

Corte d'Appello di Genova, ordinanza 8 giugno 2019
Pres. Rel. Bonavia

Il consigliere estensore della sentenza d'appello, impugnata con ricorso per cassazione, può essere membro del collegio designato per decidere sull'istanza di sospensione ex art. 373 c.p.c., dal momento che tale ipotesi non rientra nella fattispecie di astensione obbligatoria ex art. 51, n. 4, c.p.c.

(*Omissis*). – Vista l'istanza di astensione/ricusazione ex art. 51 comma 4 c.p.c.", proposta dalle litisconsorti richiedenti in relazione al procedimento ai sensi dell'art. 373 c.p.c., sopra indicato, nei confronti del Consigliere dott. (*Omissis*), estensore della sentenza impugnata per Cassazione,

Rammentato che, come noto, la peculiarità connotativa della disposizione processuale in argomento consiste nel fatto che la potestà cautelare in tema di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata per Cassazione è di competenza dello stesso Giudice di merito che l'ha pronunciata, di guisa che nella specie difetta radicalmente all'evidenza il presupposto della fattispecie di astensione obbligatoria ex art. 51, n. 4, c.p.c., invocata dalle attuali instanti, consistente, invece, nell'opposto caso – causa di nullità della sentenza – in cui il medesimo Giudice, che abbia partecipato alla decisione del merito della controversia in un precedente grado di giudizio, sia chiamato a conoscere della stessa causa in altro grado di giudizio;

Rilevato, infatti che, come parimenti noto, i casi di astensione obbligatoria del giudice stabiliti dall'art. 51 c.p.c., ai quali corrisponde il diritto di ricusazione delle parti, in quanto incidono sulla capacità del giudice, determinando una deroga al principio del giudice naturale precostituito per legge, sono di stretta interpretazione e non sono, pertanto, suscettibili di applicazione per via di interpretazione analogica (tra le più recenti enunciazioni del costante principio, v. Cass. n. 22930 del 2017, principio già affermato da tempo, cfr. Cass. Sez. Un. n. 12345 del 2001);

Osservato, d'altronde, che è consolidata la giurisprudenza di legittimità, intesa ad affermare che l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 373 c.p.c., la quale disponga la sospensione cautelare dell'esecuzione della sentenza di appello impugnata per cassazione, non è ricorribile ex art. 111, comma 7, Cost., atteso che non è definitiva, né decisoria, ma ha carattere strumentale ed interinale, perché destinata ad operare fino alla definizione del già instaurato giudizio di legittimità, ed è inidonea ad assumere efficacia di giudicato, sia dal punto di vista formale che sostanziale (*ex plurimis* v. Cass. n. 15004 del 2017; Cass. n. 17647 del 2009), essendo parimenti noto che: "È inammissibile il ricorso per regolamento di competenza avverso un provvedimento emesso su istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata per cassazione ex art. 373 c.p.c., trattandosi di atto di natura ordinatoria, privo di definitività e decisorietà, e costituendo la pronuncia ivi contenuta un'affermazione o negazione di competenza preliminare e strumentale alla decisione di merito." (così

Cass. n. 10540 del 2018);

Ravvisato, alla stregua delle suesposte considerazioni, l'assoluto difetto delle condizioni di ammissibilità della proposta istanza di astensione/ricusazione,

Dichiara inammissibile l'istanza di ricusazione.

INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE ESTENSORE DELLA SENTENZA IMPUGNATA IN CASSAZIONE A PRONUNCIARE L'INIBITORIA EX ART. 373 C.P.C.

GIACOMO FELLONI

Dottore di ricerca ()*

1. – Avverso una sentenza di appello viene proposto ricorso per cassazione. Tuttavia, per la decisione dell'istanza di inibitoria *ex art. 373 c.p.c.*, formulata alla Corte d'appello, viene designato, quale componente del collegio, proprio il consigliere estensore della decisione impugnata. L'istante, pertanto, propone istanza di astensione/ricusazione, lamentando l'incompatibilità del consigliere estensore a far parte del collegio chiamato a pronunciarsi sull'inibitoria avverso la propria sentenza. Ciò sul presupposto che, ai sensi dell'art. 51, n. 4, *c.p.c.*, tale giudice avrebbe già "conosciuto come magistrato in altro grado del processo".

Il Collegio designato a giudicare dell'istanza di ricusazione ne dichiara l'inammissibilità, dal momento che la norma *ex art. 51, n. 4, c.p.c.*, di stretta interpretazione, si riferirebbe esclusivamente all'ipotesi in cui il giudice abbia conosciuto in altro grado di giudizio; circostanza che, invece, secondo la decisione in commento, non ricorrere nel caso di specie. A sostegno di tale *decisum*, la Corte osserva che l'ordinanza *ex art. 373 c.p.c.*, da un lato, avrebbe natura meramente strumentale ed interinale e, dall'altro lato, sarebbe priva di definitività e decisorietà. Di conseguenza – sembra implicitamente suggerire la Corte – l'inibitoria *ex art. 373 c.p.c.* non solo non rappresenta un diverso grado di giudizio, ma costituisce financo un autonomo procedimento, seppur strumentale al primo, sicché, in adesione ai principi che regolano i rapporti tra tutela cautelare e processo di merito, non vi sarebbe alcuna incompatibilità.

Tale pronuncia offre l'occasione di esaminare i profili, pressoché inediti¹, di incompatibilità tra l'estensore di una decisione ed il giudice, chiamato a decidere sull'inibitoria *ex art. 373 c.p.c.* avverso la stessa, che,

(*) Email: giacomo.felloni@studiosaletti.it.

¹ È, infatti, raro imbattersi in pronunce in termini pubblicate. Conf. alla decisione annotata *v.*, però, Trib. Roma, 18 novembre 2005, in *Dir. fall.*, 2007, II, 314, con nota critica di RAVIDÀ, *Le incompatibilità endoprocedurali nel fallimento: nuove garanzie e vecchi assetti*.

secondo tale norma, sarebbe proprio colui “che ha pronunciato la sentenza impugnata”.

2. – L’esame della questione non può che muovere dallo studio della c.d. incompatibilità da “precognizione”² ex art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c.

Tale ipotesi, come ogni altro caso di astensione previsto dall’art. 51, comma 1, c.p.c., è stata a lungo oggetto di un’interpretazione restrittiva, sul presupposto della tassatività di ogni deroga al principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge³. Coerentemente, secondo la dottrina tradizionale, la nozione di “altro grado”, contenuta al n. 4 della disposizione, quale presupposto per l’incompatibilità da precognizione, dovrebbe essere interpretata in modo particolarmente rigoroso. Secondo tale opinione, in particolare, «si ha mutamento di ‘grado’ solo tra l’ufficio giudiziario competente in prima istanza e il giudice d’appello o tra questo e il giudice di cassazione», con la conseguenza che la causa di incompatibilità in esame «non riguarda il giudice che abbia emesso un’ordinanza e debba partecipare alla decisione del collegio sul reclamo contro la stessa ordinanza»⁴. In altri termini, ogni riesame nel merito da parte del giudice, precedentemente alla pronuncia della sentenza, sarebbe fisiologico, sicché nessuna incompatibilità vi potrebbe mai essere⁵. A favore di tale conclusione si è espressa in più occasioni anche la Corte Costituzionale, la quale ha sempre sostenuto la

² Per l’utilizzo di questa espressione, v., ad es., CAVALLONE, *Un “frivolo amor proprio”. Precognizione e imparzialità del giudice civile*, in Aa.Vv., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, I, Milano, 2005, 19; DITTRICH, *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1145; TEDOLDI, *Astensione, ricazione e responsabilità dei giudici*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di Chiarloni, Torino, 2015, 133.

³ Cass., 29 settembre 2017, n. 22930, in *De Jure*; Cass., Sez. Un., 8 ottobre 2001, n. 12345, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1840; Cons. Stat., Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Foro amm.*, 2014, 2229; Cons. Stat., Sez. IV, 25 ottobre 2006, n. 6370, in *Foro amm.* – *Cons. Stato*, 2006, 2789; Trib. Bologna, 27 novembre 2012, in *Giur. merito*, 2013, 572. Nel medesimo senso, in dottrina, v. ROMBOLI, voce *Astensione e ricazione* I) *Astensione e ricazione del giudice – dir. proc. civ.*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 1. Conf. VANZ, *Una lonza ... che di pel maculato era coverta: osservazioni sul “rito Fornero” e sull’imparzialità del giudice*, in *ADL Arg. dir. lav.*, 2014, 519 ss., la quale ritiene che un’interpretazione eccessivamente ampia della norma rappresenterebbe una lesione al principio del buon andamento dell’amministrazione giudiziaria.

⁴ SEGRÉ, sub art. 51, in ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, 1, Torino, 1973, 636. Conf., ROMBOLI, voce *Astensione*, cit., 3. Sulla nozione di “altro grado” v., altresì, TARZIA, *Determinazione del grado del processo e impugnabilità della sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 508 s., il quale ritiene che in tanto si possa parlare di “altro grado” in quanto vi sia una precedente decisione la quale abbia i requisiti formali di una sentenza ex art. 132 c.p.c.

⁵ Non sarebbero, insomma, applicabili all’art. 51 c.p.c. gli (innumerevoli) interventi che la Corte Costituzionale ha operato all’art. 34 c.p.p., al fine di preservare nel più alto grado possibile l’imparzialità del giudice. Si tratta, peraltro, di soluzione non condivisa da tutta la dottrina processualciviltistica: v., per la ricostruzione del dibattito, TEDOLDI, *Astensione*, cit., 137 ss.

soluzione più restrittiva⁶, così confermando l'interpretazione di "altro grado" sostenuta dall'opinione tradizionale.

Tale orientamento, maggioritario in giurisprudenza, è stato criticato da parte della dottrina, la quale ha offerto un'interpretazione funzionale della nozione di "altro grado". Infatti, secondo tale tesi, poiché la *ratio* dell'incompatibilità da precognizione risiederebbe nell'esigenza di evitare al giudice l'"imbarazzo" di contraddire una propria precedente decisione, al fine, dunque, di garantire un effettivo riesame del provvedimento⁷, un'interpretazione eccessivamente restrittiva priverebbe le parti di tutela. Di conseguenza, mentre singole fasi del medesimo percorso decisorio non determinerebbero alcuna incompatibilità (il riferimento è evidentemente, *in primis*, alle deliberazioni del giudice istruttore circa la fondatezza delle difese dalle parti ai fini dell'ammissione dei mezzi di prova richiesti), invece, decisioni tra loro connesse, ma distinte, rientrerebbero nella nozione di "altro grado" ex art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c.⁸; ciò anche qualora non si tratti di impugnazione in senso stretto.

A favore di quest'ultima soluzione si è, peraltro, espressa in un'occasione anche la stessa Corte Costituzionale. Infatti, con un parziale

⁶ Pertanto, esemplificativamente, la Corte Costituzionale ha escluso ogni incompatibilità, ex art. 51, n. 4, c.p.c., del giudice che ha concesso un provvedimento d'urgenza *ante causam* a decidere il merito della causa (Corte cost., 7 novembre 1997, n. 326, in *Giur. it.*, 1998, 410, con nota di CONSOLO, *Il giudice civile cautelare non diviene in via generale incompatibile a statuire sul merito secondo la Consulta*; orientamento ribadito anche con Corte cost., 26 maggio 1998, n. 193, in *Giur. cost.*, 1998, 1556), del giudice delegato ad essere designato membro del collegio del reclamo ex art. 26 l. fall. avverso i suoi provvedimenti (Corte cost., 6 novembre 1998, n. 363, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2997, con nota di TISCINI, *Brevi note sulla legittimità costituzionale della partecipazione del giudice delegato al collegio che decide sul reclamo* ex art. 26 l.fall., e 1999, I, 3221, con nota di GIORGETTI, *L'alterità tra giudice delegato e giudice del reclamo*; in *Fall.* 1999, 145, con nota di LO CASCIO, *Il procedimento di reclamo endofallimentare ancora all'esame della consulta*; in *Dir. fall.*, 1999, II, 5, con nota di SCALERA, *Il diavolo e l'acqua santa... riconciliati e messi insieme dalla Consulta: un giudice delegato sempre più proteiforme ed una Costituzione (resa) sempre più condiscendente*), del giudice dell'esecuzione a decidere dell'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. (Corte cost., 28 novembre 2002, n. 497, in *Giur. cost.*, 2002, 4096) ed, infine, del giudice che abbia pronunciato un'ordinanza anticipatoria ex art. 186-quater c.p.c. a pronunciare la sentenza di merito (Corte cost., 31 maggio 2000, n. 168, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1915, con nota di TISCINI, *Pronuncia dell'ordinanza ex art. 186-quater c.p.c. e della sentenza da parte dello stesso giudice: inesistenza dell'obbligo di astensione*; in *Corriere giur.*, 2000, 1467, con nota di ONNIBONI, *L'ordinanza n. 168/2000 della Corte costituzionale e la compatibilità del giudice istruttore a pronunciare la sentenza*).

⁷ CONSOLO, *Ricusaione del giudice per precedente cognizione della causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 179 ss., spec. 193 ss.; DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Padova, 1991, 145 s. Nel medesimo senso v. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, I, 5^a ed., Torino, 1902, 950 e 952 s., il quale discorre di "amor proprio" del giudice quale causa di ricusazione. Conf. SEGRE, sub art. 51, cit., 632 s., e, più di recente, PRENDINI, *L'imparzialità del giudice civile e la sua tutela processuale*, Napoli, 2017, 426; TEDOLDI, *Astensione*, cit., 135.

⁸ CONSOLO, *Ricusaione*, cit., 198 s.

revirement rispetto agli orientamenti sostenuti in altre occasioni, il Giudice delle leggi, in motivazione, ha osservato che «la espressione ‘altro grado’ non può avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, secondo l’ordine degli uffici giudiziari, come previsto dall’ordinamento giudiziario, ma deve ricomprendere – con una interpretazione conforme a Costituzione – anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata (per la peculiarità del giudizio di opposizione di cui si discute) da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell’azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario»⁹. In altri termini, secondo tale pronuncia, ciò che rileva ai fini della incompatibilità da precognizione non sarebbe la diversità tra uffici giudiziari, quanto, invece, più correttamente, l’identità di oggetto della cognizione del magistrato. Pertanto, qualora il giudice, che abbia già deciso la controversia, sia chiamato ad effettuare una valutazione sulla base di presupposti diversi da quelli già esaminati, non vi sarebbe, secondo la Corte, incompatibilità. Inoltre, nessuna incompatibilità vi sarebbe neppure qualora la decisione rappresenti solamente una tappa di un *iter* unitario teso alla decisione finale¹⁰.

In questa prospettiva potrebbe, così, trovare giustificazione la tesi, sostenuta anche in precedenza dalla Corte, che esclude ogni incompatibilità a decidere con cognizione piena per il giudice che abbia già pronunciato una misura provvisoria, a seguito di una cognizione solamente sommaria, sulla medesima controversia: in tali casi, infatti, l’oggetto della cognizione del giudice non coincide con quello di una decisione di merito, sia per la sua sommarietà, sia per la sua parzialità¹¹.

⁹ Il riferimento è, in particolare, come meglio si vedrà nel prosieguo della trattazione, a Corte cost., 15 ottobre 1999, n. 387, in *Foro it.*, 1999, I, 3441, con nota di SCARSELLI, *La consulta detta le nuove regole sull’incompatibilità del giudice nel processo civile*; in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1188, con nota di GIORGETTI, *L’incompatibilità del giudice civile da precedente provvedimento decisorio*; in *Corriere giur.*, 2000, con osservazioni di TISCINI e con nota di CONSOLO, *Una benvenuta interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 51, n. 4 (in relazione all’art. 28 st.lav.) ed i suoi limiti per i casi futuri*.

¹⁰ Come hanno osservato già i primi commentatori di tale decisione: CONSOLO, *Una benvenuta interpretazione*, cit., 59. Si spiega, così, perché, ad es., sia pacifico che nessuna incompatibilità vi può essere per il giudice istruttore chiamato a far parte del collegio (ipotesi, anzi, del tutto fisiologica): CONSOLO, *Una benvenuta interpretazione*, cit., 59; ID., *Ricusazione del giudice*, cit., 199; DITTRICH, *Incompatibilità*, cit., 150.

¹¹ È questo, ad es., il caso del giudice cautelare o del giudice della fase monitoria, chiamato poi a pronunciarsi sull’opposizione avverso il decreto ingiuntivo da sé pronunciato: CONSOLO, *Una benvenuta interpretazione*, cit., 59; TEDOLDI, *Astensione*, cit., 200 ss.; GIORGETTI, *L’incompatibilità*, cit., 1211 s. Non sono, peraltro, mancate critiche a tale orientamento, ritenuto, non senza serie ragioni, eccessivamente incerto, ben potendo una cognizione sommaria avvicinarsi ad una cognizione piena: DITTRICH, *La precognizione*, cit., 2002, 1165 s.; MORETTI, *L’imparzialità del giudice tra la cautela e il merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 1105 ss.

In favore dell'interpretazione maggiormente estensiva, sostenuta dalla Corte nella decisione da ultimo richiamata, sembra, infine, essersi espresso anche il legislatore, che ha progressivamente ampliato le ipotesi di incompatibilità proprio in alcuni casi in cui la Corte Costituzionale, aderendo all'orientamento tradizionale, aveva, invece, escluso ogni contrasto con la Costituzione¹².

3. – Così sinteticamente tratteggiati i termini del dibattito formatosi sull'art. 51, n. 4, c.p.c., occorre valutare, passando al punto centrale della presente trattazione, se vi possa essere incompatibilità tra estensore della sentenza e giudice chiamato a decidere sull'inibitoria ex art. 373 c.p.c.

Al fine di trovare una soluzione a tale questione è opportuno muoversi lungo due direttrici diverse: da un lato, esaminare se il giudizio di inibitoria rappresenti un "altro grado" di giudizio secondo la concezione tradizionale e, dall'altro lato, indagare quale sia l'oggetto di tale procedimento e, in particolare, se esso coincida – in tutto o in parte – con quello del giudizio di merito. Solo all'esito di una tale indagine sarà, infatti, possibile esaminare la presenza di un'effettiva incompatibilità ai sensi dell'art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c.

Prima di procedere, è opportuno previamente ricostruire l'evoluzione, invero assai travagliata, dell'inibitoria ex art. 373 c.p.c.

Nella formulazione originaria di tale norma, la competenza a decidere dell'inibitoria della decisione impugnata era attribuita alla stessa Corte di cassazione: in un tale contesto normativo, a parere di chi scrive, il giudizio di inibitoria non poteva che appartenere ad un grado successivo rispetto a quello in cui era stata pronunciata la sentenza impugnata. Sennonché, come puntualmente rilevato sin dai primi commentatori, la Suprema Corte si era opposta strenuamente all'esercizio di un simile potere, estraneo alle sue tradizionali funzioni, determinandone, *de facto*, l'abrogazione¹³. Per tale ragione, a meno di un decennio dalla introduzione di tale disciplina, il d.lgs. 5 maggio 1948, n. 483, ha attribuito la competenza non più alla Corte di

¹² Si pensi, ad es., al novellato art. 25, comma 2, l. fall., come modificato dal d.lgs. n. 5/2006, che vieta al giudice delegato di far parte del collegio chiamato a pronunciarsi nel reclamo avverso i suoi provvedimenti o all'art. 186-bis disp. att. c.p.c., il quale esclude che il giudice dell'esecuzione possa decidere l'opposizione agli atti esecutivi. Per l'esame di ulteriori interventi legislativi in tal senso v. TEDOLDI, *Astensione*, cit., 169 ss. Per l'esame delle pronunce della Corte Costituzionale, in contrapposizione alle quali si sembra essersi espresso il legislatore, v. nota 6.

¹³ Così osservava già la *Relazione del Ministro Guardasigilli* al d.lgs. n. 483/1948, pf. 11 (consultabile in *Gazz. uff.* 20 maggio 1948, n. 116, suppl. ord., pt. I, 2 ss., spec. 9 s.). In questo senso v. anche PROVINCIALI, *Sul termine per la domanda di sospensione ex articolo 373, comma 3°, cod. proc. civ.*, in *Foro it.*, 1950, I, 1003. In arg., v. altresì ANDRIOLI, *Le riforme del codice di procedura civile*, Napoli, 1951, 125; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, 5ª ed., Roma, 1956, 190; VECCHIONE, *Riflessioni sull'articolo 373 codice di procedura civile*, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, 555.

cassazione, ma al giudice *a quo* e, precisamente, al “giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata”. Si tratta, allora, di chiarire se tale espressione debba riferirsi al giudice estensore della decisione o, invece, genericamente, all’ufficio cui egli appartiene.

Diverse ragioni militano in favore di tale ultima soluzione. Infatti, da un lato, l’estensore, come anche i membri del collegio, potrebbero non essere più assegnati presso l’ufficio che ha pronunciato la sentenza¹⁴, dall’altro lato, soprattutto, non vi è alcuna particolare esigenza di opportunità che imponga una trattazione dell’inibitoria da parte della stessa persona fisica che ha pronunciato la sentenza impugnata¹⁵. A conferma di quanto precede, basti osservare come l’art. 373, comma 2, c.p.c. preveda che l’istanza di inibitoria debba essere proposta “al tribunale in composizione monocratica o al presidente del collegio” e non, dunque, al giudice unico che ha pronunciato la sentenza né al collegio né al giudice di pace. Pertanto, ai fini della nostra indagine, il riferimento al “giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata” non pare decisivo.

Così chiarita l’evoluzione dell’istituto e la portata letterale della norma, possiamo procedere con l’esame della prima questione posta in apertura del paragrafo, cioè se l’inibitoria appartenga ad un “altro grado” rispetto a quello in cui è stata pronunciata la sentenza impugnata.

La risposta al quesito non può che essere positiva¹⁶.

Ciò si impone, anzitutto, alla luce della già esaminata evoluzione storica dell’istituto: se la competenza è stata attribuita al giudice *a quo* anziché alla Corte di cassazione, ciò non è dipeso da ragioni strutturali, ma di mera opportunità. Infatti, ove si muova dalla premessa che il giudizio di inibitoria abbia finalità cautelari¹⁷, seppur latamente intese, tale procedimento pare

¹⁴ Il ricorso per cassazione può essere notificato, nel termine lungo, entro sei mesi dal deposito della sentenza (termine che, prima della riforma operata dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, era di ben un anno).

¹⁵ La *Relazione del Ministro Guardasigilli* al d.lgs. n. 483/1948, pf. 11, osservava l’opportunità di attribuire la competenza al giudice *a quo* ritenendo che egli, «avendo pronunciato la sentenza conosce bene i fatti, le persone e lo stato delle cose, [può] provvedere con sicurezza e senza alcun pregiudizio». Tale affermazione, se poteva forse apparire corretta in un’epoca in cui il carico di lavoro degli uffici giudiziari era limitato, non è più certamente attuale, dovendo i giudici decidere una tale quantità di procedimenti che ben raramente potranno tenere memoria, a distanza di mesi dalla pronuncia della sentenza, di tali elementi; conclusione che sembra imporsi *a fortiori* nei casi in cui si tratti di membri del collegio diversi dal consigliere estensore.

¹⁶ FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, 114, afferma che «l’incidente innanzi al giudice che ha emesso la sentenza non fa certo parte del processo di cassazione». Si tratta, però, di osservazione riferita alla struttura del giudizio (che, indubbiamente, non si svolge davanti alla Suprema Corte) e non alla sua funzione strumentale.

¹⁷ Si tratta di premessa condivisa in dottrina: TISCINI, sub art. 373, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, III, Milanofiori Assago, 2013, 917; VECCHIONE, *Riflessioni sull’articolo 373*,

strumentale proprio al ricorso per cassazione¹⁸ e non certo ad un giudizio di merito oramai concluso. Tale vincolo tra inibitoria e giudizio di cassazione è, del resto, confermato anche dall'art. 131-*bis* disp. att. c.p.c., secondo cui “il giudice non può decidere se la parte istante non ha dimostrato di avere depositato il ricorso per cassazione contro la sentenza medesima”; norma che, in difetto di un vincolo di strumentalità tra i due giudizi, sarebbe di difficile giustificazione. Infine, a riprova di quanto precede, secondo la stessa Suprema Corte, la liquidazione delle spese del giudizio di inibitoria spettano proprio alla Suprema Corte e non già al giudice di merito¹⁹.

Il giudizio *ex art. 373 c.p.c.* è, dunque, strumentale al ricorso per cassazione, pur svolgendosi davanti al giudice *a quo*.

Peraltro, mentre è discusso, come osservato, se nella nozione di “altro grado” debbano essere ricomprese fasi tra loro autonome²⁰, è indubbio che tale espressione ricomprende quantomeno le fasi del giudizio successive alla pronuncia della sentenza²¹. Ebbene, nel caso di specie, il giudizio *ex art. 373 c.p.c.* è stato preceduto da una sentenza: proprio la sentenza impugnata. In adesione alla tesi tradizionale, dunque, non vi sarebbero ragioni per escludere l'astensione/ricusazione *ex art. 51, n. 4, c.p.c.* qualora l'estensore della sentenza impugnata sia chiamato a pronunciarsi sull'inibitoria avente ad oggetto proprio il suo provvedimento²².

La questione può, però, complicarsi qualora si aderisca alla tesi, sostenuta dalla Corte Costituzionale nella citata pronuncia 15 ottobre 1999, n. 387²³, la quale valorizza, ai fini dell'incompatibilità, l'identità di oggetto della decisione del giudice. Per i sostenitori di tale interpretazione, infatti, diventa essenziale stabilire se l'oggetto della cognizione del giudice in sede di inibitoria coincida con quello del giudizio di merito.

Ad una lettura superficiale della norma, la risposta non potrebbe che essere negativa, atteso che il giudice *ex art. 373 c.p.c.* è chiamato a valutare esclusivamente se dall'esecuzione della sentenza impugnata possa derivare un “grave e irreparabile danno” (profilo certamente escluso dalla cognizione del giudice del grado precedente), senza che, sul piano letterale, sia richiesto alcun accertamento né del *fumus boni iuris* né, tantomeno, della fondatezza del ricorso. In effetti, l'opinione tradizionale – tuttora dominante in

cit., 558. Nel medesimo senso v. GARBAGNATI, *In tema di imposizione di una cauzione ex art. 373 cod. proc. civ.*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 298.

¹⁸ GARBAGNATI, *In tema di imposizione di una cauzione*, cit., 299; CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, 293. Conf., anche RAVIDÀ, *Le incompatibilità endoprocedurali*, cit., 349.

¹⁹ Cass., 11 febbraio 2009, n. 3341, in *Giur. it.*, 2009, I, 1717.

²⁰ Sul punto si rinvia al paragrafo 2.

²¹ V. *supra* nota 4.

²² Aderisce a questa conclusione anche RAVIDÀ, *Le incompatibilità endoprocedurali*, cit., 350.

²³ V. nota 9 e il corrispondente contenuto nel testo.

giurisprudenza – esclude, in capo al giudice dell’inibitoria, ogni sindacato sulla fondatezza del ricorso per cassazione²⁴. Qualora si condivida una tale ricostruzione, nessuna duplicazione di oggetto vi sarebbe tra il giudice dell’inibitoria ed il giudice di merito, con la conseguenza che sarebbe difficile dissentire dalle conclusioni cui perviene il provvedimento in commento.

L’opinione appena riportata non è, però, pacifica, atteso che, secondo altra parte della dottrina, l’accertamento, quantomeno a livello di *fumus boni iuris*, della fondatezza del ricorso per cassazione sarebbe pregiudiziale all’accertamento del grave ed irreparabile danno²⁵. Ne consegue che, secondo tale impostazione, l’accertamento, seppur sommario, della fondatezza del ricorso sarebbe oggetto anche del giudizio *ex art. 373 c.p.c.*

In effetti, ad un più profondo esame dell’oggetto del giudizio di inibitoria, è difficile dissentire da tale ultima tesi e ritenere del tutto irrilevante ogni verifica sulla fondatezza dell’impugnazione.

Se, infatti, l’esecuzione fondata su una sentenza impugnata è di per sé legittima²⁶, non è dato comprendere in cosa dovrebbe consistere un danno grave e irreparabile: il danno lecito è, di regola, insuscettibile di tutela. Ne consegue che all’interprete si pongono solo due alternative: ammettere che il *fumus* circa la fondatezza del ricorso per cassazione è del tutto irrilevante – sicché il danno sarebbe *in re ipsa*, in manifesto contrasto però con la *ratio* dell’istituto e con l’eccezionalità del rimedio *ex art. 373 c.p.c.* – oppure riconoscere che, solo una volta accertata la non manifesta inammissibilità/improcedibilità/infondatezza del ricorso per cassazione, il giudice di merito possa procedere a valutare il *periculum in mora* conseguente all’esecuzione della sentenza impugnata. Del resto, anche nella

²⁴ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1966, 257. Conf. GARBAGNATI, *Sulla sospensione dell’esecuzione della sentenza d’appello impugnata*, in *Foro pad.*, 1952, I, 1375 s., il quale sembra escludere ogni sindacato sulla procedibilità del ricorso. In giurisprudenza v. App. Roma, 30 maggio 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018; App. Milano, 5 aprile 2017, in *Soc.*, 2018, 339, con nota di SCOGNAMIGLIO, *La sospensione dell’efficacia esecutiva e dell’esecuzione delle sentenze di primo e di secondo grado impuginate in appello ed in cassazione*; App. Salerno, 21 luglio 2003, in *Giur. it.*, 2004, 310, con osservazioni di NEGRINI; App. Roma, 14 agosto 2000, in *Riv. trim. appalti*, 2001, 155, con nota di GIACOBBE, *Alcune considerazioni in tema di sospensione dell’esecutività del lodo arbitrale*.

²⁵ CONSOLO, *È davvero sempre grave ed irreparabile – ex art. 373 c. c. – il danno conseguente al rilascio forzato di un immobile (o di un fondo) adito ad attività di impresa?*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 182 s.; IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l’inibitoria nel processo civile*, I, Milano, 2010, 515 ss.; TISCINI, *Sub art. 373, cit.*, 918 s.; VACCARELLA, *L’esecutività della sentenza di primo grado nel processo del lavoro ed il giudizio d’appello*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, 210; VECCHIONE, *Riflessioni sull’articolo 373, cit.*, 563 s. Nel medesimo senso sembra, del resto, esprimersi la stessa citata *Relazione del Ministro Guardasigilli*, la quale osserva che la sospensione si risolve «in una specie di delibazione della fondatezza del ricorso» (pf. 11).

²⁶ FAZZALARI, *Il giudizio civile*, cit., 115; CARPI, *La provvisoria esecutorietà*, cit., 290; VACCARELLA, *L’esecutività della sentenza*, cit., 210.

disciplina dei provvedimenti cautelari, in relazione ai quali è indubbia la compresenza di *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, non sempre il legislatore indica, tra i presupposti, il primo, limitandosi a descrivere solo il secondo²⁷. Sicché non può attribuirsi rilevanza decisiva alla mancata descrizione, nell'art. 373 c.p.c., di tale presupposto.

Si potrebbe replicare che, comunque, l'oggetto dell'inibitoria e del giudizio di merito non sia il medesimo, atteso che solo in quest'ultimo caso il giudice conosce il merito della controversia, limitandosi in sede di inibitoria a conoscere del *fumus* dell'esito del ricorso per cassazione.

Si tratta, però, a parere di chi scrive, di tesi che pecca di formalismo. Certamente l'oggetto dei giudizi non è identico dal punto di vista formale: dal momento che il ricorso per cassazione è un giudizio di legittimità, è sulla non manifesta infondatezza dei motivi di ricorso per cassazione (e non sul merito della controversia) che il giudice dell'inibitoria sarà chiamato a pronunciarsi, seppur in punto di *fumus*. Tuttavia, il ricorso per cassazione è il mezzo di impugnazione con cui il ricorrente lamenta un *errore* – poco importa se *in procedendo* o *in iudicando* – compiuto proprio da quello stesso giudice cui, nel giudizio di inibitoria, si vuol far delibare circa il probabile esito del giudizio di cassazione. A ciò si aggiunga che il giudizio di cassazione non è certo un *novum iudicium*, ma un mezzo di impugnazione in senso stretto che si fonda su una circostanziata critica al provvedimento impugnato, pronunciato proprio dal giudice *a quo*. Quest'ultimo, al quale, come visto, è precluso svolgere *ex novo* un giudizio di merito sarà, dunque, chiamato a giudicare della correttezza del suo provvedimento, seppur limitatamente ai profili di censura oggetto di ricorso per cassazione.

Peraltro, nemmeno la natura *lato sensu* cautelare del procedimento di inibitoria deve trarre in inganno. Infatti, mentre in sede di merito il giudice ha svolto un esame a cognizione piena, in sede di inibitoria egli dovrà limitarsi ad un accertamento sommario, con l'ulteriore corollario che, con ancor meno probabilità, egli avrà anche solo l'occasione per svolgere un ulteriore approfondimento tale da permettere una diversa decisione. Non ci sembra, cioè, che si possa invocare la consolidata opinione che, in tema di rapporto tra il giudice cautelare ed il giudice di merito, esclude l'incompatibilità tra le due funzioni, dal momento che diverso è il tipo di

²⁷ Si pensi, ad es., al sequestro conservativo, per la cui concessione l'art. 671 c.p.c. prevede solamente il "fondato timore [del creditore, n.d.r.] di perdere la garanzia del proprio credito". Non si dubita, però, giustamente che il ricorrente debba fornire anche la prova del *fumus* di tale credito: *ex multis* v. Trib. Roma, 10 agosto 2017, in *Redazione Giuffrè*, 2017; Trib. Perugia, 1° agosto 2016, *ivi*, 2016; Trib. Milano, 11 aprile 2014, *ivi*, 2014; Trib. Monza, 31 gennaio 2013, *ivi*, 2013; Trib. Bari, 6 settembre 2012, *ivi*, 2012; Trib. Nola, 28 giugno 2011, in *Giur. merito*, 2011, 2429. Sul punto, *incidenter*, v. anche Cass., 18 novembre 2011, n. 24309, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1638.

cognizione²⁸: nel caso di specie vi è, invece, *prima* un accertamento pieno e solo *poi* uno sommario.

In conclusione, non ci sembra che, nel caso di specie, si possa ravvisare quell'“amor proprio” del giudice, ritenuto da autorevole dottrina irrilevante *ex art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c.*²⁹. La soluzione che esclude ogni incompatibilità tra giudice di merito e giudice *ex art. 373 c.p.c.* priva di ogni effettività l'inibitoria e, in ultima analisi, rappresenta un insanabile *vulnus* allo stesso ricorso per cassazione³⁰.

4. – La breve ricostruzione che precede permette, a nostro parere, di concludere che tra il giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata con ricorso per cassazione ed il giudice chiamato a pronunciarsi sull'inibitoria *ex art. 373 c.p.c.* avverso la stessa decisione vi sia incompatibilità ai sensi dell'art. 51, n. 4, c.p.c. Conseguenza di tale ricostruzione è, dunque, la possibilità per le parti di formulare istanza di ricusazione nei confronti del giudice che non si sia astenuto.

Pertanto, anche qualora non si condividesse la prospettazione da noi accolta, è difficilmente negabile che, in favore dell'astensione da parte del giudice, militerebbero quantomeno ragioni di opportunità³¹.

Ebbene, nel caso in cui il giudice sia chiamato a valutare – con cognizione sommaria – la non manifesta infondatezza di un ricorso per cassazione proposto avverso il proprio provvedimento, sembra che tali ragioni di opportunità ben possano qualificarsi come “gravi ragioni di

²⁸ Per questa tesi v., oltre alla già citata Corte cost., 7 novembre 1997, n. 326, Cass., 31 ottobre 2018, n. 27924, in *Leggi d'Italia*; Cass., 12 gennaio 2006, n. 422, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 69. In dottrina v. CAVALLONE, *Ancora sulla «precognizione» del giudice civile come preteso motivo di astensione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1003 s.; ROMBOLI, voce *Astensione*, cit., 3; MARUFFI, *L'art. 111 Cost. e l'incompatibilità del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1187 s. Conf., seppur con maggiore cautela, anche TEDOLDI, *Astensione*, cit., 142 ss. e 201 ss. Critici, rispetto a tale soluzione sono, invece, GIORGETTI, *L'incompatibilità*, cit., 1217; CONSOLO, *Il giudice civile*, cit., 411 s., il quale ritiene, peraltro, che tale fattispecie configurerebbe un'ipotesi di astensione *ex art. 51, comma 2, c.p.c.*

²⁹ CAVALLONE, *Un “frivolo amor proprio”*, cit., 22 s.; MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, 4ª ed., Milano, 1923, 487 nota 1.

³⁰ Le conclusioni che precedono meritano conferma anche con riferimento ai componenti del collegio diversi dal giudice estensore. Da un lato, infatti, il collegio è un organo unitario, sicché non se ne potrebbero scindere i componenti, ai fini dell'incompatibilità (il voto espresso da ciascun magistrato in sede di deliberazione rileva, infatti, ai soli fini dell'art. 16 l. 13 aprile 1988, n. 117). Dall'altro lato, comunque, il giudice estensore della sentenza potrebbe aver votato, in sede di deliberazione, anche diversamente dalla maggioranza.

³¹ CONSOLO, *È davvero sempre grave e irreparabile*, cit., 183; VECCHIONE, *Riflessioni sull'articolo 373*, cit., 564. Del resto, anche CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., II, 190, osserva che il giudice *a quo* è il meno idoneo a valutare le probabilità di cassazione del suo provvedimento. Nel medesimo senso, v. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione*, cit., 517 nota 1233, il quale auspica che «la cognizione dell'istanza di inibitoria venga assegnata a un giudice o a un collegio diverso».

convenienza” ex art. 51, comma 2, c.p.c.

Come, infatti, osserva da decenni la dottrina, «poiché la previsione è in funzione della imparzialità del giudice, tutte le situazioni – *gravi*, notisi bene – in cui il giudice potrebbe temere di essere lui stesso, o di essere creduto dalle parti, meno libero e indifferente nel suo provvedere possono rientrare nell’ambito di applicazione d’essa»³². Nel caso di specie, potrebbe ritenersi che non vi sia il rischio di parzialità del giudice³³, ma la circostanza che egli già si sia pronunciato, seppur ad altro titolo, su quella stessa controversia impone particolari cautele al fine apparire alle parti libere da preconcetti³⁴.

Ne consegue che solo nei (rari) casi in cui oggetto del ricorso per cassazione sia un profilo non esaminato dal giudice di merito, questi potrebbe non astenersi ai sensi dell’art. 51, comma 2, c.p.c. Nelle altre ipotesi (e, segnatamente, in quella in esame), egli invece avrà un vero e proprio dovere di astensione³⁵.

5. – Il provvedimento annotato non pare, insomma, condivisibile per una pluralità di ragioni.

Il procedimento ex art. 373 c.p.c. appartiene infatti ad un grado diverso rispetto al giudizio di appello (o di unico grado), benché venga svolto davanti al medesimo organo giudicante. A ciò si aggiunga, comunque, come il giudice dell’inibitoria debba valutare, seppur sommariamente, la fondatezza – in quanto presupposto coesenziale al pregiudizio – dell’impugnazione proposta avverso il proprio provvedimento. Pertanto,

³² LA CHINA, voce *Giudice (astensione e ricusazione)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, Torino, 1993, 30.

³³ Secondo CAVALLONE, *Un “frivolo amor proprio”*, cit., 22 s., la *ratio* dell’incompatibilità da precognizione risiederebbe non tanto in esigenze di imparzialità (come il giudice è stato imparziale una prima volta, è ragionevole ritenere che sarà imparziale anche una seconda volta, a nulla rilevando che per un “frivolo amor proprio” sia portato a conformarsi alla prima decisione), quanto, invece, nella struttura stessa dell’impugnazione che in tanto ha un senso in quanto la cognizione sia affidata ad un soggetto diverso rispetto a colui che ha redatto il provvedimento impugnato. Nel medesimo senso, v. MORTARA, *Commentario*, cit., II, 487 nota 1; VANZ, *Una lonza*, cit., 520.

³⁴ In questo senso sembrano esprimersi ALLORIO, *In tema di ricusazione di giudici e di qualificazione degli estremi a ciò richiesti*, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, 518; DITTRICH, *Incompatibilità*, cit., 205; SEGRÉ, sub art. 51, cit., 638.

³⁵ Si tratta, però, di obbligo probabilmente privo di sanzioni, atteso che, anche secondo Cass., Sez. Un., 13 novembre 2012, n. 19704, in *Corriere giur.*, 2013, 1597, con nota di GLENDI, *Le Sezioni Unite aprono qualche spiraglio per una maggior garanzia dell’imparzialità del giudice anche nel processo civile*, il giudice avrebbe non già la facoltà, ma il dovere disciplinare di astenersi anche in presenza di gravi ragioni di convenienza solamente qualora vi sia un interesse proprio o di un prossimo congiunto nella causa; ipotesi che, però, non ricorre nel caso in commento. Invece, LA CHINA, voce *Giudice*, cit., 30 s., ritiene che il giudice, anche nei casi previsti dall’art. 51, comma 2, c.p.c., abbia il dovere di astenersi, ma non indica le conseguenze di un’eventuale violazione del divieto. Favorevole all’applicazione di sanzioni quantomeno disciplinari è CONSOLO, *Il giudice civile*, cit., 412.

non ci sarebbero ragioni per cui l'istanza di ricusazione debba essere rigettata.

In conclusione, astraendo dal caso di specie, se può condividersi la tesi favorevole ad un'interpretazione tassativa delle ipotesi previste all'art. 51, comma 1, c.p.c., in quanto deroga al principio del giudice naturale precostituito per legge, sembra che, però, almeno il tenore letterale delle norme meriti un'interpretazione secondo Costituzione.

Ancor più rilevante è, poi, la necessità per i giudici di astenersi nei casi in cui la serenità di giudizio possa apparire, per qualsiasi ragione, limitata.

Se, infatti, il giudice non può limitarsi ad essere, nella sua intima coscienza, imparziale, ma deve anche apparire come tale, ogniqualvolta vi siano serie ragioni di opportunità – ed, *in primis*, proprio nei casi in cui è chiamato a sindacare non già un qualsiasi suo provvedimento ordinatorio, ma una sentenza – sarebbe auspicabile una maggiore sensibilità a tali temi, a pena di segregare, ancora una volta, l'istituto dell'inibitoria *ex art. 373 c.p.c.* nelle biblioteche.

Abstract

**INCOMPATIBILITY OF THE JUDGE WHO ISSUED THE JUDGMENT TO
ORDER THE STAY OF THE EXECUTION OF THE JUDGEMENT
CHALLENGED BEFORE THE SUPREME COURT, IN ACCORDANCE WITH
ARTICLE 373 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE**

Il presente contributo analizza i limiti entro cui trova applicazione l'incompatibilità del giudice *ex art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c.*, con riferimento al caso in cui il giudice estensore della sentenza impugnata con ricorso per cassazione sia successivamente designato quale giudice dell'inibitoria *ex art. 373 c.p.c.* avverso quel medesimo provvedimento.

The paper analyzes whether and to what extent the judge who wrote the judgment is incompatible pursuant to article 51, paragraph 1, no. 4, of the code of civil procedure, specifically referring to the case in which this judge is required to pronounce an order of stay of the execution against his own judgment, in accordance with article 373 of the code of civile procedure.
