

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI “FEDERICO II”
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PROCESSUALE CIVILE
XXII CICLO

L'OPPOSIZIONE DI TERZO REVOCATORIA

Tutor
Ch.mo Prof. GIUSEPPE OLIVIERI

Candidata
Dott. ELISA ANNAMARIA DANIELE

ANNO ACCADEMICO 2008/2009

INDICE

Capitolo I

L'opposizione di terzo revocatoria nel sistema delle impugnazioni.

1. Cenni sull'origine storica dell'opposizione di terzo revocatoria	1
2. Prime osservazioni sull'istituto vigente il c.p.c. del 1865	13
3. Ambito dell'indagine	21
4. Funzione dell'opposizione di terzo revocatoria	24
5. Requisiti necessari	34
6. L'azione revocatoria processuale	41

Capitolo II

La legittimazione all'opposizione di terzo revocatoria.

1. Premessa: l'o.t.r. come mezzo di chiusura del sistema concesso ai terzi soggetti all'altrui giudicato	49
2. Legittimati attivi all'o.t.r.: i creditori	73
3. (<i>Segue</i>). Gli aventi causa: necessaria demarcazione dell'ambito di operatività degli artt. 404 co. 2 c.p.c., 111 c.p.c. e 2909 c.c.	81
4. (<i>Segue</i>). I terzi titolari di rapporti dipendenti. Argomentazioni di carattere sistematico che giustificano l'interpretazione estensiva dei legittimati <i>ex art.</i> 404 co. 2 c.p.c.	94

Capitolo III
Sul procedimento e sulla pronuncia.

1. Il procedimento (artt. 405, 406, 407 c.p.c.): unico per ambedue i casi di opposizione	101
2. Esercizio dell'opposizione di terzo revocatoria in via incidentale o anticipata	121
3. La decisione e gli effetti della sentenza che accoglie l'opposizione di terzo revocatoria	128
 BIBLIOGRAFIA	 142
GIURISPRUDENZA	149

Capitolo I

L'opposizione di terzo revocatoria nel sistema delle impugnazioni.

SOMMARIO

1. Cenni sull'origine storica dell'opposizione di terzo revocatoria.
2. Prime osservazioni sull'istituto vigente il c.p.c. del 1865.
3. Ambito di indagine.
4. Funzione dell'opposizione di terzo revocatoria.
5. Requisiti necessari.
6. L'azione revocatoria processuale.

1*. – Tradizionalmente si ritiene che l'opposizione di terzo, disciplinata nel codice di rito ai commi 1 e 2 dell'art. 404, tragga origine dalle ordinanze francesi del XVII secolo.

Nell'affermare l'origine relativamente recente di questo istituto, non si intende negare che i sistemi giuridici anteriori, avvertendo l'esigenza di tutelare il terzo dagli effetti della sentenza pronunciata fra altre parti, avessero apprestato rimedi idonei a realizzare il principio secondo il quale nessuno può essere condannato senza essere stato ascoltato, ovvero senza essersi difeso.

Di fronte all'esigenza di tutelare il terzo dal pregiudizio eventualmente arrecatogli dalla sentenza resa *inter alios*, da sempre il legislatore ha dovuto prendere posizione sull'opportunità di concedere al terzo le medesime impugnazioni consentite alle parti oppure di prevedere un'impugnazione *ad hoc*. La preferenza per l'una o per l'altra soluzione conduce a risultati analoghi in punto di tutela del terzo. Ma, ogni qual volta si sia optato per l'impugnazione riservata esclusivamente ai terzi, il

* Per la storia dell'istituto, qui brevemente accennata, cfr. TISSIER, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, Parigi, 1890, 12 e ss.; MENDELSSOHN BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, Lipsia, 1900, 3 e ss.; GALLUPPI, *Teoria dell'opposizione del terzo come mezzo per impugnare le sentenze*, Torino, 1895, 7 e ss.; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, 272 e ss., nota 111; GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 1267 e ss..

legislatore ha dovuto affrontare due ulteriori ordini di problemi: da un lato, si è dovuto interrogare sull'opportunità, *recte* necessità, di prevedere due distinte impugnazioni riservate ai terzi, a seconda che questi ultimi siano o meno soggetti all'efficacia dell'altrui giudicato; dall'altro, ha dovuto valutare l'opportunità di accomunare, in punto di legittimazione alla medesima impugnazione, tutti i terzi pregiudicati dal giudicato reso *inter alios*, prescindendo dalla distinzione tra pregiudizio in diritto e pregiudizio in fatto.

Così evidenziate le problematiche di fondo che la previsione di un mezzo di impugnazione riservato ai terzi ha posto in ogni tempo, è opportuno accennare brevemente alle origini storiche dell'opposizione di terzo.

Il diritto romano, fondandosi sul principio della relatività della cosa giudicata, ritenne che i diritti dei terzi fossero sufficientemente salvaguardati dal principio "*res inter alios iudicata aliis non nocet nec prodest*" e, dunque, non conobbe l'opposizione di terzo. Ciò nonostante, i Romani non confinarono la tutela del terzo esclusivamente nell'alveo dell'*exceptio rei inter alios iudicatae*, ma prevedero due distinti rimedi ordinari: l'appello del terzo e l'istituto del *prohibere*¹. Con l'esperimento dell'appello il terzo aspirava alla riforma o alla revoca della sentenza pregiudizievole. Il rimedio poteva essere proposto, a differenza dell'eccezione di giudicato alieno, anche prima che la sentenza fosse opposta al terzo, in modo tale da prevenire, e non semplicemente riparare, il pregiudizio. La legittimazione ad appellare era riconosciuta tanto ai soggetti che, pur non avendo partecipato al giudizio, né essendovi rappresentati, si assumevano pregiudicati nei loro diritti dalla sentenza resa *inter alios* (terzi cui oggi generalmente si riconosce l'opposizione di terzo cd. ordinaria), quanto ai terzi estranei al giudizio,

¹ Per una disamina completa dei rimedi concessi ai terzi in diritto romano, cfr., RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili in diritto romano*, I, Milano, 1961, 138 e ss..

ma considerati rappresentati, che lamentavano un pregiudizio conseguente al dolo o alla frode perpetrata in loro danno (si tratta di creditori ed aventi causa di una delle parti che nel nostro attuale ordinamento sono legittimati ad esperire l'opposizione di terzo cd. revocatoria). A questi ultimi l'ordinamento romano riconosceva anche la facoltà di respingere il giudicato alieno mediante l'*actio pauliana*, il cui campo di applicazione era talmente ampio da consentire l'esperimento di tale rimedio non solo avverso gli atti di disposizione sostanziale, ma anche avverso le sentenze.

Invece, l'istituto del *prohibere*, concesso ai titolari di rapporti giuridici aventi elementi oggettivi identici, ma soggettivi diversi dal diritto dedotto in giudizio, consentiva a tali terzi, sempre che fossero venuti a conoscenza della pendenza del processo, di sottrarsi all'efficacia della sentenza emessa *inter alios* (si trattava, cioè, di una sorta di *opt out*). I terzi che, sia pure a conoscenza del processo, non si fossero avvalsi del *prohibere*, erano considerati soggetti all'efficacia della sentenza e, dunque, legittimati all'appello.

In conclusione, nel diritto romano un'impugnazione straordinaria riservata esclusivamente ai terzi non esisteva: l'indubbia legittimazione tanto delle parti quanto dei terzi ad esperire i rimedi ordinari la rendeva superflua.

Nel diritto comune italiano i rimedi a tutela del terzo erano, oltre all'eccezione di giudicato alieno, l'appello del terzo e l'opposizione del terzo.

Al terzo si riconosceva un potere autonomo di impugnazione, nel senso che questi poteva appellare quand'anche le parti tra cui la sentenza era stata pronunciata non avessero impugnato (per decorrenza dei termini o per rinuncia). L'appello del terzo era esperibile indipendentemente dal passaggio in giudicato della sentenza emessa *inter alios*. Il terzo in sede di appello poteva associarsi alle difese del soccombente (*ad defendendum*

condemnatum), ma anche far valere un proprio diritto autonomo ed incompatibile con quello dedotto in giudizio dalle parti originarie (*ad excludendum utrumque litigantem*).

Invece, l'opposizione del terzo era rimedio finalizzato ad impedire l'esecuzione della sentenza, esperibile solo quando fosse decorso il termine per appellare ed a condizione che il terzo provasse prontamente il suo diritto.

Una parte minoritaria ma autorevole della dottrina² vede in questi istituti del diritto romano il «germe dell'opposizione di terzo»³ e, dunque, ne rivendica l'origine romana confortata dal valore sistematico, oltre che storico, di alcuni passi italiani in cui si parla espressamente di *tertii oppositio*⁴. Secondo questa ricostruzione, nell'alto Medioevo i rimedi in favore del terzo avrebbero perso il rigore sistematico lentamente conquistato nel diritto romano e con esso la netta linea di demarcazione del rispettivo ambito di applicazione. Successivamente, l'evoluzione giurisprudenziale avrebbe conferito a ciascun mezzo un carattere specializzato, una propria autonomia. L'opposizione di terzo alla sentenza e l'opposizione di terzo all'esecuzione, distaccandosi definitivamente dall'appello, avrebbero definitivamente assunto le connotazioni attuali. Più precisamente, la moderna opposizione di terzo alla sentenza avrebbe avuto origine dalla fusione dell'appello del terzo con l'istituto del *prohibere*⁵.

² Così, MENDELSSOHN BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, cit., 3-46; GALLUPPI, *Teoria dell'opposizione*, cit., 17 e ss.; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 272 e ss., testo e nota 111.

³ L'espressione è mutuata da GALLUPPI, *ult. op. cit.*, 8.

⁴ SCACCIA, *Tractatus de appellationibus*, Quaest. XVII, lim. 6, membr. 4, n. 51, 530: «*Quamvis tertius nolit, vel non possit appellare eo quia non sit in tempore, tamen poterit sine appellatione se opponere et impedire executionem*». L'A. precisava, inoltre, che i suddetti rimedi non sospendevano l'esecuzione della sentenza (n. 87): «*Limita igitur ut non procedat quando appellatio, seu oppositio tertii praesumeretur calumniosa, quia tunc ejus appellatio et oppositio non retardat executionem*».

⁵ Cfr., PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 273 (nota 111).

La dottrina maggioritaria, invece, contesta questa ricostruzione, sostenendo che i rimedi concessi al terzo dalle legislazioni premoderne siano ontologicamente diversi dall'opposizione di terzo regolata nei nostri attuali ordinamenti, essendo i primi rimedi ordinari, la seconda un'impugnazione straordinaria. Dunque, per individuare un'impugnazione che abbia «l'inconfondibile fisionomia»⁶ dell'istituto che oggi denominiamo opposizione di terzo è necessario fare riferimento alla prassi giurisprudenziale sviluppatasi in Francia tra il XVI ed il XVII secolo.

La prima ordinanza a menzionare incidentalmente la *tièrce opposition* è l'*Ordonnance de Villers-Cotterets* emanata nel 1539 sotto il Regno di Francesco I⁷. Gli artt. 96⁸ e 108⁹ prevedevano una serie di ammende da infliggere a chi avesse impugnato al solo fine di impedire o ritardare l'esecuzione della sentenza.

Che scopo di tali disposizioni fosse evitare le impugnazioni temerarie, ovvero esperite al solo scopo di eludere l'esecuzione del giudicato, lo si desume con certezza dalla rubrica dell'art. 108 che

⁶ L'espressione è mutuata da GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, cit., 1267, ove l'A., dopo aver criticato la «...moda (...) di rivendicare l'origine italiana, quando non romana, dell'istituto», sostiene che l'opposizione di terzo non possa avere origine che con l'ordinanza processuale del 1667, in quanto le ordinanze precedenti la disciplinano troppo scarnamente per individuarne i caratteri peculiari.

⁷ Ordinanza di *Villers-Cotterets*, «*Sur le fait de la justice*», n. 188 dell'agosto del 1539, in *Recueil général des anciennes lois françaises*, vol. XII, Parigi, 1828, 600 e ss..

⁸ L'art. 96 dell'Ordinanza n. 188 del 1539 recitava come segue: «*Et où le condamné sera trouvé appelant, opposant, ou autrement, frivolement et induement, empêchant l'exécution dudit jugement ou arrêt, par lui ou par personne suscitée ou interposée, il sera condamné en l'amende ordinaire de soixante livres parisis; et outre, en autre amende extraordinaire envers nous, et en grosse réparation envers sa partie, empêchant induement ladite exécution, condamné à faire exécuter ledit jugement ou arrêt à ses propres coûts et dépens dans un bref délai, qui pour ce faire lui sera préfix, sur ces grosses peines, qui à celuy seront commuées; et en défaut de ce faire dans ledit délai, sera contraint par emprisonnement de sa personne*».

⁹ L'art. 108 dell'Ordinanza di Francesco I disponeva che: «*Que les tiers opposants contre les arrêts de nos cours souveraines, s'ils sont déboutés de leurs oppositions, seront condamnés envers nous en l'amende ordinaire du fol appel, et la moitié moins envers la partie, et plus grande si mestier est, selon la qualité et malice des parties, et contre l'exécution des sentences non suspendues par appel, seront condamnés en vingt livres parisis d'amende envers nous, et la moitié moins envers la partie, et plus grande si métier est, comme dessus*».

recitava «*Comment seront mulctés tiers opposants téméraires aux exécutions d'arrêts et de sentences exécutoires nonobstant l'appel*».

La prima disposizione prendeva in considerazione l'appello o l'opposizione temerariamente proposta dalla parte o da persona interposta; la seconda l'opposizione dei terzi. Non si può fare a meno di notare che il rimedio denominato opposizione aveva due differenti campi di applicazione: rimedio riservato alle parti, più precisamente ai contumaci (ccdd. *défaillants*) e rimedio per i terzi.

La dottrina francese si divide in ordine alla qualificazione giuridica dell'*opposition* di cui all'Ordinanza del 1539, in quanto la stessa presentava caratteri non ancora ben definiti rispetto ai rimedi ordinari¹⁰. Alcuni autori ritengono che tale opposizione fosse diretta contro l'esecuzione, non contro la sentenza¹¹; altri che l'ordinanza si riferisse all'intervento dei terzi in fase esecutiva¹²; talaltri che a tale ordinanza debba farsi risalire la distinzione tra il rimedio concesso al terzo per ottenere la riforma della sentenza (opposizione di terzo *contro* la sentenza), e quello concessogli per sospendere l'esecuzione (opposizione di terzo all'esecuzione)¹³.

Nonostante la scarsezza degli elementi testuali non consenta di individuare né l'elemento discriminante tra appello/opposizione della parte ed opposizione del terzo, né se quest'ultima fosse diretta contro la sentenza oppure contro l'esecuzione, l'opinione dominante, tanto nella dottrina francese quanto in quella italiana, è che non si debba far risalire a tale ordinanza l'introduzione nell'ordinamento francese di

¹⁰ ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, Parigi, 1958, 18, ove l'A. sostiene che «... l'opposizione di terzo proviene da questo diritto di opposizione ordinaria esteso ai terzi, prima di distaccarsene completamente per divenire un rimedio indipendente e specializzato per loro».

¹¹ In tal senso, GARSONNET-CEZAR BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, III ed., Parigi, 1912-1925, 526.

¹² Così, GLASSON-TISSIER-MORELL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, III ed., Parigi, 1929, n. 981.

¹³ AMIGUES, *De exeptione rei iudicatae*, Parigi, 1886, 93.

un'impugnazione riservata ai terzi avente i caratteri peculiari della odierna *tièrce opposition*¹⁴.

Come la precedente, anche l'ordinanza di *Moulins*¹⁵, promulgata nel 1566 sotto il Regno di Carlo IX, fu emanata al fine di assicurare l'esecuzione dei giudicati. Con essa si escludeva espressamente che la proposizione dell'opposizione sospendesse l'esecuzione della sentenza di condanna al rilascio di un fondo (art. 51)¹⁶. Quest'ordinanza, pur confermando l'esistenza all'epoca di due *species* di opposizione (quella concessa alla parte soccombente e quella dei terzi), non apportava alcun contributo ai fini dell'individuazione della linea di demarcazione dei loro ambiti applicativi. A causa del suo oggetto particolare, il riferimento alla opposizione dei terzi è fugace. Ciò nonostante, la dottrina è unanime nel ritenere che *l'opposition* di cui all'Ordinanza di *Moulins* fosse un rimedio diretto contro l'esecuzione della sentenza e dunque diverso dalla *tièrce opposition*¹⁷.

È all'ordinanza di Luigi XIV¹⁸, emanata nel 1667 ed avente ad oggetto la riforma della procedura civile, che la dottrina maggioritaria fa risalire l'istituzione dell'opposizione di terzo¹⁹. In circa un secolo, la

¹⁴ TISSIER, *Théorie et pratique de la tièrce opposition*, cit., 20 e s.; ROLAND, *ult. op. cit.*, 16 e ss.; GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, cit., 1267 e s..

¹⁵ Ordinanza di *Moulins*, «*Sur la réforme de la justice*», n. 110 del febbraio del 1566, in *Recueil général*, cit., vol. XIV, Parigi, 1829, 189 e ss..

¹⁶ L'art. 51 dell'Ordinanza di Carlo IX prevedeva che: «*Les condamnés purement et simplement à délaisser, ou se départir d'aucun héritage, seront tenus proptement ce faire, après la sommation et la signification qui leur en sera faite à personne ou domicile, nonobstant les oppositions qui seront formées par le condamné, la femme, enfants et famille, pour quelque cause que ce soit, sauf à se pourvoir pour celles, ainsi qu'il appartiendra. Et s'il y a opposition formée par autres personnes, sera néanmoins celui qui a obtenu jugement mis en telle possession en laquelle était le condamné, sans préjudice des droits desdits opposants*». Attualmente, queste disposizioni si ritrovano sostanzialmente riprodotte nell'art. 478 del *Code de procédure civile*.

¹⁷ Per tutti, TISSIER, *Théorie et pratique*, cit., 12. A contrario, ROLAND, *Chose jugée et tièrce opposition*, cit., 20, ove l'A. sostiene che nell'ordinanza del 1566 «si assiste,...., ad una distinzione tra due categorie di opposizione, e si intuisce già che, da quest'estensione, nascerà un ramo distaccato dal nome di *tièrce opposition*».

¹⁸ Ordinanza di Luigi XIV, «*Touchant la réformation de la justice*», n. 503 dell'aprile del 1667, in *Recueil général*, cit., vol. XVIII, 103 e ss..

¹⁹ Cfr., TISSIER, *Théorie et pratique*, cit., 13 e s.; GARSONNET-CEZAR BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, cit., 526; ROLAND, *Chose*

prassi giudiziaria francese aveva visto consolidarsi un mezzo di impugnazione nettamente differenziato dai rimedi ordinari concessi alle parti, la cui peculiarità consisteva nell'essere riservato ai terzi contro le decisioni emesse *inter alios*. L'ordinanza di *Lamoignon* dedicava all'opposizione di terzo ben tre disposizioni: gli artt. 10 e 11 del titolo XXVII dedicato a "*De l'execution des jugements*" e l'art. 2 del titolo XXXV dedicato alla "*Requête civile*".

L'art. 10, il cui testo riproduceva in sostanza l'art. 108 dell'ordinanza di *Villers-Cotterets*, puniva con ammenda i terzi che, esperita opposizione contro l'esecuzione della sentenza, fossero risultati soccombenti²⁰. L'art. 11, nel riprodurre quasi testualmente l'art. 51 dell'ordinanza di *Moulins*, disponeva che l'opposizione dei terzi non sospendesse l'esecuzione della sentenza di condanna al rilascio di fondi²¹.

Non diversamente dalle analoghe disposizioni di cui alle precedenti Ordinanze, queste due norme sembrano perseguire un unico fine: impedire le impugnazioni a scopo meramente dilatorio.

Portata innovativa pare, perciò, debba riconoscersi al solo art. 2 del titolo XXXV che attribuiva a chi non fosse stato parte o debitamente citato l'opposizione contro la sentenza²². Si tratta – secondo l'opinione

jugée et tierce opposition, cit., 22 e s. Analogamente nella dottrina italiana, GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione di terzo, cit.*, 1267.

²⁰ L'art. 10, Tit. XXVII dell'Ordinanza del 1667 recitava così: «*Les tiers opposants à l'execution des Arrêts, qui auront été deboutés de leurs oppositions, feront condamnez en cent cinquante livres d'amende, et ceux qui feront deboutés des oppositions à l'execution des Sentences, en soixante quinze livres, le tout applicable, moitié envers Nous, et moitié envers la partie*». Oggi tale disposizione è sostanzialmente riprodotta nell'art. 479 del *Code de procédure civile*.

²¹ L'art. 11, Tit. XXVII stabiliva che: «*Les Arrêts et Jugements passez en force de chose jugée, portant condamnation de délaisser la possession d'un heritage, feront exécutés contre le possesseur condamné, nonobstat les oppositions de tierces personnes, et sans préjudice de leurs droits*». L'art. 478 del c.p.c. francese riproduce, quasi alla lettera, questa norma.

²² L'art. 2, Tit. XXXV disponeva che: «*Permettons de se pourvoir par simple requête à fin d'opposition contre les arrêts, et jugements en dernier ressort auxquels le demandeur en requête n'aura été partie ou directement appelé, et même contre ceux*

della dottrina maggioritaria – della prima disposizione a menzionare in modo esplicito un rimedio riservato ai terzi in cui è possibile riconoscere la fisionomia della *tièrce opposition*²³.

Ma in ordine alla qualificazione giuridica di tale rimedio si rilevano orientamenti contrastanti. Alcuni Autori ritengono che l'art. 2 disciplini l'opposizione di terzo quale rimedio contro la sentenza resa *inter alios*, mentre gli artt. 10 e 11 regolino l'opposizione di terzo all'esecuzione²⁴; talaltri che solo gli artt. 10 e 11 dell'ordinanza in commento disciplinino l'opposizione di terzo contro la sentenza, relegando l'art. 2 tra i mezzi concessi alle parti personalmente condannate pur non essendo state chiamate in giudizio²⁵. Infine, coloro per i quali tutte e tre le disposizioni si riferiscono all'opposizione di terzo contro le sentenze si dividono in ordine al carattere facoltativo o necessario del rimedio²⁶.

Nonostante l'espressa previsione legislativa, il campo di applicazione dell'opposizione di terzo continuava a confondersi con quello degli altri rimedi concessi al terzo, quali l'appello ed la *requête civile*²⁷. Ma il fatto che l'ordinanza di *Lamoignon* utilizzasse in maniera equivoca il termine *tièrce opposition* per riferirsi a due mezzi ontologicamente diversi, quali l'opposizione di terzo contro la sentenza e

donnés sur requête». L'attuale formulazione dell'art. 474 del *Code de procédure civile* è rimasta sostanzialmente fedele a questa disposizione.

²³ In senso contrario, DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Parigi, 1762, voce *Tièrce opposition*, n. 1035, per il quale tutte e tre le disposizioni in esame si riferiscono all'opposizione di terzo all'esecuzione.

²⁴ ROLAND, *ult. op. cit.*, 22 e s.; GALLUPPI, *Teoria, cit.*, 27.

²⁵ Così, AMIGUES, *De la tièrce opposition (thèse de doctorat)*, Parigi, 1906, 94 e s..

²⁶ Cfr., TISSIER, *ult. op. cit.*, 29 e s., ove l'A. sostiene la facoltatività dell'opposizione di terzo ordinaria e la necessità di quella contro la frode. In senso diametralmente opposto, ROLAND, *op. loc. cit.*, 28, il quale sostiene, sull'assunto dell'infungibilità tra questo mezzo di impugnazione e l'eccezione di relatività della *chose jugée*, la necessità dell'opposizione di terzo ordinaria.

²⁷ In tal senso, ROLAND, *Chose jugée et tièrce opposition, cit.*, 23; GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione di terzo, cit.*, 1268, il quale parla di «...una certa intercambiabilità dei mezzi di impugnazione» concessi ai terzi.

l'opposizione di terzo all'esecuzione, non è altro che il segno tangibile di un sistema delle impugnazioni in divenire²⁸.

Sebbene nelle ordinanze reali non si faccia mai parola dell'istituto che attualmente denominiamo opposizione di terzo revocatoria, la prassi giudiziaria del XVII già ammetteva l'azione dei creditori e degli aventi causa contro la sentenza frutto di dolo o frode pronunciata nei confronti del debitore o dante causa. Ma la questione in ordine alla qualificazione di tale azione in termini di opposizione di terzo o *requête civile* era oggetto di un vivace dibattito²⁹.

Durante i lavori preparatori del *code de procédure civile* il dibattito in ordine all'utilità di questa impugnazione ed alla sua conciliabilità con il consolidato principio di relatività del giudicato di cui all'art. 1351 *Code civil* del 1804 fu, per ammissione unanime della moderna dottrina d'oltralpe, superficiale³⁰.

Il 21 maggio del 1805 il *Conseil d'État* approvò l'art. 474 del c.p.c., il cui testo riproduceva sostanzialmente quello dell'art. 2, tit. XXXV dell'Ordinanza di Luigi XIV³¹.

²⁸ L'incertezza terminologica e concettuale risulta evidente dalla lettura dei commenti dell'epoca. Sul punto, cfr., *Commentaire sur les ordonnances de Louis XIV*, Toulouse, Birosse, 1755. Per una definizione dell'opposizione di terzo praticamente identica a quella che noi attualmente adottiamo è necessario rinviare all'opera di POTHIER, *Traité de la procédure civile*, n. 36, ove si legge: «*La tierce opposition est celle qu'un tiers qui n'était point partie dans l'instance a formée contre un jugement qui lui préjudicie*». In ordine alla legittimazione, cfr., D'ESPEISSES, *Œuvres*, tit. II, sez. II, art. III, 1664, 597, ove si legge che il terzo opponente «*c'est la personne qui n'est ni partie, ni représentée, ni défaillante*».

²⁹ Favorevole a qualificare la suddetta azione come opposizione di terzo, PIGEAU, *Procédure civile du Châtelet de Paris*, 451. *Contra*, POUILLAIN du PARC, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, tit. VII, 292 e s., il quale sosteneva che i creditori vittime della frode del loro debitore fossero legittimati ad esperire l'appello oppure la *requête civile*.

³⁰ Cfr., ROLAND, *ult. op. cit.*, 31.

³¹ L'art. 474 del *code de procédure civile* 1806 disponeva che: «*Une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudice à ses droits, lors duquel ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés*». Questa formulazione conseguì all'approvazione dell'emendamento che sopprimeva le parole: «*encore q'ils eussent dû l'être*». In tal modo, i redattori del codice francese respinsero un orientamento, diffusosi tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che annoverava tra le condizioni di ricevibilità del rimedio in esame non solo la qualità di terzo dell'opponente ed il pregiudizio ai suoi

Il progetto conteneva anche un articolo che concedeva ai soggetti, generalmente esclusi dal novero dei legittimati, di esperire l'opposizione di terzo a condizione che allegassero il dolo, la collusione o la frode. Questa disposizione fu, però, rigettata³².

Con la definitiva approvazione del codice di rito francese si perse, ancora una volta, l'occasione di positivizzare l'opposizione di terzo cd. revocatoria. Ma pacificamente dottrina e giurisprudenza, interpretando estensivamente l'art. 474 *code proc. civ.*, continuarono ad ammettere che creditori ed aventi causa potessero opporre una sentenza frutto di dolo o frode in loro danno.

Dunque, il codice napoleonico del 1806 disciplinò la *tièrce opposition* senza rilevanti variazioni rispetto all'Ordinanza del 1667, lasciando in tal modo alla dottrina l'onere di risolvere in via interpretativa lacune ed incongruenze. Ciò nonostante, gli va riconosciuto il merito di aver distinto nettamente l'opposizione di terzo contro le sentenze (artt. 474-479 *code de procédure*) dall'opposizione di terzo all'esecuzione (art. 608) e di aver escluso la concorrenza tra la *tièrce opposition* e gli altri mezzi ordinari di impugnazione fino ad allora concessi al terzo.

Molte legislazioni europee moderne, non riconoscendo l'utilità del rimedio dell'opposizione di terzo ordinaria, ritennero sufficiente concedere al terzo la facoltà di intervenire nel giudizio tra le parti originarie, oltre che il diritto di agire in via ordinaria. Ciò nonostante, nei loro codici di rito era possibile rinvenire un'azione a tutela dei creditori

diritti, ma anche il diritto ad essere citato in giudizio. Sul punto, si rinvia a ROLAND, *op. loc. cit.*, 29 e s..

³² L'articolo recitava pressappoco così: «A riguardo delle sentenze nelle quali la parte non ha dovuto esser chiamata, questa non può impugnarle diversamente che provando la collusione, il dolo o la frode».

contro le sentenze frutto di attività fraudolenta emesse nei confronti del loro debitore³³.

Altri ordinamenti moderni continuarono ad ignorare l'opposizione di terzo sia ordinaria, sia straordinaria³⁴.

Altri legislatori, invece, ammisero l'opposizione di terzo, regolandola in maniera del tutto analoga al codice di rito francese³⁵.

Nell'Italia preunitaria, il codice napoletano del 1819, fedele al sistema napoleonico, disciplinò l'opposizione di terzo contro la sentenza (artt. 538-543) e l'opposizione di terzo all'esecuzione (artt. 698-699,

³³ Così la legislazione del Cantone di Ginevra del 1819 che, all'art. 286, disponeva la revisione delle sentenze pronunziate nei confronti del debitore o dell'autore in ipotesi di collusione fraudolenta ai danni dei creditori o aventi causa. Questo rimedio, poi rifluito nei codici di procedura civile dei cantoni di Friburgo (1849) e Neuchâtel (1876), altro non era che l'*actio pauliana* applicata alle sentenze. Adottarono la sola opposizione di terzo cd. revocatoria anche i Codici spagnolo ed austriaco.

³⁴ Esempio tipico tra gli ordinamenti moderni che ignorano tanto l'opposizione di terzo ordinaria quanto l'opposizione di terzo revocatoria è l'ordinamento tedesco. Ciò nonostante, la *Z.P.O.* prevede un sistema alternativo di tutela del terzo: l'opposizione di terzo all'esecuzione, la riapertura del procedimento e l'appello o la revisione. L'opposizione del terzo all'esecuzione (*Drittwiederspruchsklage*: §§ 771 e ss. *Z.P.O.*) è concessa ai terzi titolari di diritti autonomi ed incompatibili con quello deciso, anche contro l'esecuzione per consegna o rilascio. Il meccanismo della riapertura del procedimento (*Wiederaufnahmeklage des Verfahrens*: §§ 578 e ss. *Z.P.O.*) è concesso al falso rappresentato che abbia avuto conoscenza dell'emanazione della sentenza, invalida per violazione delle norme sui poteri rappresentativi, successivamente alla preclusione dei termini per proporre appello o revisione. Si tratta di un rimedio a carattere sussidiario da proporsi nel termine perentorio di un mese dal giorno in cui si è avuta conoscenza della sentenza ed in ogni caso mai oltre i cinque anni dal passaggio in giudicato della stessa. Effetto dell'accoglimento della *Wiederaufnahmeklage* è l'annullamento della sentenza viziata. Infine, il codice di rito tedesco detta una disciplina particolareggiata per l'ipotesi di sentenza emanata in assenza di uno o più litisconsorti necessari (§§ 62 *Z.P.O.*). Sulla base di una *fictio iuris*, si ritiene che il litisconsorte necessario pretermesso sia rappresentato dal litisconsorte presente e, dunque, lo si annovera tra i legittimati ad esperire i rimedi propri delle parti, ovvero l'appello o la revisione nei termini di decadenza di cui rispettivamente ai §§ 516 e 522 *Z.P.O.*. Qualora dovessero essere pretermessi tutti i litisconsorti necessari, allora la sentenza viziata è soggetta all'opposizione contumaciale ai sensi del §§ 338 *Z.P.O.*. Appare evidente che la mancata previsione nell'ordinamento tedesco dell'opposizione di terzo ordinaria è totalmente riequilibrata dalla disciplina di questi tre strumenti che assolvono la medesima funzione del rimedio nostrano. Non è, invece, possibile individuare nell'ordinamento processuale tedesco alcuno specifico mezzo a tutela del terzo titolare di rapporto dipendente da quello oggetto del giudizio *inter alios* che possa dirsi equipollente all'opposizione di terzo revocatoria.

³⁵ Così, i Codici del Belgio, del Lussemburgo e dei Paesi Bassi.

812-815), ma non l'opposizione di terzo revocatoria. Nel regolamento pontificio, invece, sopravvisse l'appello del terzo³⁶.

I codici sardi del 1854 e 1859, oltre all'opposizione di terzo all'esecuzione³⁷, riconobbero ai creditori il diritto di impugnare le sentenze frutto di dolo o collusione in loro danno mediante un rimedio straordinario denominato "Revoca delle sentenze ad istanza dei creditori" (artt. 617-621); non anche l'opposizione di terzo che comunemente definiamo ordinaria³⁸. Nei codici sardi era espressamente previsto che la revoca giovasse al solo creditore istante e che la sentenza vittoriosamente opposta conservasse l'autorità di giudicato tra le parti originarie. Una vera e propria dichiarazione di inefficacia relativa della sentenza che rende evidente la specularità tra tale mezzo di impugnazione e l'*actio pauliana*.

In conclusione, il rimedio dell'opposizione di terzo revocatoria, nato in seno alla prassi giudiziaria francese del XVII, è entrato nell'ordinamento italiano attraverso i codici sardi da cui il primo codice di rito unitario l'ha mutuato.

2. – Precisamente, il codice di procedura civile italiano del 1865, diversamente dal codice sardo del 1859, disciplinò, oltre all'opposizione

³⁶ Il Regolamento pontificio, così come l'attuale ordinamento processuale civile tedesco dimostrano che se è vero che gli ordinamenti giuridici hanno disciplinato un'impugnazione *ad hoc* per i terzi non prima dell'età moderna, non è altrettanto vero che la concessione ai terzi delle impugnazioni proprie delle parti sia tipica dei sistemi giuridici premoderni, essendo prevista tanto in ordinamenti moderni, quanto contemporanei.

³⁷ L'opposizione di terzo all'esecuzione era disciplinata nel codice sardo del 1854 agli artt. 705-706 e 786-787, mentre in quello del 1859 agli artt. 732-733 e 813-814. Nella legislazione sarda, a differenza del codice francese, si disciplinava anche l'esecuzione diretta per consegna o rilascio.

³⁸ I codici sardi negavano ai terzi l'opposizione contro la sentenza, in quanto mezzo straordinario, preferendo un mezzo ordinario quale il diritto di intervenire nel giudizio instaurato *inter alios*. Al di fuori dell'intervento, però, non residuava che l'opposizione di terzo all'esecuzione.

di terzo cd. revocatoria (art. 512)³⁹, anche quella denominata ordinaria (art. 510)⁴⁰. L'autore del progetto, il Ministro Pisanelli, dovette affrontare le resistenze di buona parte della dottrina italiana che lamentava l'assoluta inutilità di un tale rimedio – ovviamente con riguardo all'opposizione di terzo cd. ordinaria – in un sistema che all'art. 1351 c.c. prevedeva espressamente la relatività del giudicato. Alla fine il codice di rito fu approvato con legge del 2 aprile 1865 e promulgato con decreto reale del 25 giugno 1865. Da allora in poi, il nostro ordinamento ha riconosciuto tra le impugnazioni l'opposizione di terzo sia ordinaria, sia revocatoria.

Dall'esame della Relazione governativa sul progetto⁴¹ è possibile desumere quali fossero per il legislatore che ha per primo introdotto tale istituto nel nostro ordinamento i caratteri e le utilità dell'opposizione di terzo.

Il legislatore, senza precisare se l'opposizione di terzo ordinaria e revocatoria fossero due articolazioni di un unico mezzo o due distinti istituti, qualificava l'opposizione di terzo come rimedio facoltativo, salvo precisare che in casi eccezionali (individuati dallo stesso redattore nelle ipotesi di sentenza frutto di dolo o collusione ai danni dei creditori di una delle parti in giudizio) la stessa potesse divenire «azione giuridicamente necessaria»⁴².

³⁹ L'art. 512 c.p.c. 1865 recitava così: «Quando la sentenza sia impugnata dai creditori di una delle parti, per essere effetto di dolo o collusione a loro danno, l'opposizione si propone nel termine stabilito per appellare nell'art. 485, che decorre dal giorno in cui hanno potuto scoprire il dolo o la collusione».

⁴⁰ L'art. 510 c.p.c. 1865 recitava così: «Un terzo può fare opposizione a sentenza pronunciata tra altre persone quando pregiudichi i suoi diritti». Non si richiedeva, diversamente dalla formulazione del comma 1 dell'art. 404 del vigente c.p.c., che la sentenza opposta dovesse essere «passata in giudicato o comunque esecutiva».

⁴¹ Relazione del Governo sul progetto del c.p.c. presentata al Senato nella tornata del 26 novembre 1863 in PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI, *Commentario al c.p.c.*, coordinato e ridotto da Galdi, Napoli, 1878, VI vol., 672 e ss. (testo e nota 1).

⁴² Nel senso che l'opposizione di terzo di cui all'art. 510 c.p.c. 1865 fosse un rimedio facoltativo, mentre quella di cui all'art. 512 c.p.c. 1865 necessario, cfr., MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1905, vol. IV, 519 e 534; CHIAPPELLI, *Il rimedio dell'opposizione di terzo*, Milano, 1907, 65; MATTIROLO,

I primi commentatori del nuovo c.p.c. del 1865 concentrarono la loro attenzione sull'istituto dell'opposizione di terzo ordinaria, nel tentativo di risolvere il problema di ordine sistematico nascente dall'apparente inconciliabilità del nuovo mezzo impugnatorio con il disposto di cui all'art. 1351 c.c. L'opposizione di cui all'art. 512, in quanto istituto "ereditato" dal codice sardo del 1859, fu accolta dalla dottrina *de plano*, con la conseguenza che perfino le uniche due monografie dedicate all'opposizione di terzo trattano diffusamente della prima e solo laconicamente della seconda⁴³.

Ciò nonostante, la dottrina che si occupò dell'opposizione di terzo revocatoria vigente il codice di rito del 1865 cercò di dare risposta agli interrogativi inerenti al rapporto intercorrente tra le due opposizioni, la natura del pregiudizio subito dal creditore, il termine per impugnare e gli effetti dell'accoglimento della domanda.

Preliminarmente, si deve notare che tanto il legislatore del 1865 quanto la dottrina maggioritaria dell'epoca⁴⁴⁻⁴⁵ utilizzarono la tecnica della rappresentanza per allargare il novero dei soggetti cui estendere il

Trattato di diritto giudiziario civile italiano, Torino, 1904, V ed., vol. IV, 874. Nel senso che anche l'opposizione revocatoria sia rimedio facoltativo, LIPARI, *L'opposizione di terzo revocatoria*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, 100. Attualmente, la dottrina assolutamente prevalente propende per il carattere necessario dell'opposizione revocatoria. Per tutti, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 955.

⁴³ Le due monografie in questione sono GALLUPPI, *Teoria dell'opposizione*, cit.; CHIAPPELLI, *Il rimedio dell'opposizione di terzo*, cit.

⁴⁴ In tal senso, MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 534; CHIAPPELLI, *ult. op. cit.*, 63; MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, cit., 875.

⁴⁵ *Contra*, LIPARI, *L'opposizione di terzo revocatoria*, cit., 90 e ss., ove l'A., dopo aver escluso che la ragione dell'«estensione della regiudicata dai debitori ai creditori» sia da ricercare in una «pretesa rappresentanza (virtuale) dei creditori a mezzo della persona del debitore», afferma che tale estensione si giustifica per il fatto che «... l'interesse dei creditori rispetto a quello del debitore costituisce di regola un interesse minore e remoto, il quale quindi non può dar luogo a una tutela autonoma e indipendente da quella del primo...». Questa regola, secondo Lipari, soffre un'eccezione nell'ipotesi di sentenza frutto di dolo o collusione in danno ai creditori. In tal caso, l'interesse dei creditori, da "minore e remoto" (quale generalmente è) diviene prevalente; conseguentemente, la sentenza non vincola più i creditori, che, dunque, possono attaccarla con l'opposizione di terzo revocatoria.

giudicato o, se si preferisce, per restringere la gamma dei terzi legittimati ad opporvisi.

La Relazione ministeriale, nel ritenere i creditori legittimamente rappresentati dal loro debitore nei giudizi tra quest'ultimo ed un terzo, precludeva espressamente a loro – e più in generale a tutti coloro che avessero partecipato al giudizio o vi fossero stati rappresentati – il rimedio dell'opposizione di terzo⁴⁶. Dunque, il potere dei creditori di impugnare la sentenza emessa nei confronti del proprio debitore quando effetto di dolo o collusione in loro danno costituiva un'eccezione alla suesposta regola, che rinveniva la sua giustificazione nella necessità di tutelare i creditori rispetto ai «maneggi»⁴⁷ fraudolenti del debitore. In altre parole, si riteneva la condotta dolosa o collusiva del debitore idonea a spezzare il nesso di rappresentanza tra costui ed i suoi creditori, con la conseguenza che questi ultimi potevano essere considerati terzi e, dunque, legittimati ad opporre la sentenza⁴⁸.

⁴⁶ Nella Relazione al progetto del codice di rito abrogato si legge che: «È regola indeclinabile che l'opposizione di terzo non può competere a coloro che hanno fatto parte del giudizio o che furono in esso rappresentati»; ed ancora che: «... è principio di ragione comune, che nei giudizi fra i terzi ed il debitore, i creditori vi sono legittimamente da questi rappresentati. (...) essi dovranno perciò riconoscere l'autorità della cosa giudicata». Cfr., PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI, *Commentario al c.p.c., cit.*, 677 nota 1.

⁴⁷ L'espressione è mutuata da CHIAPPELLI, *op. loc. cit.*, 61.

⁴⁸ È opportuno precisare che la nostra dottrina, a differenza di quella d'oltralpe [cfr., ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition, cit.*, 115 e ss.], ha ben presto abbandonato la teoria della rappresentanza. Due le argomentazioni tradizionalmente adottate a sostegno della sua insostenibilità. In primo luogo, si adoperava in senso atecnico il concetto di rappresentanza, mancando l'agire in nome altrui (cd. *contemplatio domini*) da parte del rappresentante che rende manifesto al terzo che gli effetti dell'atto si produrranno direttamente ed immediatamente nella sfera giuridica del rappresentato. Tale atecnicità era imposta dalla natura stessa del fenomeno dell'efficacia *ultra partes* della sentenza che presuppone assoluta autonomia tra la parte che agisce in giudizio (in nome proprio) ed il terzo che subisce gli effetti. In secondo luogo, mancando norme di diritto positivo su cui fondare tale rappresentanza, non si poteva non fare ricorso alla cd. rappresentanza presunta o impropria. Per una disamina più ampia delle critiche mosse alla teoria della rappresentanza, si rinvia a: PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria, cit.*, 5 e s. (testo e nota3); TROCKER, *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale (profili dell'esperienza giuridica tedesca)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1988, 35 e ss..

Immediatamente la dottrina maggioritaria, sebbene la Relazione ministeriale tacesse sul punto, scorse un nesso teleologico, ed in alcuni casi perfino strutturale, tra l'opposizione di terzo revocatoria e l'azione revocatoria di cui all'art. 1235 del previgente codice civile⁴⁹⁻⁵⁰.

In secondo luogo, non parve chiaro se l'opposizione di terzo revocatoria fosse un istituto distinto dall'opposizione di cui all'art. 510 o se le si dovesse considerare due articolazioni di un unico mezzo⁵¹. Né la dottrina poté esimersi dal prendere posizione sulla natura, di fatto o di diritto⁵², del pregiudizio patito dal creditore⁵³.

La vivacità del dibattito su questi temi emerge, con chiarezza, dal raffronto delle posizioni diametralmente opposte di due illustri Autori: Chiovenda e Lipari.

⁴⁹ Così, CHIAPPELLI, *Il rimedio dell'opposizione di terzo*, cit., 61 e s.; MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, cit., 875 e 883 ove l'A. si esprime così: «...l'opposizione che i creditori promuovono con l'esercizio dell'azione Paulliana a norma dell'articolo 512...»; LIPARI, *ult. op. cit.*, 95 secondo il quale con l'opposizione di terzo revocatoria si impugnano le sentenze mentre con l'azione pauliana gli atti sostanziali, le une e gli altri compiuti dal debitore in frode ai suoi creditori; CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 1015 secondo il quale: «Questa opposizione non è, come è chiaro, che l'azione revocatoria applicata ai giudizi».

⁵⁰ *Contra*, MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 536 e s., testo e nota 1, ove l'A., ritenuta errata l'identificazione, operata dal c.p.c. sardo, tra revoca ad istanza dei creditori ed *actio pauliana*, sostiene che la scelta del legislatore del 1865 di non riprodurre pedissequamente la disposizione sarda sia dimostrazione inconfutabile dell'intenzione di abbandonare quella equiparazione.

⁵¹ Nel senso della impossibilità di considerarle due articolazioni di un unico mezzo impugnatorio, in ragione della profonda diversità strutturale e funzionale, MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 517; CHIAPPELLI, *Il rimedio dell'opposizione di terzo*, cit., 64. *Contra*, MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, cit., 881. Per le posizioni dottrinarie sulla unitarietà o meno dei due casi di opposizione, vigente il c.p.c. del 1940, si rinvia, *infra*, nota 71, par. 4.

⁵² La questione è tutt'oggi fortemente dibattuta. Si rinvia al Cap. II.

⁵³ Unanimemente la dottrina affermava che sul creditore opponente incombesse l'onere di provare, oltre la qualità di creditore ed il dolo o la collusione, anche il pregiudizio subito. Si divideva, però, in ordine alla consistenza di tale pregiudizio tra chi riteneva sufficiente la prova di una *deminutio patrimonii* tale da far prevedere la perdita totale o parziale del credito o delle garanzie e chi pretendeva la prova dello stato di insolvenza o semi-insolvenza. Nel primo senso, cfr. MORTARA, *ult. op. cit.*, 535 e s. Nel secondo senso, CHIAPPELLI, *ult. op. cit.*, 67.

Chiovenda⁵⁴, partendo dalla considerazione che qualunque terzo deve riconoscere, anche se contrario ai propri interessi, il giudicato reso *inter alios*, ma che mai il terzo rimasto estraneo al giudicato può esserne pregiudicato nei suoi diritti, individuava due categorie di terzi. Da un lato, quelli che, vantando un diritto incompatibile con quello accertato nella sentenza resa *inter alios*, possono farlo valere in via ordinaria (essendo del tutto estranei ed indifferenti alla sentenza aliena) oppure possono impugnarla con l'opposizione di cui all'art. 510. Dall'altro, quelli che, non vantando alcun diritto incompatibile ma subendo dalla sentenza altrui un pregiudizio di mero fatto⁵⁵, hanno diritto ad impugnarla ai sensi dell'art. 512 se e solo se la stessa è frutto di dolo o collusione in loro danno⁵⁶. Dunque, fondata la diversità tra le due specie di opposizione sugli effetti che il giudicato può spiegare verso i terzi, concludeva per la diversità ontologica dei due istituti sia pure disciplinati sotto lo stesso nome.

Di parere opposto Lipari⁵⁷, secondo il quale le due opposizioni non potevano non essere considerate due casi di un unico istituto. I creditori legittimati ad esperire il rimedio di cui all'art. 512, al pari dei legittimati all'opposizione *ex art.* 510, non sono vincolati dal giudicato alieno ogni qualvolta lo stesso sia frutto di attività fraudolenta. Né la distinzione può rinvenirsi sul piano del pregiudizio che in ambedue i casi è giuridico.

⁵⁴ CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, cit., 1009 e ss..

⁵⁵ CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, cit., 1014, ove l'A. individua questi terzi nei soggetti titolari del medesimo diritto oggetto del precedente giudicato, nei titolari di un diritto compatibile con la dichiarazione contenuta nella sentenza emessa *inter alios*, nei titolari di un rapporto dipendente da quello dedotto in giudizio dalle parti originarie.

⁵⁶ Il primo Autore a prospettare l'opposizione di terzo revocatoria quale impugnazione propria dei titolari di «diritti *derivati*, o *dipendenti*», oltre che dei creditori, è stato CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, cit., 1015. Sul punto, cfr., CARNELUTTI, *Progetto di riforma del codice di procedura civile*, Padova, 1926, ove l'A., aderendo alla posizione di Chiovenda in ordine all'interpretazione estensiva dei legittimati ad esperire l'opposizione *ex art.* 512 c.p.c., propone, all'art. 390, di ammettere «... alla opposizione qualunque terzo, quando il suo interesse sia leso dalla decisione procurata con l'accordo doloso delle parti, anche se non abbia veste di creditore, ed anche se il suo interesse non raggiunga la consistenza di un diritto».

⁵⁷ LIPARI, *L'opposizione di terzo revocatoria*, cit., 89 e ss..

L'interesse dei creditori contrario alla sentenza opposta nasce dal fatto che il diritto di credito è connesso al diritto accertato *inter alios* in quanto su quello stesso diritto il creditore fonda la propria garanzia patrimoniale generica. Dunque, il creditore oppone la sentenza altrui per evitare un pregiudizio giuridico (l'insoddisfazione della pretesa creditoria) e non di mero fatto. Lipari ne deduce che il legislatore del 1865 abbia assunto l'art. 510 a norma generale sul pregiudizio che un terzo può subire dal giudicato altrui, mentre all'art. 512 abbia voluto disciplinare non un istituto distinto, bensì il solo termine di decadenza dell'opposizione di terzo revocatoria.

Sul termine e sul *dies a quo* di proponibilità dell'opposizione di terzo revocatoria la *lettera legis* dell'art. 512 c.p.c. non lasciava alcun dubbio, disponendo che «l'opposizione si propone nel termine stabilito per appellare nell'art. 485, che decorre dal giorno in cui hanno potuto scoprire il dolo o la collusione». La Relazione ministeriale, dal canto suo, tacciava di illogicità la diversa soluzione di ancorare la decorrenza del termine alla notificazione della sentenza⁵⁸, argomentando che la conoscenza giuridica della decisione non equivale di per sé a cognizione del dolo o della collusione né per le parti, né per i terzi. Di qui, la necessaria assimilazione del *dies a quo* per proporre opposizione di terzo ai sensi dell'art. 512 a quello per la revocazione per dolo di una parte in danno dell'altra⁵⁹. La dottrina, però, si divise in ordine alla necessità di provare per iscritto il giorno della scoperta del dolo o della collusione. I codici di rito sardi del 1854 e 1859, rispettivamente agli artt. 618 e 582, avevano previsto che il giorno della scoperta dovesse risultare da prova

⁵⁸ Tra gli ordinamenti che scelsero di far decorrere il termine per l'opposizione di terzo revocatoria dal giorno in cui i creditori avessero avuto notizia della sentenza, la legge processuale ginevrina del 1819 (art. 292).

⁵⁹ L'art. 497 c.p.c. faceva decorrere il termine per la revocazione «dalla scoperta del dolo»; l'art. 512 c.p.c. quello per l'opposizione di terzo necessaria «dal giorno in cui hanno potuto scoprire». Ciò nonostante, le due formulazioni furono ritenute dalla dottrina maggioritaria perfettamente equivalenti. Cfr., MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 538, testo e nota 1; CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, cit., 1016.

scritta. Nella scelta del legislatore del 1865 di non riprodurre pedissequamente tale formulazione, la dottrina maggioritaria lesse la chiara intenzione di consentire al creditore di fornire la prova con qualunque mezzo⁶⁰. Può, pertanto dirsi, minoritaria la posizione di chi vide nell'espressa assimilazione del *dies a quo* per proporre l'opposizione di cui all'art. 512 con quello per esperire la revocazione un rinvio implicito all'art. 497 che continuava a richiedere la prova per iscritto⁶¹.

L'esiguità del dettato normativo, infine, rendeva controversi sia la struttura del giudizio, sia gli effetti dell'accoglimento dell'opposizione⁶².

Non molto è cambiato con il codice di procedura civile attualmente in vigore. Il legislatore del 1940 ha mantenuto ferma la distinzione tra opposizione di terzo ordinaria e revocatoria, sebbene abbia scelto di disciplinarle in un'unica norma, l'art. 404, rispettivamente al primo e secondo comma. La formulazione letterale dei due commi dell'art. 404 c.p.c. sostanzialmente riproduce quella degli artt. 510 e 512 del codice di rito abrogato, con poche differenze. Nel primo comma si precisa che l'opposizione può essere proposta solo avverso sentenza che sia «passata in giudicato o comunque esecutiva». Nel secondo comma si estende la legittimazione anche agli aventi causa, mentre scompaiono i riferimenti al termine decadenziale entro cui proporre l'o.t.r. ed al *dies a quo* (oggi disciplinati agli artt. 325 e 326 c.p.c.)⁶³.

⁶⁰ CHIAPPELLI, *Il rimedio dell'opposizione di terzo, cit.*, 124 e s.; MATTIROLO *Trattato di diritto giudiziario civile italiano, cit.*, 884, nota 3.

⁶¹ In tal senso, GARGIULO, *Il codice di procedura civile*, III, Napoli, 1887, 393 e ss.; Trib. Chieti, 22 settembre 1878, in *Legge*, 1878, I, 854.

⁶² Per un'esposizione completa delle posizioni della dottrina (vigente il c.p.c. del 1865 e quello del 1940) in punto di struttura del procedimento ed effetti dell'accoglimento della domanda si rinvia al Cap. III.

⁶³ Ai sensi dell'art. 325 c.p.c. il termine per proporre opposizione di terzo revocatoria è di trenta giorni che, ai sensi dell'art. 326, decorrono «...dal giorno in cui è stato scoperto il dolo (...) o la collusione...». Pacificamente si considera *dies a quo* «... il giorno in cui il terzo è stato in grado di effettuare criticamente il collegamento fra tutti gli elementi di fatto in seguito adottati come prova della collusione». Così, Trib. Brescia, 01 febbraio 1986, in *Foro it.*, 1987, I, 271.

Seguono gli artt. 405 – 408 c.p.c. che disciplinano un unico procedimento per ambedue i «casi di opposizione di terzo⁶⁴» in maniera piuttosto laconica, delegando ancora una volta all'interprete il compito di risolvere tutte le difficoltà interpretative e di ordine sistematico connaturate all'istituto *de quo*.

3. – L'opposizione di terzo revocatoria (d'ora in poi o.t.r.) è tra gli istituti più «oscuri»⁶⁵ del codice di rito: la scarsa disciplina e la rara applicazione di tale rimedio hanno demandato all'interprete il gravoso compito di individuarne natura, funzione e caratteristiche fondamentali⁶⁶. Né l'inquadramento sistematico dell'istituto può dirsi agevole, in quanto richiede il prendere posizione su alcuni dei temi più tormentati della letteratura processualistica.

Pochi i dati inoppugnabili che il codice di procedura civile fornisce all'interprete⁶⁷.

⁶⁴ Il legislatore del vigente codice di rito, così rubricando l'art. 404 c.p.c., ha evitato di chiarire se opposizione di terzo ordinaria e o.t.r. siano due articolazioni di uno stesso mezzo o due impugnazioni distinte.

⁶⁵ In tal senso, sebbene con riferimento all'opposizione di terzo ordinaria, PROTO PISANI, *Opposizione*, cit., 224. Ma sicuramente altrettanto può dirsi dell'opposizione revocatoria che, a differenza dell'opposizione di terzo ordinaria (delle cui difficoltà interpretative e sistematiche nessuno dubita.), non è stata oggetto di altrettanto numerosi contributi. Per un'analisi delle problematiche che l'opposizione di terzo, ordinaria e revocatoria, pone, cfr., OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1989, sez. civ., XIII, 104 e ss.; PROTO PISANI, *op. loc. cit.*; FABBRINI, *L'opposizione di terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968; GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione*, cit.; CECHELLA, *L'opposizione di terzo alla sentenza*, Torino, 1995.

⁶⁶ È opportuno premettere che la giurisprudenza ha da sempre rinunciato ad elaborare in maniera coerente e sistematica l'istituto dell'opposizione di terzo, sia ordinaria sia revocatoria, affidandosi alla logica del caso per caso. Naturalmente i contributi più numerosi concernono l'opposizione di cui al comma 1. La disamina della giurisprudenza non soccorre con riguardo all'individuazione né della funzione, né di altri profili, avendo la pratica rinunciato a qualsiasi elaborazione unitaria e coerente dell'opposizione di terzo, sia ordinaria sia revocatoria, preferendo lavorare caso per caso.

⁶⁷ CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, 652, ove l'A. afferma che: «la disciplina positiva non fonda immediate certezze in tema di motivi, cognizione e pronuncia nel rimedio».

La collocazione nel libro II al titolo III non lascia alcun dubbio sulla natura del mezzo: l'art. 323 menziona espressamente l'o.t.r. tra i mezzi di impugnazione⁶⁸. Inoltre, dal comb. disp. degli artt. 324 e 326 c.p.c. si evince che si tratta di un'impugnazione straordinaria, in quanto proponibile anche successivamente al passaggio in giudicato della sentenza.

Altrettanto indiscutibile (lo si desume persino dal *nomen*) è che il legislatore abbia legittimato a tale impugnazione non le parti, bensì i terzi⁶⁹. Questa peculiarità, comune anche all'opposizione cd. ordinaria, rende *sui generis* tale mezzo di impugnazione rispetto a tutti gli altri⁷⁰. A differenza del comma 1, il legislatore ha espressamente individuato negli aventi causa e nei creditori le categorie ascrivibili alla nozione di terzo legittimato all'o.t.r.. Ciò nonostante, la dottrina e la giurisprudenza, in ragione della necessità di offrire una tutela successiva a tutti i terzi soggetti all'efficacia riflessa dell'altrui giudicato, unanimemente estendono la legittimazione a tale rimedio a tutti i terzi titolari di diritti dipendenti.

Altro dato letterale insuperabile concerne l'individuazione dei requisiti dell'impugnazione *de qua*, ovvero la circostanza che la sentenza sia effetto di dolo o collusione a danno del terzo opponente.

Ma lo studio dell'istituto dell'o.t.r. impone la risoluzione di tanti altri profili problematici.

⁶⁸ Per tutti, CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, 665, e 669 testo e nota 317. Può dirsi oramai isolata la posizione del REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, 101 e ss., ove l'A. non riconosceva all'opposizione di terzo natura impugnatoria.

⁶⁹ Cfr., Cass., 13 giugno 2003, n. 9500, in *Foro it.*, 2004, I, 171 [con nota redazionale di MENICUCCI], la cui massima recita come segue: «... L'opposizione di terzo revocatoria è inammissibile quando il dolo e la collusione non sono compiuti in danno del terzo, ma in danno della controparte».

⁷⁰ Cfr., REDENTI, *Diritto processuale civile*², II, Milano, 1957, 311, ove l'A. parla dell'opposizione di terzo revocatoria come di un'impugnazione «di carattere straordinarissimo e *sui generis*».

Nel primo capitolo, si cercherà di delineare innanzitutto la funzione dell'o.t.r.. Nonostante appaia *prima facie* naturale l'identificazione teleologica con l'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. e parte della dottrina arrivi a sostenere perfino un'analogia strutturale (al punto da mutuare la disciplina dell'impugnazione *de qua* da quella del rimedio sostanziale), tale ricostruzione non è unanimemente condivisa. Si imporrà, pertanto, l'esame dei requisiti necessari sia dell'o.t.r., sia dell'*actio pauliana* al fine di individuare le possibili analogie e differenze sul piano sia strutturale sia funzionale e di delinearne gli ambiti di operatività.

Nel secondo capitolo, si tenterà di chiarire entro quali limiti il nostro ordinamento consenta la soggezione all'altrui giudicato di un terzo. Soggezione che giustifica la previsione a favore dei terzi di un vero e proprio mezzo di impugnazione. Inoltre, l'orientamento unanime, in dottrina ed in giurisprudenza, di estendere la legittimazione a proporre l'o.t.r. anche ai titolari di diritti dipendenti induce a ritenere che l'art. 404 co. 2 c.p.c. sia tra le poche norme del nostro ordinamento che espressamente presuppongono il fenomeno dell'efficacia riflessa.

Si proverà, infine, a capire quale sia il fondamento della legittimazione tanto degli aventi causa, quanto dei creditori ed anche dei titolari di diritti dipendenti, sempre che di un fondamento unico si possa parlare. E la soluzione passerà necessariamente dall'individuazione della natura del pregiudizio che il terzo subisce dalla sentenza emessa *inter alios* e che sostanzia il suo interesse ad opporvisi.

Nel terzo ed ultimo capitolo si ci si interrogherà sulla struttura del procedimento di opposizione e sulla possibilità di esercitare l'o.t.r., oltre che in via principale, anche in via anticipata o incidentale. In altre parole, si vorranno delineare i rapporti intercorrenti tra o.t.r. ed intervento adesivo dipendente, da un lato, e intervento in appello, dall'altro.

Ed infine, si cercherà di dare risposta all'interrogativo sugli effetti della pronuncia di accoglimento dell'o.t.r..

4. – La dottrina maggioritaria ritiene che non possa riconoscersi né natura⁷¹, né funzione unitaria⁷² ai due casi di opposizione disciplinati dai due commi dell'art. 404 c.p.c..

Per quanto concerne l'individuazione della funzione dell'opposizione di terzo ordinaria, la dottrina ha sostenuto le tesi più disparate, in quanto essa è il riflesso indefettibile del pregiudizio che la sentenza opposta arreca al terzo. Perciò, le differenti posizioni dottrinali in tema di legittimati all'opposizione *ex art. 404 co. 1 c.p.c.* si riflettono direttamente sul pregiudizio che si intende scongiurare mediante l'impugnazione *de qua* ed in ultima analisi sulla funzione del rimedio. La dottrina maggioritaria ritiene che legittimati all'opposizione ordinaria siano tanto i titolari di diritti autonomi ed incompatibili con quello deciso dalla sentenza opposta, quanto il litisconsorte necessario pretermesso ed il falsamente rappresentato. Data l'evidente disomogeneità delle succitate categorie, questi Autori non possono che sostenere la duplicità di funzione dell'opposizione semplice. Dunque, per i titolari di diritti autonomi ed incompatibili, il rimedio è finalizzato a prevenire il pregiudizio da *dictum*, ovvero l'incertezza derivante dall'affermazione giudiziale della titolarità del diritto del terzo in capo ad altri. Invece, per il litisconsorte necessario pretermesso ed il falsamente rappresentato di l'impugnazione di cui al co. 1, art. 404 c.p.c. è volto a far valere il vizio della sentenza resa *inter alios*, consistente nell'aver statuito su un

⁷¹ Nel senso che i due casi di opposizione siano due rimedi diversi, sebbene disciplinati in un unico articolo, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 504; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, 248. *Contra*, CECHELLA, *L'opposizione di terzo, cit.*, 31.

⁷² Per tutti, GUALANDI, *Frammenti, cit.*, 1296 e ss.. *Contra*, CECHELLA, *L'opposizione di terzo, cit.*, 40, il quale afferma che l'o.t.r., al pari dell'opposizione di terzo ordinaria, sia un mezzo per l'integrazione del contraddittorio. Sul punto, la disamina della giurisprudenza non soccorre.

rapporto oggettivamente identico a quello di cui essi sono titolari o contitolari, nonostante l'opponente non avesse partecipato al giudizio⁷³. Per un'altra parte della dottrina, invece, l'opposizione di terzo ordinaria è un mezzo per prevenire il cd. danno da esecuzione. Muovendo dalla premessa che il terzo non è soggetto ad alcuna efficacia della sentenza altrui (qui il riferimento è al terzo titolare di diritti autonomi ed incompatibili), l'unico pregiudizio che gli può derivare è quello conseguente all'esecuzione, spontanea o forzata, della sentenza *inter alios*⁷⁴. Infine, un'altra parte della dottrina ravvede nel mezzo di cui al co. 1 dell'art. 404 c.p.c. un rimedio per integrare il contraddittorio. Più precisamente, uno strumento di attuazione posticipata del contraddittorio, la cui incompletezza, involontaria o fraudolenta, deve addebitarsi alle disfunzioni del processo dispositivo⁷⁵.

Tutt'altra la funzione che comunemente si attribuisce all'o.t.r. Muovendo dalla constatazione che il dolo e la collusione costituiscono il presupposto anche di altri istituti processuali, quali la revocazione di sentenza effetto di dolo di una parte in danno dell'altra (art. 395 n. 1

⁷³ Per tutti, CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 251 e s.; PROTO PISANI, *A proposito dei «Frammenti sull'opposizione di terzo» di Angelo Gualandi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 132 e ss., ove l'A. giunge ad ammettere tra i legittimati all'opposizione di terzo ordinaria anche i titolari di diritti autonomi ed incompatibili, che nella sua precedente monografia aveva escluso. Ne consegue una ricostruzione dell'istituto «a due facce» (p. 1338), ovvero con connotati strutturali e funzionali diversi a seconda delle categorie di legittimati cui si riferisce.

⁷⁴ Per tutti, FABBRINI, *L'opposizione di terzo*, cit., 212 e ss..

⁷⁵ Così, CECHELLA, *L'opposizione di terzo*, cit., 40 e ss.. La teoria che, fondando il pregiudizio subito dal terzo sulla mancata integrazione del contraddittorio, ricostruisce l'opposizione di terzo ordinaria come strumento diretto a censurare la violazione delle norme sul contraddittorio vanta illustri sostenitori. Basti ricordare, ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1961, 659 e s., ove si legge che: «la sentenza opposta è illegittima, e, per chi identifichi diritto con giustizia, ingiusta perché il giudice ha fatto mal governo del potere di integrare il contraddittorio mediante la chiamata in causa del litisconsorte necessario (art. 102) o del terzo, al quale la causa è comune (art. 107), e dal quale potere, se egli avesse fatto ragionevole uso, il diritto del terzo non sarebbe stato pregiudicato poiché anche il terzo sarebbe intervenuto in giudizio e la sentenza avrebbe attuato in una forma più piena il diritto oggettivo»; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 1959, 352 e ss., ove l'A. afferma che: «l'opposizione di terzo è uno dei mezzi offerti dall'ordinamento per la reintegrazione del contraddittorio».

c.p.c.), la revocazione del P.M. (art. 397 n. 2 c.p.c.), la revocazione per dolo del provvedimento di accoglimento o rigetto della domanda di ammissione allo stato passivo (art. 98 l. fall.), l'azione revocatoria fallimentare (art. 67 l. fall.), la responsabilità aggravata (art. 96 c.p.c.⁷⁶), l'o.t.r. è collocata tra i mezzi repressivi della frode processuale⁷⁷.

Preliminarmente, ci si è interrogati sulla possibilità di eliminare *in nuce* la frode mediante il ricorso a sistemi processuali improntati al principio inquisitorio. Un'eventuale risposta affermativa significherebbe che esclusivamente nei sistemi a carattere dispositivo si rende necessaria la previsione di qualsivoglia strumento di reazione alla frode processuale (dunque, anche dell'o.t.r.).

Un sistema processuale a carattere dispositivo⁷⁸ si fonda su due principi: quello della domanda (espresso, nel nostro ordinamento, agli artt. 2907 c.c. e 99 c.p.c.) e quello dispositivo in senso stretto (di cui al comb. disp. artt. 112, 115 c.p.c.). Le parti hanno sia il monopolio dell'iniziativa processuale⁷⁹ sia la disponibilità dell'istruttoria (nel senso

⁷⁶ Il legislatore del 1865 scelse, all'art. 370 c.p.c., di disciplinare le spese di lite secondo un criterio obiettivo. Il legislatore del 1942, mantenendo ferma tale opzione, ha disposto, all'art. 91 c.p.c., che condannata alle spese sia la parte soccombente, in quanto tale e non in quanto litigante di mala fede. È, dunque, demandata all'art. 96 c.p.c. la funzione di sanzionare mediante condanna al risarcimento dei danni chi abbia «agito o resistito in giudizio con mala fede». Sebbene la norma faccia espresso riferimento alla mala fede e non al dolo o alla collusione, la dottrina non attribuisce a questa differenza lessicale alcuna rilevanza sostanziale. In altre parole, unanimemente si qualifica la lite temeraria come una delle possibili manifestazioni di frode processuale. Per tutti, ZANI, *La mala fede nel processo civile*, Roma, 1931, 1-385.

⁷⁷ In tal senso, GUALANDI, *ult. op. cit.*, 1296; OLIVIERI, *Opposizione di terzo*, *cit.*, 105 e 131-133; LUISO, voce *Opposizione di terzo*, in *Enc. Giur.*, vol. XXI, Roma, 1990, 6; NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, XXX, 481. In giurisprudenza, cfr., Cass., 23 maggio 2006, n. 12144, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 5, ove si legge espressamente: «...che la previsione legislativa del mezzo di impugnazione in esame (...) è stata sollecitata dalla differente necessità di neutralizzare gli effetti di atti di frode posti in essere nel corso di un giudizio, e pregiudizievoli per terzi ad esso estranei».

⁷⁸ Naturalmente, ci si riferisce al modello puro, pur nella consapevolezza che nella realtà si riscontrano modelli ibridi che vengono definiti a carattere dispositivo o inquisitorio in ragione della scelta del legislatore (ordinario, ma innanzitutto costituente) di improntare il sistema ai principi dell'uno o dell'altro modello puro.

⁷⁹ Nel nostro ordinamento il principio della domanda conosce rarissime eccezioni. Si tratta delle ipotesi in cui l'A.G. provvede d'ufficio (ipotesi tassative espressamente

che le prove, salvo i casi previsti dalla legge, sono acquisite al giudizio per iniziativa delle parti) ed il giudice non può fondare la propria decisione che sulle prove proposte dalle parti⁸⁰⁻⁸¹. Appare evidente che, in un tale sistema, i mezzi offerti alle parti, *recte* ai falsi litiganti, per indurre il giudice ad emettere una sentenza *in damno tertium* o *in fraude legis* siano molti e di facile riuscita.

Invece, nei sistemi a carattere inquisitorio l'attribuzione al giudice del potere di instaurare il processo e di acquisire le prove, in modo del tutto indipendente dalle parti, e di decidere sulla base degli atti dell'istruttoria così condotta pone le parti in una situazione decisamente meno agevole per svolgere attività fraudolente. Eppure non si può escludere, nemmeno immaginando un sistema processuale inquisitorio che disconosca del tutto le prove legali, che il giudice sia ingannato da una confessione volutamente falsa o dall'esibizione di scritture false⁸².

Avendo accertato, da un lato, che il principio dispositivo agevola notevolmente la frode processuale⁸³ e, dall'altro, che i processi inquisitori non vi si sottraggono del tutto, si può affermare che non è la scelta dell'uno o dell'altro modello a rendere necessaria la previsione di mezzi

contemplate all'art. 2907 c.c.). Dunque, l'instaurazione del processo civile ad iniziativa di parte (che ricomprende sia la domanda di parte che l'istanza del P.M., nonostante l'inesatta formulazione della *lettera legis* dell'art. 2907 c.c.) costituisce la regola, l'iniziativa officiosa l'eccezione.

⁸⁰ Come noto, ai sensi dell'art. 115 co.1 c.p.c., come modificato dalla l. n. 69 del 2009, il giudice deve porre a fondamento della decisione non solo «le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero», ma anche «i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita». Ne consegue che le parti possano realizzare la frode processuale anche mediante la non contestazione dei fatti allegati dalla controparte.

⁸¹ È opportuno precisare che la previsione di prove legali (sia pure come eccezione rispetto alle prove libere, art. 116 co. 1 c.p.c.), vincolando indefettibilmente la decisione del giudice al materiale istruttorio acquisito al processo su iniziativa delle parti, favorisce ulteriormente la frode processuale. Le parti hanno maggiori probabilità di indurre in inganno il giudice mediante una falsa confessione o un falso giuramento. Invece, con riguardo all'atto pubblico, l'ordinamento prevede un apposito rimedio contro la falsità dello stesso, ovvero la querela di falso *ex art.* 221 c.p.c., che può, dunque, essere annoverata tra gli strumenti processuali antifrode.

⁸² Così, GUALANDI, *Frammenti, cit.*, 1299.

⁸³ Sul punto, ZANI, *La mala fede, cit.*, 5 e 13. L'A. (p. 5) precisa che, oltre che nei sistemi processuali a carattere dispositivo, la mala fede processuale e con essa l'abuso del processo trovano maggior spazio in alcuni procedimenti sommari.

idonei a scongiurare il pericolo che si ricorra allo strumento processuale per frodare i terzi o per eludere norme imperative⁸⁴.

In conclusione, si può affermare che «l'opportunità politica» di prevedere l'o.t.r. non viene meno negli ordinamenti a carattere inquisitorio, ma è tanto più forte in quelli a carattere dispositivo⁸⁵.

Le forme di reazione alla frode processuale possono avere triplice natura: meramente processuale, sostanziale o penale⁸⁶.

Tra i rimedi di natura meramente processuale che l'ordinamento predispone, taluni sono idonei ad impedire che la frode sia attuata nel corso del processo (ccdd. preventivi), talaltri a reprimerla quando già attuata (ccdd. repressivi). La maggior parte di tali rimedi sono a tutela delle parti processuali⁸⁷. Tra i rimedi preventivi a tutela dei terzi si annoverano gli interventi. Il riferimento non è solo agli interventi nel giudizio di cognizione (volontari e coatti in primo grado ed esclusivamente volontari in secondo grado), ma anche gli interventi dei

⁸⁴ Sul punto, la dottrina è unanime, cfr., ZANI, *La mala fede nel processo*, cit., 69 e s.; GUALANDI, *Frammenti*, cit., 1297 e ss..

⁸⁵ Così, GUALANDI, *Frammenti*, cit., 1297.

⁸⁶ La legge penale prevede, sotto il titolo "delitti contro l'amministrazione della giustizia", numerose disposizioni finalizzate a reprimere la frode processuale. A titolo meramente esemplificativo, si ricordano il reato di frode processuale di cui all'art. 374 c.p. ed il reato di falsa testimonianza di cui all'art. 372 c.p. È, però, necessario precisare che l'interesse tutelato è il corretto funzionamento dell'attività giudiziaria. Ne consegue che parte offesa sia lo Stato, non anche il privato che si ritenga processualmente danneggiato dai reati *de quibus*. La giurisprudenza, sul punto, è unanime. Cfr., Cass. pen., sez. V, 08 novembre 2000, n. 4627, in *Dir. e Giust.*, 2001, f. 12, 66; Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 1999, n. 2982, in *Cass. pen.*, 2000, 2639. Ciò implica che la disamina dei mezzi repressivi della frode processuale di natura penale esuli dalla presente indagine.

⁸⁷ Il contraddittorio è considerato il mezzo preventivo per eccellenza, idoneo a frustrare le dolose macchinazioni ed i raggiri che gli avversari pongono in essere gli uni in danno degli altri, eccetto che per le ipotesi di processo simulato e/o fraudolento. Accanto al contraddittorio, anche i poteri istruttori officiosi del giudice, sia pure nella consapevolezza che gli stessi, in un sistema a carattere dispositivo, svolgono la medesima funzione con un'intensità ed un grado di efficienza decisamente minori. Per tutti, CARNELUTTI, *Contro il processo fraudolento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, 15 e s. Per quanto concerne le impugnazioni ordinarie, la dottrina si divide in ordine alla loro funzione repressiva della frode processuale sia pure in via indiretta. In senso favorevole, ZANI, *La mala fede nel processo*, cit., 231. *Contra*, CARNELUTTI, *ult. op. cit.*, 24. Infine, la dottrina unanimemente qualifica la revocazione di cui all'art. 395 n. 1 c.p.c. come mezzo repressivo della frode processuale concesso alle parti.

creditori nell'esecuzione forzata per espropriazione. Invece, unico rimedio repressivo a tutela dei terzi è l'o.t.r..

Accanto ai rimedi per reagire in sede processuale alla frode, l'ordinamento annovera anche mezzi di diritto sostanziale⁸⁸⁻⁸⁹. Il riferimento all'azione revocatoria (art. 2901 c.c.) è d'obbligo, non fosse altro che per il *nomen iuris* cui unanimemente si ricorre per distinguere l'opposizione di cui si tratta da quella ordinaria di cui al comma 1 dell'art. 404 c.p.c.⁹⁰.

L'*actio pauliana*⁹¹ è, infatti, concessa ai creditori per reagire agli atti di disposizione (per lo più negozi ad effetti reali ma anche assunzioni di obbligazioni) posti in essere dal debitore al fine di arrecare pregiudizio alle loro ragioni.

Presupposti dell'*actio pauliana* sono il *consilium fraudis* e l'*eventus damni*. Il primo consiste nella frode del debitore, più precisamente nella conoscenza del pregiudizio che l'atto di disposizione arreca alle ragioni del creditore⁹². Il secondo si verifica quando la

⁸⁸ Il dolo è lo stato soggettivo su cui si fondano numerosi istituti civilistici (ad es., art. 2043 c.c., 797 c.c.). Ma soprattutto esso è il presupposto di mezzi di impugnazione di atti sostanziali: art. 624 c.c. impugnazione delle disposizioni testamentarie che siano effetto di dolo o violenza o errore, art. 761 c.c. annullamento della divisione effetto di dolo o violenza, art. 482 c.c. impugnazione dell'accettazione dell'eredità effetto di dolo o violenza, art. 526 c.c. impugnazione della rinuncia all'eredità effetto di dolo o violenza, art. 1439 c.c. annullamento del contratto per dolo.

⁸⁹ Anche la legge fallimentare prevede alcuni rimedi volti a reprimere il dolo o la collusione. Il riferimento è alla revocazione di cui all'art. 98 e all'azione revocatoria fallimentare. Il primo è un mezzo impugnatorio, dunque a carattere repressivo; il secondo, data l'evidente affinità strutturale e funzionale con l'azione revocatoria ordinaria, rientra nel novero dei mezzi di natura sostanziale.

⁹⁰ Così, NICOLETTI, *Opposizione di terzo*, cit., 507, ove l'A. osserva che l'opposizione di cui al comma 2 dell'art. 404 c.p.c. viene definita revocatoria «...per assonanza più con l'azione revocatoria del codice civile che con la revocazione».

⁹¹ L'azione revocatoria è detta *actio pauliana* dal *nomen* dell'azione prevista nel diritto romano da cui deriva. Si trattava dell'azione concessa al liquidatore del patrimonio del debitore quando i suoi beni non bastavano a soddisfare i creditori.

⁹² La frode del solo debitore è elemento necessario e sufficiente nel caso in cui l'atto dispositivo sia a titolo gratuito. Invece, se l'atto è a titolo oneroso occorre che anche il terzo sia a conoscenza del pregiudizio arrecato alle ragioni dei creditori. Si avrà, così, vero e proprio *consilium fraudis*, essendo ambedue i contraenti in mala fede.

diminuzione del patrimonio del debitore è tale da renderlo insufficiente alla soddisfazione della pretesa creditoria.

Partendo dalla comunanza dei presupposti (esistenza di dolo o collusione⁹³, compimento di un atto frutto di tale attività fraudolenta ed intenzionale danneggiamento delle ragioni creditorie), la dottrina maggioritaria, sin dal c.p.c. del 1865, ha ricostruito questi due rimedi come altrettanti mezzi di tutela dei creditori rispetto agli atti fraudolenti che il loro debitore pone in essere in loro danno. Secondo questa prospettiva, l'ordinamento rispetto alla frode perpetrata dal debitore in danno dei creditori legittima questi ultimi ad impugnare l'atto, a prescindere dal fatto che si tratti di un atto di disposizione sostanziale o di un provvedimento giurisdizionale.

Ma, vigente il vecchio codice di rito, la dottrina maggioritaria non si limitò a configurare un'analogia funzionale. Trascurando fortemente le differenze strutturali tra i due istituti, rinvenne proprio nella diversa natura dell'atto impugnato l'unico *discrimen* tra i due mezzi, che furono, pertanto, considerati speculari⁹⁴.

Non si può, però, omettere che le differenze strutturali tra i due istituti non si riducono alla natura dell'atto impugnato.

Vero è che l'azione di cui all'art. 2901 c.c. si dirige contro un atto di autonomia privata, mentre con l'o.t.r. si impugna un provvedimento giurisdizionale. Ma accanto a questa considerazione, si devono tenere presenti le differenti modalità di realizzazione della frode nelle due fattispecie. Nell'ipotesi di cui all'art. 2901 c.c., il *consilium fraudis*

⁹³ La formulazione dell'art. 2901 c.c. non menziona espressamente né il dolo, né la collusione. Si richiamano, da un lato, la conoscenza da parte del debitore del pregiudizio che l'atto arreca alle ragioni creditorie, dall'altro, la consapevolezza da parte del terzo di tale pregiudizio ogni qual volta l'atto sia a titolo oneroso. Ciò nonostante, una parte della dottrina ritiene equivalenti, da un lato, la frode unilaterale del debitore ed il dolo di cui all'art. 404 co. 2 c.p.c., e, dall'altro, la frode bilaterale (cd. *consilium fraudis*) e la collusione. Così, CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile, cit.*, 1016 (sia pure con riferimento agli artt. 512 c.p.c. 1865 e 1235 c.c. 1865). *Contra*, CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili, cit.*, 660.

⁹⁴ Sul punto, si rinvia, *infra*, note 49 e 50.

intercorre tra gli unici due soggetti che partecipano al compimento dell'atto di disposizione sostanziale. Perciò, l'atto che pregiudica la futura soddisfazione del creditore proviene proprio dai due soggetti in mala fede. Invece, in caso di accordo fraudolento del debitore con il proprio avversario in lite, l'atto che danneggia il creditore proviene da un terzo soggetto (il giudice) che non solo è estraneo alla frode, ma è vittima della stessa. L'atto che danneggia le ragioni creditorie, in tal caso, proviene da un soggetto che non partecipa al *consilium fraudis*⁹⁵.

Né è possibile in alcun modo riferire al provvedimento giurisdizionale i requisiti di gratuità ed onerosità che l'art. 2901 c.c. riferisce all'atto di disposizione sostanziale.

Inoltre, con l'entrata in vigore del c.c. del 1942 e del c.p.c. del 1940 le divergenze sul piano della disciplina (puntuale per l'azione revocatoria, lacunosa per l'o.t.r.) si sono acuite.

Innanzitutto, all'o.t.r., per espressa previsione legislativa, sono legittimati anche gli aventi causa, e, per interpretazione estensiva di dottrina e giurisprudenza, altresì i titolari di diritti dipendenti⁹⁶.

Con l'intento di superare i contrasti interpretativi cui aveva dato luogo la formulazione dell'art. 1235 del c.c. del 1865, il legislatore del 1942 ha dettato una disciplina minuziosa dell'azione revocatoria. Di qui, l'espressa concessione dell'azione revocatoria anche ai titolari di un

⁹⁵ Così, ZANI, *La mala fede, cit.*, 44 e ss., il quale, volendo sottolineare la profonda differenza strutturale tra frode o simulazione in atti di autonomia privata e la frode o simulazione processuale, osserva che, mentre può aversi contratto simulato, mai si può parlare di sentenza simulata, in ragione della frapposizione del giudice tra la simulazione posta in essere dalle parti e l'autore materiale, ma anche psicologico dell'atto giudiziario. Cfr., anche, CARNELUTTI, *Contro il processo fraudolento, cit.*, 17 e s., ove l'A. afferma espressamente che in caso di processo simulato: «(...) si riscontra nel processo una situazione, fino ad un certo punto, parallela con quella, che dà luogo alla simulazione negoziale».

⁹⁶ La scelta di legittimare all'o.t.r. non solo i creditori ma anche gli aventi causa si riflette anche sulla natura del danno cui il terzo, proponendo l'impugnazione *de qua*, intende sottrarsi. Laddove si dovesse ammettere che il danno di cui parla l'art. 404 co. 2 c.p.c. possa essere anche non patrimoniale, la differenza tra il rimedio processuale e quello sostanziale diverrebbe profonda. Sul punto, si rinvia, *infra*, nota 125.

credito sottoposto a condizione o a termine⁹⁷ e la precisazione che l'accoglimento produce l'inefficacia, e non la nullità, dell'atto impugnato⁹⁸.

La Relazione ministeriale al Codice, nel precisare che l'azione di cui all'art. 2901 c.c. «giova soltanto al creditore che l'ha proposta», ha eliminato ogni dubbio: con la revocatoria non si ricostituisce il patrimonio del debitore, ma si realizza l'inefficacia relativa dell'atto dispositivo, nel senso che lo stesso diviene inopponibile al solo revocante, mentre conserva la piena efficacia tra le parti e nei confronti degli altri creditori non revocanti.

Tutte precisazioni che il legislatore del 1942 ha omesso con riguardo all'opposizione di terzo specifica⁹⁹.

La profonda divergenza strutturale e di disciplina tra i due istituti mostra inequivocabilmente che l'analogia tra azione revocatoria ed o.t.r. è esclusivamente funzionale¹⁰⁰⁻¹⁰¹. Deve, dunque, abbandonarsi l'opinione che ravvede nell'o.t.r. la *pauliana* applicata ai processi.

⁹⁷ Sul punto, Cass., s.u., 18 maggio 2004, n. 9440, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2267, ove il *plenum*, in sede di composizione del contrasto giurisprudenziale in ordine alla possibilità di interpretare estensivamente la locuzione "anche se il credito è soggetto a condizione o a termine" contenuta nell'art. 2901 c.c., ha ritenuto che l'*actio pauliana* possa essere esperita anche dai titolari di credito eventuale, finanche nella veste di "credito litigioso".

⁹⁸ Sul punto, la Relazione ministeriale al Codice civile si esprimeva così: «I beni non rientrano nel patrimonio del debitore, ma la revoca è pronunciata col solo effetto di assoggettarli alle azioni del creditore danneggiato». Si volle inequivocabilmente escludere l'effetto restitutorio, ossia il ritorno del bene alienato nel patrimonio del debitore alienante.

⁹⁹ CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, cit., 1015, ove l'A., vigenti i codici del 1865, considera la disciplina dell'opposizione di terzo revocatoria *lex specialis* rispetto a quella dettata per l'azione revocatoria. Dunque, le lacune nella disciplina dell'o.t.r. possono essere colmate ricorrendo alla disciplina dell'istituto sostanziale.

¹⁰⁰ In questo senso, la dottrina maggioritaria. Cfr., OLIVIERI, *Opposizione di terzo*, cit., 131; LUISO, *Opposizione di terzo*, cit., 6; NICOLETTI, *Opposizione di terzo*, cit., 507; GUALANDI, *ult. op. cit.*, 1296.

¹⁰¹ Più complessa la posizione di CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, cit., 659 e ss. L'A., sottolineando la profonda diversità dei presupposti applicativi dei due istituti e precisando che non ravvede nelle due fattispecie normative né il medesimo meccanismo tecnico, né identità di risultato, conclude che «...il confronto tra l'istituto sostanziale e quello processuale si profila, più ancora che preconetto, assolutamente

Ad ogni modo, sia i sostenitori di un'analogia strutturale e funzionale tra o.t.r. ed azione revocatoria, sia i sostenitori di un'unità meramente teleologica, sia coloro che affermano l'arbitrarietà di questo parallelo, ammettono l'esistenza nel nostro ordinamento di un vero e proprio sistema repressivo della frode dentro e fuori il processo civile, costituito dall'insieme dei mezzi di reazione di natura processuale e di natura sostanziale¹⁰².

L'unitarietà di tale sistema si fonda, oltre che sull'unità teleologica, sulla rilevanza giuridica che è attribuita alla frode in tutti questi istituti e sull'unitarietà delle nozioni di dolo e collusione che costituiscono il presupposto di ciascuno di questi mezzi.

La funzione dei mezzi di reazione alla frode è «impedire che gli operatori giuridici profittino dei poteri che la legge loro conferisce per produrre un danno ingiusto ad altri soggetti estranei alla fattispecie»¹⁰³. Ne consegue che la legge sanziona le ipotesi di frode processuale e non unicamente se ed in quanto le stesse procurino un danno all'avversario, al terzo o alla legge¹⁰⁴. In altre parole, l'ordinamento concede alla parte, al terzo o al P.M. un mezzo di reazione sul presupposto che la frode abbia avuto successo, sia riuscita.

ingiustificato». Ciò nonostante, l'A. non nega all'o.t.r. ed all'azione revocatoria una «matrice comune» che Egli rinviene nell'appartenenza ai «mezzi di difesa a favore del creditore contro l'attività fraudolenta del debitore sia nell'ambito dei rapporti negoziali che nel processo».

¹⁰² Cfr., CARNELUTTI, *Contro il processo fraudolento*, cit., 13 e ss.; ZANI, *La mala fede nel processo civile*, cit., 254; GUALANDI, *ult. op. cit.*, 1299; CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, cit., 659 e ss..

¹⁰³ L'espressione è mutuata da GUALANDI, *Frammenti*, cit., 1296. Ma questa posizione è condivisa dalla dottrina maggioritaria. Sul punto, cfr. OLIVIERI, *Opposizione di terzo*, cit., 131, ove l'A. riporta testualmente le parole di Gualandi.

¹⁰⁴ Autorevole dottrina ha distinto il processo simulato dal processo fraudolento. Sul punto, CARNELUTTI, *Contro il processo fraudolento*, cit., 17 e ss, ove l'A., nel far presente che possono aversi casi di simulazione senza frode, di frode senza simulazione e di simulazione con frode, precisa che solo nel primo caso si avrà irrilevanza giuridica di un tale fenomeno patologico, in quanto l'ordinamento reagisce solo ed esclusivamente alle forme patologiche che danneggino i terzi o eludano norme imperative. Dunque, la previsione dell'o.t.r. si giustifica in quanto mezzo concesso ai terzi per reagire ad un processo simulato ed al contempo fraudolento.

Infine, l'unitarietà nell'ordinamento delle nozioni di dolo e collusione, quali elementi soggettivi di tutti questi rimedi. Si tratta di nozioni che ricorrono nel diritto civile, dal quale l'ordinamento mutua la definizione nella sua elaborazione originaria¹⁰⁵, nel diritto processuale civile e finanche nel diritto penale.

5. – È, a questo punto, opportuno passare all'esegesi dell'art. 404 comma 2 c.p.c. per individuare quali siano i requisiti (soggettivi ed oggettivi) propri dell'o.t.r..

Requisiti soggettivi sono il dolo e la collusione. La nozione di dolo accolta dall'art. 404 c.p.c. necessita un adattamento rispetto a quella civilistica, in considerazione del fatto che in tal caso il dolo si realizza in sede processuale e non contrattuale.

Dunque, si ha dolo quando una delle parti mediante artifici, raggiri e/o omissioni in sede processuale alteri la realtà sostanziale al fine di indurre il giudice ad emettere una sentenza in danno del terzo.

Si evince che l'attività fraudolenta di uno solo dei litiganti sia immediatamente diretta nei confronti del giudice. In altri termini, *deceptus* è quest'ultimo, non direttamente il terzo che si vuole danneggiare. Il magistrato viene indotto in errore affinché mediante la sentenza regoli il rapporto giuridico dedotto in giudizio in maniera difforme da quanto prevede il diritto sostanziale. È tale difformità a pregiudicare *in primis* il litigante doloso e poi il terzo. E diversamente non potrebbe essere, in quanto il terzo in qualità di avente causa o creditore subisce gli effetti della sentenza emessa nei confronti del suo

¹⁰⁵ Sul punto, ZANI, *La mala fede nel processo civile, cit.*, 136 e ss. Il nostro ordinamento assume una nozione unitaria di dolo che è sostanzialmente quella elaborata da Ulpiano, giurista romano del II sec. d.C.. Si tratta dell'attività ingannatoria fatta di raggiri, astuzie, macchinazioni finalizzata a rappresentare alla controparte una realtà falsata per indurla a contrarre. In altre parole, la parte in assenza dei raggiri non avrebbe contrattato. Questa la definizione del dolo cd. determinante, che, in quanto vizio della volontà, è causa di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c. *Contra*, SATTA, *Commentario al codice di procedura civile, cit.*, 366.

dante causa o debitore; effetti che saranno pregiudizievoli solo se la sentenza sarà sfavorevole a quest'ultimo.

La dottrina maggioritaria, quindi, costruisce il dolo di cui all'art. 404 c.p.c. come la condotta fraudolenta proveniente da una sola delle parti in causa, precisamente dalla parte soccombente (*rectius*, volutamente soccombente)¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

Parte della dottrina, però, assumendo che la controparte non partecipe del dolo non possa vedersi sottratta la vittoria che da parte sua ha ottenuto regolarmente, ha prospettato sia la tesi del dolo bilaterale¹⁰⁸, sia la tesi del dolo della parte vittoriosa¹⁰⁹.

Un ultimo profilo problematico attiene alla configurabilità del dolo omissivo. Dottrina e giurisprudenza tradizionalmente affermavano che l'inerzia, il silenzio, la reticenza, in quanto comportamenti omissivi, fossero inidonei a costituire manifestazioni di dolo (e conseguentemente a condurre all'annullamento del contratto)¹¹⁰. Successivamente, la

¹⁰⁶ A favore dell'unilateralità del dolo, cfr., sotto il vigore del c.p.c. del 1865 LIPARI, *L'opposizione di terzo revocatoria*, cit., 98; CHIAPPELLI, *Il rimedio dell'opposizione del terzo*, 1907, 70. Sotto il vigore del c.p.c. attuale, LUISO, *Opposizione di terzo*, cit., 7. Parzialmente difforme, NICOLETTI, *Opposizione di terzo*, cit., 509 secondo il quale la decisione deve prospettarsi come l'effetto del dolo di una delle parti «... sia dell'attore, sia del convenuto, e sia esso poi uscito (o sia voluto uscire) soccombente o vincitore».

¹⁰⁷ Nel senso che il dolo debba essere del soccombente, anche la giurisprudenza. Cfr., Cass., 24 gennaio 1950, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 292; Cass., 30 dicembre 1953, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 818.

¹⁰⁸ Cfr., sotto il c.p.c. del 1865, CHIOVENDA, *ult. op. cit.*, 1016, ove l'A., richiamando il codice sardo, afferma la necessità del dolo di entrambe le parti anche nel silenzio dell'art. 512 e sottolinea l'estrema difficoltà di configurare «... una vittoria ingiusta dovuta al dolo del soccombente, senza che vi concorra il dolo del vincitore»; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 324, nota 12. Sotto l'attuale c.p.c., LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, 391.

¹⁰⁹ ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 955; SATTA, *Commentario*, cit., 366.

¹¹⁰ Sin dal vigore del c.c. del 1865, la dottrina era quasi unanimemente sfavorevole al dolo per omissione. Per tutti, RICCI, *Commentario al codice di procedura civile italiano*, Firenze, 1883, vol. II, 626 e s. Nello stesso senso la giurisprudenza più che maggioritaria. Cfr., Cass., 21 marzo 1933, in *Giur. it.*, 1933, I, 1, 758 e ss. Inoltre, in giurisprudenza si tende ad equiparare silenzio e mendacio, sebbene quest'ultimo sia incontestabilmente un comportamento commissivo. L'equiparazione si giustifica per il timore che ammettere la rilevanza giuridica delle menzogne potesse spianare la strada a doglianze pretestuose, perché di scarsa entità. Sul punto, Cass., 18 aprile 1934, in *Giur. it.*, 1934, I, 1, 900 e ss., in cui si parificano menzogna e *dolus bonus*.

giurisprudenza ha accolto una concezione meno restrittiva, per cui il comportamento omissivo del contraente rileva giuridicamente quale vizio del consenso e, conseguentemente conduce all'annullamento del contratto, solo quando collocato in un comportamento complesso (fatto anche di raggiri, astuzie) preordinato all'inganno¹¹¹. Attualmente, la dottrina maggioritaria è propensa a riconoscere la configurabilità del dolo omissivo¹¹², mentre la giurisprudenza, se si eccettua una recente pronuncia¹¹³, continua a negare che silenzio e reticenza possano da soli costituire dolo.

¹¹¹ Da ultimo, Cass., 20 aprile 2006, n. 9253, in *Giust. civ.*, 2007, 1454 e ss., ove la S.C. afferma espressamente che «... la reticenza ed il silenzio quindi non sono sufficienti a costituire il dolo se non in rapporto alle circostanze ed al complesso del contegno che determina l'errore del "deceptus", che devono essere tali da configurarsi quali malizia o astuzia volte a realizzare l'inganno perseguito ...». Nello stesso senso, Cass., 15 marzo 2005, n. 5549, in *Giust. civ.*, 2006, I, 647 e s.; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2104, in *Arch. civ.*, 2003, 1343 e ss.; Cass., 17 maggio 2001, n. 6757, in *Giust. civ.*, 2002, I, 729 e ss.; Cass., 29 aprile 1997, n. 3728, in *Mass. Foro it.*, 1997, 347; Cass., 18 ottobre 1991, n. 11038, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce «Contratto in genere», n. 353; Cass., 22 dicembre 1983, n. 7572, in *Mass. Foro it.*, 1983, 1521; Cass., 11 maggio 1977, n. 1817, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce «Contratto in genere», n. 248; Cass., 14 ottobre 1969, n. 3328, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 459 e ss.; Cass., 17 settembre 1963, n. 2531, in *Mass. Foro it.*, 1963, 722; Cass., 15 febbraio 1943, n. 355, in *Mass. Foro it.*, 1943, 90.

¹¹² Attualmente in dottrina prevale la tesi favorevole alla configurabilità del dolo omissivo. Cfr., MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 1972, 362; FERRANTE, *Il dolo omissivo nella giurisprudenza: fine dell'esilio?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, I, 317 e ss. *Contra*, DE POLI, *Servono ancora i raggiri per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 911 e ss. Con riferimento proprio all'o.t.r., in senso favorevole LUISO, *Opposizione di terzo, cit.*, 7. *Contra*, NICOLETTI, *op. loc. cit.*, 509, il quale esclude che il dolo di cui all'art. 404 co. 2 c.p.c. possa consistere in una mera omissione proprio in ragione dell'immediato nesso di causalità tra condotta dolosa e contenuto della sentenza opposta. Sul punto, anche SATTA, *Commentario, cit.*, 365 ove l'A., definita la collusione come accordo simulatorio, ammette che la stessa possa realizzarsi in forma sia di atti processuali, sia di inattività. Con riferimento a queste ultime, però, l'A. specifica che la mancata impugnazione della sentenza, sia pure fraudolenta, non è da sola idonea a configurare collusione, poiché il pregiudizio al terzo deve provenire dalla sentenza di cui l'impugnazione (proposta o meno) non è elemento integratore. La posizione di Satta è particolarmente attuale, in quanto apre la via al riconoscimento del dolo omissivo realizzato mediante non contestazione dei fatti allegati dalla controparte (art. 115 co. 1 c.p.c. novellato). In senso favorevole alla configurabilità del dolo omissivo, quale presupposto dell'o.t.r., Cass., 17 maggio 1980, n. 3243, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2193.

¹¹³ Cass., 05 febbraio 2007, n. 2479, in *Mass. Foro it.*, 2007, 1182. Qui la S.C., senza sconfessare espressamente le argomentazioni precedentemente utilizzate a sostegno della contrarietà alla configurabilità del dolo omissivo, opera un *revirement*

Decisamente meno problematica la nozione di collusione. In ragione della *lettera legis* che distingue tra dolo e collusione, la dottrina unanimemente configura la collusione come l'accordo fraudolento (espreso o tacito) tra almeno due delle parti in causa finalizzato, anch'esso, ad ottenere una sentenza pregiudizievole per il terzo¹¹⁴.

La mancata instaurazione del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo da parte dell'intimato, l'instaurazione di un giudizio ai sensi dell'art. 2932 c.c. per dare esecuzione specifica ad un contratto preliminare col quale si è simulata l'alienazione (in data anteriore alla stipulazione del mutuo con un istituto di credito) ad un altro soggetto della proprietà del bene immobile su cui l'istituto di credito ha iscritto ipoteca sono esempi di condotte dolose o collusive di cui la sentenza può essere frutto casisticamente molto frequenti.

Invece, i requisiti oggettivi dell'o.t.r. sono il nesso causale tra l'attività fraudolenta ed il contenuto della sentenza ed il danno per il terzo.

Il legislatore, nel richiedere che la sentenza sia frutto di dolo o collusione esige un nesso di causalità tra la condotta di una o entrambe le parti e la decisione. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che tale nesso causale sussista ogni qual volta il terzo opponente dimostri

sorprendente. Il dolo omissivo rileva giuridicamente ed è autosufficiente ai fini dell'annullamento del contratto, purché sussista un nesso causale tra la condotta dell'ingannatore e l'errore dell'ingannato. L'o.d.p. del nesso causale ricade su chi domanda l'annullamento, mentre è l'asserito *deceptor* a dover fornire la prova liberatoria che la sua controparte avrebbe potuto conoscere tutte le circostanze e le informazioni taciute, usando l'ordinaria diligenza.

¹¹⁴ La dottrina maggioritaria, in caso di collusione, esclude che ciascuna delle parti sia in dolo nei confronti dell'altra e, conseguentemente, esclude che ciascuna parte possa dirsi danneggiata. Analogamente, Cass., 17 maggio 1980, n. 3243, *cit.*, 2193. *Contra*, LIPARI, *Appunti sul dolo processuale bilaterale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, 288, ove l'A., sia pure con riferimento al mezzo di impugnazione di cui all'art. 494 n. c.p.c. 1865 (oggi art. 395 n. 1) afferma che «...l'ipotesi di accordo processuale fraudolento è un caso di dolo bilaterale contro il giudice, con doppio danno, (...), per le due parti».

che il contenuto della pronuncia sia stato determinato dall'attività fraudolenta delle parti, senza la quale sarebbe stato diverso¹¹⁵.

Parlando di diverso tenore della sentenza emessa si potrebbe dedurre che «l'erroneità»¹¹⁶ del contenuto sia tale da implicare l'ingiustizia della sentenza opposta¹¹⁷.

Nel parlare di ingiustizia della sentenza frutto di dolo o collusione, è opportuno chiarire che ci si riferisce al fatto che la sentenza opposta contiene un regolamento del rapporto giuridico diverso da quello che per esso detta l'ordinamento sostanziale. Una difformità che, conseguenza della condotta dolosa o collusiva (come tale voluta da almeno una o da tutte parti in giudizio), è essa stessa fonte del pregiudizio dell'opponente (per lo meno con riferimento agli aventi causa ed ai titolari di diritti dipendenti).

Sebbene la *lettera legis* non lo richieda, una parte della dottrina sostiene che l'opponente debba dimostrare anche l'ingiustizia della sentenza impugnata, ovvero che il diritto di cui si è accertata l'esistenza non esiste o viceversa¹¹⁸⁻¹¹⁹. Ma, siccome il testo legislativo non onera

¹¹⁵ Così, OLIVIERI, *Opposizione di terzo*, cit., 138; GUALANDI, *Frammenti*, cit., 1316. In maniera parzialmente difforme NICOLETTI, *Opposizione di terzo*, cit., 507, il quale precisa che in assenza di dolo o collusione si avrebbe non solo un diverso tenore della decisione, ma anche l'inesistenza del danno al terzo. Sul punto anche SATTA *Commentario*, cit., 366, ove l'A. precisa che il dolo non è tra i presupposti dell'opposizione. Presupposto è il pregiudizio lamentato da creditori o aventi causa rispetto al quale il dolo «...è sempre causale, cioè deve aver determinato il danno...». In giurisprudenza, cfr., Cass., 14 maggio, 1980, n. 4123, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce «Opposizione di terzo», n. 5.

¹¹⁶ L'espressione è mutuata da GUALANDI, *Frammenti*, cit., 1316 ove l'A. ritiene che a tale erroneità possano reagire le parti mediante gli ordinari mezzi di impugnazione, oppure il solo terzo se la sentenza è passata in giudicato.

¹¹⁷ Nel senso che la sentenza frutto di dolo e collusione sia ingiusta CECHELLA, *L'opposizione del terzo*, cit., 24.

¹¹⁸ Nel senso che l'opponente debba provare l'ingiustizia della sentenza opposta, MORTARA, *Commentario*, cit., 536. *Contra*, LUISO, *Opposizione di terzo*, cit., 7; CECHELLA, *L'opposizione di terzo*, cit., 39.

¹¹⁹ È opportuno precisare che, nonostante gli artt. 510 e 512 c.p.c. 1865 non menzionassero tra i requisiti dell'opposizione di terzo l'ingiustizia della sentenza resa *inter alios*, né onerassero il terzo di fornirne prova, la Relazione ministeriale al primo codice di rito unitario si esprimeva così: «È per lui (n.d.r.: il terzo) della maggiore

espressamente l'opponente di tale prova, si ritiene che la stessa possa essere fornita anche da una delle parti originarie (tutte presenti nel giudizio di opposizione), sempre che vi abbia realmente interesse¹²⁰.

Il profilo dell'ingiustizia della sentenza opposta suscita da sempre l'interesse della dottrina, in considerazione del fatto che la sua esaltazione potrebbe condurre all'individuazione di una seconda funzione dell'o.t.r.. Più precisamente, si potrebbe ritenere l'opposizione specifica rimedio di chiusura del sistema impugnatorio finalizzato non solo ad impedire la frode processuale *in damno tertium*, ma anche a garantire la giustezza delle decisioni giurisprudenziali.

Sebbene questo ulteriore profilo funzionale dell'o.t.r. non sia stato finora pienamente sviluppato, esso non è del tutto estraneo né alle elaborazioni di una parte della dottrina¹²¹, né a taluni enunciati giurisprudenziali¹²².

importanza di provare direttamente l'errore del giudicato (...). Cfr., PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI, *Commentario al c.p.c.*, cit., 675 nota 1.

¹²⁰ Così, LUISO, *Opposizione di terzo*, cit., 7.

¹²¹ Il primo Autore a prospettare l'opposizione di terzo, sia pure con espresso riferimento a quella ordinaria, come mezzo di impugnazione contro l'ingiustizia della sentenza è stato LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano, 1962, 112–116 e specificamente 118, ove si legge che: «(...) spetta al terzo la facoltà di far valere e dimostrare l'errore che vizia la decisione, allo scopo di respingere l'effetto dannoso per lui» ed ancora che: «(...) egli può prendere l'iniziativa di far dichiarare l'ingiustizia della sentenza nei suoi confronti, e potrà proporre a questo scopo l'opposizione di terzo (...)». Più recentemente, CECHELLA, *L'opposizione di terzo*, cit., 18, 55 e ss., il quale annovera l'o.t.r. (intesa come rimedio riservato ai soli aventi causa) tra gli strumenti che, realizzando il pieno contraddittorio tra le parti ed i terzi colpiti dagli effetti della sentenza sul rapporto pregiudiziale dedotto in giudizio, rimedia alle distorsioni proprie del processo dispositivo, eliminando dal mondo giuridico una sentenza che è ingiusta perché non conforme al diritto sostanziale a causa della frode ordita dalle parti in danno al terzo titolare del diritto dipendente. In tal senso, l'a. ricostruisce l'o.t.r. come rimedio avverso una frode «finalizzata a distogliere la giurisdizione dalla sua funzione istituzionale». Infine, OLIVIERI, *Opposizione di terzo*, cit., 139, ove l'A., pur sottolineando che altri sono i rimedi preordinati dall'ordinamento «per impedire giudizi ingiusti», ravvede nell'o.t.r. «(...) uno strumento idoneo a tutelare l'interesse del terzo a non vedersi pregiudicato da una sentenza ingiusta».

¹²² Cfr., Cass., 23 maggio 2006, n. 12144, cit., 5, ove la S.C. ravvede nell'o.t.r. un'impugnazione straordinaria che si dirige contro un provvedimento giurisdizionale che, quand'anche passato in giudicato, «risulti frutto di dolo di una delle parti o di collusione fra le stesse e che sia inoltre pregiudizievole per i creditori (o gli aventi causa) di una di esse». I giudici di legittimità hanno, così, messo in evidenza due distinti

Infine, l'art. 404 co. 2 c.p.c., nel richiedere espressamente che la sentenza frutto della condotta fraudolenta delle parti in causa sia pregiudizievole per il terzo (precisamente, l'art. 404 co. 2 utilizza il termine «danno»), esclude la rilevanza delle condotte fraudolente nell'intenzione ma inidonee a procurare nocimento al terzo¹²³.

Non si può non distinguere, in punto di natura, il pregiudizio degli aventi causa e dei titolari di diritti dipendenti da quello dei creditori¹²⁴.

In quanto titolari di un diritto derivato o dipendente da quello deciso, aventi causa e titolari di diritti dipendenti sono pregiudicati dalla riflessione del giudicato emesso nei confronti del loro dante causa. Essi oppongono la sentenza emessa *inter alios* perché, per effetto della frode, contiene statuizioni in ordine alla situazione pregiudiziale assolutamente incompatibili con la situazione derivata o dipendente di cui sono titolari. L'incompatibilità consiste nell'affermare l'esistenza o l'inesistenza o un modo d'essere del diritto dedotto in giudizio dalle parti originarie cui consegua o l'ingiusta negazione del diritto del terzo o l'altrettanto ingiusta affermazione di un obbligo in capo al terzo. In ciò si sostanzia il pregiudizio di natura giuridica cui gli aventi causa o i titolari di diritti dipendenti intendono sottrarsi, proponendo l'o.t.r. contro una sentenza che è frutto di dolo o frode. E non si può escludere che l'avente

caratteri del rimedio: da un lato, la natura di impugnazione straordinaria che reagisce ad un provvedimento giudiziario inficiato da dolo o collusione, dall'altro, la natura di azione finalizzata ad impedire che i terzi (sempre che rivestano la qualità di creditore o di avente causa di una delle parti) siano da quella stessa sentenza pregiudicati. E che l'intenzione fosse quella di evidenziare che l'idoneità a reprimere la frode processuale a tutela del terzo costituisce un aspetto, ma non esaurisce l'intero profilo funzionale dell'o.t.r. emerge inequivocabilmente dal ricorso all'avverbio "inoltre". Naturalmente, non si intende affatto sostenere che l'o.t.r. possa essere esperita dal terzo per ottenere l'eliminazione dal mondo giuridico di una sentenza sì ingiusta ma inidonea a pregiudicarlo. Al contrario, si intende porre l'accento, oltre che sul requisito del pregiudizio, anche sul requisito (che potremmo dire implicito) dell'ingiustizia della sentenza.

¹²³ Per tutti, GUALANDI, *Frammenti, cit.*, 1316 e s., il quale precisa che la dottrina unanimemente sostiene che il danno possa essere anche solo potenziale.

¹²⁴ Cfr., SATTA *Commentario, cit.*, 364; OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 138; LUISO, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 7.

causa o il terzo titolare di diritto dipendente subisca un danno non patrimoniale: il che avverrà ogni qual volta sia stato danneggiato in un diritto di natura non patrimoniale.

Invece, comunemente si ritiene che il pregiudizio subito dai creditori abbia natura di fatto, consistendo nella diminuzione della garanzia patrimoniale del loro debitore che deriva dal fraudolento accertamento contenuto nella sentenza opposta di un obbligo in capo al debitore in favore dell'altro litigante. In tal caso il danno subito dal creditore non potrà che essere di natura patrimoniale¹²⁵.

6. – Nel tentativo di individuare funzione e requisiti dell'o.t.r. non si può assolutamente prescindere dall'esame della ricostruzione che dell'istituto disciplinato all'art. 404 c.p.c. offre Cecchella¹²⁶.

L'indagine di quest'Autore prende le mosse dal significato, semantico e sistematico, del termine opposizione, cui l'ordinamento farebbe ricorso per individuare tutti quei rimedi che realizzano la rinnovazione piena del processo innanzi alla medesima Autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento opposto, provocata da chi è rimasto estraneo al precedente giudizio¹²⁷ (sempre che questo abbia coinvolto suoi diritti) al fine di ottenere un nuova pronuncia a contraddittorio integro¹²⁸.

¹²⁵ Nel senso che solo l'impugnazione di cui all'art. 404 co. 2 c.p.c., e non anche l'azione revocatoria, tutelì i terzi tanto da danni patrimoniali quanto da danni non patrimoniali, cfr., in dottrina, GUALANDI, *Frammenti, cit.*, 1316, ove l'A. sottolinea come tale dato differenzi nettamente il rimedio processuale da quello sostanziale. Analogamente in giurisprudenza, Cass., 23 maggio 2006, n. 12144, *cit.*, 5, ove si legge che: «... nel caso dell'azione revocatoria ordinaria l'obiettivo perseguito dal legislatore è quello della tutela del creditore nei confronti di atti finalizzati ed idonei a rendere più difficile la soddisfazione di un credito (...). Viceversa nell'ipotesi di opposizione revocatoria non si tratta di un'azione finalizzata alla conservazione della garanzia patrimoniale del debitore, ma di impugnazione straordinaria, che presuppone quindi il passaggio in giudicato di un provvedimento giudiziario che risulti frutto di dolo di una delle parti o di collusione fra le stesse e che sia inoltre pregiudizievole per i creditori (o gli aventi causa) di una di esse».

¹²⁶ CECHELLA, *L'opposizione di terzo, cit.*, 1-195.

L'estraneità dell'opponente al giudizio precedente può scaturire tanto da un comportamento inconsapevole delle parti originarie (che deducono in giudizio esclusivamente le proprie situazioni giuridiche, ignorando del tutto l'esistenza di un diritto incompatibile e prevalente del terzo), quanto da un comportamento fraudolento delle parti in causa (che, dedotto in giudizio il rapporto pregiudiziale, omettono scientemente di attuare il contraddittorio nei confronti del terzo titolare del diritto dipendente, di modo che il giudice, a causa della cognizione incompleta, emetta una sentenza pregiudizievole per il terzo).

In ambedue i casi, la carenza di contraddittorio (inconsapevole o fraudolenta) comporterà incompletezza della cognizione del giudice (sul piano dei diritti, dei fatti e/o delle prove) con il rischio che quest'ultimo emetta una sentenza ingiusta.

L'opposizione di terzo è, dunque, il rimedio di chiusura del sistema avverso le distorsioni causate dal processo dispositivo all'integrità del contraddittorio¹²⁹. È un rimedio successivo, in quanto realizza il contraddittorio in via posticipata, ovvero dopo che la sentenza sia stata pronunciata¹³⁰.

A questo punto, l'Autore fornisce un chiarimento indispensabile: nel parlare di opposizione di terzo Egli intende riferirsi all'istituto

¹²⁷ CECHELLA, *op. loc. cit.*, 16, il quale chiarisce che l'espressione di cui al primo comma dell'art. 404 c.p.c. «quando pregiudica i suoi diritti» non deve intendersi come sinonimo di lesivo, dannoso, bensì nel senso di pre-giudizio, ossia giudizio anteriore.

¹²⁸ CECHELLA, *op. loc. cit.*, 17, ove l'A. precisa che non si può negare validità alla categoria delle opposizioni, per il sol fatto che le opposizioni del processo esecutivo non rispondano allo schema tipico (poiché non si svolgono dinanzi allo stesso giudice e manca il 'pregiudizio'). Questa discrasia si giustificerebbe in considerazione del fatto che le opposizioni esecutive introducono incidenti di cognizione in un processo che ne è sprovvisto.

¹²⁹ CECHELLA, *op. loc. cit.*, 116, ove l'A. mette in luce la duplicità funzionale dell'opposizione di terzo, nelle sue due articolazioni. Da un lato, il rimedio impugnatorio serve ad integrare il contraddittorio (incompleto nel precedente giudizio a causa delle «insidie del processo dispositivo»), dall'altro, serve a prevenire il pregiudizio che il terzo subirebbe dall'attuazione, spontanea o provocata, della sentenza *inter alios* (e siccome la fonte del pregiudizio è proprio la sentenza aliena, il pregiudizio si previene eliminando la stessa).

¹³⁰ CECHELLA, *L'opposizione di terzo, cit.*, 31 e s..

regolato dal primo comma dell'art. 404 c.p.c. (opposizione di terzo cd. ordinaria) unitamente alla sola opposizione concessa agli aventi causa dal comma secondo della medesima norma¹³¹. In altre parole, Cecchella denomina o.t.r. l'impugnazione concessa agli aventi causa (e, più in generale, ai titolari di diritti dipendenti), mentre definisce l'azione concessa ai creditori azione revocatoria processuale.

In tal modo, il secondo comma dell'art. 404 c.p.c. finisce coll'includere due istituti nettamente distinti per struttura e funzione che il legislatore avrebbe accomunato in un unico comma «forse per il nesso costituito, in un'ipotesi di opposizione del terzo, dal rilievo della frode ordita dalle parti»¹³².

Logica conseguenza di tale ricostruzione è la necessità di esaminare separatamente struttura e funzione dell'opposizione di terzo, ordinaria e revocatoria, rispetto all'azione revocatoria processuale. L'opposizione di terzo ordinaria e quella revocatoria vengono ricostruite come due forme di un unico istituto svolgenti la medesima funzione, le cui differenze si rinvergono esclusivamente sul piano strutturale¹³³.

Il comma 1 dell'art. 404 c.p.c. regola l'opposizione concessa ai terzi non soggetti in alcun modo all'efficacia del giudicato alieno, cui l'ordinamento riconosce il potere di integrare in via posticipata il contraddittorio con pienezza di poteri (rispetto alla determinazione dell'oggetto del giudizio, ma anche in punto di allegazione di fatti e mezzi istruttori)¹³⁴ e senza alcun termine decadenziale¹³⁵.

¹³¹ CECHELLA, *op. loc. cit.*, 31, ove si legge espressamente: «... con l'esclusione della sola azione pauliana del creditore avverso la sentenza civile, che è tutt'altra cosa...».

¹³² L'espressione è mutuata da CECHELLA, *op. loc. cit.*, 54.

¹³³ CECHELLA, *ult. op. cit.*, 40, ove l'A. si riferisce espressamente ad una «ricostruzione unitaria della funzione, ..., della opposizione del terzo, ordinaria e del terzo assoggettato al giudicato, colta nella attuazione posticipata del contraddittorio...».

¹³⁴ CECHELLA, *L'opposizione di terzo, cit.*, 27 e s., ove l'A. individua nella prevenzione delle distorsioni causate dal principio dispositivo all'integrità del contraddittorio la funzione degli interventi volontari (con esclusione dell'intervento cd. litisconsortile). L'analogia funzionale con l'opposizione di terzo è, in tal modo, evidente, fermo restando che gli interventi sono strumenti preventivi, mentre

Il comma 2 disciplina l'opposizione concessa agli aventi causa e a tutti i titolari di diritti dipendenti da quello dedotto in giudizio dalle parti originarie¹³⁶. Agli uni ed agli altri, in quanto soggetti all'efficacia del giudicato alieno, l'ordinamento riconosce, unicamente sul presupposto della frode delle parti costituite, il potere di integrare in via posticipata il contraddittorio con poteri limitati (non potendo il terzo determinare l'oggetto del giudizio, ma dovendosi limitare a surrogare le attività di allegazione di fatti e mezzi istruttori delle parti originarie)¹³⁷ ed entro il termine di decadenza di cui al comb. disp. artt. 325 e 326 del codice di rito¹³⁸.

l'opposizione di cui all'art. 404 c.p.c. è strumento successivo. Più precisamente, l'A. giustifica sulla base del perfetto parallelismo tra art. 105 co. 1 c.p.c. e 404 co. 1 c.p.c. l'identità tra i poteri processuali spettanti all'interventore principale e quelli spettanti al terzo opponente in via ordinaria.

¹³⁵ CECHELLA, *op. loc. cit.*, 157, ove l'A. individua i legittimati a proporre opposizione di terzo ordinaria nel titolare di una situazione incompatibile, nel titolare di diritto dipendente ma autonomo (nel senso di non soggetto all'efficacia riflessa) e nel titolare di diritto identico (litisconsorte pretermesso e falso rappresentato). In tutti questi casi l'opponente provoca l'integrazione del contraddittorio mediante la rinnovazione del precedente giudizio. L'integrazione passa necessariamente attraverso la proposizione di una domanda con cui il terzo opponente deduce il proprio diritto – prevalente – in giudizio, affinché il giudice pervenga all'esito di una cognizione piena, completa ad una decisione giusta (nel senso di conforme all'ordinamento giuridico sostanziale).

¹³⁶ CECHELLA, *op. loc. cit.*, 32 e s., ove l'A. sostiene una indissolubile correlazione tra connessione per pregiudizialità-dipendenza sul piano sostanziale e riflessione del giudicato. Il diritto del terzo che dipende sul piano sostanziale da altro diritto cd. pregiudiziale subisce tanto gli effetti degli atti dispositivi quanto gli effetti delle pronunce che incidono sul diritto pregiudiziale. Sul piano processuale il terzo, titolare di diritto dipendente, può sottrarsi all'efficacia riflessa del giudicato avente ad oggetto il diritto pregiudiziale, provando la frode delle parti originarie. Ecco perché l'A. afferma che «... l'ordinamento, (...), non può tollerare che le parti del rapporto pregiudiziale possano utilizzare la sentenza civile in frode alla posizione del terzo ed ammette una riflessione del giudicato, con il limite, appunto, della frode».

¹³⁷ CECHELLA, *op. loc. cit.*, 28 e s., ove l'A. spiega in ragione della specularità tra art. 105 co. 2 c.p.c. e o.t.r. l'identità tra i poteri processuali spettanti all'interventore adesivo dipendente e quelli spettanti all'avente causa che si oppone in via revocatoria.

¹³⁸ CECHELLA, *op. loc. cit.*, 159, il quale chiarisce che anche quando viene proposta l'o.t.r. il terzo provvede «... ad integrare un contraddittorio che è mancato, anche se da integrare è il contraddittorio delle parti». Questa precisazione si rende necessaria, in quanto il terzo assoggettato al giudicato alieno non propone domanda alcuna (dunque, non deduce nel processo il diritto di cui è titolare) ma si limita a surrogare, in punto di allegazione di fatti e richieste istruttorie, l'attività delle parti originarie. In altre parole, oggetto del processo era e resta il solo diritto pregiudiziale facente capo alle parti originarie e non anche il diritto dipendente di cui è titolare il terzo opponente.

Nell'opposizione di terzo, tanto ordinaria quanto revocatoria, l'opponente lamenta un vizio e l'ingiustizia della sentenza emessa *inter alios*, costituiti rispettivamente dalla non integrità del contraddittorio e dalla regolamentazione della situazione giuridica dedotta in maniera difforme da quanto previsto dall'ordinamento giuridico sostanziale¹³⁹.

Per quanto concerne l'opposizione del creditore, l'Autore osserva che manca qualsiasi connessione (vuoi per incompatibilità, vuoi per pregiudizialità-dipendenza) o identità tra il diritto di credito e la situazione giuridica dedotta in giudizio dal debitore e dall'altro litigante. Il diritto di credito non è mai oggetto del processo *inter alios*, né è in alcun modo connesso alla situazione giuridica dedotta dalle parti nel precedente giudizio¹⁴⁰. Il creditore che agisce ai sensi dell'art. 404 co. 2 del codice di rito non lamenta né un vizio della sentenza, né la sua ingiustizia.

Per questi motivi, Cecchella afferma l'impossibilità di ricostruire unitariamente l'o.t.r. con l'azione revocatoria processuale concessa al creditore. L'Autore, pur riconoscendo ai due rimedi disciplinati dal comma 2 dell'art. 404 c.p.c. una matrice comune, in quanto mezzi contro il processo fraudolento, sottolinea la diversa natura della frode alla quale i due rimedi reagiscono.

L'o.t.r., nel rimediare all'utilizzo fraudolento del processo, reagisce alla frode a danno della legge. Più precisamente, le parti originarie nel prospettare scientemente al giudice la situazione giuridica pregiudiziale,

¹³⁹ In direzione esattamente contraria, cfr., CECHELLA, *ult. op. cit.*, 39, ove l'A. nega che l'opponente debba provare l'ingiustizia della sentenza opposta.

¹⁴⁰ CECHELLA, *ult. op. cit.*, 180 e ss., ove l'A. afferma espressamente che: «... non vi è un legame giuridicamente rilevante tra situazioni soggettive, essendo le situazioni implicate non soltanto autonome, ma totalmente indifferenti». E proprio in ragione, dell'inesistenza di qualsiasi legame (nel senso di connessione o di identità) tra il diritto di credito ed il diritto dedotto nel giudizio pendente tra il debitore e l'altro litigante, nega al creditore il diritto ad intervenire. Inoltre, all'affermazione secondo cui il diritto di credito non diviene mai oggetto del processo *inter alios* consegue che il creditore non possa lamentare alcun pregiudizio, inteso nel senso di antecedente giudizio che coinvolge la situazione giuridica di cui il terzo è titolare.

omettendo qualsiasi riferimento alla situazione giuridica dipendente (il che equivale a non integrare il contraddittorio nei confronti del terzo che ne è titolare e ad impedire che il giudice possa ordinarne l'intervento ai sensi dell'art. 107 c.p.c.), vogliono indurre il magistrato ad emettere una sentenza ingiusta, ovvero che regoli il rapporto pregiudiziale in maniera tale da estinguere il diritto dipendente del terzo o da renderne estremamente difficile la tutela giurisdizionale (in ciò il pregiudizio che il terzo subirebbe dall'attuazione di una sentenza non conforme all'ordinamento sostanziale). Dunque, la frode ordita dalle parti è finalizzata a «distogliere la giurisdizione dalla sua funzione istituzionale»¹⁴¹, che consiste nel dare attuazione al diritto sostanziale.

Invece, l'azione revocatoria processuale reagisce ad una frode di tipo sostanziale che è *in damno creditorum*, non in danno alla legge. Il creditore è legittimato ad impugnare tanto gli atti sostanziali di disposizione quanto la sentenza frutto di attività fraudolenta del proprio debitore in suo danno. Nel primo caso, l'ordinamento gli riconosce l'azione revocatoria sostanziale di cui all'art. 2901 c.c., nel secondo l'azione revocatoria processuale di cui all'art. 404 co. 2 c.p.c..

La funzione dell'azione revocatoria processuale (che, così ricostruita, è perfettamente speculare all'azione revocatoria sostanziale) è di reintegrare la garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., rendendo inopponibile al creditore revocante la sentenza con cui il debitore ha dolosamente tentato di depauperare il proprio patrimonio.

Ovviamente, in ragione del perfetto parallelismo con l'*actio pauliana*, Cecchella mutua dalla disciplina dell'azione revocatoria sostanziale presupposti ed effetti dell'azione del creditore ai sensi del comma 2 dell'art. 404 c.p.c..

¹⁴¹ Così, CECHELLA, *L'opposizione di terzo, cit.*, 55 e ss..

Il dolo e la collusione non sono né vizi della sentenza, né condizioni di ammissibilità dell'azione ma vere e proprie questioni di merito che il giudice deve accertare ai fini dell'accoglimento della domanda revocatoria. Sebbene solo nella collusione si ravvedano i connotati del cd. *consilium fraudis*, il riferimento al dolo (forma unilaterale di frode) si giustifica in ragione della terzietà del soggetto autore dell'atto di cui si chiede la revoca. Non si può escludere la revocazione di una sentenza in frode al creditore per il sol fatto che la stessa sia frutto dell'attività fraudolenta di una sola delle parti in causa.

Il pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore (cd. *eventus damni*), consistente nell'idoneità della sentenza a determinare una diminuzione del patrimonio del debitore tale da causare o aggravare il pericolo¹⁴² dell'insufficienza patrimoniale del debitore a far fronte al credito del revocante, fonda l'interesse ad agire.

Legittimati ad agire sono i titolari di un diritto di credito, anche a termine o soggetto a condizione¹⁴³. L'esistenza del diritto di credito è questione di rito che il giudice decide *incidenter tantum* ai fini della legittimazione.

Naturalmente, l'accoglimento dell'azione revocatoria processuale non può che condurre alla dichiarazione di inopponibilità della sentenza al creditore revocante. Dunque, la sentenza conserva autorità di giudicato *inter partes* e dell'inopponibilità si avvantaggia il solo creditore revocante (cd. inefficacia relativa) che potrà promuovere le azioni

¹⁴² CECHELLA, *L'opposizione di terzo, cit.*, 187, il quale, nel confermare la necessità che il pericolo sia attuale e concreto (unanimemente a quanto la dottrina afferma con riferimento all'*actio pauliana*), esclude che si possa proporre l'azione revocatoria processuale prima che sia pronunciata la sentenza e nei confronti di una sentenza che, per non essere esecutiva o passata in giudicato, non è idonea ad incidere sul patrimonio del debitore.

¹⁴³ CECHELLA, *ult. op. cit.*, 187, ove l'A. precisa che in caso di anteriorità della sentenza al credito, il creditore dovrà dare prova della preordinazione della frode, in perfetto ossequio alla previsione di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 2901 c.c..

esecutive e conservative sui beni che hanno formato oggetto della sentenza¹⁴⁴.

La ricostruzione proposta da Cecchella, qui brevemente esposta, ha sicuramente il pregio di evidenziare che il secondo comma dell'art. 404 c.p.c. accomuna, in ragione del rilievo che l'ordinamento attribuisce alla frode ordita dalle parti, da un lato, aventi causa e titolari di diritti dipendenti (almeno secondo l'interpretazione estensiva di dottrina e giurisprudenza) e, dall'altro, i creditori, ovvero due categorie assolutamente eterogenee. La stessa dottrina maggioritaria, pur non condividendo né i connotati strutturali, né la funzione che questo Autore attribuisce all'o.t.r., non nega che aventi causa e titolari di diritti dipendenti siano pregiudicati in diritto, mentre i creditori in fatto. Anzi, la differenza tra la natura del pregiudizio degli uni e degli altri è, tutt'oggi, uno punti maggiormente controversi dell'istituto¹⁴⁵.

Ma, a parere di chi scrive, sostenere che il secondo comma dell'art. 404 c.p.c. disciplini due istituti assolutamente distinti non trova alcun addentellato né nel dettato dell'art. 404 c.p.c., né in altre norme di diritto positivo. Anzi, l'evoluzione storico-giuridica dell'o.t.r., sin dalla sua origine in seno alla prassi giurisprudenziale francese del XVII secolo, fa propendere chiaramente per l'unità dell'istituto denominato opposizione di terzo revocatoria¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Così, CECHELLA, *L'opposizione di terzo*, cit., 194 e ss..

¹⁴⁵ Per tutti, NICOLETTI, *Opposizione di terzo*, cit., 508.

¹⁴⁶ Nonostante il codice di rito abrogato menzionasse, all'art. 512, i soli creditori, la dottrina maggioritaria, pur vedendo nell'opposizione di terzo revocatoria l'*actio pauliana* applicata alle sentenze, affermò da subito la necessità di estendere agli aventi causa ed ai titolari di diritti dipendenti la legittimazione a proporre tale rimedio. Ma mai, in ragione di tale estensione, dubitò dell'unitarietà dell'o.t.r. Sul punto, CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, cit., 1009 e ss..

Capitolo II

La legittimazione all'opposizione di terzo revocatoria.

—

SOMMARIO

1. Premessa: l'o.t.r. come mezzo di chiusura del sistema concesso ai terzi soggetti all'altrui giudicato.
2. Legittimati attivi all'o.t.r.: i creditori.
3. (*Segue*). Gli aventi causa: necessaria demarcazione dell'ambito di operatività degli artt. 404 co. 2 c.p.c., 111 c.p.c. e 2909 c.c.
4. (*Segue*). i terzi titolari di rapporti dipendenti. Argomentazioni di carattere sistematico che giustificano l'interpretazione estensiva dei legittimati *ex art.* 404 co. 2 c.p.c.

1. – L'o.t.r. è un'impugnazione che rinviene la sua peculiarità¹, ma anche il suo profilo maggiormente problematico proprio nell'essere conferita in via esclusiva ai terzi.

Costituisce, infatti, un'evidente deroga alle condizioni delle impugnazioni² concedere a chi non ha partecipato al processo³ il potere di impugnare. Ed è proprio il «particolare atteggiarsi»⁴ delle sue condizioni che deve essere indagato, nel senso che l'interprete è chiamato a chiarire quale sia il fondamento della legittimazione, nonché l'interesse di un terzo ad opporre in via revocatoria la sentenza resa tra altre persone.

Dalla lettura del capoverso dell'art. 404 c.p.c. emerge inequivocabilmente che non tutti i terzi possono proporre o.t.r.. Ma nonostante il legislatore vi ammetta espressamente i soli creditori ed aventi causa di una delle parti, è opinione assolutamente prevalente, tanto

¹ Si tratta di una prerogativa che non è esclusiva dell'o.t.r., bensì comune all'opposizione cd. ordinaria.

² Di regola, si riconosce la legittimazione ad impugnare a chi è stato parte nel processo in cui è stata pronunciata la sentenza e si ritiene che l'interesse ad impugnare sia dato dalla soccombenza. Cfr., VERDE, *Profili del processo civile*, 2, Napoli, 2006, 206; SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, 45. In giurisprudenza, cfr., Cass., s.u., 16 maggio 1973, n. 1382, in *Giust. civ. Mass.*, 1973, fasc. 5; Cass., 19 marzo 1979, n. 1592, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, fasc. 3.

³ Cfr., VOCINO, «Ultimissime» *dalla dottrina dell'opposizione di terzo*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, III, Milano, 1979, 1998, ove si legge espressamente che «i terzi sono tali appunto ed esclusivamente per non aver partecipato al processo».

⁴ L'espressione è mutuata da OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, *cit.*, 121.

in dottrina⁵ quanto in giurisprudenza⁶, estendere la legittimazione anche ai terzi titolari di un rapporto dipendente.

Tale interpretazione estensiva affonda le sue radici nella dottrina sviluppatasi sotto il vigore del codice di rito abrogato, quando la dottrina unanimemente⁷ aderiva alla tesi dell'*absolute Wirkung der relative Feststellung*⁸, ossia del valore assoluto della sentenza.

Riducendo il principio dei limiti soggettivi a mero riflesso dei limiti oggettivi del giudicato⁹, si superava l'apparente antinomia tra la regola della relatività della cosa giudicata e le ipotesi di efficacia *ultra partes* della sentenza previste dall'ordinamento. Ridimensionati, in tal modo, significato e portata del tradizionale principio dei limiti soggettivi del giudicato, nessun ostacolo residuava al manifestarsi dell'efficacia della sentenza nei confronti dei terzi: terzi tenuti a riconoscere il giudicato *come giudicato tra le parti*¹⁰ quando indifferenti al diritto accertato e terzi ai quali la cosa giudicata deve essere direttamente riferita

⁵ Cfr., PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria, cit.*, 198 nota 37; FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, 93 e ss; NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 508; LUISO, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 6. In senso contrario all'estensione generalizzata della legittimazione a proporre o.t.r. ai terzi titolari di diritti dipendenti, per tutti, VERDE, *Profili del processo civile*, 2, *cit.*, 309.

⁶ In giurisprudenza, è consolidata e costante l'enunciazione di principio secondo la quale il terzo titolare di un diritto dipendente è legittimato ad opporre ai sensi dell'art. 404 co. 2 c.p.c.. Cfr., a titolo meramente esemplificativo, Cass., 13 febbraio 2007, n. 3087, in *Giust. civ.*, 2008, 12, 3009; *Id.*, 28 aprile 2006, n. 9964, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4; *Id.*, 03 settembre 1999, n. 9294, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1895; *Id.*, 14 novembre 1991, n. 12168, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, fasc. 11; *Id.*, 22 gennaio 1990, n. 336, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Opp. di terzo*, n. 4; *Id.*, 25 marzo 1980, n. 1995, in *Foro it.*, 1981, I, 212. È, però, bene precisare che, di fronte alla concretezza dei rapporti connessi per pregiudizialità-dipendenza dedotti in giudizio, la prassi ha da sempre preferito la logica del caso per caso.

⁷ BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, 144, 161 e ss., 511 e ss; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Roma, 1937, I, 377 e ss.; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi, cit.*, 87.

⁸ La prima elaborazione compiuta del principio del valore assoluto della cosa giudicata risale a WACH, *Zur Lehre von der Rechtskraft. Drei Rechtsgutachten*, Lipsia, 1899.

⁹ Nota la formulazione della mutazione dei limiti soggettivi in limiti oggettivi di MENDELSSOHN BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft, cit.*, 425 e ss.. Per la dottrina italiana, si rinvia, per tutti, a ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi, cit.*, 43 e ss. e specificamente 52.

¹⁰ Cfr., CHIOVENDA, *I principi di diritto processuale civile, cit.*, 921, ove si legge che: «Il terzo non è ammesso a disconoscere il giudicato, *come giudicato fra le parti*».

in quanto titolari di diritti dipendenti ma compatibili con quello accertato tra i *legitimi contradictores*¹¹. Queste, in breve, le conclusioni cui giungevano coloro che attribuivano valore *erga omnes* al provvedimento giurisdizionale nei suoi limiti oggettivi.

Alla stregua di siffatta impostazione, la dottrina dell'epoca riteneva che non solo i creditori, ma anche tutti i terzi titolari di diritti dipendenti ma compatibili con quello accertato tra i *legitimi contradictores* fossero soggetti all'altrui giudicato¹². Muovendo da tale premessa¹³, l'estensione del novero dei legittimati all'o.t.r. si è resa indispensabile al fine di apprestare un adeguato mezzo di difesa in favore dei terzi che avrebbero subito un ingiusto danno non dalla soggezione all'altrui giudicato (ritenuta del tutto legittima¹⁴), ma dalla frode processuale perpetrata in loro danno¹⁵.

¹¹ Cfr., ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 87, ove si legge: «... ammetto che la cosa giudicata, come definizione del rapporto che fu in contesa, abbia valore *erga omnes*; e che di valor relativo non si possa parlar, se non nel senso (oggettivo) che la cosa giudicata non riguarda se non il rapporto deciso».

¹² Cfr., CHIOVENDA, *I principi di diritto processuale civile*, cit., 1015; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 317 e s.; BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, 724. In senso parzialmente difforme, LIPARI, *L'opposizione*, cit., 93 e ss., ove l'A., pur accedendo all'interpretazione estensiva del novero dei legittimati all'o.t.r., sostiene che tali terzi, di norma colpiti dall'estensione della forza del giudicato, proprio in ragione della sussistenza del dolo o della collusione non debbano considerarsi soggetti all'efficacia del giudicato altrui neanche provvisoriamente. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Cass., 04 luglio 1932, in *Giur. it.*, 1932, I, 1117; *Id.*, 14 febbraio 1928, *Monit. trib.*, 1928, 852; *Id.*, 18 maggio 1927, in *Foro it.*, 1927, I, 1042.

¹³ È bene precisare che, pur concordi nell'estendere ai terzi non solo gli effetti della sentenza resa *inter alios* ma anche l'autorità di giudicato, i sostenitori di tale teoria hanno fondato tale estensione su presupposti diversi. Le profonde differenze tra le ricostruzioni dei vari Autori appaiono chiaramente nelle divergenti classificazioni dei terzi. Cfr., CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 377 e ss.; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 109.

¹⁴ ALLORIO, *ult. op. cit.*, 319, ove l'A. giunge alla conclusione che «...la soggezione di codesti terzi sia una soggezione legittima; e tutto fa ritenere che sia anche una soggezione definitiva».

¹⁵ ALLORIO, *ult. op. cit.*, 317, ove l'A. definisce l'o.t.r. come «...la reazione del terzo titolare di un rapporto dipendente da quello deciso, contro il giudicato tra le parti che lo danneggia, nei casi estremi e più gravi: cioè in quelli di dolo e collusione tra le parti ai suoi danni».

Pertanto, nella scelta del legislatore del 1940 di legittimare espressamente gli aventi causa¹⁶ accanto ai creditori si deve leggere la piena adesione alla ricostruzione elaborata dalla dottrina con riferimento all'art. 512 del c.p.c. 1865 secondo la quale l'o.t.r. costituisce lo strumento che l'ordinamento concede ai terzi che sono soggetti all'altrui giudicato.

Ed è tuttora questo l'orientamento assolutamente prevalente, tanto in dottrina¹⁷⁻¹⁸ quanto in giurisprudenza¹⁹.

¹⁶ La scelta del legislatore del 1940 di non menzionare espressamente tra i legittimati anche i terzi titolari di diritti dipendenti da quello accertato nella sentenza *inter alios* pare giustificata dal fatto che la nozione di avente causa fatta propria dai sostenitori della teoria dell'*Absolute Wirkung der relative Feststellung* è talmente ampia da includere tutti i titolari di diritti o di obblighi connessi per pregiudizialità-dipendenza da quello accertato. Cfr., sia pure in senso critico, LUISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 6.

¹⁷ Sul punto, OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 107 e s., 131; LUISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 6; NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 481, 507 e s.; MONTELEONE, *Sulla legittimazione a proporre opposizione di terzo revocatoria*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 932; FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo*, cit., 41 e ss., 75 e ss.; *Id.*, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, cit., 93 e ss., 115 e ss.; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 239; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 955; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1962, 341 e s.. Nello stesso senso, vigente il c.p.c. 1865, cfr., ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 317 e ss.; MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 517. Tutti questi Autori sono concordi nel ritenere che se l'ordinamento può ammettere che determinati terzi siano assoggettati al giudicato reso *inter alios*, deve trattarsi di un giudicato genuino [L'espressione è mutuata da CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 250] e non di un giudicato che discenda da un processo fraudolento orchestrato al solo fine di danneggiarli.

¹⁸ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, cit.. Il pensiero dell'A. prende le mosse dal ripensare al tradizionale significato di cosa giudicata (pp. 3-23; 24-40). La dottrina fino ad allora riteneva che la cosa giudicata fosse uno degli effetti della sentenza (più precisamente, la si identificava con l'efficacia di accertamento della sentenza); invece, per Liebman la cosa giudicata (o autorità del giudicato) è una qualità degli effetti della sentenza, ovvero l'immutabilità. In secondo luogo, l'A. (pp. 41 e ss.) prende atto della scelta legislativa di riferire i limiti soggettivi esclusivamente all'autorità della cosa giudicata (così l'art. 2909 c.c. e vigente il c.c. 1865 l'art. 1351). Avendo separato il concetto di autorità di giudicato da quello di efficacia della sentenza, l'A. perviene a separare il problema dell'estensione ai terzi del giudicato dal problema dell'estensione ai terzi dell'efficacia della sentenza ed avendo riferito alla sola cosa giudicata la limitazione soggettiva di cui all'art. 2909 c.c., ne desume, da un lato, l'inesistenza di limiti soggettivi all'efficacia della sentenza (cd. efficacia naturale) e dall'altro, la soggezione al giudicato esclusivamente delle parti e dei loro eredi ed aventi causa secondo il dettato di cui all'art. 2909 c.c. (pp. 25 e ss., 95 e ss.). Riportando tali conclusioni ai terzi, l'A. afferma l'idoneità della sentenza a spiegare effetti anche nei loro confronti ma l'impossibilità di estendere loro il giudicato. Infine, ritenendo «(...) l'estensione ai terzi della cosa giudicata, risultato grave ed iniquo, perché assoggetta

Un'opinione che la nostra dottrina maggioritaria tra gli anni '40 e '70 ha radicato su un'adesione quasi incondizionata²⁰ alla teoria del cd. valore assoluto del giudicato, ma che successivamente è stata fondata o sull'adesione a formulazioni attenuate della suddetta teoria²¹ o sul suo totale abbandono²², ma nell'uno e nell'altro caso facendo salvi i capisaldi della dottrina dell'efficacia *ultra partes* della sentenza che in seno ad essa hanno avuto origine. Il riferimento è, in primo luogo, alla tradizionale distinzione tra efficacia *ultra partes* diretta e riflessa²³⁻²⁴ ed, in secondo

irrimediabilmente i terzi all'esito di un processo a cui non hanno partecipato e che probabilmente ignoravano, facendo dipendere la sorte dei loro diritti dall'attività spiegata in giudizio dalle parti» (p. 56), l'A. consente al terzo di dimostrare l'ingiustizia della sentenza resa *inter alios* allo scopo di respingere l'effetto pregiudizievole che la stessa produce nei suoi confronti (112 e ss.). Conformemente, COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982, 133.

¹⁹ In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 28 ottobre 1978, n. 4933, in *Dir. e giur. agr.*, 1980, 173, in cui la S.C. afferma espressamente che «Il giudicato si estende ai soggetti rimasti estranei al processo in cui si è formato, che siano titolari di diritti dipendenti dalla situazione giuridica definita in quel processo o a questo subordinata (nel senso che la possibilità dell'attuazione dei loro diritti presuppone la situazione accertata), ai quali è concessa soltanto l'opposizione di terzo revocatoria quando ne ricorrano gli estremi».

²⁰ Singolare la posizione di PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 58 e ss., 68-75; 179 e ss. e specificamente 239 e s., il quale, pur muovendo da premesse liebmaniane, finisce per ricostruire l'o.t.r. in maniera analoga ai sostenitori della teoria del cd. valore assoluto. L'A., al pari di Liebman, afferma che l'art. 2909 c.c. impedisce di riferire ai terzi l'immutabilità degli effetti del giudicato ma non vale a limitare soggettivamente l'efficacia della sentenza. Ma poi desume in via interpretativa dal sistema un principio che, ricollegando in via generale ai nessi di pregiudizialità-dipendenza l'efficacia riflessa della sentenza, consente di estendere al terzo il giudicato sul diritto pregiudiziale formato *inter alios*. Conseguentemente, individua nell'o.t.r. il rimedio per «tutti i terzi soggetti all'efficacia riflessa della sentenza (...)» resa tra altri sul diritto pregiudiziale «... e non già solo ai creditori ed agli aventi causa di una delle parti».

²¹ FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, cit., 104 e ss..

²² LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, 122 ove l'A. ripudia la teoria del cd. valore assoluto della sentenza perché in contrasto con l'art. 24 co. 2 Cost.. L'A. osserva che la suddetta teoria attribuisce alla sentenza (*recte*, al giudicato) forza vincolate nei confronti di soggetti cui non è stato garantito il diritto di difesa che si estrinseca attraverso il principio del contraddittorio. Ciò nonostante, l'A. non nega il fenomeno della riflessione, sia pure ricollegandolo ad una nozione di pregiudizialità-dipendenza "restrittiva". Per ulteriori precisazioni, si rinvia, *infra*, pp. 65 e s., testo e note.

²³ Tradizionalmente per efficacia diretta si intende l'efficacia che la sentenza esplica, esclusivamente in ordine al rapporto accertato, in un secondo processo (intercorrente tra le stesse parti o tra alcune delle parti e terzi) che abbia ad oggetto proprio il rapporto deciso. In altre parole, si ha efficacia diretta quando tra la situazione giuridica decisa nel primo processo e la situazione giuridica dedotta nel secondo giudizio intercorre un rapporto di identità. Invece, per efficacia riflessa si intende l'efficacia che la sentenza

luogo, allo studio delle interferenze tra connessione per pregiudizialità-dipendenza e processo.

Affermare che ancora oggi l'*opinio communis* rinviene il fondamento della legittimazione dei terzi ad opporre in via revocatoria nella soggezione all'altrui giudicato non esaurisce, però, l'indagine. Si rende, infatti, necessario precisare che attualmente la dottrina²⁵, pur essendo stata enormemente influenzata dalla ricostruzione unitaria che Allorio ha dato del fenomeno della riflessione²⁶, distingue la posizione di

esplica, sempre esclusivamente in ordine al rapporto accertato, in un secondo processo (intercorrente tra le stesse parti o tra alcune delle parti e terzi) in cui il rapporto già deciso viene in rilievo in quanto pregiudiziale al rapporto dedotto in via principale (ovvero come fatto costitutivo di quest'ultimo).

²⁴ La validità di tale distinzione non è, però, condivisa da tutta la dottrina. In senso favorevole, BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, cit., 161 e ss.; CARNELUTTI, *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, IV, 432 e ss.; *Id.*, *efficacia diretta e riflessa del giudicato penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1948, I, 1 e ss.; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 67 e ss., 246 e ss.; CALAMANDREI, *L'art. 1997 c.c. e i futuribili*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, II, 196 e ss.; GARBAGNATI, *Intorno all'efficacia, nei confronti del subconduttore, dell'ordinanza di convalida della licenza intimata al sublocatore*, in *Giur. it.*, 1948, I, 100 e ss.; MANDRIOLI, *Sull'efficacia del titolo esecutivo di rilascio rispetto ai terzi detentori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951, II, 231 e ss.; REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 70 e ss.; IRTI, *A proposito di limiti soggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1961, I, 63 e ss.; FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, cit., 97 e ss., 165 e ss.; *Id.*, *l'opposizione ordinaria del terzo*, cit., 75 e ss., testo e note; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 78 e s. e specificamente 89; *Id.*, *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 1218 e s., 1237 e ss.; VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 1978, 215 e ss.; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 588, 617; BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. cod. civ.* (UTET), Torino, 1980, 241 e ss.. Invece, nel senso che al fenomeno del giudicato debba riconoscersi carattere unitario, perché consiste pur sempre nell'opponibilità (vuoi alle parti, vuoi ai terzi) dell'incontrovertibile accertamento di un determinato rapporto giuridico fra i suoi legittimi titolari, cfr., CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 272 e ss. (l'A. ha mutato opinione); LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, cit., 61 e ss.; VOCINO, *Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale: IV) Cosa giudicata e suoi limiti soggettivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 481 e ss. ed in particolare 508 e ss.; SATTA, *Incostituzionalità dell'art. 28 cod. proc. pen.*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, Padova, 1973, VI, 60; MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978, 21 e ss..

²⁵ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 363 e s.; ANDRIOLI, *ult. op. cit.*, 954; OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 132-135; LUISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 7; NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 508.

²⁶ L'illustre Maestro, nella sua opera *La cosa giudicata rispetto ai terzi* più volte citata, ha trasposto in ambito processuale la teoria della riflessione elaborata da Jhering con riferimento esclusivo al diritto sostanziale [*Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung*

derivazione o dipendenza giuridica degli aventi causa e dei terzi titolari di diritti dipendenti, per i quali parla di soggezione all'efficacia riflessa, da quella di subordinazione dei creditori, per i quali parla di efficacia di fatto²⁷.

Quanto ora precisato impone di spiegare separatamente il regime della soggezione all'altrui giudicato di aventi causa e terzi titolari di diritti dipendenti da quello dei creditori.

Non si può spiegare in cosa consiste l'efficacia riflessa²⁸ se non si definisce la connessione per pregiudizialità-dipendenza. Due rapporti giuridici si dicono connessi per pregiudizialità-dipendenza quando uno dei due rapporti (cd. pregiudiziale o condizionante) rientra nella fattispecie dell'altro (cd. pregiudicato o condizionato) per esserne fatto costitutivo²⁹. Ne consegue che sul piano sostanziale l'esistenza, la modalità d'essere o l'inesistenza del primo condiziona l'esistenza, la modalità d'essere o l'inesistenza del secondo.

Sul piano processuale questa connessione genera il fenomeno della riflessione³⁰⁻³¹, ovvero l'esistenza, la modalità d'essere o l'inesistenza

rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen, in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 1871].

²⁷ Tale distinzione trova riscontri anche in giurisprudenza, cfr., Cass., 28 ottobre 1978, n. 4933, *cit.*, 173; *Id.*, 26 marzo 1958, n. 1005, in *Giust. civ.*, I, 1958, II, 1753.

²⁸ Nel dare conto della posizione assolutamente prevalente in dottrina che fonda la legittimazione di aventi causa e terzi titolari di diritti dipendenti sulla loro soggezione al giudicato altrui per effetto dell'efficacia riflessa non si intende in alcun modo omettere che quella stessa dottrina è fortemente divisa in ordine ai presupposti ed all'estensione del fenomeno della riflessione. Per la disamina delle differenti ricostruzioni che i vari Autori ne danno si rinvia, *infra*, pp. 62 e ss..

²⁹ Così, ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi, cit.*, 67 e ss.; FABBRINI, *L'opposizione di terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione, cit.*, 74; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria, cit.*, 80 testo e nota 117. Occorre, però, precisare che l'esistenza del rapporto giuridico dipendente può essere condizionata o dall'esistenza o dall'inesistenza del rapporto giuridico pregiudiziale: nel primo caso si parla di pregiudizialità-dipendenza positiva, nel secondo di pregiudizialità-dipendenza negativa. Così, ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi, cit.*, 70.

³⁰ In tal senso, ALLORIO, *ult. op. cit.*, 67 e ss.; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria, cit.*, 79 e s.; FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo, cit.*, 117 e ss.. In senso contrario, argomentando dalla mancanza di una norma che espressamente lo stabilisca, VOCINO, *Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale, cit.*, 506 e ss., 522 e ss., 568 e ss.; MONTELEONE, *I limiti soggettivi del*

del diritto dipendente di cui il terzo è titolare è condizionata dall'esistenza, dalla modalità d'essere o dall'inesistenza del diritto pregiudiziale, così come accertata dal giudicato (purché emesso tra i *legitimi contradictores*³²).

Per effetto della riflessione, il terzo, su cui incombe l'onere di provare tutti i fatti costitutivi del proprio diritto e di fornire la prova contraria dei fatti estintivi, impediti o modificativi eccepiti dalla controparte, sarà limitato nella sua difesa, in quanto non potrà affermare l'esistenza del diritto pregiudiziale se il precedente giudicato ne ha accertato l'inesistenza e viceversa³³. Questo significa che la decisione sul diritto pregiudiziale non opera nei confronti del terzo come decisione del diritto dipendente di cui quest'ultimo si assume titolare, bensì come accertamento incontrovertibile di uno degli elementi costitutivi di questo³⁴. Solo in questo senso si può dire che i terzi titolari di diritti dipendenti sono vincolati dal giudicato formatosi *inter alios*.

In altre parole, dal precedente giudicato che accerta l'esistenza o l'inesistenza del diritto pregiudiziale, oggetto di cognizione da parte del secondo giudice in quanto fatto-diritto che rientra nella fattispecie

giudicato civile, cit., 157; VERDE, *Profili del processo civile*, 1, *cit.*, 246. Si rinvia, per ulteriori critiche alla generalizzazione del fenomeno della riflessione, *infra*, p. 62 e ss..

³¹ La giurisprudenza, sebbene con riferimento principalmente al rapporto di sublocazione, è orientata nel senso di ritenere del tutto indifferente la natura dello strumento che, incidendo sul rapporto pregiudiziale (si pensi al negozio di accertamento della nullità originaria o alla sentenza dichiarativa di nullità, ed ancora alla risoluzione per mutuo consenso o alla sentenza *ex art.* 1453 c.c.), ha effetto sul rapporto dipendente. Cfr., Cass., 27 marzo 1945, n. 200, in *Dir. e giur.*, 1945, 169; *Id.*, 28 dicembre 1949, n. 2654, in *Foro it.*, 1950, I, 1341; *Id.*, 14 gennaio 1950, n. 117, in *Mass. Foro it.*, 1950, 23 e s.; *Id.*, 25 maggio 1955, n. 1577, in *Mass. Giust. civ.*, 1955, 584; *Id.*, 17 dicembre 1955, n. 3899, in *Mass. Giust. civ.*, 1955, 1461; *Id.*, 31 gennaio 1957, n. 339, in *Mass. Giust. civ.*, 1957, 138; *Id.*, 09 agosto 1960, n. 2345, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 1336; *Id.*, 12 ottobre 1962, n. 2953, in *Mass. Foro it.*, 1962, 834.

³² Per ulteriori precisazioni in ordine ai rapporti tra efficacia *ultra partes* e *legittimatio ad causam*, si rinvia a PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 90 e ss..

³³ Per tutti, ALLORIO, *ult. op. cit.*, 71, ove si legge che: «la discussione su tutti gli altri elementi della fattispecie è tuttora aperta; la discussione sull'elemento costituito dal rapporto giuridico pregiudiziale è ormai preclusa».

³⁴ Per tutti, FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo, cit.*, 97 e s..

costitutiva del diritto dipendente dedotto in via principale, deriva al secondo giudice un vero e proprio obbligo conformativo³⁵.

Ma proprio perché effetto di dolo o collusione, il regolamento del diritto pregiudiziale contenuto nella sentenza resa *inter alios* è difforme da quello stabilito dall'ordinamento sostanziale. Ed è tale difformità a pregiudicare il terzo titolare di un diritto dipendente. Più precisamente, quest'ultimo perde il suo diritto, perché vincolato dalla pronuncia *inter alios* che, affermando l'inesistenza del diritto pregiudiziale che al contrario nella realtà esiste, determina incontrovertibilmente l'inesistenza di uno dei fatti costitutivi del diritto dipendente³⁶.

Dunque, il pregiudizio che i terzi titolari di diritti dipendenti subiscono, consistendo nella perdita del loro diritto³⁷, ha natura giuridica³⁸.

Invece, per quanto concerne i creditori, è opinione assolutamente prevalente³⁹ che essi siano titolari di un rapporto obbligatorio giuridicamente indipendente ed astrattamente compatibile con quello accertato nel giudizio svoltosi tra il loro debitore ed un altro litigante.

³⁵ In tal modo, si finisce col riconoscere che l'efficacia riflessa corrisponde alla cd. efficacia o funzione positiva della cosa giudicata. In tal senso, PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 40 e s. testo e nota 29. Per ulteriori approfondimenti su funzione positiva e negativa del giudicato, si rinvia a MENCHINI, *I limiti oggettivi*, Milano, 1987, 294-296; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 389.

³⁶ In tal senso, SATTA, *Commentario al codice di procedura civile, cit.*, 366; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile, cit.*, 954; LUISO, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 7.

³⁷ LUISO, *ult. op. cit.*, 7, ove l'A. precisa che altrettanto può dirsi dei terzi titolari di obblighi dipendenti, ai quali «...la pronuncia inibisce di affermare la insussistenza dell'obbligo pregiudiziale, da essa affermato, ed essi quindi perdono un mezzo di difesa».

³⁸ È opportuno precisare che secondo la dottrina sviluppatasi vigente il c.p.c. Pisanelli il pregiudizio subito dai titolari di diritti dipendenza era un pregiudizio di fatto. Sul punto, cfr., CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile, cit.*, 109, 1014; BETTI, *Diritto processuale civile, cit.*, 723. Nel senso del carattere giuridico del pregiudizio dei terzi, ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi, cit.*, 90 e ss..

³⁹ Cfr., SATTA, *Commentario al codice di procedura civile, cit.*, 363 e s.; OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 133; LUISO, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 7; NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 508. In giurisprudenza, cfr., Cass., 28 ottobre 1978, n. 4933, *cit.*, 173; *Id.*, 26 marzo 1958, n. 1005, *cit.*, 1753.

Pertanto, non essendo il creditore titolare di una situazione giuridica dipendente da quella dedotta in giudizio, se ne esclude la soggezione all'efficacia riflessa del giudicato emesso nei confronti del suo debitore.

L'autonomia e la compatibilità della situazione giuridica di cui il creditore è titolare comporta che la sentenza che dispone l'uscita di uno o più beni dal patrimonio del debitore non pregiudichi l'esistenza del diritto di credito. In altre parole, la depauperazione del patrimonio del debitore rileva esclusivamente sotto il profilo della garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c., la cui menomazione si traduce tutt'al più nella compromissione dell'effettiva realizzazione della pretesa creditoria.

Sulla base di tali premesse, l'orientamento assolutamente maggioritario qualifica i creditori quali terzi giuridicamente indifferenti ma pregiudicati in fatto dalla sentenza⁴⁰.

I creditori, quali terzi meramente interessati in fatto, non possono attaccare il giudicato altrui, in quanto tenuti a riconoscerlo «*come giudicato fra le parti*»⁴¹. Solo ricorrendo il presupposto del dolo o della collusione, l'ordinamento concede ai creditori di impugnare la sentenza emessa nei confronti del loro debitore, in perfetta simmetria con il potere di esercitare l'azione revocatoria contro gli atti dispositivi compiuti *in fraude creditorum*⁴².

Per questi motivi, si ritiene che i creditori non siano soggetti all'efficacia riflessa, bensì a quell'efficacia che viene definita di fatto⁴³ o anche soggezione implicita⁴⁴.

⁴⁰ La dottrina maggioritaria formatasi vigente l'attuale codice di rito, non persuasa dal ragionamento di Allorio secondo il quale anche i creditori sono soggetti all'efficacia riflessa, ha giustificato la soggezione dei creditori al giudicato emesso nei confronti del loro debitore sul valore assoluto della sentenza., come già faceva la dottrina maggioritaria vigente il c.p.c. 1865. Cfr., BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi*, cit., 31 e ss.; CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, cit., 1014. Dello stesso tenore la giurisprudenza, cfr., Cass., 26 marzo 1958, cit., 1756.

⁴¹ L'espressione è mutuata da CHIOVENDA, *ult. op. cit.*, 922, 1012 e ss..

⁴² Per tutti, OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 133.

⁴³ Sul punto, BETTI, *ult. op. cit.*, 31 e ss., 148 e ss., 162 e ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 379; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità*, cit., 116 e ss; FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, cit., 148 e ss.;

Avendo constatato che la sentenza che nega l'esistenza di un diritto del debitore o ne accerta un obbligo verso un altro soggetto non pregiudica l'esistenza stessa del diritto di credito, ma tutt'al più ne compromette l'effettiva realizzazione, si giunge, da un lato, a negare natura giuridica al pregiudizio dei creditori e, dall'altro, ad affermare che lo stesso è perfettamente speculare all'*eventus damni* di cui all'art. 2901 c.c.. Di conseguenza, si afferma che il pregiudizio che la sentenza arreca ai creditori ha natura di mero fatto⁴⁵.

Contrapponendosi all'orientamento prevalente, una parte minoritaria ma autorevole della dottrina⁴⁶ aderisce alla tesi alloriana secondo cui il creditore è titolare di un diritto dipendente dalla situazione giuridica sostanziale del proprio debitore giudizialmente accertata. Ed immediatamente precisa che il diritto dipendente di cui il creditore è titolare non è il diritto di credito, bensì il diritto sui beni del debitore nascente dal pignoramento.

Ma un tale diritto può essere configurato soltanto sostenendo che il pignoramento specializza la garanzia del credito, nel senso che il creditore procedente per effetto del pignoramento acquista un vero e proprio diritto sui beni esecutati del debitore. In altre parole, si sostiene che il pignoramento crei un rapporto giuridico che dal lato passivo assume le forme del vincolo di indisponibilità e dal lato attivo quelle del «diritto di garanzia specifica»⁴⁷.

OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 133; LUISO, voce *Opposizione di terzo*, *cit.*, 7. In giurisprudenza, l'affermazione della soggezione del creditore al giudicato emesso nei confronti del suo debitore passa implicitamente per la sua esclusione dall'opposizione di terzo ordinaria. Cfr., *ex multis*, Cass., 28 ottobre 1978, n. 4933, *cit.*, 173.

⁴⁴ NICOLETTI voce *Opposizione di terzo*, *cit.*, 508.

⁴⁵ Per tutti, SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, *cit.*, 363 e s., ove si legge che «... non è men vero che i creditori agiscono per la reintegrazione della loro garanzia patrimoniale, e al di fuori di questa la decisione tra le parti è per loro assolutamente indifferente (...)». In giurisprudenza, *ex multis*, Trib. Brescia, 01 febbraio 1986, *cit.*, 271.

⁴⁶ PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, *cit.*, 181 e ss..

⁴⁷ PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 181 e s. testo e nota 7, ove l'A. richiama espressamente la costruzione di Allorio [*La cosa giudicata rispetto ai terzi*, *cit.*, 91 e ss.], pur

Orbene, tale diritto di garanzia specifica è dipendente dal diritto che il debitore vanta sui beni pignorati. Ragion per cui la sentenza che accerti l'inesistenza del diritto del debitore sui beni pignorati o disconosca il diritto di credito che il debitore vantava nei confronti di un terzo o accerti che un terzo vanta un diritto di credito nei confronti del medesimo debitore esplica la propria efficacia riflessa sul diritto di garanzia specifica del creditore, pregiudicandone l'esistenza⁴⁸.

In tal modo, si giunge ad affermare la natura giuridica (e non di mero fatto) del pregiudizio del creditore, parimenti a quanto accade per aventi causa e terzi titolari di diritti dipendenti⁴⁹.

A tale costruzione si potrebbe, inoltre, obiettare che se soggetto all'efficacia riflessa è il solo creditore procedente, deve escludersi la legittimazione a proporre o.t.r. del creditore che non abbia effettuato il pignoramento. Ma i sostenitori di tale tesi ricomprendono anche questi ultimi nel novero dei legittimati in considerazione del fatto che l'o.t.r. è rimedio volto a prevenire un danno che può anche essere potenziale, eventuale⁵⁰.

L'opinione ora esposta, pur avendo l'indubbio pregio di riportare ad unità sotto l'egida dell'efficacia riflessa le diverse categorie di terzi legittimati all'o.t.r.⁵¹, non pare condivisibile. L'assenza nel nostro ordinamento di una disposizione analoga al § 804 dell'ordinamento

rifiutando le conclusioni a cui l'illustre Autore perviene in punto di natura giuridica del pignoramento.

⁴⁸ Naturalmente i giudizi che hanno ad oggetto il diritto del debitore sui beni eseguiti «... sono, di massima, giudizi di cognizione che si innestano sul procedimento di esecuzione forzata». Così, ALLORIO, *op. loc. cit.*, 94. In senso conforme, PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria, cit.*, 182 nota 7.

⁴⁹ PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 240.

⁵⁰ Così, ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi, cit.*, 317 e s.; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria, cit.*, 240.

⁵¹ La dottrina maggioritaria, nell'affermare che aventi causa e terzi titolari di diritti dipendenti soggiacciono all'efficacia riflessa in contrapposizione all'efficacia di fatto cui sono soggetti i creditori, finisce per riconoscere il medesimo rimedio a due categorie eterogenee di terzi. Per tutti, NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 508.

processuale tedesco⁵² induce ad avallare l'orientamento maggioritario secondo il quale il pignoramento determina un mero vincolo di indisponibilità sui beni del debitore al quale non corrisponde alcun diritto per il creditore⁵³.

Ma si può riconoscere natura giuridica al pregiudizio che la sentenza fraudolenta arreca al creditore anche per altra via.

L'istituto della garanzia patrimoniale (art. 2740 c.c.), che assiste il diritto di credito sin dalla sua origine e per tutta la sua esistenza, in determinate ipotesi, che prescindono totalmente dall'inadempienza del debitore, assurge ad interesse giuridicamente rilevante, a tutela del quale l'ordinamento appresta specifici rimedi⁵⁴. È il caso dell'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c., dell'azione revocatoria *ex art.* 2901 c.c., del sequestro conservativo ai sensi dell'art. 2905 c.c. ed anche dell'o.t.r..

Orbene, vero è che la garanzia patrimoniale non è di per sé un diritto connesso alla situazione giuridica del debitore dedotta in giudizio e che la stessa non assume la configurazione di diritto di garanzia specifica all'atto del pignoramento⁵⁵, ma è altrettanto vero che in talune ipotesi tassative l'istituto della responsabilità-garanzia patrimoniale dismette la veste di interesse «minore e remoto» privo di una tutela

⁵² ALLORIO, *ult. op. cit.*, 100, ove l'A. ribatte a tale obiezione affermando che il diritto di garanzia specifica del creditore procedente si differenzia dal pegno legale da pignoramento di cui al § 804 Z.P.O. perché non è causa legittima di prelazione. Il che significa che col pignoramento il creditore procedente rafforza la sua posizione nei confronti del debitore, non anche degli altri creditori.

⁵³ Per tutti, VERDE, *Profili del processo civile*, 3, Napoli, 2006, 59 e ss..

⁵⁴ MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile, cit.*, 98 e ss..

⁵⁵ In tal senso, Cass., 26 marzo 1958, n. 1005, *cit.*, 1753 ove si legge che: «... la garanzia generale che – in forza in forza del principio della responsabilità patrimoniale, sancito dall'art. 2740 c.c. – spetta al creditore sui beni del debitore non è un diritto soggettivo a sé stante, ma si profila come un attributo o un modo di atteggiarsi della coazione da cui è presidiato il diritto di credito. Più specificamente, esso implica sotto il profilo sostanziale uno stato di soggezione personale del debitore (...); e a questo stato di soggezione fa riscontro, per ciò che attiene alla posizione del creditore, non un potere o un diritto sostanziale, ma il potere meramente processuale di agire *in executivis* sui beni stessi, qualora l'obbligazione non sia adempiuta volontariamente».

autonoma ed indipendente per divenire «prevalente» al punto da giustificare la previsione di un mezzo di tutela a difesa dei creditori⁵⁶.

In altre parole, la garanzia patrimoniale nelle sole ipotesi previste dalla legge assurge ad interesse giuridicamente rilevante. Dunque, l'ordinamento concede ai creditori l'o.t.r. per evitare che siano pregiudicati in un loro interesse giuridicamente rilevante. Ciò spiega la natura giuridica del pregiudizio subito dai creditori.

I tentativi di ridurre ad unità la natura del pregiudizio subito dalle diverse categorie di legittimati all'o.t.r. riposano sulla malcelata convinzione che un mezzo di tutela sia idoneo a neutralizzare un unico tipo di pregiudizio. In realtà, non è aprioristicamente possibile escludere che il legislatore abbia pensato all'o.t.r. come al rimedio per reprimere le conseguenze pregiudizievoli, di qualunque natura, che un processo fraudolento può arrecare ad un terzo.

Asserire che gli aventi causa e più in generale i terzi titolari di diritti dipendenti soggiacciono all'efficacia riflessa crea uno stretto legame tra il rimedio di cui all'art. 404 c.p.c. ed il tema della riflessione che è tra i problemi più complicati dell'intera letteratura processualistica.

Sin da quando la teoria della riflessione è stata formulata, l'assenza di una norma che ricollegghi in via generale alla sussistenza sul piano sostanziale di un nesso di pregiudizialità-dipendenza tra due rapporti giuridici la riflessione sul terzo titolare del diritto dipendente della sentenza resa *inter alios* sul diritto pregiudiziale ha generato, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, numerosi e profondi contrasti in ordine al presupposto di tale fenomeno, alla sua natura generale o eccezionale e soprattutto alla sua legittimità costituzionale.

I primi dubbi di costituzionalità si sono manifestati negli anni Settanta a seguito della celeberrima sentenza n. 55 del 1971⁵⁷ con cui la

⁵⁶ Già così vigente il codice di rito abrogato, LIPARI, *L'opposizione di terzo revocatoria, cit.*, 90-94.

Corte costituzionale ha dichiarato parzialmente illegittimo, per violazione dell'art. 24 commi 1 e 2 Cost., l'art. 28 c.p.p.⁵⁸.

Una parte della dottrina⁵⁹ ha interpretato la pronuncia della Consulta nel senso che qualsiasi estensione della cosa giudicata ai terzi,

⁵⁷ C. cost., 22 marzo 1971, n. 55, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 717 e ss. [con nota di COMOGLIO, *L'incostituzionalità dell'art. 28 cod. proc. pen. e la decisione di «overruling» della Corte costituzionale*]; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 519 e ss. [con nota di CHIARLONI, *Davvero legittima l'efficacia della sentenza penale nei giudizi civili o amministrativi, ai sensi dell'art. 28 cod. proc. pen.?*]; in *Foro it.*, 1971, I, 824 [con nota di MONTESANO, *Giudicato sui fatti, efficacia riflessa della sentenza e tutela giurisdizionale dei diritti nella pronuncia costituzionale sull'art. 28 cod. proc. pen.*]; in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 4, 1216 e ss. [con nota di PROTO PISANI, *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza e la garanzia costituzionale del diritto di difesa, cit.*].

⁵⁸ L'art. 28 c.p.p. disponeva che l'accertamento dei fatti materiali oggetto del giudizio penale fosse vincolante nel successivo giudizio civile ed amministrativo intercorrente tra le medesime parti o tra alcune delle parti presenti nel giudizio penale e terzi. L'autorità di giudicato precludeva alle parti del giudizio civile o amministrativo di metterne nuovamente in discussione la sussistenza e le modalità del loro verificarsi ed impediva al giudice civile o amministrativo di apprezzare liberamente quei fatti. Se l'art. 28 c.p.p. avesse riferito l'autorità del giudicato penale alle sole parti del processo civile ed amministrativo presenti nel precedente giudizio penale, non si sarebbe posto nessun problema di conformità al dettato dell'art. 24 co. 2 Cost., perché i soggetti che hanno partecipato al giudizio penale hanno già avuto in quella sede la possibilità di esercitare il diritto di difesa ed a loro il giudicato penale è sicuramente opponibile. Invece, la formulazione originaria dell'art. 28 c.p.p. estendeva l'autorità del giudicato penale (sui fatti materiali) anche nei confronti di coloro che, rimasti estranei al giudizio penale, avevano assunto la qualità di parte esclusivamente nel giudizio civile o amministrativo con un'evidente limitazione del loro diritto di difesa. Con la sentenza n. 5 del 19 febbraio 1965 [annotata criticamente sia da COMOGLIO, *L'art. 28 cod. proc. pen. e i profili costituzionali dei limiti soggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 653, sia da CHIARLONI, *Davvero legittima l'efficacia della sentenza penale nei giudizi civili o amministrativi, ai sensi dell'art. 28 cod. proc. pen.?, cit.*, 519 e ss.] la Consulta aveva dichiarato l'infondatezza della q.l.c. dell'art. 28 c.p.p. in riferimento all'art. 24 co. 2 Cost.. Ma, nel successivo lustro la Consulta ha abbandonato l'idea che le modalità di attuazione del diritto di difesa potessero essere regolate secondo le speciali caratteristiche dei singoli procedimenti, preferendo individuare un «nucleo sostanziale ed irriducibile» del diritto di cui al co. 2 dell'art. 24 Cost., come tale da applicarsi doverosamente ad ogni tipo di giudizio, qualunque sia la struttura del procedimento prescelta dal legislatore. In tale nucleo essenziale la Corte ha inserito la necessaria instaurazione del contraddittorio tra le parti e l'ausilio tecnico-professionale di un difensore. Con la pronuncia n. 55/1971, la Corte, precisato che il riconoscimento tanto del contraddittorio quanto dell'ausilio sarebbero risultati vani se non accompagnati dalla concreta possibilità di accertare i fatti su cui si fondano le ragioni sottoposte al giudice e dalla possibilità di fornire le prove degli stessi fatti, è pervenuta alla dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 28 c.p.p..

⁵⁹ Cfr., VOCINO, *Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale, cit.*, 506 e ss., 522 e ss., 568 e ss.; MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile, cit.*, 157; ATTARDI, *Il giudicato e un recente progetto di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 270; *Id.*, *Diritto processuale*, Padova, 1994, I, 494 e ss.; VERDE, *Profili del processo civile*,

ovvero a soggetti che non essendo stati messi in condizione di partecipare al processo non hanno potuto difendersi, contrasti con l'art. 24 co. 2 Cost.⁶⁰. Muovendo dalla constatazione che manca nell'ordinamento una norma che espressamente stabilisca la riflessione sul terzo titolare di un diritto dipendente del giudicato reso *inter alios* sul diritto pregiudiziale⁶¹⁻⁶², e che l'estensione del giudicato ai terzi non può essere fondata sull'*absolute Wirkung der relative Feststellung*, il cui accoglimento è precluso dal principio dei limiti soggettivi della cosa giudicata di cui all'art. 2909 c.c.⁶³, è giunta a negare la legittimità costituzionale di qualsiasi ipotesi di soggezione dei terzi all'altrui giudicato non espressamente prevista dalla legge⁶⁴. Così argomentando, nel nostro ordinamento il fenomeno della riflessione ha carattere eccezionale e dunque tassativo.

1, Napoli, 2006, 246; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 277; CHIZZINI, *L'intervento adesivo. Struttura e funzione*, Padova, 1992, II, 655 e ss., 717 e ss..

⁶⁰ Sul punto, MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 270, ove si legge: «... nessuno può subire, per giudicato *inter alios*, la negazione di un diritto o l'imposizione di un obbligo o di una soggezione: altrimenti, i terzi, non partecipi del processo concluso dal giudicato, verrebbero privati delle garanzie di azione e difesa assicurate dalla Costituzione (art. 24)».

⁶¹ Per tutti, MONTELEONE, *ult. op. cit.*, 31, ove si legge che: «... il semplice nesso di pregiudizialità fra rapporti giuridici ed il riflettersi del giudicato verso i terzi sono istituti giuridici fra di loro non omogenei, che tra il sussistere del primo e del secondo non vi è alcuna relazione diretta ed immediata (...)».

⁶² L'impossibilità di ricollegare in via generale ai nessi sostanziali di pregiudizialità-dipendenza l'efficacia riflessa della sentenza resa *inter alios* sul diritto pregiudiziale nei confronti del terzo titolare di un diritto dipendente, si fonda, oltre sulla mancanza di una previsione espressa, anche sulla constatazione che «è dato rinvenire nel diritto positivo un differente trattamento dell'efficacia della sentenza nelle ipotesi di pregiudizialità-dipendenza». L'espressione è mutuata da VERDE, *Profili del processo civile*, 1, cit., 247, il quale precisa che il legislatore ricollega ai nessi sostanziali di pregiudizialità-dipendenza ben tre differenti posizioni del terzo titolare del diritto dipendente: α) l'estensione diretta dell'efficacia della sentenza nei confronti del terzo *ex lege* prevista (ad es., art. 1595 co. 3 c.c.), β) l'estensione diretta al terzo della sentenza altrui solo se favorevole (ad es., 1306 c.c.), γ) l'estensione condizionata al terzo dell'efficacia della sentenza pronunciata fra altri, se non vi si sottrae nei modi prestabiliti dalla legge (ad es., art. 1485 c.c.). In altre parole, si sostiene che *de iure condito* non sempre il nesso di pregiudizialità-dipendenza dà luogo al fenomeno della riflessione del giudicato.

⁶³ Per tutti, MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, cit., 32. Inoltre, L'A. (p. 155 e ss.) attribuisce al tradizionale principio della relatività della cosa giudicata un valore costituzionale proprio in riferimento agli artt. 24 e 3 Cost..

⁶⁴ Per tutti, MONTELEONE, *ult. op. cit.*, 70 e s., 107 e ss..

Anche questa parte della dottrina che, difformemente dalla nostra recente tradizione giuridica, preferisce una lettura restrittiva dell'efficacia riflessa del giudicato, ammette, però, tale fenomeno in caso di successione nei diritti⁶⁵ e nei soli casi in cui la legge prevede espressamente l'estensione del giudicato nei confronti dei terzi titolari di diritti dipendenti⁶⁶⁻⁶⁷.

Invece, un'altra parte della dottrina⁶⁸, pur sostenendo l'illegittimità costituzionale della teoria del cd. valore assoluto della sentenza⁶⁹ e la necessità, in ossequio all'art. 24 co. 2 Cost., di riferire l'efficacia della sentenza e l'autorità di giudicato⁷⁰ esclusivamente ai soggetti che hanno diritto a partecipare al processo ed ivi di difendersi⁷¹, ha ritenuto di dover

⁶⁵ Sebbene comunemente si ammetta, sulla base dell'interpretazione coordinata degli artt. 111, 404 c.p.c. e 2909 c.c., che l'avente causa subisca la ripercussione della sentenza pronunciata tra dante causa e terzo, l'ampiezza del fenomeno varia a seconda della nozione di avente causa che i vari Autori accolgono per ciascuna di queste norme. Coloro che sostengono il carattere eccezionale della riflessione, tendenzialmente affermano che l'acquirente con titolo anteriore alla litispendenza non è in alcun modo soggetto alla ripercussione del giudicato successivamente emesso nei confronti del proprio dante causa. Si rinvia, *infra*, par. 3.

⁶⁶ È il caso del subconduttore che è colpito dagli effetti della sentenza emessa tra il locatore ed il conduttore per espressa previsione del comma 3 dell'art. 1595 c.c.. È opportuno precisare che coloro che negano carattere generale al fenomeno della riflessione, di fronte all'estensione dell'efficacia della sentenza al terzo *ex lege* sancita, non indagano se si tratti di efficacia diretta o riflessa, ritenendo tale distinzione del tutto irrilevante.

⁶⁷ Fuori da tali casi eccezionali, il terzo titolare di un diritto dipendente sul piano sostanziale da quello accertato *inter alios* non subisce l'efficacia riflessa del giudicato sul diritto pregiudiziale, bensì una mera ripercussione. Cfr., VERDE, *Profili del processo civile*, 1, *cit.*, 247, ove si legge che: «In tutti i casi in cui tra i rapporti giuridici esistono nessi di pregiudizialità-dipendenza è inevitabile che le sentenze emanate su taluni di questi rapporti, pur essendo sfornite di autorità nei confronti dei soggetti coinvolti nella situazione «pregiudicata», siano capaci di produrre conseguenze svantaggiose per costoro, i quali saranno costretti a rimettere in discussione tutti gli effetti che la legge fa derivare dal fatto che il rapporto sostanziale condizionante sia stato accertato in un dato modo, piuttosto che in un altro». Si rinvia, *infra*, par. 3.

⁶⁸ Così, LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, *cit.*, 1 e ss..

⁶⁹ Così, LUISO, *ult. op. cit.*, 4, 120 e ss..

⁷⁰ Così, LUISO, *ult. op. cit.*, 206, il quale sostiene «l'ininfluenza» della distinzione liebmaniana tra effetti della sentenza ed autorità del giudicato rispetto al problema dell'efficacia verso i terzi della sentenza.

⁷¹ Così, LUISO, *ult. op. cit.*, 2, ove si legge che: «L'efficacia della sentenza funge da perno sul quale si innestano, da un lato, la legittimazione, e, dall'altro, il contraddittorio: nel senso che, normalmente, se si vuole un provvedimento che abbia effetti nei

verificare, mediante un'indagine da condurre esclusivamente sul piano sostanziale, se il suddetto canone costituzionale precluda di individuare ulteriori ipotesi di efficacia *ultra partes* della sentenza, al di là delle disposizioni di diritto positivo che assoggettano un terzo al giudicato altrui⁷².

Indagine che, concentrandosi sulla disposizione di cui all'art. 1595 co. 3 c.c., ai sensi della quale il subconduttore è colpito non solo dagli effetti dell'atto di disposizione sostanziale posto in essere dal titolare del diritto pregiudiziale ma anche dagli effetti (riflessi) prodotti dal provvedimento giurisdizionale emesso nei confronti dello stesso, si conclude affermando la legittimità dell'estensione degli effetti della pronuncia resa *inter alios* a tutti i terzi⁷³ che, al pari del subconduttore, sono titolari di una situazione giuridica legata a quella accertata da un «nesso particolarmente intenso di dipendenza»⁷⁴.

Infine, quella parte della dottrina⁷⁵ che non solo ha riconosciuto carattere generale al fenomeno della riflessione, ma ne ha anche difeso la legittimità costituzionale proprio sulla base di un'affermazione contenuta nella sentenza del giudice delle leggi n. 55/1971.

confronti di Tizio, questi per un verso è legittimato a partecipare al giudizio, e quindi, per altro verso, è munito della garanzia del contraddittorio (...).

⁷² Così, LUISO, *ult. op. cit.*, 3 e ss..

⁷³ Così, LUISO, *ult. op. cit.*, 80 e ss., 93 e ss., ove l'A. giunge a ricondurre nell'alveo del nesso permanente di pregiudizialità-dipendenza la successione anteriore alla litispendenza, alcuni diritti personali di godimento (ad es. comodato e deposito) ed in generale i ccdd. subcontratti, mentre vi esclude espressamente la locazione e tutti gli *iura in re aliena*.

⁷⁴ L'espressione è mutuata da LUISO, voce *Opposizione di terzo*, *cit.*, 6. Del cd. nesso di pregiudizialità-dipendenza permanente quale unica giustificazione dell'efficacia riflessa della sentenza parlò una parte assolutamente minoritaria della dottrina tedesca ai primi del Novecento. Tale elaborazione fondava il manifestarsi dell'efficacia riflessa sul parallelismo tra sentenza ed atto negoziale, nel senso che alla sensibilità del terzo titolare di un diritto permanentemente dipendente agli atti di disposizione negoziale corrispondeva la medesima sensibilità ai provvedimenti giurisdizionali. Per ulteriori riferimenti si rinvia a TROCKER, *I limiti soggettivi tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale (profili dell'esperienza giuridica tedesca)*, *cit.*, 43-55.

⁷⁵ Così, ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, *cit.*, 78 e ss.; FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, *cit.*, 115 e ss., 138 e ss.; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, *cit.*, 84 e ss..

In seno a tale corrente di pensiero, occorre, però, distinguere due orientamenti: da un lato, coloro⁷⁶ che ricollegano il manifestarsi dell'efficacia riflessa alla mera sussistenza di un nesso di pregiudizialità-dipendenza; dall'altro, chi⁷⁷ ritiene la suddetta connessione un requisito indispensabile ma non sufficiente al fine di estendere al terzo il giudicato reso *inter alios*.

Il primo degli orientamenti riferiti è sostenuto da quella parte della dottrina che, aderendo ancora adesso alla teoria del cd. valore assoluto della sentenza, sovrappone il piano dell'efficacia della sentenza al piano dell'autorità di cosa giudicata e, al fine sottrarre l'efficacia riflessa dalla delimitazione soggettiva di cui all'art. 2909 c.c., asserisce che tale disposizione si riferisca esclusivamente all'efficacia *ultra partes* diretta e non anche a quella riflessa⁷⁸. In tal modo, nessuna limitazione soggettiva può impedire il manifestarsi dell'efficacia riflessa alla sola condizione che tra i rapporti giuridici sostanziali intercorra un nesso di pregiudizialità-dipendenza.

Il secondo orientamento è sostenuto da chi, avendo ripudiato la teoria del cd. valore assoluto della sentenza, ha recuperato il valore precettivo dei limiti soggettivi del giudicato di cui all'art. 2909 c.c.. Ma se è vero che solo le parti ed i loro eredi ed aventi causa sono soggetti all'autorità di giudicato, l'estensione del giudicato alieno ai terzi sulla base della mera connessione per pregiudizialità-dipendenza diviene insostenibile. Occorre, perciò, desumere in via interpretativa dal sistema un principio che, controbilanciando la regola della relatività del giudicato, consenta, al di là dei casi espressamente previsti dalla legge, l'operatività del giudicato nei confronti dei terzi.

⁷⁶ Così, ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 71 e ss.; FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, cit., 115 e ss..

⁷⁷ Così, PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 85.

⁷⁸ Così, ALLORIO, *ult. op. cit.*, 49 e ss.; FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, cit., 98 e s.. Nel senso che sia indimostrata l'esclusione dell'efficacia riflessa dall'ambito di operatività dell'art. 2909 c.c., PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 35 e ss..

Principio che viene enucleato dalla cospicua serie di norme⁷⁹ disseminate nel codice civile e in quello di rito, che stabiliscono o presuppongono che la sentenza pronunciata *inter alios* espliciti la propria efficacia nei confronti di soggetti titolari di diritti dipendenti da quello accertato, che sono legittimamente rimasti estranei al processo in cui è stata emanata la sentenza. Norme che, anziché costituire un'eccezione al principio dei limiti soggettivi del giudicato, sono espressione di un principio immanente nel nostro ordinamento: quello della riflessione⁸⁰.

Ad ogni modo, ambedue gli orientamenti concordano nel ritenere che il manifestarsi in via generale della riflessione può dirsi costituzionalmente conforme al dettato dell'art. 24 Cost. se e solo se l'ordinamento concede al terzo soggetto all'altrui giudicato mezzi idonei a garantirgli l'esercizio del diritto di difesa⁸¹. Dunque, nel disposto di cui all'art. 24 Cost. non si deve ravvedere un'aprioristica preclusione ad ipotesi di efficacia riflessa della sentenza ulteriori rispetto a quelle espressamente previste.

A conferma di tali affermazioni, si richiama un passaggio della sentenza della C. costituzionale n. 55/1971, in cui si afferma che «un'efficacia riflessa di un giudicato sui terzi potrebbe ammettersi solo quando, come avviene nel processo civile, sia previsto, oltre al potere di intervento da parte loro, il rimedio dell'opposizione di terzo, a tacere

⁷⁹ PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 181-197, il quale individua tali norme negli artt. 2908, 2909 c.c., 404 co. 2 c.p.c., tutte le norme che concedono a più soggetti non titolari del rapporto a dedurre, quali legittimati straordinari, disgiuntamente in giudizio il medesimo rapporto (artt. 102, 103, 117, 248, 249, 267, 417, 420, 606, 648, 793, 1416, 1421, 2377, 2378, 2416, 2453, 2486, 2900 c.c.), art. 1485 c.c., 2859 c.c., 1595 co.3 c.c., 295 c.p.c., 105 e 106 c.p.c., 2652 e s. c.c.. Sul punto, cfr., anche MENCHINI, *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, 454.

⁸⁰ A volersi esprimere con le parole di ALLORIO[*ult. op. cit.*, 78] si potrebbe dire che «...il loro gran numero dovrebbe ammonire che d'eccezioni non si tratta», trattandosi, invece, di «... altrettante manifestazioni del *reale* principio che l'accertamento del rapporto condizionante avvantaggia e pregiudica il terzo titolare del rapporto condizionato».

⁸¹ Per tutti, PROTO PISANI, *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, cit., 1237 e ss..

dell'eventualità della loro chiamata *ope iudicis* (art. 107 codice di proc. civile)»⁸².

Ne consegue che laddove al terzo siano garantiti adeguati mezzi per rimuovere gli effetti sfavorevoli della *res inter alios iudicata* il fenomeno della riflessione è perfettamente conforme alle garanzie costituzionali⁸³.

La legittimità costituzionale dell'efficacia riflessa della sentenza è subordinata, secondo la pronuncia della Consulta, alla previsione di un sistema di rimedi preventivi (gli interventi volontari in primo e secondo grado e coatti) e repressivi (l'opposizione di terzo revocatoria), che pongano il terzo in condizione di intervenire nel giudizio tra altri soggetti oppure di ottenere la rinnovazione di quel medesimo giudizio in sua presenza. In altre parole, gli interventi e l'opposizione di terzo sono le valvole di sicurezza che l'ordinamento deve predisporre per garantire al terzo soggetto all'efficacia riflessa del giudicato altrui la concreta possibilità di esercitare il diritto di difesa.

In tal modo, quella parte della dottrina che generalizza il fenomeno della riflessione attribuisce all'opposizione di terzo revocatoria un grandissimo rilievo sistematico, consistente nel rendere compatibile l'efficacia riflessa con l'art. 24 Cost.⁸⁴.

⁸² Nel senso che la Corte costituzionale abbia invertito l'*iter* logico che il legislatore di norma è chiamato a seguire, poiché dapprima si determina la portata dell'efficacia della sentenza e successivamente si stabiliscono i rimedi in favore dei terzi soggetti all'efficacia *ultra partes*, cfr., COMOGLIO, *L'incostituzionalità dell'art. 28 cod. proc. pen. e la decisione di «overruling» della Corte costituzionale*, cit., 717 e ss.; MONTESANO, *Giudicato sui fatti, efficacia riflessa della sentenza e tutela giurisdizionale dei diritti nella pronuncia costituzionale sull'art. 28 cod. proc. pen.*, cit., 1798 e s..

⁸³ Già ALLORIO [*La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 80 e s.] ravvedeva nell'intervento adesivo dipendente e nell'o.t.r. i rimedi che l'ordinamento deve necessariamente apprestare affinché non si lasci «... la sorte del titolare del rapporto condizionato in balia del titolare del rapporto condizionante, il quale può, con un'improvvida condotta del processo, causarne la definizione in senso svantaggio, oltre e più ancora che per sé, per il terzo titolare del rapporto condizionato». Ma tali istituti, nella primissima ricostruzione di Allorio, perseguono un unico scopo: evitare la frode processuale, non essendo ancora entrata in vigore la Costituzione.

⁸⁴ In tal senso, OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 134.

Quella stessa dottrina, però, non trascura di porre in evidenza che l'istituto così come formulato non è adeguato a realizzare il diritto di difesa del terzo, poiché la limitazione dei motivi alle sole ipotesi di dolo o collusione a danno del terzo rende eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di cui all'art. 24 co. 2 Cost.⁸⁵. Per questi motivi, provvede in via interpretativa ad allargare le nozioni di dolo e collusione (soprattutto ricomprendendovi anche il dolo omissivo) ed alleggerisce l'onere della prova incombente sul terzo, richiedendo non la prova del dolo e della collusione in senso proprio, bensì la prova del solo comportamento sleale o scorretto e del nesso di causalità con il contenuto della sentenza (il cd. indice del dolo o della collusione)⁸⁶. Dunque, attraverso un'operazione dichiaratamente ermeneutica, si provvede ad adeguare il dettato di cui all'art. 404 co. 2 c.p.c. al rilievo sistematico che la Consulta ha riconosciuto all'o.t.r..

Orbene, l'orientamento assolutamente dominante ricostruisce l'o.t.r. come il rimedio proprio dei terzi che subiscono la riflessione del giudicato altrui finalizzato a rimuovere gli effetti pregiudizievoli che loro arreca la sentenza effetto di dolo o collusione. Ma i diversi Autori pervengono alla medesima conclusione⁸⁷ attraverso percorsi logici ed argomentazioni di ordine sistematico ed interpretativo profondamente diversi. Le divergenze maggiori si rinvencono in ordine all'impostazione del problema dei limiti soggettivi della cosa giudicata ed in ordine alla possibilità di generalizzare il fenomeno dell'efficacia *ultra partes* riflessa della sentenza.

⁸⁵ Per tutti, PROTO PISANI, *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, cit., 1260-1266.

⁸⁶ Per tutti, PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 1261 testo e nota 98, ove l'A. precisa che «la prova cioè del comportamento sleale o scorretto costituirebbe una presunzione del dolo o della collusione (...)».

⁸⁷ Tutte queste elaborazioni finiscono col sostenere l'efficacia vincolante della sentenza resa *inter alios* nei confronti di terzi estranei al giudizio (ovvero la loro soggezione al giudicato altrui).

A parere di chi scrive, l'unica via percorribile per continuare a sostenere tale ricostruzione è quella che snatura il meno possibile l'istituto rispetto agli assunti di partenza accolti dal legislatore del 1940, pur facendosi carico di verificarne la conformità alle sopravvenute guarentigie costituzionali.

Sicuramente i redattori del vigente codice di rito sono partiti dall'idea che il giudicato reso *inter alios* avesse, nel rispetto dei propri limiti oggettivi, valore *erga omnes* e che la cosa giudicata vincolasse *generaliter* i terzi titolari di un diritto dipendente da quello accertato. Questo vuol dire che il legislatore del 1940 ha ricostruito l'o.t.r. partendo da due assunti: la teoria del valore assoluto della sentenza ed il principio generale della riflessione per effetto del nesso di pregiudizialità-dipendenza.

Orbene, il diritto di difesa (comma 2, art. 24 Cost.) ed il principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c. e co. 2 art. 111 Cost., così come novellato nel 1999) che del primo è esplicitazione diretta e concreta impongono di limitare la forza vincolante del giudicato nei confronti di soggetti che non siano stati posti in condizione di partecipare al processo e conseguentemente di difendersi.

Se questa è la portata precettiva dell'art. 24 Cost., la teoria dell'*absolute Wirkung der relative Feststellung*, che attribuendo alla sentenza un'«efficacia soggettiva potenzialmente illimitata»⁸⁸ finisce coll'assoggettare indiscriminatamente all'altrui giudicato tutti i terzi (perfino se assolutamente indifferenti), risulta costituzionalmente illegittima e come tale deve essere abbandonata.

Invece, del manifestarsi in via generale dell'efficacia riflessa della sentenza (che comporta la soggezione al giudicato reso *inter alios* di tutti i terzi titolari di diritti dipendenti) si può dare una lettura conforme a

⁸⁸ L'espressione è mutuata da LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, cit., 122.

Costituzione, seguendo le linee argomentative della giurisprudenza costituzionale italiana ma anche tedesca, che concordano nel ritenere il fenomeno della riflessione del giudicato legittimo in quegli ordinamenti giuridici, come quello nostrano, che pongono tali terzi non solo in condizione di partecipare al processo (cfr., art. 105², 106, 107, 344 c.p.c.), ma anche di difendersi *ex post*, sottraendosi agli effetti di una sentenza che è frutto della frode perpetrata dalle parti processuali al solo fine di produrre un danno ingiusto al terzo, approfittando della sua soggezione al giudicato (cfr., 404 co. 2 c.p.c.).

Avendo abbandonato la teoria del cd. valore assoluto della sentenza, l'unica teoria che possa risolvere l'apparente contraddizione tra il principio dei limiti soggettivi della cosa giudicata e le ipotesi di efficacia *ultra partes*, senza mortificare la portata ed il significato della disposizione di cui all'art. 2909 c.c. ma che al contempo senza cadere in petizioni di principio in ordine all'(in)idoneità della sentenza a produrre effetti nei confronti dei terzi, pare essere la distinzione liebmaniana tra i concetti di efficacia della sentenza ed autorità della cosa giudicata ed il riferimento in via esclusiva a quest'ultimo della limitazione soggettiva di cui all'art. 2909 c.c..

Accedendo a tale teoria, però, la soggezione dei terzi all'altrui giudicato risulterebbe preclusa se non fosse possibile desumere dal sistema una norma che ricollegli in via generale il manifestarsi dell'efficacia riflessa alla sussistenza sul piano sostanziale di un nesso di pregiudizialità-dipendenza. E sul punto, a parere di chi scrive, non pare possibile in alcun modo disconoscere la validità dell'esame delle singole fattispecie positive che propone Proto Pisani.

2. – L'art. 404 co. 2 c.p.c., conformemente all'art. 512 c.p.c. 1865, individua espressamente tra i legittimati a proporre l'o.t.r. i creditori di una delle parti del giudizio conclusosi con la sentenza opposta.

Per creditore si intende colui il quale ha diritto ad ottenere da un altro soggetto (detto debitore) una prestazione a carattere patrimoniale, consistente in un dare, fare o non fare.

Nonostante la semplicità di tale nozione, si sono posti vari problemi con riguardo a particolari classi di creditori.

Innanzitutto, ci si interroga sulla possibilità di ammettere all'o.t.r. chi vanti un credito sottoposto a termine o a condizione.

Per quanto concerne il credito a termine, la soluzione affermativa trova fondamento nell'art. 1186 c.c., che, come noto, regola la decadenza dal termine, quand'anche stabilito a favore del debitore⁸⁹. In altre parole, se il creditore a termine può esigere immediatamente la prestazione ogni qual volta il debitore sia divenuto insolvente o abbia diminuito per fatto proprio le garanzie che aveva dato o non abbia dato le garanzie promesse, lo stesso deve essere ammesso all'o.t.r. quando il suo debitore diminuisce la garanzia patrimoniale generica ai sensi dell'art. 2740 c.c. per mezzo di una sentenza che è frutto di un processo che egli ha condotto dolosamente o in collusione con la controparte.

Per quanto riguarda il credito condizionato la soluzione affermativa si fonda sull'art. 1356 c.c.⁹⁰. Se l'acquirente del diritto in pendenza della condizione sospensiva può compiere atti conservativi (co. 1) ed in pendenza della condizione risolutiva può esercitare il diritto stesso, non c'è motivo di negare al creditore condizionato la legittimazione a proporre o.t.r..

Invece, con riguardo ai titolari di credito eventuale, deve ritenersi superato l'orientamento giurisprudenziale che, in maniera del tutto

⁸⁹ Così, SATTA, *Commentario al c.p.c.*, cit., 364; OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 132; GUALANDI, *Frammenti*, cit., 1303, ove l'A. precisa che della legittimazione del creditore a termine a proporre o.t.r. non può dubitarsi «anche indipendentemente dall'applicazione dell'art. 1186».

⁹⁰ Cfr., SATTA, *ult. op. cit.*, 364; GUALANDI, *Frammenti*, cit., 1303.

analoga a quanto avviene per l'azione revocatoria ordinaria, li annoverava tra i legittimati a proporre o.t.r.⁹¹.

Altro interrogativo si pone con riguardo ai crediti sorti successivamente al giudizio. Dottrina⁹² e giurisprudenza⁹³, in perfetta simmetria con quanto espressamente previsto per *l'actio pauliana* dall'art. 2901 c.c., escludono che la qualità di creditore debba necessariamente preesistere all'emanazione della sentenza. Ma, ai fini dell'accoglimento della domanda, il creditore opponente dovrà dimostrare che il dolo o la collusione sono stati preordinatamente perpetrati in suo danno, ossia che il processo si è svolto fraudolentemente *pro futuro*.

Dubbi si sono posti, inoltre, in ordine alla possibilità di concedere a determinate categorie di creditori l'opposizione di terzo ordinaria piuttosto che revocatoria.

In primo luogo, con riguardo ai creditori ipotecari, la cui posizione ha animato il dibattito ben più sotto il vigore del codice di rito abrogato che dell'attuale. A quell'epoca la dottrina riteneva che i creditori fossero legittimamente rappresentati in giudizio dal loro debitore e pertanto li

⁹¹ In senso favorevole ad annoverare tra i legittimati all'o.t.r. i titolari di credito eventuale/litigioso, in perfetto parallelo con la pronuncia delle Sezioni unite n. 9440 del 18 maggio 2004 in tema di legittimati all'*actio pauliana* (per la quale si rinvia a nota 97, p. 32, par. 4, Cap. I), Trib. Brescia, 01 febbraio 1986, *cit.*, 271. *Contra*, Cass., 23 maggio 2006, n. 12144, *cit.*, 5, ove i giudici di legittimità affermano espressamente che il titolare di credito eventuale è legittimato ad agire ai sensi dell'art. 2901 c.c., ma non anche *ex art.* 404 co. 2 c.p.c.. In tal modo, si afferma la non unitarietà della nozione di creditore di cui agli artt. 2901 c.c. e 404 co. 2 c.p.c. in ragione della differenza ontologica tra i due istituti *de quibus*. È bene, però, precisare che il giudice dell'o.t.r., tenuto ad accertare la situazione legittimante (qualità di creditore o di avente causa), potrebbe pronunciarsi *incidenter tantum* sull'esistenza del credito.

⁹² Per tutti, OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, *cit.*, 132. Al contrario, vigente il c.p.c. abrogato, la dottrina maggioritaria riteneva necessaria la preesistenza del diritto di credito alla sentenza; cfr., MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, *cit.*, 535; CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, *cit.*, 1016; LIPARI, *L'opposizione di terzo revocatoria*, *cit.*, 102 e s..

⁹³ Così, Cass., 09 aprile 1979, n. 2021, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1176.

escludevano dal novero dei legittimati ad opporre di terzo le sentenze emesse nei confronti di quest'ultimo⁹⁴.

Ma con riguardo ai creditori ipotecari, una parte della dottrina riteneva che gli stessi dovessero essere ammessi a proporre l'opposizione di cui all'art. 510 c.p.c. 1865⁹⁵. A sostegno di tale opinione, si affermava che l'ipoteca consistesse nell'acquisto da parte dei creditori di un diritto reale sui beni del debitore tanto forte da implicare uno smembramento della proprietà, al punto da precludere al debitore il compimento di qualunque atto idoneo ad offendere il diritto acquistato dal creditore ipotecario. In altre parole, si sosteneva che a seguito dell'iscrizione dell'ipoteca vero debitore dovesse essere considerato il fondo ipotecato e non più il debitore (declassato a debitore in via sussidiaria, in quanto tenuto a garantire la pretesa creditoria con tutti gli altri beni nel malaugurato caso in cui il bene ipotecato non fosse risultato sufficiente).

A tale orientamento la dottrina maggioritaria⁹⁶ e la giurisprudenza⁹⁷ pressoché costantemente obiettavano che nessuna distinzione tra chirografari ed ipotecari era contenuta nella *lettera legis* e che l'ipoteca, pur essendo un diritto reale, non producesse alcuna diminuzione del diritto di proprietà, *recte* del diritto del debitore proprietario del bene gravato dall'ipoteca di disporne.

⁹⁴ Per tutti, CHIAPPELLI, *Il rimedio dell'opposizione di terzo*, cit., 57-71.

⁹⁵ Così, MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, cit., 877, ove l'A., dopo aver affermato che l'opposizione *ex* art. 512 compete a tutti i creditori, compreso gli ipotecari, precisa che questi ultimi «potranno anche valersi dell'opposizione *facoltativa*, che è accordata a tutti i terzi pregiudicati nei loro diritti dalla sentenza; imperocché i creditori ipotecari (chechè in contrario pensino alcuni) non sono quanto al loro diritto reale di ipoteca, rappresentati nel giudizio dal loro debitore...».

⁹⁶ Per tutti, CHIAPPELLI, *Il rimedio dell'opposizione di terzo*, cit., 58 e ss..

⁹⁷ In tal senso, cfr., Cass. Napoli, 16 gennaio 1879, in *Annali*, 1879, 312; Cass. Roma, 22 febbraio 1890, in *Foro*, I, 968; C. App. Palermo, 15 aprile 1901, in *Circ. giur.*, 173; Cass. Firenze, 28 novembre 1904, in *Annali*, 621.

Attualmente, la dottrina è unanime nel ritenere che i creditori ipotecari, al pari dei chirografari, siano legittimati esclusivamente all'o.t.r.⁹⁸.

Invece, per quanto concerne i creditori di una stessa prestazione infungibile o di un bene fungibile ma determinato, la dottrina da sempre li ritiene legittimati ad opporre ai sensi del comma 1 dell'art. 404 c.p.c. (ovvero *ex art. 510 c.p.c. abrogato*) la sentenza emessa *inter alios* che attribuisce ad altri quella prestazione o quel bene⁹⁹. Se il debitore esegue in ossequio al *dictum* giudiziale, *sponte sua* o perché eseguito, la prestazione infungibile (di dare o di fare che sia), il diritto del terzo creditore (che tale può dirsi non avendo partecipato al processo) sarà irrimediabilmente pregiudicato. In altre parole, eseguita la prestazione infungibile in favore del creditore risultato giudizialmente vittorioso, diverrà impossibile per il debitore eseguire la medesima prestazione nei confronti di chiunque altro vi abbia diritto. Il terzo creditore vanta un diritto incompatibile, oltre che autonomo, rispetto a quello oggetto della pronuncia giudiziale e dall'esecuzione del giudicato emesso *inter alios* gli deriva non la mera diminuzione della garanzia patrimoniale, ma il sacrificio (*recte*, la perdita) del suo diritto. Dunque, non può che essere legittimato ad opporre la sentenza emessa *inter alios* in via ordinaria¹⁰⁰.

Infine, ci si interroga su quale forma di opposizione *ex art. 404 c.p.c.* si debba concedere al terzo che, in virtù dello stesso titolo, si

⁹⁸ Così, OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, *cit.*, 132; GUALANDI, *Frammenti*, *cit.*, 1303, ove l'A., però, precisa che per i creditori ipotecari il danno derivante dalla disposizione del bene gravato da ipoteca operata mediante processo fraudolento «sarà statisticamente più raro» poiché l'ipoteca, in quanto diritto reale, è assistita da diritto di seguito.

⁹⁹ In tal senso, vigente il c.p.c. 1865 CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, *cit.*, 1013, ove l'A. nega al creditore l'opposizione di terzo ordinaria di cui all'art. 510, salvo «quando egli si vanti titolare proprio di quel credito che la sentenza ha riconosciuto ad altri»; attualmente OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, *cit.*, 110 e 132.

¹⁰⁰ La giurisprudenza è costante nell'affermare che la connessione per incompatibilità tra il diritto vantato dal terzo e quello oggetto della sentenza è condizione necessaria e sufficiente ai fini dell'ammissibilità dell'opposizione di terzo ordinaria. Sul punto, Cass., 01 marzo 1988, n. 2145, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 3.

affermi titolare del diritto di credito ad una stessa quantità di cose fungibili ma indeterminate che la sentenza ha attribuito ad altro soggetto. In tal caso, tra il diritto vantato dal creditore rimasto estraneo al processo e quello del creditore risultato vittorioso intercorre una relazione di incompatibilità sul piano logico, non anche sul piano pratico. Non si può, cioè, non considerare che se il debitore esegue la prestazione in favore dell'uno, potrà comunque eseguire la medesima prestazione nei confronti dell'altro. Va soggiunto che l'esistenza della sentenza di condanna non preclude al terzo creditore di agire in giudizio per ottenere la condanna del debitore ad eseguire quella stessa prestazione in suo favore, né l'aver dato esecuzione alla prima sentenza preclude il conseguimento della prestazione, finanche in via coattiva sulla base di un diverso titolo esecutivo. Proprio in virtù dell'inesistenza di un'incompatibilità pratica, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie¹⁰¹ preferiscono ammettere il terzo creditore della stessa quantità di cose fungibili legittimato all'opposizione di terzo revocatoria (sempre che ricorrano gli estremi del dolo o della collusione) e non ordinaria. Alla parte minoritaria ma autorevole¹⁰² della dottrina che in tali casi concede l'opposizione di cui all'art. 404 co. 1 c.p.c. si obietta che ammettere l'opposizione di terzo ordinaria anche nei casi di incompatibilità meramente giuridica tra diritti vuol dire interpretare estensivamente l'espressione «pregiudica i suoi diritti» e costruire il rimedio come mezzo per eliminare *a posteriori* un conflitto non pratico, bensì logico tra giudicati che l'ordinamento normalmente tollera.

¹⁰¹ In dottrina, OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 110 e s. e 132; FABBRINI, *Opposizione ordinaria del terzo*, cit., 114 e s., ove l'A. difende con forza l'ammissibilità alla sola o.t.r. del creditore di somme di danaro. In giurisprudenza, cfr., Cass., 10 maggio 1972, n. 1415, in *Foro it.*, voce *Opp.e di terzo*, n. 3.

¹⁰² LUISSO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 3. Questa posizione non ha avuto seguito in giurisprudenza, se non in un caso isolato, cfr., Cass., 22 maggio 1973, n. 1499, in *Foro it.*, 1973, I, 3049, in cui si ammette l'assicuratore che aveva già pagato l'indennità al danneggiato all'opposizione di terzo ordinaria contro la sentenza che, pronunciata tra assicurato e terzo responsabile, condannava quest'ultimo a pagare all'assicurato l'intero importo del risarcimento del danno, compresa la parte di spettanza dell'assicuratore.

Altro problema si profila nell'ipotesi in cui il diritto di credito abbia ad oggetto un'obbligazione alternativa. Quando la scelta di quale prestazione effettuare spetta al debitore, si potrebbe escludere la legittimazione del creditore ad opporre ai sensi dell'art. 404 co. 2 c.p.c. la sentenza che abbia ad oggetto una sola delle obbligazioni, osservando che, quand'anche dovessero ricorrere gli estremi del dolo o della collusione, il danno per il creditore è insussistente. In altre parole, la volontaria (in quanto frutto di attività processuale fraudolenta) soccombenza del debitore potrebbe valere come scelta implicita di voler effettuare l'altra obbligazione. Ma una parte della dottrina¹⁰³ ammette il creditore di un'obbligazione alternativa all'o.t.r. per evitare che questi, una volta scoperto il dolo o la collusione, perda il potere di impugnare la sentenza in attesa della scelta del debitore¹⁰⁴.

Infine, ci si interroga sulla possibilità di annoverare tra i legittimati all'o.t.r. il creditore inadempiente di un contratto a prestazioni corrispettive. La risposta positiva di una parte della dottrina si fonda sull'idea che l'o.t.r., quando proposta da un creditore, svolge una funzione *lato sensu* cautelativa, del tutto assimilabile agli altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale¹⁰⁵.

Infatti, il creditore che in un contratto a prestazioni corrispettive è inadempiente non propone l'o.t.r. al fine di ottenere l'adempimento immediato da parte del debitore (quest'ultimo paralizzerebbe tale pretesa proponendo l'eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.*), bensì agisce

¹⁰³ Così, GUALANDI, *Frammenti, cit.*, 1303 e s., che non manca di precisare che la sentenza di accoglimento «resterà inutilizzata, come accade a tutti i mezzi cautelari quando il *periculum in mora* si rivela, alla prova dei fatti, inesistente».

¹⁰⁴ In tal modo, GUALANDI, *Frammenti, cit.*, 1303 esclude che la condotta processuale del debitore sia equiparabile ad una scelta implicita.

¹⁰⁵ Comunemente, si ritiene che l'impugnazione *de qua* quando proposta dal creditore sia in «...perfetta con l'azione prevista dall'art. 2901 c.c. ...». L'espressione è mutuata da OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 133. Ma sul punto la dottrina è unanime, sia che ricostruisca l'o.t.r. per aventi causa e creditori come un mezzo unitario, sia che ravveda due diversi mezzi impugnatori disciplinati dal medesimo comma. Cfr., GUALANDI, *Frammenti, cit.*, 1303; LUISO, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 6; CECHELLA, *L'opposizione di terzo, cit.*, 54.

in via cautelativa affinché non vengano meno le condizioni che renderanno possibile l'adempimento dell'obbligazione¹⁰⁶.

Riconoscere all'o.t.r. una funzione *lato sensu* cautelativa, pone un ulteriore interrogativo in ordine alla possibilità di annoverare il rimedio di cui all'art. 404 co. 2 c.p.c. tra gli strumenti di conservazione o di incremento dell'attivo fallimentare al pari delle azioni revocatorie (ordinarie e fallimentari).

La legge fallimentare non menziona espressamente l'o.t.r. accanto alle azioni che il curatore fallimentare è legittimato a proporre. Come noto, l'art. 104 *ter* lett. c) l. fall. impone al curatore di indicare nel programma di liquidazione le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che intende esercitare. Dunque, il curatore fallimentare contro gli atti di disposizione sostanziale che il debitore (successivamente fallito) ha compiuto in frode ai suoi creditori può proporre l'azione revocatoria ordinaria (art. 66 l. fall.), l'azione revocatoria fallimentare (art. 67 l. fall.) o può scegliere di proseguire il processo promosso ai sensi dell'art. 2901 c.c. dal creditore prima della dichiarazione di fallimento.

Non si può, però, escludere che il debitore ancora *in bonis* abbia disposto dei suoi beni *in fraude creditorum* non mediante atti sostanziali, bensì mediante sentenza effetto di dolo o collusione. In tal caso, si rende necessario esaminare separatamente l'ipotesi in cui la dichiarazione di fallimento intervenga pendente il giudizio di o.t.r. dall'ipotesi in cui la stessa sia precedente all'insaturazione del medesimo giudizio o addirittura alla scoperta del dolo o della collusione.

Non vi è dubbio che il giudizio promosso dal creditore ai sensi dell'art. 404 co. 2 c.p.c. si interrompa a seguito della dichiarazione di fallimento del debitore e non possa essere proseguito che dal curatore

¹⁰⁶ Sul punto, GUALANDI, *Frammenti, cit.*, 1302.

fallimentare (art. 43 l. fall.)¹⁰⁷. In tali casi, il curatore, al pari di quanto avviene nel caso in cui decida di proseguire l'*actio pauliana* promossa dal creditore anteriormente alla dichiarazione di fallimento, si troverà ad assumere la duplice veste di rappresentante della massa dei creditori e del fallito¹⁰⁸.

Ma la dichiarazione di fallimento potrebbe intervenire quando il giudizio di o.t.r. non è stato ancora instaurato o perché i creditori, pur avendo scoperto il dolo o la collusione di cui è frutto la sentenza, sono ancora nel termine di trenta giorni oppure perché i creditori ancora non hanno scoperto il dolo o la collusione. Rispetto a tali ipotesi ci si interroga sulla possibilità di annoverare il curatore fallimentare tra i legittimati a proporre l'o.t.r..

Come noto, l'art. 51 l. fall. fa divieto ai creditori di iniziare o proseguire dal giorno della dichiarazione di fallimento qualunque azione individuale, esecutiva o cautelare che sia. D'altro canto, non pare si possa mettere in discussione il carattere in senso lato cautelativo dell'o.t.r. quando proposta dal creditore¹⁰⁹. Dunque, escluso che i creditori successivamente alla dichiarazione di fallimento possano *motu proprio* impugnare la sentenza, la legittimazione del curatore fallimentare, in

¹⁰⁷ Così, Cass., 22 giugno 2005, n. 13442, in *Riv. arbitrato*, 2006, 4, 704. Nel caso di specie, il ricorso in cassazione è stato proposto avverso la sentenza con cui la C. Appello ha deciso, dopo averle riunite, l'impugnazione per nullità e l'opposizione di terzo revocatoria proposte avverso il medesimo lodo arbitrale. Il giudizio dinanzi alla C. Appello, interrotto a seguito della dichiarazione di fallimento di una delle parti del giudizio arbitrale, è proseguito su ricorso del curatore fallimentare.

¹⁰⁸ È giurisprudenza costante che la posizione che il curatore assume nei giudizi instaurati antecedentemente alla dichiarazione di fallimento muta in funzione dell'interesse che lo stesso fa valere. Egli può agire sostituendosi alle ragioni del fallito (ad es., quando agisce per ottenere l'adempimento di un'obbligazione da un soggetto che *ex contractu* si sia a ciò vincolato in favore del fallito), oppure può assumere la veste di rappresentante della massa dei creditori e del fallito (ad es., quando agisce *ex art. 2901 c.c.* per l'incremento della massa attiva fallimentare). Nel primo senso, cfr., Cass., 18 dicembre 1984, n. 6625, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, fasc. 12. Nel secondo senso, Cass., 23 febbraio 1985, n. 1619, in *Giur. comm.*, 1985, II, 732.

¹⁰⁹ Nel senso che all'o.t.r. esperita dal creditore debba, analogamente all'azione revocatoria, riconoscersi carattere cautelare e funzione di conservazione della garanzia patrimoniale del debitore, OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 133. In giurisprudenza, Trib. Brescia, 01 febbraio 1986, *cit.*, 271.

qualità di rappresentante della massa dei creditori, si presenta come l'unica soluzione possibile¹¹⁰.

3. – In secondo luogo, legittimati all'o.t.r. sono gli aventi causa. Come già rilevato, vigente il codice di rito del 1865, unanimemente dottrina e giurisprudenza interpretavano estensivamente l'art. 512 concedendo il rimedio dell'o.t.r. anche agli aventi causa, sebbene la norma menzionasse espressamente i soli creditori di una delle parti. Il legislatore del 1940, nel riformulare la norma sull'o.t.r., ha dunque accolto il suddetto orientamento.

Comunemente, per avente causa si intende l'acquirente a titolo derivativo¹¹¹, ovvero colui che succede in un diritto ad un altro soggetto a titolo universale o particolare, *inter vivos o mortis causa*.

Acquisto a titolo derivativo¹¹² vuol dire che la posizione dell'avente causa dipende dalla posizione del dante causa, nel senso che il primo acquista la titolarità del diritto «sul presupposto ed in correlazione col riconoscimento e l'attribuzione del diritto stesso al precedente titolare»¹¹³. In altre parole, tra la posizione del dante causa e

¹¹⁰ Così, Cass., 24 maggio 1999, n. 5026 in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1144, ove la S.C. afferma espressamente che «il curatore, quale avente causa o creditore, può proporre, allegando il presupposto del dolo o della collusione, l'opposizione di terzo revocatoria».

¹¹¹ Nel senso che l'avente causa sia l'acquirente a titolo derivativo, per tutti, OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 133. *Contra*, LUISO, *Sul concetto di «avente causa» dell'ar. 2909 c.c.*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1982, 435, ove l'A. comprende nella nozione di avente causa, sia pure a determinate condizioni, anche l'acquirente a titolo originario.

¹¹² Il fenomeno dell'acquisto a titolo derivativo (anche detto successione) consiste nella trasmissione della titolarità di un diritto da una persona (cd. dante causa o autore) ad un'altra (cd. avente causa o successore). La successione risponde al principio del *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, per cui l'avente causa non potrà che divenire titolare di un diritto avente elementi oggettivi identici a quello di cui era titolare il dante causa. In altre parole, l'essenza della derivatività consiste nel fatto che l'avente causa subentra nel diritto «così come questo era oggettivamente qualificato allorché ne era titolare il dante causa» (l'espressione è mutuata da PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 140). Sul piano processuale, ne consegue che i fatti costitutivi (o titolo o *causa petendi*) su cui l'avente causa fonda il suo diritto altro non sono che manifestazioni del rapporto intercorso con il proprio dante causa (ad es., compravendita, successione ereditaria, donazione).

¹¹³ L'espressione è mutuata da PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 127.

la posizione dell'avente causa intercorre un nesso di pregiudizialità-dipendenza¹¹⁴.

Occorre, a questo punto, precisare che la posizione subordinata dell'avente causa rispetto al rapporto giuridico oggetto del giudizio instaurato dal o nei confronti del proprio dante causa assume due configurazioni differenti. Si avrà avente causa in un rapporto giuridico soggettivamente diverso ma avente elementi oggettivi identici a quello dedotto in giudizio ogni qual volta il processo abbia ad oggetto il medesimo diritto che il dante causa ha trasferito all'avente causa (ad es., la proprietà del fondo Tuscolano). Si avrà avente causa in un rapporto giuridico non solo soggettivamente, ma anche oggettivamente diverso da quello dedotto in giudizio ogni qual volta il processo abbia ad oggetto un diritto pregiudiziale a quello che il dante causa ha trasferito all'avente causa (ad es., il processo ha ad oggetto la nullità del contratto con cui il nostro dante causa ha precedentemente acquistato dal suo dante causa la proprietà del fondo Tuscolano)¹¹⁵.

Si deve, inoltre, tener presente che comunemente si estende la nozione di successione anche alle ipotesi di acquisto derivativo cd. costitutivo¹¹⁶. È il caso della costituzione degli *iura in re aliena*. Si tratta di quelle ipotesi in cui oggetto della successione non è il medesimo diritto di cui è titolare il dante causa (ove per medesimo si intende che

¹¹⁴ In tal senso, ALLORIO, *La cosa giudicata, cit.*, 135 e ss., ove l'A. precisa che la successione è «una forma di pregiudizialità-dipendenza positiva, la quale procede dal rapporto del dante causa al rapporto del successore, in tal guisa, che l'esistenza del secondo è condizionata dall'esistenza del primo». Cfr., anche, PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 128, ove l'A. espressamente afferma che «tra la posizione giuridica del successore e quella dell'autore sussiste un rapporto di dipendenza di diritto sostanziale di cui il legislatore si serve per ricollegarvi l'efficacia per il successore della sentenza pronunciata nei confronti del suo autore».

¹¹⁵ Cfr., PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria, cit.*, 134 e ss..

¹¹⁶ Così, PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria, cit.*, 148 e ss.; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, 56 nota 1. In senso parzialmente difforme, ALLORIO, *La cosa giudicata, cit.*, 191 e ss., ove l'A. non riconduce l'acquisto cd. costitutivo nel *genus* della successione, pur annoverandolo tra i singoli fenomeni che danno luogo alla riflessione.

l'avente causa diviene titolare di un rapporto giuridico soggettivamente diverso ma avente elementi oggettivi identici a quello di cui era titolare il dante causa) ma un diritto cd. minore che è qualitativamente e quantitativamente differente dal diritto di cui è titolare il dante causa ma che comunque da esso deriva.

Tra il rapporto giuridico minore e quello cd. di base intercorre un nesso di dipendenza del tutto analogo a quello che intercorre tra la posizione dell'avente causa e quella del dante causa nella successione derivativa cd. traslativa. Ne consegue che ogni qual volta sia dedotto in giudizio il diritto di base, il titolare del diritto minore, in quanto titolare di un rapporto oggettivamente e soggettivamente diverso da quello oggetto del processo, si trova in una posizione analoga a quella dell'avente causa.

Questa premessa sul concetto di avente causa si rende indispensabile poiché l'ordinamento utilizza questa nozione genericamente, richiamandola non solo all'art. 404 co. 2 c.p.c., ma anche agli artt. 111 c.p.c. e 2909 c.c.. Dunque, per individuare con precisione chi siano gli aventi causa legittimati a proporre o.t.r., si rende necessario demarcare l'ambito di operatività di queste norme.

Innanzitutto, dal raffronto tra il dettato di cui all'art. 2909 c.c. e quello dell'art. 404 co. 2 c.p.c. emerge una differenza: la prima norma distingue tra eredi ed aventi causa, mentre la seconda richiama senza specificazioni la nozione di aventi causa che, nell'accezione comunemente accolta, comprende i successori sia *mortis causa* sia per atto tra vivi. Di qui, la necessità di verificare se tra i legittimati all'o.t.r. possano annoverarsi eredi e legatari.

Dal novero degli aventi causa legittimati all'o.t.r. vanno sicuramente esclusi i legatari, ovvero gli aventi causa a titolo particolare

mortis causa, poiché ipotizzare la frode del testatore in loro danno è un vero controsenso¹¹⁷.

Invece, la legittimazione degli eredi a proporre o.t.r. è in dottrina fortemente controversa. Da un lato, si è sostenuto l'inequivocabilità del tenore letterale dell'art. 404 c.p.c. che annovera tra i legittimati gli aventi causa senza distinzione alcuna, e dunque anche l'erede che altro non è che un avente causa a titolo universale per causa di morte¹¹⁸. Dall'altro, si è affermato che l'esclusione dell'erede dal novero dei legittimati all'o.t.r. si fonda su due ragioni: in primo luogo, l'art. 2909 c.c. considera gli eredi come una categoria distinta dagli aventi causa, ed, in secondo luogo, gli eredi, quand'anche legittimari, non possono mai essere pregiudicati dalla sentenza emessa nei confronti del *de cuius*¹¹⁹. Infine, un orientamento intermedio che nega agli eredi la legittimazione all'o.t.r., salvo all'erede legittimario divenuto tale dopo il passaggio in giudicato della sentenza¹²⁰.

Per dare risposta a tale interrogativo, è necessario indagare, avuto riguardo al momento in cui si acquista la qualità di successore a titolo universale *mortis causa*, se legittimare l'erede a proporre o.t.r. abbia una qualche effettiva utilità.

Come noto, se la qualità di erede viene acquisita pendente lite, il processo viene proseguito dal o nei confronti del successore a titolo universale (art. 110 c.p.c.). L'erede, in tal modo, diviene parte del processo, subisce gli effetti diretti della sentenza e può proporre le impugnazioni proprie delle parti. Dunque, chi acquista la qualità di erede in pendenza del processo non è legittimato a proporre o.t.r. non solo perché, acquistando la qualità di parte, non può dirsi terzo, ma soprattutto

¹¹⁷ Sul punto, CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 260.

¹¹⁸ Così, GUALANDI, *Frammenti*, cit., 1304.

¹¹⁹ L'argomento dell'assenza di pregiudizio per l'erede è sostenuto da SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 364 e s..

¹²⁰ Così, ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit., 324; OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 135. In giurisprudenza, cfr., Cass., 10 marzo 1994, n. 2323, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 283.

perché, essendo legittimato a proporre i mezzi propri delle parti, non ha bisogno del rimedio di cui al co. 2 dell'art. 404 c.p.c.¹²¹.

Invece, la sentenza emessa nei confronti del *de cuius*, quando si acquisti la qualità di successore universale successivamente al suo passaggio in giudicato, fa stato ad ogni effetto nei confronti degli eredi (art. 2909 c.c.). In tal caso, l'erede non potrà lamentare alcun pregiudizio: precedentemente alla successione egli non era titolare di alcuna situazione giuridica che meritasse tutela ed in virtù della successione non può che divenire titolare del rapporto giuridico così come accertato dalla sentenza nei confronti del suo dante causa. Il rimedio dell'o.t.r. è, dunque, superfluo.

L'unico successore universale a causa di morte *post rem iudicatam* a poter lamentare un pregiudizio derivantegli dalla sentenza emessa nei confronti del *de cuius* è l'erede legittimario. Quest'ultimo può veder lesa la propria quota di legittima mediante disposizione testamentaria, donazione, ma anche per effetto di una sentenza frutto di un processo fraudolentemente preordinato in suo danno dal futuro *de cuius*. Nei primi due casi, l'ordinamento tutela l'erede legittimario con la riduzione rispettivamente delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nei limiti della quota di cui il defunto poteva disporre. Invece, nel caso in cui la lesione della quota legittima consegua alla diminuzione del patrimonio del futuro *de cuius* operata mediante processo fraudolento, l'ordinamento

¹²¹ Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, qualora manchi la dichiarazione dell'evento interruttivo (che, come noto, deve essere resa esclusivamente dal difensore della parte colpita dall'evento, non potendo né il giudice, né la controparte sostituirvisi [cfr., Cass., 29 agosto 1998, n. 8641, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1814]), il processo prosegue regolarmente nei confronti del defunto, che viene considerato "processualmente in vita". La giurisprudenza fonda tale fenomeno sull'ultrattività del mandato e sull'esigenza di tutelare il diritto di difesa sia della parte venuta meno, sia dei suoi eredi. Cfr., Cass., 22 febbraio 2001, n. 2599, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 300; *Id.*, 10 luglio 1987, n. 6025, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, fasc.7; *Id.*, 17 aprile 1981, n. 2326, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, fasc. 4. Resta, però, da chiarire che tipo di efficacia (diretta, riflessa) tale sentenza spieghi nei confronti degli eredi e quali rimedi questi ultimi possano proporre avverso la stessa. La giurisprudenza sostiene che cotale sentenza sia opponibile all'erede secondo le norme di diritto sostanziale, ma nulla dice in ordine alla possibilità di concedere agli eredi i rimedi propri della parte o quelli dei terzi.

non concede al legittimario alcun rimedio specifico. Il legittimario non potrà evitare la lesione dei propri diritti successori che mediante l'o.t.r., sempre che riesca ad offrire la non facile prova della preordinazione del dolo o della collusione.

Quanto sinora osservato, consente di ricercare gli aventi causa ai sensi dell'art. 404 co. 2 c.p.c. esclusivamente tra coloro che succedono in un diritto a titolo particolare per atto tra vivi¹²².

A questo punto acquistano rilevanza due criteri discretivi: da un lato, il momento dell'acquisto rispetto all'instaurazione del giudizio od alla formazione del giudicato, dall'altro, l'essere avente causa di un diritto solo soggettivamente o anche oggettivamente diverso da quello dedotto in giudizio.

α) Se l'acquisto avviene durante il giudizio, l'art. 111 c.p.c. stabilisce che chi succede a titolo particolare, tanto per atto tra vivi quanto a causa di morte, è soggetto all'efficacia diretta della sentenza emessa nei confronti rispettivamente dell'alienante o dell'erede universale e può proporre i mezzi impugnatori propri delle parti, sia che divenga parte del giudizio per aver spiegato intervento o per esservi stato chiamato, sia che non vi abbia partecipato.

Dunque, l'avente causa legittimato a proporre o.t.r. non è colui che acquista la *res litigiosa*, poiché la previsione in favore di quest'ultimo dei mezzi impugnatori propri delle parti rende superfluo il rimedio di cui all'art. 404 co. 2 c.p.c.¹²³.

¹²² L'ipotesi della successione *inter vivos* a titolo universale non può aversi che con riferimento alle persone giuridiche: è il caso dell'incorporazione o della fusione di società. Se tale successione si verifica in corso di causa, il successore universale diviene parte ai sensi dell'art. 110 c.p.c. (che espressamente si riferisce alla parte che viene meno «per altra causa»). Se si verifica successivamente alla formazione del giudicato, l'avente causa a titolo universale per atto tra vivi rientra negli aventi causa di cui all'art. 2909 c.c. e, dunque, subisce l'efficacia del giudicato emesso nei confronti del proprio dante causa. Da ciò si evince che la posizione del successore universale *inter vivos* è del tutto analoga a quella del successore universale *mortis causa*, ragion per cui il primo al pari del secondo non sarà legittimato a proporre l'o.t.r..

¹²³ Dottrina e giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che l'opposizione di terzo, tanto revocatoria quanto ordinaria, sia sempre e comunque preclusa a chi può proporre i

Ma l'interpretazione dell'art. 111 c.p.c. non è univoca, ragion per cui la distinzione tra i successori a titolo particolare di cui all'art. 111 e gli aventi causa legittimati a proporre o.t.r. varia a seconda della nozione di *res litigiosa* che si accoglie.

La dottrina maggioritaria¹²⁴ ritiene che l'espressione «trasferisce il diritto controverso» di cui all'art. 111 c.p.c. debba essere riferita all'alienazione non solo del medesimo diritto oggetto del giudizio pendente, ma anche di «qualsiasi altra posizione giuridica enucleabile dall'oggetto della controversia in atto»¹²⁵. Tale ricostruzione implica che sia l'avente causa di un rapporto giuridico soggettivamente diverso ma oggettivamente identico a quello oggetto del giudizio pendente sia l'avente causa di un rapporto giuridico soggettivamente ed oggettivamente diverso da quello controverso sono soggetti all'efficacia diretta della sentenza che definisce il giudizio pendente e possono dunque proporre i rimedi delle parti. Ne consegue che tutti coloro che abbiano acquistato a titolo derivativo un rapporto giuridico identico o derivato da quello oggetto del giudizio pendente non sono ammessi a proporre o.t.r..

mezzi impugnatori propri delle parti. Cfr., ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 954; FAZZALARI, voce *Successione nel diritto controverso*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1984 e ss.; OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 133 e s.; LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, cit., 64; NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 489. In giurisprudenza, Cass., 22 settembre 1992, n. 10811, cit., 1479; *Id.*, 10 agosto 1988 n. 4904, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc. 8/9; *Id.*, 21 gennaio 1971, n. 118, in *Foro it.*, 1971, I, 2638 [con nota di PROTO PISANI, *Opposizione di terzo e società di fatto*]; *Id.*, 12 gennaio 1950, n. 83, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950, IV, 112 [con nota di MAZZACANE, *Inammissibilità della opposizione ordinaria di terzo proposta dall'acquirente a titolo particolare*]; *Id.*, 24 maggio 1946, in *Foro it.*, 1946, I, 900 [con nota di ROTONDI, *L'opposizione di terzo dell'acquirente che fa parte del giudizio in cui la sentenza fu pronunciata*].

¹²⁴ Cfr., FAZZALARI, voce *Successione nel diritto controverso*, cit., 1984 e ss.; VERDE, *Profili del processo civile*, 1, cit., 220 e ss..

¹²⁵ L'espressione è mutuata da VERDE, *Profili del processo civile*, 2, cit., 227.

A diversa conclusione perviene una parte minoritaria ma autorevole della dottrina¹²⁶ che, ritenendo che l'art. 111 c.p.c. disciplini esclusivamente le ipotesi di trasferimento del medesimo diritto oggetto della controversia¹²⁷, propone un restringimento della portata dell'art. 111 c.p.c. controbilanciato dall'ampliamento della nozione di avente causa ai sensi dell'art. 404 co. 2 c.p.c..

Chi abbia acquistato una posizione giuridica enucleabile dal diritto controverso (ovvero un rapporto giuridico non solo soggettivamente ma anche oggettivamente diverso da quello oggetto del giudizio pendente) non avrà diritto ad esercitare le facoltà di cui al co. 3 dell'art. 111 c.p.c.¹²⁸, né potrà proporre le impugnazioni proprie delle parti. Chi pendente lite diviene titolare di un diritto soggettivamente e oggettivamente diverso da quello oggetto del giudizio non avrà altra tutela che, in via preventiva, spiegare intervento adesivo dipendente ai sensi dell'art. 105 c.p.c. e, in via successiva, proporre o.t.r.¹²⁹.

¹²⁶ PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 137 e ss.; *Id.*, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 395 e ss.; SATTA, *Commentario al c.p.c.*, cit., 426 e s.; ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973, 310 e ss..

¹²⁷ Cfr., PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 397, ove l'A. trae argomenti a sostegno di tale nozione restrittiva di *res litigiosa* dalla previsione dell'estromissione dell'alienante o del successore universale. L'A. afferma che «coerentemente con la circostanza che il rapporto sostanziale su cui incide il giudicato è oramai il rapporto del successore a titolo particolare, il 3° comma dell'art. 111 c.p.c. dispone che, ove il successore sia intervenuto o sia stato chiamato nel processo, l'alienante, se le altre parti vi consentono, può essere estromesso»; estromissione che mai sarebbe possibile nel caso in cui ad intervenire fosse il successore in un diritto enucleato (ovvero dipendente) da quello dedotto in giudizio. *Contra*, VERDE, *Profili del processo civile*, 1, cit., 227, ove l'A. ritiene non decisivo l'argomento tratto dal co. 3 dell'art. 111, perché l'intervento nel processo del successore a titolo particolare in un diritto dipendente da quello oggetto del giudizio (o la sua chiamata) e l'estromissione del dante causa danno luogo ad una situazione analoga a quella regolata dall'art. 108 c.p.c.. Dunque, l'estromissione non è affatto preclusa; semplicemente all'interventore è consentito di gestire la causa in luogo dell'alienante estromesso.

¹²⁸ Sul punto, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 395 e ss., il quale mette in luce che l'intervento del successore a titolo particolare nel diritto controverso e la sua chiamata in causa hanno una peculiarità che impedisce di ricondurli nell'alveo rispettivamente dell'art. 105 c.p.c. e dell'art. 106 c.p.c., ovvero che chi interviene nel giudizio *inter alios* è l'effettivo titolare del diritto dedotto in giudizio e, come tale, ha la legittimazione ordinaria a dedurlo in giudizio.

¹²⁹ Sul punto, PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 143.

Ne consegue che coloro che abbiano acquistato un diritto da una delle parti nel corso del giudizio vanno distinti in due categorie eterogenee: 1) gli aventi causa del diritto sostanziale dedotto in giudizio, ovvero i successori a titolo particolare che, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., sono soggetti all'efficacia diretta della sentenza e legittimati a proporre le impugnazioni delle parti (ciò naturalmente esclude la loro legittimazione all'o.t.r.)¹³⁰; 2) gli aventi causa di un diritto non solo oggettivamente ma anche soggettivamente diverso (ovvero dipendente) da quello dedotto in giudizio che, in quanto sono soggetti all'efficacia riflessa della sentenza, sono legittimati a proporre l'o.t.r.¹³¹.

Questa ricostruzione prospetta il rimedio dell'o.t.r. come mezzo di difesa concesso *generaliter* ai terzi soggetti all'efficacia riflessa del giudicato; mezzo senza il quale il fenomeno dell'efficacia riflessa sarebbe incompatibile con il diritto di difesa costituzionalizzato all'art. 24 Cost.¹³².

β) Se l'acquisto avviene successivamente al passaggio in giudicato della sentenza, ai sensi dell'art. 2909 c.c. l'accertamento contenuto nella sentenza emessa nei confronti del dante causa fa stato a tutti gli effetti nei confronti del cd. avente causa *post rem iudicatam*. La norma non distingue tra aventi causa in un rapporto giuridico solo soggettivamente o anche oggettivamente diverso da quello dedotto nel precedente giudizio, ragion per cui la statuizione dell'efficacia del giudicato emesso nei confronti del dante causa anteriormente alla successione va riferita ad ambedue le fattispecie.

¹³⁰ PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 137 e ss.; *Id.*, *Lezioni di diritto processuale civile*, *cit.*, 397.

¹³¹ PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 142 e s..

¹³² Sul punto, si rinvia, *infra*, par. 1.

Ciò premesso, la dottrina maggioritaria¹³³ ha ritenuto di dover escludere la legittimazione all'o.t.r. degli aventi causa *post rem iudicatam* in ragione della derivatività dell'acquisto e dell'espressa soggezione al giudicato ex art. 2909 c.c.. Si è sostenuto che in tali casi l'avente causa non può che succedere nel diritto così come accertato dalla sentenza passata in giudicato resa nei confronti del suo dante causa¹³⁴.

Comunemente, la dottrina riconosce agli aventi causa succeduti dopo il passaggio in giudicato in un diritto oggettivamente identico a quello accertato, in considerazione del fatto che per effetto della successione gli stessi acquistano la legittimazione ordinaria a far valere in giudizio quel rapporto giuridico, il rimedio della revocazione straordinaria¹³⁵. Tale rimedio non è riconosciuto a coloro che *post rem iudicatam* siano succeduti in un diritto non solo soggettivamente, ma anche oggettivamente diverso da quello accertato, poiché in tal caso il dante causa con la successione non ha perso la legittimazione a far valere in giudizio, nello specifico mediante impugnazione straordinaria, il diritto oggetto del giudicato¹³⁶.

Una parte minoritaria della dottrina¹³⁷, però, ammette i successori *post rem iudicatam* a proporre o.t.r., muovendo dalla premessa che l'ordinamento non può assoggettarli al giudicato emesso nei confronti del loro dante causa, se frutto di dolo o collusione preordinato in loro danno.

¹³³ Cfr., GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, cit., 1305 e s.; MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, cit., 109 e s.; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 125 e s.

¹³⁴ PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 139, ove l'A. afferma che: «La portata normativa dell'art. 2909 si esaurisce nell'affermare, rispetto a tali aventi causa, l'immutabilità nei futuri giudizi dell'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato prima della loro successione (sentenza pronunciata nei confronti del loro dante causa): la sentenza in esame, ..., esplicherà sempre efficacia riflessa ma potrà utilmente distinguersi a seconda che gli aventi causa siano succeduti in un rapporto giuridico avente elementi oggettivi identici ovvero diversi da quelli del rapporto dedotto in giudizio».

¹³⁵ PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 140 e ss..

¹³⁶ PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 139 e s..

¹³⁷ Cfr., NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 507; LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, cit., 42 e ss..

Ne consegue che l'o.t.r. è la «prosecuzione dello stesso discorso aperto dall'art. 2909 c.c.»¹³⁸. La portata di quest'ultima norma viene così individuata nel precludere ai soggetti cui è *ex lege* opponibile il giudicato di respingerlo mediante la mera *exceptio rei inter alios iudicatae*. Ma si precisa che gli aventi causa ed i creditori (per questi ultimi si parla di una soggezione implicita¹³⁹), pur essendo espressamente ricompresi nel campo di operatività del giudicato delineato dall'art. 2909 c.c., possono sottrarsi all'efficacia del giudicato *inter alios* quando lo stesso è effetto di attività fraudolenta in loro danno.

In altre parole, di fronte ad un giudicato sfavorevole al loro dante causa ma «genuino»¹⁴⁰, gli aventi causa *post rem iudicatam* non possono sottrarsi all'efficacia dello stesso, né possono dirsi pregiudicati (o meglio non subiscono un danno ingiusto). Ma gli stessi sono legittimati a respingere il giudicato cui *ex lege* sono assoggettati ogni qual volta questo procuri loro un danno ingiusto proprio per essere frutto di attività fraudolenta¹⁴¹.

Questa ricostruzione prospetta l'o.t.r. come il rimedio a carattere necessario che l'ordinamento concede agli aventi causa *post rem iudicatam* per evitare il danno ingiusto cui li esporrebbe la soggezione ad una sentenza fraudolenta.

Ma ad una tale soluzione si obietta che la legittimazione degli aventi causa *post rem iudicatam* ha ragion d'essere solo in astratto, poiché in concreto non si può non considerare che gli stessi erano privi della qualità di aventi causa quando si è svolto il processo, ovvero nel momento in cui il dolo e la collusione sarebbero stati perpetrati in loro

¹³⁸ L'espressione è mutuata da NICOLETTI, *ult. op. cit.*, 507.

¹³⁹ Sul punto, NICOLETTI, *ult. op. cit.*, 482, ove l'A. afferma che l'o.t.r. è concessa a due classi eterogenee di terzi «... trattandosi, per gli aventi causa, di titolari di rapporti dipendenti cui esplicitamente si estende l'efficacia del giudicato (art. 2909 c.c.), e per i creditori, di terzi pregiudicati non in diritto, ma in fatto, e come tali, implicitamente assoggettati al medesimo».

¹⁴⁰ L'espressione è di CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze, cit.*, 251.

¹⁴¹ Così, NICOLETTI, *ult. op. cit.*, 507.

danno. Gli aventi causa di cui all'art. 2909 c.c., prima dell'acquisto, non possono dirsi titolari di alcuna situazione giuridica meritevole di tutela, neanche di una semplice aspettativa¹⁴². Ciò trova conferma nel fatto che gli stessi siano privi sia dell'interesse a partecipare al procedimento di formazione del provvedimento giurisdizionale nelle forme dell'intervento adesivo dipendente sia dell'interesse ad impugnare la sentenza. Inoltre, è difficilissimo ipotizzare un processo fraudolento in danno a chi ancora non esiste. Vero è che non si può escludere che il processo sia stato fraudolentemente preordinato a danno del futuro acquirente (ipotesi del tutto speculare a quella dell'erede legittimario *post rem iudicatam*), ma l'ipotesi difficilmente si realizzerà sul piano pratico.

Invece, molto più frequentemente potrà accadere che il dante causa taccia all'acquirente l'esistenza di un giudicato sì genuino ma a sé sfavorevole. In tal caso, l'acquirente *post rem iudicatam*, non potendosi avvalere dell'o.t.r. (mancando il dolo o la collusione in suo danno), troverà tutela nelle azioni civilistiche (annullamento per dolo, rimedi per l'evizione e tutela risarcitoria)¹⁴³.

γ) Resta, infine, da esaminare la situazione dell'avente causa divenuto tale anteriormente all'instaurazione del giudizio.

Chi succede in un diritto avente elementi oggettivi identici a quello successivamente dedotto nel giudizio instaurato dal o nei confronti del dante causa non subisce l'efficacia né diretta né riflessa della sentenza ivi resa, poiché quest'ultimo all'atto della successione si è spogliato della legittimazione (ordinaria) a far valere in giudizio quello stesso rapporto giuridico. Pertanto, tale avente causa subisce l'efficacia esclusivamente delle pronunce emesse nei confronti del proprio autore antecedentemente alla successione e non anche successivamente. Pertanto, tale avente causa deve essere escluso dal novero dei legittimati a proporre o.t.r.¹⁴⁴.

¹⁴² MENCHINI, *Il giudicato civile, cit.*, 173.

¹⁴³ In tal senso, CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze, cit.*, 261.

¹⁴⁴ Per tutti, PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria, cit.*, 138.

Ne consegue, per esclusione, che gli aventi causa di cui all'art. 404 co. 2 c.p.c. non possono che essere coloro che, anteriormente all'instaurazione del giudizio, succedono in un diritto dipendente (ovvero non solo soggettivamente ma anche oggettivamente diverso) da quello del loro dante causa.

Orbene, con la successione il dante causa non si è affatto spogliato della legittimazione ordinaria a far valere in giudizio il diritto pregiudiziale. Pertanto, chi acquista un diritto oggettivamente e soggettivamente diverso da quello del dante causa (*i.e.*, un diritto dipendente), proprio in ragione dell'esistenza nel nostro ordinamento di un principio che ricollega in via generale ai nessi di pregiudizialità-dipendenza il fenomeno della riflessione¹⁴⁵⁻¹⁴⁶, subisce l'efficacia riflessa delle sentenze pronunciate nei confronti del suo autore sia prima che dopo la successione.

Ma, solo nel caso in cui la sentenza sia stata pronunciata dopo la successione gli aventi causa in un diritto dipendente devono essere ammessi a proporre o.t.r.¹⁴⁷ per evitare che gli stessi subiscano un ingiusto danno dalla soggezione all'efficacia riflessa della sentenza emessa *inter alios* sul diritto pregiudiziale che li pregiudica in quanto frutto di dolo o collusione in loro danno.

In conclusione, legittimati all'o.t.r. sono gli aventi causa subentrati in un rapporto giuridicamente dipendente da quello dedotto in giudizio, allorquando la successione sia intervenuta anteriormente all'instaurazione del giudizio sul diritto pregiudiziale.

¹⁴⁵ Così, ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 78 e ss.; FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, cit., 115 e ss., 138 e ss.; PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 84 e ss., e specificamente 141.

¹⁴⁶ In senso contrario, quella parte della dottrina che, sostenendo il carattere eccezionale della riflessione, individua l'avente causa di cui all'art. 404 c.p.c. nel successore a titolo particolare nel diritto controverso *ex art.* 111 c.p.c. che non è intervenuto nella causa tra le parti originarie. Così, MONTELEONE, *Sulla legittimazione a proporre opposizione di terzo revocatoria*, cit., 933.

¹⁴⁷ Così, PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 142.

4. – Sostenere che il fenomeno dell'efficacia *ultra partes* riflessa ha carattere generale, ovvero che il giudicato sul diritto pregiudiziale vincola il terzo titolare di diritto dipendente non solo nei casi espressamente previsti dalla legge, ha un riflesso immediato sull'esatta individuazione del novero dei legittimati all'o.t.r..

Se l'ordinamento concede l'o.t.r. ad aventi causa e creditori perché soggetti ad «una qualche efficacia»¹⁴⁸ del giudicato reso *inter alios*, allora non si può negare ai terzi titolari di un diritto dipendente il medesimo rimedio, poiché questi ultimi, essendo soggetti all'efficacia riflessa della sentenza che accerta il diritto pregiudiziale, subiscono un pregiudizio del tutto analogo a quello degli aventi causa, ovvero quel pregiudizio giuridico consistente nell'impossibilità di rimettere in discussione nel successivo processo (cui prende parte l'avente causa o il terzo titolare di diritto dipendente) esistenza e modalità d'essere di uno dei fatti costitutivi del proprio diritto. Fatto costitutivo che non è un mero fatto, bensì un fatto-diritto accertato tra i legittimi *contradictores* con sentenza passata in giudicato.

Dunque, non concedere l'o.t.r. ai terzi titolari di diritti dipendenti si tradurrebbe in una disparità di trattamento tra soggetti che si trovano nella stessa identica situazione, in violazione dell'art. 3 Cost..

A sostegno dell'interpretazione estensiva dei legittimati all'o.t.r. argomentazioni di ordine storico, sistematico e comparatistico.

Come precedentemente affermato, il legislatore del 1940 ha accolto l'interpretazione estensiva elaborata dalla dottrina sotto il previgente codice di rito, la quale, sebbene ricostruisse l'o.t.r. come «l'azione revocatoria applicata ai giudizi»¹⁴⁹, ammetteva al rimedio di cui all'art. 512 anche agli aventi causa, intesi quale «categoria tipica di soggetti non

¹⁴⁸ L'espressione, mutuata da OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 107, mette in evidenza l'opinione prevalente che concede l'o.t.r. tanto ai terzi soggetti all'efficacia riflessa quanto ai terzi soggetti all'efficacia di fatto.

¹⁴⁹ L'espressione è mutuata da CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, cit., 1015.

partecipanti al processo, i quali non potrebbero valersi dell'opposizione comune (di cui al 1° comma dell'art. 404) non essendo, rispetto a loro, la sentenza *res inter alios*¹⁵⁰.

Ma il dato storico, pur potendo avvalorare la legittimità dell'interpretazione estensiva dei legittimati all'o.t.r., non è di per sé sufficiente a giustificarla.

L'argomentazione di ordine sistematico che consacra l'estensione della legittimazione a proporre o.t.r. ai terzi titolari di diritti dipendenti si rinviene nella succitata sentenza della Corte costituzionale n. 55 del 22 marzo 1971¹⁵¹, nella quale si riconosce all'o.t.r. un preciso rilievo sistematico, consistente nel rendere compatibile l'efficacia riflessa con l'art. 24 Cost.. Più precisamente, si ravvede nell'o.t.r. un'impugnazione di chiusura del sistema volta a garantire, sia pure *ex post*, il diritto di difesa a tutti i terzi assoggettati all'altrui giudicato per effetto della riflessione, nonché la giustezza delle decisioni giurisdizionali.

Una conferma della difesa interpretazione la si rinviene proprio nell'esperienza giuridica tedesca.

Non deve stupire il fatto che la teoria della *Drittwirkung der Rechtskraft* (ossia della forza vincolante per i terzi della sentenza), che tanto ha influenzato la dottrina italiana degli inizi del Novecento, non si sia radicata proprio in seno a quella dottrina che a cavallo tra il XIX e XX secolo l'ha elaborata.

La dottrina processualistica e la giurisprudenza tedesche, oggi come allora, rifiutano l'espansione dell'efficacia del giudicato nei confronti dei terzi, quand'anche titolari di rapporti giuridici dipendenti da quello deciso, perché incompatibile con il dettato di cui al § 103 co. 1 *Grundgesetz*, secondo il quale al terzo soggetto all'altrui giudicato deve

¹⁵⁰ Cfr., ZANI, *La revocazione e l'opposizione di terzo nel nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, 277.

¹⁵¹ Si rinvia, *infra*, par. 1.

essere garantito, perlomeno potenzialmente, il diritto di intervenire nel processo *inter alios* per difendersi.

Muovendo dal rilievo che la garanzia costituzionale del *rechtiliches Gehör* (ossia il diritto ad essere ascoltati, speculare al diritto di difesa *ex art. 24 comma 2* della nostra Carta costituzionale) sia un valore primario ed inderogabile, è fatto divieto al legislatore ordinario di assoggettare irrimediabilmente al giudicato altrui i terzi che non abbiano avuto la concreta possibilità di difendersi nel giudizio avente ad oggetto il rapporto pregiudiziale. In altre parole, dottrina e giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che non sia vietata ogni forma di efficacia *ultra partes* della sentenza, ma che sia costituzionalmente doveroso prevedere strumenti idonei a garantire ai soggetti colpiti dalla *Reflexwirkung* la facoltà di partecipare attivamente alla formazione del giudicato medesimo.

Dunque, l'orientamento dominante, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, fonda sull'inesistenza di rimedi preventivi e successivi idonei a tutelare il terzo soggetto all'efficacia riflessa del giudicato alieno l'inconfutabile affermazione *de iure condito* della limitazione dell'efficacia del giudicato alle sole parti¹⁵².

Di recente, però, nella dottrina alemanna si sono moltiplicati i tentativi di rimediare a tale lacuna dell'ordinamento processuale, proponendo un'utilizzazione estensivo-analogica di taluni istituti processuali.

Per una parte della dottrina dovrebbe riconoscersi al terzo titolare di un rapporto giuridico dipendente da quello deciso *inter alios* la facoltà di contestare tale decisione nel futuro processo avente ad oggetto principale il diritto pregiudicato mediante un'ampia *exceptio doli* (*ex §§*

¹⁵² Allo stato, in ragione della mancanza nell'ordinamento tedesco di tali rimedi, si riconosce il ricorso costituzionale individuale (cd. *Verfassungsbewerde*) per violazione del *rechtiliches Gehör*.

242 BGB); altra parte della dottrina ravvede nella domanda di risarcimento dei danni l'unico rimedio esperibile.

Infine, quella parte della dottrina che, ammettendo l'estensione del giudicato *ultra partes* in tutti i casi di dipendenza civilistica (anche se non espressamente previsto), ravvede nell'ampliamento degli strumenti di *litis denuntiatio*, idonei a garantire al terzo la concreta possibilità di intervenire nel giudizio pendente tra le parti originarie, l'unica soluzione costituzionalmente conforme. In quest'ultimo senso, si è proposta l'estensione al processo civile dell'istituto della *Beiladung*, un istituto analogo al nostro intervento coatto *iussu iudicis* ex art. 107 c.p.c., previsto nell'ordinamento tedesco con riferimento ai soli processi amministrativi e tributari.

Ma è nella mancanza di qualsiasi mezzo di tutela successiva, analogo alla nostra o.t.r., che tuttora l'orientamento dominante in Germania trova il principale argomento a sostegno del rifiuto dell'estensione del giudicato nei confronti dei terzi, quand'anche titolari di diritti dipendenti¹⁵³.

Dunque, alla luce di tali argomentazioni l'interpretazione estensiva dei legittimati all'o.t.r. deve ritenersi, oltre che legittima, costituzionalmente doverosa.

Peraltro, le suesposte conclusioni trovano conferma in quel costante orientamento giurisprudenziale che riconosce la soggezione all'efficacia riflessa di tutti i terzi titolari di diritti dipendenti¹⁵⁴.

¹⁵³ La dottrina maggioritaria ravvede in tale lacuna legislativa una precisa scelta dell'ordinamento di limitare l'operatività del giudicato esclusivamente alle parti secondo il dettato dei §§ 325-327 Z.P.O.. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a TROCKER, *I limiti soggettivi tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale (profili dell'esperienza giuridica tedesca)*, cit., 60-88.

¹⁵⁴ Nel senso che l'efficacia riflessa del giudicato nei confronti di soggetti diversi si verifichi allorché tra i due rapporti giuridici sussista un nesso di pregiudizialità-dipendenza, cfr., Cass., 10 novembre 2008, n. 26927, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 11, 1603; *Id.*, 01 settembre 2008, n. 21939, in www.dejure.giuffre.it; Cass., s.u., 12 marzo 2008, n. 6523, in *Foro amm. CDS*, 2008, 12, 3433; *Id.*, 23 novembre 2007, n. 24433, in

Dipendenza che nella casistica giurisprudenziale si manifesta, pressoché costantemente, nella successione¹⁵⁵, nell'acquisto cd. costitutivo¹⁵⁶⁻¹⁵⁷, nella locazione¹⁵⁸ e naturalmente nella sublocazione¹⁵⁹⁻¹⁶⁰ e più in generale in tutti i subcontratti, mentre nell'ambito dei rapporti di coobbligazione e dei rapporti di garanzia¹⁶¹ è tutt'altro che pacifica.

www.dejure.giuffre.it; *Id.*, 12 maggio 2003, n. 7262, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5; *Id.*, 30 maggio 2002, n. 7938, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 935.

¹⁵⁵ Nel senso che gli aventi causa siano titolari di un diritto derivato da quello del dante causa e perciò soggetti all'efficacia riflessa della sentenza pronunciata nei confronti di quest'ultimo, *ex multis*, Cass., 07 aprile 1988, n. 2747, in *Foro it.*, 1988, I, 3326.

¹⁵⁶ Nel senso che l'usufruttuario subisca l'efficacia riflessa della sentenza resa tra il nudo proprietario ed un terzo, Cass., 16 agosto 1948, n. 1490, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 225; *Id.*, 15 ottobre 1948, n. 1750, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 227; *Id.*, 03 giugno 1950, n. 1375, in *Foro it.*, 1950, 3108; Trib. Perugia, 12 aprile 1957, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce *Opp. di terzo*, nn. 13-14.

¹⁵⁷ Nel senso che anche l'acquisto a titolo costitutivo dia luogo al fenomeno della riflessione, cfr., PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 148 e ss.; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 56 nota 1. In senso parzialmente difforme, ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit., 191 e ss., ove l'A., dopo aver negato che l'acquisto cd. costitutivo rientri nell'ampio *genus* della successione, riconosce che il giudicato sul diritto cd. base si riflette sul titolare del diritto cd. minore, eccezion fatta per il caso in cui tale giudicato intervenga successivamente all'acquisto costitutivo.

¹⁵⁸ È frequente che la giurisprudenza conceda al conduttore l'o.t.r. nel caso in cui il giudicato resa tra il locatore ed un terzo che privi il primo del diritto di proprietà che è elemento della fattispecie costitutiva del diritto del conduttore. Cfr., Cass., 25 marzo 1980, n. 1995, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1265; *Id.*, 22 gennaio 1990, n. 336, in *Foro it.*, 1990, voce *Opp. di terzo*, n. 4.

¹⁵⁹ La più nota tra le disposizioni che espressamente estendono ad un terzo, in quanto titolare di un diritto dipendente, gli effetti (riflessi) del giudicato reso *inter alios* sicuramente il comma 3 dell'art. 1595 c.c. La giurisprudenza sul rapporto di sublocazione è copiosa. Cfr., Cass., 15 marzo 1950, n. 694, in *Foro it.*, 1950, I, 453; C. App. Napoli, 24 gennaio 1953, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, 158; Cass., 09 ottobre 1953, n. 3271, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, V, 661; Pret. Trento, 05 maggio 1954, in *Giur. it.*, 1955, I, 2, 688; Cass., 14 dicembre 1954, n. 4471, in *Giust. civ.*, 1955, I, 934; Pret. Roma, 16 giugno 1955, *Temi romana*, 1955, 284; C. App. Aquila, 17 maggio 1957, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce *Opp. terzo*, n. 15; Cass., 03 luglio 1957, n. 2583, in *Mass. giust. civ.*, 1957, 996; *Id.*, 30 giugno 1960, n. 1716, in *Mass. Giust. civ.*, 1960, 637; *Id.*, 14 marzo 1964, n. 580, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 866; *Id.*, 26 giugno 1972, n. 2169, in *Mass. giust. civ.*, 1972, 1219; *Id.*, 16 febbraio 1976, n. 508, in *Foro it.*, 1976, I, 2194.

¹⁶⁰ La dottrina si divide in ordine alla possibilità di ricondurre la situazione del subconduttore nell'alveo della successione cd. costitutiva. In senso favorevole, PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 187 e s.; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 206 e ss.. In senso contrario, GARBAGNATI, *Intorno all'efficacia, nei confronti del subconduttore, dell'ordinanza di convalida della licenza intimata al sublocatore*, cit., 102.

¹⁶¹ In ordine alla posizione del fideiussore, si registrano posizioni contrastanti tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza. Sul punto, BUSNELLI, *La cosa giudicata e le obbligazioni solidali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, I, 426 e ss.; MENCHINI, *Il processo litisconsortile, Struttura e poteri delle parti*, Milano, 1993, 581 e ss.. In

Ciò nonostante, la giurisprudenza ammette i terzi titolari di diritti dipendenti all'opposizione di terzo ordinaria ogni qual volta si verifichi una fattispecie autonomizzante. Ad esempio, il diritto del successore si autonomizza da quello del dante causa nell'ipotesi in cui ricorrano gli estremi dell'*acquisto a non domino* di un bene mobile ai sensi dell'art. 1153 c.c. (titolo astrattamente idoneo, possesso e buona fede), nell'ipotesi in cui ricorrano gli estremi dell'usucapione breve *ex art.* 1159 c.c. (titolo astrattamente idoneo, possesso protratto nel tempo e buona fede) ed anche per effetto del regime delle trascrizioni, laddove, però, l'antiorità della trascrizione rispetto alla trascrizione della domanda giudiziale è condizione necessaria ma non sempre sufficiente a rendere autonomizzato il diritto dell'avente causa rispetto al diritto dedotto nel giudizio pendente tra il dante causa ed il terzo¹⁶².

In queste situazioni, il terzo finisce coll'essere assimilato ai titolari di diritti connessi per incompatibilità a quello accertato *inter alios* e, dunque, non è in alcun modo soggetto agli effetti del giudicato altrui¹⁶³. Pertanto, risulta comprensibile l'orientamento giurisprudenziale che concede l'opposizione di cui al comma primo dell'art. 404 c.p.c. al conduttore effettivo avverso il conduttore simulato¹⁶⁴, al subconduttore quando fa valere un suo autonomo diritto a costituire il rapporto

giurisprudenza per l'affermativa, Cass., 27 marzo 1959, n. 938, in *Giur. it.*, 1959, 1642; per la negativa Cass., 06 agosto 1965, n. 1890, in *Giust. civ.*, 1966, I, 2051.

¹⁶² Cfr., Cass., 18 giugno 1992, n. 7528, in *Foro it.*, 1993, I, 3340, in cui il terzo acquirente è stato ammesso all'opposizione semplice avverso la sentenza di accoglimento della domanda di rivendica, in ragione dell'antiorità della trascrizione del titolo di acquisto rispetto alla trascrizione della domanda giudiziale.

¹⁶³ Nel senso che l'efficacia riflessa del giudicato non si estende ai terzi che siano titolari non già di un diritto dipendente dalla situazione definita da quel processo bensì di un diritto autonomo rispetto al rapporto giuridico definito con il giudicato stesso, cfr., Cass., s.u., 12 marzo 2008, n. 6523, *cit.*; *Id.*, 22 dicembre 2008, n. 29925, in www.dejure.giuffre.it; *Id.*, 20 gennaio 2004, n. 849, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 1; *Id.*, 10 novembre 2008, n. 26927, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 11, 1603; *Id.*, 30 maggio 2002, n. 7938, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 935; *Id.*, 18 maggio 2001, n. 6851, in *Arch. civ.*, 2002, 361; *Id.*, 22 marzo 2001, n. 4142, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 557; *Id.*, 24 marzo 1999, n. 2795, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 663.

¹⁶⁴ Cfr., Cass., 18 giugno 1948, n. 1527, in *Foro it.*, 1949, I, 948.

direttamente con il locatore¹⁶⁵, in caso di pluralità di conduttori o locatari che vantino diritti personali di godimento sullo stesso bene¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Cfr., Cass., 18 giugno 1948, n. 1527, *cit.*, 948.

¹⁶⁶ Cfr., 11 gennaio 1988, n. 19, in *Foro it.*, 1988, I, 2534. In tal caso, la S.C. ha ritenuto che il nuovo conduttore fosse legittimato all'opposizione ordinaria avverso la sentenza esecutiva che aveva disposto il ripristino del contratto di locazione, a condizione che lo stesso facesse valere non un diritto dipendente da quello accertato in sentenza, bensì «una *potiore* posizione giuridica derivante direttamente dalla legge per la sua prospettata qualità di terzo locatario di buona fede».

Capitolo III

Sul procedimento e sulla pronuncia.

SOMMARIO

1. Il procedimento (artt. 405, 406, 407 c.p.c.): unico per ambedue i casi di opposizione.
2. Esercizio dell'opposizione di terzo revocatoria in via incidentale o anticipata.
3. La decisione e gli effetti della sentenza che accoglie l'opposizione di terzo revocatoria.

1. – Il legislatore ha dedicato al procedimento, unico per ambedue i casi di opposizione di terzo, un numero esiguo di norme (artt. 405-407 c.p.c.), dal quale si desume una disciplina che la dottrina maggioritaria considera da sempre gravemente lacunosa¹, soprattutto con riguardo ad alcuni profili, quali il concorso tra le opposizioni di terzo e gli altri mezzi di impugnazione, il concorso con gli altri rimedi oppositori ed, infine, il contenuto della sentenza di accoglimento².

L'art. 405 co. 1 c.p.c. stabilisce la competenza funzionale (e perciò inderogabile)³ a conoscere dell'o.t.r. dello «stesso giudice che ha pronunciato la sentenza». Secondo l'interpretazione prevalente⁴, per «stesso giudice» si intende il medesimo ufficio giudiziario, ma nulla osta

¹ In tal senso, ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 668; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 362 e s.; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, cit., 208; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 724 e ss..

² È opportuno precisare che il rapporto con l'intervento in appello di cui all'art. 344 codice di rito, il concorso con altri mezzi di impugnazione e la mancata previsione del contenuto della sentenza di accoglimento costituiscono profili problematici che opposizione di terzo ordinaria ed o.t.r. condividono. Invece, il problema del concorso tra i rimedi di cui all'art. 404 c.p.c. e gli altri rimedi oppositori (in particolar modo, l'opposizione di terzo all'esecuzione ex art. 619 c.p.c.) riguarda esclusivamente l'opposizione semplice.

³ La S.C. ha più volte precisato che tale competenza non subisce modifiche neanche per ragioni di connessione. Sul punto, Cass., 08 novembre 1985, n. 5466, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, fasc., 11; *Id.*, 13 aprile 1999, n. 3608, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 829.

⁴ In senso favorevole all'inapplicabilità dell'art. 51 n. 4 c.p.c., per tutti, OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 125. In giurisprudenza, Cass., 09 giugno 1969, n. 2033, in *Giust. civ.*, 1969, I, 2090. Nel senso che l'art. 405 c.p.c. non escluda la garanzia dell'alterità soggettiva del giudice dell'opposizione di terzo, cfr., C. St., Ad. pl., 25 marzo 2009, n. 2, in www.dejure.giuffre.it. *Contra*, LUISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 9.

a che l'o.t.r. sia conosciuta dallo stesso giudice-persona fisica⁵. In tal caso, l'imparzialità del giudice non è minata dalla precedente conoscenza della causa, poiché il *thema decidendum* del giudizio di opposizione è diverso da quello del precedente giudizio svolto tra le parti originarie. Infatti, nel giudizio di o.t.r. il giudice è chiamato ad accertare l'esistenza del dolo o della collusione, il nesso di causalità tra l'attività fraudolenta ed il tenore della sentenza, nonché la sussistenza del danno per il terzo.

Si rende necessario precisare che l'o.t.r. dovrà essere proposta al giudice dell'appello anche quando la sentenza di appello si sia limitata a confermare la decisione di primo grado, in ragione del cd. effetto sostitutivo della pronuncia⁶; mentre, ove il terzo si ritenga pregiudicato da un unico capo della sentenza resa in primo grado che sia passato in giudicato per effetto di acquiescenza parziale, l'o.t.r. andrà proposta al giudice di primo grado⁷⁻⁸.

Nel caso in cui l'appello sia stato dichiarato inammissibile o improcedibile, il terzo dirigerà la propria opposizione avverso la sentenza di primo grado oramai passata in giudicato e conseguentemente

⁵ Espressamente in tal senso il dettato dell'art. 511 c.p.c. 1865 che recitava come segue: «L'opposizione del terzo si propone davanti alla stessa autorità giudiziaria che ha pronunciato la sentenza impugnata, e possono su di essa pronunciare gli stessi giudici»

⁶ In tal senso ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 943; OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 124; LUISO, *ult. op. cit.*, 9. Analogamente in giurisprudenza, Trib. Napoli, 06 aprile 1979, in *Dir. giur.*, 1980, 894; C. App. Torino, 10 aprile 1951, in *Mon. trib.*, 1951, 116.

⁷ Che l'acquiescenza (totale o parziale) che le parti prestano alla sentenza che chiude il giudizio tra loro intercorso non precluda al terzo di proporre l'opposizione è pacifico. Cfr., ANDRIOLI, *ult. op. cit.*, 943; LUISO, *ult. op. cit.*, 9. In giurisprudenza, Cass., 05 novembre 1976, n. 4028, in *Giust. civ.*, 1977, I, 39.

⁸ Controversa, invece, la possibilità del terzo di prestare acquiescenza alla sentenza resa *inter alios*. In senso favorevole, GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, cit., 1318, ove l'A. richiama a sostegno della propria posizione la formulazione dell'art. 329 co. 1 c.p.c. che esclude dal proprio ambito di applicazione solo i casi di revocazione straordinaria. *Contra*, NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 510 nota 201, il quale ritiene che l'interpretazione letterale dell'art. 329 c.p.c. vada respinta perché il terzo non può essere vincolato al giudicato reso *inter alios* sulla base dell'accettazione ad opera delle parti di un regolamento frutto di dolo o collusione in suo danno, al quale per di più non ha preso parte. È, invece, pacifico che possano fare acquiescenza alla sentenza che chiude l'opposizione sia il terzo, sia le parti originarie. In tal caso, il terzo è parte del giudizio e come tale deciderà liberamente se impugnare o meno la sentenza.

competente sarà il giudice di primo grado⁹. Per gli stessi motivi, dovrà essere adito il giudice d'appello o di primo grado che ha emesso la sentenza di merito passata in giudicato a seguito del rigetto del ricorso in cassazione¹⁰. Dunque, è orientamento consolidato e costante escludere l'opponibilità ad opera del terzo delle sentenze a contenuto puramente processuale¹¹.

L'affermazione della competenza dello «stesso giudice» di cui all'art. 405 c.p.c. risulta confermata anche dall'art. 391 *ter*, a norma del quale l'o.t.r. avverso i provvedimenti con cui i giudici di legittimità decidono le cause nel merito deve essere proposta direttamente dinanzi a loro.

Invece, qualora il terzo voglia opporre in via revocatoria un lodo, essendo gli arbitri sforniti della *potestas iudicandi*, l'impugnazione dovrà essere indirizzata, ai sensi del comma quarto dell'art. 831 c.p.c., alla Corte d'Appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato e quest'ultima riunirà le impugnazioni per nullità, revocazione ed opposizione di terzo nello stesso processo, a condizione che lo stato della causa

⁹ Cfr., ANDRIOLI, *ult. op. cit.*, 943; OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 124; LUISO, *ult. op. cit.*, 9. In giurisprudenza, Cass., 29 maggio 1972, n. 1727, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1373.

¹⁰ Sul punto, OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 124.

¹¹ Così, ANDRIOLI, *ult. op. cit.*, 943; OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 124; LUISO, *ult. op. cit.*, 9. In senso parzialmente difforme, GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, *cit.*, 1314, il quale esclude l'esperibilità dell'opposizione di terzo avverso le sentenze di primo grado a contenuto puramente processuale perché inidonee a produrre «un danno «positivo» al terzo», mentre sostiene per le sentenze che respingono per motivi di rito l'appello o il ricorso in cassazione una soluzione più articolata. Più precisamente, l'A. ritiene, in accordo con la dottrina maggioritaria, che l'opposizione di terzo generalmente debba dirigersi avverso la sentenza di primo grado o di appello che passa in giudicato per effetto proprio del rigetto in rito dell'impugnazione, ma ammette che l'opposizione sia proposta avverso la sentenza emessa dal giudice dell'impugnazione avente contenuto meramente processuale ogni qual volta la parte che dal passaggio in giudicato della sentenza emessa nel precedente grado di giudizio trae ingiusto vantaggio nei confronti del terzo si accorda con l'altro litigante per far venir meno l'impugnazione già proposta. In tal caso, la collusione *in damno tertii* tra le parti interviene non nel precedente grado di giudizio, bensì quando l'impugnazione avverso la sentenza erronea è già stata proposta e soggetto passivo della stessa non è il giudice del precedente grado di giudizio, bensì il giudice dell'impugnazione. Ne consegue che l'opposizione di terzo debba essere proposta avverso la sentenza di impugnazione a contenuto meramente processuale.

preventivamente adita non impedisca l'esauriente trattazione e decisione delle altre impugnazioni proposte avverso il medesimo lodo.

Infine, va rilevato che la giurisprudenza è orientata nel senso di ritenere applicabile l'art. 50 c.p.c. nel caso in cui il terzo abbia adito un giudice incompetente; conseguentemente, il giudizio di o.t.r. dovrà essere riassunto dinanzi al giudice dichiarato competente, con salvezza degli effetti della domanda¹².

Il comb. disp. degli artt. 405 co. 1 e 406 c.p.c. stabilisce che il giudizio di opposizione debba svolgersi secondo le forme prescritte per il procedimento dinanzi al giudice competente, salva la prevalenza delle disposizioni derogatorie contenute nel capo V, Titolo III, Libro II. Dunque, il giudizio *ex art. 404 c.p.c.* deve svolgersi con lo stesso rito e procedimento adottato nel processo instaurato *inter partes* a conclusione del quale è stata emanata la sentenza opposta¹³.

Nonostante l'indicazione espressa della legge, si impone qualche adattamento in considerazione del fatto che l'o.t.r. è un'impugnazione proposta da un terzo, che è tale per non aver partecipato al precedente giudizio. Orbene, il procedimento da seguire per i giudizi di primo grado ben si confà al giudizio di opposizione in via revocatoria, in quanto opponente e parti originarie da lui convenute saranno tenute a svolgere le loro attività processuali ai sensi degli artt. 163 e ss. c.p.c., così come saranno soggette alle preclusioni proprie del primo grado.

Invece, il procedimento per i giudizi di appello necessita un qualche adattamento. Di fronte ad un terzo che introduce fatti nuovi (allegando il dolo o la collusione, ma anche il nesso di causalità ed il danno subìto) e formula tutte le richieste istruttorie utili a provarli, non si può negare alle parti originarie il diritto di difendersi mediante

¹² Cfr., LUISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 9. Analogamente, C. App. Firenze, 09 dicembre 1957, in *Giur. tosc.*, 1958, 36.

¹³ Nel senso che il giudizio di opposizione di terzo non mutui dal giudizio precedente anche la funzione, ma solo il procedimento cfr., GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, cit., 1308 e 1320; NICOLETTI, *ult. op. cit.*, 513.

l'allegazione di nuove eccezioni (quand'anche non rilevabili d'ufficio) e dei relativi mezzi di prova al fine di ottenere una sentenza che dichiari l'opposizione inammissibile, improcedibile o infondata. Dunque, si deve ritenere l'inapplicabilità del divieto dei *nova* di cui all'art. 345 c.p.c.; conclusione che appare obbligata, a meno di non voler sostenere che i giudici debbano ammettere tali richieste istruttorie perché «indispensabili ai fini della decisione della causa».

Infine, quando l'o.t.r. è proposta avverso una sentenza con cui la S.C. di Cassazione ha deciso nel merito la causa, il procedimento da seguire è disciplinato dal comma 2 dell'art. 391 *ter*, introdotto dall'art. 17 del d. lgs. n. 40 del 2006. La S.C. può accogliere la domanda di opposizione e pronunciare nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto, oppure dichiarare ammissibile l'opposizione di terzo e rinviare la causa al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata. Il legislatore del 2006, nel dettare specifiche indicazioni normative sul punto, ha superato il vuoto legislativo venutosi a creare a seguito della riforma del 1990 (l. 353), allorquando la dottrina, ritenendo opponibili di terzo le sentenze di merito della S.C., nonostante l'art. 391 *bis* prevedesse esclusivamente la loro revocabilità per errore di fatto, era costretta ad adattare in maniera considerevole il procedimento previsto per il giudizio di legittimità, modellandolo sul procedimento stabilito per i giudizi di appello¹⁴.

Il comma 2 dell'art. 405 c.p.c. prescrive che l'atto introduttivo del giudizio di o.t.r. debba avere i requisiti di forma-contenuto dell'atto di citazione (di cui all'art. 163 c.p.c.), nonché l'indicazione della sentenza che si impugna¹⁵ e del giorno in cui il terzo è venuto a conoscenza del dolo o della collusione e della relativa prova.

¹⁴ Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 126.

¹⁵ Sebbene l'onere di allegare alla produzione la copia autentica della sentenza impugnata sia espressamente previsto solo per l'appellante e per il ricorrente in

Ma in ossequio al richiamo alle forme stabilite per il procedimento dinanzi al giudice funzionalmente competente, è orientamento consolidato e costante, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che l'opponente debba osservare la forma dell'atto introduttivo (e conseguentemente la modalità di costituzione) prescritta per quel procedimento¹⁶. Di conseguenza, se competente è il Tribunale (in composizione monocratica o collegiale) o il Giudice di pace o la Corte di appello, l'atto introduttivo avrà forma di citazione¹⁷ oppure di ricorso, a seconda che il giudizio debba essere trattato rispettivamente col rito ordinario o col rito del lavoro; allorché la competenza spetti alla S.C. di Cassazione l'atto introduttivo dovrà necessariamente avere forma di ricorso¹⁸.

Naturalmente, anche le parti originarie convenute dall'opponente osserveranno per gli atti introduttivi e le modalità di costituzione in giudizio le norme prescritte per il procedimento dinanzi al giudice competente.

Nell'atto introduttivo il terzo opponente deve indicare il giorno in cui è venuto a conoscenza del dolo o della collusione e la relativa prova al fine di consentire l'immediato rilievo della tempestività dell'impugnazione¹⁹.

Come noto, ai sensi del comb. disp. degli artt. 325 e 326 c.p.c. il terzo deve opporre in via revocatoria entro trenta giorni²⁰ dalla scoperta

cassazione (rispettivamente artt. 347² e 369² n.2 c.p.c.), tale onere va esteso anche al terzo opponente, finanche nel caso in cui la sentenza opposta sia di primo grado. Sul punto, OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 125.

¹⁶ OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 126; LUISO, voce *Opposizione di terzo*, *cit.*, 9. In senso conforme, Pret. Bologna, 17 febbraio 1984, in *Arch. loc.*, 1984, 97.

¹⁷ Naturalmente, in caso di competenza del Giudice di pace, si dovrà tenere conto dell'art. 316 c.p.c. che stabilisce che la domanda possa essere presentata, oltre che in forma di atto di citazione, anche verbalmente.

¹⁸ Come noto, ai sensi dell'art. 365 c.p.c. il ricorso in cassazione deve essere sottoscritto da un avvocato iscritto nell'apposito albo, munito di procura speciale.

¹⁹ Cfr., GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, *cit.*, 1318.

²⁰ L'unificazione del termine per proporre o.t.r. è avvenuta ad opera degli artt. 47 l. 353 del 1990 e 32 l. 374 del 1991, mentre precedentemente il termine era di giorni dieci per

della frode. Ma nel caso in cui la scoperta abbia luogo quando è ancora in corso il giudizio, il termine decorre dalla pubblicazione della sentenza²¹.

È pacifico che per scoperta si intenda la capacità del terzo di collegare criticamente tutti gli elementi dai quali è possibile desumere la frode in suo danno. Più precisamente, si ritiene che il termine decorra da quando il terzo ha scoperto effettivamente e completamente che la sentenza è effetto di dolo o collusione in suo danno; ragion per cui, ove la scoperta avvenga per gradi il termine decorrerà da quando il terzo «abbia acquistato la ragionevole certezza – non essendo sufficiente il mero sospetto – del fatto che dolo o collusione vi sono stati ed hanno ingannato il giudice»²². Ne consegue che la mera notizia della sentenza non è sufficiente ai fini della decorrenza del termine²³.

La dottrina ritiene che l'o.t.r. possa essere proposta anche dagli eredi del terzo, sempre che il termine non fosse già decorso per il *de cuius*²⁴. Si tratta di applicare all'o.t.r. la disposizione di cui all'art. 328 co.1 c.p.c., secondo la quale, qualora la parte legittimata ad impugnare deceda in pendenza del termine, questo si interrompe per riprendere a decorrere dal rinnovo della notificazione nei confronti degli eredi, pur nella consapevolezza che la norma *de qua* (lo si evince chiaramente dalla rubrica) sia stata dettata con esclusivo riferimento alle impugnazioni

le sentenze dei conciliatori e di giorni trenta per le sentenze di pretori, tribunali e corti di appello.

²¹ Cfr., ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 665; LUISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 9. In senso conforme, Cass., 04 aprile 1945, n. 217, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, 207.

²² Così, Cass., 27 febbraio 2004, n. 4008, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 2.

²³ Per tutti, OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 136. In giurisprudenza, cfr., Trib. Brescia, 01 febbraio 1986, cit., 271; Cass., 14 maggio 1990, n. 4123, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce «*Opp. di terzo*», n. 5. Ad ulteriore conferma di tale orientamento, si afferma che, quando il terzo venga a conoscenza del dolo o della collusione attraverso un atto processuale notificato al proprio procuratore costituito in un diverso processo, il *dies a quo* decorre non dalla data della notificazione dell'atto al procuratore, bensì dal momento in cui il rappresentato abbia avuto effettiva conoscenza del suo contenuto. Cfr., Cass., 14 febbraio 2001, n. 2156, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 253; *Id.*, 18 novembre 1992, n. 12340, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce «*Opp. di terzo*», n. 6.

²⁴ Così, LUISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 9 ed anche Cass., 12 gennaio 1971, n. 35, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 427.

riservate alle parti. L'art. 328 co. 1 c.p.c., dunque, stabilisce che il potere di impugnare si trasmette agli eredi. Orbene, negare agli eredi del terzo legittimato all'o.t.r. la medesima facoltà si tradurrebbe in un ingiustificato *discrimen* nei confronti di questi ultimi rispetto agli eredi delle parti²⁵.

A pena di decadenza, nell'atto introduttivo le parti hanno l'onere di introdurre anche l'istanza cautelare di sospensione dell'esecuzione (art. 407 c.p.c.)²⁶.

Da tale disposizione si evince che il legislatore ha negato alla proposizione dell'o.t.r. qualsiasi effetto sospensivo, in perfetta analogia con il disposto di cui all'art. 514 del codice di rito abrogato²⁷ e con le disposizioni delle Ordinanze francesi del XVII secolo²⁸. La *ratio* di tale scelta è evidente: si vuole impedire che un terzo, in accordo con la parte soccombente, proponga tale impugnazione a scopo meramente dilatorio²⁹.

Dunque, il potere discrezionale del giudice dell'o.t.r. di sospendere l'esecutività o l'esecuzione della sentenza tra le parti originarie non è esercitabile d'ufficio³⁰.

²⁵ In tal senso, GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, cit., 1318.

²⁶ Nel senso che debba escludersi la possibilità per le parti di presentare l'istanza di sospensione in un atto separato, vuoi antecedente vuoi successivo, da quello introduttivo, ANDRIOLI, *ult. op. cit.*, 665 e ss.; OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 126; NICOLETTI, *ult. op. cit.*, 514.

²⁷ L'art. 514 del codice di rito abrogato recitava come segue: «L'opposizione del terzo non impedisce l'esecuzione della sentenza impugnata, contro la parte condannata. L'esecuzione è sospesa quando possa derivarne pregiudizio ai diritti del terzo. Salvo che l'autorità giudiziaria ordini per motivi gravi l'esecuzione non ostante l'opposizione del terzo».

²⁸ Sul punto, si rinvia al Cap. I, par. 1.

²⁹ Preoccupazione che accompagna il legislatore sin dalla Relazione del Governo sul progetto del c.p.c. 1865, in cui si legge: «Potrebbe avvenire che il soccombente non avendo più alcun mezzo ordinario o straordinario per impugnare la sentenza, e tanto meno niuna via per sospenderne l'esecuzione, ricorresse alla compiacenza di un terzo affinché promuovendo un'opposizione simulata, arresti il corso del giudicato; si deve pertanto impedire che la detta parte possa indirettamente, per mezzo d'interposta persona, porre ostacolo all'esercizio dei diritti giustamente riconosciuti al vincitore». Cfr., PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI, *Commentario al c.p.c.*, cit., 679 nota 1.

³⁰ Per tutti, OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 126.

In ragione del richiamo all'art. 373 c.p.c., il giudice dell'o.t.r. potrà emanare il provvedimento di sospensione a condizione che l'esecuzione arrechi al terzo grave ed irreparabile danno³¹. Il che si verificherà più frequentemente nel caso in cui l'o.t.r. sia proposta da un avente causa o da un terzo titolare di diritto dipendente (che sono pregiudicati nel loro diritto) che nel caso in cui l'opponente sia un creditore (il quale non perde il proprio diritto ma vede diminuire le possibilità di realizzarlo concretamente). L'accertamento del requisito del danno grave ed irreparabile non pare possa prescindere da una valutazione prognostica *ex ante* circa la serietà dell'impugnazione o - se si preferisce - della probabile fondatezza della stessa.

La notificazione dell'atto introduttivo deve essere eseguita ai sensi dell'art. 330 c.p.c.. Ma poiché è del tutto improbabile che la sentenza sia notificata al terzo, l'interprete è chiamato ad un'interpretazione "restrittiva" della norma *de qua*, nel senso che l'o.t.r., sempre che sia proposta entro un anno dalla pubblicazione della sentenza, deve essere notificata alle parti convenute nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto (cioè presso il procuratore costituito)³², mentre se proposta oltre un anno dalla pubblicazione della sentenza, deve essere notificata alle parti convenute personalmente ai sensi dell'artt. 137 e ss. c.p.c.³³.

³¹ Pacificamente in dottrina ed in giurisprudenza si ritiene che il richiamo all'art. 373 c.p.c. si riferisca esclusivamente al procedimento ed al provvedimento, non anche alla competenza. Per tutti, LUISO, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 10. In giurisprudenza, Cass., 14 novembre 1989, n. 4831, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, 11. Nel senso che il provvedimento con cui il giudice dell'opposizione di terzo decide sull'istanza di sospensione abbia forma di ordinanza non impugnabile, cfr., C. App. Palermo, 11 ottobre 1950, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, 16.

³² ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile, cit.*, 665 e ss.; OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 125; NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 512. In giurisprudenza, cfr., Cass., 23 settembre 1983, n. 5651, in *Foro it.*, 1984, I, 776.

³³ OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 125; NICOLETTI, *ult. op. cit.*, 512; REDENTI, *Diritto processuale civile, cit.*, 333. In senso parzialmente difforme, SATTA, *Commentario al c.p.c., cit.*, 368, il quale, pur ritenendo che la notifica dell'o.t.r. oltre l'anno dalla pubblicazione debba avvenire personalmente, esclude la nullità della notifica eseguita ai sensi dell'art. 330 c.p.c..

Notificatari sono necessariamente tutti coloro che hanno preso parte al precedente giudizio: si verifica, cioè, un'ipotesi di causa inscindibile ai sensi dell'art. 331 c.p.c.³⁴. Ragion per cui il giudice, nel caso in cui dovesse verificare la non integrità del contraddittorio, dovrà ordinarne l'integrazione e, qualora nessuna delle parti dovesse adempiere all'ordine, dovrà dichiarare inammissibile l'impugnazione³⁵.

Naturalmente, qualora l'opponente intenda impugnare solo uno dei capi della pronuncia, allora dovrà notificare l'atto introduttivo dell'o.t.r. esclusivamente alle parti interessate dal capo scindibile che intende opporre³⁶.

Qualora la legittimazione attiva spetti ad una pluralità di terzi, se le diverse o.t.r. dovessero essere proposte separatamente ma contemporaneamente, si dovrà provvedere a riunirle ai sensi dell'art. 335 c.p.c., in quanto si tratta non solo di più impugnazioni avverso la medesima sentenza, ma anche di cause tra loro connesse sia per l'oggetto, sia per il titolo³⁷. Nel caso in cui dovessero essere proposte diacronicamente, è necessario precisare che, al pari di quanto la legge predispone espressamente per l'*actio pauliana*, si ritiene che l'esperimento vittorioso dell'o.t.r. gioverà esclusivamente all'opponente e non anche agli altri legittimati attivi; questi ultimi, però, potranno avvantaggiarsi di tale risultato ai fini della prova. Non si può, però,

³⁴ Tale opinione è unanime tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Sul punto, CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, cit., 1018; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 310; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 956; REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 525; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, cit., 348; GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, cit., 1307; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 732; ed ancora, Cass., 04 agosto 1982, n. 4382, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 8; *Id.*, 31 agosto 1966, n. 2301, in *Mass. Foro it.*, 1966, 264; C. App. Napoli, 08 maggio 1956, in *Giust. civ. Mass. app.*, 1956, 159; Cass., 11 ottobre 1955, n. 3015, in *Foro it.*, 1955, 2765; *Id.*, 21 ottobre 1954, n. 3968, in *Foro it.*, 1954, 3441.

³⁵ LUIISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 9. In giurisprudenza, C. App. Messina, 27 gennaio 1956, in *Giust. civ. Mass. app.*, 1956, 3.

³⁶ Così, SATTA, *ult. op. cit.*, 367; LUIISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 9.

³⁷ GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, cit., 1308.

escludere che gli altri legittimati attivi decidano di intervenire nel giudizio di o.t.r. proposto da un altro terzo³⁸.

Inoltre, la dottrina ritiene che il terzo, a condizione che abbia ricevuto la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di o.t.r. o sia stato nel giudizio chiamato ai sensi dell'art. 106 o 107 c.p.c., abbia l'onere di impugnare la medesima pronuncia in via incidentale (artt. 333 e 334 c.p.c.)³⁹.

Per quanto concerne la dialettica processuale, l'opponente svolgerà formalmente e sostanzialmente il ruolo di attore, mentre le parti quello di convenute⁴⁰. Occorre precisare che spetta all'opponente provare, ai sensi dell'art. 405 c.p.c., la tempestività e dunque l'ammissibilità dell'impugnazione⁴¹, ma anche la propria qualità di creditore o di avente causa⁴².

Inoltre, il terzo opponente deve dimostrare la sussistenza del dolo o della collusione⁴³ ed anche il nesso di causalità con il contenuto della

³⁸ Cfr., GUALANDI, *ult. op. cit.*, 1308, il quale qualifica tale intervento come adesivo autonomo (art. 105 co.1, II parte c.p.c.).

³⁹ OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, *cit.*, 127, ove l'A. precisa che l'eventualità che siano le parti del precedente giudizio a proporre impugnazione in via incidentale va esclusa, perché aderire all'opinione contraria (per la quale si rinvia a GRASSO, *Le impugnazioni incidentali*, Milano, 1973, 195 e s.) si tradurrebbe in un comodo *escamotage* per consentire alle parti di impugnare una sentenza oramai passata in giudicato. Conformemente, ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, *cit.*, 199.

⁴⁰ NICOLETTI, *ult. op. cit.*, 513.

⁴¹ Cfr., LUISO, voce *Opposizione di terzo*, *cit.*, 9; OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, *cit.*, 137, il quale precisa che il giudice può sempre rilevare d'ufficio la scadenza del suddetto termine. In giurisprudenza, C. App. Firenze, 18 febbraio 1963, in *Giur. tosc.*, 1963, 368; Cass., 17 maggio 1957, n. 1758, *cit.*, 677; Trib. Roma, 18 dicembre 1956, in *Temi romana*, 1957, 96.

⁴² Sul punto, MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, *cit.*, 535; CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, *cit.*, 1016; LUISO, voce *Opposizione di terzo*, *cit.*, 6; GUALANDI, *Frammenti sull'opposizione di terzo*, *cit.*, 1302 e s., ove l'A. precisa che, qualora in pendenza dell'opposizione l'opponente perda la qualità di creditore (ad es., per avveramento della condizione risolutiva), il giudice dovrà dichiarare il sopravvenuto difetto di legittimazione dell'opponente, chiudendo in rito il giudizio. In giurisprudenza, Trib. Brescia, 01 febbraio 1986, *cit.*, 271.

⁴³ Più precisamente, quella parte della dottrina che ravvede nell'o.t.r. l'istituto attraverso il quale si garantisce la conformità all'art. 24 Cost. della soggezione dei terzi all'altrui giudicato richiede al terzo non la *probatio diabolica* del dolo e della collusione, bensì la dimostrazione del cd. indice del dolo o della collusione, ovvero del solo comportamento

pronuncia⁴⁴. Nel silenzio della legge, la dottrina, invece, si divide in ordine alla necessità che il terzo provi l'ingiustizia della sentenza opposta⁴⁵.

Gli elementi probatori raccolti nel precedente processo potranno valere nel giudizio di o.t.r. come argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 co. 2 c.p.c.⁴⁶.

A questo punto, non resta che individuare quali siano i provvedimenti impugnabili col rimedio dell'o.t.r..

Il primo comma dell'art. 404 c.p.c. richiede che le sentenze contro cui si dirige l'opposizione di terzo ordinaria debbano essere passate in giudicato o comunque esecutive, mentre il capoverso della medesima norma si riferisce alle sentenze senza specificazione alcuna.

Ciò implica che si debba, innanzitutto, verificare se tali requisiti siano richiesti anche per l'o.t.r.. Alla risposta negativa⁴⁷, fondata sul dato letterale nonché sul raffronto tra l'attuale formulazione dei commi 1 e 2 dell'art. 404 c.p.c. ed i previgenti artt. 510⁴⁸ e 512 e sulla considerazione che il dolo e la collusione sono condizioni di esperibilità dell'o.t.r.

scorretto, sleale. Per tutti, PROTO PISANI, *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, cit., 1261, testo e nota 98. Inoltre, quella parte della dottrina che ritiene l'o.t.r. uno strumento speculare all'azione revocatoria ordinaria ritiene che la prova del dolo o della collusione, di cui il creditore opponente è onerato, debba essere commisurata alla prova del *consilium fraudis* che il creditore che agisce in revocatoria ordinaria è tenuto ad offrire. Per tutti, CHIOVENDA, *I principi di diritto processuale civile*, cit., 1016.

⁴⁴ Così, OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 138; GUALANDI, *Frammenti*, cit., 1316; SATTA *Commentario*, cit., 366. In giurisprudenza, cfr., Cass., 14 maggio, 1980, n. 4123, cit., 1990, 5.

⁴⁵ Nel senso che l'opponente debba provare tale ingiustizia, MORTARA, *Commentario*, cit., 536. *Contra*, LUISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 7. Per ulteriori riferimenti, si rinvia al Cap. I, par. 4.

⁴⁶ Così, OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 127. In giurisprudenza, cfr., Cass., 14 giugno 1990, n. 21, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 6, ove la S.C. precisa che la parte interessata ha l'onere di allegare ritualmente i verbali relativi.

⁴⁷ NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 510; PIERGROSSI, *Esecutorietà della sentenza e opposizione di terzo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1965, 287 e ss.; TARZIA, *Determinazione del grado del processo e impugnabilità della sentenza*, in *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1984, 424 nota 10.

⁴⁸ Come noto, si tratta di un'innovazione rispetto alla formulazione dell'art. 510 c.p.c. 1865 che non richiedeva che la sentenza opposta dovesse essere né passata in giudicato, né tanto meno esecutiva».

sufficienti a fondare il pregiudizio del terzo anche quando la sentenza resa *inter alios* non è esecutiva o passata in giudicato, si contrappone la risposta positiva di quella parte della dottrina che ravvede nel primo comma la norma paradigmatica non solo per quanto concerne l'estremo del pregiudizio, ma anche con riguardo ai requisiti del provvedimento impugnabile⁴⁹.

In realtà, considerato che gli artt. 282 e 283 c.p.c., come modificati dalla legge di riforma n. 353 del 1990, stabiliscono che tutte le sentenze di condanna di primo grado sono provvisoriamente esecutive tra le parti, anche i sostenitori del primo degli orientamenti riferiti sono giunti ad ammettere l'opponibilità delle sentenze di condanna provvisoriamente esecutive mentre con riguardo alle sentenze dichiarative e costitutive hanno continuato a sostenerne l'opponibilità quand'anche non ancora passate in giudicato.

Tra i provvedimenti impugnabili con l'o.t.r. l'art. 656 c.p.c. menziona espressamente il decreto ingiuntivo divenuto esecutivo ai sensi dell'art. 647⁵⁰. Appare evidente che il legislatore abbia dettato questa norma in considerazione del fatto che i creditori potrebbero vedere depauperato il patrimonio del proprio debitore e conseguentemente diminuita la possibilità di concreta soddisfazione della propria pretesa ad opera tanto di una sentenza di condanna quanto di un decreto ingiuntivo (esecutivo)⁵¹. Anzi, nel procedimento di ingiunzione l'attività fraudolenta delle parti è favorita enormemente dalla sommarietà della cognizione⁵².

⁴⁹ Così, OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 135 e s..

⁵⁰ L'art. 656 c.p.c. consente di impugnare il decreto ingiuntivo esclusivamente con l'o.t.r.: scelta che pienamente condivisibile se si pensa ai decreti di ingiunzione per pagamento di somme di danaro. Ma l'esclusione del rimedio di cui al comma primo dell'art. 404 ha destato forti perplessità in dottrina per quanto concerne i decreti di ingiunzione per la consegna di cosa mobile determinata. Sul punto, GARBAGNATI, *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 1991, 272; FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo, cit.*, 8 testo e note.

⁵¹ Si pensi al caso in cui il decreto ingiuntivo sia stato pronunciato sulla base di un negozio simulato avente forma di scrittura privata. In tal caso, il creditore dovrà opporre in via revocatoria il decreto ingiuntivo. In tal senso, GARBAGNATI, *Il procedimento di*

Nessuno dubita, sebbene l'art. 656 c.p.c. non faccia espressamente rinvio al Capo V, che, in ossequio agli artt. 405 e s. c.p.c., la competenza per il giudizio di o.t.r. spetti al medesimo giudice che ha emanato il provvedimento monitorio⁵³ e che il procedimento debba essere regolato *per relationem*⁵⁴.

Inoltre, si ritiene che il terzo debba proporre la domanda di opposizione rispettando sia il termine decadenziale di cui all'art. 325 sia il *dies a quo* di cui all'art. 326 c.p.c.⁵⁵ e che debba notificare l'atto introduttivo sia al debitore ingiunto sia al creditore ricorrente.

Invece, il problema dell'opponibilità di altri provvedimenti che abbiano una forma diversa dalla sentenza deve oggi dirsi superato a seguito delle pronunce della Corte costituzionale.

Superando l'orientamento contrario della giurisprudenza⁵⁶ e non univoco della dottrina⁵⁷, i giudici delle leggi dapprima, con la sentenza n.

ingiunzione, cit., 272. ed anche Cass., 26 marzo 1983, n. 2151, *Mass. Foro it.*, 1983, 444.

⁵² Così, OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 136, ove l'A. precisa che «... l'intento di danneggiare il terzo può essere raggiunto semplicemente astenendosi dal proporre opposizione» ed anche GARBAGNATI, *ult. op. cit.*, 272, il quale aggiunge che il medesimo scopo può essere raggiunto mediante «... fraudolenta inerzia nel procedimento di opposizione». Sul punto, si rinvia a Cap. I, pp. 26 e ss. testo e soprattutto nota 83.

⁵³ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 113; GARBAGNATI, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., 274; OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 136, il quale precisa che la competenza funzionale potrà spettare o al giudice singolo che ha accolto il ricorso ex artt. 633 e ss. c.p.c. o al Tribunale di cui fa parte il Presidente del Tribunale che ha pronunciato il decreto. E naturalmente, l'A. precisa che dovrà seguire il rito ordinario oppure quello del lavoro a seconda che il credito per il quale il debitore è stato (fraudolentemente) ingiunto rientri nell'uno o nell'altro. In giurisprudenza, Cass., 16 aprile 1955, n. 1067, in *Giust. civ.*, 1956, I, 302.

⁵⁴ Così, ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, cit., 375; GARBAGNATI, *ult. op. cit.*, 274, il quale precisa che in pendenza del giudizio di o.t.r. il decreto ingiuntivo potrà essere sospeso ai sensi dell'art. 407 codice di rito. In giurisprudenza, cfr., Cass., 05 luglio 1966, n. 1741, in *Foro it.*, 1967, I, 1015.

⁵⁵ ANDRIOLI, *ult. op. cit.*, 113; SATTA *Commentario*, cit., 108; GARBAGNATI, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., 274. In giurisprudenza, C. App. Napoli, 05 luglio 1950, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce «ingiunz.», n. 96; Cass., 26 marzo 1983, n. 2151, cit. 444.

⁵⁶ Cfr., *ex multis*, Cass., 19 marzo, 1981, n. 1651, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, fasc. 3.

⁵⁷ In senso favorevole all'opponibilità da parte del terzo delle ordinanze in materia locatizia, SATTA *Commentario*, cit., 366; GUALANDI, *Frammenti*, cit., 1311, il quale ammette avverso tali ordinanze specificamente l'o.t.r.. *Contra*, ANDRIOLI, *Appunti di diritto processuale civile - Processi di cognizione ed esecuzione forzata*, Napoli, 1964,

167 del 1984⁵⁸, hanno dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 404 c.p.c. nella parte in cui non prevedeva l'opposizione di terzo avverso l'ordinanza di convalida dello sfratto per finita locazione e successivamente, con la sentenza n. 237 del 1985⁵⁹, hanno dichiarato la parziale illegittimità della medesima norma processuale nella parte in cui non prevedeva l'opposizione di terzo avverso l'ordinanza di sfratto per morosità.

Nel 1988 la Consulta ha confermato il suo orientamento, ammettendo⁶⁰ l'opposizione di terzo avverso l'ordinanza di affrancazione *ex art.* 4 della l. n. 607 del 1966; orientamento che ha trovato conferma nella successiva giurisprudenza di legittimità, che nel 1989 ha esteso il rimedio di cui all'art. 404 c.p.c. anche al decreto previsto dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori (l. 300/1970)⁶¹.

Dunque, dalle pronunce della Consulta si evince inequivocabilmente che si deve consentire il rimedio di cui all'art. 404 c.p.c. avverso qualunque provvedimento decisorio e definitivo idoneo a pregiudicare il terzo, quand'anche non abbia forma di sentenza.

Anche il tradizionale orientamento, diffuso tanto in dottrina⁶² quanto in giurisprudenza⁶³, che negava la proponibilità di ambedue le forme di opposizione di terzo avverso i lodi in ossequio alla mancanza di una previsione espressa, risulta oggi pacificamente superato.

194. In posizione di dubbio, sia pure con tendenza ad aderire alla soluzione negativa, PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 734 e s..

⁵⁸ C. cost., 07 giugno 1984, n. 167, in *Giust. civ.*, 1984, I, 2361.

⁵⁹ C. cost., 25 ottobre 1985, n. 237, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1.

⁶⁰ C. cost., 20 dicembre 1988, n. 1105, in *Giust. civ.*, 1989, I, 805.

⁶¹ Cass., 23 novembre 1989, n. 5039, in *Notiziario giur. lav.*, 1990, 144.

⁶² La dottrina negava senza alcun dubbio l'opponibilità dei lodi arbitrali non omologati, mentre si divideva in ordine alla possibilità di ammettere il rimedio di cui all'art. 404 c.p.c. avverso le ccdd. sentenze arbitrali, ovvero i lodi già dichiarati esecutivi (con decreto del Pretore nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato), ai quali l'art. 825 co. 2 c.p.c. attribuiva efficacia di sentenza. In senso negativo, CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 582. Dubbioso in ordine alla negazione del rimedio, ANDRIOLI, *Appunti di diritto processuale civile*, cit., 194.

⁶³ Cfr., Cass., 06 marzo 1962, n. 437, in *Giur. it.*, 1962, 351.

Il problema è stato affrontato dal legislatore con la legge n. 25 del 17 gennaio 1994 che, modificando gli artt. 827 e 831 c.p.c., ha espressamente previsto tra le impugnazioni esperibili avverso i lodi rituali⁶⁴ anche l'opposizione di terzo «nei casi indicati nell'articolo 404». Formulazione che inequivocabilmente ha sancito l'opponibilità tanto in via ordinaria quanto in via revocatoria⁶⁵.

Nonostante il d. lgs. n. 40 del 2006 (in attuazione della legge delega n. 80 del 2005) abbia apportato notevoli modifiche alla disciplina dell'arbitrato, la disciplina concernente l'opponibilità da parte del terzo dei lodi rituali è rimasta sostanzialmente immutata.

E superato deve dirsi anche l'*opinio communis* che escludeva l'esperibilità dell'opposizione di terzo, sia ordinaria sia revocatoria, avverso le sentenze della Suprema Corte. Le argomentazioni tradizionalmente addotte a sostegno di tale posizione erano che, essendo i giudici di Cassazione chiamati ad esprimere un giudizio di puro diritto ed essendo il procedimento dinanzi alla S.C. ad impulso officioso, le parti non avrebbero avuto modo con raggiri ed artifici di trarli in inganno. Inoltre, si osservava che la cassazione della sentenza cui consegue l'enunciazione del principio di diritto non è di per sé idonea a produrre alcun danno al terzo⁶⁶ (diversamente dalla pronuncia del giudice di rinvio⁶⁷). La veridicità di tali assunti è stata necessariamente messa in discussione⁶⁸, allorquando la legge n. 353 del 1990 ha introdotto il potere

⁶⁴ In passato il problema si poneva con riguardo alle ccdd. Sentenze arbitrali, ovvero ai lodi omologati. Oggi, il riferimento *sic et simpliciter* ai lodi si giustifica in ragione della scelta del legislatore del 1994 di riconoscere, all'art. 827 c.p.c., l'esperibilità dei mezzi di impugnazione «indipendentemente dal deposito». Sul punto, BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, 52 e s..

⁶⁵ Così, OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 122; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 269 e ss. e specificamente 293 e ss..

⁶⁶ MORTARA, *Commentario*, cit., 531; GUALANDI, *Frammenti*, cit., 1312; LUISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 8.

⁶⁷ Sul punto, si rinvia a GUALANDI, *Frammenti*, cit., 1312 e s., il quale esprime parere favorevole all'assoggettabilità della sentenza che chiude il giudizio di rinvio all'o.t.r..

⁶⁸ Come è stato giustamente affermato da OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 122, la suesposta conclusione «fondata sulla natura (non di merito) dei provvedimenti

della S.C., accolto il ricorso proposto ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c., di non limitarsi ad enunciare il principio di diritto ma di decidere la causa nel merito a condizione che non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto.

La posizione critica della dottrina dell'epoca rispetto alla scelta del legislatore della riforma del 1990 di ammettere solo la revocabilità delle sentenze della S.C. ai sensi del n. 4 dell'art. 395 (ovvero per errore di fatto)⁶⁹ e non anche l'opponibilità ad opera del terzo⁷⁰ rinveniva la sua giustificazione nella considerazione che una sentenza di merito emanata dalla S.C. di cassazione è idonea a pregiudicare il terzo né più né meno di una sentenza di merito emanata da giudici di merito passata in giudicato (e titolo esecutivo quando di condanna). Per questi motivi, la dottrina assolutamente prevalente dell'epoca, pur giungendo ad ammettere in via interpretativa l'opponibilità ad opera del terzo delle sentenze di merito della Corte di cassazione, auspicava un ulteriore intervento del legislatore volto a prevedere l'esperibilità del rimedio *de quo* ed ad adeguare il giudizio di opposizione al procedimento dinanzi ai giudici di legittimità.

Intervento che recentemente ha avuto luogo ad opera del d. lgs. n. 40 del 2006 che ha contemperato l'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'istituto della cassazione senza rinvio con decisione nel merito (non più limitato all'accoglimento dei soli ricorsi *ex art. 360 n.3*) con l'introduzione dell'art. 391 *ter*, a norma del quale avverso le sentenze di merito della S.C. di Cassazione è possibile proporre la revocazione anche per i motivi di cui ai nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c. e per opposizione di terzo.

della Suprema Corte, (...) è da condividere appunto nei limiti in cui la decisione non abbia avuto siffatto contenuto (...)».

⁶⁹ In tal modo, il legislatore della riforma del 1990 ha accolto le due declaratorie di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 395 c.p.c. emesse dalla Consulta. Cfr., C. cost., 30 gennaio 1986, n. 17, in *Giust. civ.*, 1987, I, 250; *Id.*, 31 gennaio 1991 n. 36, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1010.

⁷⁰ Per tutti, OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 122 e 136.

In passato, la dottrina era unanime nel ritenere impugnabile col rimedio in esame anche la sentenza di fallimento, sul presupposto che non si potesse escludere che il debitore realizzasse il proprio intento di frodare i suoi creditori non solo simulando di avere altri creditori ma facendosi dichiarare fallito, oppure che il venditore in danno all'acquirente si facesse dichiarare fallito al sol fine di sottoporre quest'ultimo alla revocatoria fallimentare⁷¹.

Il problema dell'opponibilità in via revocatoria della sentenza di fallimento è tornato attuale a seguito della riforma della legge fallimentare del 2009. L'art. 2 del d. lgs. 169/09 ha modificato l'art. 18 l. fall., stabilendo che avverso la sentenza che dichiara il fallimento possono proporre reclamo il debitore (entro trenta giorni dalla data della notificazione della sentenza) e qualunque altro interessato (entro trenta giorni dalla data dell'iscrizione della sentenza nel registro delle imprese).

Orbene, ci si interroga sulla possibilità, *recte* necessità, di annoverare i legittimati all'o.t.r. tra «tutti gli altri interessati» cui l'art. 18 consente di proporre reclamo. L'ampia formulazione della norma in esame farebbe propendere per la soluzione affermativa.

Ma non si possono omettere due discrepanze: da un lato, la difficoltà di coordinare il *dies a quo* del reclamo decorrente dall'iscrizione della sentenza di fallimento nel registro delle imprese con l'orientamento consolidato, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che fa decorrere il termine per proporre l'o.t.r. dalla scoperta del dolo o della collusione, a nulla rilevando la mera conoscenza della sentenza⁷²; dall'altro, che, qualora la scoperta della frode processuale di cui la sentenza dichiarativa di fallimento è frutto dovesse avvenire quando il termine per il reclamo è già scaduto, non si potrebbe comunque negare al terzo il rimedio di cui al co. 2 dell'art. 404 c.p.c..

⁷¹ Così, GUALANDI, *Frammenti, cit.*, 1313, il quale non manca di precisare che si tratta di casi possibili sebbene infrequenti.

⁷² Si rinvia, *infra*, pp. 105 e ss..

Infine, va rilevato l'orientamento costante della giurisprudenza che, escludendo la proponibilità dell'azione revocatoria ordinaria avverso il contratto preliminare sul presupposto che causa del pregiudizio per il terzo sia il contratto definitivo, ammette l'esperibilità dell'*actio pauliana* avverso quest'ultimo oppure la proponibilità dell'o.t.r. avverso la sentenza che ai sensi dell'art. 2932 c.c. produce gli effetti del contratto definitivo non concluso, sempre che il terzo non sia intervenuto ai sensi dell'art. 105 co. 2 c.p.c. nel giudizio avente ad oggetto l'esecuzione specifica dell'obbligo di fare giuridico⁷³.

La diatriba dottrinale in ordine ai requisiti delle sentenze opponibili in via revocatoria si riflette sul problema del concorso del rimedio con gli altri mezzi di impugnazione, in quanto quella parte della dottrina che ritiene che il passaggio in giudicato o comunque l'esecutività della sentenza siano presupposti anche dell'o.t.r. lo affronta esclusivamente con riguardo alle sentenze esecutive non passate in giudicato⁷⁴, mentre quella parte della dottrina che nega che tali requisiti siano richiesti anche per l'opposizione specifica riferisce la soluzione accolta con riguardo alle sentenze esecutive impuginate anche alle sentenze dichiarative e costitutive non passate in giudicato.

Avverso le sentenze di condanna di primo grado appellate una parte della dottrina ritiene che il terzo possa scegliere tra il proporre l'o.t.r. e l'intervento in appello ai sensi dell'art. 344 c.p.c.⁷⁵. Al contrario, un'altra parte della dottrina sostiene che in pendenza dell'appello la proposizione dell'opposizione di terzo sia impedita dalla disposizione di cui all'art. 344 c.p.c.⁷⁶. Secondo tale impostazione, l'art. 344 non solo stabilisce

⁷³ Cass., 11 ottobre 2006, n. 21813, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 10; C. App. Firenze, 11 maggio 2007, in www.dejure.giuffre.it.

⁷⁴ Così, OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 123.

⁷⁵ Così, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 944; OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 122; FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 1990, II, 410; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 727.

⁷⁶ Così, MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 530; CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, cit., 1011; SATTA *Commentario*,

l'onere per il terzo di intervenire nel giudizio di appello instaurato tra le parti originarie⁷⁷, ma impone finanche la conversione in intervento in appello dell'o.t.r. proposta prima dell'impugnazione delle parti⁷⁸⁻⁷⁹.

Invece, la dottrina è unanime nel ritenere che il giudizio di o.t.r. possa concorrere sia con il ricorso in cassazione sia con la revocazione straordinaria⁸⁰. In assenza di indicazioni legislative espresse, all'orientamento uniforme della giurisprudenza che sostiene la contemporanea trattazione dei due procedimenti⁸¹ si contrappone l'orientamento oscillante della dottrina. Alcuni Autori hanno sostenuto la necessità di sospendere, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., il giudizio di opposizione per pregiudizialità dell'altra impugnazione⁸²; altri, viceversa ritenendo il giudizio di opposizione pregiudiziale al giudizio di impugnazione riservato alle parti, di sospendere quest'ultimo⁸³; taluni hanno affermato che i due procedimenti devono essere contemporaneamente trattati, salvo il successivo coordinamento delle

cit., 349; CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. cit.*, 665; FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi d'impugnazione, cit.*, 257; LUIISO, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 8.

⁷⁷ Cfr., LUIISO, *ult. op. cit.*, 8; FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi d'impugnazione, cit.*, 254 e ss..

⁷⁸ LUIISO, *ult. op. cit.*, 8; FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi d'impugnazione, cit.*, 257. In senso parzialmente difforme, PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria, cit.*, 726, il quale, nel caso in cui l'appello sia proposto successivamente all'opposizione di terzo, non onera il terzo di convertire l'opposizione in intervento *ex art.* 344. Ne consegue che il terzo che abbia opposto la sentenza potrà scegliere se intervenire nel giudizio di appello successivamente instaurato o meno. Nel primo caso, all'intervento del terzo in appello seguirà necessariamente la dichiarazione di inammissibilità dell'opposizione per difetto sopravvenuto di legittimazione (l'avente causa o il creditore o il titolare di diritto dipendente, intervenendo, perde la qualità di terzo); nel secondo caso, appello ed o.t.r. concorreranno.

⁷⁹ In giurisprudenza si rileva un orientamento consolidato e costante che esclude qualunque concorrenza tra opposizione di terzo ed intervento in appello. Cfr., Cass. 16 agosto 1948, n. 1490, *cit.*, 225.

⁸⁰ Il legislatore, in assenza di una norma analoga all'art. 398 co. 4 c.p.c., non ha espressamente disciplinato né il concorso tra opposizione e ricorso in cassazione, né tra opposizione e revocazione.

⁸¹ Cfr., C. App. Bari, 01 luglio 1983, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 1152; Cass., 18 aprile 1957, n. 1331, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1961; C. App. Torino, 25 maggio 1956, in *Giust. civ. Mass. app.*, 1956, 105.

⁸² ANDRIOLI, *Diritto processuale civile, cit.*, 944; FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo, cit.*, 261 e ss..

⁸³ REDENTI, *Diritto processuale civile, cit.*, 527.

sentenze⁸⁴; talaltri hanno preferito optare per la riunione dei procedimenti ai sensi dell'art. 335 c.p.c.⁸⁵.

La soluzione della sospensione necessaria ai sensi dell'art. 295 c.p.c. pare debba escludersi in quanto l'istituto richiamato presuppone che tra i diritti oggetto dei due processi intercorra un nesso sostanziale di pregiudizialità-dipendenza che certamente non si può rinvenire tra il giudizio di o.t.r. ed altra impugnazione proposta avverso la medesima sentenza⁸⁶.

Orbene, nel silenzio della legge la trattazione separata con conseguente coordinamento delle decisioni emesse in chiusura di ciascun procedimento è apparsa la soluzione più corretta o per lo meno obbligata, fino a quando il legislatore del 1994 non ha dimostrato all'art. 831 co. 5 c.p.c. (oggi, co. 4 per effetto delle modifiche apportate dal d. lgs. n. 40 del 2006) la propria preferenza per la riunione delle impugnazioni, sia pure con espresso riferimento al concorso tra l'impugnazione per nullità, la revocazione e l'opposizione di terzo esperibili contro il lodo. Dunque, volendo estendere la medesima soluzione al concorso tra o.t.r. ed altri mezzi di impugnazione, si dovrà comunque rispettare il principio secondo cui la riunione ai sensi dell'art. 335 c.p.c. implica l'unicità del giudice competente a conoscere le diverse impugnazioni.

2. – L'o.t.r. deve necessariamente essere ascritta nell'ampio novero di strumenti che l'ordinamento predispone a tutela del terzo rispetto ad un processo che, pur svolgendosi *inter alios*, lo pregiudica. Il riferimento è chiaramente agli interventi volontari e coatti nel giudizio di cognizione

⁸⁴ SATTA *Commentario, cit.*, 363; LUISO, *ult. op. cit.*, 10; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile, cit.*, 375; NICOLETTI, *ult. op. cit.*, 514 e ss.

⁸⁵ PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria, cit.*, 728 e ss.

⁸⁶ Accogliere tale soluzione si tradurrebbe nell'estendere l'ambito di operatività dell'art. 295 c.p.c. oltre che alla pregiudizialità sostanziale, anche a quella meramente processuale, pur nella consapevolezza che non fosse questo l'intento del legislatore. Per ulteriori approfondimenti in ordine alla necessità di considerare, quale presupposto dell'art. 295 c.p.c., la pregiudizialità sostanziale si rinvia a MENCHINI, voce «*Sospensione del processo cognitivo*», in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1 e ss..

di primo grado, all'intervento spontaneo in appello, agli interventi dei creditori nell'esecuzione forzata per espropriazione, nonché all'opposizione di terzo.

Da un rapido esame di tali strumenti si evince che il problema della tutela del terzo è stato affrontato dal legislatore sia nella prospettiva del provvedimento giurisdizionale già emesso, sia nella prospettiva antecedente all'emanazione della decisione.

Muovendo dalla convinzione che ambedue le forme di opposizione di terzo costituiscono il «il necessario e coerente completamento»⁸⁷ della disciplina degli interventi nel processo di cognizione, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è concentrata in particolar modo sul rapporto dell'o.t.r., da un lato, con l'intervento adesivo dipendente (art. 105 co. 2 c.p.c.) e, dall'altro, con l'intervento in appello (art. 344 c.p.c.).

Si rende, dunque, necessario accennare ai rapporti intercorrenti tra l'o.t.r., quale rimedio successivo al provvedimento giurisdizionale fonte del pregiudizio, gli interventi al fine di stabilire se le tutele offerte al terzo in via preventiva ed in via successiva siano perfettamente fungibili tra loro. In altre parole, ci si interroga sulla possibilità di valutare la partecipazione attiva del terzo alla formazione del convincimento del giudice e, dunque, del provvedimento giurisdizionale, che impedisce *ab origine* che si formi un giudicato effetto di dolo o collusione in suo danno, in termini di esercizio in via anticipata dell'o.t.r..

⁸⁷ L'espressione è mutuata da VERDE, *Profili del processo civile, cit.*, 2, 304. Tale convinzione trova riscontro perfino nella Relazione governativa al progetto del c.p.c. 1865 in cui si legge espressamente che: «Tale mezzo trovasi fondato sopra principî analoghi a quelli che regolano l'intervento in causa. I terzi hanno il dritto d'intervenire in quel giudizio, le cui conseguenze logiche possono costituire per essi, se non un pregiudizio giuridico, una turbativa civile». Ed ancora che: «Supponendo che in prima istanza l'attore abbia vinto senza l'intervento di alcuno, e che il succumbente abbia portato la causa in secondo grado, è palese che al terzo deve ancor competere il dritto d'intervenirvi, poiché associandosi nel procedimento di appello alla difesa dell'appellante, non vi porta una nuova quistione».

Per quanto concerne il rapporto tra o.t.r. ed intervento adesivo dipendente, non si può fare a meno di notare che la dottrina⁸⁸ è unanime nel ritenere che la posizione sostanziale del terzo opponente e dell'interventore rispetto alla situazione giuridica controversa *inter partes* sia la medesima: nell'uno e nell'altro caso, si tratta di titolari di un diritto dipendente da quello oggetto del processo in corso⁸⁹⁻⁹⁰.

Ciò nonostante, la dottrina è divisa in ordine alla qualificazione da attribuire all'intervento adesivo dipendente. Da un lato, coloro i quali sostengono che lo stesso sia rimedio preventivo predisposto dal legislatore in favore dei terzi che, in quanto titolari di diritti dipendenti, sono soggetti all'efficacia riflessa della sentenza sul diritto pregiudiziale resa *inter alios*⁹¹. Così argomentando, si giunge a sostenere che mediante l'intervento il terzo non persegue il fine di sottrarsi alla riflessione in quanto tale, bensì lo scopo di influenzare il contenuto della sentenza che ha ad oggetto il diritto pregiudiziale. Condizionamento che consiste nell'evitare che il tenore della sentenza diverga dal diritto sostanziale a causa del dolo o della frode perpetrata proprio in danno del terzo che non partecipa al processo. In tal modo, la sentenza resa nel processo cui

⁸⁸ Così, FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, cit., 261-269, 311 e s., ove l'A., nel prospettare quale unico criterio utile per distinguere le due forme di intervento adesivo la titolarità o meno della situazione sostanziale oggetto del giudizio tra le parti originarie, afferma che il presupposto dell'intervento adesivo dipendente (o semplice) consiste «nella titolarità di un rapporto tecnicamente «dipendente» da quello dedotto in giudizio»; CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, cit., 541 e ss.; VERDE, *Profili del processo civile*, cit., 2, 246-250; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 376; BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, I, Bari, 2007, 216.

⁸⁹ Qui si accenna, sia pure brevemente, al vivace dibattito in ordine alla possibilità di riconoscere anche al creditore il diritto all'intervento adesivo dipendente.

⁹⁰ Altrettanto pacifica in dottrina è la constatazione che ai fini dell'ammissibilità dell'intervento adesivo dipendente il terzo non debba offrire la prova del dolo o della collusione. L'irrelevanza di tali requisiti si giustifica in considerazione del carattere preventivo dell'intervento, nel senso che le parti non hanno potuto ancora perpetrare la frode processuale in danno del terzo, a differenza di quanto accade in sede di o.t.r.. anzi, l'intervento è strumento finalizzato proprio ad impedire che tale frode sia posta in essere. Così, CECHELLA, *L'opposizione di terzo*, cit., 29; CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, cit., 810.

⁹¹ Cfr., FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, cit., 256 e s.; PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 377; CECHELLA, *ult. op. cit.*, 26 e ss. e specificamente 29.

hanno partecipato non solo le parti originarie ma anche il terzo è idonea a spiegare efficacia riflessa nei confronti del terzo ma non a danneggiarlo ingiustamente⁹². Sulla base di tali premesse, intervento adesivo dipendente ed o.t.r. condividono il presupposto (la titolarità di un diritto dipendente)⁹³, la funzione (antifrode processuale)⁹⁴ e finanche il carattere neutrale rispetto agli effetti della sentenza⁹⁵. In ultima analisi, alcuni sostenitori⁹⁶ di tale teoria arrivano a prospettare un sostanziale parallelismo tra i poteri processuali che spettano all'interventore e quelli che competono al terzo che oppone in via revocatoria. Muovendo dalla constatazione che il terzo, vuoi che spieghi intervento adesivo dipendente vuoi che si opponga ai sensi del capoverso dell'art. 404 c.p.c., non è mai titolare del diritto oggetto del processo né mai propone domanda per l'accertamento della propria posizione giuridica, si giunge a sostenere che il terzo si limita a surrogare la parte inerte (o ambedue le parti inerti) nell'attività di allegazione dei fatti e di indicazione delle prove⁹⁷.

Dall'altro, coloro i quali negano che l'intervento adesivo dipendente possa essere qualificato quale «strumento di preventiva tutela contro la riflessione del giudicato», preferendo ravvedervi il tipico strumento processuale per l'estensione dell'efficacia soggettiva della sentenza ai terzi titolari di diritti dipendenti⁹⁸. Così argomentando, intervento adesivo dipendente ed o.t.r. condividono esclusivamente il

⁹² FABBRINI, *ult. op. cit.*, 256 e s.; PROTO PISANI, *ult. op. cit.*, 377.

⁹³ Cfr., FABBRINI, *ult. op. cit.*, 47, ove l'A. afferma espressamente che: «(...)solo le forme disciplinate dal secondo comma dell'art. 105 richiamano, attraverso il requisito dell'interesse, l'efficacia della sentenza altrui (...)».

⁹⁴ Cfr., FABBRINI, *ult. op. cit.*, 257. Accedere alla tesi che sostiene l'analogia funzionale tra tali istituti, non si significa disconoscere che l'intervento ai sensi dell'art. 105 co. 2 c.p.c. previene la frode processuale, laddove l'o.t.r. la reprime.

⁹⁵ Cfr., FABBRINI, *ult. op. cit.*, 256, ove si legge espressamente che: «(...) spiegare intervento in forma adesiva non modifica essenzialmente gli effetti della sentenza per il soggetto considerato (...)» ed ancora che: «(...)tanto in presenza quanto in assenza di intervento (...) se è invece titolare di un rapporto dipendente, tale rapporto risulterà influenzato dal meccanismo del condizionamento sostanziale (riflessione)».

⁹⁶ Cfr., CECHELLA, *L'opposizione di terzo, cit.*, 28 e 34.

⁹⁷ Cfr., CECHELLA, *ult. op. cit.*, 157 e ss..

⁹⁸ CHIZZINI, *L'intervento adesivo, cit.*, 968 e ss.. Inoltre, l'A. precisa che la soggezione al giudicato altrui non è uno dei presupposti dell'intervento adesivo dipendente (p.800).

presupposto⁹⁹, laddove alla funzione antifrode processuale dell'impugnazione si contrappone la funzione di «favorire una più ampia partecipazione soggettiva alla formazione della decisione»¹⁰⁰ che ha ad oggetto il diritto pregiudiziale, sia pure nella consapevolezza dell'eccezionalità della riflessione¹⁰¹. Inoltre, i sostenitori di tale teoria precisano che all'interveniente spettano i poteri propri della parti (ossia pieni poteri processuali)¹⁰² e che la sentenza spiega effetti diretti nei confronti del terzo del terzo interventore¹⁰³.

In senso favorevole al primo degli orientamenti suesposti, la giurisprudenza di merito¹⁰⁴, di legittimità¹⁰⁵ e perfino costituzionale¹⁰⁶ che con orientamento consolidato e costante ravvede nella titolarità di un diritto dipendente e nella conseguente soggezione all'efficacia riflessa della sentenza che accerta *inter alios* il diritto pregiudiziale i presupposti comuni che legittimano il terzo a spiegare intervento adesivo dipendente nel giudizio pendente tra le parti originarie o, qualora ciò non si sia verificato, ad opporre in via revocatoria la sentenza resa nei confronti di queste ultime.

⁹⁹ CHIZZINI, *ult. op. cit.*, 541.

¹⁰⁰ L'espressione è mutuata da CHIZZINI, *ult. op. cit.*, 991.

¹⁰¹ CHIZZINI, *ult. op. cit.*, 993, ove l'A. precisa che «solo concorrente è la possibilità che il terzo subisca un pregiudizio dall'eventuale sconfitta dell'adiuvato per la riflessione del giudicato; in queste ipotesi vi è anche quella finalità pratica individuata dalla dottrina nella necessità di evitare un danno che deriva dalle ripercussioni fattuali della sentenza».

¹⁰² CHIZZINI, *ult. op. cit.*, 890 e ss..

¹⁰³ CHIZZINI, *ult. op. cit.*, 993, ove si legge espressamente che: «(...) si potrà allora dire che nei confronti dell'acceduto la cosa giudicata farà stato ad ogni effetto; e come per lui, pure per i suoi successori ed aventi causa».

¹⁰⁴ Trib. Ravenna, 09 giugno 1997, in *Giur. it.*, 1998, 698; Trib. Salerno, 14 maggio 1997, in *Giur. Merito*, 1998; Trib. Verona, 28 marzo 1995, in *Giur. it.*, 1996.

¹⁰⁵ Cass., 24 gennaio 2003, n. 1111, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 175; *Id.*, 30 gennaio 1995, n. 1106, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 234; *Id.*, 23 dicembre 1993, n. 12758, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 12; *Id.*, 12 aprile 1983, n. 2575, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 24.

¹⁰⁶ C. cost., 22 marzo 1971, n. 55, *cit.*, ove i giudici delle leggi hanno messo in evidenza la stretta correlazione tra l'istituto dell'o.t.r., quale rimedio successivo che rende conforme a Costituzione il fenomeno della riflessione, ed i rimedi preventivi tra cui hanno annoverato espressamente l'intervento adesivo dipendente, nonché l'intervento per ordine del giudice.

Che la connessione per pregiudizialità-dipendenza costituisca il *trait d'union* tra l'istituto di cui all'art. 105 co. 2 c.p.c. e l'o.t.r. è pacifico con riferimento al terzo titolare di diritto dipendente, ma non anche con riguardo al creditore. Costruire l'intervento adesivo dipendente come esercizio in via anticipata dell'o.t.r. impone all'interprete di interrogarsi sulla possibilità di ammettere anche il creditore a spiegare intervento ai sensi dell'art. 105 co. 2 c.p.c..

In senso favorevole, non solo quella parte della dottrina, minoritaria ma autorevole, che riconduce nell'alveo della pregiudizialità-dipendenza anche il diritto del creditore rispetto alla situazione giuridica sostanziale del proprio debitore accertata nei giudizi di cognizione che si innestano sul procedimento di esecuzione forzata¹⁰⁷, ma anche quella parte che costruisce l'intervento adesivo dipendente del creditore sulla base dell'azione surrogatoria¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

In senso contrario, la dottrina maggioritaria che, ritenendo che tra il diritto di credito e la situazione giuridica dedotta nel giudizio tra il debitore e l'altro litigante non intercorra un legame giuridicamente rilevante, trattandosi di situazioni autonome e totalmente indifferenti, respinge la tesi secondo la quale il creditore è soggetto all'efficacia riflessa e conseguentemente restringe il novero di strumenti che l'ordinamento gli concede al fine di tutelare non l'esistenza stessa del proprio diritto, bensì la sua concreta realizzazione. Più precisamente, si sostiene che se la sentenza non è stata ancora pronunciata, la diminuzione della garanzia patrimoniale non si è ancora realizzata e, dunque, nessun interesse può ravvisarsi nel creditore né all'intervento adesivo

¹⁰⁷ Così, PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., 182 nota 7; *Id.*, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 376 e s.. Per ulteriori precisazioni, si rinvia al Cap. II, par. 1, pp. 59 e ss., testo e soprattutto nota 48.

¹⁰⁸ Così, CHIZZINI, *ult. op. cit.*, 870 e ss..

¹⁰⁹ In senso favorevole ad ammettere il creditore all'intervento adesivo dipendente, anche alcune pronunce giurisprudenziali. Cfr., Cass., 16 gennaio 1992, n. 497, in *Vita not.*, 1992, 558 e, con specifico riferimento ai giudizi proposti dal curatore fallimentare a seguito della dichiarazione di fallimento del debitore, *Id.*, 20 dicembre 2002, n. 18147, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2220; *Id.*, 12 aprile 1983, n. 2575, cit., 24.

dipendente, né tanto meno all'o.t.r.. Ne consegue l'inammissibilità dell'intervento del creditore ai sensi del comma 2 dell'art. 105 c.p.c. nel giudizio altrui¹¹⁰.

Per quanto concerne il rapporto tra o.t.r. ed intervento in appello, l'art. 344 c.p.c. risolve *in nuce* tutti i dubbi in ordine alla legittimazione ad intervenire tanto dei creditori quanto degli aventi causa. Non chiarisce, invece, se il terzo abbia semplicemente la facoltà di intervenire o sia onerato a partecipare al giudizio di appello preventivamente (o anche successivamente) proposto dalle parti originarie¹¹¹⁻¹¹², né se ai fini dell'ammissibilità dell'intervento sia richiesta la prova del dolo o della collusione¹¹³.

Con riguardo all'esercizio in via incidentale dell'o.t.r., ovvero alla possibilità del terzo di opporre in via revocatoria la sentenza resa *inter alios* sul diritto pregiudiziale nel corso del processo nel quale ne è stata invocata l'autorità nei suoi confronti, la sua esclusione sembra giustificata in ragione del carattere necessario del rimedio di cui al capoverso dell'art. 404 c.p.c.¹¹⁴, della previsione del termine decadenziale ai sensi del comb. disp. degli artt. 325 e 326 c.p.c.¹¹⁵,

¹¹⁰ Per tutti, CECHELLA, *L'opposizione di terzo*, cit., 185 e ss.

¹¹¹ Si rinvia, *infra*, pp. 118 e s..

¹¹² Cass., 21 febbraio 1983, n. 1299, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1443.

¹¹³ Nel senso che dolo e collusione siano requisiti dell'intervento ai sensi dell'art. 344 c.p.c., cfr., Cass., 30 luglio 1984, n. 4529, in *Giust. civ.*, 1984, 7, ove si legge che: «Colui che si assume soltanto creditore di una delle parti in causa (...), essendo abilitato non all'opposizione di terzo ordinaria di cui all'art. 404, 1° comma, c.p.c., ma all'opposizione revocatoria di cui al 2° comma del detto articolo, il suo intervento in grado di appello è ammissibile ai sensi dell'art. 344 c.p.c., solo in quanto deduca che la sentenza emanata, o quella da emanare, siano l'effetto di dolo o collusione tra le parti ai suoi danni».

¹¹⁴ In ordine al carattere necessario dell'o.t.r. si rinvia al cap. I, par. 2.

¹¹⁵ Ad ulteriore conferma dell'inammissibilità dell'esercizio in via incidentale dell'o.t.r., si richiama l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, quando il terzo venga a conoscenza del dolo o della collusione attraverso un atto processuale notificato al proprio procuratore costituito in un diverso processo, il *dies a quo* decorre non dalla data della notificazione dell'atto al procuratore, bensì dal momento in cui il rappresentato abbia avuto effettiva conoscenza del suo contenuto. Cfr., Cass., 14 febbraio 2001, n. 2156, cit.; *Id.*, 18 novembre 1992, n. 12340, cit., 6. Il riferimento alla decorrenza del *dies a quo* per proporre l'o.t.r. esclude *in nuce* la possibilità che il terzo

nonché dell'argomentazione storica. Sebbene non sia stato pedissequamente riprodotto, l'art. 511 del codice di rito abrogato aboliva il sistema dell'opposizione di terzo incidentale, precludendo, in tal modo, che si potesse derogare all'ordinario procedimento per essa previsto¹¹⁶.

3. – L'art. 408 c.p.c. prevede che il giudizio di o.t.r. possa concludersi con una sentenza di rigetto in rito (più precisamente, di inammissibilità o improcedibilità) o con una sentenza di rigetto nel merito (ovvero per infondatezza dei motivi), ma non contempla l'ipotesi della sentenza di accoglimento nel merito.

Finanche con riguardo alle pronunce di rigetto in rito, la laconicità del dettato normativo impone all'interprete di fare riferimento ai principi generali. Conseguentemente, l'o.t.r. sarà dichiarata inammissibile¹¹⁷ ogni qual volta si siano verificate nullità insanabili o insanate dell'atto introduttivo, nessuna delle parti provveda entro il termine perentorio fissato dal giudice ad integrare il contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c., l'impugnazione sia proposta oltre il termine, all'opponente manchi la qualità di terzo, il provvedimento non sia opponibile in via revocatoria e nel caso di o.t.r. avverso una pronuncia di merito della S.C. anche per le ragioni indicate agli artt. 365 e 366 c.p.c.¹¹⁸.

Per quanto concerne i requisiti di cui all'art. 405 co. 2 c.p.c., è opinione prevalente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che non tutti siano prescritti a pena di inammissibilità¹¹⁹.

possa fare infirmare la sentenza affetta da dolo o collusione proponendo un'apposita domanda al giudice del processo già pendente.

¹¹⁶ Cfr., PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI, *Commentario al c.p.c.*, cit., 750.

¹¹⁷ Così, ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 666; FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo*, cit., 270 e ss.; OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 128; LUISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 10.

¹¹⁸ OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 128 e s..

¹¹⁹ In tal senso, SATTA *Commentario*, cit., 367; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 955 e s.; LUISO, *ult. op. cit.*, 10. Analogamente in giurisprudenza, Cass., 17 maggio 1957, n. 1758, cit., 677. *Contra*, Trib. Roma, 18 dicembre 1956, cit., 96.

Innanzitutto, si deve rilevare che comunemente non si annovera tra le cause di nullità dell'atto introduttivo la mancata indicazione della sentenza impugnata¹²⁰. Ciò nonostante, contrapponendosi all'orientamento prevalente, una parte minoritaria ma autorevole della dottrina¹²¹, pur riconoscendo che tale omissione non è espressamente in alcun modo sanzionata, osserva che, da un lato, la mancata indicazione della sentenza che si impugna non può non rilevare ai fini dell'esatta individuazione dell'oggetto dell'impugnazione (*ex art. 164 n. 4*) e, dall'altro, che coerenza logica impone di sanzionare con l'inammissibilità tale omissione, al pari di quanto espressamente stabilito dall'art. 366 c.p.c. con riguardo al ricorso in cassazione.

Anche riguardo alla mancata indicazione del giorno in cui il terzo è venuto a conoscenza del dolo o della collusione e della relativa prova, non è chiaro quali siano le conseguenze della loro mancanza. In astratto¹²² si potrebbe considerare l'atto introduttivo affetto da nullità per difetto dei requisiti di cui ai nn. 1, 2, 3 e 7 dell'art. 163 e 163 *bis* (una nullità che, come noto, può essere sanata mediante la costituzione del convenuto ai sensi dell'art. 164 co. 1 c.p.c.); oppure il vizio potrebbe essere equiparato ai vizi dell'*editio actionis* (nel qual caso la nullità non potrebbe essere sanata per convalidazione oggettiva, ma esclusivamente mediante rinnovazione dell'atto introduttivo); infine, si potrebbe sostenere che tali requisiti sono richiesti a pena di inammissibilità.

La dottrina maggioritaria, unitamente alla giurisprudenza, propende per l'equiparazione al difetto dei requisiti di cui all'art. 163 n. 4. Conseguentemente, si sostiene che l'omessa indicazione comporti

¹²⁰ Per tutti, SATTA, *ult. op. cit.*, 367.

¹²¹ In tal senso, OLIVIERI, *ult. op. cit.*, 128 ed anche, Cass., 17 marzo 1957, in *Foro it.*, 1957, I, 1911.

¹²² Così, GUALANDI, *Frammenti, cit.*, 1319 e s..

l'inammissibilità dell'o.t.r. solo se il termine per proporre l'impugnazione da parte del terzo sia effettivamente decorso¹²³.

L'improcedibilità, invece, sarà dichiarata nelle sole ipotesi tassativamente previste dalla legge, ovvero nel caso in cui sia opposta una sentenza del giudice di appello quando l'opponente non si costituisca in termini o, pur essendosi costituito, non compaia né alla prima udienza né a quella successiva fissata dal giudice (art. 348) o per mancato inserimento nel fascicolo di copia autentica della sentenza impugnata (art. 347); nel caso in cui sia opposta una sentenza della S.C. quando l'opponente o le altre parti non depositino rispettivamente il ricorso ed il controricorso nei termini o manchino di depositare congiuntamente gli altri atti o documenti richiesti dagli artt. 370 e 371 c.p.c. o quando le parti non provvedano a depositare entro giorni venti dal termine assegnato l'atto di integrazione del contraddittorio (art. 371 *bis*).

La dottrina si divide in ordine alla possibilità del giudice di primo grado competente per l'o.t.r. di dichiarare l'improcedibilità, trattandosi di una sanzione sconosciuta al processo di primo grado¹²⁴.

Per quanto concerne il provvedimento che dichiara la chiusura in rito dell'o.t.r. si osserva che esso avrà forma di sentenza quando pronunciato dal giudice di primo grado o di appello, mentre l'art. 375 c.p.c. consente alla S.C. di provvedere con ordinanza (revocabile o modificabile ai sensi dell'art. 177).

Nessun problema pone, dal canto suo, il rigetto nel merito dell'o.t.r. che sarà pronunciata ogni qual volta il giudice ravvisi l'infondatezza dei

¹²³ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile, cit.*, 665; LUISO, *ult. op. cit.*, 10; NICOLETTI, *ult. op. cit.*, 514. Così pure la giurisprudenza, cfr., Cass., 15 ottobre 1997, n. 10116, in *Foro it.*, 1998, I, 2524. *Contra*, OLIVIERI voce *Opposizione di terzo, cit.*, 128, il quale, dopo aver precisato che la mancanza di tali requisiti non può non rilevare tanto ai sensi dell'art. 164 n. 4 quanto sotto il profilo della tempestività, preferisce la soluzione in favore dell'inammissibilità in ossequio al principio di coerenza logica rispetto all'espressa previsione di cui all'art. 398 co. 2 c.p.c..

¹²⁴ In senso favorevole, FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo, cit.*, 282.; OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 128. *Contra*, LUISO, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 10.

motivi addotti dal terzo opponente, ovvero insussistenza del dolo o della collusione, mancanza del nesso causale tra attività fraudolenta e tenore della decisione impugnata o inesistenza del danno per il terzo.

La dottrina si divide in ordine alla possibilità di proporre nuovamente l'o.t.r. a seguito della pronuncia di inammissibilità o improcedibilità. Da un lato, quella parte della dottrina che, richiamando il principio di razionalità che impone di ricollegare a pronunce dello stesso tipo le stesse conseguenze, nega la riproposizione finanche quando sia il giudice di primo grado a pronunciarsi in tal senso¹²⁵. Dall'altro, quella parte della dottrina che, muovendo dall'impossibilità di applicare analogicamente al giudizio di opposizione le norme di cui agli artt. 358 e 387 c.p.c., sostiene che il potere di opposizione non si consumi¹²⁶.

Nessun dubbio, invece, che in caso di rigetto nel merito il terzo perda il potere di proporre l'o.t.r.¹²⁷.

L'art. 408, riproducendo sostanzialmente l'art. 516 del codice di rito abrogato¹²⁸, stabilisce espressamente che alle pronunce di rigetto (sia in rito, sia in merito) debba seguire la condanna del terzo opponente al pagamento di una pena pecuniaria di due euro. La sanzione è talmente esigua da aver perso del tutto la funzione punitiva rispetto ad opposizioni di terzo temerarie o comunque meramente dilatorie che le Ordinanze

¹²⁵ CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1956, 154; FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo*, cit., 282 e ss., testo e note 27 e 29; OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 129.

¹²⁶ NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 515; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, cit., 210 e ss.. Deve, però, farsi presente che il breve termine di proponibilità rende la questione meramente teorica.

¹²⁷ Il terzo potrà tutelare la propria posizione giuridica esclusivamente in via ordinaria, esercitando le azioni risarcitorie, di regresso o di arricchimento senza giusta causa. Per tutti, FABBRINI, *ult. op. cit.*, 304. Ad ulteriore conferma di tale opinione si richiama l'art. 1595 co. 3 c.c., che con l'espressione «senza pregiudizio delle ragioni del subconduttore verso il sublocatore» fa espressamente salve le azioni civilistiche.

¹²⁸ È opportuno precisare che l'art. 516 c.p.c. Pisanelli prevedeva oltre alla condanna dell'opponente soccombente alle spese di giudizio ed alla multa anche la possibilità per i convenuti di chiedere il risarcimento dei danni. Secondo l'orientamento assolutamente prevalente della dottrina dell'epoca, il giudice poteva pronunciare d'ufficio sulle spese e sulla multa, ma non anche sul risarcimento. Cfr., MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, cit., 889; MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 541.

francesi del XVII secolo ed oggi il vigente *code de procedure* francese le attribuiscono.

Sebbene l'art. 408 c.p.c. non lo contempra espressamente, nessuno dubita del fatto che il giudizio di o.t.r. possa concludersi con una sentenza di accoglimento¹²⁹.

Ma nel silenzio della legge l'interprete è chiamato a stabilire, in primo luogo, se il procedimento abbia carattere meramente rescindente o anche rescissorio ed, in secondo luogo, se l'accoglimento comporti l'eliminazione della sentenza affetta da dolo o collusione dal mondo giuridico o esclusivamente l'inopponibilità della stessa al terzo opponente, fermi gli effetti della sentenza tra le parti originarie.

È opinione prevalente in dottrina che il giudizio di opposizione consti di due momenti distinti: una prima fase limitata all'accertamento della sussistenza del dolo o della collusione di cui la sentenza è frutto (fase cd. rescindente) ed una seconda fase finalizzata all'emanazione di una nuova pronuncia (fase cd. rescissoria)¹³⁰.

Invece, un'altra parte della dottrina¹³¹ ritiene che il giudizio rescissorio sia assolutamente inconciliabile con il carattere necessario comunemente riconosciuto all'o.t.r., in quanto nella maggior parte dei casi si tradurrebbe per il terzo nella perdita del doppio grado di giudizio¹³². Si osserva, inoltre, che il terzo con l'opposizione lamenta esclusivamente l'esistenza di una sentenza che, per essere frutto di dolo o

¹²⁹ Per tutti, NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 515, il quale espressamente afferma che: l'accoglimento è una «soluzione dall'art. 408 curiosamente non prevista, ma non perciò certo fuori dalla fenomenologia della decisione sull'opposizione (...)».

¹³⁰ Ragioni di economia dei giudizi e di equità inducono la dottrina maggioritaria a ritenere che, di norma, alla fase rescindente debba seguire la fase rescissoria. Sul punto, si rinvia a LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 135. Con specifico riferimento all'o.t.r., PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 542.

¹³¹ Così, NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 516; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, cit., 179 e 350. In senso parzialmente difforme, REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 507; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 669 e s., i quali, pur sostenendo che il giudizio di opposizione di terzo deve limitarsi alla fase rescindente, ammettono in taluni casi anche la fase rescissoria.

¹³² Si rinvia, *infra*, per la disamina delle soluzioni al problema dell'efficacia soggettiva della rescissione.

collusione in suo danno, gli arreca pregiudizio. Sulla base di tali premesse, si conclude affermando che il terzo non può aspirare che alla distruzione della sentenza, quale fonte del pregiudizio. Conseguentemente si sostiene la più totale estraneità alla funzione del rimedio disciplinato all'art. 404 co. 2 c.p.c. di qualunque riesame del rapporto giuridico intercorrente tra le parti originarie¹³³.

Infine, quella parte della dottrina che, riconoscendo al giudizio di o.t.r. carattere sostitutivo, ritiene che il giudice debba riesaminare *ex novo* le questioni definite nel precedente giudizio *inter partes* al fine di pervenire ad una cognizione e conseguentemente ad una decisione non affetta da dolo o collusione. Dunque, si sostiene che il terzo attraverso l'impugnazione provochi la rinnovazione del giudizio sul medesimo oggetto già deciso fra le parti originarie; giudizio che si conclude con l'emanazione di una sentenza che sostituisce quella precedentemente emessa *inter partes*¹³⁴⁻¹³⁵.

A parere di chi scrive, la soluzione del problema dell'«estensione dell'oggetto dell'o.t.r.»¹³⁶ passa necessariamente attraverso la valorizzazione dei dati forniti dal legislatore, pur nella consapevolezza della loro estrema laconicità. Più precisamente, si deve tener conto della rilevanza strutturale oltre che funzionale del dolo e della collusione, del dettato di cui al comb. disp. degli artt. 405 co.1 e 406 c.p.c. ed, infine, del comma 2 dell'art. 391 *ter*.

¹³³ Così, NICOLETTI, *ult. op. cit.*, 518.

¹³⁴ CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili, cit.*, 657 e ss., specificamente 669, il quale sostiene che tale conclusione, oltre ad essere desumibile dalla struttura che i dati positivi conferiscono a tale impugnazione, è confortata dall'equivalenza tra il rimedio di cui al comma 2 dell'art. 404 c.p.c. e l'intervento in appello ai sensi dell'art. 344. Nello stesso senso anche CECHELLA *L'opposizione di terzo, cit.*, 163 e ss., il quale, però, precisa che il giudizio di o.t.r. è esclusivamente quello proposto dagli aventi causa.

¹³⁵ Nel senso che non possa parlarsi di giudizio rescindente con riguardo all'opposizione di terzo poiché «...di rescissione si può parlare solo tra le parti, non in rapporto a un terzo», SATTA, *ult. op. cit.*, 369 e s..

¹³⁶ L'espressione è mutuata da NICOLETTI, voce *Opposizione di terzo, cit.*, 517.

Per quanto concerne i requisiti del dolo e della collusione, pacifica è la rilevanza funzionale di tali requisiti, predisposti dal legislatore, da un lato, al fine di garantire la serietà dell'impugnazione e, dall'altro, di giustificare la richiesta del terzo di volersi sottrarre alla sentenza cui è soggetto¹³⁷. Ed altrettanto pacifica deve dirsi la considerazione che a tali requisiti non possa attribuirsi alcuna rilevanza strutturale.

Più precisamente, la qualificazione del dolo e della collusione in termini di condizioni di ammissibilità dell'impugnazione¹³⁸ piuttosto che di vizi della sentenza (o – se si preferisce – di motivi limitati)¹³⁹ rilevarebbe ai fini della soluzione del problema, qualora a tutt'oggi si ritenesse valida ed imprescindibile la corrispondenza, da un lato, tra mezzi di gravame – condizioni di ammissibilità – sentenza a carattere sostitutivo e, dall'altro, tra azioni di impugnativa – motivi limitati – distinzione tra fase rescindente e fase rescissoria¹⁴⁰.

Attualmente, l'opinione assolutamente prevalente è nel senso di superare tali schemi. A sostegno di tale posizione si osserva che le pretese corrispondenze tra caratteri strutturali e schema di funzionamento di ciascuna impugnazione non solo non hanno carattere cogente, ma soprattutto sono smentite dal dato storico-comparatistico, che mostra inequivocabilmente la preferenza dei legislatori per i modelli spuri.

Ne consegue che dalle diverse qualificazioni del dolo o della collusione non si possa desumere la struttura monofasica o bifasica del giudizio di o.t.r..

¹³⁷ Cfr., CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, cit., 656.

¹³⁸ Per tutti, OLIVIERI voce *Opposizione di terzo*, cit., 137, il quale precisa che il terzo opponente, ai fini dell'ammissibilità dell'o.t.r., deve limitarsi ad affermare la sussistenza del dolo o della collusione, laddove la prova della loro effettiva esistenza rileva ai fini della fondatezza della stessa.

¹³⁹ Per tutti, NICOLETTI, *ult. op. cit.*, 509.

¹⁴⁰ Tale rigida corrispondenza è stata sostenuta, non senza divergenze in punto di classificazione delle singole impugnazioni, da due illustri Autori. Cfr., CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra "error in iudicando" ed "error in procedendo"*, Torino, 1917, 1-16; *Id.*, *La cassazione civile*, Torino, 1920; e CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, cit., 632 e ss..

Né indicazioni utili ai fini della risoluzione del problema dell'estensione dell'oggetto dell'o.t.r. possono ricavarsi dal comb. disp. degli artt. 405 co.1 e 406 c.p.c., ai sensi del quale il giudizio di opposizione mutua la propria struttura procedimentale dal giudizio nel quale è stata emessa la sentenza impugnata, a causa dell'eccessiva indeterminatezza della disposizione¹⁴¹.

Invece, parrebbe potersi desumere un'indicazione utile a sostegno della tesi dominante dal comma 2 dell'art. 391 *ter* c.p.c., ove il legislatore ha avuto cura di precisare che la S.C. accoglie la domanda di opposizione e pronuncia nel merito sempre che non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto; in caso contrario, dichiara ammissibile l'opposizione di terzo e rinvia la causa al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata¹⁴².

Ciò implica che l'opposizione di terzo consti tanto dello *iudicium rescindens*, finalizzato ad annullare la precedente sentenza una volta verificata l'ammissibilità dell'impugnazione (ovvero la qualità di terzo dell'opponente, la tempestività dell'impugnazione e la sussistenza del dolo o della collusione), quanto di quello *rescissorium*, finalizzato alla emanazione di una nuova sentenza.

La necessità che alla fase rescindente segua quella rescissoria emerge chiaramente sin dalla Relazione governativa che accompagnava il progetto del primo codice di rito unitario, nella quale il Ministro Pisanelli ebbe cura di precisare che i terzi che propongono l'opposizione

¹⁴¹ La dottrina suole definire tali norme *per relationem*. Sul punto, NICOLETTI, *ult. op. cit.*, 513.

¹⁴² Il fatto che la fase rescissoria possa svolgersi dinanzi alla S.C. solo ove non occorran ulteriori accertamenti è perfettamente coerente con le regole che sovrintendono il giudizio in cassazione. Non si può, però, non considerare che il giudice dell'o.t.r. è chiamato ad accertare, non solo la sussistenza del dolo o della collusione ai fini dell'ammissibilità del rimedio, ma anche il nesso di causalità tra l'attività fraudolenta ed il contenuto della sentenza e l'esistenza del danno per il terzo. Accertamenti che rendono molto più probabile che i giudici della S.C. debbano rinviare la causa al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata, limitandosi a dichiarare l'ammissibilità dell'o.t.r..

di cui all'art. 512 perseguono un duplice scopo: far annullare il giudicato che li pregiudica ed ottenere una sentenza che riformi quella precedente¹⁴³.

A questo punto, si rende necessario affrontare il problema dell'efficacia della sentenza di accoglimento nei confronti delle parti e nei confronti del terzo.

Sin dal vigore del codice di rito Pisanelli, le soluzioni prospettate sono state le più variegate, schematizzabili in quattro orientamenti.

Il primo sostiene che la sentenza che accoglie l'o.t.r. rende inopponibile al terzo la sentenza impugnata, senza che ciò infici in alcun modo l'efficacia della sentenza impugnata tra le parti originarie¹⁴⁴.

Il secondo sostiene che l'accoglimento della domanda di o.t.r. comporta la modifica della sentenza impugnata anche tra le parti

¹⁴³ Cfr., PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI, *Commentario al c.p.c., cit.*, 754 e ss., ove si legge espressamente che: «... Duplice è lo scopo cui mira l'opposizione di terzo, il primo è quello di fare annullare la sentenza profferita, il secondo, di provocare una nuova sentenza. Il giudizio dunque sull'opposizione di terzo si divide in due parti, che fa d'uopo mantenere distinte. Col primo esame l'autorità giudiziaria vaglia i motivi su cui poggia l'opposizione del terzo, con l'investigare se colui che si oppone sia veramente un terzo, e se la sentenza contro cui si oppone rechi veramente pregiudizio a' suoi diritti.» Ed ancora che: «Quando l'opposizione di terzo è ammessa, la sentenza contro cui era diretta rimane infirmata. (...) ammessa però l'opposizione di terzo comincia il secondo stadio del giudizio, quello cioè in cui deve discutersi e decidersi il merito della controversia tra l'opponente di terzo e la parte opposta. (...) Statuendo sul merito della causa, il magistrato non è affatto vincolato dalla sua precedente sentenza; questa è venuta meno con l'ammissione dell'opposizione di terzo, la quale dà luogo ad un novello giudizio».

¹⁴⁴ Sotto il codice di rito abrogato, cfr., MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano, cit.*, 873; CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile, cit.*, 1017, ove si legge che: «... la sentenza che ammette l'opposizione non distrugge il giudicato fra le parti, ma impedisce soltanto che esso che possa nuocere al terzo»; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi, cit.*, 310, 318. In senso parzialmente difforme, LIPARI, *L'opposizione di terzo revocatoria, cit.*, 895 e s.; CHIAPPELLI, *Il rimedio dell'opposizione di terzo, cit.*, 142, il quali sostengono una soluzione complessa. Se il processo è stato fraudolento, allora l'accoglimento dell'o.t.r. dà luogo alla mera inopponibilità della sentenza impugnata all'opponente vittorioso. Invece, se il processo è stato simulato, la pronunzia favorevole al terzo termina con una sentenza a carattere sostitutivo che ha efficacia per il terzo e per le parti. Attualmente, in senso analogo, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, cit.*, 392; COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980, 508; TAVORMINA, *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione delle sentenze*, Milano, 1990, 129-131. Ed anche CECHELLA *L'opposizione di terzo, cit.*, 168 e ss., sia pure con esclusivo riferimento al rimedio esperito dai soli creditori che l'A. chiama azione revocatoria processuale.

originarie¹⁴⁵. Questa posizione trova sostenitori sia in quella parte della dottrina che attribuisce carattere sostitutivo al giudizio di o.t.r.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷, sia in quella parte che limita il giudizio di o.t.r. alla fase meramente rescindente¹⁴⁸, sia in quella parte che sostiene che all'annullamento segua il giudizio rescissorio¹⁴⁹. La differenza si riscontra, però, in ordine all'estensione oggettiva della pronuncia che chiude il giudizio di o.t.r. accogliendo la domanda del terzo: nel primo caso la sentenza cui si riconosce efficacia per il terzo e per le parti pronuncia sul medesimo rapporto giuridico già deciso dalla sentenza impugnata; nel secondo caso l'efficacia della sentenza per le parti e per il terzo consiste nel mero annullamento di quest'ultima.

La terza corrente di pensiero¹⁵⁰ prospetta una soluzione non unitaria al problema dell'efficacia della sentenza di accoglimento, in quanto distingue tra l'o.t.r. proposta dai creditori e quella esperita dagli aventi causa (nonché dai terzi titolari di diritti dipendenti). Nel primo caso, si afferma che l'effetto della sentenza di accoglimento consiste nella mera inefficacia o – se si preferisce – nell'inopponibilità della

¹⁴⁵ MORTARA, Commentario al codice di procedura civile, *cit.*, 536, nota 1; REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1960, 101 nota 100; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 1989, 402.

¹⁴⁶ CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, *cit.*, 668 e s..

¹⁴⁷ Così, CECHELLA *L'opposizione di terzo*, *cit.*, 163 e s., il quale precisa che «... sul piano degli effetti, l'opposizione di terzo è inequivocabilmente un'impugnazione, ovvero è destinata, senza possibilità di distinguo alcuno, alla eliminazione del titolo giudiziale *inter alios*». Non si può non ribadire che l'A., allorché parla di o.t.r., fa riferimento al rimedio proposto dai soli aventi causa e non anche dai creditori.

¹⁴⁸ Così, NICOLETTI, *ult. op. cit.*, 516, il quale afferma espressamente che: «... se l'opposizione è un'impugnazione, essa, se distrugge la sentenza, la distrugge come tale, punto e basta».

¹⁴⁹ Così, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, *cit.*, 542, il quale attribuisce espressamente alla rescissione efficacia anche tra le parti originarie.

¹⁵⁰ In tal senso, SATTA *Commentario*, *cit.*, 364; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, *cit.*, 957. Cfr., sul punto anche PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, *cit.*, 542, ove l'a. afferma espressamente che: «qualche incertezza sussiste, in ipotesi di accoglimento della opposizione di terzo revocatoria proposta dai creditori, circa l'idoneità di tale impugnazione a rescindere totalmente la sentenza resa tra le parti originarie o solo a rendere tale sentenza inefficace nei confronti del creditore sulla falsariga di quanto previsto dagli artt. 2901 e 2092 c.c. riguardo all'azione revocatoria».

sentenza impugnata nei confronti dell'opponente vittorioso; mentre, nel secondo caso, si ritiene che effetto dell'accoglimento della domanda di o.t.r. sia l'annullamento della sentenza affetta da dolo o collusione pure *inter partes*.

Infine, si deve dar conto del più complesso dei quattro orientamenti che rifiuta l'aprioristica determinazione del contenuto della sentenza di accoglimento in favore di soluzioni differenziate che tengano conto della situazione concreta di volta in volta dedotta in giudizio. Sulla base di tali premesse, si osserva che la mera dichiarazione di inefficacia della sentenza nei confronti del creditore opponente è sufficiente nei soli casi in cui la sentenza impugnata affermi un obbligo del debitore. Invece, nel caso in cui la sentenza impugnata neghi l'esistenza di un elemento attivo del patrimonio del debitore, si ritiene che la tutela del terzo imponga per lo meno il completo annullamento della sentenza impugnata (invece, l'eventualità che il giudice provveda anche al giudizio rescissorio deve essere valutata con esclusivo riferimento alle domande che le parti abbiano proposto nei loro atti introduttivi). Infine, si sostiene che, laddove l'o.t.r. sia proposta da un avente causa, la sentenza di accoglimento abbia carattere sostitutivo ogni qualvolta il terzo abbia richiesto la tutela della propria situazione giuridica pregiudicata dalla sentenza frutto di dolo o collusione in suo danno¹⁵¹.

Anche in giurisprudenza si ravvisano orientamenti non univoci, sebbene attualmente possa dirsi superata la posizione secondo la quale l'accoglimento dell'opposizione non impedisce alla sentenza di spiegare i suoi effetti tra le parti originarie a condizione che sia cessato, per effetto del soddisfacimento dell'opponente, il pregiudizio di quest'ultimo¹⁵² in favore della posizione che, tanto per l'o.t.r. proposta dal creditore quanto

¹⁵¹ Così, OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 139; LUISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 7 e s.; ZUMPANO, *Sugli effetti della sentenza che accoglie l'opposizione di terzo ex art. 404, 2° co., c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2180 e ss.

¹⁵² Cfr., C. App. Milano, 21 marzo 1960, in *Foro pad.*, 1961, I, 93.

per quella proposta dagli aventi causa, postula la totale assoluta eliminazione della sentenza impugnata con conseguente pronuncia sostitutiva¹⁵³.

Orbene, la tesi che riduce l'efficacia della sentenza di accoglimento all'inefficacia relativa riposa sulla ricostruzione dell'o.t.r. in termini di *pauliana* applicata al processo; ma, come precedentemente affermato, a partire dall'entrata in vigore dell'attuale codice di rito tra azione revocatoria ed o.t.r. si può continuare a ravvedere un'analogia funzionale ma non anche strutturale. Conseguentemente, non pare possibile continuare a sostenere la tesi dell'inopponibilità relativa¹⁵⁴.

Per quanto concerne l'orientamento che distingue gli effetti dell'accoglimento a seconda che l'o.t.r. sia stata proposta dai creditori oppure dagli aventi causa e quello che prospetta soluzioni diversificate a seconda della situazione giuridica concretamente dedotta in giudizio, pur avendo il pregio di porre in evidenza che la mera declaratoria di inefficacia il più delle volte non realizza pienamente la tutela del terzo, affermano l'impossibilità di pervenire alla determinazione di contenuto omogeneo della sentenza di accoglimento pur in assenza di specifiche indicazioni *de iure condito* al riguardo.

Al contrario, numerose esigenze inducono a preferire le tesi che prospettano una definizione *ex novo* della controversia anche tra le parti. Innanzitutto, si avvertono esigenze di economia processuale. Si vuole, cioè, evitare che le parti originarie proponano una nuova azione sul medesimo rapporto oggetto della sentenza impugnata; ipotesi pressoché

¹⁵³ Cfr., Cass., 27 giugno 1988, n. 4324, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2175.

¹⁵⁴ *Contra*, TAVORMINA, *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione delle sentenze*, cit., 129, ove l'A. conclude nel senso che «... nè la maggiore estensione della sfera dei soggetti legittimati ad opporsi di terzo *ex art. 404 cpv.* rispetto a quella dei titolari dell'azione revocatoria, né la diversità della fonte produttiva degli effetti che si intendono rimuovere, né la più rigorosa fissazione dei presupposti per la concessione della tutela avallano dubbi sull'assimilabilità della tecnica e del risultato delle due normative».

inevitabile se si accede alla tesi secondo la quale il giudizio di o.t.r. ha carattere meramente rescindente.

Ma il *favor* per l'ulteriore pronuncia che sostituisca la sentenza annullata si giustifica soprattutto in ragione delle esigenze di tutela del terzo¹⁵⁵. Sostenere che la sentenza che accoglie l'o.t.r. si limita a rescindere totalmente (ossia anche nei confronti delle parti originarie) la sentenza impugnata, espone il terzo ad infinite successive iniziative processuali fraudolente. Invece, provocare una nuova statuizione sul rapporto giuridico intercorrente tra le parti originarie in presenza del terzo ed al cospetto del giudice che ha già accertato la sussistenza del dolo o della collusione, nonché l'incidenza degli artifici messi in atto sul tenore della decisione aumenta esponenzialmente la possibilità di pervenire ad una decisione giusta, nel senso di una pronuncia conforme al diritto sostanziale¹⁵⁶. Ed un ulteriore argomento a sostegno della tesi che classifica l'o.t.r. come impugnazione *lato sensu* sostitutiva è rappresentato dalla considerazione che il terzo che si oppone in via revocatoria persegue un risultato del tutto analogo a quello cui avrebbe mirato spiegando intervento ai sensi dell'art. 105 co. 2 c.p.c. o dell'art. 344 c.p.c.¹⁵⁷.

Infine, l'interprete è chiamato a stabilire quali rimedi siano esperibili avverso la sentenza che decide l'o.t.r.. Nel silenzio della legge,

¹⁵⁵ CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, cit., 668.

¹⁵⁶ Esigenza fortemente avvertita sin dalla introduzione dell'istituto nell'ordinamento nel 1865. Cfr., PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI, *Commentario al c.p.c.*, cit., 677 nota 1, ove si legge espressamente che: «Come nella revocazione la stessa autorità si dimostrò più opportuna a riformare l'errore del giudicato. Essa (...) meglio di ogni altra può valutare l'influenza che esercitarono nella sua decisione il dolo e la collusione dei litiganti».

¹⁵⁷ L'argomento è sviluppato da CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, cit., 663 e ss.. *Contra*, TAVORMINA, *Contributo alla teoria dei mezzi*, cit., 130 e s., il quale, pur sostenendo che l'accoglimento dell'o.t.r. comporta la mera inopponibilità della sentenza resa *inter alios* al terzo opponente e non l'emanazione di una sentenza efficace nei confronti sia delle parti sia del terzo (come avviene a seguito di intervento), ritiene che due mezzi assicurano una tutela equivalente, senza che ciò implichi «... la necessità di una identità di effetti da ricollegare all'esercizio dei diversi mezzi di tutela», essendo «... sufficiente la loro idoneità a neutralizzare le conseguenze di un'attività dolosa a danno del tutelando, non importa se in via preventiva o di reazione».

comunemente si ritiene che la pronuncia che chiude il giudizio instaurato dal terzo è soggetta ai mezzi di impugnazione che erano proponibili avverso al sentenza opposta¹⁵⁸⁻¹⁵⁹. Inoltre, muovendo dall'impossibilità di applicare in via analogica all'o.t.r. l'art. 403 co. 2 c.p.c., si ammette altresì che possa essere opposta in via revocatoria da altri terzi¹⁶⁰.

¹⁵⁸ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 589; REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 509; FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo*, cit., 305; LUISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 10; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 392; COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 522. Analogamente in giurisprudenza, Cass., 23 maggio 1975, n. 2080, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1990; *Id.*, 07 aprile 1971, n. 1042, in *Foro it.*, 1971, I, 1, 1199.

¹⁵⁹ Per quanto concerne l'impugnabilità delle sentenze di inammissibilità o di improcedibilità, si rinvia specificamente ad OLIVIERI, voce *Opposizione di terzo*, cit., 129, il quale afferma che tali sentenze, quando emesse dal giudice di primo o secondo grado saranno rispettivamente appellabili e ricorribili per cassazione; mentre precisa che le sentenze di improcedibilità ed inammissibilità emesse dalla S.C., in qualità di giudice dell'opposizione di terzo, sono impugnabili solamente per errore di fatto (art. 391 *bis* c.p.c.).

¹⁶⁰ Così, CHIOVENDA, *ult. op. cit.*, 589; COSTA, *ult. op. cit.*, 522; LUISO, voce *Opposizione di terzo*, cit., 10; NICOLETTI, *ult. op. cit.*, 518.

Bibliografia

A

ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935.

AMIGUES, *De expectione rei iudicatæ*, Parigi, 1886.

ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1961.

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

— *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973.

— *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979.

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

— *Diritto processuale*, Padova, 1994.

B

BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, I, Bari, 2007.

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

BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936.

BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005.

BUSNELLI, *La cosa giudicata e le obbligazioni solidali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974.

— *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. cod. civ.* (UTET), Torino, 1980.

C

CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra “error in iudicando” ed “error in procedendo”*, Torino, 1917.

— *La cassazione civile*, Torino, 1920.

— *L’art. 1997 c.c. e i futuribili*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941.

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

— *Contro il processo fraudolento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II.

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

— *Efficacia diretta e riflessa del giudicato penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1948.

— *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1956.

— *Diritto e processo*, Napoli, 1958.

CECHELLA, *L’opposizione di terzo alla sentenza*, Torino, 1995.

CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973.

CHIAPPELLI, *Il rimedio dell’opposizione di terzo*, Milano, 1907.

CHIARLONI, *Davvero legittima l’efficacia della sentenza penale nei giudizi civili o amministrativi, ai sensi dell’art. 28 cod. proc. pen.?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965.

CHIOVENDA, *I principî di diritto processuale civile*, Napoli, 1923.

— *Istituzioni di diritto processuale civile*, Roma, 1937.

CHIZZINI, *L’intervento adesivo. Struttura e funzione*, Padova, 1992.

COMOGLIO, *L’art. 28 cod. proc. pen. e i profili costituzionali dei limiti soggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1966.

— *L’incostituzionalità dell’art. 28 cod. proc. pen. e la decisione di «overruling» della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1971.

— *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982.

CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006.

COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980.

D

D'ESPEISSES, *Œuvres*, tit. II, sez. II, art. III, 1664.

DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Parigi, 1762.

DE POLI, *Servono ancora i raggiri per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. dir. civ.*, 2004.

F

FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964.

— *L'opposizione di terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968.

FAZZALARI, voce *Successione nel diritto controverso*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990.

— *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 1990.

FERRANTE, *Il dolo omissivo nella giurisprudenza: fine dell'esilio?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008.

G

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

GARBAGNATI, *Intorno all'efficacia, nei confronti del subconduttore, dell'ordinanza di convalida della licenza intimata al sublocatore*, in *Giur. it.*, 1948.

— *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 1991.

GARGIULO, *Il codice di procedura civile*, III, Napoli, 1887.

GARSONNET-CEZAR BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, III ed., Parigi, 1912-1925.

GLASSON-TISSIER-MORELL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, III ed., Parigi, 1929.

GRASSO, *Le impugnazioni incidentali*, Milano, 1973.

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

I

IRTI, *A proposito di limiti soggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1961.

L

LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano, 1962.

— *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981.

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

— *Appunti sul dolo processuale bilaterale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928.

LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981.

— *Sul concetto di «avente causa» dell'ar. 2909 c.c.*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1982.

— voce *Opposizione di terzo*, in *Enc. Giur.*, vol. XXI, Roma, 1990.

M

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

— *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 1989.

MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, 1904, V ed., vol. IV.

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

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

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

— *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997.

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

MESSINEO, *Il contratto in genere*, II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 1972.

MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978.

— *Sulla legittimazione a proporre opposizione di terzo revocatoria*, in *Giur. it.*, 1980.

MONTESANO, *Giudicato sui fatti, efficacia riflessa della sentenza e tutela giurisdizionale dei diritti nella pronuncia costituzionale sull'art. 28 cod. proc. pen.*, in *Foro it.*, 1971.

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

MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1905, vol. IV.

N

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

O

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

P

PIERGROSSI, *Esecutorietà della sentenza e opposizione di terzo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1965.

PIGEAU, *Procédure civile du Châtelet de Paris*.

PISANELLI, SCIALOJA, MANCINI, *Commentario al c.p.c.*, coordinato e ridotto da Galdi, Napoli, 1878.

PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965.

— *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971.

— *A proposito dei «Frammenti sull'opposizione di terzo» di Angelo Gualandi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976.

— *Appunti sul giudicato civile e sui limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990.

— *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006.

POTHIER, *Traité de la procédure civile*, n. 36.

POULLAIN du PARC, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*.

R

RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili in diritto romano*, I, Milano, 1961.

REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911.

— *Diritto processuale civile*², II, Milano, 1957.

— *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911.

— *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1960.

RICCI, *Commentario al codice di procedura civile italiano*, Firenze, 1883.

ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, Parigi, 1958.

S

SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990.

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 1959.

— *Incostituzionalità dell'art. 28 cod. proc. pen.*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, Padova, 1973.

SCACCIA, *Tractatus de appellationibus*, Quaest. XVII, lim. 6, membr. 4, n. 51.

T

TARZIA, *Determinazione del grado del processo e impugnabilità della sentenza*, in *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1984.

TAVORMINA, *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione delle sentenze*, Milano, 1990.

TISSIER, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, Parigi, 1890.

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007.

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

V

VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 1978.

— *Profili del processo civile*, 1, Napoli, 2006.

— *Profili del processo civile*, 2, Napoli, 2006.

— *Profili del processo civile*, 3, Napoli, 2006.

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

— «Ultimissime» *dalla dottrina dell'opposizione di terzo*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, III, Milano, 1979.

W

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

Z

ZANI, *La mala fede nel processo civile*, Roma, 1931.

— *La revocazione e l'opposizione di terzo nel nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942.

ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1962.

ZUMPANO, *Sugli effetti della sentenza che accoglie l'opposizione di terzo ex art. 404, 2° co., c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1989.

Giurisprudenza

C. cost., 22 marzo 1971, n. 55, in *Riv. dir. proc.*, 1971

C. cost., 07 giugno 1984, n. 167, in *Giust. civ.*, 1984.

C. cost., 25 ottobre 1985, n. 237, in *Giust. civ.*, 1986.

C. cost., sent. 30 gennaio 1986, n. 17, in *Giust. civ.*, 1987.

C. cost., 20 dicembre 1988, n. 1105, in *Giust. civ.*, 1989.

C. cost., 31 gennaio 1991 n. 36, in *Giur. it.*, 1992.

C. St., Ad. pl., 25 marzo 2009, n. 2, in www.dejure.giuffre.it.

Cass., s.u., 16 maggio 1973, n. 1382, in *Giust. civ. Mass.*, 1973.

Cass., s.u., 18 maggio 2004, n. 9440, in *Giust. civ.*, 2004.

Cass., s.u., 12 marzo 2008, n. 6523, in *Foro amm. CDS*, 2008.

Cass., 18 maggio 1927, in *Foro it.*, 1927.
Cass., 14 febbraio 1928, in *Monit. trib.*, 1928.
Cass., 04 luglio 1932, in *Giur. it.*, 1932.
Cass., 21 marzo 1933, in *Giur. it.*, 1933.
Cass., 18 aprile 1934, in *Giur. it.*, 1934.
Cass., 15 febbraio 1943, n. 355, in *Mass. Foro it.*, 1943.
Cass., 27 marzo 1945, n. 200, in *Dir. e giur.*, 1945.
Cass., 04 aprile 1945, n. 217, in *Giur. it.*, 1946.
Cass., 24 maggio 1946, in *Foro it.*, 1946.
Cass., 18 giugno 1948, n. 1527, in *Foro it.*, 1949.
Cass., 16 agosto 1948, n. 1490, in *Giur. it.*, 1949.
Cass., 15 ottobre 1948, n. 1750, in *Giur. it.*, 1949.
Cass., 28 dicembre 1949, n. 2654, in *Foro it.*, 1950.
Cass., 12 gennaio 1950, n. 83, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950.
Cass., 14 gennaio 1950, n. 117, in *Mass. Foro it.*, 1950.
Cass., 24 gennaio 1950, in *Giur. it.*, 1951.
Cass., 15 marzo 1950, n. 694, in *Foro it.*, 1950.
Cass., 03 giugno 1950, n. 1375, in *Foro it.*, 1950, 3108.
Cass., 09 ottobre 1953, n. 3271, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953.
Cass., 30 dicembre 1953, in *Giur. it.*, 1953.
Cass., 21 ottobre 1954, n. 3968, in *Foro it.*, 1954.
Cass., 14 dicembre 1954, n. 4471, in *Giust. civ.*, 1955.
Cass., 16 aprile 1955, n. 1067, in *Giust. civ.*, 1956.
Cass., 25 maggio 1955, n. 1577, in *Mass. Giust. civ.*, 1955.
Cass., 11 ottobre 1955, n. 3015, in *Foro it.*, 1955.
Cass., 17 dicembre 1955, n. 3899, in *Mass. Giust. civ.*, 1955.
Cass., 31 gennaio 1957, n. 339, in *Mass. Giust. civ.*, 1957.
Cass., 17 marzo 1957, in *Foro it.*, 1957.
Cass., 18 aprile 1957, n. 1331, in *Giust. civ.*, 1957.
Cass., 17 maggio 1957, n. 1758, in *Giur. it.*, 1957.
Cass., 03 luglio 1957, n. 2583, in *Mass. Giust. civ.*, 1957.
Cass., 26 marzo 1958, n. 1005, in *Giust. civ.*, 1958.
Cass., 27 marzo 1959, n. 938, in *Giur. it.*, 1959.
Cass., 30 giugno 1960, n. 1716, in *Mass. Giust. civ.*, 1960.
Cass., 09 agosto 1960, n. 2345, in *Giur. it.*, 1960.
Cass., 06 marzo 1962, n. 437, in *Giur. it.*, 1962.
Cass., 12 ottobre 1962, n. 2953, in *Mass. Foro it.*, 1962.
Cass., 17 settembre 1963, n. 2531, in *Mass. Foro it.*, 1963.
Cass., 14 marzo 1964, n. 580, in *Giur. it.*, 1964.
Cass., 06 agosto 1965, n. 1890, in *Giust. civ.*, 1966.
Cass., 5 luglio 1966, n. 1741, in *Foro it.*, 1967.
Cass., 31 agosto 1966, n. 2301, in *Mass. Foro it.*, 1966.
Cass., 09 giugno 1969, n. 2033, in *Giust. civ.*, 1969.
Cass., 14 ottobre 1969, n. 3328, in *Giur. it.*, 1972.
Cass., 12 gennaio 1971, n. 35, in *Giur. it.*, 1972.

Cass., 21 gennaio 1971, n. 118, in *Foro it.*, 1971.
 Cass., 07 aprile 1971, n. 1042, in *Foro it.*, 1971.
 Cass., 10 maggio 1972, n. 1415, in *Foro it.*, 1972.
 Cass., 29 maggio 1972, n. 1727, in *Giust. civ.*, 1972.
 Cass., 26 giugno 1972, n. 2169, in *Mass. Giust. civ.*, 1972.
 Cass., 22 maggio 1973, n. 1499, in *Foro it.*, 1973.
 Cass., 23 maggio 1975, n. 2080, in *Giur. it.*, 1976.
 Cass., 16 febbraio 1976, n. 508, in *Foro it.*, 1976.
 Cass., 05 novembre 1976, n. 4028, in *Giust. civ.*, 1977.
 Cass., 11 maggio 1977, n. 1817, in *Rep. Foro it.*, 1977.
 Cass., 28 ottobre 1978, n. 4933, in *Dir. e giur. agr.*, 1980.
 Cass., 19 marzo 1979, n. 1592, in *Giust. civ. Mass.*, 1979.
 Cass., 09 aprile 1979, n. 2021, in *Giust. civ.*, 1979.
 Cass., 25 marzo 1980, n. 1995, in *Giust. civ.*, 1980.
 Cass., 17 maggio 1980, n. 3243, in *Giust. civ.*, 1980.
 Cass., 19 marzo, 1981, n. 1651, in *Giust. civ. Mass.*, 1981.
 Cass., 17 aprile 1981, n. 2326, in *Giust. civ. Mass.*, 1981.
 Cass., 04 agosto 1982, n. 4382, in *Giust. civ. Mass.*, 1982.
 Cass., 21 febbraio 1983, n. 1299, in *Giust. civ.*, 1983.
 Cass., 26 marzo 1983, n. 2151, *Mass. Foro it.*, 1983.
 Cass., 12 aprile 1983, n. 2575, in *Giust. civ. Mass.*, 1983.
 Cass., 23 settembre 1983, n. 5651, in *Foro it.*, 1984.
 Cass., 22 dicembre 1983, n. 7572, in *Mass. Foro it.*, 1983.
 Cass., 30 luglio 1984, n. 4529, in *Giust. civ.*, 1984.
 Cass., 18 dicembre 1984, n. 6625, in *Giust. civ. Mass.*, 1984.
 Cass., 23 febbraio 1985, n. n. 1619, in *Giur. comm.*, 1985.
 Cass., 08 novembre 1985, n. 5466, in *Giust. civ. Mass.*, 1985.
 Cass., 10 luglio 1987, n. 6025, in *Giust. civ. Mass.*, 1987.
 Cass., 11 gennaio 1988, n. 19, in *Foro it.*, 1988.
 Cass., 01 marzo 1988, n. 2145, in *Giust. civ. Mass.*, 1988.
 Cass., 07 aprile 1988, n. 2747, in *Foro it.*, 1988.
 Cass., 27 giugno 1988, n. 4324, in *Giust. civ.*, 1989.
 Cass., 10 agosto 1988 n. 4904, in *Giust. civ. Mass.*, 1988.
 Cass., 14 novembre 1989, n. 4831, in *Giust. civ. Mass.*, 1989.
 Cass., 23 novembre 1989, n. 5039, in *Notiziario giur. lav.*, 1990.
 Cass., 22 gennaio 1990, n. 336, in *Rep. Foro it.*, 1990.
 Cass., 14 maggio 1990, n. 4123, in *Rep. Foro it.*, 1990.
 Cass., 14 giugno 1990, n. 21, in *Giust. civ. Mass.*, 1990.
 Cass., 18 ottobre 1991, n. 11038, in *Rep. Foro it.*, 1991.
 Cass., 14 novembre 1991, n. 12168, in *Giust. civ. Mass.*, 1991.
 Cass., 16 gennaio 1992, n. 497, in *Vita not.*, 1992.
 Cass., 18 giugno 1992, n. 7528, in *Foro it.*, 1993.
 Cass., 18 novembre 1992, n. 12340, in *Rep. Foro it.*, 1992.
 Cass., 23 dicembre 1993, n. 12758, in *Giust. civ. Mass.*, 1993.
 Cass., 10 marzo 1994, n. 2323, in *Giust. civ. Mass.*, 1994.

Cass., 30 gennaio 1995, n. 1106, in *Giust. civ. Mass.*, 1995.
Cass., 29 aprile 1997, n. 3728, in *Mass. Foro it.*, 1997.
Cass., 15 ottobre 1997, n. 10116, in *Foro it.*, 1998.
Cass., 29 agosto 1998, n. 8641, in *Giust. civ. Mass.*, 1998.
Cass., 24 marzo 1999, n. 2795, in *Giust. civ. Mass.*, 1999.
Cass., 13 aprile 1999, n. 3608, in *Giust. civ. Mass.*, 1999.
Cass., 24 maggio 1999, n. 5026 in *Giust. civ. Mass.*, 1999.
Cass., 03 settembre 1999, n. 9294, in *Giust. civ. Mass.*, 1999.
Cass., 14 febbraio 2001, n. 2156, in *Giust. civ. Mass.*, 2001.
Cass., 22 febbraio 2001, n. 2599, in *Giust. civ. Mass.*, 2001.
Cass., 22 marzo 2001, n. 4142, in *Giust. civ. Mass.*, 2001.
Cass., 17 maggio 2001, n. 6757, in *Giust. civ.*, 2002.
Cass., 18 maggio 2001, n. 6851, in *Arch. civ.*, 2002.
Cass., 30 maggio 2002, n. 7938, in *Giust. civ. Mass.*, 2002.
Cass., 20 dicembre 2002, n. 18147, in *Giust. civ. Mass.*, 2002.
Cass., 24 gennaio 2003, n. 1111, in *Giust. civ. Mass.*, 2003.
Cass., 12 febbraio 2003, n. 2104, in *Arch. civ.*, 2003.
Cass., 12 maggio 2003, n. 7262, in *Giust. civ. Mass.*, 2003.
Cass., 13 giugno 2003, n. 9500, in *Foro it.*, 2004.
Cass., 20 gennaio 2004, n. 849, in *Giust. civ. Mass.*, 2004.
Cass., 27 febbraio 2004, n. 4008, in *Giust. civ. Mass.*, 2004.
Cass., 15 marzo 2005, n. 5549, in *Giust. civ.*, 2006.
Cass., 22 giugno 2005, n. 13442, in *Riv. arbitrato*, 2006.
Cass., 20 aprile 2006, n. 9253, in *Giust. civ.*, 2007.
Cass., 28 aprile 2006, n. 9964, in *Giust. civ. Mass.*, 2006.
Cass., 23 maggio 2006, n. 12144, in *Giust. civ. Mass.*, 2006.
Cass., 11 ottobre 2006, n. 21813, in *Giust. civ. Mass.*, 2006.
Cass., 05 febbraio 2007, n. 2479, in *Mass. Foro it.*, 2007.
Cass., 13 febbraio 2007, n. 3087, in *Giust. civ.*, 2008.
Cass., 23 novembre 2007, n. 24433, in www.dejure.giuffre.it.
Cass., 01 settembre 2008, n. 21939, in www.dejure.giuffre.it.
Cass., 10 novembre 2008, n. 26927, in *Giust. civ. Mass.*, 2008.
Cass., 22 dicembre 2008, n. 29925, in www.dejure.giuffre.it.

Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 1999, n. 2982, in *Cass. pen.*, 2000.
Cass. pen., sez. V, 08 novembre 2000, n. 4627, in *Dir. e Giust.*, 2001.

Cass. Napoli, 16 gennaio 1879, in *Annali*, 1879.
Cass. Roma, 22 febbraio 1890, in *Foro*, 1890.
Cass. Firenze, 28 novembre 1904, in *Annali*, 1904.

C. App. Palermo, 15 aprile 1901, in *Circ. giur.*, 173.
C. App. Napoli, 5 luglio 1950, in *Rep. Foro it.*, 1951.

C. App. Palermo, 11 ottobre 1950, in *Giur. it.*, 1950.
C. App. Torino, 10 aprile 1951, in *Mon. trib.*, 1951.
C. App. Napoli, 24 gennaio 1953, in *Giur. it.*, 1954.
C. App. Messina, 27 gennaio 1956, in *Giust. civ. Mass. app.*, 1956.
C. App. Napoli, 08 maggio 1956, in *Giust. civ. Mass. app.*, 1956.
C. App. Torino, 25 maggio 1956, in *Giust. civ. Mass. app.*, 1956.
C. App. Aquila, 17 maggio 1957, in *Rep. Foro it.*, 1958.
C. App. Firenze, 9 dicembre 1957, in *Giur. tosc.*, 1958.
C. App. Milano, 21 marzo 1960, in *Foro pad.*, 1961.
C. App. Firenze, 18 febbraio 1963, in *Giur. tosc.*, 1963.
C. App. Bari, 01 luglio 1983, in *Rass. dir. civ.*, 1984.
C. App. Firenze, 11 maggio 2007, in www.dejure.giuffre.it.

Trib. Chieti, 22 settembre 1878, in *Legge*, 1878.
Trib. Roma, 18 dicembre 1956, in *Temì romana*, 1957.
Trib. Perugia, 12 aprile 1957, in *Rep. Foro it.*, 1958.
Trib. Napoli, 06 aprile 1979, in *Dir. giur.*, 1980.
Trib. Brescia, 01 febbraio 1986, in *Foro it.*, 1987.
Trib. Verona, 28 marzo 1995, in *Giur. it.*, 1996.
Trib. Salerno, 14 maggio 1997, in *Giur. Merito*, 1998.
Trib. Ravenna, 09 giugno 1997, in *Giur. it.*, 1998.

Pret. Roma, 16 giugno 1955, *Temì romana*, 1955.
Pret. Trento, 05 maggio 1954, in *Giur. it.*, 1955.
Pret. Bologna, 17 febbraio 1984, in *Arch. loc.*, 1984.