principio dispositivo, che permea anche i moderni sistemi di impugnazione e secondo il quale la riforma della sentenza può giovare solo a chi l'impugnazione propone e non a tutte le parti.

Diverso era il sistema che vigeva in diritto romano (beninteso dopo l'epoca classica, che neppure conosceva le impugnazioni della sentenza) e nel diritto intermedio, ove il principio di base era quello per cui l'appello era un gravame a pieno ed automatico effetto devolutivo della lite, che poteva operare anche a vantaggio delle parti diverse dall'appellante (senza che tale *beneficium commune* richiedesse una pluralità di appelli). Nei diritti moderni, invece, a cominciare dalle esperienze giudiziarie francesi del '500 e del '600, si affermò il concetto che l'appello era esercizio di uno specifico potere individuale della parte che – al pari tendenzialmente della domanda giudiziale – poteva giovare solo a chi lo aveva proposto e valeva a devolvere al nuovo giudizio della giurisdizione superiore solo la parte della sentenza su cui la parte era soccombente.

È questo il principio della c.d. *personalità* del gravame, che – frutto dello *Stylus Curiarum Franciae* – ha un po' alla volta soppiantato quello precedente della c.d. *realità*; generato la regola del (tendenziale) divieto per il nuovo giudice di *reformatio in peius* della decisione appellata, e determinato così l'esigenza dell'appello (anche in forma incidentale) per gli appellati ove essi pure (in parte) socombenti.

Non si poté quindi più dire, neppure in Italia, quanto da noi insegnava agli

Una disciplina più semplice

Il sistema della personalità dell'impugnazione

albori del '600 lo Scaccia: “*appellatio simplex unius devolvit totum negotium sententiae, etiam si sententia contineat capitula separata*”. Nel vigore del nuovo ed opposto principio del *tantum devolutum quantum appellatum* (che nell’art. 331, II parte, e nel suo effetto devolutivo allargato ai capi dipendenti, trova però una circoscritta attenuazione), si crea largo spazio per la pluralità delle impugnazioni, specie poi nei processi oggettivamente e soggettivamente complessi. Di qui l’esigenza di norme articolate, quali i nostri artt. 331 e 332, le cui problematiche appaiono davvero ineludibili e raffigurate da tali disposizioni in modo conciso ma dopo tutto nitido.

Per la bibliografia e le questioni si veda l’appendice informatica.