

IL LITISCONSORZIO NECESSARIO E FACOLTATIVO, ANCHE NELLE FASI DI GRAVAME. (NOTE SUI PRESUPPOSTI DEL LITISCONSORZIO NECESSARIO)

Relatore:

dott. Raffaele FRASCA

Pretore della Pretura circondariale di Monza

Sommario: 1. Premesse – 2. Nozione semantica e nozione di diritto positivo del litisconsorzio – 3. Precisazioni terminologiche imposte dalla distinzione fra litisconsorzio in senso semantico e litisconsorzio secondo diritto positivo – 4. I presupposti del litisconsorzio necessario. Considerazioni generali. Gli orientamenti tradizionali – 5. L'orientamento che valorizza la c.d. "utilità" della sentenza – 6. Opportunità di un "ritorno", sia pure cauto, agli orientamenti tradizionali – 7. Il litisconsorzio necessario in relazione al principio della domanda ed alla regola dell'interesse ad agire – 8. Opportunità di un ritorno alla nozione di rapporto giuridico unico con pluralità di parti – 9. L'art. 1306 c.c. – 10. Riflessi della ricostruzione proposta dall'art. 1306 – 11. Situazioni plurisoggettive e litisconsorzio necessario: una serie di ipotesi – 12. Le ipotesi di litisconsorzio necessario non ricollegate a situazioni plurisoggettive – 12.1. I casi di legittimazione straordinaria – 12.2. Le ipotesi di impugnativa o di richiesta di accertamento o costituzione di rapporti correnti fra altre parti – 12.3. Le ipotesi di pregiudizialità.

1. Premesse.

Un discorso proficuo sul tema del litisconsorzio oggi non può prescindere, ad avviso di chi scrive, dalla posizione di alcune precisazioni terminologiche. La loro funzione è quella di individuare il fenomeno giuridico del litisconsorzio non solo secondo quel che di primo acchitto suggerisce la considerazione delle norme di diritto positivo che espressamente nominano tale figura, ma anche sulla base di quel che richiama la parola litisconsorzio sotto il profilo meramente semantico. È, infatti, dato non infrequente nel fenomeno giuridico che un dato ordinamento positivo utilizzi una certa parola, intesa come segno linguistico, in modo espresso per disciplinare una fattispecie astratta che ad essa ritiene riconducibile, ancorché quella parola sotto il profilo semantico e, quindi, sempre come segno linguistico, serva ad individuare un fenomeno diverso, la cui disciplina si desume, in realtà, da altre norme.

2. Nozione semantica e nozione di diritto positivo del litisconsorzio.

I) Le più recenti trattazioni del tema del litisconsorzio confermano pienamente quanto osservato innanzi, laddove iniziano con il sottolineare che non v'è coincidenza fra la nozione semantica del litisconsorzio e quella di diritto positivo.

Così si sottolinea che "litisconsorzio, sul piano semantico, indica l'unione di più persone in una controversia litisconsortium (litis cum sors) evoca una lite già iniziata da (o nei confronti di) più persone, le quali possono, congiuntamente, soccombere o riuscire vittoriose" (1). Sotto tale profilo la nozione semantica di litisconsorzio si attaglia all'unione di più di due soggetti in una controversia già in atto e prescinde dal modo nel quale essa possa essersi realizzata. In particolare: a) quanto all'aspetto soggettivo il litisconsorzio potrà essere attivo, passivo o misto a seconda che "l'alterazione del normale schema bilaterale del processo civile di cognizione si attui sul versante di

chi propone la domanda o dalla parte di colui nei confronti del quale la domanda è proposta o, contemporaneamente, su entrambe (2); b) quanto all'aspetto temporale e modale il litisconsorzio potrà verificarsi: bb) fin dall'inizio del processo civile, allorquando più parti agiscano congiuntamente ovvero l'azione sia proposta contro più parti congiuntamente; bc) nel corso del processo quando si abbia la riunione di cause promosse separatamente con diversi giudizi da o contro diversi soggetti; bd) nel corso del processo quando si verifichi l'intervento di parti ulteriori rispetto alle due fra cui sia insorto il processo.

È evidente che la nozione semantica di litisconsorzio, afferendo ad ipotesi nelle quali il litisconsorzio si sia già realizzato darà luogo a problematiche relative allo svolgimento del processo ed alle interferenze fra le attività processuali dei litisconsorti, nonché a problematiche relative al momento finale dello svolgimento processuale, cioè alla decisione. Ne discende che se si aggiungono all'espressione litisconsorzio nel suo significato semantico gli aggettivi "necessario" e "facoltativo" si finisce rispettivamente per sottolineare: 1) con la prima aggettivazione il caso in cui le sorti di ognuno dei litiganti che si trovino in consortium siano inscindibilmente legate fra loro, onde è necessario che la controversia sia risolta nel medesimo modo per tutti; b) con la seconda aggettivazione il caso in cui le sorti di ognuno dei litiganti riuniti in consortium non siano fra loro inscindibilmente collegate, sicché possano essere decise in modo diverso ed anche con decisioni separate, previo scioglimento del litisconsorzio mediante la separazione di ognuno dei giudizi (3).

Ora, è osservazione diffusa nella nostra più recente dottrina (4) che nel nostro diritto positivo non vi sarebbe corrispondenza in primo luogo fra la nozione semantica di litisconsorzio e la nozione risultante dalle norme che espressamente regolano la figura sotto il profilo generale, cioè l'art. 102 e 103 c.p.c., in secondo luogo – in modo assolutamente consequenziale – fra la nozione semantica del litisconsorzio necessario e del litisconsorzio facoltativo e quelle rispettivamente enucleabili dalle due norme ora dette. Sia l'art. 102 che l'art. 103 c.p.c., infatti, dettano previsioni che, lungi dall'assumere come oggetto di disciplina un litisconsorzio già realizzatosi, si riferiscono ad un litisconsorzio che si deve o si può realizzare.

L'art. 102, sotto la rubrica litisconsorzio necessario si riferisce ai casi nei quali è necessario che più persone debbano agire od essere convenute in un giudizio, mentre l'art. 103, sotto la rubrica litisconsorzio facoltativo riguarda le ipotesi nelle quali ciò è semplicemente possibile.

Sotto tale aspetto entrambe le norme, laddove alludono al concetto di parte, si riferiscono a soggetti che, per non essere ancora sorto il processo parti non sono, in quanto non hanno ancora agito o non sono state convenute in giudizio. Le norme in discorso, dunque, laddove disciplinano l'ipotesi in cui il processo civile deve e quella in cui può svolgersi fra più parti invece che fra due parti soltanto fanno chiaramente riferimento ai presupposti di verifica dell'una e dell'altra ipotesi e ci dicono che in taluni casi devono assumere la qualità di parte più soggetti, mentre gli altri possono assumerla più soggetti. Si tratta di norme che hanno come punto di riferimento il momento iniziale del processo. E sotto questo aspetto può convenirsi che non assumano direttamente la nozione letterale del litisconsorzio come oggetto di disciplina.

II) Tuttavia, sia l'art. 102 che l'art. 103, pur non assumendo come oggetto di disciplina il litisconsorzio in senso semantico, non appaiono indifferenti alla sua nozione (5). L'art. 102 non lo appare nel momento in cui stabilisce che più parti debbano agire od essere convenute nel medesimo giudizio se la decisione non può pronunciarsi che nei loro confronti: il riferimento all'esigenza di una decisione unitaria, unica per tutte le parti, afferendo ad un momento, appunto quello della decisione, che suppone già in essere il litisconsorzio, è chiaramente ispirato alla nozione semantica del litisconsorzio. E semmai la peculiarità rispetto alla valutazione della unitarietà della decisione che si fa con riguardo al litisconsorzio già realizzato è rappresentata dal fatto che l'interprete che debba applicare l'art. 102 deve compiere una sorta di valutazione di quella unitarietà in senso virtuale, cioè ex ante, per stabilire se il litisconsorzio debba necessariamente realizzarsi. L'art. 103, a sua volta, si ispira alla nozione semantica del litisconsorzio quando nel suo secondo comma stabilisce che il giudice può disporre la separazione delle cause riunite in processo litisconsortile

quanto a presupposti e disciplina le condizioni di esercizio del relativo potere del giudice, ravvisandole nella concorde istanza delle parti o nel fatto che la continuazione del litisconsorzio ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo: anche in questo secondo caso il legislatore si è riferito ad un processo litisconsortile già in atto ed ha disciplinato un profilo del suo svolgimento.

A ben vedere ed a nostro sommo avviso è, dunque, vero che l'art. 102 e l'art. 103 non sono dettati con prevalente riguardo alla nozione semantica di litisconsorzio, ma, nondimeno, mostrano di non ignorarla del tutto. Sicché, non si può dire con assoluta certezza che il legislatore del c.p.c. del 1942 non abbia tenuto in conto la distinzione fra la nozione semantica del litisconsorzio e quella del litisconsorzio sotto il profilo dei presupposti di realizzazione.

III) In realtà, chi si limitasse ad esaminare il problema del litisconsorzio in generale soltanto alla luce delle norme dell'art. 102 e 103 c.p.c. dovrebbe, pertanto, senza dubbio prendere atto che esso per un verso concerne l'individuazione delle ipotesi in cui il processo si deve o si può svolgere nei confronti di più parti e per altro verso concerne lo svolgimento e la decisione del processo litisconsortile una volta realizzato. Il punto è che chi, letti gli artt. 102 e 103 c.p.c. si aspettasse di trovare nell'ordinamento conferma dell'applicazione puntuale di quanto evidenzia la disciplina delle norme in discorso con riguardo rispettivamente ai presupposti delle due fattispecie di litisconsorzio ed al loro svolgimento ed alla loro decisione una volta che si siano realizzate, si troverebbe ad essere smentito da numerose norme di diritto positivo sostanziale e processuale che contraddicono l'art. 102 o l'art. 103 (in particolare il suo secondo comma c.p.c.).

Così, chi, dopo aver letto l'art. 102 c.p.c. ed aver rilevato che la fattispecie del litisconsorzio necessario in esso contemplata dovrebbe sussistere quando la decisione non può essere pronunciata che nei confronti di più parti e, quindi, in modo unitario, si aspettasse poi che tutte le volte in cui ricorre questa esigenza (a litisconsorzio comunque realizzato) l'ordinamento configuri il litisconsorzio come necessario alla stregua dell'art. 102, cioè esigua che tutte quelle parti agiscano o siano citate perché il processo possa avere corso, troverebbe un'immediata smentita in talune norme di diritto sostanziale. Tali norme, nel disciplinare l'azione discendente dalla fattispecie da ognuna di esse prevista, evidenziano che talvolta, pur essendo prescritto che la decisione sia unitaria se il litisconsorzio si sia realizzato, pur cioè prevedendo che azioni proposte da diversi soggetti o contro diversi soggetti che si trovino ad essere "consorti di lite" (per usare un'espressione cara al Costantino, che si ispira al significato semantico del litisconsorzio), tuttavia non esigono affatto che perché quelle azioni siano giudicate si debba necessariamente realizzare il litisconsorzio e, dunque, sfuggono alla norma dell'art. 102 per rientrare sicuramente nell'ambito di quella dell'art. 103. Si pensi, ad esempio e come caso paradigmatico, alla disciplina risultante dagli artt. 2377 e 2378 c.c. L'art. 2377 terzo comma sancisce che l'annullamento della deliberazione sociale ottenuto da un socio (o da un sindaco o da un amministratore) ha effetto rispetto a tutti i soci e l'art. 2378 terzo comma stabilisce che se vi siano più giudizi di impugnazione per la medesima deliberazione l'istruzione e la decisione debbano essere uniche (ove naturalmente il litisconsorzio fra i più che hanno impugnato separatamente si realizzi, cosa che avverrà per riunione, dovendo ragionevolmente pensarci che le impugnazioni siano state presentate presso lo stesso ufficio giudiziario; nulla, però, esclude che il litisconsorzio sia stato iniziale, avendo i più impugnanti agito congiuntamente). Ebbene, il fatto che l'impugnazione possa essere proposta dal singolo legittimato senza la necessaria partecipazione al giudizio degli altri legittimati significa che il litisconsorzio non è necessario ai sensi dell'art. 102 c.p.c. ma facoltativo ai sensi dell'art. 103 c.p.c. Ciononostante, la regola dello svolgimento del processo litisconsortile che facoltativamente si sia realizzato non è quella dell'art. 103 secondo comma, cioè quella della possibile separazione dei giudizi, ma quella che a contrario dovrebbe essere funzionale alle ipotesi di litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c., posto che si sancisce che la decisione sulle plurime impugnazioni della medesima deliberazione proposte con separati giudizi e poi riunite in processo litisconsortile ovvero proposte congiuntamente debba essere pronunciata necessariamente nei confronti dei litisconsorti tutti.

Per converso, secondo alcune autorevoli opinioni (6) colui che, partendo da una lettura dell'art. 102 c.p.c. in contrapposizione con il secondo comma dell'art. 103 fosse indotto a pensare che nei casi di litisconsorzio necessario che sono tali in quanto ai presupposti soggettivi per il corretto inizio del giudizio non sarebbe mai possibile una separazione dei giudizi e, quindi, una decisione separata rispetto ai vari litisconsorti, dovrebbero prendere atto, svolgendo una ricognizione di fattispecie sostanziali, che questa regola non è affatto indefettibile, ben potendo immaginarsi che in un giudizio litisconsortile necessario quanto ai presupposti possa avere luogo un provvedimento di separazione: ciò potrebbe accadere in quel caso di litisconsorzio necessario quanto ai presupposti, che è previsto dalla legge all'art. 784 c.p.c., fra eredi o condomini e creditori ed aventi causa dai condividenti che abbiano fatto l'opposizione alla divisione prevista dall'art. 1113 c.c. Si dice, infatti, che, ove sorga controversia in via riconvenzionale (cioè su domanda di alcuno dei condividenti) sull'accertamento dell'ammontare del credito o della posizione di avente causa bene sarebbe immaginabile che la posizione del creditore o dell'avente causa sia definita separatamente ai sensi dell'art. 279 n. 5 c.p.c. (7).

Senonché, a nostro sommo avviso questa eventualità – sicuramente possibile – non si presta affatto ad essere utilizzata per individuare un'ipotesi in cui la separazione dei giudizi trova eccezionale applicazione in ipotesi di litisconsorzio necessario. Nel caso ipotizzato dall'autorevole dottrina richiamata ciò che si separa non è la posizione del creditore od avente causa che per legge ne legittima ed impone la partecipazione al giudizio divisorio affinché la decisione sulla divisione sia a lui opponibile, ma è la diversa posizione pregiudiziale a tale necessaria partecipazione, cioè appunto il diritto di credito o il rapporto giuridico in forza del quale l'avente causa assuma di essere divenuto tale. Tale posizione è suscettibile di accertamento incidentale senza efficacia di giudicato ex art. 34 c.p.c. se sia contestata e diventa invece oggetto di apposita domanda se il condividente (rispetto al quale il creditore o l'avente causa sono tali) chieda che sia accertata con efficacia di giudicato. La relativa causa di accertamento è diversa da quella litisconsortile di divisione e, quindi, non ci si deve stupire della possibilità di una sua separazione da essa. Ma ciò che si separa con è certo la obbligatoria partecipazione al giudizio del creditore o dell'avente causa, che come tale, almeno ci sembra resta ferma.

Non sembra, quindi, che l'ipotesi di litisconsorzio necessario quanto ai presupposti suscettibile di adozione di provvedimento di separazione sia effettiva e, dunque, salvo approfondimenti, non le va riconosciuto valore.

IV) Comunque, le osservazioni sin qui svolte appaiono sufficienti per affermare, sulla scorta della più recente dottrina l'opportunità della distinzione fra la nozione di litisconsorzio in senso semantico (o letterale) e quella di litisconsorzio quanto ai presupposti secondo il diritto positivo emergente dagli artt. 102 e 103, sia pure considerati al lume delle norme che espressamente prevedono il litisconsorzio o che dettano implicitamente previsioni in ordine ad esso. Di conseguenza, il tema del litisconsorzio deve essere affrontato tenendo nettamente distinte le questioni relative alla individuazione dei presupposti del litisconsorzio dalle questioni che attengono allo svolgimento del litisconsorzio. Ed una volta ricordato che quando le espressioni litisconsorzio necessario e litisconsorzio facoltativo si usano con riguardo al litisconsorzio in senso semantico, cioè al litisconsorzio già in atto e, quindi, allo svolgimento del processo litisconsorzio (comprensivo della decisione del relativo giudizio), si vogliono con esse rispettivamente contrassegnare i casi in cui lo svolgimento del processo litisconsortile deve essere unitario, nel senso che unitariamente debbono decidersi le varie questioni che insorgono nel corso dello svolgimento processuale ed unitaria per tutti i "consorti di lite" deve essere la decisione, e quelli in cui invece le questioni stesse possono avere soluzioni differenti e la stessa decisione può non essere unitaria, si dovrà prendere atto che dette espressioni non descrivono realtà identiche e sovrapponibili a quelle che, quando si usa l'espressione litisconsorzio con riguardo ai presupposti di realizzazione del litisconsorzio con riguardo ai presupposti di realizzazione del litisconsorzio stesso, vengono indicate ai sensi degli artt. 102 e 103 come litisconsorzio necessario e facoltativo.

Talvolta, infatti, il litisconsorzio sarà necessario quanto ai presupposti ma facoltativo quanto allo svolgimento. Talaltra il litisconsorzio sarà facoltativo quanto ai presupposti, ma necessario quanto allo svolgimento ed alla decisione.

3. Precisazioni terminologiche imposte dalla distinzione fra litisconsorzio in senso semantico e litisconsorzio secondo diritto positivo.

Per evitare intuibili confusioni bene, dunque, è stato proposto di evitare un uso ambivalente dei termini litisconsorzio necessario e facoltativo e di riservarli, sulla scorta del dato di diritto positivo emergente dalle norme degli artt. 102 e 103 alla sola figura del litisconsorzio sotto il profilo dei presupposti, cioè con riferimento alla necessità o alla possibilità che più soggetti agiscano o siano convenute nel medesimo giudizio. Mentre si è proposto di designare con le espressioni “cumulo processuale necessario” e “cumulo processuale facoltativo” ovvero “litisconsorzio unitario” e “litisconsorzio semplice” ovvero “litisconsorzio processuale” e “litisconsorzio non processuale”, rispettivamente i fenomeni di litisconsorzio necessario e facoltativo quanto allo svolgimento ed alla decisione (cioè quelli riconducibili al c.d. litisconsorzio in senso semantico o letterale) (8).

Questa sistemazione cui è giunta la dottrina, peraltro, rappresenta il punto di arrivo e di chiarificazione di concetti che erano già presenti, sia pure senza essere “sistemati”, nella mente di coloro cui si deve in Italia l’elaborazione del concetto stesso di litisconsorzio ancor prima che ricevesse riconoscimento legislativo (9).

Riassumendo, dunque, si può rimarcare che: 1) con l’espressione “litisconsorzio necessario” si debbono designare i casi in cui più soggetti debbono agire od essere convenuti in un giudizio; 2) con l’espressione “litisconsorzio facoltativo” si debbono designare i casi in cui più soggetti possono agire od essere convenuti in un giudizio; 3) con l’espressione “litisconsorzio unitario” (o “cumulo necessario” o “litisconsorzio processuale”) si debbono designare i casi in cui lo svolgimento e la decisione del processo litisconsortile comporta l’unitarietà del trattamento dei vari soggetti “consorti di lite” e l’unitarietà della decisione; 4) con l’espressione “litisconsorzio semplice” (o “cumulo facoltativo” o “litisconsorzio non processuale” si debbono designare i casi in cui non ricorra l’ipotesi sub 3.

A questo punto le nostre premesse possono finire e possiamo passare a quello sarà l’oggetto specifico della presente relazione, cioè l’esame del tema dei presupposti del litisconsorzio necessario.

4.1. Presupposti del litisconsorzio necessario: considerazioni generali. Gli orientamenti tradizionali.

I) A sommo avviso di chi scrive il problema dell’individuazione dei presupposti del litisconsorzio necessario fa affrontato tenendo come stella polare quello che dovrebbe essere il criterio informatore della considerazione di qualsiasi istituto del diritto processuale civile, cioè l’assunzione di un concetto dei rapporti fra diritto sostanziale e processo civile tale che sia costantemente assicurata la posizione per così dire “servente” del processo civile nei confronti della tutela dei diritti sostanziali. È quanto dire che istintivamente, prima di dare conto dello stato della nostra dottrina e giurisprudenza sulla questione, ci sentiamo di affermare che la risposta al quesito in ordine al “quando” ricorra la situazione (art. 102 primo comma c.p.c.) per cui “se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste devono agire o essere convenute nello stesso processo”, deve essere data alla luce della considerazione dei principi che in proposito possono desumersi dal diritto sostanziale. Il che, peraltro, non significa che, all’esito di tale considerazione, non sia possibile enunciare delle regole da tenere in conto quando si debbono individuare i presupposti del litisconsorzio necessario.

Ciò premesso, conviene dar conto, sia pure in modo rapido, dello stato della dottrina in ordine ai presupposti del litisconsorzio ed a questo proposito v'è da rilevare che per lungo tempo si sono combattuti, con echi anche giurisprudenziali soprattutto per il primo, due orientamenti di fondo, all'interno dei quali, peraltro, si coglievano una serie di posizioni peculiari.

II) Un primo orientamento, che a ragione potremmo definire "classico", si rifà alle elaborazioni di chi all'inizio di questo secolo, in una situazione in cui il c.p.c. del 1865 non conteneva alcuna norma che direttamente disciplinava il litisconsorzio necessario, indagò il tema del litisconsorzio necessario, con scritti ancora oggi fondamentali per la comprensione del fenomeno. Alludiamo a Chiovenda e Redenti (10). Secondo tale orientamento "il fondamento ultimo del litisconsorzio necessario sarebbe da cogliere nella esistenza di rapporti (o situazioni) sostanziali unici con pluralità di soggetti; in queste ipotesi, sulla base dei criteri di *legitimatio ad causam*, la legittimazione spetterebbe solo a tutti insieme o contro tutti insieme i soggetti partecipi del rapporto; di conseguenza, il giudice non potrebbe pronunciare nel merito ove la domanda non sia proposta da o contro tutti; l'unitarietà del rapporto sostanziale comporterebbe, inoltre, da un lato la unitarietà del procedimento e del provvedimento giurisdizionale (n.d.r.: cioè, per intenderci il c.d. *cumulo necessario* ai fini dello svolgimento processuale), dall'altro l'impossibilità giuridica di pronunciare separatamente sulla domanda proposta da o contro uno dei soggetti partecipi del rapporto, poiché il provvedimento giurisdizionale, essendo necessariamente unitario, o ha efficacia per tutti tali soggetti o non può avere efficacia per tutti tali soggetti o non può avere efficacia per alcuno di essi" (11). Conseguenza tendenziale (e diciamo tendenziale, perché, come si è rilevato nella nota 11 taluni distinguono, a seconda della natura dell'azione con cui il rapporto sia dedotto) di tale orientamento tradizionale è che il litisconsorzio necessario, essendo collegato ad esigenze di carattere funzionale discendenti dalla esistenza di situazioni plurisoggettive, dovrebbe essere affermato in tutte le ipotesi in cui sia dedotto in giudizio un rapporto giuridico unico con pluralità di parti. Onde l'art. 102 sarebbe una norma in bianco che spetterebbe all'interprete di riempire tramite la ricognizione delle situazioni di diritto sostanziale plurisoggettive.

III) All'orientamento tradizionale se ne contrapponeva un altro, che risale al Carnelutti (12), il quale, partendo da un postulato per cui l'ordinamento non conoscerebbe affatto la categoria del rapporto giuridico unico con pluralità di parti, ma soltanto rapporti giuridici bilaterali fra loro collegati da nessi di connessione particolarmente intensi, sostiene che la necessità del litisconsorzio discenderebbe da mere esigenze di convenienza ed opportunità pratica. Constatato poi che il fenomeno della connessione fra rapporti, come dimostra l'art. 103 c.p.c. è fenomeno generalissimo nell'ordinamento, tale orientamento afferma che l'individuazione delle ipotesi nelle quali la connessione sia tanto forte da consigliare la necessità del litisconsorzio non può essere fatta dall'interprete, ma dal solo legislatore. Ne discenderebbe che il litisconsorzio necessario sarebbe da restringere alle sole ipotesi espressamente previste dal legislatore, con esclusione di qualsiasi *vis expansiva* al di là di esse.

IV) Peraltro, va tenuto conto che sia studiosi che pure riconducono il litisconsorzio necessario all'idea del rapporto giuridico unico con pluralità di parti, sia studiosi che aderiscono al secondo degli orientamenti riferiti, procedendo alla sua verifica in base all'ordinamento positivo e non più (come avevano dovuto fare Redenti e Chiovenda) *de iure condendo*, hanno evidenziato che vi sono casi di litisconsorzio previsti dal diritto positivo i quali si collocano del tutto al di fuori di fattispecie di rapporto giuridico unico con pluralità di parti o di c.d. connessione particolarmente intensa fra rapporti giuridici diversi. Tra le schematizzazioni che vari autori hanno proposto per raggruppare tali ipotesi ci sembra che la più efficace (anche se entro certi limiti, come vedremo in prosieguo) sia quella che ha sostenuto che esse possono essere ricondotte a due gruppi. In un primo gruppo si iscrivono quei casi nei quali "il legislatore attribuisce ad un soggetto non titolare del rapporto giuridico la legittimazione (straordinaria) a dedurre in giudizio il rapporto stesso" (13). In un

secondo gruppo, viceversa, andrebbero ricondotti casi vari i quali hanno come unico denominatore comune il fatto che la necessità del litisconsorzio si deve reputare imposta dal legislatore “propter opportunitatem” e non “secundum rationis”, cioè per esigenze peculiari alla singola fattispecie in relazione alla quale l’ipotesi di litisconsorzio necessario sia prevista, senza alcuna possibilità di enucleare dalla relativa previsione una regola suscettibile di estensione ad altre ipotesi similari in via analogica.

Mentre le ipotesi del primo gruppo vengono reputate estensibili al di fuori dei casi espressamente previsti, inestensibili sono ritenute le ipotesi del secondo gruppo. Inoltre, mentre – per l’evidente ragione della cenata inestensibilità – non sussistono contrasti ed incertezze sui limiti dell’ampiezza del secondo gruppo, che diventa una sorta di “calderone” delle (non molte) ipotesi disparate individuate nell’ordinamento, altrettanto non può dirsi per quanto attiene ai limiti del primo gruppo. E, pertanto, in prosieguo, mentre ci si potrà limitare a richiamare le ipotesi riconducibili al secondo gruppo, sarà necessario esaminare l’ambito nel quale deve restare limitata la tipologia di litisconsorzio necessario riconducibile al primo gruppo, che, lo ribadiamo fin d’ora, non apparirà uniforme.

5. L’orientamento che valorizza la C.D. “utilità” della sentenza.

I) Nel dibattito dottrinale che aveva visto contrapporsi l’orientamento che era imperniato sulla teorica del rapporto giuridico unico con pluralità di parti e quello che restringeva il litisconsorzio necessario ai soli casi previsti dalla legge, ormai circa un quindicennio fa si inserì un illustre autore, il Costantino (14) che assunse un atteggiamento critico nei confronti di entrambi gli orientamenti tradizionali, sostenendo che essi apparivano inadeguati a dare contenuto alla norma dell’art. 102 c.p.c., perché avevano trascurato di interrogarsi sulla ratio dell’istituto del litisconsorzio necessario ricostruendola in base alla sua disciplina processuale, siccome desumibile in particolare dalla considerazione delle norme degli artt. 307 comma terzo, 268 comma secondo, 354 comma primo e 383 comma terzo (oltre che 419 e 420 comma nono) c.p.c. Partendo dall’analisi di questa normativa ed in particolare considerando che da essa si desume che il vizio dell’inosservanza della regola del litisconsorzio necessario è rilevabile in ogni stato e grado del giudizio e sulla base degli elementi comunque apportabili secondo il rito processuale durante il suo corso in primo grado ed in appello, nonché rimediabile con la c.d. rimessione al primo giudice, che comunque fa salvo il processo (e gli effetti di diritto sostanziale della sua pendenza), il Costantino ha dedotto che la ratio dell’istituto, in dipendenza di siffatto trattamento processuale, si dovrebbe rinvenire logicamente o “nell’esigenza di tutelare il diritto alla difesa dei terzi sottoposti, pur senza partecipare al processo, agli effetti della decisione” o “in quella di fornire alle parti già presenti in causa non un qualsivoglia provvedimento di merito, ma una sentenza idonea a regolare compiutamente il rapporto giuridico controverso. Poiché, d’altro canto, l’esame della disciplina processuale ed il principio per il quale la decisione vincola soltanto coloro che hanno partecipato al giudizio e non i terzi... inducono ad escludere la prima alternativa, la funzione della necessaria partecipazione di più parti al giudizio non può che ricercarsi nell’esigenza di fornire alle parti del processo una decisione “utile” (15). In particolare, la c.d. “utilità” della sentenza starebbe a significare che la sentenza deve fornire all’attore tutto quanto avrebbe diritto di conseguire secondo la disciplina sostanziale, tanto che la sentenza emessa a contraddittorio non integro sarebbe inadeguata a pregiudicare i terzi litisconsorti pretermessi perché avrebbe “un oggetto diverso da quello che avrebbe avuto se fosse stata pronunciata nei confronti di tutti i litisconsorti necessari”, cosicché proprio per tale diversità di oggetto sarebbe “possibile instaurare un secondo processo al fine di ottenere finalmente una decisione “utile” (16).

II) L’accento posto sulla c.d. “utilità” induce il Costantino a sostenere che per individuare le ipotesi di litisconsorzio al di là dei casi espressamente previsti dalla legge occorre “verificare rispetto a

ciascuna azione proposta gli effetti ad essa collegati dall'ordinamento positivo ed individuare, rispetto a tali effetti, i soggetti che debbono partecipare al processo, affinché essi si possano realizzare" e che, dunque, "la necessità del litisconsorzio non va affermata in base alla causa petendi, ossia agli elementi costitutivi della fattispecie da cui deriva il diritto dedotto in giudizio (rapporto giuridico unico con pluralità di parti, connessione particolarmente intensa fra rapporti giuridici bilaterali, ecc.), ma in base al petitum, ossia al risultato giuridico perseguito in giudizio" (17).

Sulla base di tale impostazione, com'è noto, il Costantino svolse una meritoria analisi delle varie ipotesi di litisconsorzio necessario legislativamente previste e di quelle affermate dalla giurisprudenza in tema di litisconsorzio necessario nei vari settori dell'ordinamento sostanziale, di volta in volta ricercando nella disciplina normativa o nelle massime giurisprudenziali in relazione alle singole fattispecie la c.d. "utilità" della sentenza.

III) Ora, non sembra a chi scrive che possa dirsi che l'approccio innovativo del Costantino ed in particolare l'indicazione della regola della "utilità" della sentenza quale presupposto del litisconsorzio necessario, abbia dato, pur non dovendosi negare l'assoluta importanza del suo contributo, risultati del tutto condivisibili. Il fatto stesso che la nozione di "utilità" della sentenza non si presti ad una determinazione in senso positivo (18) ma vada verificata caso per caso comporta l'ineluttabilità di un notevole empirismo nell'affrontare il problema dei presupposti del litisconsorzio necessario con conseguente possibilità di disorientamenti ed incertezze negli operatori pratici, che, non avendo bene in chiaro in astratto, più che le ipotesi, almeno le tipologie, nelle quali il litisconsorzio necessario ricorre, possono essere indotti ad errori. Inoltre, come è stato di recente notato (19), l'amplissimo esame che il Costantino condusse della giurisprudenza si è inconsapevolmente risolto in una sorta di razionalizzazione a posteriori ed in base ad una sorta di opzione di forzata coerenza di decisioni che spesso appaiono ispirate a valutazioni del tutto empiriche o a considerazioni di economia di giudizio, sì da doversi reputare che spesso esse conducano a qualificare come ipotesi di litisconsorzio necessario ipotesi che sarebbero (quanto al dilemma fra la necessaria presenza o meno di più parti) di litisconsorzio facoltativo, o, tutto al contrario, a non ravvisare ipotesi di litisconsorzio necessario dove andrebbero ravvisate.

6. Opportunità di un "ritorno", sia pure critico, agli orientamenti tradizionali.

A nostro modesto avviso il perdurare di notevoli incertezze e di un esiziale empirismo nelle applicazioni giurisprudenziali impone di rivedere il tema dei presupposti del litisconsorzio necessario e di tornare, in un certo senso all'antico, cioè ad una impostazione che cerchi di individuare per quanto possibile a priori le tipologie possibili del litisconsorzio necessario, per offrire alla giurisprudenza (ed agli operatori del diritto) punti di riferimento certi, costanti e capaci di rendere armoniche le soluzioni di volta in volta adottate (spesso, infatti, soluzioni giurisprudenziali adottate in certi casi non sono in armonia e coerenza con quelle adottate in altri casi).

Non si vuole in questo modo – si badi – propugnare una sorta di rivalutazione della dogmatica giuridica, ma si vuole soltanto dare alla norma dell'art. 102 contenuti sufficientemente certi per farle giuocare il ruolo che effettivamente ha immaginato il legislatore.

7. Il litisconsorzio necessario in relazione al principio della domanda ed alla regola dell'interesse ad agire.

I) Ci sembra essenziale, per individuare la ratio dell'istituto, valutare se l'applicazione dell'art. 102 c.p.c. importi una qualche peculiarità in quella che sarebbe la regolamentazione normale del processo civile in ordine alla sua instaurazione. L'instaurarsi del processo civile è retto, com'è noto dal principio della domanda (art. 99 c.p.c. e 2908 c.c.) e dal principio dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.; non è qui il caso, naturalmente di indulgere sulla nota questione dei limiti di rilevanza di questa figura in relazione alle varie tipologie di azioni, cioè all'azione di accertamento, a quella costitutiva ed a quella di condanna), oltre che – naturalmente – da quello del contraddittorio.

II) Il principio della domanda fa sì che l'oggetto del processo si concentri sotto il profilo soggettivo su quanto l'attore ha ritenuto di dedurre in giudizio e, pertanto, spetta all'attore, sulla base della nozione di legittimazione attiva e passiva in senso processuale affermare il diritto soggettivo fatto valere come esistente a suo favore ed a carico del soggetto che egli individui come convenuto. L'art. 102 c.p.c., come non ha mancato di notare la prevalente dottrina, importa un'evidente alterazione dell'atteggiarsi del principio della domanda nei casi di litisconsorzio necessario, poiché in essi la libertà dell'attore di indicare il soggetto convenuto ed anche di indicare se stesso come solo soggetto convenuto ed anche di indicare se stesso come solo soggetto legittimato attivo finisce per non esistere. L'attore è obbligato, se vuole che il processo abbia corso, a convenire in giudizio tutti i soggetti che debbono essere convenuti e gli eventuali altri che potrebbero come lui iniziare l'azione. Soltanto una parte della dottrina rimasta minoritaria ha negato che l'art. 102 non possa conciliarsi con il principio della domanda e della libertà di individuazione del convenuto espresso dall'art. 99 c.p.c. Tale parte della dottrina ha cercato di conciliare l'art. 102 con il principio della domanda, immaginando che un problema di ricorrenza del litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c. si ponga soltanto allorché l'attore (o gli attori) abbia (o abbiano) dedotto in giudizio il rapporto giuridico come rapporto facente capo, dal lato attivo o da quello passivo, anche ad altri soggetti e, tuttavia, questi altri soggetti non abbiano agito anch'essi ovvero la domanda non sia stata proposta anche contro di essi. Il litisconsorzio non ricorrerebbe, invece, nel caso in cui il rapporto giuridico sia stato prospettato come corrente soltanto fra colui o coloro che hanno agito in giudizio e colui o coloro che sono stati convenuti, mentre invece in realtà corra anche con altri soggetti. In sostanza, perché si possa porre un problema di litisconsorzio necessario occorrerebbe che la situazione legittimante il litisconsorzio necessario sia stata allegata dall'attore. Ove, invece, essa emergesse o da allegazioni fatte dall'attore ad altro scopo o comunque dagli atti o dallo svolgimento processuale, il giudice non potrebbe rilevarla e dare l'ordine di integrazione del contraddittorio (20).

La tesi qui riferita è stata, però, giustamente criticata col rilievo che essa non tiene conto del potere del giudice di qualificare in diritto la domanda senza restare ancorato alle affermazioni dell'attore e considerando le risultanze degli atti del giudizio, in ordine alle quali, notiamo, essendo il potere di rilevazione della violazione dell'integrità del contraddittorio immaginato dall'art. 102 come esercitabile d'ufficio, non può valere nemmeno il principio della rilevabilità dei fatti ad istanza di parte espresso, fra l'altro, come eccezione dall'art. 112 c.p.c. (21).

Se, quindi, l'attore nel formulare la domanda individua il soggetto passivo di essa in un certo soggetto e dai documenti allegati o dallo svolgimento processuale o dalle difese del convenuto emerge che la situazione in base alla quale ha agito o quella che faccia capo allo stesso convenuto sia tale da imporre la necessità del litisconsorzio con altri soggetti o dal lato attivo o dal lato passivo del rapporto processuale, il giudice non può che applicare l'art. 102, ancorché la domanda fosse stata prospettata dall'attore senza la narrazione di fatti tali da evidenziare la situazione impositiva del litisconsorzio necessario.

Dunque, va condivisa l'affermazione dominante in dottrina che la disciplina del litisconsorzio necessario segni un limite alla libertà d'azione espressa dal principio della domanda.

III) Ma, ad avviso di chi scrive, l'art. 102 segna anche una deroga al normale operare dell'interesse ad agire (22). Se si pone mente ad una situazione in cui il litisconsorzio necessario sia previsto direttamente dalla legge, come ad esempio nel caso dell'azione contro l'assicuratore ex art. 18 l. 990/69 che deve essere proposta necessariamente anche contro l'assicurato responsabile del danno,

il fatto che l'assicurato abbia riconosciuto stragiudizialmente la sua responsabilità e l'ammontare stesso del danno impegnandosi con un negozio giuridico notarile (spendibile anche come titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c.) a provvedere al risarcimento, se non esistesse la regola dell'art. 102 c.p.c., o meglio l'espressa previsione del litisconsorzio, potrebbe ragionevolmente giustificare che egli possa non essere revocato in giudizio dal danneggiato che agisse ex art. 18 cit. contro l'assicuratore. Il danneggiato potrebbe stimare sufficiente il già raggiunto possesso di un titolo esecutivo (sia pure stragiudiziale) nei riguardi dell'assicurato, qualora sussistesse inoltre difetto di contestazione stragiudiziale della sussistenza del rapporto assicurativo da parte dell'istituto assicuratore o addirittura riconoscimento stragiudiziale della sua esistenza e soltanto sussistesse contestazione da parte dell'istituto della responsabilità dell'assicurato ex art. 2054 terzo comma c.c. Invece, non potrebbe dubitarsi che anche ricorrendo tutte le dette condizioni l'azione ex art. 18 debba essere proposta anche nei riguardi del responsabile del danno-assicurato. Ma v'è di più: essendo possibile che l'azione ex art. 2054 terzo comma venga esercitata senza il contraddittorio dell'assicuratore contro il solo responsabile-assicurato (il litisconsorzio necessario sussiste solo se viene convenuto l'assicuratore) e che contro di lui si ottenga condanna giudiziale, ove poi si convenga l'assicuratore occorre nuovamente citare il responsabile-assicurato, perché l'integrità del contraddittorio sia rispettata, fermo che contro di lui non potrà chiedersi una nuova condanna. L'irrelevanza della normale nozione di interesse ad agire non potrebbe essere più manifesta.

Può, pertanto, affermarsi che quando ricorre un'ipotesi di litisconsorzio necessario quantomeno non occorre che la regola dell'interesse ad agire sia osservata rispetto a tutti i litisconsorti perché essi debbono comunque partecipare al giudizio anche se rispetto ad alcuno di loro l'attore o gli attori non abbiano interesse ad agire.

Ebbene, a nostro modesto avviso chi condivide l'assunto che la regola dell'art. 102 segna una deroga al normale operare del principio della domanda e dell'interesse ad agire è costretto da tali premesse ad individuare i presupposti dell'istituto ex ante e non in relazione soltanto alla domanda come effettivamente proposta, sia pure con riguardo al petitum esigibile secondo diritto sostanziale. Ciò perché la regola del litisconsorzio necessario, imponendo una deroga all'operare normale delle regole del principio della domanda e dell'interesse ad agire, suppone che la necessità del litisconsorzio debba apparire evidente prima della proposizione della concreta domanda, cioè al livello delle fattispecie astratte, e senza che l'estensione soggettiva del giudizio debba essere misurata per tutti i litisconsorti col metro dell'interesse ad agire.

Ne discende, almeno ci pare, che l'autorevole tesi del Costantino, laddove propugna di considerare la domanda nella sua effettività sia pure con riguardo al petitum e di far dipendere il litisconsorzio necessario dalla c.d. "utilità" della sentenza per l'attore o gli attori, contraddica la premessa pure accolta dallo stesso illustre autore della funzione derogatoria del principio della domanda, rivestita dalla regola dell'art. 102, e soprattutto sia incompatibile con la rilevata prescindenza dell'operare dell'art. 102 dalla normale applicazione della regola dell'interesse ad agire. Infatti, alla stregua della nozione di "utilità" della sentenza, si dovrebbe reputare che le quante volte il virtuale litisconsorte necessario avesse riconosciuto stragiudizialmente (come nell'esempio fatto sopra) la pretesa attorea, egli dovrebbe e potrebbe essere lasciato fuori dal giudizio, perché la sentenza si presenta "utile" anche senza che lui sia coinvolto nel processo, in quanto l'attore stimi già sufficiente il riconoscimento stragiudiziale del suo diritto, magari anche consacrato in un titolo esecutivo stragiudiziale o giudiziale. Invero, la combinazione fra tale riconoscimento e la tutela della sua pretesa verso gli altri litisconsorti convenuti in giudizio, che, invece, non abbiano riconosciuto il diritto, conseguente alla sentenza favorevole contro questi ottenuta, dovrebbe assicurare all'attore la tutela della sua situazione nella sua intierezza. Cosicché, la sentenza resa nei riguardi dei soli litisconsorti evocati in giudizio dovrebbe reputarsi idonea ad assicurare la c.d. "utilità" ed il giudice non dovrebbe provvedere ai sensi dell'art. 102 c.p.c., ove naturalmente l'attore gli avesse rappresentato il riconoscimento del diritto da parte del litisconsorte non evocato in giudizio.

Ci sembra, pertanto, necessario tornare all'approccio tradizionale e cercare di individuare in astratto la fattispecie del litisconsorzio necessario, salvo poi valutare le fattispecie previste espressamente per desumere se esse siano suscettibili di estensione e se possono essere ricondotte alla nozione del litisconsorzio individuata.

8. Opportunità di un ritorno alla nozione di rapporto giuridico unico con pluralità di parti.

L'opportunità di un ritorno ad un approccio che cerchi di individuare in astratto le tipologie delle fattispecie di litisconsorzio necessario, ci pare che comporti anzitutto una rivalutazione della nozione del rapporto giuridico unico con pluralità di parti e, quindi, delle situazioni plurisoggettive. Lo impone l'analisi della collocazione della norma dell'art. 102 c.p.c. quale norma in bianco nel complesso normativo rappresentato dagli artt. 102-107 c.p.c. Per riempire di contenuto la norma dell'art. 102 al di là delle ipotesi nelle quali il litisconsorzio necessario è previsto espressamente dalla legge, cioè per individuare quale tipo di situazioni siano ad essa riconducibili ci sembra che debba partirsi dal presupposto per cui si deve trattare di situazioni che non debbono essere riconducibili alle norme degli artt. 103-107 c.p.c., nelle quali il legislatore, al contrario di quel che ha fatto nell'art. 102, ha enunciato, sia pure con formule che anch'esse vanno riempite di contenuto, le situazioni che possono dare luogo alle figure di cumulo processuale via via in esse contemplate. Così nell'art. 103 si fa riferimento alla connessione per l'oggetto o per il titolo ed a quella (impropria) per identità di questioni. nell'art. 106 e nell'art. 107 si fa riferimento al concetto di causa comune. Nell'art. 105 si fa riferimento alla connessione per il titolo o per l'oggetto ed a quella per pregiudizialità-dipendenza. In molte delle norme in discorso, inoltre, si fa riferimento come termine di riferimento della valutazione di ricorrenza delle fattispecie in essa contemplate al concetto di causa. Soprattutto lo si fa nell'art. 103, cioè nella norma che si occupa della figura contrapposta al litisconsorzio necessario, cioè il litisconsorzio facoltativo. Sia dalla considerazione delle situazioni contemplate nelle dette norme, sia dal fatto che si fa riferimento al concetto di causa, emerge in modo evidente che il legislatore pensa a situazioni giuridiche che non sono dedotte nel processo almeno sotto il profilo soggettivo e che vi entrano tramite i modi eventuali previsti dalle norme in discorso. Nell'art. 102 c.p.c., invece, si allude espressamente alla "decisione" che non può pronunciarsi che in confronto di più parti e, quindi, tenuto conto che la decisione è correlata all'oggetto del processo nei suoi termini soggettivi ed oggettivi, a qualcosa che è già nel processo in forza dell'obiettivo tenore della domanda (si ricordi quel che abbiamo notato a proposito del significato di limitazione della libertà d'agire dell'art. 102 c.p.c.). Andando per esclusione delle situazioni contemplate dagli artt. 103 e ss. c.p.c. che sembrano tutte alludere ad ipotesi di pluralità di rapporti (in particolare, l'art. 103 parla di "cause" fra cui esiste "connessione" ed accantonando sempre per il momento ogni riferimento alle situazioni di litisconsorzio necessario espressamente previste dalla legge), ci sembra che il contenuto dell'art. 102 si possa riempire soltanto immaginando che il legislatore, conformemente all'elaborazione chiovendiana e redentiana di inizio secolo, abbia pensato in primo luogo alle situazioni plurisoggettive.

Tuttavia, come del resto si è già avvertito, questa ipotesi sembra ricevere smentita (al di là di quella che potrebbe ricevere ove non si accetti il concetto di rapporto giuridico unico plurisoggettivo, come, invece, ci sembra debba farsi: sul punto non è qui la sede per diffondersi) dal fatto che nell'ordinamento sussistono ipotesi nelle quali in presenza di situazioni plurisoggettive il legislatore ha escluso il litisconsorzio necessario e configurato il litisconsorzio come facoltativo dal punto di vista dei presupposti di instaurazione del giudizio. È proprio questa la ragione principale per cui è andato in crisi il collegamento fra rapporto giuridico unico con pluralità di parti (situazioni plurisoggettive) e litisconsorzio necessario e non è sembrato più adeguato a dar contenuto all'art. 102, cioè all'istituto del litisconsorzio necessario quanto ai presupposti di realizzazione.

9. L'art. 1306 c.c..

I) La crisi del collegamento rapporto plurisoggettivo-litisconsorzio necessario, cui si alludeva in fine del paragrafo precedente, si è fatta discendere, in particolare, dalla norma dell'art. 1306 c.c., alla quale, com'è noto, viene attribuito il significato di escludere a proposito di una situazione sicuramente plurisoggettiva, qual è l'obbligazione solidale, la necessità del litisconsorzio ex art. 102 c.p.c. Tanto che con enfasi non si è mancato di affermare espressamente che in relazione a tali fenomeni "la necessità del litisconsorzio non sussiste mai" (23). La norma dell'art. 1306 prevede implicitamente che l'unico creditore di un'obbligazione solidale passiva o ciascun concreditore solidale di un'obbligazione solidale anche o soltanto dal lato attivo possa agire contro un solo dei condebitori o contro l'unico debitore senza che debbano essere chiamati in giudizio tutti i condebitori o tutti i concreditori. La stessa norma prevede un'estensione soggettiva *secundum eventum litis* della sentenza, cioè limitatamente agli effetti rispettivamente favorevoli per i condebitori o concreditori che non hanno partecipato al giudizio. In particolare i condebitori che non sono stati litisconsorti possono opporre (cioè, secondo l'opinione preferibile, che esclude la sua opponibilità come titolo esecutivo, valersi della sua statuizione in un successivo giudizio) la sentenza che ha dato torto al creditore od ai concreditori che avevano agito, salvo che essa si fondi su ragioni personali al debitore che era stato evocato il giudizio. Viceversa, il concreditore che non partecipò al giudizio instaurato da altro concreditore o da altri concreditori contro uno od alcuni condebitori può valersi della sentenza favorevole ottenuta da coloro che agirono contro quel debitore o quei debitori (anche qui in un successivo giudizio contro di lui o di loro intentato).

Ora, di tale disciplina si è data una lettura tale da estendere la sua sfera di applicazione per un verso non solo alle obbligazioni soggettivamente complesse ad attuazione solidale, ma anche a quelle ad attuazione non solidale, cioè all'intera categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse (24), per altro verso non solo al giudizio instaurato dal concreditore o contro il condebitore diretto ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione, ma anche ai giudizi di accertamento della sussistenza o della insussistenza del rapporto plurisoggettivo e – talvolta – a quelli costitutivi, diretti ad esempio ad ottenere la risoluzione del rapporto fonte dell'obbligazione. Questa lettura è stata sottoposta a critica autorevolmente da chi (25) ha anzitutto rilevato che la regola dell'art. 1306 c.c. non si estende alle c.d. obbligazioni soggettivamente complesse ad attuazione non solidale, fra le quali vanno annoverate le obbligazioni indivisibile ad attuazione non solidale, cioè quelle che non solo presentano la caratteristica dell'art. 1306 c.c., cioè d'aver per oggetto una cosa od un fatto che non è suscettibile di divisione per sua natura o per il modo in cui è stato considerato dalle parti contraenti, ma anche quella ulteriore di dovere essere adempiute attraverso un'attività congiunta di tutti gli obbligati e non di uno solo (es.: l'obbligazione di un complesso musicale). In secondo luogo, l'autorevole dottrina in discorso ha sostenuto che nello stesso campo dell'obbligazione soggettivamente complessa ad attuazione solidale, la regola di legittimazione implicitamente desumibile dall'art. 1306 costituirebbe il riflesso processuale del funzionamento sul piano sostanziale del meccanismo della solidarietà, onde presupposto per la sua applicazione sarebbe che la controversia iniziata da alcuno dei concreditori o contro alcuno dei condebitori abbia ad oggetto la mera condanna all'adempimento dell'intera prestazione a favore del solo concreditore agente e contro il solo condebitore convenuto. Viceversa, in caso di domande volte ad ottenere l'accertamento od una pronuncia costitutiva sul rapporto plurisoggettivo dal quale origina l'obbligazione soggettivamente complessa ad attuazione solidale, si dovrebbe prendere atto che "l'art. 1306 cede logicamente il posto alla regola generale del litisconsorzio necessario" (26).

II) Riteniamo che questo sia il modo corretto di intendere la regola dell'art. 1306, ma che bisogna dimostrarlo in modo meno assiomatico. Ed a nostro avviso è dalla disciplina di diritto sostanziale dei limiti di incidenza di comportamenti tenuti da un singolo concreditore o condebitore solidale

sulle posizioni degli altri concreditori o condebitori che si desume che la legittimazione attiva del singolo concreditore e la legittimazione passiva del singolo condebitore sono limitate all'ipotesi dell'azione di adempimento e non riguardano l'ipotesi che si agisca per l'accertamento positivo o negativo del rapporto plurisoggettivo di concredito o di condebito ovvero per postulare rispetto ad esso effetti costitutivi. Invero, dall'analisi delle norme degli artt. 1300 e seguenti c.c. si evince che mai il condebitore o il concreditore può compiere atti di diritto sostanziale idonei ad incidere sulla posizione dei condebitori o dei concreditori se non a condizione che i loro effetti siano favorevoli. Così, la remissione fatta a favore del condebitore e da questi accettata incide favorevolmente sugli altri condebitori, mentre la remissione fatta dal concreditore libera il debitore verso gli altri concreditori solo fino a concorrenza della parte di obbligazione spettante al primo. La transazione intervenuta fra uno dei concreditori ed il debitore o fra il concreditore ed il debitore produce effetti verso gli altri condebitori o concreditori solo se gli estranei dichiarino di volerne profittare.

Ora, poiché tramite il processo ed in particolare tramite la regola dell'art. 1306 c.c. è ragionevole pensare che il legislatore abbia voluto consentire che la condotta di un singolo concreditore o di un singolo condebitore sia idonea ad incidere sulla situazione plurisoggettiva soltanto nei limiti in cui vi può incidere con i fatti stragiudiziali, ben si comprende perché l'art. 1306 preveda l'efficacia della sentenza resa nel processo instaurato da un solo concreditore o contro un solo debitore esattamente allo stesso modo, cioè soltanto se il risultato della gestione della situazione nel processo sia stato favorevole.

Senonché, il dato che occorre rimarcare è che tutte le norme sostanziali degli artt. 1300 e ss. prevedono possibili riflessi di atti o situazioni riferibili a taluno soltanto dei concreditori o dei condebitori sugli altri concreditori o condebitori soltanto in relazione ad ipotesi nelle quali l'attività del concreditore o del condebitore riguarda un rapporto plurisoggettivo esistente presupposto esistente. Giammai dalle norme degli artt. 1300 e segg. si ricava che atti o situazioni riferibili ad un concreditore o ad un condebitore possano far sorgere il concredito od il condebito o eliminarne la stessa fattispecie costitutiva. In sostanza i fatti contemplati negli articoli 1300 e segg. presuppongono tutti che la fattispecie costitutiva del concredito o del condebito sia esistita e riguardano vicende non afferenti alla sua fattispecie costitutiva, ma concernenti fatti estintivi della sua efficacia. Non a caso quindi l'art. 1306 c.c., nel disciplinare l'efficacia del giuramento, allude al giuramento sul "debito", cioè sulla perdurante sua esistenza in relazione ad una situazione plurisoggettiva allegata, ed esclude quello sul "vincolo solidale", cioè sull'esistenza stessa della situazione plurisoggettiva e, quindi, della sua fattispecie costitutiva.

In definitiva, le norme in questione appaiono come meramente funzionali al meccanismo della solidarietà nell'attuazione del rapporto obbligatorio.

III) Se i rilievi svolti sono fondati, si deve ragionevolmente pensare che anche il giudizio instaurato da alcuno dei concreditori o contro alcuno dei condebitori e presupposto dall'art. 1306 sia stato immaginato dal legislatore come un giudizio nel quale non deve sorgere contestazione sulla fattispecie costitutiva del rapporto plurisoggettivo o su fatti impeditivi della sua efficacia, ma solo si deve controversare di vicende estintive o – al più – modificative della stessa. Ove sorga contestazione sull'esistenza o validità della fattispecie costitutiva del concredito o del condebito (ad es.: il condebitore convenuto o il debitore convenuto da un concreditore eccepiscano la nullità o l'annullabilità del titolo contrattuale dal quale origina l'obbligazione) una discussione fra le parti del rapporto plurisoggettivo dedotto in causa a sostegno della pretesa di adempimento potrebbe essere possibile (daremo conto delle ragioni di questo condizionale) solo incidenter tantum, mentre, se l'attore o il convenuto chieda di discuterne con efficacia di giudicato (ad es.: se il condebitore convenuto non si limiti ad eccepire la nullità del titolo da cui deriverebbe il rapporto plurisoggettivo, ma svolga domanda riconvenzionale per l'accertamento della nullità) non sembra dubitabile che si verifichi una situazione di litisconsorzio necessario che impone l'integrazione del contraddittorio nei riguardi degli altri condebitori o concreditori, perché si è fuori dall'ambito del giudizio per il quale il legislatore ha immaginato nell'art. 1306 c.c. che il contraddittorio possa

svolgersi soltanto fra alcuni delle parti del rapporto plurisoggettivo. Invero, non ci sembra possibile una diversa soluzione, poiché, per giustificare una lettura dell'art. 1306 che estenda la possibilità della legittimazione ad *causam* di alcuni soltanto dei concreditori e dei condebitori solidali bisognerebbe immaginare al livello del diritto sostanziale che un solo condebitore (o alcuni di essi) od un solo concreditore (o alcuni di essi) possano stipulare stragiudizialmente un negozio di accertamento dell'esistenza od inesistenza del titolo dell'obbligazione solidale nella sua interezza che estenderebbe i suoi effetti però al concreditore (in analogia a quel che si prevede per la transazione) solo se egli ne voglia profittare, cosa che egli potrebbe benissimo trovare non conveniente, per il modo in cui il rapporto sia stato accertato o negato, ch'egli appunto non condivida. La stessa funzione dell'accertamento in tal caso sarebbe, però, del tutto ipotetica e condizionata all'adesione del concreditore, cosa che significherebbe una vera e propria negazione della funzione stessa dell'accertamento.

Si evidenzia, dunque, l'impossibilità di immaginare che l'accertamento del rapporto plurisoggettivo possa svolgersi senza la presenza di tutte le parti del rapporto stesso. E non si comprenderebbe come ciò che alcune parti soltanto non possono accertare stragiudizialmente con atto di privata autonomia possano accertarlo in un giudizio in cui le parti del rapporto plurisoggettivo solidale non vi siano tutte.

D'altro canto, l'ipotetico negozio di accertamento della situazione plurisoggettiva stipulato da un solo condebitore sarebbe anch'esso privo di utilità, essendo improduttivo di effetti nei riguardi degli altri condebitori.

In definitiva, dunque, l'art. 1306 c.c. finisce per apparire una norma che consente a solo alcune delle parti del rapporto plurisoggettivo obbligatorio solidale di discutere con efficacia di giudicato fra loro dei soli effetti del rapporto plurisoggettivo, cioè del diritto alla prestazione in essa dedotta, salva la possibilità che i condebitori o i concreditori che non hanno partecipato al giudizio possano valersi della decisione se a loro favorevole.

Viceversa, del rapporto fondamentale da cui l'effetto origina dette parti possono discutere senza i concreditori o i condebitori estranei al giudizio soltanto *incidenter tantum*. Ciò, a differenza di quel che avviene normalmente nel caso di deduzione in giudizio di un rapporto giuridico obbligatorio complesso (e quello solidale lo è sempre almeno sul piano soggettivo) per ottenere un singolo suo effetto, laddove si ritiene dalla dottrina che più proficuamente ha indagato da ultimo i limiti oggettivi del giudicato, che la formulazione di una domanda giudiziale diretta a perseguire un singolo effetto del rapporto obbligatorio (ad esempio il pagamento di una rata del mutuo), importi deduzione in giudizio con richiesta di accertamento con efficacia di giudicato dell'intero rapporto c.d. fondamentale, che diventa oggetto di accertamento con efficacia di giudicato (27).

Che l'esistenza del rapporto plurisoggettivo solidale non sia coperta da cosa giudicata neppure tra le parti del rapporto plurisoggettivo che hanno partecipato al giudizio ci sembra che possa desumersi dal seguente esempio. Se si immagina che un condebitore sia convenuto dal creditore per il pagamento di una rata dell'obbligazione solidale e venga condannato al suo pagamento e poi si ipotizza che il creditore agisca contro altro condebitore per il pagamento di altra rata e costui eccepisca che il rapporto plurisoggettivo è nullo ed ottenga la reiezione della domanda, si avrà – almeno ci pare – che il primo condebitore potrà opporre (ex art. 1306 secondo comma primo inciso) tale seconda sentenza al creditore senza che costui possa obiettare che lui nel primo giudizio non aveva eccepito la nullità e si era formata cosa giudicata almeno tra loro sulla validità del rapporto. Né potrà replicarsi a tale rilievo che qui il giudicato sulla valida esistenza del rapporto scaturisce dal primo processo fra il creditore ed il primo condebitore si risolve per un fatto successivo, costituito dalla sentenza favorevole ottenuta dal secondo condebitore: a tale rilievo basterebbe controreplicare che la sentenza che rigetta la pretesa del creditore nel secondo processo lo fa sulla base di un fatto, la nullità, esistente già all'epoca del primo processo.

Quanto alle azioni costitutive è sufficiente osservare che i relativi processi debbono svolgersi nel contraddittorio di tutte le parti del rapporto plurisoggettivo ad attuazione solidale, per il fatto che in

nessuna delle norme degli artt. 1300 si desume che il singolo concreditore o condebitore possa incidere sul rapporto plurisoggettivo modificandone gli effetti o risolvendoli. Prova ne sia che la transazione stipulata dal creditore con uno dei condebitori in solido o dal concreditore con il debitore è irrilevante per il condebitore o concreditore che non l'abbia stipulata e può divenire efficace nei loro riguardi soltanto se essi "dichiarano di volerne profittare", cioè se compiono un vero e proprio atto negoziale (28).

Ci sembra, dunque, che dall'art. 1306 c.c. si desuma soltanto il principio che allorché ricorre un'obbligazione soggettivamente complessa ad attuazione solidale sia possibile lo svolgimento di giudizi che non coinvolgano tutti i soggetti del rapporto soltanto se si tratta di giudizi che concernono l'adempimento della prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio, mentre se sorge controversia sulla validità o sussistenza del rapporto e si deve procedere al suo accertamento o ad una pronuncia che spieghi effetti costitutivi su di esso riprende vigore, come sostenne il Busnelli, la regola del litisconsorzio necessario e tutti i soggetti del rapporto debbono essere evocati in giudizio, potendo altrimenti discutersi del rapporto nella sua intierezza anche fra le sole parti in causa soltanto incidenter tantum.

Tale ricostruzione, in forza della norma dell'art. 1317, che estende la disciplina delle norme sulle obbligazioni solidali, quanto all'attuazione, alle obbligazioni indivisibili "in quanto applicabili", è estensibile anche alle obbligazioni indivisibili che abbiano attuazione solidale, nelle quali, cioè sia dedotta in obbligazione una prestazione avente le caratteristiche dell'art. 1316 c.c., ma che per l'esecuzione non richieda la necessaria cooperazione di tutti gli obbligati, potendo essere adempiuta anche da uno solo di essi indifferentemente: si pensi all'assunzione da parte di tre violinisti di un'obbligazione in forza della quale essi si impegnano ad assicurare la presenza di uno di essi per suonare ad una manifestazione. Qui l'obbligazione, indivisibile quanto alla natura della prestazione, è ad attuazione solidale perché uno qualsiasi degli obbligati può adempierla. Potrà, perciò, convenirsi per l'adempimento un solo condebitore, ma se sorgerà questione sulla validità o sussistenza del rapporto plurisoggettivo se ne potrà conoscere solo incidentalmente, dovendo se si si vuole accertarla con efficacia di giudicato darsi corso al litisconsorzio necessario.

Viceversa, la cennata ricostruzione non sarà in alcun modo estensibile nel caso di un'obbligazione indivisibile ad attuazione non solidale, come ad esempio nell'ipotesi dell'obbligazione concertistica assunta da un'orchestra. Qui anche il giudizio per l'adempimento (ammesso che se ne possa immaginare l'utilità) dovrà essere promosso contro tutti gli obbligati perché, come l'adempimento poteva avvenire da parte di tutti soltanto, così la sentenza non può che condannare tutti congiuntamente.

10. Riflessi della ricostruzione proposta dell'art. 1306 c.c..

I) Ci si è soffermati sull'art. 1306 c.c. per due ragioni.

La prima ragione è che, in realtà, esso, interpretato nel senso qui sostenuto non mina più di tanto l'idea che le azioni relative a situazioni plurisoggettive, cioè a rapporti unici con pluralità di parte, debbano essere proposte da e contro tutti i soggetti che ne sono parte. La norma si limita, per adeguare al diritto sostanziale la tutela processuale, a consentire che il singolo concreditore o condebitore possa essere evocare od essere evocato in giudizio al solo scopo di ottenere pronunce che gli attribuiscono quegli effetti del rapporto plurisoggettivo che avrebbe potuto autonomamente, cioè senza la cooperazione degli altri concreditori o condebitori, conseguire stragiudizialmente. La norma non gli consente, invece, di far accertare in giudizio con efficacia di giudicato la validità del rapporto o di postulare effetti costitutivi in ordine ad esso, restando all'uopo la necessità del litisconsorzio, così come a livello del diritto sostanziale occorre il concorso di tutti i concreditori o condebitori.

Ne discende che l'idea della correlazione fra situazioni plurisoggettive e litisconsorzio necessario, stante la limitatezza della deroga operata dall'art. 1306 può ancora essere ritenuta capace di dare contenuto alla norma in bianco dell'art. 102. Tale contenuto può esprimersi nel senso che quando ricorre una situazione plurisoggettiva le azioni di accertamento positivo o negativo della sua esistenza o validità e quelle dirette ad incidere su di essa con pronunce costitutive sono da reputare comunque soggette alla regola del litisconsorzio necessario. Viceversa, le azioni di condanna lo sono a condizione che la situazione plurisoggettiva non presenti caratteristiche tali che la sua attuazione possa avvenire a somiglianza del modo di attuazione delle obbligazioni solidali, cioè se la sua attuazione comporta la cooperazione di tutti i soggetti passivi del rapporto plurisoggettivo. Le azioni di condanna non sono soggette alla regola del litisconsorzio necessario soltanto se la situazione plurisoggettiva possa trovare attuazione secondo il modo della solidarietà.

II) Da quanto osservato discende che il litisconsorzio necessario (come aveva opinato già Redenti in contrapposizione all'idea di Chiovenda) che nelle azioni di accertamento non si ponesse un problema di litisconsorzio necessario perché "la dichiarazione come tale ha sempre una importanza per chi ha partecipato al giudizio" è fenomeno che, in relazione alla struttura plurisoggettiva della situazione sostanziale può riguardare sia le azioni di condanna che quelle di accertamento, nonché quelle costitutive.

III) La seconda ragione del perché ci siamo soffermati sull'art. 1306 a questo punto va individuata nel fatto che la disciplina del concredito e del condebito espressa in tale norma ed applicabile come si è detto anche alle obbligazioni indivisibili ad attuazione solidale è stata ormai dalla dottrina ritenuta estensibile alla disciplina delle situazioni plurisoggettive di diritto reale, sulla base dell'inesistenza di una ontologica differenza fra l'obbligazione e l'obbligo, figura questa che, in ragione della nota absolutezza del diritto reale, tutela le situazioni di diritto reale di godimento.

Alludiamo al c.d. obbligo di astensione dei consociati che tutela i diritti reali di godimento e che si relativizza in capo a chi lo viola, ponendo in essere una lesione del diritto reale (29).

Sul presupposto che la disciplina suddetta si estenda anche all'obbligo nascente della violazione del diritto reale si è così affermato che "l'art. 1317 c.c. (assieme all'art. 1292 c.c.) costituisce la base di diritto positivo, idonea a giustificare quel costante orientamento giurisprudenziale che esclude l'applicabilità della regola della necessaria partecipazione di più parti al giudizio (quanto meno dal lato attivo), in materia di azione di rivendica (art. 948 c.c.), di azione negatoria (art. 949 c.c.) di confessoria servitutis (art. 1079 c.c.), di azione di regolamento dei confini (art. 950 c.c.) (30).

L'assunto non può condividersi, una volta che si accetti l'idea che l'art. 1306 si riferisce alla sola ipotesi che si agisca per l'adempimento senza che venga in discussione l'esistenza e validità della fattispecie costituiva del rapporto obbligatorio, mentre non concerne le azioni di accertamento della sussistenza o validità del rapporto e quelle costitutive, ed una volta considerato che analogamente l'art. 1319 c.c., sulla scorta di quel che sancisce per le obbligazioni indivisibili ad attuazione solidale l'art. 1317 c.c. in forza del richiamo delle norme sulle obbligazioni solidali, laddove prevede che il concreditore della prestazione indivisibile possa esigere l'esecuzione dell'intera prestazione, significa che la relativa azione giudiziale che può essere esercitata da quel concreditore per ottenere l'intera prestazione può esserlo senza che debbano essere chiamati gli altri concreditori quali litisconsorti necessari solo se non sorga contestazione sull'esistenza e validità del rapporto e non si chieda di accertarlo con efficacia di giudicato, ma solo incidenter tantum.

11. Situazioni plurisoggettive e litisconsorzio necessario: una serie di ipotesi.

Alla luce delle conclusioni esposte, ci sembra opportuno passare all'esame di una serie di fattispecie di situazioni plurisoggettive, nelle quali la giurisprudenza ha di volta in volta escluso o affermato la

necessità del litisconsorzio, sulla base (inconsapevole, almeno prima dell'elaborazione del Costantino) di quella che il Costantino ha chiamato nozione di utilità della sentenza, onde verificare se in relazione a dette conclusioni possa o meno condividersi l'adottata soluzione.

All'uopo ci sembra inopportuno ricorrere allo schema seguito di norma, cioè di distinguere le azioni di accertamento, quelle costitutive e quelle di condanna. Ciò, sia perché abbiamo affermato che il litisconsorzio necessario può ricorrere per tutti i tre tipi di azione, sia in ragione dei limiti della presente relazione, che non consentono un esame esaustivo.

In particolare osserviamo:

a) Non ci sembra corretto sostenere, come fa la giurisprudenza (31) che l'azione di rivendica ex art. 948 c.c. esercitata dal comproprietario non abbia come litisconsorti necessari anche gli altri comproprietari: è sufficiente osservare che essendo da ravvisare l'oggetto dell'azione di rivendica "nello stesso diritto di proprietà dedotto in giudizio nello schema semplice", cioè quello che si esprime come "facoltà e pretesa del lato attivo, soggezione e singolo dovere di astensione dal lato passivo" (32), sia pure relativizzati con riguardo alla situazione di colui che possiede la cosa e deve restituirla al proprietario (33), l'azione ha ad oggetto l'accertamento (in funzione della condanna alla consegna) della situazione plurisoggettiva di comproprietà e, pertanto, deve coinvolgere tutti i comproprietari. L'irrazionalità dell'orientamento della giurisprudenza è resa palese dal fatto che si sostiene, invece, che, qualora il possessore convenuto in rivendica da un unico comproprietario eccepisca l'usucapione della proprietà esclusiva del bene rivendicato ciò "comporta una situazione di litisconsorzio necessario rispetto agli altri comproprietari, in quanto il convenuto non si limita a negare la situazione soggettiva di comunista della controparte, ma vi oppone una situazione propria che confligge unitariamente sia con quella dedotta dall'attore, sia con quella dei comunisti assenti, con la conseguenza che oggetto della controversia diviene l'esistenza stessa del rapporto unico plurisoggettivo, al cui accertamento non può utilmente procedersi in assenza degli altri soggetti che, alla stregua della domanda, si postulano come contitolari di detto rapporto" (34); non si comprende, leggendo tale massima, piuttosto tralascia, perché, fermo che l'usucapione deve essere non solo eccepita, ma anche fatta oggetto di domanda riconvenzionale con richiesta di accertamento con efficacia di giudicato, perché soltanto in questo caso e non fin dall'inizio l'oggetto dell'azione diventi la situazione di comproprietà. Basta osservare che lo stesso comproprietario agente potrebbe avere indicato fin dalla citazione l'infondatezza dell'eccezione di usucapione già fatta valere in sede stragiudiziale, per convincersi dell'assoluta mancanza di rigore della soluzione della Suprema Corte;

b) nemmeno ci sembra corretto affermare (35) che l'azione di rivendica possa essere esercitata dal proprietario contro uno solo di coloro che possiedono o detengono la cosa in fatto e non abbia, invece, essere proposta contro tutti costoro. Al di là del fatto che violazione della proprietà verificatasi col rifiuto della consegna della cosa si è relativizzata in capo a tutti i compossessori o condetentori, è da rilevare che l'obbligo restitutorio, non potendo la consegna della cosa avvenire da parte di uno solo dei compossessori finché gli altri materialmente detengono la cosa, ha natura simile a quella dell'obbligazione soggettivamente complessa indivisibile ad attuazione congiunta e non solidale e, dunque, anche non riducendo la portata dell'art. 1306 nel modo in cui abbiamo proposto, la legittimazione del singolo compossessore per questo non sarebbe sostenibile (36);

c) allo stesso modo non possiamo condividere né quella giurisprudenza che esclude la necessità del litisconsorzio, sia dal lato attivo fra tutti i comproprietari del preteso fondo dominante, sia dal lato passivo fra i comproprietari del preteso fondo servente, nell'azione confessoria servitutis (37), né quella giurisprudenza che esclude il litisconsorzio necessario nell'azione negatoria servitutis, sia dal lato attivo (cioè fra i più comproprietari del fondo del quale si rivendica la libertà), sia dal lato passivo (cioè fra i più soggetti che affermano di avere il diritto di servitù sulla cosa (38)). A proposito della confessoria servitutis la tesi della Cassazione non appare condivisibile in quanto l'oggetto dell'azione è l'accertamento della sussistenza della servitù a favore del fondo di chi agisce ed a carico del fondo di chi sia stato convenuto. Se i fondi non sono oggetto di comproprietà la

servitù non potrà che essere riconosciuta come situazione plurisoggettiva, rispettivamente dal lato attivo e dal lato passivo. Essendo, dunque, l'azione ex art. 1079 diretta ad ottenere l'accertamento della situazione plurisoggettiva e non alla mera postulazione di un suo effetto siamo fuori dello schema dell'art. 1306 comme innanzi interpretato. Né può avere rilievo, nel caso di situazione plurisoggettiva dal lato passivo che soltanto uno dei comproprietari del preteso fondo servente abbia contestato la sussistenza del diritto di servitù e non lo abbiano fatto gli altri, posto che costui ha pur sempre affermato una situazione di libertà dal peso della servitù dell'intero fondo e, quindi, del diritto di comproprietà su di esso. Neppure può avere rilievo il fatto che soltanto uno dei comproprietari del fondo servente abbia non solo affermato l'inesistenza del diritto di servitù, ma anche posto in essere impedimenti o turbative concretizzatesi in opere sul fondo servente. Fermo che la confessoria anche in questo caso, come si ritiene, presuppone sempre quella affermazione (cioè la contestazione del diritto di servitù) la necessità del litisconsorzio apparirebbe evidente anche qualora si opinasse che invece in tal caso l'azione sia diretta soltanto ad ottenere la rimozione delle opere: infatti, tale prestazione di fare sarebbe indivisibile, cioè da adempiersi da tutti i comproprietari del fondo servente, poiché le opere stesse, tanto più se edificate sul fondo, appaiono riferibili al diritto dominicale di tutti nella sua intierezza e non ad una quota ideale del comproprietario che le abbia realizzate. Contraddittoriamente, infatti, la Cassazione afferma che ricorre litisconsorzio necessario quando si debba giudicare di una pretesa di fare e più precisamente di distruggere opere che risultino insistere su beni oggetto di comproprietà (39). Quanto alla negatoria servitutis possono valere considerazioni assolutamente analoghe a quelle appena svolte, posto che anche tale azione ha ad oggetto l'accertamento della inesistenza della servitù e, quindi, nel caso di sussistenza di comproprietà del fondo che rivendica la libertà di una situazione che riguarda l'intero fondo e nel caso di sussistenza di comproprietà del fondo che si vanta titolare della servitù di una situazione che riguarda tale fondo nella sua intierezza. E se sul preteso fondo dominante sono state eseguite opere, l'obbligo di rimuoverle, al di là dell'assorbente rilievo che si discute della situazione plurisoggettiva, appare suscettibile di adempimento soltanto congiuntamente da parte di tutti i suoi comproprietari (varrà infatti, la giurisprudenza citata alla nota n. 39). D'altro canto, va rilevato che l'art. 1012 secondo comma c.c. prescrive il litisconsorzio necessario del proprietario e, quindi, di tutti i comproprietari in caso di comproprietà, allorché l'usufruttuario voglia agire in confessoria o negatoria della servitù e se in tal caso, che integra un'ipotesi di legittimazione straordinaria secondo alcuni (non secondo noi, come diremo), il legislatore ha voluto che l'azione si estenda a tutti i comproprietari, non si comprende come possa ammettersi che quando l'iniziativa parte da loro possano non essere tutti in giudizio;

d) non possiamo, naturalmente consentire, date le nostre premesse, su quella giurisprudenza che nega la necessità del litisconsorzio nelle azioni dirette ad ottenere l'accertamento della nullità di un rapporto giuridico contrattuale plurisoggettivo (40), fermo restando, invece, che nel processo fra alcune soltanto delle parti del rapporto contrattuale diretto ad ottenere la sua esecuzione la nullità può essere eccepita senza essere fatta oggetto di domanda riconvenzionale ed in tal caso se ne può discutere in via incidentale, secondo quel che abbiamo detto a proposito dell'art. 1306 c.c.;

e) corretta appare, invece, l'affermazione (ricorrente, tanto da rendere superflue citazioni) della ricorrenza del litisconsorzio necessario fra tutte le parti del negozio simulato per interposizione fittizia nel giudizio diretto ad ottenere l'accertamento della simulazione relativa personale (questa ipotesi la esaminiamo qui nel presupposto che si configuri come relativa a rapporto plurisoggettivo;

f) pure ineccepibile è l'affermazione della giurisprudenza circa la necessità del litisconsorzio nel giudizio diretto a far accertare l'avvenuta usucapione in danno di più comproprietari (41). La stessa soluzione deve a nostro avviso accogliersi per l'ipotesi che l'usucapione di un bene sia domandata a favore di più persone che si assume siano divenute comproprietarie (non sembrano esservi precedenti in proposito in tema di litisconsorzio (42);

g) viceversa non condivisibile è la giurisprudenza che nega il litisconsorzio necessario dei comproprietari di ciascuno dei fondi dei quali debbono essere regolati i confini (art. 950 c.c.),

ammettendo, quindi, che l'azione possa attivamente e passivamente esercitarsi da e contro un solo comproprietario (43), salvo poi del tutto incoerentemente sostenere che, se invece viene rivendicata una parte del fondo a seguito del regolamento, sussiste litisconsorzio necessario, come pure se a seguito del rilascio debbano essere distrutte opere (44), con singolare contrasto fra l'altro con la giurisprudenza che esclude la legittimazione passiva alla rivendica dei più compossessori;

h) pienamente condivisibile è l'affermazione che la nullità di una disposizione testamentaria debba essere accertata nel contraddittorio di tutti gli eredi, anche se non è coerente con la giurisprudenza di cui sub D;

i) la necessità del litisconsorzio va secondo noi, sulla scia dell'insegnamento chiovendiano, sempre affermata allorché si verta in tema di azioni costitutive, cioè dirette a costituire, modificare od estinguere un rapporto giuridico, ma la giurisprudenza, pur ispirandosi a questa regola nella stragrande maggioranza dei casi (45), se ne discosta in modo che ci sembra incoerente e viziato a proposito delle azioni in materia locativa, nelle quali non sempre si ritiene che sussista litisconsorzio necessario in ordine alle azioni di risoluzione del contratto per inadempimento (anche se proposta con il procedimento per convalida di sfratto) (46);

l) correttamente viene affermato che nel giudizio vertente sull'accertamento delle tabelle millesimali e sulla conseguente loro formazione sono litisconsorti necessari tutti i condomini (47) e che nel giudizio insorto fra gli eredi in relazione alla ripartizione dell'indennità ex art. 2122 c.c. sono litisconsorti necessari tutti gli eredi (48); entrambe le ipotesi si prestano a qualche riflessione, in quanto concernono giudizi di accertamento del modo di essere di un'obbligazione parziaria, nei quali si tratta cioè di determinare la quota parte dell'obbligazione che fa capo a ciascun condomino o a ciascun erede. Infatti, non basta a giustificare il litisconsorzio necessario osservare che la ratio sarebbe simile a quella del litisconsorzio necessario per legge nei giudizi divisorii (art. 784 c.c.) (49), perché se è vero che si discute della determinazione delle rispettive quote, come dice la giurisprudenza, non è men vero che la medesima discussione della posizione anche degli altri concreditori o condebitori si ha quando nell'obbligazione solidale si debba discutere del modo di essere, della sussistenza o validità dell'intero rapporto e, dunque, non si vede, come la soluzione possa essere qui diversa. Alle due ipotesi considerate va aggiunta l'ipotesi dell'esercizio del c.d. retratto successorio da parte del coerente pro indiviso, nella quale non sono litisconsorti necessari gli altri coeredi, in quanto l'effetto della domanda provoca il riscatto solo proporzionalmente alla quota dell'erede attore;

m) a proposito dell'azione di petizione di eredità (art. 533 c.c.) a noi sembra che se l'attore è un coerede pro indiviso sussista litisconsorzio necessario con i coeredi sia nel caso che la petizione sia esercitata in funzione soltanto recuperatoria, sia nel caso in cui sia esercitata in funzione anche di accertamento della qualità di erede, che sia contestata da chi possiede i beni ereditari; dovrebbe valere qui l'analogia con le soluzioni adottate per la rivendica, anche se non si ritenga che l'azione ex art. 533 c.c. non comporti alcun accertamento con efficacia di giudicato della qualità di erede, se non a seguito di richiesta di accertamento con tale efficacia fatta dal convenuto possessore ex art. 34 c.p.c. In quest'ultimo caso, a somiglianza di quanto abbiamo affermato anche per le obbligazioni solidali, sorgerebbe la necessità di integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri coeredi (50). Naturalmente, ove i beni ereditari siano in compossesso di più persone legittimati passivi necessari saranno tutti costoro, ancora una volta in analogia alla soluzione sostenuta per la rivendica;

n) ci pare opportuno esaminare ora un caso che di recente ha segnato un revirement della Suprema Corte. Si tratta del caso in cui si chieda una pronuncia costitutiva di una servitù di passaggio coattiva e questa servitù, essendo diviso il fondo dalla pubblica via da fondi appartenenti a diversi proprietari, debba essere imposta a carico di tutti tali fondi. Mentre per lungo tempo la Cassazione aveva sostenuto che la domanda poteva essere proposta separatamente nei riguardi di ciascun proprietario e che, dunque, non ricorreva litisconsorzio necessario, di recente ha sostenuto a Sezioni Unite (51) che viceversa la domanda deve essere proposta nei confronti di tutti i detti proprietari,

perché la sentenza emessa nei riguardi di uno soltanto di essi non produrrebbe l'effetto che l'attore si propone col domandarla e sarebbe insuscettibile di esecuzione. Senza indulgiare più di tanto – dati i limiti della presente trattazione – ci sembra che la soluzione delle Sezioni Unite (al di là della motivazione addotta) sia corretta e sia stata criticata a torto (52); invero, dall'esame dell'art. 1051 c.c. si desume che qualora il fondo sia diviso dalla pubblica via da più fondi che si frappongano fra esso e la stessa, sussiste un obbligo parziario ex lege a carico di tutti i proprietari intercludenti e, dunque, dovendo tale obbligo essere oggetto di una pronuncia costitutiva (ma le cose non cambierebbero se si trattasse di pronuncia di accertamento), il litisconsorzio necessario sussiste come in qualsiasi caso in cui si debba accertare la sussistenza ed il modo di essere di un rapporto obbligatorio parziario nel suo complesso (secondo quel che si è notato sub L). D'altro canto, l'eventuale sentenza che fosse pronunciata a carico di un solo proprietario intercludente non varrebbe a costituire la servitù di passo, posto che sarebbe inimmaginabile che la servitù possa essere esercitata dal proprietario del fondo intercluso, che finirebbe per passare sul fondo a carico del quale l'obbligo è stato riconosciuto per un fine diverso dall'esercizio della servitù. Egli, infatti, si dovrebbe arrestare senza poter arrivare alla pubblica via;

o) quanto alla fattispecie in cui l'azione possessoria sia esercitata contro il solo possessore ed il suo accoglimento comporti la distruzione di opere sul fondo del quale egli non sia proprietario, si osserva che laddove si sostiene che litisconsorte necessario sia anche il proprietario pur non autore dello spoglio (53), si sostiene cosa esatta, ma non perché la sentenza che non coinvolgesse il proprietario non sarebbe altrimenti "utile", perché non potrebbe essere eseguita in caso di opposizione del proprietario, bensì perché il proprietario deve reputarsi coautore dello spoglio se anche lui è nel possesso materiale del bene e si rifiuta di reintegrare lo spoliatus stragiudizialmente, così facendo propria la condotta dello spoliator. Ove, invece, il proprietario non sia nel possesso del bene e non possa reintegrare in fatto lo spoliatus, pur avendo riconosciuto il suo diritto alla reintegrazione non sarebbe coautore dello spoglio e non si vede perché dovrebbe avere legittimazione passiva. Se infine non abbia fatto tale riconoscimento ma non sia nel possesso materiale del bene sarebbe da considerare coautore dello spoglio sotto il profilo morale e sarebbe come tale legittimato.

12. Le ipotesi di litisconsorzio necessario non ricollegate a situazioni di plurisoggettività.

Possiamo passare ora a svolgere alcune considerazioni sui casi di litisconsorzio necessario che non sono collegati alla plurisoggettività della situazione. Si tratta di casi che possono essere ricondotti, o ad ipotesi di c.d. legittimazione straordinaria, o a situazioni nelle quali un soggetto è abilitato ad impugnare la validità di un rapporto giuridico corrente fra le altre parti ovvero comunque a chiederne l'accertamento o la costituzione, o a casi in cui il rapporto dedotto in giudizio sia collegato ad altro da un nesso di pregiudizialità c.d. permanente (54).

Al riguardo, si deve rilevare che in taluni casi riconducibili a queste ipotesi il litisconsorzio necessario è espressamente previsto dalla legge ed è proprio questo che pone il problema di una possibile estensione ad ipotesi non previste.

12.1. I casi di legittimazione straordinaria

I) Quanto ai casi di c.d. legittimazione straordinaria osserviamo che con tale formula intendiamo riferirci soltanto ad ipotesi nelle quali si abbia legittimazione straordinaria nel senso dell'art. 81 c.p.c., cioè a casi in cui si fa valere un diritto altrui in nome proprio con effetti diretti nella sfera giuridica di chi ne sia titolare (55). A tale ipotesi si può ricondurre, tra i casi di litisconsorzio necessario previsti dalla legge, – se non andiamo errati – il solo art. 2900 secondo comma c.c., che prevede l'azione di surrogazione del creditore nelle pretese del suo debitore.

Ora, l'interrogativo che bisogna porsi è quello se, in presenza di casi nei quali si debba riconoscere un'applicazione dell'art. 81 (che, com'è noto, è norma suscettibile di applicazione solo nei casi previsti espressamente dalla legge e non suscettibili di estensione analogica), sussista il litisconsorzio necessario fra il legittimato straordinario ed entrambe le parti del rapporto giuridico rispetto al quale la legittimazione straordinaria è prevista. Così dovrà essere evocato in giudizio necessariamente il sublocatore nell'ipotesi dell'azione diretta del locatore contro il subconduttore prevista dall'art. 1595 c.c.? Dovrà essere evocato in giudizio l'appaltatore dai dipendenti che agiscano contro il committente ex art. 1676 c.c.? Dovrà il mandante senza rappresentanza che agisce ex art. 1705 secondo comma c.c. direttamente contro coloro che hanno contrattato con il suo mandatario senza rappresentanza evocare in giudizio necessariamente anche quest'ultimo? Ancora: dovrà il creditore ipotecario che agisce ex art. 2867 primo comma contro l'acquirente del bene ipotecato facendo valere il credito dell'alienante del bene relativo al prezzo verso detto acquirente, evocare in giudizio anche l'alienante?

II) In tutte queste ipotesi autorevole dottrina, pur ammettendo in linea generale che sussista litisconsorzio necessario al di là dei casi espressamente previsti per le ipotesi di legittimazione straordinaria riconducibili all'art. 81 c.p.c. (56), giunge poi ad affermare la soluzione negativa per tali ipotesi (57), argomentandola da un lato con l'assunto che in linea generale l'art. 34 c.p.c. consentirebbe, ove non sia altrimenti previsto dalla legge, di risolvere incidenter tantum le questioni pregiudiziali, dall'altro affermando che a differenza dell'ipotesi espressa dell'art. 2900 secondo comma c.c., in tutte queste ipotesi la funzione dell'azione del legittimato straordinario avrebbe natura satisfattiva e non invece conservativa, come, invece in quest'ultima norma.

III) Ora, entrambe le argomentazioni non appaiono, a nostro modesto avviso, affatto convincenti. Non l'argomentazione desunta dall'art. 34, poiché tale norma ci sembra richiamata a torto, in quanto afferisce alla pregiudizialità fra rapporti, cioè al caso in cui nella fattispecie costitutiva di un rapporto trovasi ricompreso altro rapporto giuridico, c.d. pregiudicante, che ne funge da elemento costitutivo (58), mentre nelle fattispecie che si considerano il rapporto corrente fra il legittimato straordinario e la parte della quale egli esercita la legittimazione funge solo da elemento costitutivo della legittimazione straordinaria a far valere l'altro rapporto corrente fra il sostituito e la parte contro cui si agisce. Riguardo alla seconda argomentazione potrebbe essere replicato che parte non indifferente della dottrina e la giurisprudenza (59) attribuiscono alla surrogatoria anche funzione satisfattiva, sostenendo che il debitor debitoris possa essere condannato direttamente a favore del creditore surrogatosi (che assume la veste di adiectus solutionis causa), con il che l'analogia con le situazioni che si considerano sarebbe piena. Ipotizzando, però, che tale argomento non sia corretto, si deve rilevare che se non si ipotizza il litisconsorzio necessario nei casi in questione e, quindi, la soggezione al giudicato conseguente del sostituito, non si comprende come sotto il profilo sostanziale possa poi vietarsi al sostituito di convenire nuovamente il soggetto nei cui confronti ha agito il legittimato straordinario (sostituto) chiedendo quella stessa prestazione che costui ha ottenuto da detto soggetto. Si potrebbe pensare che il sostituito possa sentirsi eccepire la cosa giudicata dal soggetto contro cui è stata esercitata la legittimazione straordinaria, ma come si concilierebbe ciò con la garanzia del diritto di difesa? Forse con l'opposizione ex art. 404 primo comma c.p.c.? È vero che il soggetto contro cui è stata esercitata la legittimazione straordinaria potrebbe eccepire che, avendo egli perso la causa intentata dal sostituto legittimato straordinario ed avendo dovuto soddisfare le sue ragioni ha soddisfatto anche le ragioni del sostituto, onde vi sarebbe ingiustificato arricchimento. Per esempio: il committente che abbia pagato i lavoratori a seguito di azione ex art. 1676 c.c. con quello che avrebbe dovuto essere il corrispettivo dell'appaltatore, potrebbe eccepire l'arricchimento senza causa dell'appaltatore se da questi convenuto per il pagamento di quel corrispettivo, ma tale eccezione potrebbe paralizzare l'avversa azione soltanto se l'appaltatore non dimostrasse che il preteso credito dei legittimati straordinari,

cioè dei suoi dipendenti, non sussisteva. Ma in questo caso, di fronte al passaggio in cosa giudicata frattanto avvenuto della sentenza resa a loro favore contro il committente, costui cosa potrebbe fare? Ci pare, dunque, insopprimibile l'esigenza che nelle ipotesi di legittimazione straordinaria in discorso sia affermata la qualità di litisconsortile necessario del sostituito, pur non essendo essa stata prevista espressamente dal legislatore. E del resto lo stesso legislatore non ha mancato di prevedere il litisconsorzio necessario in un'ipotesi simile a quelle esaminate, qual è l'azione diretta del danneggiato ex art. 18 l. 990/69 contro l'impresa assicuratrice dell'autoveicolo con cui venne cagionato il danno: l'art. 23 della legge prevede in tal caso che il responsabile del danno, da individuarsi nel proprietario del veicolo che ha stipulato il contratto assicurativo, sia litisconsorte necessario (60).

Alle ipotesi in discorso va in certo qual modo assimilata l'ipotesi legale di litisconsorzio necessario prevista dall'art. 784 c.p.c., a proposito della necessaria partecipazione dei creditori oppositori e degli aventi causa.

Correttamente si esclude, dopo iniziali sbandamenti, la sussistenza di litisconsorzio necessario fra l'impresa fittizia interposta e quella interponente nell'azione ex art. 1 l. 1369/60 (interposizione vietata in materia di lavoro); infatti, qui non c'è legittimazione straordinaria, ma la postulazione da parte dei lavoratori di propri diritti contro l'interponente e non v'è bisogno di evocare l'interposto, perché presupposto dell'azione non è necessariamente una fattispecie di simulazione personale.

12.2. Le ipotesi di impugnativa o di richiesta di accertamento o costituzione di rapporti correnti fra altre parti

I) Venendo alle situazioni che abbiamo detto ricollegate a poteri di impugnativa di rapporti giuridici attribuiti a soggetti che sono ad esso estranei ovvero a poteri di azione per l'accertamento o la costituzione di determinati rapporti attribuita a terzi parimenti ad essi estranei, ci limitiamo ad una elencazione di casi previsti dalla legge, salvo poi precisare che si tratta di categoria suscettibile di estensione al di là delle ipotesi previste dalla legge.

II) In questo gruppo ricondurremmo le ipotesi degli artt. 103 comma secondo c.c., laddove dispone che nell'azione di opposizione al matrimonio esercitata dai legittimi ex art. 102 siano evocati gli sposi e l'Ufficiale di Stato Civile, le ipotesi degli artt. 246-248 c.c., le ipotesi di esercizio dell'azione di nullità da parte di un soggetto estraneo al rapporto che si vuole far dichiarare nullo ai sensi dell'art. 1241 c.c. (è evidente che l'azione va esercitata nei riguardi di tutte le parti del rapporto; soluzioni identiche debbono valere per le azioni di declaratoria della nullità o di annullamento del matrimonio ex art. 117 e ss. c.c. e quella di cui all'art. 263 c.c.; quanto all'azione di annullabilità si pone, nei casi di c.d. annullabilità assoluta in deroga all'art. 1441 c.c., una problematica del tutto coincidente con quella dell'art. 1421), l'azione dei creditori del simulato alienante diretta ad ottenere l'accertamento della simulazione (che va esercitata nei riguardi di tutte le parti del contratto simulato). Talune di queste ipotesi sono considerate da autorevole dottrina come casi di legittimazione straordinaria (61), ma, evidentemente, non nel senso dell'art. 81, posto che in tali casi di diritto di impugnativa o di accertamento viene esercitato in nome proprio e per un diritto (talvolta potestativo) proprio di chi agisce, essendo costui interessato all'uopo, e non invece per un diritto altrui.

III) All'interno della categoria in esame vanno collocate quelle ipotesi sempre più numerose in diritto del lavoro nelle quali uno o più lavoratori propongono azioni di accertamento della invalidità o del cattivo esercizio di poteri di conformazione datoriali del rapporto di lavoro che siano regolati o con criteri assolutamente rigidi e con criteri che impongano valutazioni comparative (e, quindi, lascino spazio in questo secondo caso ad una certa discrezionalità del datore, sì che la posizione del lavoratore si connoti come interesse legittimo) fra le posizioni dei diversi lavoratori (e che siano fissati, appunto in uno dei modi indicati dalla legge o dal contratto collettivo o dal contratto

individuale o da atti individuali del datore di lavoro) e si verifica che alla controversia siano controinteressati altri lavoratori (che, ad esempio, sono stati trasferiti o promossi in luogo di altri in asserita violazione dei criteri rigidi o discrezionali di cui si è detto). In tali casi, sono litisconsorti necessari nella controversia, per un'elementare esigenza di tutela del contraddittorio, i lavoratori a vantaggio dei quali sia stata operata la scelta. Ciò perché, sia nel caso di violazione di criteri rigidi sia nel caso di violazione di criteri discrezionali, la sentenza di accoglimento invaliderà le decisioni datoriali circa i lavoratori avvantaggiati e, quindi, inciderà sulla loro posizione (ed anzi, nel caso di violazione di criteri rigidi, potrà anche diporre una misura sostitutiva attribuendo ai lavoratori attori la posizione di coloro che erano stati illegittimamente avvantaggiati) (62).

Non si dubita – tanto che non è necessaria alcuna citazione – che sussista litisconsorzio necessario nell'azione revocatoria ex art. 2901 c.c., pure assimilabile alla tipologia che si considera.

Infine, vogliamo segnalare il nostro dissenso dall'orientamento giurisprudenziale che è fermo nel reputare che nell'azione di riscatto ex art. 39 l. 392/78, esercitata dal conduttore ad uso c.d. diverso contro l'acquirente dell'immobile locato in violazione della prelazione a tutela reale di cui all'art. 38 stessa legge, non sarebbe litisconsore necessario il locatore alienante (63). La tesi ci sembra da disattendere, sia che si costruisca l'azione ex art. 39 come una sorta di surrogazione ex lege nell'acquisto da parte del conduttore nella posizione del retrattato, sia – come appare più corretto – che la si costruisca come atto di esercizio di un diritto potestativo diretto ad ottenere la sostituzione nella posizione dell'acquirente con una pronuncia costitutiva. Nell'uno come nell'altro caso, in base alle idee sostenute in precedenza, dovrebbe essere chiaro perché si deve affermare il litisconsorzio necessario.

12.3. Le ipotesi di pregiudizialità

Vanno considerati, infine, quei casi – sempre più numerosi – nei quali la giurisprudenza del Supremo Collegio tende ad affermare la sussistenza del litisconsorzio necessario nell'ipotesi che in un giudizio fra due o più pari venga in discussione un rapporto pregiudicante rispetto a quello dedotto in giudizio o nel senso della c.d. pregiudizialità permanente o nel senso della c.d. pregiudizialità alternativa.

La prima ipotesi (64) ricorre allorché il nesso di dipendenza fra due rapporti giuridici sia permanente, nel senso che il rapporto dipendente sia esposto per tutta la sua vita alle vicende, ed in particolare agli atti di disposizione del rapporto pregiudicante: si pensi alla relazione che corre fra contratto di locazione e contratto di sublocazione ed in genere a tutte le c.d. figure di subcontratto. Ebbene, spesse volte accade che la Suprema Corte ravvisi litisconsorzio necessario della parte del rapporto pregiudicante estranea al giudizio instaurato fra le sole parti del rapporto pregiudicato. Così si è ritenuto che nella causa in cui taluno era stato convenuto in giudizio per il rilascio dell'immobile dall'acquirente dello stesso ed aveva eccepito di detenere legittimamente l'immobile in forza di una sublocazione stipulata con un conduttore, in ragione della opponibilità del contratto locativo (da quel conduttore stipulato con l'alienante) opponibile all'acquirente perché di data certa anteriore alla vendita, sussistesse litisconsorzio necessario nei confronti del conduttore-sublocatore, dovendo in primo luogo procedersi all'accertamento – anche nei confronti del predetto soggetto – dell'esistenza del contratto di locazione, dal quale dipendeva la sublocazione (65).

La seconda ipotesi, quella della pregiudizialità bilaterale (66) ricorre allorché il convenuto si difenda dall'avversa pretesa “rigettando” la propria legittimazione ed assumendo non essere lui ma un terzo il soggetto passivo della pretesa attorea, cioè del rapporto giuridico dedotto dall'attore, di modo che sotto il profilo soggettivo il rapporto dedotto dell'attore diviene alternativo ed escludente quello indicato dal convenuto e la negazione dell'uno comporta l'affermazione dell'altro e viceversa.

Ora, nel caso della pregiudizialità permanente abbiamo già avuto modo altrove di criticare l'orientamento giurisprudenziale che reputa il litisconsorzio necessario, sostenendo che non v'è affatto tale figura non solo quando si verifica che del rapporto pregiudicante le parti di quello

pregiudicato vogliono discutere incidenter tantum (cosa pienamente ammissibile), ma anche che se alcuna di esse chiede di discuterne con efficacia di giudicato può farlo senza che occorra coinvolgere la parte del rapporto pregiudicante che non è in causa, limitandosi in tal caso il giudicato alle sole parti presenti in causa. Solo se si intenda ottenere una decisione che spieghi efficacia di giudicato nei riguardi della parte del rapporto pregiudicante che non è in causa ricorrono gli estremi per l'allargamento soggettivo del processo, ma per la via o della chiamata ex art. 106 o della chiamata ex art. 107 c.p.c. Non certo, invece, ai sensi dell'art. 102 c.p.c.

Né questa soluzione (67) stride con quella diversa adottata per le ipotesi di legittimazione straordinaria, poiché lì non solo non v'è – come si notò – nesso di pregiudizialità fra rapporti, ma solo pregiudizialità rispetto alla legittimazione del sostituto, ed inoltre è costui che, prendendo l'iniziativa del processo non può che chiedere anche l'accertamento del rapporto che lo lega al sostituto.

Nell'ottica sostenuta sono da approvare quelle decisioni che nella controversia promossa dal lavoratore contro il datore di lavoro per omissioni contributive o in quella promossa dal lavoratore contro l'ente previdenziale o in quella promossa dall'ente previdenziale contro il datore di lavoro (o eventualmente in accertamento negativo dallo stesso datore di lavoro) ritengono rispettivamente accertabili incidenter tantum il rapporto previdenziale e quello di lavoro e, quindi, non reputano litisconsorti necessari rispettivamente l'ente, il datore di lavoro o il lavoratore (68). Il nesso fra il rapporto di lavoro e quello previdenziale è, infatti, pregiudiziale permanente. Semmai vi sarà spazio per possibili chiamate ex artt. 106 o 107 c.p.c.

Nell'ipotesi della c.d. pregiudizialità bilaterale, fermo che la difesa imperniata sulla sussistenza della qualità di legittimato passivo di altro soggetto e non del convenuto può restare sul piano dell'eccezione e, dunque, la questione dell'esistenza del rapporto in capo al terzo preteso legittimato può essere decisa in via del tutto incidentale, cioè come un fatto da tenere in conto per la decisione sulla domanda attorea (69), il terzo può entrare nel processo soltanto per la via dell'art. 106 o per quella dell'art. 107 c.p.c., ma mai deve entrarvi ex art. 102. Semmai, una volta evocato per dette vie in giudizio il litisconsorzio necessario si verifica quanto allo svolgimento processuale, avendosi un caso di c.d. cumulo necessario (70).

La dottrina (71) ha piena consapevolezza della tendenza della giurisprudenza ad estendere il litisconsorzio necessario ai casi di pregiudizialità di cui si è detto e non ha mancato di stigmatizzare a ragione la conseguente alterazione del principio della domanda ben al di là di quanto esige l'art. 102 che così si realizza.

Va notato, infine, che in un caso è il legislatore a prevedere espressamente il litisconsorzio necessario del titolare del rapporto pregiudicante: si tratta dell'ipotesi di cui all'art. 1012 comma secondo c.c.

(1) Così G. Costantino, Litisconsorzio (Dir. proc. civ.), in Enciclopedia Giuridica Italiana, XIX, 1, il quale non manca di sottolineare che a fenomeni analoghi alludono i corrispondenti termini in altre lingue, come lo spagnolo litisconsorzio, il tedesco Streitgenossenschaft e l'inglese joinder of parties.

(2) In questo senso L. Zanuttigh, Litisconsorzio, in Digesto (Discipline privatistiche, Sez. civ.), XI, 1994, 40.

(3) In questo senso chiaramente si vedano Costantino e Zanuttigh, opp. e luoghi citati.

(4) Si vedano ancora Costantino e Zanuttigh.

(5) Ne è parzialmente ed autorevolmente consapevole il Costantino (op. cit., p. 2), laddove addebita al secondo comma dell'art. 103 c.p.c. una confusione fra le nozioni semantiche e di diritto positivo del litisconsorzio.

(6) Costantino, Contributo allo studio del litisconsorzio necessario, 1979, Napoli, 457 e più di recente in Litisconsorzio, cit., p. 2, sulle orme di Pavanini, Il litisconsorzio nei giudizi divisorii, Padova, 1948, 54 e segg.; Zanuttigh, op. cit., p. 41.

(7) Espressamente in questo senso Costantino, Contributo, op. e loc. cit.

(8) Vedi: Costantino, Contributo, cit., pp. 45 e segg. e Litisconsorzio, cit., pp. 2-3; Tarzia, Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado, Milano, 1972, p. 5 e segg.; Civinini, Note per uno studio sul litisconsorzio "unitario", con particolare riferimento al giudizio di primo grado, in Riv. di dir. e proc. civ., 1983, 429 e segg.

(9) Alludiamo a Chiovenda e Redenti, che elaborarono all'inizio di questo secolo in scritti notissimi la teoria del litisconsorzio in una situazione in cui il c.p.c. del 1865 non regolava con norme espresse l'istituto del litisconsorzio: si vedano in proposito gli autori citati alla nota precedente. Adde Fabbrini, Litisconsorzio, in Enciclopedia del diritto, XXIV, Milano, 1974 ed ora riprodotta in Scritti giuridici, I, Milano, 1989, 266-267, testo e note (da cui citeremo in prosieguo).

(10) Per un'approfondita indagine sull'importanza delle notissime opere in cui Chiovenda e Redenti elaborarono l'idea del litisconsorzio necessario o sui limiti dell'influenza che esse ebbero sulla successiva codificazione del 1942 ed in particolare sulla enunciazione della norma dell'art. 102 c.p.c., si veda Costantino, Contributo, cit., pp. 22-111; per un bilancio più sommario si veda Zanuttigh, op. cit., pp. 41-43.

(11) Così, con indubbia efficacia riassuntiva Proto Pisani, Dell'esercizio dell'azione, in Commentario del Codice di procedura civile, diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1100. Com'è noto, tuttavia, nell'impostazione chiovendiana il litisconsorzio era ritenuto necessario nelle situazioni plurisoggettive soltanto nelle azioni costitutive, mentre non lo era nelle azioni di accertamento ed in quelle di condanna. Inoltre, le dottrine di Redenti e Chiovenda presentavano punti di divergenza in ordine al regime della sentenza pronunciata nei riguardi di soltanto alcuni litisconsorti necessari: vedi all'uopo gli autori e le opere citate alla precedente nota. Si iscrive all'orientamento tradizionale (per i cui aderenti vedi Proto Pisani, op. cit., 1101; da ultimo Tomei, Alcuni rilievi in tema di litisconsorzio necessario, in Riv. dir. proc., 1980, 669 e segg.) anche l'opinione di Fabbrini, op. cit., 266, secondo cui pur essendo il litisconsorzio necessario correlato di norma alle c.d. situazioni plurisoggettive, il suo fondamento ultimo starebbe nella regola del contraddittorio (inteso come possibilità di difesa) e non in quella della legittimazione.

(12) Vedilo riferito sempre da Proto Pisani e Zanuttigh, opp. citt.

(13) In questo senso Proto Pisani, op. cit., p. 1111; l'illustre autore successivamente ha ribadito l'assunto in altra opera: Parte, (Dir. proc. civ.), in Enciclopedia del diritto, XXXI, Milano, 1981, 927-928.

(14) Con la già citata opera Contributo allo Studio del litisconsorzio necessario. Peraltro, va qui ricordato che in una posizione mediana fra i due contrapposti orientamenti tradizionali si era già posto autorevolmente il Satta, sostenendo, attraverso un'analisi della giurisprudenza e del diritto positivo che le ipotesi di litisconsorzio andavano divise fra due grandi gruppi, l'uno concernente ipotesi nelle quali la necessità del litisconsorzio derivava dalla natura del rapporto sostanziale,

l'altro da mere ragioni di opportunità valutate dal legislatore, il primo estensibile al di fuori dei casi previsti, il secondo limitato ad essi: si veda di detto autore il Commentario al codice di procedura civile, I, Milano, 1959, 362 e segg.

(15) Le frasi virgolettate sono tratte dalla cit. opera *Litisconsorzio*, 3 dove l'illustre autore ribadisce in sintesi i più diffusi assunti svolti nell'altra opera pure cit., cioè *Contributo*, 242 e ss., 467 e ss.

(16) Ancora Costantino, op. da ult. cit., p. 247.

(17) Costantino, *Litisconsorzio*, cit., 3-4; più diffusamente in *Contributo*, cit., 476 e ss.

(18) Come non si era mancato di notare poco tempo dopo lo studio del Costantino: vedi Civinini, op. cit., 433.

(19) Dalla Zanuttigh, op. cit., 52.

(20) La tesi in questione è stata sostenuta soprattutto dal Denti (*Appunti sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 32) e dal Proto Pisani (op. cit., 1115 e segg.).

(21) Costantino, *Contributo*, cit., 215 e ss. e *Litisconsorzio*, cit., 3.

(22) Su cui vedi da ultimo Attardi, *Interesse ad agire*, in *Digesto delle dic. privatistiche (Sez. civ.)*, IX, Torino, 1993 e Sassani, *Interesse ad agire*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, I, 1989.

(23) Espressamente in questo senso Costantino, *Contributo*, cit., 364.

(24) Sulla categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse vedasi la fondamentale trattazione di Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, cui adde *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enciclopedia del dir.*, XXIX, Milano, 1979, 329 e ss.

(25) Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., 388 e ss. e *Obbligazioni, etc.*, cit., 343-345.

(26) Ancora Busnelli, *Obbligazioni etc.*, cit., 344.

(27) Vedi per l'esposizione convincente di questa tesi Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, specie 112 e ss.

(28) Su questa qualificazione della dichiarazione di voler profittare dell'accordo transattivo vedi Rubino, *Delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, Libro quarto. *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1963, sub. art. 1304.

(29) In particolare, per un'ampia esposizione in proposito rinviamo a Civinini, op. cit., 473 e ss.

(30) Così Civinini, op. cit., 480; e già Costantino, *Contributo*, cit., 263 e ss.

(31) Per tutte Cass. 18 marzo 1986, n. 1841, in *Giur. Italiana*, 1987, I, 1, 506. Sembra favorevole all'orientamento giurisprudenziale il Costantino, *Contributo*, cit. Diciamo sembra, perché questo illustre autore a p. 275 della sua opera rimanda la questione della sussistenza del litisconsorzio necessario nella rivendica esercitata dal comproprietario ad altro punto della sua opera, cioè alle pp. 343 e ss., ma ivi poi esamina solo la diversa fattispecie della rivendica esercitata contro il compossessore. Sembra, però, che egli sia d'accordo con l'orientamento giurisprudenziale, posto che esclude il litisconsorzio nell'azione di mero accertamento della comproprietà: vedi la cit. op., 284 e ss. In senso contrario all'orientamento della giurisprudenza si veda, invece, Conti, *Note critiche in tema di litisconsorzio necessario nell'azione di rivendica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, 1318-1319.

(32) Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1964, 80.

(33) In termini vedi da ultimo Menchini, op. cit., 120-121, ove ampi richiami.

(34) Così, da ultimo vedi ad es. Cass. 28 ottobre 1991, n. 11466, Rep. Foro It., 1991, voce Intervento in causa e litisconsorzio, 13.

(35) Da ultimo vedi Cass. 22 novembre 1985, n. 5770, Rep. Foro It., 1985, voce cit., 11.

(36) Sembra percepirlo anche la Civinini, op. cit., p. 480, nota 150.

(37) Vedi per tutte Cass. 26 febbraio 1986, n. 1214, Rep. Foro It., 1985, voce cit., 2.

(38) Ad esempio Cass. 11 febbraio 1987, n. 1495, Rep. Giust. civ., 1987, voce Servitù, n. 12.

(39) Ad esempio Cass. 5 dicembre 1990, n. 11693.

(40) Cass. 5 giugno 1979, n. 3175.

(41) Cass. 24 giugno 1974, n. 1910, in Rep. Foro It., 1974, voce cit., n. 13.

(42) Sulla possibilità di un acquisto della comproprietà per usucapione vedi comunque Cass. n. 1314 del 1976.

(43) Cass. 30 luglio 1982, n. 4366, Rep. Giust. Civ., 1982, voce Regolamento confine, n. 6.

(44) Cass. 8 agosto 1979, n. 4631, Rep. Giust. Civ., 1979, voce cit., n. 21.

(45) In particolare, il litisconsorzio necessario è stato affermato: 1) nel caso di azione di costituzione coattiva di servitù di passo a carico di fondo oggetto di comproprietà (Cass. 12 marzo 1984, n. 1701, in Foro It., 1984, I, 1959), ma non può dubitarsi che la soluzione valga anche per il caso che sia il fondo che pretende la costituzione della servitù ad essere in comproprietà, nonché che debba generalizzarsi anche alle altre fattispecie di servitù coattive; 2) nelle azioni di risoluzione del contratto con una pluralità di parti (Cass. 13 gennaio 1981, n. 265, in Foro It., 1981, I, 1042); 3) nel caso in cui si chieda la comunicazione forzosa del muro sul confine oggetto di comproprietà indivisa di più soggetti, perché la costituzione della comunione non può che avvenire nei riguardi di tutti i comunisti (Cass. 25 giugno 1981, n. 4132); 4) nel giudizio ex art. 2932 diretto a produrre gli effetti di un contratto concluso fra più parti (Cass. 18 marzo 1987, n. 2728, Giur. It., 1988, I, 1, 820); 5) nel giudizio ex art. 1068 c.c. diretto ad ottenere una pronuncia costitutiva di modifica del luogo di esercizio della servitù qualora il fondo servente sia in comproprietà (Cass. 7 aprile 1986, n. 2499, in Rep. Giust. Civ., 1986, voce Intervento in causa e litisconsorzio, n. 28): naturalmente la stessa affermazione secondo noi vale per l'ipotesi che la comproprietà sussista in ordine al fondo dominante.

(46) Per la verità la negazione del litisconsorzio avviene talvolta anche in relazione ad azioni di accertamento e condanna al rilascio, come quella di finita locazione o di declaratoria della legittimità del recesso per necessità (già previsto dall'art. 59 l. 392/78 per le locazioni del c.d. regime transitorio) o di declaratoria della cessazione della proroga legale (Cass. 4 febbraio 1980, n. 766, in Rep. Foro It., 1980, voce cit., 27 ha ritenuto di escludere il litisconsorzio attivo fra i comproprietari collocatori, qualora risulti che quelli che non hanno esercitato l'azione di diniego della proroga, manifestarono consenso stragiudiziale all'azione). Anche in relazione alle azioni di accertamento e condanna a nostro modo di vedere sussiste sempre il litisconsorzio necessario attivo o passivo. Un orientamento dottrinale ha tentato di giustificare la sentenza che negano il litisconsorzio necessario adducendo che la sentenza resa nei riguardi di alcuni soltanto dei coconduttori o a favore di alcuni soltanto dei collocatori sarebbe "utile" in quanto rispettivamente il rilascio del bene potrebbe realizzarsi anche con un'esecuzione inter pauciores, mentre l'azione esercitata da soltanto alcuni collocatori si spiegherebbe col fatto che la locazione, almeno infranovenale è atto di ordinaria amministrazione e, quindi, stipulabile anche da un solo comproprietario. Ma entrambi gli assunti appaiono criticabili. Il primo anzitutto con il rilievo che sia in relazione alle azioni costitutive sia in relazione alle azioni di finita locazione o di diniego

della proroga si realizza un potere di disposizione del rapporto che è inimmaginabile venga esercitato da alcuni soltanto o contro alcuni soltanto delle parti del contratto locativo, in secondo luogo, perché comunque, quando sussista una condetenzione di fatto di tutti i coconduttori la stessa obbligazione di rilascio non potrebbe che essere adempiuta con attuazione congiunta da tutti i coconduttori (e, dunque, non potrebbe trovare applicazione l'art. 1219 c.c.). In secondo luogo, il riferimento al potere del singolo comproprietario di stipulare il contratto locativo infranovennale è fuor di luogo, poiché le azioni in discorso riguardano un contratto che invece è stato stipulato da tutti i comproprietari. Solo nel caso di contratto stipulato da un solo comproprietario, data la natura personale delle azioni in questione, potrebbe affermarsi la legittimazione attiva dell'unico comproprietario che ha stipulato il contratto, ma perché gli altri sono ad esso estranei. Non mancano però chiare affermazioni della sussistenza del litisconsorzio necessario da parte del Supremo Collegio: vedi ad es. Cass. 11 dicembre 1984, n. 6504, che ritenne il litisconsorzio necessario per l'azione di risoluzione del contratto locativo stipulato da una pluralità di collocatori. Il litisconsorzio necessario va affermato anche nei riguardi dell'azione di determinazione del canone ex art. 45 l. 392/78 e ciò sia che la si ritenga costitutiva sia che la si ritenga di accertamento: contra, invece, Trib. Bologna, 13 aprile 1989, in Arch. Loc. e Cond., 1990, 79.

(47) Cass. 18 aprile 1978, in Foro It., 1978, I, 1368 con nota di G. Branca.

(48) Cass. 28 maggio 1981, n. 3315, in Rep. Foro It., 1981, voce Lavoro (rapporto), n. 2008.

(49) Così Costantino, Litisconsorzio, cit., 8. Circa l'ipotesi del retratto successorio di cui si dirà nel testo vedi Cass. 19 febbraio 1986, n. 1026 in Rep. Foro It., 1986, voce cit., 8.

(50) Sulla questione vedi Proto Pisani, Petizione di eredità e mero accertamento della qualità di erede, in nota a Cass. 6 aprile 1960, n. 796, in Foro It., 1961. Nel senso dell'esclusione del litisconsorzio necessario si veda Cass. 19 maggio 1969, n. 1730; Per la necessità del litisconsorzio vedi, invece, Cass. 3 aprile 1952, n. 965, in Foro Padano, 1952, I, 1307; Cass. 27 giugno 1969, n. 2329 e Cass. 24 aprile 1975, n. 1608: tutte le decisioni sono fondate sul presupposto che "l'azione è diretta ad ottenere una pronuncia in ordine ad un rapporto giuridico sostanzialmente unitario che ha ad oggetto l'accertamento di una qualità, quella di erede (legittimo o testamentario), che non sarebbe operante se la decisione non fosse emessa nei confronti di tutti coloro che sono interessati alla successione". Cass. 8 maggio 1971, n. 1482 sembra, invece, recepire quanto abbiamo osservato nel testo, laddove ha escluso la necessità del litisconsorzio in un caso in cui l'azione aveva avuto soltanto contenuto recuperatorio, non essendo stata né richiesta né contestata la qualità di erede. Sulla questione vedi anche Ceccherini, Petizione di eredità, in Enciclopedia del diritto, XXXIII, Milano, 623.

(51) Cass. Sez. un. civ., 3 febbraio 1989, nn. 670 e 671, in Foro It. 1989, I, 3459. Le decisioni sono annotate in senso critico da C. Brillì, *ivi*, 1990, I, 642.

(52) Dal Brillì, *op. cit.*.

(53) Cass. 2 marzo 1978, n. 1058, in Foro It., 1978, I, 2532.

(54) Sul concetto di dipendenza fra situazioni giuridiche e sulla possibilità che esso venga inteso in tre diversi modi, cioè come permanente, istantaneo o alternativo (obilaterale o negativa) vedi Luiso, Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi, Milano, 1981, 62 e ss. e Frasca, L'art. 34 c.p.c. e l'ipotesi del rapporto pregiudicante corrente fra le parti della causa principale ed un terzo, in Dir. e Giurisprudenza, 1991, 199, nota 2 nonché Rapporto pregiudicante corrente fra una delle parti della causa principale ed un terzo e preteso litisconsorzio necessario, in Foro It., 1991, I, 585 (entrambi gli scritti in nota a Cass. 6 novembre 1989, I, 585).

(55) Altri autorevolmente allude a casi di litisconsorzio necessario per il legittimato straordinario riferendosi ad ipotesi di impugnativa del rapporto da parte di chi ne sia estraneo: Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, cit. 1111.

(56) Costantino, *Litisconsorzio*, cit. 9.

(57) Costantino, op. da ult. cit., p. 10. In precedenza, più approfonditamente in *Contributo etc.*, cit., 429 e ss., specie pp. 436 e ss.

(58) Vedi ancora gli autori citati alla nota n. 54.

(59) Vedi Bianca, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 418 e ss., testo e note per ragguagli minimi.

(60) Non è forse inopportuno precisare che può darsi il caso che l'autoveicolo sia stato assicurato da un soggetto diverso da quello proprietario e che l'impresa assicuratrice abbia assunto l'obbligo assicurativo a vantaggio del proprietario (c.d. contratto a vantaggio di un terzo), impegnandosi ad assumere la lite intentata di danneggiante: in tal caso ci sembra che litisconsorte necessario sarà non solo il proprietario responsabile del danno, ma pure il terzo che ha stipulato il contratto assicurativo.

(61) Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., 1111-1112.

(62) Sulla questione vedi ampiamente Luiso, *Controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore e litisconsorzio necessario*, in nota a Trib. Firenze, 26 luglio 1984, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3412 e ss. In senso favorevole all'idea del litisconsorzio vedi Cass. 29 gennaio 1987, n. 914, in *Foro It.*, 1987, I, 1053; 20 giugno 1990, n. 6184, 17 aprile 1990, n. 3183 e 10 aprile 1990, n. 3038, tutte ivi, 1990, I, 2817. Per quel che attiene alla tematica accennata a proposito di licenziamenti collettivi, anche con riguardo all'art. 17 della l. 223/91 vedi da ultimo nel senso dell'esclusione del litisconsorzio necessario Pret. Ravenna, ord. 14 gennaio 1993, in *Foro It.*, 1993, I, 2025. Adde, a proposito di un licenziamento per riduzione del personale prima della l. 223/91, Trib. Firenze, 13 febbraio 1990, in *Toscana lavoro giur.*, 1990, 369, con nota di Barletta, in ipotesi in cui il lavoratore aveva chiesto di essere reintegrato nel posto frattanto attribuito ad altro lavoratore: la decisione ha affermato la necessità del litisconsorzio. In senso contrario alla decisione ravennate vedi Del Punta, *I licenziamenti collettivi*, in AA.VV., *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, 1993, 139 e ss. Senza poter indugiare sulla questione a noi sembra che la questione del litisconsorzio necessario possa porsi soltanto qualora il singolo lavoratore che impugni il licenziamento sostenga che al suo posto doveva essere licenziato secondo i criteri di scelta di cui all'art. 5 l. 223/91 il lavoratore Caio o Sempronio, così richiedendo l'accertamento di un determinato modo di esercizio del potere di licenziamento datoriale nei riguardi di tali lavoratori. Ove, ciò non avvenga o il licenziamento sia impugnato per motivi diversi dalla legittimità dei criteri di scelta (ad esempio per l'inosservanza delle forme), il lavoratore non ha chiesto tale accertamento e, dunque, non può ipotizzarsi il litisconsorzio necessario.

(63) Cass. 18 marzo 1987, n. 2721, in *Foro It.*, 1988, I, 1121 con nota di Piombo. Cass. 5 maggio 1990, n. 3471, in *Foro It.*, 1990, I, 3165 ha affermato il litisconsorzio necessario nel giudizio di riscatto in un caso in cui l'acquirente aveva acquistato anche a favore del coniuge che trovavasi con lui in regime di comunione dei beni: il coniuge è stato ritenuto parte necessaria.

(64) Su cui amplius, vedi Luiso, *Principio del contraddittorio*, etc., cit..

(65) Cass. 6 novembre 1989, cit. da noi criticamente annotata: vedi le nostre opp. citt. alla nota 54. Nello stesso senso Cass. 11 giugno 1991, n. 6595, in *Rep. Foro It.*, 1991, voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 21.

(66) Su cui vedi ancora le nostre citt. opp. e Fornaciari, L'intervento coatto per ordine del giudice, in Giust. civ., 1985, II, 380.

(67) Per la cui dimostrazione rimandiamo alle nostre citt. opp..

(68) Da ultimo Cass. 15 novembre 1991, n. 12248, in Rep. Foro It., 1991, voce cit., 8.

(69) Come fece Cass. 16 marzo 1984, n. 1817, in Rep. Foro It., 1984, voce cit., n. 5 in un caso in cui il conduttore convenuto per il rilascio del contratto per morosità aveva rigettato la sua legittimazione adducendo d'aver ceduto il contratto ad un terzo.

(70) Giustamente venne, dunque, criticata Cass. 4 luglio 1985, n. 4020 dal Fornaciari, In tema di chiamata su istanza di parte per comunanza di causa, in Giust. civ., 1986, I, 1957, laddove si discostò dagli esposti principi.

(71) Costantino, Litisconsorzio, cit. 9 e ss. e Zanuttigh, op. cit., 50-51.