**IMPUGNAZIONI**

# *La natura del provvedimento del giudice di primo grado che decide in ordine all'integrità del litisconsorzio*

di **Fabio Cossignani**

Cass. civ., sez. II, ord. 6 luglio 2018, n. 17898 – Pres. Petitti – Rel. Cosentino

**Impugnazioni – Sentenza non definitiva sul litisconsorzio – Natura di provvedimento meramente ordinatorio – Necessità** (Cod. proc. civ., artt. 102, 279, 340)

[1] *La decisione con cui il giudice di primo grado statuisce in ordine all'integrità del contraddittorio, anche se emessa in forma di sentenza non definitiva, ha natura di provvedimento ordinatorio non suscettibile né di impugnazione immediata né di riserva di impugnazione e, pertanto, è inidonea al passaggio in giudicato.*

**CASO**

[1] La vicenda affrontata dal provvedimento è assai complessa. Ai fini del commento della massima intestata, sia consentito semplificarla nei seguenti termini.

In un'azione negatoria della servitù venivano convenuti i coniugi Tizio e Caia, quali comproprietari del fondo dominante.

Il Tribunale, con sentenza non definitiva, dichiarava il difetto di legittimazione passiva di Tizio.

Il provvedimento non veniva né impugnato in via immediata né fatto oggetto di riserva di appello.

Emessa sentenza definitiva di rigetto, l'attore impugnava quest'ultima unitamente alla sentenza non definitiva. La Corte di appello dichiarava la legittimazione passiva di Tizio e accoglieva l'azione negatoria, riformando la sentenza di primo grado.

Tizio, quindi, proponeva ricorso per cassazione denunciando, tra altri vizi, la violazione dell'art. 340 c.p.c., in quanto la sentenza non definitiva di primo grado che ne aveva dichiarato il difetto di legittimazione passiva non era stata impugnata immediatamente né fatta oggetto di riserva di impugnazione, sicché la statuizione doveva considerarsi passata in giudicato.

**SOLUZIONE**

[1] La Suprema Corte dichiara infondata la doglianza, dal momento che la declaratoria di difetto di legittimazione passiva, pur assunta con la forma di una sentenza non definitiva, attiene al litisconsorzio e va quindi considerata alla stregua di un provvedimento non decisorio a contenuto meramente ordinatorio. In quanto tale, il provvedimento non è impugnabile in via immediata, non è suscettibile di riserva di impugnazione ed è inidoneo al giudicato.

La Corte richiama Cass., sez. I, 15 luglio 2004, n. 13104, la quale esclude l'applicabilità dell'art. 279 c.p.c. (e delle norme connesse) sulla base del seguente ragionamento: «le questioni pregiudiziali prese in considerazione da tale norma sono esclusivamente quelle idonee – ove decise in un certo senso – a definire il giudizio, mentre la decisione sulla integrazione del contraddittorio, sia essa positiva o negativa, non può mai porre fine al processo, che invece prosegue in ogni caso, dovendo, anche in ipotesi di decisione positiva (nell'ipotesi opposta il giudizio prosegue puramente e semplicemente tra le parti originarie), disporsi l'integrazione del contraddittorio nei confronti del litisconsorte pretermesso, e non certo definirsi il giudizio con una pronuncia di mero rito».

**QUESTIONI**

[1] La decisione si rivela molto interessante, specie se inquadrata nel contesto di altri recenti arresti della Cassazione, anche a sezioni unite, in materia di litisconsorzio necessario.

In via preliminare, occorre tuttavia evidenziare che il richiamo del cd. "difetto di legittimazione passiva" potrebbe dare luogo a equivoci.

A) In senso tecnico, la legittimazione passiva o "a contraddire" è una condizione dell'azione. Infatti, il dovere del giudice di decidere nel merito sussiste a condizione che l'attore abbia affermato che il convenuto sia anche la parte passiva del rapporto dedotto in giudizio: in quanto tale la legittimazione è una condizione astratta dell'azione perché sussiste a prescindere dalla fondatezza nel merito della domanda (Alfa agisce contro Beta affermando che questo gli è debitore: la legittimazione a contraddire di Beta sussiste in ogni caso).

B) Tuttavia, specie in ambito giurisprudenziale, la locuzione "legittimazione passiva" è spesso intesa come effettiva e concreta riferibilità del rapporto sostanziale a un determinato soggetto, quindi come questione attinente al merito (Alfa agisce contro Beta affermando che questo gli è debitore, ma in realtà il vero debitore è Gamma: la legittimazione a contraddire di Beta sussiste, ma la domanda è infondata nel merito perché il soggetto convenuto non è in concreto la parte passiva del rapporto dedotto).

C) In determinati casi, la locuzione attiene invece al litisconsorzio. Si pensi all'ipotesi in cui venga invocata la necessità di estendere il contraddittorio anche ad altri soggetti fino a quel momento rimasti estranei al giudizio, assumendo la loro concorrente "legittimazione passiva". In tal caso, la decisione assunta dal giudice (sia essa positiva o negativa) attiene all'integrità del contraddittorio.

Pur nella peculiarità della vicenda concreta, la Corte ha ricondotto la fattispecie nell'ipotesi *sub C*). È chiaro, tuttavia, che, se fosse stata ricondotta nell'ipotesi *sub B*), la sentenza avrebbe acquisito il carattere della sentenza non definitiva di merito o, meglio, della sentenza parziale ex art. 277 c.p.c. Ciò avrebbe richiesto l'applicazione di diverse norme per giungere, verosimilmente, alla medesima decisione finale (artt. 331 e 336 c.p.c.).

Ad ogni modo, focalizzando d'ora in avanti l'attenzione sulle decisioni processuali relative all'integrità del contraddittorio, in via molto generale si evidenzia l'intersezione del tema con quello della formazione del giudicato interno (implicito o esplicito) sulla medesima questione.

Nonostante l'espansione del giudicato implicito su questioni processuali (ad esempio, sulla giurisdizione), vi sono questioni cd. fondanti – come quella relativa al litisconsorzio – che sembrano sottrarsi ad esso. Infatti, se il giudicato interno ed *implicito* sulla giurisdizione può avere effetti positivi sulla ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), viceversa il giudicato implicito sul litisconsorzio potrebbe sortire effetti opposti, dal momento che la sentenza emessa in violazione dell'art. 102 c.p.c. sarebbe *inutiliter data* e suscettibile di impugnazione *ex* art. 404, co. 1, c.p.c. (cfr. Cass. sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019).

Tuttavia, la Cassazione ritiene che la questione dell'integrità del litisconsorzio resti comunque preclusa nel giudizio di rinvio, anche là dove la questione non sia stata esplicitamente decisa nei precedenti gradi, dovendosi presumere che la Corte, in sede di legittimità, abbia implicitamente valutato (positivamente) l'integrità del contraddittorio (Cass., sez. VI, 11 settembre 2017 n. 21096; v. Adorno, *Il difetto di integrazione del contraddittorio non può essere rilevato d'ufficio per la prima volta nel giudizio di rinvio*, ove anche riferimenti).

Tale ultima specificazione potrebbe indurre qualche perplessità.

Peraltro, il ragionamento che esclude il giudicato implicito sulla questione relativa al litisconsorzio dovrebbe valere negli stessi termini anche con riferimento al giudicato esplicito. Neppure il giudicato esplicito impedisce al terzo pretermesso di reagire *ex post* avverso la sentenza emessa *inter alios*, sicché sarebbe logico dedurne che la questione non sia soggetta a preclusione alcuna.

Il tema della consumazione del potere decisorio sulla questione è toccato solo in via indiretta dal provvedimento in oggetto. La Corte si limita a precisare che l'integrità del contraddittorio va valutata con provvedimento ordinatorio. Pertanto, ove illegittimamente fatta oggetto di sentenza non definitiva, la mancata impugnazione di questa non determina alcuna preclusione da giudicato interno. *Quid*, tuttavia, se, pronunciata la sentenza definitiva, la questione relativa al litisconsorzio non viene denunciata in appello mediante uno specifico motivo di impugnazione? La questione rimane preclusa dal giudicato esplicito? Oppure permane integro il potere ufficioso, dovendosi considerare come meramente implicita la decisione (sostanzialmente) interlocutoria, ove non trasfusa nella sentenza definitiva?

Inoltre, stando alla decisione in commento e ai precedenti richiamati (Cass., sez. I, 15 luglio

2004, n. 13104), l'integrità del litisconsorzio non può essere oggetto – in primo grado – di sentenza non definitiva perché la questione non è idonea a definire il giudizio (v. *supra*). Tuttavia, alla luce della recente giurisprudenza, la questione muta veste in "secondo grado": la decisione di gravame, che accerti la nullità della sentenza di primo grado per carenza di integrità del litisconsorzio rimettendo la causa al primo giudice (art. 354 c.p.c.), va considerata come una sentenza definitiva, suscettibile di impugnazione immediata in cassazione (così Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25774, a mutamento di un costante orientamento contrario che invece optava per la sentenza sostanzialmente non definitiva e per il divieto di impugnazione immediata *ex* art. 360, co. 3, c.p.c.: v. l'ordinanza di rimessione Cass., sez. I, 26 marzo 2015, n. 6127). Ne consegue, quindi, che la sentenza di appello, che dovesse viceversa respingere il solo motivo di gravame fondato sul vizio del litisconsorzio necessario, disponendo, quanto al resto, per il prosieguo del giudizio di gravame, ben potrebbe assumere i connotati della sentenza non definitiva, data la sua astratta idoneità a definire il giudizio di secondo grado.