

Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLOTTI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPAIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

## **Obbligo di astensione, giudice che ha conosciuto della causa in altro grado, ambito di applicazione; ricusazione, violazione dell'obbligo di astenersi, nullità della sentenza**

*L'obbligo di astensione imposto dall'[art. 51 c.p.c., comma 1, n. 4](#), al giudice che abbia conosciuto della causa in altro grado concerne esclusivamente il caso dell'avvenuta partecipazione alla decisione oggetto di gravame, non anche quello dello svolgimento di semplici attività istruttorie, al quale può aggiungersi, a fortiori, il caso della decisione sulla richiesta di riunione di processi, che non incide in alcun modo sulla materia del decidere. Ad identiche conclusioni deve giungersi anche con riferimento al caso in cui il giudice abbia deliberato la richiesta di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto.*

*Anche a seguito della modifica dell'art. 111 Cost., introdotta dalla Legge Costituzionale n. 2 del 1999, in difetto di ricusazione, la violazione dell'obbligo di astenersi da parte del giudice che abbia già conosciuto della causa in altro grado del processo ([art. 51 c.p.c., comma 1, n. 4](#)) non è deducibile in sede di impugnazione come motivo di nullità della sentenza da lui emessa.*

**Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 14.4.2016, n. 7378**

*...omissis...*

Con il primo motivo si lamenta omessa pronuncia, omessa motivazione violazione degli artt. 2506-ter, 2504-bis cod. civ., artt. 111 e 105 cod. proc. civ., rilevando:

a) che la sentenza impugnata reca nella prima pagina e nel dispositivo l'indicazione, colle parte appellata, di fffff

b) che la Corte territoriale aveva omesso di pronunciarsi sulla questione prospettata da ultimo con la memoria di replica, in cui si puntualizzava che fff non consentiva alla estromissione di fffffff - che, rimasta contumace, non aveva svolto alcuna domanda, neanche di rigetto dell'appello - e di UffBanca d'impresa s.pffff intervenuta nel giudizio d'appello quale "cessionaria di un ramo dell'azienda già ffff

c) che, pertanto, andava stralciata la comparsa conclusionale depositata dal medesimo difensore di fff che, senza procura, aveva dichiarato di rappresentare un ulteriore soggetto, fff

La doglianza è infondata, dal momento che, come ammesso dallo stesso ricorrente, la Corte territoriale, pur non affrontando la questione ha chiaramente pronunciato nei confronti di fffff talchè non s'intende di che si duole il ricorrente, che, peraltro, soccombente in secondo grado, neanche poteva vantare un interesse a conseguire la condanna degli altri soggetti menzionati al pagamento delle spese di lite.

Il secondo, il terzo, il quarto e il quinto motivo di ricorso, per la loro sovrapponibilità e la loro stretta connessione logica, sono esaminabili congiuntamente.

Con il secondo motivo si lamenta omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine alla dedotta questione dell'inesistenza di clausole aventi ad oggetto la risoluzione del contratto di finanziamento, rilevando:

a) che quest'ultimo negozio non prevedeva affatto che l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria operasse come causa di risoluzione;

b) che la lettera d) del punto 1 dell'art. 11 si occupava piuttosto di decadenza dal beneficio del termine per il caso di procedura esecutiva concorsuale;

c) che, infatti, il Tribunale aveva ritenuto che fosse intervenuta non una risoluzione del contratto, ma la decadenza dal termine, in linea del resto con quanto sostenuto dal giudice istruttore chiamato a decidere sulla provvisoria esecuzione dell'originario decreto ingiuntivo;

d) che, peraltro, neppure sussisteva l'immediata esigibilità di un credito nei confronti della società debitrice principale;

e) che il D.Lgs. n. 270 del 1999 esclude l'applicabilità della L. Fall., art. 55;

f) che l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, lungi dal dimostrare l'insolvenza della società, ne confermava le ragionevoli possibilità di ripresa;

g) che la verifica dello stato passivo nella procedura di amministrazione straordinaria non costituisce accertamento del credito neppure tra le parti della procedura;

g) che anche il Commissario straordinario della debitrice principale aveva dato atto che non vi era stata alcuna risoluzione del contratto tra l'allora M. s.p.a. e la F. Ingegneria s.p.a.

Con il terzo motivo si lamenta violazione del D.Lgs. n. 270 del 1999, artt. 1 e 18 e L. Fall., art. 55 nonchè omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione e ripropone, nella sostanza, le stesse critiche di cui al secondo motivo.

Con il quarto motivo si lamenta violazione di legge e omessa motivazione su un fatto decisivo, in relazione all'art. 1941 cod. civ., nonché D.Lgs. n. 270 del 1999, artt. 1 e 18.

Ribadito che le banche non avevano richiesto la decadenza dal beneficio del termine contro il debitore principale, avendo scelto di aderire all'amministrazione straordinaria, il ricorrente osserva che non era mai stato allegato alcun ritardo della F. Ingegneria s.p.a., che rappresentava la condizione di escussione dei fideiussori in base a quanto previsto a pag. 2, righe 12 - 15 del negozio fideiussorio.

Con il quinto motivo si lamenta violazione dell'art. 634 cod. proc. civ., art. 2697 cod. civ., D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 50 rilevando:

- a) che non era mai stato prodotto alcun computo contabile o altra prova del quantum debeatur;
- b) che non era stato dimostrato nè quanto era stato erogato dalla banca al debitore principale, nè quanto nel frattempo era stato restituito;
- c) che la comunicazione del Commissario straordinario di ammissione della banca al passivo aveva efficacia meramente interna alla procedura, non aveva fatto seguito ad un accertamento con cognizione piena e comunque non era opponibile al fideiussore, estraneo a tale procedura;
- d) che, in ogni caso, dal provvedimento di ammissione non si evinceva che il credito ammesso fosse quello garantito;
- e) che irrilevanti erano le semplici lettere con le quali la banca aveva informato fffffff. di avere erogato somme neppure precisate; f) che, del resto, anche negli scritti difensivi della controparte non era dato comprendere quale somma fosse stata in concreto versata.

I quattro motivi di ricorso sopra indicati sono, nel loro complesso, infondati.

Leggendo la sintesi che la sentenza impugnata opera della decisione di primo grado, appare esatto il rilievo del ricorrente secondo cui la ratio decidendi di quest'ultima si coglie nell'intervenuta decadenza della debitrice principale dal beneficio del termine, per effetto dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria.

E, tuttavia, il riferimento della Corte nella ricostruzione del motivo di appello, laddove attribuisce al Fffffffa critica secondo cui l'ammissione all'amministrazione straordinaria non costituiva causa di risoluzione, oltre ad essere conforme a quanto emerge dall'atto di impugnazione (nel testo riprodotto in ricorso), è, comunque, del tutto irrilevante, giacchè, in definitiva, il punto cruciale della controversia era se, ai fini della decadenza dal beneficio del termine, l'ammissione straordinaria fosse assimilabile alle procedure concorsuali.

Ora posto che, non riproducendo il ricorso il tenore della clausola contrattuale, deve prendersi atto, in conformità alla ricostruzione dei giudici di merito, che la stessa indicava le procedure concorsuali come causa di decadenza, osserva il Collegio che le conclusioni della Corte territoriale sono assolutamente coerenti con la normativa dettata dal D.Lgs. n. 270 del 1999, che qualifica esplicitamente l'amministrazione straordinaria come la procedura concorsuale della grande impresa commerciale insolvente, con finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali (art. 1), correlandola ad una dichiarazione dello stato di insolvenza (art. 3), cui segue l'affidamento della gestione ad un

commissario giudiziale (art. 19), il divieto di azioni esecutive individuali (art. 48) e la procedura di accertamento del passivo (art 53).

Ciò posto, il mancato richiamo della L. Fall., art. 55 da parte del D.Lgs. n. 270 del 1999, art. 18 non assume alcun rilievo nella vicenda in esame, dal momento che il fondamento della decadenza si rinviene nella espressa pattuizione negoziale, con la quale le parti hanno regolato i loro interessi patrimoniali.

In questa prospettiva, la scelta della creditrice di non opporsi giudizialmente alla procedura di amministrazione straordinaria non spiega alcuna efficacia preclusiva rispetto all'azione proposta nei confronti del fideiussore.

Quanto poi alle critiche che sotto vari profili investono la determinazione del quantum debeatur, esse sono infondate, dal momento che razionalmente la Corte territoriale ha posto a fondamento del proprio convincimento sia le lettere inviate dalla banca alla debitrice principale nelle quali si dava atto di avere erogato diversi miliardi di Lire in esecuzione del contratto di finanziamento, sia la comunicazione del Commissario straordinario relativa all'ammissione della banca ricorrente al passivo.

E' evidente che tali elementi non sono stati valorizzati nella loro realtà atomistica, ma nel loro insieme.

Peraltro, le doglianze del ricorrente criticano la valenza di tale documenti senza riprodurne il contenuto, in tal modo precludendo la verifica su basi obiettive delle denunciate fratture nel percorso argomentativo del giudice di merito.

3. Con il sesto motivo di ricorso si lamenta violazione dell'art. 51 c.p.c., comma 1, n. 4, e comma 2, artt. 158 e 161 cod. proc. civ., art. 111 Cost., rilevando che solo a seguito della pronuncia della Corte d'appello si era potuto riscontrare che del Collegio aveva fatto parte il dott. L., il quale aveva, come giudice istruttore del Tribunale di Perugia, negato la riunione del presente procedimento ad altri e rigettato la richiesta di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo.

La doglianza è infondata, sotto vari profili.

In primo luogo, si osserva che l'obbligo di astensione imposto dall'art. 51 c.p.c., comma 1, n. 4, al giudice che abbia conosciuto della causa in altro grado concerne esclusivamente il caso dell'avvenuta partecipazione alla decisione oggetto di gravame, non anche quello dello svolgimento di semplici attività istruttorie (Cass. 27 marzo 2001, n. 4412), al quale può aggiungersi, a fortiori, il caso della decisione sulla richiesta di riunione di processi, che non incide in alcun modo sulla materia del decidere.

Ma ad identiche conclusioni deve giungersi anche con riferimento al caso in cui il giudice abbia deliberato la richiesta di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, giacchè anche la giurisprudenza costituzionale, pur premettendo che l'espressione " in altro grado del processo" deve ricomprendere anche la fase di un processo avente carattere di autonomia e non può essere limitata al solo grado del processo in senso stretto, ha costantemente affermato (si veda, in particolare, la sentenza 15 ottobre 1999, n. 387) che, per aversi identità di causa, la pronuncia deve attenere al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni sul merito dell'azione proposta nella prima fase (Cass., Sez. Un., 8 ottobre 2001, n. 12345).

Inoltre, anche a seguito della modifica dell'art. 111 Cost., introdotta dalla Legge Costituzionale n. 2 del 1999, in difetto di ricusazione, la violazione dell'obbligo di astenersi da parte del giudice che abbia già conosciuto della

causa in altro grado del processo (art. 51 c.p.c., comma 1, n. 4) non è deducibile in sede di impugnazione come motivo di nullità della sentenza da lui emessa, giacché la norma costituzionale, nel fissare i principi fondamentali del giusto processo (tra i quali, appunto, l'imparzialità e terzietà del giudice) ha demandato al legislatore ordinario di dettarne la disciplina e, in considerazione della peculiarità del processo civile, fondato sull'impulso paritario delle parti, non è arbitraria la scelta del legislatore di garantire, nell'ipotesi anzidetta, l'imparzialità e terzietà del giudice tramite gli istituti dell'astensione e della ricasazione. Nè detti istituti, cui si aggiunge quello dell'impugnazione della decisione nel caso di mancato accoglimento della ricasazione, possono reputarsi strumenti di tutela inadeguati o incongrui a garantire in modo efficace il diritto della parti alla imparzialità del giudice, dovendosi, quindi, escludere un contrasto con la norma recata dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la quale, sotto l'ulteriore profilo dei contenuti di cui si permea il valore dell'imparzialità del giudice, nulla aggiunge rispetto a quanto già previsto dal citato art. 111 Cost. (Cass. 4 giugno 2008, n. 14807).

In conclusione, il ricorso principale va rigettato. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

pqm

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in Euro 15.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese forfetarie e accessori di legge.