

Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - 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 CHIARAVALLI (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 (Consigliere 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 LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella STILO (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio VALITUTTI (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Astensione del giudice ex art. 51 c.p.c., comma 1, n. 4: il giudice deve aver conosciuto il merito della causa in altro grado del giudizio

La norma di cui all'[art. 51 c.p.c., comma 1, n. 4](#) (secondo cui il giudice ha l'obbligo di astenersi se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico), postula una situazione di incompatibilità, la quale presuppone che il giudice abbia conosciuto il merito della causa in altro grado del giudizio, nella presunzione che la partecipazione deliberante alla sua adozione possa rendere il giudicante meno libero di decidere in fase di impugnazione sugli errori eventualmente commessi, considerato anche che la precedente cognizione aveva avuto ad oggetto il medesimo thema decidendum.

Cassazione civile, sezione terza, ordinanza del 18.7.2016, n. 14655

...omissis...

La Corte letta l'istanza di zzzzzzz. impugna la sentenza n. 140 in data 9 febbraio 2010 con la quale la Corte di appello di Bologna, decidendo in sede di rinvio, ha rigettato le domande proposte dall'odierno ricorrente nei confronti della s.r.l. I. per il pagamento

di corrispettivo professionale, ha, quindi, condannato gli eredi dell'(altro) originario convenuto zzz risarcimento dei danni in favore del predetto avv. G., liquidandoli in Euro 914,26 oltre accessori e spese dell'intero giudizio e compensato, invece, tali spese nei rapporti con la I.; rilevato che, a fondamento dell'istanza di ricusazione, viene dedotto che il consigliere Frasca, chiamato a comporre il collegio in qualità di relatore, dovrebbe astenersi, così come espressamente sollecitato, essendo stato relatore ed estensore della sentenza n. 15699 in data 11 luglio 2006 di cassazione con rinvio; esaminata la memoria depositata dalla parte istante; in esito alla discussione sull'istanza, tenuta nella camera di consiglio del 20 aprile 2016 e alle conclusioni assunte dal P.G. in quella sede.

Osserva

Con l'istanza di ricusazione si profila l'esistenza di un obbligo di astensione e, precisamente, di quello previsto dall'art. 51 c.p.c., n. 4, a carico del giudice della causa che "ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo": tanto sul presupposto che la sentenza di cassazione con rinvio, di cui il consigliere Frasca è stato relatore ed estensore, non abbia enunciato un principio di diritto, ma abbia "direttamente determinato il contenuto della sentenza di rinvio", segnatamente con riguardo alla valenza da attribuire al fax del 9 maggio 1997, già assunto a fondamento della decisione cassata.

Come è noto, la norma di cui all'art. 51 c.p.c., comma 1, n. 4, postula una situazione di incompatibilità, la quale presuppone che il giudice abbia conosciuto il merito della causa in altro grado del giudizio, nella presunzione che la partecipazione deliberante alla sua adozione possa rendere il giudicante meno libero di decidere in fase di impugnazione sugli errori eventualmente commessi, considerato anche che la precedente cognizione aveva avuto ad oggetto il medesimo thema decidendum. In tale prospettiva le Sezioni unite della Corte (sentenza 25 ottobre 2013, n. 24148) hanno affermato il principio - dal quale il ricorrente mostra di non dissentire, assumendone, piuttosto, l'inapplicabilità nel caso concreto - secondo cui qualora una sentenza pronunciata dal giudice di rinvio formi oggetto di nuovo ricorso per cassazione, il Collegio della Corte può essere composto anche con magistrati che hanno partecipato al precedente giudizio conclusosi con la sentenza di annullamento, in quanto ciò non determina alcuna compromissione dei requisiti di imparzialità e terzietà del giudice; invero il giudizio di legittimità non si riferisce direttamente alla domanda proposta dall'attore, bensì alla decisione già assunta su tale domanda al fine di verificarne, appunto, la correttezza.

Merita puntualizzare che siffatto principio - proprio perchè si giustifica con la natura e finalità proprie del giudizio di legittimità, che non si riferisce direttamente alla domanda proposta dall'attore, bensì alla decisione già assunta su tale domanda al fine di verificarne, appunto, la correttezza - trova applicazione non solo quando una prima decisione di legittimità abbia condotto all'annullamento con rinvio della statuizione impugnata per la riconosciuta sussistenza del denunciato error in procedendo del giudice che l'ha emanata, ma anche ove la cassazione con rinvio sia stata determinata da un error in iudicando. In particolare le Sezioni unite - nell'affermare l'applicabilità del suindicato principio nell'ipotesi di cassazione con rinvio per riscontrata violazione o falsa applicazione di norma di diritto - hanno evidenziato che, anche in tal caso, "il sindacato è esclusivamente di legalità e prescinde da qualsiasi valutazione di merito, riguardando l'interpretazione della norma ovvero la verifica dell'ambito della sua applicazione, al fine della sussunzione della fattispecie concreta - come delineata dal giudice di merito - in quella astratta", con la conseguenza che "il nuovo ricorso per cassazione avverso la statuizione del giudice di rinvio, in tal caso, investe sostanzialmente il controllo dei poteri del medesimo alla stregua del principio di diritto enunciato dalla Corte e a cui egli è tenuto ad uniformarsi" (cfr. sent. n. 21148 del 2013 cit. in motivazione).

Nella specie, la sentenza di cassazione con rinvio risulta pronunciata - previa enunciazione dei principi di diritto applicabili in tema di ratifica espressa o tacita - sulla base del rilievo che la sentenza (allora) impugnata, "quand'anche interpretabile come evocativa di una fattispecie di ratifica tacita", non aveva fatto corretta applicazione dei principi che debbono presiedere all'apprezzamento di una simile fattispecie e dell'ulteriore considerazione, con specifico riguardo al fax del 9 maggio 1997, che la medesima sentenza era incorsa in "un evidente errore di sussunzione del contenuto del fax" - ergo, nel vizio di falsa applicazione di cui all'art. 360 c.p.c., n. 3 - correlativamente individuando le ragioni dell'errore (che non avrebbe dovuto essere ripetuto dal giudice del rinvio).

Evidentemente sfugge alla parte istante per la ricusazione che il vizio di falsa applicazione della legge si risolve in un giudizio sul fatto contemplato dalla norma di diritto applicabile al caso concreto. Non vi è, perciò, (né vi potrebbe essere, trattandosi di una sentenza di cassazione con rinvio) alcuna decisione sulla domanda, né risulta comunque investito il decisum di merito; di conseguenza non è ravvisabile la fattispecie di cui al comb. disp. dell'art. 52 c.p.c., comma 1, e art. 51, comma 1, n. 4.

In definitiva l'istanza di ricusazione va rigettata.

Nulla deve disporsi in ordine alle spese del procedimento di ricusazione non avendo la parte resistente e ricorrente incidentale svolto attività difensiva in questa sede.

pqm

La Corte rigetta l'istanza di ricusazione.