

Centro Studi

Diritto Avanzato

Edizioni

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 addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (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** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Avvocato dello Stato) - 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** (già 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 **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

## Astensione e ricusazione: finalità, limiti e non applicabilità al relatore in cassazione

La ricusazione, quale strumento volto a far valere concretamente la terzietà del giudice, mira a soddisfare non soltanto un interesse generale dell'amministrazione della giustizia, ma anche un diritto soggettivo della parte, alla luce sia dell'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sia del nuovo testo dell'art. 111 Cost., postulandone la tutelabilità giurisdizionale attraverso un procedimento che si conclude con una ordinanza che ha natura decisoria. Tuttavia le ipotesi di ricusazione sono ritenute tassative, così come tassativi sono i casi in cui sussiste il dovere del giudice di astenersi, non potendo l'ordinamento consentire illimitatamente alle parti di ricusare il giudice o a qualunque giudice-persona fisica di astenersi dal decidere: il limite dell'astensione e della ricusazione è dato, da una parte, dal diniego di giustizia, dall'altro, dalla necessaria soggezione alla giustizia.

Con riferimento alla compilazione da parte del relatore in cassazione della proposta di cui all'art. 380 bis va affermato essa non ha efficacia decisoria e non può in alcun modo considerarsi come una sorta di anticipazione del giudizio, con la conseguenza che non sussiste alcun obbligo di astenersi.

NDR: in senso conforme alla prima parte della prima massima Cass. Sez. U., 20/11/2003, n. 17636, e Cass. Sez. U., 22/7/2014, n. 16627; sulla tassatività delle ipotesi di ricusazione si veda Cass., Sez. U., 08/10/2001, n. 12345 e Cass. 27/08/2003, n. 12525.

### **Cassazione civile, sezione sesta, ordinanza del 16.3.2019, n. 7541**

...omissis...

L'avvocato *omissis*, quale difensore in proprio, ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza in epigrafe che aveva confermato l'ordinanza di convalida del Giudice di Pace in un giudizio di opposizione ad ordinanza ingiunzione per violazione del codice della strada. Il relatore della sezione designata di cui all'art. 376 c.p.c., comma 1, ha depositato proposta per l'inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c., comma 1, ed il presidente ha fissato l'udienza camerale del 19/7/2018, in prossimità della quale il ricorrente ha depositato memoria. Il Collegio con ordinanza interlocutoria del 17 agosto 2018 n. 20782 ha disposto trasmettersi gli atti al Presidente titolare della sesta sezione civile affinché valutasse se nella memoria fosse possibile ravvisare un'istanza di ricusazione nei confronti del relatore.

Preliminarmente, deve darsi atto che il procedimento camerale attivato con l'istanza di ricusazione è regolato dall'art. 53 c.p.c., comma 2, con le formalità partecipative ivi previste, quale disciplina speciale applicabile *ratione materiae* rispetto a quella di cui al D.L. n. 168 del 2016, convertito con modificazioni dalla L. n. 197 del 2016 (Cass. Sez. U., ord. 16/2/2017, n. 4098).

Occorre poi evidenziare che non appare possibile tenere conto delle memorie trasmesse a mezzo PEC dal ricorrente in prossimità della udienza camerale fissata per la decisione della ricusazione, atteso che al momento il processo telematico non risulta ancora applicabile al giudizio di cassazione.

Va altresì premesso che gli istituti dell'astensione e della ricusazione costituiscono il necessario coronario processuale del principio di imparzialità del giudice, di rango costituzionale, e con particolare riguardo alla ricusazione, quale strumento volto a far valere concretamente la terzietà del giudice, essa mira a soddisfare non soltanto un interesse generale dell'amministrazione della giustizia, ma anche un diritto soggettivo della parte, alla luce sia dell'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sia del nuovo testo dell'art. 111 Cost., postulandone la tutelabilità giurisdizionale attraverso un procedimento che si conclude con una ordinanza che ha natura decisoria (Cass. Sez. U., 20/11/2003, n. 17636; Cass. Sez. U., 22/7/2014, n. 16627). Tuttavia le ipotesi di ricusazione sono pacificamente ritenute tassative (Cass., Sez. U., 08/10/2001, n. 12345; Cass. 27/08/2003, n. 12525), così come tassativi sono i casi in cui sussiste il dovere del giudice di astenersi, non potendo l'ordinamento consentire illimitatamente alle parti di ricusare il giudice o a qualunque giudice-persona fisica di astenersi dal decidere: "il limite dell'astensione e della ricusazione è dato, da una parte, dal diniego di giustizia, dall'altro, dalla necessaria soggezione alla giustizia".

Orbene, a fronte del contenuto della proposta del relatore nel senso dell'inammissibilità del ricorso, nelle memorie del 12 luglio 2018 il ricorrente ha chiesto espressamente l'astensione ovvero la sostituzione del relatore, richiesta questa da intendersi quale volta a ricusare il magistrato autore della proposta, e ciò sul presupposto dell'erroneità delle conclusioni di cui alla stessa proposta, tacciata di essere manifestamente apodittica e contraddittoria con le risultanze, la legge e giurisprudenza col ricorso allegati, aggiungendosi altresì a pag. 3 che il relatore si sarebbe rivelato di parte, nel propendere con due righe per la detta inammissibilità.

Ad avviso del Collegio non ricorrono le condizioni per l'accoglimento dell'istanza di ricusazione.

In particolare, non è invocabile l'ipotesi di cui all'art. 51, n. 4, (relativo a chi ha conosciuto in altro grado del processo), poichè - a prescindere dalla evidente diversità della situazione qui in esame rispetto a quella ipotesi - è decisivo comunque il rilievo che la predisposizione della proposta da parte del consigliere relatore è prevista dalla legge. In tal senso valga il richiamo alla costante giurisprudenza di questa Corte la quale, sebbene in relazione alla previgente disposizione di cui all'art. 380 bis c.p.c., che prevedeva la compilazione da parte del relatore non già di una semplice proposta, come oggi avviene in conseguenza della novella di cui al D.L. n. 168 del 2016, art. 1 bis, comma 1, lett. e), conv. in L. n. 197 del 2016, ha costantemente ribadito che non è dato ricusare ad opera delle parti il relatore.

In tal senso si era evidenziato che la relazione delineata dall'art. 380 bis non era nè un segmento di decisione (pur revocabile) sottoposto alla "approvazione" del Collegio nè una qualificata opinione versata agli atti: era una proposta di definizione processuale accelerata che traeva le mosse dalla ricorrenza delle condizioni normative di cui all'art. 375 c.p.c., nn. 1 - 2 - 3 - 5, ed indicava alle parti ed al Collegio l'ipotesi di siffatta ricorrenza. Per rendere chiara e "discutibile" tale proposta il relatore non doveva limitarsi ad una indicazione sintetica conclusiva ma doveva formulare una concisa relazione che, all'esito della sintetica narrativa, offriva pubblica attestazione delle ragioni di fatto e di diritto alla base della proposta. Tale meccanismo processuale trovava poi una sua giustificazione razionale nell'esigenza di provocazione del contraddittorio che aveva spinto anche all'introduzione dell'art. 384 c.p.c., comma 4 (ad opera del D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 12,) là dove prevede che la decisione su questioni rilevabili d'ufficio dal Collegio debba essere preceduta dalla assegnazione alle parti di un termine per formulare osservazioni de successivamente ad opera della L. n. 69 del 2009) alla previsione di cui all'art. 101 c.p.c., comma 2. Si è reputato quindi evidente che la relazione in questione non avesse efficacia decisoria e che la stessa non potesse in alcun modo considerarsi come una sorta di anticipazione del giudizio da parte del consigliere relatore (e per di più del collegio, che peraltro procedeva all'esame del ricorso solo dopo aver letto le memorie delle parti, con le loro osservazioni eventualmente critiche rispetto ai contenuti della relazione).

Sempre in tale prospettiva si è assimilata l'attività del consigliere relatore, in questa fase, a quella che viene svolta dal giudice istruttore in applicazione dell'art. 182 c.p.c., con la conseguenza che non sussisterebbe alcun obbligo di astenersi nè per il consigliere relatore, nè per il presidente che ha fissato la adunanza di camera di consiglio ex art. 375 c.p.c., e ciò anche qualora il pubblico ministero o le parti private invocino la erroneità delle considerazioni svolte nella relazione (in tal senso, Cass. n. 24140/2010; Cass. n. 18047/2008; Cass. n. 24612/2007; Cass. n. 9094/2007).

Si è altresì evidenziato come siano anche insussistenti profili di sospetta illegittimità costituzionale del sistema atteso che poichè la relazione si risolve in una mera ipotesi di decisione, il procedimento di cui all'art. 380 bis c.p.c., dà vita ad un procedimento sostanzialmente bifasico per il quale possono valere le considerazioni già svolte dalla Corte costituzionale nei casi di provvedimento cautelare autorizzato ante causam e di successiva cognizione piena in sede di giudizio di merito (sentenza n. 326 del 1997), di decisione emessa ex art. 186 quater c.p.c. (ordinanza n. 168 del 2000), di rinvio cosiddetto restitutorio ex art. 354 c.p.c. (sentenza n. 341 del 1998).

Ritiene il Collegio che tali conclusioni, sebbene riferite alla previgente disciplina dell'art. 380 bis c.p.c., debbano essere tenute ferme anche a seguito della novella.

La sostituzione della relazione con una proposta, che peraltro vede nella legge come destinatario il solo presidente, e non anche le parti (sebbene poi in sede di predisposizione del protocollo volto a dare attuazione alla riforma del 2016, si sia espressamente previsto che la proposta di trattazione camerale ex art. 380 bis, venga notificata alle parti unitamente al decreto di fissazione di udienza presidenziale, senza però che debba trasformarsi in una vera e propria relazione, essendosi indicato quale debba esserne il contenuto essenziale - art. 6 del Protocollo del 15 dicembre 2016 tra

Corte di cassazione, CNF ed Avvocatura Generale dello Stato) impone di mantenere ferma la conclusione circa l'impossibilità di ricusarne l'autore.

La volontà del legislatore di ridurre al minimo gli oneri motivazionali connessi alla proposta (sebbene poi tale determinazione sia stata temperata in sede di adozione del citato Protocollo) conferma la non decisorietà di tale atto, destinato semplicemente a fungere da prima interlocuzione tra il relatore ed il presidente del collegio, senza che risulti in alcun modo menomata la più ampia possibilità per il collegio stesso, all'esito del contraddittorio scritto con le parti e della discussione in camera di consiglio di poter confermare ovvero rivisitare la proposta (cfr. Cass. n. 7605/2017 anche in relazione alla disciplina scaturente dalla novella del 2016) anche mediante la soluzione, alternativa alla decisione in sede camerale, di rinvio della causa alla pubblica udienza come previsto dall'art. 380 bis c.p.c., u.c..

In conclusione, il ricorso deve essere rigettato, con la condanna del ricorrente al pagamento della pena pecuniaria determinata in dispositivo.

Il testo della presente ordinanza deve essere comunicato, ai sensi dell'art. 54 c.p.c., u.c..

Infine ritiene il Collegio che per i contenuti della memoria del 12/7/2018, si renda opportuna la trasmissione degli atti del presente procedimento al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Chieti per le opportune valutazioni circa l'osservanza del dovere di probità e la conformità alla dignità ed al decoro della professione prescritto dall'art. 88 c.p.c..

pqm

La Corte rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento della pena pecuniaria di Euro 250,00 (duecentocinquanta/00); dispone trasmettersi a cura della Cancelleria copia degli atti del procedimento in questione al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Chieti per le determinazioni di sua competenza.