amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 5-6/2017

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, AndryMatilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Lo stato attuale dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di opposizione di terzo nel processo amministrativo

di Massimiano Sciascia[1]

ABSTRACT:

L'opposizione di terzo ordinaria è stata, solo di recente, introdotta anche nel processo amministrativo, per effetto di Corte Cost. sent. n. 177/95, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 36 L. TAR., per contrarietà agli artt. 3 e 24 Cost.

Con l'introduzione dell'opposizione di terzo, il processo amministrativo si allinea alla disciplina del procedimento introdotta dalla L. 241/90 e compie il primo passo della, ormai, avvenuta trasformazione da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto.

Dopo l'intervento della Corte Costituzionale, ai molti problemi che erano rimasti insoluti, stante la non agevole conciliabilità di tale mezzo d'impugnazione con le peculiarità proprie del processo amministrativo, hanno posto rimedio la giurisprudenza amministrativa e il Codice del Processo Amministrativo.

[1] Avvocato, docente di Diritto amministrativo presso l'Università telematica Pegaso.

L'opposizione di terzo è il mezzo d'impugnazione concesso a soggetti che, rimasti estranei al processo, subiscono comunque gli effetti pregiudizievoli di una sentenza pronunciata *inter alios*.
L'art. 404 c.p.c. e l'art. 82 R.D. 1038/1933 consentivano di impugnare con l'opposizione di terzo le sentenze del G.O. e della Corte dei Conti. Viceversa, né la L. TAR né il T.U. Cons. Stato prevedevano tale rimedio avverso le sentenze del G.A. Si trattava di una lacuna estremamente preoccupante, perché, mentre nel processo civile la pluralità di litisconsorti necessari è ipotesi eccezionale, viceversa, nel processo amministrativo la pluralità di controinteressati è ipotesi frequente e per nulla eccezionale. Tuttavia, tale lacuna non era colmabile in via analogica, perché nel nostro ordinamento vige il principio generale della tipicità e tassatività dei mezzi di impugnazione.
La giurisprudenza vi sopperiva legittimando il controinteressato pretermesso di intervenire nell'appello da altri proposto (in armonia a quanto previsto dall'art. 344 c.p.c.), anche *iussuiudicis*, e a proporre egli stesso appello contro la sentenza di primo grado al quale era rimasto estraneo (c.d. appello del terzo). La regola giurisprudenziale risultava però inapplicabile ai controinteressati sopravvenuti o pretermessi che avessero avuto conoscenza del ricorso principale solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza; da qui la necessità di introdurre anche nel processo amministrativo l'opposizione di terzo.
L'opposizione di terzo ordinaria ([2]) è stata, solo di recente, introdotta anche nel processo amministrativo, per effetto di Corte Cost. sent. n. 177/95, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 36 L. TAR., per contrarietà agli artt. 3 e 24 Cost. Con l'introduzione dell'opposizione di terzo il processo amministrativo si allinea alla disciplina del procedimento introdotta dalla L. 241/90 e compie il primo passo della ormai avvenuta trasformazione da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto.
Sennonché, anche dopo l'intervento della Corte Costituzionale, molti problemi erano rimasti insoluti, stante la non agevole conciliabilità di tale mezzo d'impugnazione con le peculiarità proprie del processo amministrativo.
Infatti, ai sensi dell'art. 404 c.p.c., per terzo legittimato a proporre opposizione si intende colui che sia titolare di una posizione giuridica autonoma ed incompatibile rispetto a quella presa in considerazione dalla sentenza opposta. Non sarebbero quindi legittimati a proporre opposizione quei soggetti che invece vantino un interesse di mero fatto o una posizione giuridica dipendente o derivata o riflessa rispetto a quella accertata dalla sentenza opponibile. Non possono essere quindi definiti terzi, ad esempio, gli aventi causa o i creditori di una delle parti in causa (artt. 110 e 111 c.p.c.), i quali sarebbero al più legittimati ad esperire l'opposizione revocatoria, ma non quella ordinaria.
Nel diritto processuale civile sono quindi definibili terzi, legittimati ad esperire l'opposizione ordinaria, soltanto i litisconsorti necessari pre-

[2] L'opposizione ordinaria è lo strumento con cui il terzo estraneo al processo impugna una sentenza che pregiudica in modo diretto ed immediato un proprio diritto autonomo ed incompatibile con quello vantato da una delle parti del relativo processo; se il diritto discende soltanto in via indiretta o derivata da quello vantato da una delle due parti in causa, il rimedio è quello dell'opposizione revocatoria di terzo. L'opposizione di terzo ordinaria è quindi un mezzo di impugnazione **facoltativo**, che il terzo può esperire in alternativa all'azione autonoma; ma solo l'opposizione di terzo consente l'annullamento della sentenza emessa *inter alios*.

termessi e i soggetti, diversi dai creditori e dagli aventi causa delle parti, che, seppur non legittimati all'appello, siano comunque titolari di una posizione giuridica soggettiva autonoma, indipendente ma incompatibile rispetto a quella accertata dalla sentenza.

Tale nozione di terzo non può essere estesa *sic et simpliciter* al processo amministrativo, retto invece da regole del tutto peculiari e connotato da caratteristiche strutturali assolutamente eterogenee rispetto a quello civile. In primo luogo, perché, mentre il G.O. è giudice del rapporto, il G.A. è tradizionalmente il giudice dell'atto amministrativo. In secondo luogo, perché il rapporto amministrativo, con le posizioni di interesse legittimo in esso coinvolte, è un rapporto complesso caratterizzato da evidenti profili di dinamicità. Inoltre, nel diritto amministrativo i connotati di autonomia e incompatibilità tra situazioni giuridiche soggettive tende ad assumere caratteristiche del tutto peculiari, non essendo per l'interesse legittimo riscontrabili quegli strumenti di risoluzione dei conflitti tra diritti soggettivi, contemplati invece dalla legislazione civilistica (quali, ad esempio, l'art. 1153 o l'art. 2644 c.c.).

Piuttosto che la nozione di terzo, in ambito pubblicistico occorre prendere in considerazione il concetto di controinteressato. Tali sono coloro che vantano un interesse giuridicamente rilevante alla conservazione o alla mancata adozione dell'atto amministrativo impugnato e confliggente con quello del ricorrente principale. Ad almeno uno di loro, ove agevolmente identificabili sulla base dell'atto amministrativo impugnato, va notificato, a pena di inammissibilità, il ricorso introduttivo del giudizio. Deve trattarsi di un interesse diretto, qualificato, differenziato e giuridicamente rilevante. Non sono quindi controinteressati i soggetti portatori di un mero interesse di fatto, ossia giuridicamente non tutelato, o del tutto indiretto o occasionale. Affinché possano essere definiti destinatari del ricorso introduttivo, è necessario che il loro controinteresse sia attuale, ossia sussistente al momento dell'adozione dell'atto amministrativo oggetto di impugnazione (cfr. Cons. Stato., Ad. Plen., sent. 9/96).

La giurisprudenza amministrativa ha però nel corso degli anni ulteriormente ampliato la categoria dei controinteressati, includendovi anche soggetti che, pur non essendo litisconsorti necessari, risultino comunque portatori di un interesse giuridicamente rilevante alla conservazione o alla non adozione dell'atto amministrativo impugnato. Tali sono, in particolare, i c.d. controinteressati sopravvenuti, cioè quelli il cui interesse sia sorto solo successivamente all'adozione dell'atto amministrativo impugnato o dopo l'instaurazione del giudizio, quali ad esempio i beneficiari di un vantaggio derivante da un atto consequenziale a quello impugnato; oppure i controinteressati occulti, cioè quelli non agevolmente individuabili alla stregua dell'atto impugnato.

Sulla base di tali considerazioni, Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 11 gennaio 2007, n. 2 ha affermato che legittimati ad esperire l'opposizione di terzo sono: i controinteressati pretermessi, i controinteressati sopravvenuti, i controinteressati non agevolmente identificabili (occulti), nonché, più in generale, tutti coloro che risultino titolari di una situazione giuridica autonoma ed incompatibile con quella vantata dal ricorrente vittorioso ed oggetto della sentenza opposta. Non sono legittimati a proporre opposizione di terzo i controinteressati di mero fatto, stante l'irrilevanza giuridica del loro interesse, e i portatori di un interesse meramente occasionale, indiretto o riflesso rispetto a quello di una delle parti in causa.

A differenza dei controinteressati pretermessi, quelli occulti o sopravvenuti non sono litisconsorti necessari del processo amministrativo. Sic-

ché, il regime processuale dell'opposizione di terzo nel processo amministrativo deve essere diversamente modulato, a seconda che si tratti di controinteressati formali pretermessi o di altri controinteressati sostanziali ma non contemplati nell'atto o sorti successivamente alla sentenza o alla sua esecuzione. Nel caso di controinteressati formali pretermessi, è sufficiente allegare il vizio di omessa integrazione del contraddittorio, per ottenere l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice di primo grado; negli altri due casi, invece, non basta allegare il pregiudizio subito dalla non integrità del contraddittorio, ma occorre anche dimostrare l'erroneità della sentenza, nel qual caso l'opposizione di terzo si configura come un giudizio di revisione della precedente decisione, senza rinvio al primo giudice. Mentre i controinteressati pretermessi possono proporre opposizione di terzo limitandosi ad allegare il mancato rispetto del contraddittorio (ciò che basta per rendere la sentenza impugnata inopponibile nei loro confronti), viceversa, non essendo il ricorrente tenuto ad impugnare anche gli atti presupponenti o consequenziali rispetto a quello impugnato, l'opposizione di terzo presentata dai controinteressati occulti o sopravvenuti può essere accolta soltanto se costoro dimostrino di essere titolari di una posizione giuridica soggettiva autonoma ed incompatibile con quella del ricorrente. Ne consegue, pertanto, che, mentre l'opposizione di terzo presentata dai controinteressati pretermessi, in quanto litisconsorti necessari, può essere accolta ogniqualvolta sia riscontrabile la non integrità del contraddittorio, quella presentata dai controinteressati occulti o sopravvenuti, in quanto non litisconsorti necessari, devono anche dimostrare di essere titolari di una posizione giuridica antitetica rispetto a quella del ricorrente, affinché la loro opposizione possa essere accolta. In altri termini, mentre il litisconsorte pretermesso mira esclusivamente ad ottenere l'annullamento della sentenza opposta e la conseguente rinnovazione del giudizio, gli altri controinteressati occulti, sopravvenuti o che comunque vantino una posizione giuridica antitetica a quella del ricorrente principale, mirano invece ad ottenere il riconoscimento di una pretesa in conflitto con quella accertata nella sentenza impugnata, denunciandone per tale ragione l'ingiustizia, con la conseguenza che la loro opposizione dovrà essere dal G.A. dichiarata inammissibile ove i motivi allegati si presentino del tutto generici o indeterminati. Questi ultimi sono cioè, a differenza dei litisconsorti pretermessi, tenuti ad allegare la titolarità di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo autonomo, la cui tutela si presenti incompatibile con le statuizioni contenute nella sentenza resa in un giudizio cui egli non ha preso parte. E tale situazione si verifica ogniqualvolta, l'ordinamento riconosca agli opponenti poteri e facoltà il cui esercizio entri in insanabile conflitto con il contemporaneo esercizio delle prerogative che la sentenza riconosce ad una delle parti del giudizio. Ciò significa anche che, mentre nei confronti dei litisconsorti necessari pretermessi la sentenza che accoglie l'opposizione produce un effetto soltanto rescindente, quella che invece decide sull'opposizione presentata dagli altri controinteressati produce anche un effetto rescissorio, posto che all'annullamento della precedente sentenza segue l'emanazione di una nuova sentenza in cui il giudice riconosce la totale o parziale fondatezza della contropretesa fatta valere da costoro. Sicché, se l'opposizione ad una sentenza di secondo grado è proposto da un controinteressato formale pretermesso, il Consiglio di Stato deve annullare la sentenza con rinvio al giudice di primo grado, applicando analogicamente l'art. 105 c.p.c., in quanto l'opposizione si fonda su un errore procedurale, dato proprio dalla pretermissione del controinteressato; se

invece l'opposizione è stata proposta dal controinteressato sostanziale sopravvenuto o occulto, il Consiglio di Stato decide definitivamente la controversia senza rinvio, in quanto il terzo lamenta non un errore procedurale, ma l'ingiustizia sostanziale della sentenza.

Inoltre, se nel processo civile l'opposizione di terzo è mezzo di impugnazione facoltativo, in quanto il terzo è comunque legittimato ad agire alternativamente in via autonoma, viceversa, tale facoltatività non è riscontrabile nel processo amministrativo, dove invece il processo verte, di regola, sulla legittimità dell'atto impugnato che, comunque, viene annullato con una sentenza di tipo costitutivo: l'annullamento dell'atto illegittimo da parte della sentenza amministrativa non può che avvenire *erga omnes*, ossia nei confronti anche dei controinteressati. Ne consegue che il giudicato amministrativo di annullamento non consente ai controinteressati di agire in via autonoma contro il medesimo provvedimento, ormai definitivamente caducato. Costoro possono reagire soltanto impugnando la sentenza; l'opposizione di terzo nel processo amministrativo è pertanto mezzo di impugnazione necessario, non facoltativo.

L'attuale art. 108 c.p.a. non si è discostato da tale consolidata impostazione.

Tuttavia, l'art. 108 c.p.a. non è in grado di risolvere tutti i problemi emersi, a seguito dell'intervento di Corte Cost. 177/95, sotto il vigore della precedente disciplina.

L'art. 404 c.p.c. consente infatti di esperire l'opposizione di terzo revocatoria in ogni tempo. Nel processo amministrativo, secondo la giurisprudenza, occorre allora distinguere: se il terzo controinteressato vanta una posizione di diritto soggettivo perfetto, trovando applicazione l'art. 102 c.p.c., l'esperibilità dell'opposizione di terzo non è assoggettata ad alcun termine di decadenza (salvi comunque gli effetti della prescrizione); viceversa, se vanta una posizione di interesse legittimo, l'opposizione di terzo è assoggettata ai termini di decadenza previsti per l'impugnazione delle sentenze (se autoesecutive) o dei successivi atti amministrativi (nel caso in cui l'attuazione del giudicato richieda una riedizione del potere amministrativo); in quest'ultimo caso, il termine decorre comunque dal giorno della piena e legale conoscenza della sentenza; ma si dubita dell'estensibilità analogica di termini di decadenza. Gli artt. 108 e 109 c.p.a. restano tuttora silenti sul punto, perpetuando il problema.

Particolarmente delicata era anche la questione del giudice competente, innanzi al quale proporre l'opposizione di terzo. In particolare, il problema atteneva ai difficilmente decifrabili rapporti tra l'opposizione di terzo e l'appello. In linea generale, l'opposizione di terzo va proposta innanzi al giudice che ha emanato la sentenza oggetto di impugnazione: e pertanto, le opposizioni proposte dal terzo avverso le sentenze di primo grado, andrebbero proposte innanzi al TAR che l'ha pronunciata; innanzi al Consiglio di Stato, quelle avverso le sentenze di secondo grado. Può quindi accadere che la medesima sentenza venga appellata innanzi al Consiglio di Stato e opposta dal terzo innanzi al TAR. Lo stesso problema poteva porsi nel caso in cui il terzo avesse proposto opposizione quando era ancora pendente il termine per proporre appello.

In passato, un primo orientamento giurisprudenziale aveva sostenuto la possibilità che l'opposizione potesse pendere simultaneamente all'appello, potendosi al più sospendere ex art. 295 c.p.c. una delle due impugnazione in attesa della decisione sull'altra, qualora tra i motivi formulati con l'una e quelli formulati con l'altra fosse ravvisabile un rapporto di pregiudizialità o quantomeno di connessione. Un secondo orientamento aveva invece ritenuto che, in

pendenza dei termini per appellare, l'opposizione di terzo andasse, per il principio di concentrazione dei mezzi di impugnazione, nelle forme dell'appello (c.d. appello del terzo); va invece proposta innanzi al TAR soltanto ove siano spirati i termini per appellare.

L'art. 109 c.p.a. è intervenuto sulla questione, ribadendo il principio generale secondo cui dell'opposizione di terzo conosce il giudice che ha emanato la sentenza oggetto di impugnazione. Ma a tale regola generale ha previsto un'eccezione, stabilendo che, se la sentenza di primo grado viene appellata, il terzo può proporre opposizione soltanto intervenendo in appello; se invece l'opposizione di terzo è già stata proposta innanzi al giudice di primo grado (perché l'appello non era ancora stato proposto o comunque il terzo non era a conoscenza della sua proposizione), questo la dichiara improcedibile e, se l'opponente non vi ha ancora provveduto, fissa un termine entro cui il terzo è tenuto ad intervenire nel giudizio di appello.

Altra questione atteneva al profilo oggettivo di tale mezzo di impugnazione. Mentre nel processo amministrativo la Corte Costituzionale aveva limitato l'esperibilità dell'opposizione di terzo soltanto alle sentenze passate in giudicato, nel processo civile l'art. 404 c.p.c. la estende invece anche alle sentenze non passate in giudicato, purché esecutive. La discrasia ha iniziato a destare perplessità dopo che l'art. 10 L. 205/2000 ha reso provvisoriamente esecutive anche le sentenze dei TAR in primo grado. Si è affermato, allora, che la Corte Costituzionale ha voluto consentire di impugnare con l'opposizione di terzo soltanto le sentenze passate in giudicato onde evitare tutti i problemi che, in sede civile([3]), sono emersi a proposito dei rapporti con l'appello. In altri termini, la Consulta ha recepito e fatto proprio il pregresso orientamento della giurisprudenza amministrativa che ammetteva la possibilità per il terzo controinteressato di proporre l'appello o l'intervento *ad opponendum*. Di diverso avviso si è però dimostrata una parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato che, al fine di omogeneizzare il più possibile il regime dell'opposizione di terzo nel processo amministrativo a quella del processo civile, ha ritenuto impugnabili con tale rimedio anche le sentenze del TAR provvisoriamente esecutive. Ma si è obiettato che, a parte la dubbia compatibilità con il principio di tipicità e tassatività dei mezzi di impugnazione, tale orientamento pone il problema del possibile concorso tra l'opposizione proposta dal terzo e l'appello presentato da una delle parti del processo di primo grado. La soluzione più accreditata era quella che risolveva il problema secondo il principio di prevenzione (fondato cioè sulla priorità del rimedio proposto): se l'appello è già stato proposto, il terzo può intervenire ex art. 344 c.p.c.; altrimenti, può proporre opposizione avverso la sentenza di primo grado esecutiva ma non passata in giudicato, innanzi allo stesso TAR che l'ha pronunciata.

Anche tale problema è stato oggi definitivamente risolto dall'art. 108 c.p.a. L'introduzione di una disciplina positiva di tale mezzo di impugnazione ha comportato il superamento definitivo di quell'indirizzo giurisprudenziale che, elaborato prima che la Corte Cost. 177/95 intervenisse a colmare parzialmente la lacuna normativa, ammetteva la proponibilità dell'appello anche da parte del terzo controinteressato che non avesse preso parte al giudizio di primo grado. Ai sensi dell'attuale art. 108

[3] In sede civile, il problema del concorso tra appello ed opposizione di terzo è stato dalla dottrina risolto prospettando due possibili soluzioni: la prima propone la sospensione ex art. 295 c.p.c. dell'opposizione in attesa della definizione dell'appello; la seconda, la riunione ex art. 335 c.p.c. delle impugnazioni innanzi al giudice d'appello, in deroga a quanto previsto dall'art. 405 c.p.c.

c.p.a., l'appello proposto da chi è legittimato a proporre opposizione di terzo, sia ordinaria che revocatoria, va ritenuto inammissibile. Inoltre, il rischio della pretermissione di terzi controinteressati è stato dal legislatore notevolmente attenuato attraverso l'espressa introduzione dell'intervento *iussuiudicis* (art. 28[3]c.p.a.).

Limitandosi ad introdurre soltanto l'opposizione ordinaria, la sentenza della Corte Costituzionale aveva lasciato insoluto il problema dell'ammissibilità di quella revocatoria. Stante il principio di tipicità e tassatività dei mezzi di impugnazione, l'opposizione di terzo revocatoria doveva ritenersi inammissibile. Pur essendo *ictu oculi* costituzionalmente illegittima, tale lacuna non poteva essere colmata con un'interpretazione analogica della sentenza 177/95. Anche a tale lacuna ha posto rimedio l'art. 108 c.p.a.

Il cointeressato non può proporre opposizione di terzo, in quanto ciò comporterebbe l'elusione del termine di decadenza per l'impugnazione del provvedimento amministrativo; ove sia già incorso nella decadenza, può soltanto presentare intervento *ad adiuvandum* nel giudizio di primo grado o in appello, ma senza poter proporre ricorso incidentale.

Problematica è l'esperibilità dell'opposizione di terzo contro le sentenze di annullamento di atti generali o regolamentari: trattandosi di atti destinati ad una platea indifferenziata ed indeterminata di soggetti, vi è il rischio che con l'opposizione di terzo venga perennemente rimessa in discussione l'intangibilità del giudicato; pertanto, Cons. Stato Ad. Plen. sent. n. 2/96 la escluse, facendo leva sull'impossibilità per il giudice, in presenza di un atto generale o regolamentare, di verificare in che termini l'accoglimento del ricorso sia in grado di pregiudicare i terzi. Ma in senso contrario, parte della dottrina ha osservato che anche rispetto a tali atti sono individuabili dei controinteressati: questi vanno infatti individuati non con riferimento all'atto generale o regolamentare, bensì con riferimento all'utilità sostanziale cui il ricorrente, con l'impugnazione, aspira e agli effetti immediatamente pregiudizievoli che alcuni terzi possono subire per effetto dell'annullamento dell'atto generale o regolamentare.

Altra questione è quella dell'impugnabilità con l'opposizione di terzo delle sentenze emesse dal giudice dell'ottemperanza. La soluzione del quesito dipende dalla natura giuridica, cognitoria ovvero esecutiva, che si intende riconoscere al giudizio di ottemperanza. Se si afferma che si tratta di un processo meramente esecutivo, allora lo strumento di reazione da riconoscere al terzo è l'opposizione all'esecuzione ai sensi degli art. 619 c.p.c. Se si condivide invece l'orientamento prevalente, che riconosce all'ottemperanza natura mista, ossia di processo esecutivo ad effetti cognitori, ove il G.A. si sostituisce alla P.A. inottemperante, specificando la portata e gli effetti del giudicato e dando disposizioni sulle migliori modalità di attuazione, allora l'esperibilità dell'opposizione di terzo non può essere negata. Sulla questione è intervenuta Cons. Stato, sez. V, sent. 28 settembre 2011, n. 5391, che si è occupata del caso in cui il terzo controinteressato sopravvenuto abbia subìto una lesione non dalla sentenza resa a seguito di un giudizio al quale non ha preso parte, bensì a seguito dell'atto che, successivamente al giudicato, in sede di ottemperanza sia stato emanato dal commissario *ad acta* per dare esecuzione al giudicato stesso: ci si è chiesti se l'atto emanato dal commissario *ad acta*, in attuazione di un giudicato reso a seguito di un processo al quale il terzo controinteressato sopravvenuto non ha preso parte, debba essere dal terzo controinteressato stesso impugnato innanzi al giudice dell'ottemperanza ovvero attraverso l'esperimento del rimedio

dell'opposizione di terzo in un separato ed autonomo giudizio di legittimità. Ci si è chiesti cioè se l'opposizione di terzo possa essere esperita anche innanzi al giudice dell'ottemperanza, qualora il terzo controinteressato sopravvenuto abbia ricevuto pregiudizio non dalla sentenza in sé, quanto piuttosto dalla sua successiva e scorretta attuazione da parte del commissario *ad acta*. Al quesito il Consiglio di Stato ha risposto osservando come l'art. 114[6]c.p.a. devolve al giudice dell'ottemperanza tutte le questioni attinenti alla corretta attuazione del giudicato, ivi comprese quelle inerenti agli atti emanati dal commissario *ad acta* in esecuzione di esso. Osserva altresì che, ai sensi dell'art. 21 c.p.a., il commissario *ad acta* non rappresenta l'organo della P.A. al quale si sostituisce, ma opera in qualità di ausiliario del giudice dell'ottemperanza. Da tali indici normativi ne desume che il giudice dell'ottemperanza è competente a conoscere di tutte le controversie concernenti l'esecuzione del giudicato, comprese quelle aventi ad oggetto l'impugnazione proposta dal terzo controinteressato sopravvenuto avverso gli atti emanati dal commissario *ad acta* che, appunto, è organo non amministrativo, ma ausiliario del giudice e, perciò, i suoi atti partecipano della medesima natura giurisdizionale di quelli del giudice dell'ottemperanza. Del resto, si osserva altresì come una soluzione diversa condurrebbe all'illogica attribuzione a due giudici diversi di questioni identiche, a seconda che l'impugnazione dell'atto commissariale venga proposta dal terzo ovvero da una delle parti in causa. La devoluzione di tali controversie al giudice dell'ottemperanza non è contrastata neppure dal principio del doppio grado di giurisdizione (art. 125 Cost.), posto che tale principio non preclude al legislatore di devolvere una controversia alla competenza del Consiglio di Stato in unico grado, ma impone soltanto l'appellabilità delle sentenze dei TAR.

Del collegio che decide sull'opposizione di terzo possono far parte anche gli stessi magistrati che hanno pronunciato la sentenza opposta (Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 25 marzo 2009, n. 2).

Il concorso tra l'appello e l'opposizione di terzo è disciplinato oggi dall'art. 109[2]c.p.a., ai sensi del quale, se la sentenza è stata già da altri appellata, il terzo può soltanto intervenire nel giudizio di appello già pendente; se invece l'opposizione di terzo è già stata proposta al giudice di primo grado, questo la dichiara improcedibile e, se l'opponente non vi ha ancora provveduto, fissa un termine per l'intervento nel giudizio di appello. In altri termini, la proposizione dell'appello è sempre destinata ad assorbire e a prevalere sull'opposizione di terzo.

Tale soluzione suscita però un triplice ordine di interrogativi.

In primo luogo, ci si chiede se l'impugnazione debba ritenersi pendente con la sola notificazione ovvero con il successivo deposito del ricorso. La soluzione preferibile pare essere quella che fa coincidere la pendenza dell'impugnazione con il momento del successivo deposito del ricorso: non essendo infatti egli stato parte del giudizio di primo grado, difficilmente l'opponente sarà destinatario della notifica dell'appello; egli può venire a conoscenza della pendenza dell'appello solo per effetto del deposito dell'atto di impugnazione presso la segreteria del Consiglio di Stato.

In secondo luogo, ci si chiede come debba essere sanzionata la violazione della regola espressa dall'art. 109[2]c.p.a. Ci si chiede cioè cosa accade se l'opposizione non venga riunita all'appello e le due impugnazione procedano separatamente dando luogo a due giudicati contrastanti. La soluzione preferibile sembra essere quella che, salva l'applicazione del rimedio di cui all'art.

395 n. 5) c.p.c., debba trovare applicazione la regola della prevalenza del giudicato successivo su quello anteriore.

Mentre l'appello prevale sempre sull'opposizione di terzo, viceversa, l'opposizione di terzo si ritiene prevalga sempre sulla revocazione, in quanto la seconda, a differenza della prima, è un mezzo di impugnazione a critica vincolata; sicché, l'opposizione di terzo va sempre giudicata per prima, in quanto idonea a far venir meno, ove accolta, l'interesse ad impugnare per la seconda.

Nel giudizio di opposizione possono essere richieste misure cautelari (art. 98 c.p.a.).

 ISSN 2036-7821