

SE LA PARTE POSSA CHIEDERE AL COLLEGIO LA REVOCA DI  
UNA ORDINANZA COLLEGIALE PRIMA DELLA REMISSIONE,  
EX ARTT. 189 E 352 C.P.C. (\*)

1. - La fattispecie decisa dal Tribunale di Varese era la seguente: il Collegio aveva ordinato l'ammissione delle prove testimoniali dedotte dall'attore e resiste dal convenuto. Per effetto dell'art. 280, 3° comma, c.p.c., il Giudice istruttore era stato investito dell'esame testimoniale e della ulteriore trattazione. Il convenuto non si rassegna a vedere eseguito il provvedimento collegiale ed, argomentando dalla revocabilità *ex art.* 279, 4° comma, propone al Presidente una istanza, sollecitando la convocazione del Collegio, onde riesamini l'ordinanza. Il Collegio, per tale guisa investito, rigetta la istanza di revoca, in quanto improponibile prima della remissione *ex art.* 189.

Il problema, che ha una portata pratica e teorica al tempo stesso, non consiste nello stabilire se il collegio abbia o no il potere di revoca e di modifica, *ma quando possa esercitare siffatti poteri.*

Il principio della divisione del lavoro nell'amministrazione del processo ha condotto il legislatore del 1940 a distribuire organicamente i poteri di governo procedurale tra l'istruttore ed il collegio, regolando la relativa competenza interna secondo una legge di progressione temporale.

Mentre sotto l'impero del codice del 1865 la competenza dell'istruttore era una competenza delegata dal collegio (artt. 184, 208, 209, ecc.) il nuovo codice ha stabilito una competenza funzionale *ope legis* dei due organi. La competenza dell'istruttore, che è divenuto il signore della istruzione (Relaz. min. al c.p.c., III, n. 20), ha assunto quindi il carattere della inderogabilità ed *a fortiori* della indisponibilità *ope partis*.

---

(\*) Da «Foro it.», 1954, I, pp. 684 ss.

*Lo scritto annota la seguente massima:*

TRIBUNALE VARESE, 2 settembre 1953, Pres. Martucci, Est. Porrello, Colombo  
c/ Di Massa:

«È inammissibile il reclamo immediato avverso una ordinanza collegiale che ammette le prove».

Al lume di una tale premessa era logico concludere, come hanno fatto alcuni autori<sup>(1)</sup> e giudici<sup>(2)</sup>, che il collegio è temporaneamente incompetente a riesaminare un suo provvedimento, prima della rimessione *ex art.* 189.

La novella processuale (legge 14 luglio 1950 n. 581) che ha introdotto il reclamo, ripropone il problema del carattere derogabile od inderogabile e perciò disponibile o meno della competenza del giudice istruttore, sotto il duplice profilo della competenza gerarchica del collegio e della impugnabilità ad iniziativa di parte.

Se la soluzione dovesse essere nel senso della derogabilità, non mancherebbero argomenti per sostenere l'ammissibilità dell'esercizio del potere di revoca da parte del collegio, e così della proponibilità dell'istanza di riesame, anche prima della remissione dall'istruttore.

La recente riforma processuale, nella quale non pochi pratici del diritto hanno visto un ritorno al vecchio sistema, si inserisce così nel nostro problema. A seconda del grado nel quale le strutture del sistema del 1940 risulteranno modificate dalla novella processuale e quindi plasmato il rapporto di competenza interna, si avrà la risposta all'interrogativo proposto.

2. - Le formule letterali delle norme sull'argomento sono del tutto ambigue: esse assumono un diverso significato in relazione alla conclusione, che si tragga circa la sovrariferita questione di principio.

L'art. 177, 2° comma, applicabile alla fattispecie in via analogica, dice: «le ordinanze possono essere sempre modificate o revocate dal giudice che le ha pronunciate». L'avverbio «sempre» si risolve «in qualsiasi momento», ovvero esprime più semplicemente che «il giudice non è vincolato per sempre dal proprio provvedimento»?

Né valore univoco ha l'altra formula: «le parti, senza bisogno di mezzi di impugnazione, possono proporre al collegio, ecc.» alla quale è riduttiva la formula dell'art. 279, 4° comma, «i provvedimenti del collegio sono modificabili e revocabili dallo stesso collegio e non sono soggetti ai mezzi di impugnazione previsti per le sentenze». Senza bisogno di mezzi d'impugnazione significa che la parte «deve» aspettare la rimessione al collegio od invece che la parte «può» aspettare, ma non anche che «debba» aspettare?

(<sup>1</sup>) ANDRIOLI, *Commento*, 2ª ediz., II, pp. 215-216; D'ONOFRIO, *Commento*, Torino, 1951, *sub art.* 279, p. 359, n. 596.

(<sup>2</sup>) App. Napoli, 22 marzo 1949, *Foro it.*, Rep. 1949, voce *Ordinanza*, n. 8; Cass., 14 luglio 1950, *id.*, Rep. 1950, voce *cit.*, n. 4.

La circostanza che i provvedimenti collegiali non siano soggetti ai mezzi d'impugnazione previsti per le sentenze, parrebbe non escludere la impugnabilità con altri mezzi e segnatamente con la *quaerela revocationis*.

Equivoca è pure la dizione dell'art. 279, 4° comma, da cui ha ragionato il Tribunale di Varese: «le ordinanze del collegio non sono sempre immediatamente esecutive». Essa esclude la proponibilità di una istanza di revoca o solamente l'efficacia sospensiva?

In realtà negare un effetto, come quello sospensivo, non significa negare tutti gli effetti, e perciò può equivalere ad ammettere per implicito la proponibilità della istanza di revoca.

Il meno che si possa dire di questo norma è che essa va ritenuta infelice. Mentre l'art. 280, 3° comma, condurrebbe addirittura ad escludere la proponibilità della istanza di revoca al collegio, la efficacia immediatamente esecutiva *ex art. 279, 4° comma*, parrebbe far concludere in senso inverso sotto pena di essere superflua.

Il problema si riconduce così ai termini, per l'innanzi annunziati, specie se si ha riguardo al fatto che mentre l'art. 280, 3° comma, è stato formulato dal legislatore del 1940, l'art. 279, 4° comma, è stato invece introdotto dalla recente riforma.

3. - Sotto il profilo dello svolgimento pratico, ove fosse ammessa la proponibilità della istanza di revoca, si avrebbe una biforcazione tra il collegio per il riesame dell'ordinanza, ed il giudice istruttore, per la sua esecuzione. Tale fattispecie si è concretamente verificata nel caso in esame. L'altro corno del dilemma invece conduce alla esecuzione del provvedimento e quindi, colla rimessione al collegio, all'esercizio da parte di quest'organo del potere di riesame e di revoca.

Per sostenere la revocabilità, in qualsiasi momento, dell'ordinanza collegiale, si dice: «se l'ordinanza collegiale è revocabile e modificabile, l'interesse pubblico alla economia del giudizio, implica che tale precetto possa essere *a fortiori* osservato, prima della esecuzione dell'ordinanza».

In realtà la parte svantaggiata dall'ordinanza collegiale sente vivamente l'interesse a che il giudice abbia a decidere senza essere influenzato dalle risultanze dei mezzi probatori ammessi.

Si vedrà in prosieguo se l'interesse pubblico postuli una tale esigenza, ovvero la escluda, come ha ritenuto il Tribunale di Varese, argomentando dal carattere esecutorio dell'ordinanza collegiale.

Ciò però non basta. Occorre anche vedere se le strutture del processo istruttorio consentono ad una tale esigenza di realizzarsi.

Per effetto della pronunzia dell'ordinanza collegiale, le parti si trovano innanzi all'istruttore, non più davanti al collegio. Per proporre una istanza revocatoria *ex art. 279, 4° comma*, bisogna essere davanti al collegio; può la parte rivolgersi ad esso, senza passare per il necessario tramite dell'atti-

vità di trattazione e quindi della rimessione *ex art. 189* dal giudice istruttore?

Qui si tocca il punto nevralgico della posizione reciproca dell'istruttore e del collegio, nella fase di istruzione, sotto il profilo della competenza gerarchica interna e quindi della posizione delle parti private rispetto ad essi.

4. - Si dirà: «se il collegio si trova in una posizione di supremazia gerarchica rispetto all'istruttore, la presenza di questi non può essere d'ostacolo all'esercizio dello *ius poenitendi* da parte di quello».

La proposizione si risolve nel ritenere che il collegio, in quanto è stato investito del procedimento, agli effetti della pronunzia dell'ordinanza, debba considerarsene permanentemente investito ai fini dell'esercizio del potere di riesame e di revoca.

Non è difficile vedere che cosa si celi sotto un tale assioma: l'istruzione della causa *ex art. 280, 3° comma*, si scinderebbe tra i due organi, al collegio si attribuirebbero i poteri di governo processuale, il giudice istruttore finirebbe per assumere la veste di giudice delegato del collegio.

Le parti private, in quanto simultaneamente presenti davanti all'organo delegante per il governo istruttorio, ed all'organo delegato per la esecuzione, potrebbero così rivolgere istanze al collegio, senza passare per il tramite dell'istruttore.

Una tale concezione rappresenta all'evidenza un radicale rovesciamento della disciplina del processo, attuata dal codice del 1940, che affidava al giudice istruttore tutti i poteri di direzione processuale, riservando al collegio il solo sindacato posticipato. Essa implica che le strutture del procedimento in fase istruttorie, siano uscite interamente sconvolte dalla novella processuale, con un ritorno a quelle del codice del 1865, che vedeva per l'appunto nell'istruttore un giudice delegato, per poi arrivare a conseguenze ancora più gravi.

Ora tutto ciò non appare fondato.

Il carattere eccezionale e speciale del reclamo al collegio, e la storia della elaborazione legislativa<sup>(1)</sup> nella soggetta materia, non consentono di trarre illazioni in tale senso. Le strutture e la disciplina della istruzione sono infatti rimaste pressoché immutate anche a seguito della legge 14 luglio 1950, n. 581: l'istruttore non è perciò il delegato del collegio alla mera esecuzione del provvedimento collegiale, è il signore della istruttoria

(<sup>1</sup>) La impugnabilità al collegio di tutte le ordinanze istruttorie era ammessa nel decreto e nel progetto approvato dal Senato. Invece l'art. 13 legge cit. limita la esperibilità del reclamo alle sole questioni di ammissibilità di prove.

successiva *ope legis* (art. 280, 3° comma) e non per delega del collegio. L'art. 281 non implica quindi che il collegio, quando non trattenga la istruttoria, eserciti un potere di delegazione, ma bensì esso contempla un'eccezionale potere di avocazione, anche dando alla rinnovazione dell'esame testimoniale il lato senso di assunzione *ex novo*(<sup>4</sup>).

La disciplina della competenza interna tra istruttore e collegio *ex art.* 280, 3° comma, è caratterizzata da una rigorosa progressione temporale. È stato del resto osservato dalla dottrina(<sup>5</sup>) che, anche nella ipotesi del reclamo, occorre la rimessione dall'istruttore, perché il collegio ne risulti investito, ed a lui compete pure la deliberazione della ritualità come *iudex a quo*.

Se si dovesse prendere una strada diversa, non si vedrebbe a quale organo vada rivolta la istanza di parte, per sollecitare la convocazione del collegio: mi pare da escludersi che il presidente, come nella fattispecie è accaduto, possa costituire tale organo di rappresentanza esterna del collegio.

Il collegio pertanto eserciterà lo *ius poenitendi*, quando la causa gli sarà rimessa ulteriormente a sensi dell'art. 189 e non prima.

5. - Ma si obietterà: «il superiore gerarchico (e quindi il collegio) ha nei confronti dell'inferiore (l'istruttore) per definizione i poteri di direttiva e sostituzione, epperò può anche utilizzarli per revocare un proprio provvedimento, senza che ne sia impedito dalla competenza dell'istruttore. L'esercizio del potere di riesame e di revoca si risolve in una diversa direttiva, che il collegio dà e può dare all'inferiore gerarchico».

«Le parti private, proponendo una istanza di revoca, non fanno che, eccitare l'esercizio del potere di direttiva da parte del superiore, inserendosi nel rapporto gerarchico tra i due organi».

È stato ritenuto dalla dottrina (Andrioli, II, 215) che tra il collegio e l'istruttore corra una relazione di natura gerarchica; la reclamabilità della ordinanza istruttoria rafforza tale rilievo. È però necessario rilevare a questo riguardo che le parti, quando sono innanzi all'istruttore *ex art.* 280, 3° comma, non possono ritenersi già virtualmente davanti al collegio, per via del rapporto gerarchico, in quanto questo non si manifesta in una forma stabile. Il collegio non è infatti un organo stabile del processo, che possa in ogni momento intervenire sull'istruttore *ex auctoritate propria*,

(<sup>4</sup>) In tale senso CARNELUTTI, *istituzioni dir. proc. civ.*, n. 435; ANDRIOLI, *Commento*, cit., II, p. 217; in senso contrario: D'ONOFRIO, *Comm.*, cit., *sub art.* 281, p. 360, n. 598.

(<sup>5</sup>) LIEBMAN, *Pronuncia di improponibilità del reclamo al collegio*, in *Foro it.*, 1951, IV, p. 209.

vigilando, impartendo direttive ed esercitando i poteri di annullamento, riforma, sostituzione. Il collegio non è nemmeno riunito in permanenza.

Il rapporto tra i due organi non ha in definitiva una durata costante: ciò implicherebbe una coesistenza e funzione parallela per tutto il corso della istruzione. Un siffatto postulato è quindi da escludersi *a priori*: il rapporto gerarchico si manifesta solo quando la causa è rimessa al collegio *ex art.* 189 ed eccezionalmente nella ipotesi di reclamo, relativamente alle mere questioni di ammissibilità di prove. L'esercizio del potere di direttiva, da parte del collegio si avrà perciò, a sostituzione avvenuta dell'uno all'altro organo *ex art.* 189, quando il collegio pronunzia anziché sentenza, ordinanza collegiale.

Ciò consegue anche a quella norma di progressione temporale, da cui la competenza interna del collegio e dell'istruttore risulta, come s'è detto, regolata.

Alla stregua di queste riflessioni si deve escludere che il collegio abbia un potere di sostituzione anticipata: la reciproca competenza attiene all'ordine inderogabile nel giudizio (*artt.* 189, 279, 280, 3° comma). Alle parti private è quindi da negarsi *a fortiori* un potere dispositivo della competenza interna dei due organi.

In ogni caso, se al collegio fosse da riconoscersi un siffatto potere di sostituzione, non ne deriverebbe la proponibilità della istanza, prima che esso sia esercitato; altrimenti la istanza provocherebbe già di per sé la surrogazione di fatto dell'uno all'altro organo, col pretesto di eccitare l'esercizio del potere di sostituzione. La progressione, di cui s'è discusso, risulta poi riaffermata dalla novella processuale: l'art. 12 legge 14 luglio 1950 (*art.* 177, 3° comma, n. 4) dice che la ordinanza dell'istruttore non può essere da questi revocata o modificata, quando ne sia investito dal reclamo il collegio. Per analogia il collegio non può revocare il suo provvedimento, ove del procedimento sia investito il giudice istruttore.

Trattasi di un'applicazione del medesimo principio, che è insito nel sistema.

6. - Si deve ancora vedere se l'ordinanza collegiale possa essere revocata, prima della rimessione *ex art.* 189, sotto il diverso profilo della sua impugnabilità *ope partis*.

È prevedibile quale sia il ragionamento a questo riguardo: «a sensi dell'art. 177, 3° comma, n. 2, è revocabile l'ordinanza, per la quale non sia esclusa nella fattispecie espressamente la proponibilità di una impugnazione, anche solo in via revocatoria, *ergo* il collegio può esercitare il potere di riesame ed essere investito dalla istanza di parte, senza il necessario tramite dell'istruttore».

Taluno potrà obiettare: la istanza di revoca non configura un vero e proprio mezzo di impugnazione. L'istanza di revoca è invece un vero e proprio mezzo d'impugnazione. Essa ha le seguenti caratteristiche: *a*) tende ad un provvedimento di riforma totale (c.d. revoca) o parziale (c.d. modifica); *b*) in comune colla impugnazione di riparazione (CARNELUTTI, *Sistema*, Padova, 1938, II, n. 569, p. 544) ha la peculiarità di essere rivolta allo stesso giudice che pronunziò il provvedimento gravato; *c*) si inserisce nel rapporto funzionale tra il giudice e lo Stato alla retta istruzione e decisione, traendone il diritto di essere presa in esame per venire rigettata con provvedimento anche tacito od accolta, con provvedimento espresso. Il giudice ha il dovere di accoglierla se consente, quello di rigettarla se dissente.

La questione risolutiva in senso negativo è invece un'altra.

Nel sistema delle impugnazioni dei provvedimenti ordinatori la revocabilità *ope iudicis* è il presupposto indispensabile della impugnabilità *ope partis*. Il giudice può revocare, se è investito del procedimento: se ha la *saisine du juge*.

La formula infelice dell'art. 177, 3° comma, n. 2, c.p.c., applicabile per analogia, non va interpretata nel suo senso letterale, ma bensì in quest'altro: se è esclusa la impugnabilità, ne è anche esclusa la revocabilità. Come ho avuto modo di rilevare altrove, la proposizione si risolve in questa: il giudice non può dare ciò che la parte non può chiedere, il che non implica che il giudice possa dare tutto ciò che la parte chiede. La parte infatti non può chiedere ciò che il giudice non può darle. Quando un organo non è investito della procedura, non ha neppure l'esercizio del potere di riforma: la parte non può chiedere la revoca.

Il collegio dopo la pronunzia della ordinanza collegiale ha esaurito temporaneamente il suo compito, non ha più la *saisine du juge ex art. 280*, 3° comma; la riavrà solo a seguito della rimessione dall'istruttore *ex art. 189 e 352*. L'istanza di revoca si rivela perciò improponibile.

Né alla impugnazione dell'ordinanza consegue l'effetto della investitura del procedimento, da parte dell'organo: ciò si verifica solo nel caso del gravame avverso i provvedimenti decisori.

La ragione è però diversa. Il provvedimento decisorio, componendo la lite, esaurisce temporaneamente la istanza proposta dalla parte all'autorità giudiziaria; essa va riassunta per impugnare. La riassunzione d'istanza è qui congegnata col gravame, la investitura dell'organo destinatario della impugnazione consegue alla riassunzione d'istanza che alla mera impugnazione.

L'ordinanza istruttoria invece non compone la lite, non interrompe la istanza, che anzi sopravvive per tutto il corso del processo, in funzione della cui decisione è data.

Il sistema organizzativo del riesame è quindi necessariamente diverso.

7. - Escluso che le strutture del processo e la funzione degli organi consentano nella fase istruttoria il realizzarsi della revocabilità della pronunzia collegiale, prima della rimessione *ex art. 189*, trattasi di stabilire infine se l'interesse pubblico alla economia del giudizio postuli una siffatta esigenza.

Il Tribunale di Varese ha giustamente rilevato che l'interesse pubblico postula la esigenza contraria.

Siamo nell'ambito delle conseguenze pratiche. L'art. 279, 4° comma, col riconoscere all'ordinanza collegiale efficacia immediatamente esecutiva, dice già di per sé che fra i due inconvenienti: la battuta d'arresto, imposta al procedimento dall'esame e riesame del provvedimento, e l'ipotetico dispendio di attività processuale, mercè la esecuzione, è più pregiudizievole all'interesse pubblico il primo che non il secondo.

Se ad una parte si riconoscesse il diritto di chiedere la revoca di un'ordinanza collegiale, non potrebbe escludersi all'altra il diritto analogo di chiedere la revoca della ordinanza di revoca e così via all'infinito.

Vero è che, ammettendosi la biforcazione tra istruttore e collegio, come praticamente è avvenuto nel caso deciso, l'inconveniente della paralisi istruttoria sarebbe assai attenuato, ma esso si ripresenterebbe nel caso limite che il collegio continuasse a revocare i suoi provvedimenti.

Quel che però sembra la conseguenza più grave è la congestione dell'attività del collegio sull'oggetto della ordinanza, che deriverebbe dalla proponibilità delle istanze di parte vicendevolmente positive e negative. La congestione dell'attività del collegio, nel che si concreterebbe un gravissimo dispendio processuale, finirebbe per essere rimessa al mero libito delle parti private, e segnatamente a quella più interessata alla paralisi del procedimento. Tutti questi argomenti si possono ripetere ed anzi ampliare per il giudizio d'appello in sede di applicazione dell'art. 352.

Al lume di queste considerazioni deve pertanto concludersi per la improponibilità di una istanza di revoca al collegio contro una ordinanza collegiale, prima che sia esaurita la trattazione della causa avanti il giudice istruttore, e quindi prima della rimessione al collegio per la decisione *ex art. 189 e 352 c.p.c.*

*Lo scritto è stato richiamato da:*

P. D'ONOFRIO, *Commentario al codice di procedura civile*, Torino, 1957, I, p. 467 *sub art. 290.*