



**PROCURA GENERALE**  
**della Corte di cassazione**

**Sezioni unite civili**

**Udienza pubblica del 27 febbraio 2024**

**Ricorso R.G. 28960/22 n. 2 del Ruolo**

**Memorie ex art. 378 c.p.c. – Conclusioni del PM**

**IL SOSTITUTO PROCURATORE GENERALE**

***Letti gli atti;***

premessi che per la compiuta esposizione del fatto e della vicenda processuale l'Ufficio rinvia alla pronuncia e al contenuto dei documenti di parte in atti, limitandosi qui al rilievo dei soli elementi del fatto e del processo e agli argomenti di diritto che la Procura generale ritiene necessari per formulare le proprie conclusioni

***osserva***

Viene alle Sezioni Unite la questione dell'ammissibilità della partecipazione al collegio giudicante dell'estensione della "proposta di definizione del giudizio" di cui all'art. 380 bis c.p.c. quale novellato dalla legge 149/22 (c.d. legge Cartabia).

La norma così recita: "Se non è stata ancora fissata la data della decisione, il presidente della sezione o un consigliere da questo delegato può formulare una sintetica proposta di definizione del giudizio, quando ravvisa la inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto. La proposta è comunicata ai difensori delle parti. Entro quaranta giorni dalla comunicazione la parte ricorrente, con istanza sottoscritta



*dal difensore munito di una nuova procura speciale, può chiedere la decisione. In mancanza, il ricorso si intende rinunciato e la Corte provvede ai sensi dell'articolo 391. Se entro il termine indicato al secondo comma la parte chiede la decisione, la Corte procede ai sensi dell'articolo 380-bis.1 e quando definisce il giudizio in conformità alla proposta applica il terzo e il quarto comma dell'articolo 96.”*

Come si vede, la norma non prevede alcuna incompatibilità a carico dell'estensore della “*proposta di definizione*” qualora il giudizio prosegua su istanza di parte.

Secondo una tesi dottrinaia, questa incompatibilità emergerebbe tuttavia dai principi generali sull'obbligo di terzietà/imparzialità del giudice, principi che imporrebbero un'interpretazione dell'art. 380 *bis* c.p.c. nel senso della sussistenza della incompatibilità del redattore della “*proposta di definizione*” in caso di prosecuzione del giudizio.

Va premesso che nel processo civile, in punto di incompatibilità, valgono regole diverse da quelle previste per il processo penale. Il principio è pacifico, avendo la Corte costituzionale “... *ripetutamente affermato che non sono applicabili al giudizio civile ed a quello amministrativo, proprio per la particolarità e le diversità dei sistemi processuali, le regole delle incompatibilità soggettive per precedente attività (tipizzata) svolta nello stesso procedimento penale, bensì le disposizioni sull'astensione e la ricusazione del codice di procedura civile, cui anche le norme proprie del processo amministrativo fanno rinvio (v., per le peculiarità dei sistemi processuali, sentenza n. 326 del 1997). Le insopprimibili esigenze di imparzialità del giudice sono risolvibili nel processo civile - per le sue caratteristiche - attraverso gli istituti della astensione e della ricusazione, previsti dal codice di procedura civile (ordinanze nn. 359 del 1998 e 356 del 1997 e sentenza n. 326 del 1997)”* (espressamente in questi termini Corte cost. 387/99).

Tra le norme in materia di obbligo di astensione, quella in tesi astrattamente evocabile ed applicabile alla fattispecie è l'art. 51 n. 4) c.p.c., che prevede il dovere di



astensione a carico del giudice che abbia *“conosciuto”* la causa *“come magistrato in altro grado del processo”*.

Ora, è incontroverso che la *“conoscenza”* cui fa riferimento l'art. 51 n. 4) c.p.c. non significa mero svolgimento di attività istruttoria, occorrendo la partecipazione a momenti decisionali (vedi ad esempio, tra le massimate, Cass. 25487/21 e Cass. 7578/07).

Quanto invece al concetto di *“grado del processo”*, l'interpretazione non può fermarsi al mero dato letterale. Invero, la giurisprudenza costituzionale, nell'ottica di una tutela effettiva del principio di terzietà/imparzialità della giurisdizione, che è alla base del dovere di astensione, ha ritenuto che la locuzione *“grado del processo”* vada intesa *“alla luce dei principi che si ricavano dalla Costituzione relativi al giusto processo, come espressione necessaria del diritto ad una tutela giurisdizionale mediante azione (art. 24 della Costituzione) avanti ad un giudice con le garanzie proprie della giurisdizione, cioè con la connaturale imparzialità, senza la quale non avrebbe significato né la soggezione dei giudici solo alla legge (art. 101 della Costituzione), né la stessa autonomia ed indipendenza della magistratura (art. 104, primo comma, della Costituzione). In altri termini, 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”* (così Corte cost. 387 del 1999; vedi anche Corte cost. 460 del 2005).

Pertanto, anche in uno stesso grado si può porre un problema di incompatibilità del giudice che ha partecipato ad una fase anteriore di quel grado. Ma, come ci ricorda la Consulta, occorre che quel giudice abbia adottato una *“decisione”* e la successiva fase



processuale si ponga quale momento “impugnatorio” di questa decisione (ad esempio, nel caso di Corte cost. 387 del 1999, ci si trovava di fronte al medesimo giudice monocratico che, dopo avere adottato il provvedimento in materia di repressione della condotta antisindacale ex art. 28 della legge 300/70 come modificato nel 1977, si trovava decidere dell’opposizione a detto provvedimento; nel caso di Corte cost. 460 del 2005, si trattava della partecipazione al giudizio di opposizione di cui all’art. 18 della legge fallimentare del magistrato che aveva fatto parte del collegio che aveva deliberato la sentenza dichiarativa di fallimento).

Insomma, occorre “... che il procedimento svolgentesi davanti al medesimo ufficio giudiziario sia solo apparentemente “bifasico”, mentre in realtà esso – per le caratteristiche decisorie e potenzialmente definitive del provvedimento che chiude la prima fase e per la sostanziale identità di valutazioni da compiersi in entrambe le fasi nel rispetto del principio del contraddittorio, ancorché realizzato con modalità deformalizzate – si articola in due momenti, il secondo dei quali assume il valore di vera e propria impugnazione, e acquista, pertanto, i caratteri essenziali di “altro grado del processo” ” (così Corte cost. 460 del 2005, richiamata dalle altre pronunzie in materia; vedi ad esempio Corte cost. 78 del 2015).

In assenza di questi due presupposti, una “decisione” e una fase di “impugnazione”, si è al di fuori dello schema e del perimetro dell’art. 51 n. 4) c.p.c. Che, si ricordi, è una norma di stretta interpretazione, “Poiché i casi di astensione obbligatoria del giudice stabiliti dall’art. 51 c.p.c., ai quali corrisponde il diritto di ricusazione delle parti, incidono sulla capacità del giudice e determinano una eccezionale deroga al principio del giudice naturale precostituito per legge ... ” (così in motivazione Cass. 2720/20, che richiama Cass. 22930/17 e Cass. SU 665/64).

Ebbene, queste caratteristiche, ossia una “decisione” e una fase di “impugnazione” non si rinvencono nell’ipotesi di cui all’art. 380 bis c.p.c.

“Il presidente della sezione o un consigliere da questo delegato” si limita a formulare “una sintetica proposta di definizione del giudizio”, proposta che può non essere



accettata dalla parte, che appunto *“può chiedere la decisione”*. La norma, dunque, è chiara nel prevedere una mera *“proposta di definizione”* e nel contrapporre ad essa la *“decisione”* quale esito meramente eventuale e successivo. La rubrica della disposizione - comunque, come noto, di ridotta valenza ai fini esegetici (e certo non vincolante) - neanche depone in senso contrario. La rubrica dell’art. 380-bis c.p.c. non configura, infatti, la *“proposta di definizione”* come una *“decisione”*, ma riferisce quest’ultima solo e soltanto al provvedimento adottato a seguito dell’eventuale istanza della parte che ritenga di non prestare acquiescenza allo *iter* che conduce alla rinuncia del ricorso ed all’estinzione del giudizio, non alla decisione. Conseguentemente, il meccanismo è costruito senza prevedere alcuna forma di impugnazione, ossia un reclamo o un’opposizione motivati: la parte si limita a *“chiedere la decisione”* ed a tal fine è appunto sufficiente una mera *“istanza sottoscritta dal difensore”*, benchè debba ritenersi ammissibile una *“istanza motivata”* (anche se, di regola, le argomentazioni saranno affidate alla memoria depositata in prossimità della camera di consiglio), motivazione che è in ogni caso inidonea a connotarla di carattere impugnatorio di una *“decisione”* che manca del tutto.

La previsione di una *“nuova procura speciale”* rinviene radice e giustificazione non nel carattere impugnatorio dell’istanza di decisione rispetto alla proposta di definizione, bensì nella circostanza che lo sviluppo del procedimento, in presenza della prospettazione contenuta nella proposta di definizione, può condurre all’applicazione delle sanzioni previste dalla disposizione - costituenti strumento diretto a rafforzare i principi di lealtà, trasparenza e soprattutto di collaborazione delle parti in una visione economicistica del processo – delle quali la parte deve ragionevolmente essere resa edotta.

Dirimente è dunque che la fase di impugnazione manca anche perché, come detto, manca una decisione da impugnare, essendo in gioco una mera *“proposta di definizione”*. La quale non confluisce in una decisione, perché se non vi è la richiesta di decisione della parte vi è solo la rinuncia al ricorso e l’estinzione del giudizio *ex art. 391*



c.p.c. Dunque, nel procedimento *ex art. 380 bis* c.p.c. la decisione o è quella finale, resa dal collegio dopo la richiesta di parte, oppure manca del tutto, perché il processo si conclude ai sensi dell'art. 391 c.p.c.

Vale a questo punto la pena richiamare i casi in cui la Consulta, sulla base dei principi sopra esposti, ha escluso la sussistenza dell'obbligo di astensione del giudice nell'ambito del medesimo grado. In particolare, è stata ritenuta costituzionalmente legittima la mancata previsione dell'obbligo di astensione con riguardo: - al giudice delegato al fallimento chiamato a comporre il collegio in sede di reclamo avverso i provvedimenti da lui stesso emessi (sentenza n. 363 del 1998); - al giudice che abbia ammesso i crediti al passivo fallimentare e che poi faccia parte del collegio investito dell'opposizione allo stato passivo (sentenze n. 158 del 1970; n. 94 del 1975; ordinanze n. 304 del 1998; n. 167 del 2001; n. 75 del 2002); - al giudice chiamato a decidere un giudizio promosso dal curatore su sua autorizzazione quale giudice delegato (ordinanza n. 176 del 2001); - al giudice dell'esecuzione chiamato (prima dell'inserimento dell'art. 186 *bis* disp. att. c.p.c.) a conoscere della opposizione agli atti esecutivi ex artt. 617 e 618 c.p.c. (ordinanza n. 497 del 2002); - al giudice che abbia conosciuto della causa in fase cautelare e sia chiamato a partecipare alla sua decisione nel merito (ordinanza n. 359 del 1998 e sentenza n. 326 del 1997); - al giudice che abbia trattato la fase sommaria e sia poi investito della decisione nel merito della causa possessoria (ordinanze n. 101 del 2004 e n. 220 del 2000); - al giudice del lavoro che, nel "rito Fornero" previsto dalla legge 92/12, abbia emesso la prima ordinanza sull'impugnativa di licenziamento e poi sia investito della successiva fase di merito (sentenza n. 78 del 2015) - al giudice che abbia adottato l'ordinanza *ex art. 186 quater* c.p.c. e poi tratti il prosieguo della causa ai fini della successiva decisione (ordinanza n. 168 del 2000).

Ricordate le decisioni della Corte costituzionale che hanno enunciato una nozione dell'incompatibilità del giudice nel processo civile che conduce ad escluderla nel caso in esame, è opportuno soffermarsi sulla fattispecie del giudice che abbia emesso l'ordinanza *ex art. 186 quater* c.p.c.



Si tratta di un'ipotesi di particolare pertinenza, perché, a differenza degli altri casi indicati, relativi a vicende in cui il giudice si limita ad emettere meri provvedimenti sommari, cautelari o resi in un giudizio a cognizione non piena, rivedibili in sede di cognizione piena, l'art. 186-*quater* c.p.c. disciplina un'ordinanza decisoria resa non in via sommaria o cautelare, ma nell'ordinario giudizio di cognizione ad istruttoria compiuta, ordinanza idonea ad acquistare la medesima efficacia di una sentenza in caso di successiva estinzione del giudizio (comma 3 dell'art. 186 *quater*).

Ebbene, la Corte costituzionale ha escluso anche in tal caso l'incostituzionalità della mancata previsione dell'obbligo di astensione richiamando il proprio precedente in punto di rapporto tra decisione cautelare e decisione di merito (Corte cost. 326 del 1997) e sottolineando che i rilievi ivi svolti valgono anche rispetto alla ipotesi dell'art. 186 *quater* c.p.c. Si legge in particolare nell'ordinanza n. 168 del 2000: *“che entrambi i rimettenti - a sostegno dei prospettati dubbi di illegittimità, riguardanti la dedotta menomazione del principio di terzietà-imparzialità della giurisdizione, in ragione della ritenuta negativa incidenza sulla serenità del giudice della così detta "forza della prevenzione" - fanno richiamo alle osservazioni in tal senso svolte da questa Corte nella sentenza n. 326 del 1997; che, tuttavia, agli stessi è sfuggito che, contestualmente, è stato ivi precisato come ben diversa, rispetto alla pluralità dei gradi di giudizio - dove «è l'esigenza stessa di garanzia, che sta alla base del concetto di revisio prioris instantiae, a postulare l'alterità del giudice dell'impugnazione, il quale si trova [...] a dover ripercorrere l'itinerario logico che è stato già seguito onde pervenire al provvedimento impugnato» - ,«si presenta la situazione quando l'iter processuale semplicemente si articola attraverso più fasi sequenziali (necessarie od eventuali poco importa) nelle quali l'interesse posto a base della domanda - e che regge il giudizio - impone l'appagamento di esigenze, a quest'ultimo connesse, di carattere conservativo, anticipatorio, istruttorio, ecc.»; che, in relazione a ciò, dopo aver posto in evidenza la peculiare operatività del principio dispositivo cui è informato il rito civile - nell'ambito del quale la dialettica dei contrapposti interessi si esplica, durante tutto il processo, in relazione*



*ad attività e forme di tutela diverse, che rispondono alle varie esigenze implicate dal diritto o dall'interesse concretamente azionato nel giudizio stesso -, la Corte ha allora concluso che anche nell'ipotesi di provvedimento cautelare (conseguente alla dialettica dei contrapposti interessi, la quale di norma si svolge attraverso il contraddittorio tra le parti, su un piano di «parità delle armi», in una continua funzione propulsiva che condiziona il perseguimento e la stessa conclusione del giudizio: cfr. anche sentenza n. 341 del 1998) non sussiste l'esigenza d'ordine costituzionale d'un obbligo di astensione del giudice, che lo abbia pronunciato ante causam, dal trattare e decidere la successiva causa di merito; che a maggior ragione tali affermazioni valgono con riguardo all'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 186-quater cod. proc. civ., cui il legislatore ha attribuito un effetto anticipatorio della decisione definitiva, da attuarsi in virtù di un meccanismo potenzialmente idoneo a concludere il processo di primo grado (v. anche sentenza n. 385 del 1997); e ciò a fini essenzialmente deflattivi del contenzioso, ritenuti conseguibili grazie all'immediata realizzazione (totale o parziale) del petitum collegata alla possibile rinuncia da parte dell'intimato ad una successiva pronuncia di merito, ovvero all'altrettanto possibile estinzione del giudizio; che allorquando, non verificatesi le condizioni auspiccate dal legislatore per addivenire a detta anticipata conclusione, il giudizio prosegue sino alla pronuncia della sentenza, questa è per sua natura destinata a riassorbire in sé l'ordinanza relativamente al già decisum, salva la possibilità di modificarne in tutto o in parte le statuizioni; che quest'ultima evenienza, peraltro solo ipotetica, non sta punto a significare che il giudice monocratico (e tantomeno il collegio), nell'emanare la decisione finale, debba inevitabilmente ripercorrere l'identico itinerario logico-decisionale già seguito onde pervenire all'adozione dell'ordinanza stessa (come se il legislatore avesse inteso introdurre una doppia decisione in primo grado), ma solo che è dato ad esso di prendere in considerazione le ragioni ulteriormente svolte dalle parti, quantomeno, in sede di comparse conclusionali, memorie di replica ed eventuale discussione orale, sempre su un piano di parità delle armi e nella perdurante operatività del principio*





*dispositivo; che, pertanto, qualunque sia il contenuto della sentenza, il meccanismo processuale in parola, lungi dal violare il diritto di difesa per eventuale incidenza della forza della prevenzione nel giudizio del decidente, offre alle parti una garanzia di maggiore ponderazione del contenzioso in sede decisoria, salvaguardando nel contempo l'esigenza di un pieno rendimento dell'attività giurisdizionale, secondo il principio di concentrazione degli atti e di economia endoprocessuale (cfr. sentenza n. 363 del 1998), che esige appunto la continuità del medesimo giudice nel condurre il processo fino alla decisione conclusiva ...".*

Queste considerazioni (reiterate da Corte cost. 78 del 2015 onde escludere l'incostituzionalità dell'art. 1 comma 151 della legge 92/12 nella parte in cui non prevede la designazione di altro magistrato per la trattazione della fase di merito dopo il provvedimento sommario sull'impugnativa di licenziamento) a maggior ragione valgono e devono valere con riferimento alla fattispecie del nuovo art. 380 *bis* c.p.c. Dove, anzi, non abbiamo un provvedimento decisorio destinato ad acquistare la stessa efficacia della sentenza in caso di estinzione, ma, come detto, una mera "*proposta di definizione*" e null'altro. E, in caso di estinzione, quello che si stabilizza non è il provvedimento del medesimo giudice, ma è il provvedimento impugnato in cassazione e non per una decisione della Corte, ma quale effetto della rinuncia della parte che, in presenza della "*proposta di definizione*" reputa di non darvi più corso.

Se poi la rinuncia non c'è e il processo prosegue, ecco che l'incidenza negativa della "*forza di prevenzione*" non è un ostacolo dirimente. Non lo è in quanto, come accade rispetto all'ordinanza *ex art. 186 quater* c.p.c., al giudice è dato "*... di prendere in considerazione le ragioni ulteriormente svolte dalle parti, ..., sempre su un piano di parità delle armi e nella perdurante operatività del principio dispositivo; che, pertanto, ... il meccanismo processuale in parola, lungi dal violare il diritto di difesa per eventuale incidenza della forza della prevenzione nel giudizio del decidente, offre alle parti una garanzia di maggiore ponderazione del contenzioso in sede decisoria, salvaguardando nel contempo l'esigenza di un pieno rendimento dell'attività giurisdizionale, secondo il*



*principio di concentrazione degli atti e di economia endoprocessuale (cfr. sentenza n. 363 del 1998), che esige appunto la continuità del medesimo giudice nel condurre il processo fino alla decisione conclusiva ...” (vedi la citata ordinanza 168 del 2000) .*

Peraltro, nell'ipotesi dell'art. 380 *bis* c.p.c. l'incidenza negativa della “forza di prevenzione” è ancora più attenuata, per non dire neutralizzata, dal momento che l'estensore della “proposta di definizione” non si trova a decidere da solo, ma decide in un collegio composto da cinque componenti. Nella dimensione collegiale, è ancora più assicurata la “garanzia di maggiore ponderazione del contenzioso in sede decisoria” che la Consulta afferma esistente anche nell'ipotesi dell'art. 186 *quater* c.p.c. Mentre, scongiurato il pericolo di difetto di imparzialità dell'organo decidente, la permanenza del giudice redattore della “proposta di definizione” assicura l'altra esigenza evidenziata dalla Corte costituzionale, ossia quella di assicurare “un pieno rendimento dell'attività giurisdizionale, secondo il principio di concentrazione degli atti e di economia endoprocessuale (cfr. sentenza n. 363 del 1998), che esige appunto la continuità del medesimo giudice nel condurre il processo fino alla decisione conclusiva ...” (Corte cost. 168 del 2000, richiamata sul punto da Corte cost. 78 del 2015).

Inoltre, non è solo la dimensione collegiale a far venire meno i rischi dell'incidenza negativa della “forza di prevenzione”, ma lo è anche il fatto che il giudizio a seguito della richiesta di parte prosegue verso la decisione nel contesto di un contraddittorio pieno, assicurato dalla possibilità delle parti di depositare memorie “non oltre dieci giorni prima dell'adunanza” (art. 380 *bis*.1 c.p.c.). La parte privata che subisce la “proposta di definizione” viene provocata e sollecitata dalle argomentazioni svolte in tale proposta, e in tale ottica il contraddittorio che si sviluppa è, se si può, ancora più pieno e completo che nei procedimenti che seguono il percorso ordinario. Così come è sollecitata anche la parte avvantaggiata dalla “proposta di definizione”, che può avere tutto l'interesse a corroborare ulteriormente le conclusioni contenute in tale proposta. Non solo, ma il contraddittorio può essere arricchito anche dall'eventuale contributo del Pubblico Ministero, che potrebbe ravvisare l'interesse pubblico ad intervenire nella



specifica controversia. Senza poi considerare che nulla esclude l'eventuale rimessione del ricorso alla pubblica udienza *“quando la questione di diritto è di particolare rilevanza”* (art. 375 comma 1 c.p.c.), con l'ulteriore arricchimento garantito dalla discussione orale.

D'altro canto, anche rispetto al meccanismo del previgente art. 380 *bis* c.p.c. si è sempre esclusa la sussistenza del dovere di astensione in capo al magistrato estensore della *“relazione - proposta”* poi esaminata dalla Sezione filtro (la *ex* Sesta sezione civile). Prima della modifica introdotta dall'art. 1 *bis* comma 1 lett. e) del decreto legge 168/16, convertito con modificazioni dalla legge 197/16, si trattava di *“una relazione con la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia”*. Dopo la miniriforma del 2016, tale relazione è stata sostituita da una *“proposta”* ravvisante un'ipotesi di inammissibilità, manifesta fondatezza o manifesta infondatezza del ricorso. La legge non prevedeva l'obbligo di motivare tale proposta, ma nel Protocollo di intesa del 15 dicembre 2016 intervenuto tra la Corte di cassazione, il Consiglio Nazionale Forense e l'Avvocatura generale dello Stato si è ovviato a tale mancanza e si è indicata la necessità di una *“succinta motivazione”* di detta proposta.

Al di là delle espressioni utilizzate, *“relazione”* o *“proposta”*, si era in presenza di un atto molto simile a quello poi indicato dal nuovo art. 380 *bis* c.p.c. introdotto dalla legge 149/22. Era un atto con cui il consigliere relatore prendeva posizione sul ricorso. Nondimeno egli non diventava incompatibile rispetto alla successiva fase decisoria. E ciò *“... in quanto tale proposta non riveste carattere decisorio, essendo destinata a fungere da prima interlocuzione fra il relatore e il presidente del collegio, senza che risulti in alcun modo menomata la possibilità per il collegio, all'esito del contraddittorio scritto con le parti e della discussione in camera di consiglio, di confermarla o modificarla (nella specie, la Corte di cassazione respinse l'istanza di ricusazione del giudice relatore, avanzata dal ricorrente nella memoria successiva alla formulazione della proposta ex art. 380-bis, comma 1, c.p.c., sul presupposto che il relatore si sarebbe rivelato di parte, nel propendere apoditticamente per l'inammissibilità del ricorso, in*



*contrasto con le circostanze di fatto, la legge e la giurisprudenza evidenziate nel ricorso medesimo: Cass. Sez. 6 - 2, 16/03/2019, n. 7541. Si vedano anche Cass. Sez. 3, 29/11/2010, n. 24140, e Cass. Sez. 3, 26/11/2007, n. 24612, che negavano l'obbligo di astensione del magistrato autore della relazione redatta ai sensi dell'art. art. 380 bis c.p.c. - nella formulazione operante prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 168 del 2016, convertito dalla l. n. 196 del 2016-, ove le parti sostengano l'erroneità delle considerazioni in essa svolte; ancora, Cass. Sez. U, 23/06/2015, n. 13018, riguardante una frase contenuta nella relazione ex art. 380 bis c.p.c.). ...." (così si legge in Cass. 2720/20, relativa a ricusazione presentata contro giudice estensore di proposta di inammissibilità di ricorso per revocazione di provvedimento della Corte di cassazione; cfr. altresì, tra le successive pronunzie massimate, Cass. 27305/21).*

Dette considerazioni conservano validità anche con riguardo al procedimento regolato dal novellato art. 380 *bis* c.p.c., che sostanzialmente si distingue dal precedente solo perché vi è la conclusione del processo con la rinuncia al ricorso e l'estinzione del giudizio se si accetta la proposta. Ma, fermo che per quanto detto sopra tale meccanismo non trasforma la mera "*proposta*" in una decisione, l'altro dato dirimente è che la successiva decisione in caso di mancata adesione alla proposta non si pone in termini di impugnazione di tale atto. Così come non aveva tale carattere impugnatorio la successiva decisione collegiale resa dopo la "*relazione - proposta*" nella vigenza del vecchio art. 380 *bis* c.p.c.

Va aggiunto poi che la soluzione qui accolta soddisfa anche un'interpretazione sistematica delle innovazioni introdotte dalla legge 149/22. In particolare, i nuovi artt. 183 *ter* e *quater* c.p.c., che hanno introdotto le ordinanze di accoglimento e rigetto della domanda rispettivamente per manifesta fondatezza e manifesta infondatezza, nel prevederne la reclamabilità e la potenziale idoneità a definire il giudizio, hanno stabilito che "*In caso di accoglimento del reclamo, il giudizio prosegue innanzi ad un magistrato diverso da quello che ha emesso l'ordinanza reclamata*" (così gli ultimi commi di tali norme).



Il legislatore ha, dunque, espressamente preso posizione al riguardo, ritenendo necessaria la sostituzione del giudice sull'evidente presupposto di una valutazione della sua incompatibilità a decidere nuovamente la medesima *res iudicanda*. Mentre il legislatore nulla ha detto con riguardo all'art. 380 *bis* c.p.c. Questa diversità, nel contesto di una riforma unitaria, induce ad ipotizzare una scelta consapevole: di affermare l'incompatibilità in un caso e non nell'altro.

Certo, se tale incompatibilità emergesse dal sistema il silenzio del legislatore non sarebbe decisivo. Ma, come detto, rispetto al nuovo art. 380 *bis* c.p.c. non è questa la conclusione a fronte dei parametri di riferimento forniti dalla Corte costituzionale. E, allora, il silenzio del legislatore, contrapposto alla espressa presa di posizione per altri istituti, diventa significativo al contrario (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*).

Esemplificativo sul punto è quanto accaduto per l'asserita incompatibilità del giudice dell'esecuzione a conoscere delle opposizioni agli atti esecutivi proposte contro suoi provvedimenti. Vi erano dubbi al riguardo, ma Corte costituzionale (con la citata ordinanza n. 497 del 2002) escluse la dedotta incompatibilità sottolineando *"che non possono applicarsi al processo civile ed ai processi amministrativi e tributari i principi elaborati con riferimento al processo penale, e segnatamente alle incompatibilità di cui all'art. 34 del codice procedura penale, diverse essendo natura, struttura e funzione del processo penale, nel quale sussistono i principi dell'obbligatorietà dell'azione in capo ad un organo pubblico, l'indisponibilità della stessa, l'indefettibilità della pronuncia del giudice (sentenze n. 326 del 1997, n. 51 del 1998, n. 363 del 1998 e, da ultimo, n. 78 del 2002); che questa Corte ha anche stabilito che il processo civile, informato all'operatività del principio dispositivo, si svolge su un piano di parità delle parti secondo il principio del contraddittorio e che il convincimento del giudice subisce di regola la mediazione dell'impulso delle parti (fra le molte, sentenze n. 326 del 1997, n. 51 del 1998, e ordinanza n. 356 del 1997); che tali principi, ripetutamente affermati in numerose pronunce di questa Corte riguardanti il processo civile e quello amministrativo (fra le molte, ordinanze n. 126 del 1998, n. 304 del 1998, n. 168 del*



2000, n. 220 del 2000, n. 167 del 2001), vanno confermati nel caso dell'opposizione agli atti esecutivi, regolata dagli artt. 617 e 618 cod. proc. civ., non essendovi identità di *res judicanda* tra il processo esecutivo e l'eventuale causa di opposizione, né trattandosi di un'impugnazione in senso proprio, dal momento che il giudice dell'opposizione agli atti esecutivi, anche quando l'atto oggetto di opposizione è costituito da un provvedimento del giudice dell'esecuzione, giudica in un processo a cognizione piena, nel contraddittorio delle parti, sulle cui domande ed eccezioni deve in ogni caso pronunciarsi".

Di fronte a questa pronunzia, il legislatore si trovò a fare una scelta: confermare l'assetto vigente, escludente questa incompatibilità, oppure adottare una norma *ad hoc*, che la prevedesse. E tale scelta fu compiuta in questo secondo senso, con l'introduzione (da parte della legge 69/09) dell'art. 186 *bis* disp. att. c.p.c., stabilente che "I giudizi di merito di cui all'articolo 618, secondo comma, del codice sono trattati da un magistrato diverso da quello che ha conosciuto degli atti avverso i quali è proposta opposizione". In difetto di tale norma, il G.E. avrebbe potuto continuare a trattare tali giudizi.

Analogamente, in difetto di una norma *ad hoc* e non ricorrendo i presupposti che impongono al giudice di astenersi ex art. 51 n. 4) c.p.c. (si ripete, avere adottato una decisione che si è chiamati a rivalutare in sede di *revisio prioris instantiae*), può far parte del collegio decidente il magistrato estensore della "proposta di definizione" di cui all'art. 380 *bis* c.p.c.

Così si rispetta la scelta di fondo del legislatore e si rispetta il dato normativo, che non pone alcuna incompatibilità. Laddove l'interpretazione opposta, ossia quella prevedente l'incompatibilità, darebbe vita ad una sostanziale revisione ortopedica della norma, revisione come visto costituzionalmente non necessitata. Come non lo era, come ci ricorda la Consulta (Corte cost. 78 del 2015), quella prospettata in relazione all'art. 1 comma 51 della legge 92/12, di cui veniva sostenuta una lettura nel senso "della enucleabilità di una previsione di necessaria terzietà del giudice che decide



*sull'opposizione ex art. 1, comma 51, della legge n. 92 del 2012 rispetto a quello che ha pronunciato l'ordinanza opposta". Ebbene, secondo il Giudice delle leggi, "Una siffatta esegesi alternativa – sostenuta anche dalla difesa della ricusante costituita, al diverso fine di sollecitare, sulla base della stessa, una decisione interpretativa di rigetto della questione sollevata dal rimettente – è stata, però, esattamente ritenuta non praticabile dai giudici a quibus. I quali hanno escluso di poter «piegare la disposizione [di cui all'art. 1, comma 51, della legge n. 92 del 2012] fino a spezzarne il legame con il dato letterale», che esprime «una scelta precisa del legislatore», per cui «il rito nasce ab origine come affidato al medesimo giudice» (vedi Corte cost. 78 del 2015).*

Anche nel caso del nuovo art. 380 bis c.p.c. accedere alla tesi dell'incompatibilità del redattore della *"proposta di definizione"* significherebbe *"piegare la disposizione ... fino a spezzarne il legame con il dato letterale che esprime una scelta precisa del legislatore"*. E tutto ciò in nome di un asserito pregiudizio dei valori di terzietà/imparzialità insussistente alla luce delle regole di fondo delineate dalla giurisprudenza costituzionale.

Specularmente, a fronte di questa giurisprudenza, non sussistono profili di incostituzionalità per la mancata previsione dell'incompatibilità del magistrato redattore della *"proposta di definizione"* a far parte del Collegio deputato alla *"decisione"* resta necessaria dall'istanza della parte.

L'inesistenza di profili di illegittimità costituzionale determinati dall'inesistenza della accennata situazione di incompatibilità connota una differente soluzione di ragioni di mera, eventuale, opportunità, che, in tesi, possono ritenersi non prive di consistenza e che tuttavia, come tali, rientrano nell'ambito delle scelte riservate alla discrezionalità del legislatore, esercitata con l'art. 380 bis c.p.c. in modo non manifestamente irragionevole, alla luce dell'art. 111 Cost. e dei principi della giurisprudenza costituzionale in ordine ai presupposti dell'incompatibilità del giudice nel processo civile.



Esclusa l'ipotizzata incompatibilità, il ricorso va rimesso alla Seconda sezione civile per la relativa decisione.

Il rappresentante della Procura generale

Per queste ragioni

chiede che la Corte a sezioni unite dichiari l'insussistenza dell'incompatibilità del redattore della "*proposta di definizione*" a partecipare alla fase decisionale nel procedimento di cui al novellato art. 380 *bis* c.p.c., con ritrasmissione del ricorso alla Seconda sezione civile per la relativa decisione.

Roma, 5 febbraio 2024

Il sostituto Procuratore generale

Alessandro Pepe

