

GIUDICE UNICO E GIUDICE COLLEGIALE

Relatore:

prof. Giuseppe OLIVIERI
ordinario di diritto processuale civile
nell'Università di Napoli

1. – La nuova disciplina del processo prevede, per tutte le controversie in materia civile di competenza del tribunale (art. 9 c.p.c.), la possibilità di decisione collegiale ovvero quella di decisione in persona del giudice istruttore o del giudice dell'esecuzione in funzione di giudice unico con tutti i poteri del collegio.

Questo aspetto della riforma (assolutamente innovativo rispetto al sistema previgente) non costituisce però una novità assoluta per il nostro ordinamento, essendo stata introdotta (anche se poté operare per pochissimo tempo) con la legge 19 dicembre 1912, n. 1311, il cui regolamento di attuazione (r.d. 27 agosto 1913, n. 1015) fu opera di Ludovico Mortara. L'innovazione ora attuata fu inoltre prevista nei numerosi progetti di riforma della legislazione processuale civile elaborati dalla seconda metà del secolo scorso alla codificazione del 1940 [TRISORIO LIUZZI, in *Provvedimenti urgenti per il processo civile a cura di Tarzia e Cipriani*, Padova, 1992, 443 ss.] e ancora successivamente.

Come sappiamo, la possibilità che anche per le controversie di competenza del tribunale la decisione possa essere resa da un giudice monocratico è stata realizzata attraverso la modifica dell'art. 48 ord. giud. (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), il quale – ma su ciò dovrà tornare fra poco – ha previsto in linea generale la decisione a opera del giudice unico, riservando al collegio ipotesi esplicitamente individuate.

Nella Relazione Acone-Lipari alla riforma del 1990 [relazione della 2° commissione permanente (Giustizia), 4] è detto esplicitamente che l'innovazione era prodromica all'istituzione di un unico giudice monocratico di prima istanza, non realizzabile immediatamente, sicché sembrò “ragionevole sopportare, nel breve periodo, il costo di una sostanziale duplicazione di uffici giudiziari (pretore e giudice monocratico di tribunale) con espressa riserva di procedere a una loro fusione”.

In realtà l'istituzione di un giudice unico (monocratico) di primo grado trova fondamento nelle idee di alcuni settori della dottrina [DENTI, *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, 309 ss.], che ritenevano questo il modo per realizzare un processo orale, immediato e semplice [NELA, in *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 847], e forse, in una prospettiva più strettamente politica (non va dimenticato che negli anni 70 fu molto vivo il dibattito sul giudice elettivo), nell'art. 106, 2° comma, Cost., a norma del quale “La legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli”. Questa scelta, nei limiti accennati, è diventata legge nonostante le critiche mosse da altri settori della dottrina [VERDE, *Foro it.*, 1989, V, 253 s s.].

In realtà, almeno così ritengo, la soluzione accolta certamente trova giustificazione non nelle ragioni acceleratorie del processo (è noto che il lungo intervallo fra l'udienza di precisazione delle conclusioni e l'udienza collegiale dipende esclusivamente dalle esigenze di lavoro dell'istruttore che dovrà redigere la sentenza), né nell'indimostrata affermazione della mera apparenza della collegialità, ma soltanto nell'esigenza di porsi quale “ponte” verso l'unico giudice monocratico di primo grado.

Sta di fatto che, in virtù della riforma dell'art. 48 ord. giud. si è rinunciato, per gran parte delle cause, al valore della collegialità, valore che – come vedremo fra poco – è ancora visto come tale dallo stesso legislatore, in funzione di un cammino (verso il giudice unico) che non sarà certo né breve, né praticabile per ogni controversia.

2. – La completa devoluzione di tutte le controversie appartenenti alla competenza del tribunale a un giudice unico avrebbe comportato da un lato la necessità di procedere all'immane fatica di coordinare la riforma non solo alle norme del codice di rito che prevedono la trattazione collegiale della causa, ma anche a tutte le leggi speciali che fanno riferimento esplicito o implicito al collegio e dall'altro l'abolizione della collegialità in ipotesi in cui il sacrificio di questo valore appariva non giustificato. Questo spiega perché il legislatore della riforma si è trovato nella necessità di prevedere la contemporanea presenza di cause a trattazione monocratica e cause a trattazione collegiale (in realtà la formula normativa, che sembra individuare la distinzione soltanto per la decisione non appare, per quanto dirò in seguito, un modello di precisione).

Come sappiamo, il problema ora posto è stato risolto prevedendo una generalità di situazioni a trattazione monocratica e casi individuati a trattazione collegiale. Ho volutamente adoperato, per indicare la linea distintiva fra le due serie di casi, un'espressione generica, giacché quesito non secondario, né irrilevante, è quello volto a stabilire se l'art. 48 ord. giud. abbia voluto prevedere o meno una regola (trattazione monocratica) e delle eccezioni (trattazione collegiale).

Tutto ciò detto, non mi sembra superfluo richiamare il testo dell'art. 48 ord. giud., il quale prevede che il tribunale operi, col numero invariabile di tre votanti e salve le disposizioni relative alle sezioni specializzate:

- 1) nei giudizi di appello;
- 2) nei giudizi nei quali è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero;
- 3) nei giudizi devoluti alle sezioni specializzate;
- 4) nei procedimenti in camera di consiglio;
- 5) nei giudizi di opposizione, impugnazione, revocazione e in quelli conseguenti a dichiarazioni tardive di crediti di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, al decreto-legge 30 gennaio 1979, n. 26, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 aprile 1979, n. 95, e alle altre leggi speciali disciplinanti la liquidazione coatta amministrativa;
- 6) nei giudizi di omologazione del concordato fallimentare e del concordato preventivo;
- 7) nei giudizi di responsabilità da chiunque promossi contro gli organi amministrativi e di controllo, i direttori generali e i liquidatori e in ogni altra controversia avente per oggetto rapporti sociali nelle società, nelle mutue assicuratrici e società cooperative, nelle associazioni in partecipazione e nei consorzi;
- 8) nei giudizi di cui agli articoli 784 e seguenti del codice di procedura civile;
- 9) nei giudizi di cui alla legge 13 aprile 1988, n. 117.

È importante subito rilevare che questa precisa elencazione ha valore abrogativo di tutte quelle norme che, in ordine a controversie non previste dall'art. 48 ord. giud., facciano comunque riferimento al collegio (a es. in tema di verifica di scrittura privata).

Senza (per ora) soffermarci sui singoli casi, una prima riflessione – a conferma di quanto già osservato – si impone. Tutte le situazioni indicate dall'art. 48 ord. giud. possono comprendersi in due grandi categorie, separando le ipotesi in cui la collegialità appare ispirata a ragioni di tecnica processuale (e in particolare a quelle di coordinamento con la disciplina già esistente: a es., artt. 784 ss. c.p.c.) da quelle in cui la scelta dipenda da esigenze di tutela (il valore della collegialità: a es. la legge 117/1988 e i giudizi di responsabilità nei confronti di organi societari). Quest'ultimo profilo dimostra appunto che lo stesso legislatore ha ritenuto ancora di attribuire un valore alla collegialità.

Ancora in via per così dire preliminare osserverei che la previsione della trattazione monocratica anziché collegiale di una controversia rientra nelle valutazioni discrezionali riservate al legislatore ordinario, così che non vi è spazio per un sindacato da parte del Giudice delle leggi.

A parte l'ovvio rilievo dell'assenza di garanzia costituzionale per la collegialità, nella scelta monocratica non è ravvisabile un possibile contrasto con il diritto alla tutela giurisdizionale (assicurata davanti a un giudice); con il principio di eguaglianza (visto che i giudici, tutti egualmente soggetti alla legge, si distinguono fra loro "soltanto per diversità di funzioni" [art. 107, 3° comma, Cost.]); con quello di "ragionevolezza" (considerato che la scelta di cui ci occupiamo ha lo scopo di distribuire le controversie in modo da garantire l'effettività della tutela giurisdizionale). Diverse potrebbero essere le conclusioni quanto al mancato inserimento tra i casi a trattazione collegiale di situazioni assolutamente eguali a quelle contemplate dalla norma; qui però la conclusione, in punto di possibile sindacato di legittimità costituzionale delle scelte (passate e future), presuppone risolto il problema relativo alla natura eccezionale o meno dell'art. 48 c.p.c. nella parte in cui individua le controversie devolute al collegio.

Allora, passando all'esame di questo aspetto, direi che le norme che deferiscono ben individuate controversie all'esame del collegio non hanno natura eccezionale. Premesso che una norma può dirsi eccezionale quando si ponga come deroga a un principio generale o come restrizione rispetto ad altra regola di contenuto più ampio [MODUGNO, Norme singolari, speciali, eccezionali, in Enc. dir., XXVIII, Milano, 1978, 517 ss.], nessuno di questi caratteri appare rinvenibile nell'art. 48 ord. giud., nonostante la contraria affermazione contenuta nella Relazione Acone-Lipari.

Certamente, non essendo stato sancito il principio della monocraticità del giudice unico di primo grado, l'articolo considerato non deroga ad alcuna norma generale. Neppure può poi ritenersi che la trattazione collegiale costituisca eccezione rispetto a una regola di contenuto più ampio, giacché, come si è rilevato, la rilevanza statistica delle ipotesi di collegialità certo non appare ridotta e indubbiamente non può essere vista come restrizione rispetto a una regola più diffusa. Infatti "soprattutto attraverso la previsione della collegialità per i procedimenti in camera di consiglio e per i giudizi con la partecipazione del P.M. si è conferito all'area della riserva un'estensione ampia, nonostante tali giudizi non rivestissero, sempre e comunque, un rilievo sociale particolare" [NELA, op. cit., 859].

Del resto; la natura non eccezionale dell'art. 48 ord. giud. appare condivisa da tutta la dottrina, la quale – ancorché non lo abbia sempre esplicitamente affermato – non ha mai escluso la possibilità di un'interpretazione estensiva, se non analogica, della norma in esame.

Da quanto ora detto consegue che, di fronte a casi di trattazione collegiale non contemplati dall'art. 48 ord. giud., non vi è spazio per una rimessione alla Corte Costituzionale, dovendo il problema essere affrontato e risolto dall'interpretazione del giudice ordinario. Non è però possibile ignorare che comunque, come risulta dall'ultimo comma dell'art. 48 ord. giud., vi sia una preferenza del legislatore verso la soluzione monocratica: ciò – sul piano interpretativo – impone al giudice, sebbene non siano precluse soluzioni estensive o analogiche, di procedere, prima di ritenere devolute al collegio controversie non esplicitamente previste, a un'accurata verifica delle esigenze "oggettive, sistematiche, logiche ed equitative" di tale soluzione e, "in caso di dubbio", di affermare "la competenza del giudice monocratico" [VERDE, in Verde-Di Nanni, Codice di procedura civile, Torino 1993, 531].

Operate queste precisazioni, il successivo discorso si articolerà sui seguenti punti a) individuazione delle controversie devolute al collegio; b) esame della disciplina concernente i rapporti fra giudice unico e giudice collegiale; c) conseguenze della previsione del giudice unico sulla normativa procedimentale, restata ancorata alla divisione giudice istruttore-collegio.

3. – La ripartizione delle controversie fra giudice unico e collegio non opera in alcun modo per quei giudizi, quali l'opposizione alla stima dell'indennità di esproprio (art. 19 l. 22 ottobre 1971, n. 865) o in materia di antitrust (art. 33, 2° comma, l. 10 ottobre 1990, n. 287), per i quali sia stabilita la competenza della Corte d'Appello quale giudice di primo e unico grado. Mi pare decisiva l'osservazione secondo cui "continua per un verso a rimanere ferma la distinzione fra giudice istruttore e collegio (e ciò in quanto l'art. 350 novellato regola appunto la trattazione del giudizio in

grado d'appello e non del giudizio innanzi alla corte d'appello); per altro verso la decisione è sempre collegiale, in quanto la legge di riforma ha modificato l'art. 48 dell'ordinamento giudiziario (che disciplina la composizione del tribunale) e non anche l'art. 56 (che disciplina la composizione della Corte d'Appello, stabilendo che essa giudica col numero invariabile di tre votanti)" [LUISO, in CONSOLO-LUIISO-SASSANI, op. cit., 580 s.].

Tra le controversie di competenza del tribunale sono sottoposte al collegio (passando dalle situazioni più agevoli a quelle meno semplici e senza esaminare analiticamente le fattispecie contemplate dall'art. 48 ord. giud.), per espressa previsione normativa, tutti i procedimenti in camera di consiglio.

Le situazioni rientranti in questa generale previsione (peraltro da molti criticata, perché ha riservato alla trattazione collegiale anche controversie per le quali – alla stregua della riforma – la collegialità appare eccessiva) sono di comoda individuazione. Poiché i casi di trattazione camerale, costituendo eccezione rispetto alla generale cognizione disciplinata dal libro II del codice di procedura civile, debbono essere tutti esplicitamente previsti, è da ritenere che non possano sorgere dubbi in ordine alle controversie rientranti in questa previsione. Infatti, proprio la circostanza che il reclamo sui provvedimenti cautelari debba essere deciso "in camera di consiglio", non ha fatto sorgere dubbi sulla collegialità di tale procedimento.

In questa categoria rientrano pure, non essendo stata prevista alcuna deroga in riferimento a quanto stabilito in materia fallimentare dal n. 5, tutti quei procedimenti che, nell'ambito delle procedure concorsuali, debbano essere decisi in camera di consiglio (a es. la dichiarazione di fallimento).

Altrettanto spedita, attesa la precisa descrizione normativa, appare l'individuazione del giudice collegiale nei giudizi (di scioglimento di comunioni) di cui agli artt. 784 e seguenti del codice di procedura civile e nei giudizi (tutti, comunque previsti) di cui alla legge 13 aprile 1988, n. 117 o in quelli di omologazione del concordato fallimentare e del concordato preventivo.

Analogamente, per i giudizi nei quali è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero, non possono sorgere dubbi, essendo la loro previsione ricavabile dall'art. 70 c.p.c.; in questa categoria vanno incluse anche le azioni promosse dal P.M. ex art. 69 c.p.c., considerato che esse sono inserite tra i casi di intervento obbligatorio (art. 70, n. 1, c.p.c.). Invece, attesa la previsione normativa, e considerato che lo stesso legislatore ha posto su piani diversi le controversie in cui è obbligatorio l'intervento del P.M. da quelle in cui tale partecipazione è meramente discrezionale (il che significa che non ricorrono quelle esigenze logiche, equitative ecc. di estensione in via interpretativa dell'art. 48 ord. giud.), sarei incline a ritenere che non debba esservi trattazione collegiale quando il P.M. sia intervenuto esercitando il potere discrezionale concessogli dall'art. 70 ult. comma, c.p.c. In altre parole, la trattazione collegiale non consegue al semplice fatto della partecipazione del P. M. al giudizio, ma solo alla sua obbligatorietà.

Per effetto della previsione ora esaminata rientra nella trattazione collegiale il giudizio sulla querela di falso, sia in via principale che in via incidentale. In riferimento a quest'ultima possibilità va detto che, a norma dell'art. 274 bis, 3° comma, c.p.c., la querela di falso proposta in via incidentale nell'ambito di un processo devoluto al giudice monocratico fa sorgere un'ipotesi di connessione in virtù della quale tutte le controversie vanno rimesse al collegio. Supererei per questa ipotesi le perplessità avanzate da parte della dottrina sulla base della controversa natura della querela [BALENA, La riforma del processo di cognizione, Napoli, 1994, 325 s.]; osservando che appare più coerente con il principio di economia processuale assicurare comunque in questi casi l'unitaria trattazione. Non va però dimenticato che, naturalmente, l'indicata connessione non si rinviene quando l'istruttore – utilizzando il potere concessogli dall'art. 225, 2° comma, c.p.c. – abbia rimesso al collegio la decisione separata sulla querela [BALENA, Op. cit., 326].

Non rientra nelle attribuzioni collegiali invece il giudizio di verifica della scrittura privata (in cui, come è noto, non vi è obbligatorio intervento del P.M.). Sarei contrario a ritenere possibile l'estensione in via interpretativa della collegialità a tale procedimento, attesa la diversa rilevanza che assume il giudizio sulle falsità denunciabili con la querela (che può comportare interventi su un

atto pubblico) da quella che ha per oggetto unicamente la autenticità della sottoscrizione (non autenticata o riconosciuta).

Altra ipotesi dell'art. 48 ord. giud., che già ha dato luogo a contrasti interpretativi, è quella relativa ai giudizi di appello. Se è pacifico che rientrano in tale categoria gli appelli di competenza del tribunale (avverso le sentenze del pretore e del giudice di pace), il contrasto si è manifestato in ordine ad altre impugnazioni (opposizione di terzo, revocazione) o comunque a giudizi di natura impugnatoria (opposizione a decreto ingiuntivo, opposizione tardiva alla convalida di sfratto).

Non è invece più attuale il problema (anch'esso agitato in dottrina) circa la trattazione collegiale o meno delle impugnazioni (per nullità, revocazione od opposizione di terzo) dei lodi arbitrali. Per tali impugnazioni infatti gli artt. 828, 1° comma e 831, 4° comma (come modificati dalla l. 5-1-1994, n. 25) prevedono ora la competenza esclusiva della "corte d'appello nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato".

Per quanto concerne la revocazione e l'opposizione di terzo che, come sappiamo, a norma degli artt. 398, 1° comma e 405, 1° comma, c.p.c. vanno proposte "allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata" sarei incline a ritenerle fuori della previsione dell'art. 48 ord. giud. In conseguenza, condividendo quanto affermato dalla dottrina prevalente, la loro cognizione apparterrà al giudice unico o al collegio secondo che la sentenza impugnata sia stata pronunciata dal giudice unico di tribunale o dal collegio [così TARZIA, Lineamenti del nuovo processo di cognizione, Milano, 1991, 51; TRISORIO LIUZZI, op. cit., 453; LUISO, in Consolo-Luiso-Sassani, La riforma del processo civile, Milano, 1991, 580; contra, ATTARDI, Le nuove disposizioni sul processo civile, Padova, 1991, 18].

A tale conclusione mi induce non solo e non tanto la formulazione letterale dell'art. 48, n. 1, ord. giud. (giudizi in grado di appello) quanto la diversa natura – rispetto al gravame – dei mezzi d'impugnazione qui esaminati (il che esclude ogni possibile interpretazione estensiva). A differenza dell'appello, gravame a critica libera, che comporta un nuovo giudizio sulla materia già esaminata dal giudice di primo o comunque una valutazione della sentenza di primo grado per motivi intrinseci alla stessa, l'opposizione di terzo e la revocazione, mezzi d'impugnazione a critica limitata, comportano l'esame di motivi di invalidità della sentenza impugnata manifestatisi non risultanti oggettivamente (revocazione) o soggettivamente (opposizione di terzo) nel giudizio già svolto o comunque dalla sentenza. Del resto, proprio la diversità di natura ora illustrata ha portato a escludere per la revocazione e l'opposizione di terzo (a differenza dell'appello) l'esistenza di qualsiasi incompatibilità a rendere la nuova pronuncia da parte dello stesso giudice che rese la sentenza impugnata.

Analoghe conclusioni, quanto all'inapplicabilità dell'art. 48, n. 1, ord. giud., debbono essere raggiunte in ordine al giudizio di rinvio. In questa ipotesi, considerato che il rinvio segue normalmente la cassazione di una sentenza d'appello, la necessità della prosecuzione del giudizio in tale grado comporta che la sua trattazione dovrà essere collegiale. Ciò però non è sempre vero: quando la causa – a norma dell'art. 383, ult. comma, c.p.c. – dovrà essere rimessa al giudice di primo grado dovrà tenersi conto se questo giudice era un organo monocratico o un organo collegiale.

Resta ora da affrontare il quesito relativo ai giudizi, come l'opposizione a decreto ingiuntivo e l'opposizione tardiva alla convalida di sfratto, che pur non costituendo mezzi d'impugnazione posseggono certamente natura di rimedio avverso precedenti provvedimenti giurisdizionali.

A mio avviso, il problema non si pone neppure – in quanto fuori dell'area operativa dell'art. 48 ord. giud. – per l'opposizione dopo la convalida. In questo caso, infatti, per la fase a cognizione sommaria, opera l'art. 668, 3° comma, c.p.c. e per quella a cognizione piena l'art. 447 bis, c.p.c., sicché il giudice competente non può essere che il pretore.

Per il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo emesso dal presidente del tribunale mi sembra, con la prevalente dottrina [TRISORIO LIUZZI, Op. cit., 453; contra, ATTARDI, Op. cit., 19], che la cognizione spetti al collegio o al giudice unico secondo quanto prevede per la relativa

controversia l'art. 48 ord. giud. In realtà la sua natura mista, di gravame (del decreto) e di giudizio a cognizione ordinaria (in ordine all'esistenza del credito) induce a escludere ogni assimilazione ai giudizi in grado d'appello.

Sicuramente, le fattispecie più complesse da inquadrare nell'ambito della ripartizione della cognizione fra giudice istruttore e collegio riguardano la materia fallimentare, per la quale il legislatore (nel selezionare i casi attribuiti al collegio) non ha operato un generico rinvio, ma ha esplicitamente previsto i giudizi di opposizione, impugnazioni, revocazione e in quelli conseguenti a dichiarazioni tardive di crediti...

Una prima soluzione al problema è offerta dall'ultimo comma dell'art. 48 ord. giud., in virtù del quale – perché possa operare la ripartizione – è sempre necessario che vi sia un giudice istruttore (o un giudice dell'esecuzione).

Restano pertanto assegnate al collegio (oltre, come detto, a quelle camerale) le controversie in materia fallimentare (e soprattutto parafallimentare) per le quali la legge preveda il rito del lavoro: fra le più importanti, si possono ricordare le azioni revocatorie ex art. 67 L.F. esperite dal commissario di società posta in amministrazione straordinaria ovvero dal commissario liquidatore di società fiduciaria o di società fiduciaria e di revisione di cui alla l. 23 novembre 1939, n. 1966, posta in liquidazione coatta amministrativa, ovvero ancora dal commissario di enti che hanno per oggetto la gestione fiduciaria di beni conferiti dai terzi, autorizzati ai sensi dell'art. 45 d.p.r. 13 febbraio 1959, n. 449, posti in liquidazione coatta amministrativa [per un'indicazione più completa, rinvio a TRISOZIO LIUZZI, op. cit., 458].

Per quanto poi concerne l'individuazione, in positivo, delle controversie fallimentari devolute al giudice collegiale – nell'impossibilità di un esame più completo, che richiederebbe una specifica trattazione – mi fermerei sulle ipotesi di meno netta collocazione, per il cui esame considererei quelle soluzioni che, pur conservando un certo tasso di problematicità, appaiono più agevoli.

Così direi che vi è un generale consenso – valorizzando il riferimento alle opposizioni contenuto nel n. 5 dell'art. 48 ord. giud. – circa l'applicazione della collegialità a tutti i procedimenti che nella legge fallimentare assumono tale natura, primi fra tutti i giudizi di opposizione alla dichiarazione di fallimento e al piano di riparto dichiarato esecutivo.

Il caso più controverso riguarda le azioni revocatorie ex art. 67

L.F. (e per quelle esperite dal commissario liquidatore ex art. 203).

Si è infatti sostenuto che nell'ampia dizione normativa debbano essere compresi “tutti i giudizi volti alla dichiarazione di inefficacia, rispetto ai creditori, di atti compiuti dal debitore anteriormente alla dichiarazione di fallimento o di altra procedura concorsuale liquidatoria (artt. 64, 65, 66 L.F.)”, e le azioni revocatorie fallimentari (art. 67

L.F.), “sia perché anche tali azioni sono volte alla ‘impugnazione’ di atti del debitore poi fallito (o sottoposto ad altra procedura concorsuale liquidatoria) sia perché il termine ‘revocazione’, per indicare l'effetto dell'accoglimento dell'azione, è espressamente impiegato dalla legge (cfr. art. 70, 2° comma, e la rubrica dell'art. 71 L.F.)” [TARZIA, op. cit., 48].

In senso contrario, vale dire per la trattazione monocratica delle revocatorie fallimentari, si è fatto notare: a) dando valore alla formulazione letterale del n. 5 dell'art. 48 ord. giud., che “esse non rientrano tanto nella previsione del n. 5, atteso che non sono giudizi di opposizione, di impugnazione o di revocazione di un provvedimento giudiziale, tanto nella previsione del n. 4, in quanto si tratta di procedimenti che si svolgono nelle forme del processo ordinario di cognizione e non in camera di consiglio” [TRISORIO LIUZZI, op. cit., 456; NELA, op. cit., 857]; b) sul piano sistematico, che “le azioni revocatorie sono diverse dalle ‘revocazioni’ e sono decise dal tribunale fallimentare per ragioni di mera attrazione ex art. 24 e non perché l'istruzione delle cause rientri nella competenza funzionale del giudice delegato” [VERDE, in VERDE-DI NANNI, op. cit., 537]; c) che, operando per la scelta collegiale, verrebbero assoggettate a diverso trattamento situazioni identiche, giacché l'azione revocatoria ordinaria sarebbe sempre decisa dall'istruttore [ATTARDI, op. cit., 15].

Quest'ultimo orientamento risulta preferibile, visto che – di fronte alla chiara indicazione testuale – non vi è alcuna ragione logica, equitativa o più semplicemente di opportunità per affidare tali giudizi in primo grado al collegio.

Infine, per chiudere (ma non per esaurire) il discorso delle ipotesi di riserva di collegialità, bisogna ricordare che restano affidate al collegio – come già detto – tutte le controversie assoggettate al rito del lavoro (per le quali non vi è la nomina dell'istruttore) e quelle di competenza delle sezioni specializzate (agrarie, tribunale per i minorenni, competenti a decidere le impugnazioni avverso le delibere del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti).

4. – Un breve cenno meritano, alla luce dell'ultimo comma dell'art. 48 ord. giud., le situazioni in cui la causa debba essere decisa dal giudice dell'esecuzione in funzione di giudice unico. Il problema, naturalmente, si presenta nell'espropriazione immobiliare, unico caso in cui il tribunale svolge funzioni di giudice dell'esecuzione (art. 16, 2° comma, c.p.c.), e sempre che la causa debba essere da esso decisa a norma dell'art. 617 c.p.c., ovvero perché lo stesso organo debba provvedere all'istruzione e decisione (artt. 616, 619, 3° comma, 512, 1° comma, c.p.c.).

Riterrei che, qualora al g. e. sia proposta opposizione agli atti esecutivi, la decisione non possa che essere resa dal giudice unico, non rientrando tale azione in quelle di competenza del collegio. Altrettanto mi sembra dover affermare, almeno in linea di massima, per l'opposizione di terzo all'esecuzione, considerato che questo procedimento ha natura di giudizio di accertamento della proprietà o di altro diritto reale sui beni pignorati e che per tali azioni l'art. 48 ord. giud. non prevede alcuna riserva di collegialità.

Più articolata appare la risposta in ordine alle opposizioni di cui agli artt. 615 e 512 c.p.c..

Se l'opposizione all'esecuzione ha per oggetto la contestazione, anche sotto il profilo di un'avvenuta successione attiva o passiva, del diritto del creditore di procedere, la collegialità o meno della trattazione deve essere ricavata dalla previsione concernente l'azione relativa al diritto indicato nel titolo (giudiziale); in tutte le altre ipotesi (a es. inesistenza del titolo) la controversia appare sempre devoluta al giudice monocratico.

Allo stesso modo, per il caso delle controversie di cui all'art. 512 c.p.c., occorre considerare il tipo di azione concretamente esperita. Se la domanda ha a oggetto il piano di distribuzione, non avrei dubbi sulla trattazione monocratica; invece, se si debba accertare il diritto di un creditore intervenuto (senza titolo), occorrerà far capo all'art. 48 ord. giud. in relazione alla situazione giuridica da accertare.

In conclusione, anche per le controversie devolute al giudice dell'esecuzione, dal punto di vista statistico, la soluzione monocratica appare vincente.

5. – Il problema dell'individuazione del giudice (unico o collegiale) che debba decidere si è posto anche in caso di contestata inefficacia della misura cautelare.

Secondo l'art. 669 novies, 2° comma, c.p.c. “in caso di contestazione, l'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il provvedimento cautelare decide con sentenza provvisoriamente esecutiva, salva la possibilità di emanare in corso di causa i provvedimenti di cui all'articolo 669 decies”. Occorre poi ricordare che questo giudice ha anche il potere di dare “le disposizioni necessarie per ripristinare la situazione precedente”.

Naturalmente la norma non si applica quando l'inefficacia sia dichiarata nella sentenza del giudice italiano (civile o penale) che abbia rigettato la domanda di merito o il mancato versamento della cauzione. Pertanto, il problema qui considerato consegue al mancato o intempestivo inizio del giudizio di merito; alla sua estinzione; alla mancata proposizione della domanda di esecutorietà della sentenza straniera o del lodo arbitrale entro i termini di decadenza; alla pronuncia di sentenza straniera o di lodo arbitrale sfavorevole al destinatario della misura; quando, infine, il giudice italiano (civile o penale), rigettando la domanda, abbia ommesso di provvedere sull'inefficacia

[MERLIN, in TARZIA-CIPRIANI (a cura di), *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, cit., 358].

Perché si debba procedere all'esatta individuazione (fra giudice unico o collegio) dell'ufficio giudiziario che debba pronunciarsi sull'inefficacia occorre poi che si discuta su di una misura cautelare emanata ante causam o in pendenza del giudizio di merito in riferimento a cause di competenza del tribunale. Ancora, il profilo esaminato potrebbe assumere rilievo anche nei casi in cui il provvedimento sia stato emesso in sede di reclamo avverso l'ordinanza di rigetto pronunciata ante causam.

Per quest'ultimo aspetto occorrerebbe però aderire alla tesi secondo cui, quando la misura sia stata concessa ante causam e prima dell'inizio della causa di merito, "il giudice del reclamo è un vero e proprio giudice della cautela e in quanto tale titolare di tutti i poteri già in capo al primo giudice" [ARIETA, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, in *Giur. cost.*, 1994, 2059]. Devo avvertire, segnalando che non intendo qui prendere partito sulla questione, che l'opinione non è pacifica.

Secondo parte della dottrina [ATTARDI, *Op. cit.*, 247] l'espressione ufficio giudiziario avrebbe appunto devoluto alla composizione collegiale del tribunale le controversie sull'inefficacia della misura cautelare, operando con ciò un ampliamento delle previsioni dell'art. 48 ord. giud. Altri autori [MONTESANO-ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, 143] hanno invece ritenuto che tali procedimenti debbano seguire le regole stabilite per il merito: in conseguenza, deciderà il collegio o meno alla luce delle previsioni dell'art. 48 ord. giud..

In realtà, considerando che nel caso in esame il giudice non deve procedere ad alcun controllo sulla misura cautelare (e perciò il merito non viene in esame), dovendo soltanto stabilire, emanando poi le eventuali disposizioni di ripristino, se si sia verificata una delle fattispecie di inefficacia della misura cautelare in base all'art. 669 novies c.p.c. (o ad altra norma che parimenti preveda l'inefficacia della cautela) mi sembra doversi concludere che il giudizio non possa che essere attribuito al giudice unico [MERLIN, *Op. cit.*, 359, nota 116]. Proprio perché, come si è detto, il giudizio di inefficacia della misura cautelare non comporta alcuna valutazione sul merito della causa in funzione della quale era stata concessa la cautela, ritengo che le attribuzioni del giudice unico operino anche nel caso di provvedimento cautelare emesso dal collegio (anche in grado d'appello o nelle cause di competenza di sezione specializzata).

E infatti, tenuto conto dell'art. 48 ord. giud., non vi è alcuna ragione, tecnica, logica ed equitativa per procedere all'ampliamento interpretativo delle ipotesi di collegialità.

Quanto all'espressione testuale ufficio giudiziario essa ha, a mio avviso, il senso di ribadire da un lato che lo stesso giudice vada inteso come organo e non come persona fisica e dall'altro che, potendo anche essere in corso un giudizio di merito, il giudice dell'inefficacia non debba necessariamente identificarsi in quest'ultimo.

Si è infatti osservato che la distinzione giudice che ha emanato la misura e ufficio giudiziario "è probabilmente dovuta a un difetto di coordinamento, risalendo a una formulazione predisposta quando ancora non si pensava a una generalizzata soppressione della collegialità in primo grado, così che era opportuno, in relazione al processo-tipo quale è quello che si svolge dinanzi al tribunale, distinguere tra giudice e ufficio. Oggi, essendo venuta meno la collegialità in primo grado, la distinzione non ha alcun rilievo pratico, salvo le ipotesi in cui la misura cautelare sia stata emessa da un magistrato appositamente designato dall'organo dirigente" [VERDE, in VERDE-DI NANNI, *Op. cit.*, 495].

6. – Il legislatore ha esplicitamente (anche se non compiutamente) disciplinato il caso in cui il giudice unico o il collegio – nel momento della decisione – ravvisino l'impossibilità di decidere la causa in virtù dell'art. 48 ord. giud.

Prima di esaminare la norma occorre mettere in rilievo che in primo grado l'errore sulla individuazione del giudice (monocratico o meno) non produce alcuna conseguenza sull'attività già

svolta: essa conserva piena validità e pertanto restano ferme anche tutte le preclusioni eventualmente maturate.

Secondo l'art. 274 bis, 2° comma, c.p.c. "il giudice istruttore ... provvede ai sensi degli artt. 187, 188 e 189".

La norma presuppone, essendo la causa riservata dal G.I. per la decisione, che siano state già precisate le conclusioni e scambiate comparse ed eventuali repliche; può addirittura accadere – in seguito a richiesta delle parti – che sia stata tenuta l'udienza di discussione orale.

Il caso esaminato prevede che il giudice unico debba con ordinanza (che evidentemente sarà comunicata alle parti costituite) fissare una nuova udienza davanti a sé. In questa udienza dovrà invitare le parti a precisare nuovamente le conclusioni a norma degli artt. 187, 1°, 2° e 3° comma, c.p.c. e poi rimettere la causa al collegio. Da questa udienza decorrerà il termine previsto dall'art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle eventuali repliche.

Non sempre la situazione sarà così semplice. In particolare potrà accadere – soprattutto quando la causa fosse stata riservata per la decisione a seguito di una questione di competenza, o altra pregiudiziale di rito o di merito (a norma dell'art. 187, 2° e 3° comma, c.p.c.) – che il giudice non ritenga più opportuno investire immediatamente il collegio e che, in conseguenza la causa non sia ancora matura per la decisione. L'applicazione dell'art. 188 c.p.c. consente ancora l'esercizio di attività istruttorie, anche se occorre tener conto delle preclusioni eventualmente maturate.

Infatti, se la precisazione delle conclusioni era stata ordinata al termine della prima udienza di trattazione, senza che il giudice avesse concesso il termine di cui all'art. 184 c.p.c., l'art. 188 c.p.c. gli consente (e direi lo obbliga), per il necessario svolgimento dell'attività istruttoria, a concedere detto termine. Qualora invece fosse già maturata la preclusione istruttoria, una nuova attività di questo tipo sarà possibile solo se il giudice riterrà di utilizzare il potere di rimessione in termini di concessogli dall'art. 184 bis c.p.c..

Ritengo poi che sul problema esaminato non operi alcuna influenza il fatto che nel procedimento sia intervenuta una sentenza non definitiva a opera del giudice monocratico. Anche se passata in giudicato (senza contenere una decisione esplicita sulla questione di cui all'art. 48 ord. giud.) non la riterrei ostativa al ripensamento del giudice istruttore sull'esistenza del potere decisorio, non potendosi – a mio avviso – ritenere formato il giudicato implicito [contra TARZIA, op. cit., 179]. È poi appena il caso di osservare che la questione decisa con sentenza non definitiva dal giudice monocratico non potrà essere riesaminata dal collegio (che è lo stesso giudice di primo grado, in diversa composizione), ma solo in sede di appello.

Infine poiché l'art. 274 bis c.p.c., nel concedere al collegio il potere di rimettere le parti davanti al giudice unico non distingue se tale valutazione avvenga, per così dire, in prima battuta o a seguito di ripensamento, si deve ritenere che il collegio non sarà mai vincolato dal provvedimento del giudice unico e potrà pertanto rimettergli la causa.

L'art. 274 bis, 1° comma, c.p.c. prevede poi il caso reciproco del collegio che, quando ritenga di non poter decidere la causa perché fuori delle proprie attribuzioni, deve rimetterla "con ordinanza non impugnabile" al giudice istruttore, il quale provvederà "ai sensi dell'art. 190 bis".

Va osservato che la norma si applica non soltanto quando il collegio sia investito della decisione, ma anche quando sia chiamato a esercitare poteri non decisori che però presuppongono la trattazione collegiale (decisione sulle questioni relative all'ammissibilità del giuramento decisorio ecc.; sospensione del processo, ove si acceda alla tesi che riserva tale potere al collegio; la questione si pone in termini diversi per il giuramento suppletorio: v. infra J 9). In queste ipotesi la rimessione al giudice istruttore, sempre con ordinanza non revocabile, avverrà per la decisione su tali questioni. Ciò premesso, se il collegio – investito per la decisione – ritenga trattarsi di una causa a trattazione monocratica, rimetterà le parti davanti all'istruttore per un'udienza fissata dallo stesso collegio (del quale, non si dimentichi, fa parte anche il giudice istruttore), con l'indicazione che in tale udienza si dovrà provvedere a norma dell'art. 190 bis. Senza bisogno di ulteriori provvedimenti (o, peggio, di

nuove udienze) il giudice, che non dovrà far precisare di nuovo le conclusioni, disporrà lo scambio di comparse.

Non vi è bisogno di nuove conclusioni perché – a differenza di quanto ritenuto per la situazione opposta – il giudice unico non potrà “restituire” la causa al collegio. La rimessione al giudice istruttore, infatti, avviene con ordinanza non impugnabile, vale a dire non revocabile per l'intero procedimento dallo stesso giudice che l'ha pronunciata (si ricordi che, per espressa statuizione, giudice unico e collegio integrano lo stesso giudice, sia pure in diversa costituzione). È appena il caso di osservare che, operando sempre con ordinanza non impugnabile, il giudice istruttore è tenuto a decidere la controversia anche quando il collegio gliel'abbia restituita non in sede di decisione, ma a seguito dell'investitura per la risoluzione delle questioni sopra considerate (giuramento, sospensione ecc.) che non comportano esercizio dei poteri decisori.

7. – Una volta ripartite le controversie di competenza del tribunale fra giudice unico e collegio, la natura dei rapporti tra i due organi è stata risolta (dall'ultimo comma dell'art. 274 bis) inquadrando il vizio conseguente alla violazione dell'art. 48 ord. giud. nella categoria dei vizi di costituzione del giudice.

Senza affrontare il problema dell'esattezza teorica di tale scelta, direi che la soluzione era obbligata, giacché l'alternativa (considerando i due organi giudici diversi) avrebbe comportato il sorgere di una questione di competenza, con le note e collegate ricadute in tema di impugnabilità e di sospensione dei giudizi.

Dal punto di vista applicativo, pertanto, la violazione dell'art. 48 ord. giud. dà luogo a una nullità assoluta, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, deducibile soltanto nei limiti e secondo le regole proprie dei mezzi d'impugnazione e perciò (non operando la regola dell'art. 161, 2° comma. c.p.c.) sanata con la formazione del giudicato.

Altra conseguenza della soluzione prescelta è che il rilievo in grado d'appello (o in Cassazione) della violazione dell'art. 48 ord. giud. non potrà mai comportare rimessione (o rinvio) al giudice di primo grado a norma dell'art. 354 (o 383, 3° comma) c.p.c., perché – come è noto – il vizio di costituzione del giudice non rientra nelle fattispecie che possono dar luogo alla rimessione.

In conseguenza, se il vizio è rilevato in secondo grado, il giudice d'appello, pur dichiarando la nullità della sentenza di primo grado, dovrà comunque pronunciare nel merito: in pratica la violazione dell'art. 48 ord. giud. non produrrà conseguenze sul procedimento. Se invece l'indicata violazione è rilevata (ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c.) in Cassazione, la corte sarà tenuta ad applicare l'art. 383, 1° comma, c.p.c.: ciò imporrà – di regola – il rinvio a un giudice di secondo grado.

8. – Per un'elementare esigenza di assicurare il simultaneus processus, l'art. 274 bis, 3° comma, c.p.c. prevede che “in caso di connessione tra cause attribuite al collegio e cause attribuite al giudice istruttore in funzione di giudice unico, questi ne ordina la riunione e, all'esito dell'istruttoria, le rimette, ai sensi dell'art. 189, al collegio, il quale si pronuncia su tutte le domande ...”. La decisione unitaria potrà essere esclusa quando “sia disposta la separazione ai sensi dell'art. 279, secondo comma, numero 5”. Il presupposto applicativo della norma è costituito pertanto dalla connessione fra cause pendenti in un unico procedimento davanti allo stesso giudice (inteso come ufficio giudiziario, che evidentemente non può essere che il tribunale).

La connessione rilevante per l'applicazione dell'art. 274 bis c.p.c. è in primo luogo quella che abbia dato luogo alla riunione dei procedimenti davanti allo stesso tribunale. Nessun dubbio (e infatti su ciò vi è assoluta concordia di opinioni), attesa la ratio dell'art. 274 bis c.p.c., che la norma operi anche quando le più cause, anziché essere proposte separatamente (e poi riunite), siano state fin dall'inizio proposte in un unico procedimento (in virtù dell'art. 103 o 104 c.p.c.), ovvero siano state introdotte in un processo già pendente (a norma degli artt. 105, 106 e 107 c.p.c.). Attesa l'irrelevanza, ai fini qui considerati, delle ragioni di connessione, la norma va applicata anche

quando la pendenza di più cause davanti allo stesso Tribunale è conseguenza di una deroga alla competenza (artt. 31-36 c.p.c.). Neppure è richiesto che le domande connesse siano state proposte contro la stessa parte, operando l'art. 274 bis c.p.c. anche in caso di connessione dovuta alla proposizione di una domanda riconvenzionale [TARZIA, Op. cit., 183].

Nella connessione rilevante ai sensi dell'art. 274 bis c.p.c. rientrano allora: a) la connessione per l'oggetto o il titolo (nel cui ambito vanno inserite la continenza e le ipotesi di cui agli artt. 31-36 c.p.c.); b) la connessione per pregiudizialità-dipendenza fra rapporti sostanziali; c) la connessione per incompatibilità e per alternatività; d) la connessione per identità di petitum e di causa petendi; e) la connessione oggettiva impropria (quando "la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni": art. 103, 1° comma, c.p.c.); f) la connessione meramente soggettiva (quando siano proposte contro la stessa parte "nel medesimo processo più domande anche non altrimenti connesse": art. 104, 1° comma, c.p.c.).

Come anticipato, l'art. 274 bis c.p.c. consente al collegio – pur in presenza dell'indicata connessione – la separazione dei procedimenti quando "valendosi della facoltà di cui agli artt. 103, 2° comma e 104, 2° comma, decide solo alcune delle cause fino a quel momento riunite, e con distinti provvedimenti dispone la separazione delle altre cause e l'ulteriore istruzione riguardo alle medesime, ovvero la rimessione al giudice inferiore delle cause di sua competenza" (art. 279, n. 5, c.p.c.).

Per tale parte della norma occorre innanzitutto stabilire se il potere di separazione possa essere esercitato nei soli casi di cumulo facoltativo, ovvero anche in quello di cumulo necessario. A favore dell'ultima soluzione potrebbe infatti addursi che, costituendo giudice unico e collegio uno stesso giudice, non ci troveremmo di fronte a una vera e propria separazione delle cause. Se però consideriamo che l'inapplicabilità del principio di separazione al cumulo necessario risponda nell'esigenza di evitare giudicati contraddittori e poiché tale pericolo potrebbe manifestarsi anche quando la decisione su una causa sia resa dal collegio e quella sulle altre dal giudice unico, dobbiamo ritenere l'impossibilità di separazione nei casi di cumulo necessario.

In virtù dell'art. 274 bis c.p.c. pertanto, se il collegio riterrà che una sola fra le cause cumulate è matura per decisione e che per essa il potere decisorio gli appartiene, mentre per le altre questo spetta al giudice unico, pronuncerà sentenza e, con separata ordinanza (non impugnabile), rimetterà le cause non mature al giudice unico per l'ulteriore istruzione e per la decisione.

A mio avviso però questa ipotesi è destinata a verificarsi con frequenza di gran lunga inferiore a quanto può accadere per le cause alle quali non si applichi la riforma del 1990.

Infatti, il potere del collegio di rimettere le cause in istruttoria (perché ritenute non mature) dovrà fare i conti con le preclusioni istruttorie: esso perciò potrà esercitarsi soltanto quando tali preclusioni non operino sulle cause riunite (si pensi a cause rimesse al collegio al termine della prima udienza di trattazione per la decisione su una questione di giurisdizione e il collegio dichiari il difetto di giurisdizione soltanto sulla causa rientrante nelle proprie attribuzioni). Se, invece, le preclusioni istruttorie si sono prodotte per tutte le cause, mancherà il presupposto applicativo della separazione, essendo tutte le cause in condizione di essere decise (con l'applicazione della regola dell'onere della prova).

In relazione alla norma esaminata, la dottrina ha posto due particolari problemi: il primo può verificarsi, quando proposte in unico processo più cause, anche non connesse, contro la stessa parte, alcune rientrino nelle attribuzioni del giudice unico e altre in quelle del giudice collegiale; il secondo quando, in cause connesse, il collegio ritenga matura soltanto quella attribuita al giudice unico.

La soluzione prospettata, quanto al primo caso, è stata nel senso di far decidere all'istruttore la causa a lui spettante e di far operare la rimessione al collegio per le altre [TRISORIO LIUZZI, Op. cit., 147] e, quanto al secondo caso, nel senso che il collegio debba pronunciare la separazione delle cause e rimettere al Giudice Istruttore la causa matura, per i provvedimenti dell'art. 190 bis c.p.c., e le altre (soltanto) per la prosecuzione dell'istruzione [TARZIA, Op. cit., 184].

Anche se le opinioni ora indicate appaiono coerenti col dato normativo, giacché si fondano sull'applicazione dell'art. 48 ord. giud., riterrei possibile (e preferibile) una soluzione diversa.

Quanto al primo dei due casi considerati, se si ritiene che la proposizione di più domande non altrimenti connesse contro una stessa parte (connessione soggettiva) giustifichi il procedimento unitario, non v'è ragione, come del resto affermato in precedenza, per escludere l'applicabilità dell'art. 274 bis c.p.c. (che appunto deroga all'art. 48 ord. giud.). Dimostrata (spero) la praticabilità della trattazione unitaria, non può negarsi che, sul piano della celerità e della concentrazione dei giudizi, sia preferibile la soluzione che attribuisca al collegio il potere decisorio su tutte le domande, evitandosi in tal modo che in unico procedimento intervenga più di una sentenza.

Anche in riferimento alla seconda ipotesi riterrei che le esigenze di celerità e di concentrazione (che poi sono i valori posti a base della riforma) sconsiglino una rimessione di una causa già matura al giudice unico (con conseguente dispendio di tempo e attività).

A mio avviso pertanto il collegio, investito dal G.I. per la decisione di più cause riunite (delle quali almeno una esclusa dalle attribuzioni del giudice singolo), sebbene rilevi che la causa matura per la decisione sia fuori, a norma dell'art. 48 ord. giud., dalle proprie attribuzioni non può rimetterla al giudice unico, ma deve deciderla.

In conseguenza, ai sensi dell'art. 277, 2° comma, c.p.c., il collegio pronuncerà sentenza non definitiva sulla causa matura e, senza procedere alla separazione, disporrà la prosecuzione dell'istruttoria in ordine alle altre domande. Questa soluzione, che ha il vantaggio di evitare il "doppio viaggio" della causa dal Giudice Istruttore al collegio (che può comportare un allungamento non trascurabile dei tempi processuali, occorrendo che l'istruttore trovi un nuovo spazio per una decisione), mi sembra percorribile in quanto l'art. 277, 2° comma, c.p.c. prevede che uno stesso giudice abbia il potere di decidere su tutte le domande cumulate: l'alternativa giudice unico-collegio non è fra due giudici diversi, ma fra due composizioni dello stesso giudice.

In altre parole, l'art. 274 bis c.p.c., proprio perché non modifica in alcun modo la competenza, attribuisce al collegio il potere di decidere le cause cumulate (o una di esse) indipendentemente dall'esistenza del relativo potere su ciascuna di esse.

9. – Il problema dell'individuazione del giudice (unico o collegiale) che dovrà decidere la controversia non tocca le parti e viene in rilievo normalmente soltanto al momento in cui siano state precisate le conclusioni ai sensi di uno dei primi tre commi dell'art. 187 c.p.c.. Per tale aspetto, è appena il caso di osservare che, quando una causa sia attribuita al collegio in funzione della domanda (ad es. i nn. 5, 6, 7, 8 e 9 dell'art. 48 ord. giud.), il potere di quest'organo comprende anche quello di emanare le sentenze, definitive o non definitive, relative alle questioni (di giurisdizione, competenza, pregiudiziali di rito e preliminari di merito) collegate alla domanda.

Precisate le conclusioni, infatti, il giudice istruttore dovrà stabilire, alla stregua dell'art. 48 ord. giud., se trattenere la causa per la decisione o rimetterla al collegio (quanto detto non esclude però sul piano dell'opportunità, che il Giudice Istruttore si renda conto fin dalla prima udienza se la causa debba essere decisa da lui o meno).

Secondo l'art. 168 bis c.p.c., il Giudice Istruttore è sempre designato con i medesimi criteri, indipendentemente dalla circostanza che la decisione sarà da lui pronunciata quale giudice unico o meno.

Il problema dell'individuazione dell'organo decidente potrà però porsi prima del momento sopraindicato per una serie di ipotesi in cui il codice prevede l'intervento del collegio senza che questo debba esercitare i poteri previsti dall'art. 279 (e 272) c.p.c. (sia cioè investito del potere di decidere la causa). È questa la ragione per cui – proprio all'inizio – osservavo che la formula dell'art. 48 ord. giud. (che sembra considerare la ripartizione soltanto in riferimento all'attività propriamente decisoria) non appare del tutto esatta.

Può accadere infatti che il G.I. debba stabilire se la controversia possa o meno essere da lui decisa quale giudice unico prima ancora di ritenere la causa matura per la decisione. Questa situazione può

presentarsi innanzitutto per quei provvedimenti istruttori che presuppongono l'intervento del collegio (risoluzione delle questioni sull'ammissione del giuramento decisorio).

Analogamente, il problema dell'individuazione del giudice (collegiale o meno) può porsi, in qualsiasi momento, quando una parte chieda la sospensione del processo a norma dell'art. 295 o 367 c.p.c. e si ritenga di dover accedere all'opinione [SASSANI, in CONSOLO-LUIISO-SASSANI, Op. cit., 326] che attribuisce il potere di disporre la sospensione chiesta durante l'istruzione all'organo investito della potestà decisoria sulla controversia.

Ancora, il quesito circa la individuazione dell'organo cui spetti il potere decisorio può venire in rilievo quando il giudice istruttore – esaurita la fase probatoria, ma prima che venga disposto lo scambio delle comparse a norma dell'art. 190 bis c.p.c. – si renda conto di trovarsi di fronte a una semiplena probatio. Infatti, se la causa dovrà essere decisa dal giudice unico, l'istruttore anche prima del passaggio alla fase decisoria potrà (d'ufficio) deferire il giuramento suppletorio; se invece la decisione appartiene al collegio, la causa dovrà comunque essergli rimessa ai sensi degli artt. 189 e 190 c.p.c.. Ciò dipende dall'art. 240 c.p.c., secondo cui “nelle cause riservate alla trattazione collegiale, il giuramento suppletorio può essere deferito esclusivamente dal collegio” e dal fatto che questo potere può essere esercitato esclusivamente nella fase decisoria.

In relazione al profilo qui esaminato, occorre poi considerare che il problema non si manifesta “prematuro” nei casi in cui si debbano pronunciare altri provvedimenti probatori che possono essere emessi soltanto nella fase decisoria (ordine di deposito o deferimento del giuramento nel procedimento di rendiconto: art. 265 c.p.c.).

Infine, il problema di stabilire se la controversia rientri o meno fra quelle considerate dall'art. 48 ord. giud. può porsi “anticipatamente” per l'istruttore (e per le parti) quando sia stata pronunciata da questo l'ordinanza di estinzione del processo. Secondo l'art. 178, 2° comma, c.p.c. il reclamo (che non può essere che quello previsto dall'art. 308 c.p.c.) è ammissibile soltanto se l'ordinanza di estinzione sia stata pronunciata in una causa attribuita al collegio (pertanto unicamente in quest'ultimo caso l'istruttore, ritenuto ammissibile il reclamo, provvederà a norma dell'art. 178, 3°, 4° e 5° comma, c.p.c.). Sarà allora utilizzabile quell'orientamento (anche) giurisprudenziale in virtù del quale l'ordinanza di estinzione pronunciata da giudice monocratico assume valore sostanziale di sentenza (ed è perciò non reclamabile, ma appellabile).

L'esigenza di dover stabilire prima della decisione (e comunque indipendentemente da essa, qualora il processo – come quello di espropriazione – non sia destinato a chiudersi con attività decisoria) se vi debba essere l'intervento del collegio o meno, può sorgere anche durante l'esecuzione forzata tutte le volte in cui sia pronunciata un'ordinanza di estinzione.

Per rispondere alla domanda occorre innanzitutto distinguere se l'estinzione riguardi uno dei possibili giudizi di opposizione, ovvero il processo esecutivo vero e proprio (il che significa il processo di espropriazione immobiliare, che rappresenta l'unico caso in cui è possibile l'intervento del collegio).

Se l'estinzione ha a oggetto un'opposizione valgono le medesime conclusioni accolte per il processo di cognizione (del resto tale natura viene comunemente attribuita a quei procedimenti): l'ordinanza sarà o meno reclamabile secondo che l'opposizione sia attribuita al giudice collegiale o al giudice unico (cfr. supra J 4).

Se invece viene pronunciata l'estinzione dell'espropriazione immobiliare, il provvedimento sarà sempre reclamabile davanti all'organo collegiale. L'art. 630, 2° comma, c.p.c. prevede infatti la decisione di tale reclamo a opera del tribunale in camera di consiglio [PROTO PISANI, La nuova disciplina, cit., 292; contra, ATTARDI, Le nuove disposizioni, cit., 226 s.].

Resta aperto il problema (al quale qui si fa cenno per “connessione di materia”) di stabilire se e come sia reclamabile l'ordinanza di estinzione del processo esecutivo pronunciata dal pretore. È noto che in queste ipotesi, per ragioni difficili da giustificare sul piano logico, ma comprensibili sotto il profilo pratico, si è ritenuto l'ordinanza reclamabile davanti allo stesso pretore (che decide con sentenza appellabile). Peraltra di fronte al nuovo testo dell'art. 178, 2° comma, c.p.c., il quale

ammette il reclamo soltanto nelle cause collegiali, mi sembra opportuno rimeditare quell'orientamento e ritenere – analogamente a quanto operato per la cognizione – che anche l'ordinanza di estinzione del processo esecutivo pronunciata dal giudice monocratico non sia reclamabile e assuma il valore sostanziale di sentenza.

Meno rilevante – ancora ai fini qui esaminati appare la distinzione introdotta dall'art. 48 ord. giud. in ordine alla competenza all'emanazione di provvedimenti cautelari, giacché la linea di discriminazione passa non attraverso la distinzione giudice unico-collegio, ma all'interno delle cause “collegiali”, secondo che sia prevista o meno la nomina dell'istruttore.

Infatti, quando è prevista la nomina dell'istruttore la competenza all'emanazione di misure cautelari chiesta nel corso dell'istruzione appartiene comunque al Giudice Istruttore stesso, anche se la causa sia stata già rimessa al collegio (art. 669 quater, 2° comma, c.p.c.); se invece manchi tale organo, il provvedimento cautelare dovrà sempre essere reso dal collegio.