



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, già 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** (Magistrato della Corte dei Conti) - 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 del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed 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, già Magnifico Rettore, Presidente Anvur) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

Decisione sulla ricusazione adottata dallo stesso giudice ricusato, conseguenze pratiche: questione interpretativa ancora aperta

Posto che non può essere il giudice ricusato a decidere della ricusazione, resta da stabilire cosa accada qualora questa regola sia infranta; e cioè, se la decisione sulla ricusazione adottata dal giudice ricusato sia una decisione semplicemente nulla o sia una decisione inesistente, una decisione resa a non iudice. La giurisprudenza di questa Corte è da tempo nel senso che un simile provvedimento è nullo, ma non è inesistente. Ciò posto, vi è una considerazione che sollecita la trattazione del ricorso in pubblica udienza: e cioè le pronunce che aderiscono a detto orientamento non paiono sorrette da un approfondimento motivazionale particolarmente pregnante, giacché, soprattutto, non si cimentano con il frontale conflitto che pare presentarsi tra la decisione sulla ricusazione adottata dallo stesso giudice ricusato ed il precetto costituzionale secondo cui il processo deve svolgersi "davanti a giudice terzo e imparziale". Il che potrebbe oltretutto aprire una questione nuova, come tale intrinsecamente meritevole, essa,

della pubblica udienza: giacché, se la gravità del vizio che affligge l'ordinanza di ricusazione adottata dal giudice ricusato fosse tale da non consentire sanatoria alcuna, resterebbe da stabilire quali ricadute debba avere la decisione sulla ricusazione nel caso considerato, sul "merito" della decisione poi adottata nella controversia dal giudice ricusato (in specie con riguardo al verificarsi di simile eventualità nel giudizio di legittimità, anche avuto riguardo al rilievo che il congegno di cui all'art. 161 c.p.c., comma 1, può applicarsi solo alle decisioni soggette ad appello e a ricorso per cassazione).

Cassazione civile, sezione prima, ordinanza del 13.10.2021, n. 27881

...omissis...

Rilevato

1. L'avvocato S. ricorre per dieci articolati mezzi, nei confronti del Ministero della Giustizia, nonché del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Consiglio dei Ministri, del Presidente della Repubblica, del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, del Presidente del consiglio di Stato, di omissis, contro la sentenza del 16 marzo 2016 con cui la Corte d'appello di Roma ha respinto il suo appello avverso sentenza del locale Tribunale di dichiarazione di inammissibilità della sua actio nullitatis spiegata contro l'ordinanza numero 13997 del 16 giugno 2009 di questa Corte e, in dipendenza di ciò, contro pronunce della stessa Corte di cui si dirà.

2. Il ricorrente ha narrato: aveva proposto alcuni ricorsi per cassazione, tutti fissati per l'udienza del 16 giugno 2009, dinanzi alle Sezioni Unite, nei confronti del Presidente della Repubblica, del Presidente del consiglio dei ministri, del Consiglio dei Ministri, del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, del Presidente del Consiglio di Stato (omissis) e del Ministro della giustizia (omissis); con atto dell'11 giugno 2009 aveva ricusato otto componenti del collegio (omissis) ai sensi dell'art. 51 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 1 e/o 4, con conseguente sospensione dei procedimenti; la ricusazione era stata trattata la stessa mattina del 16 giugno 2009 fissata per la trattazione delle cause cui essa si riferiva, senza che egli ne avesse ricevuto avviso e senza che fossero stati sentiti i giudici ricusati, ed all'esito era stata pronunciata l'ordinanza di rigetto numero 13997 del 16 giugno 2009; il collegio della ricusazione era composto da due giudici ricusati nonché da cinque giudici incompatibili per varie ragioni, e che sarebbero stati ricusati se la fissazione della discussione della ricusazione fosse stata comunicata; successivamente i ricorsi erano stati decisi, quantunque non potessero esserlo per una pluralità di concorrenti ragioni, dal collegio composto dai giudici nei cui confronti era stata indirizzata la ricusazione.

3. Dopodiché, con atto di citazione del 22 novembre 2010 l'avvocato S. ha citato i convenuti più sopra elencati dinanzi al Tribunale di Roma, con actio nullitatis volta a denunciare la nullità-inesistenza giuridica dell'ordinanza resa sulla ricusazione, nullità-inesistenza tale da inficiare del medesimo vizio, per via consequenziale, le pronunce sui ricorsi adottate dal collegio di cui facevano parte i giudici invano ricusati.

4. Istituito il contraddittorio, il Tribunale adito ha dichiarato inammissibile la domanda con compensazione di spese.

5. Proposto appello, cui, per quanto risulta dall'intestazione della sentenza impugnata, ha resistito soltanto il Ministero della giustizia, a mezzo della Avvocatura generale dello Stato, nella contumacia degli altri appellati, esso è stato respinto con condanna alle spese e raddoppio del contributo unificato.

6. Ha osservato la Corte territoriale: "L'appello è infondato. Secondo l'atto di gravame il primo giudice avrebbe travisato l'iniziativa assunta dallo S. in quanto la causa proposta non riguardava il sindacato di pronunce della Cassazione sui ricorsi proposti, bensì la declaratoria di inesistenza giuridica della ordinanza 13997/09, con la quale la Cassazione aveva pronunciato sulle numerose istanze di ricusazione proposte disattendendole, e conseguentemente la declaratoria di inesistenza giuridica delle decisioni di merito successivamente alla ordinanza di ricusazione. Rileva la Corte che, anche ricostruita nei termini ora illustrati, la domanda dello S. si profila come inammissibile. Deduce l'appellante a pag. 11 dell'atto d'appello che "va precisato/ribadito

che la richiesta declaratoria di inesistenza giuridica riguardava/riguarda esclusivamente: a) la ordinanza SSUU 13997/09 sulla ricusazione, vuoi, in rito, perché adottata con la partecipazione di due giudici ricusati, vuoi, ancora in rito, perché adottata in violazione del disposto di cui agli artt. 377 e 378 c.p.c., con la sola partecipazione del PG e in assenza del ricusante non avvisato e senza sentire i giudici ricusati, vuoi perché rigettata sul presupposto non vero, falso in fatto, per mistificazione oggettiva della realtà, data dal fatto che il Collegio ha considerato l'avvenuta partecipazione di cinque giudici ricusati al Collegio che aveva adottato le pronunce assoggettata a revocazione, come partecipazione a causa analoga e non alla causa oggetto di revocazione, e cioè alla stessa causa, come tali "ricadenti" nella incompatibilità di cui all'art. 51 c.p.c., n. 4; b) le pronunce di merito successive alla ordinanza di ricusazione, non in relazione al merito delle pronunce ma solo in relazione: - al vizio di nullità derivato dalla nullità inesistenza giuridica della ordinanza sulla ricusazione; - ai vizi in rito per i quali le decisioni sono state assunte: a) benché fosse operativa la sospensione ex art. 52 c.p.c., comma 3; b) in assenza della riassunzione a cura di parte ex art. 54 c.p.c., comma 4; c) nonostante quanto qui dedotto ai capi sub 2, 3, 4, 5, 6, 7: (come dedotto ai paragrafi 8 della premessa della citazione sopra riportata) vizi, tutti, ripetesi, deducibili esclusivamente con azione autonoma di nullità inesistenza giuridica non altrimenti deducibili in presenza di pronunce della Cassazione non ulteriormente impugnabili". La tesi dell'appellante ossia della ammissibilità e fondatezza della esperita querela nullitatis è priva di fondamento. Si osserva in via generale che per la esperibilità della querela nullitatis occorre che la sentenza difetti di quel minimo di elementi che sono necessari per produrre quell'effetto di certezza giuridica che costituisce lo scopo del giudicato; essa non essendo idonea al giudicato può anche essere oggetto in qualsiasi tempo di autonoma azione di accertamento. E' quindi da escludere che vizi quali quelli nella specie denunciati, siano tali da incidere sulla esistenza stessa delle pronunce e denunciabili con querela nullitatis, risultando integrare invece, ove sussistenti, nullità processuali destinate necessariamente a convertirsi in motivi di impugnazione. Si ritiene affetta da nullità ex art. 158 c.p.c., la sentenza pronunciata da collegio di cui abbia fatto parte il giudice ricusato o astenuto (Cass. 2000/1566; Cass. 1999/14676) e come tale essa non si sottrae al principio di assorbimento del vizio nei mezzi di gravame, come confermato dal richiamo all'art. 161 c.p.c., operato dall'art. 158 c.p.c.. Ne' la circostanza che tali vizi siano dedotti con riferimento a pronunce della Suprema Corte di Cassazione e quindi non altrimenti impugnabile, incide sulla esperibilità della querela, dovendosi altrimenti ritenere che meri errores in procedendo inidonei a riverberarsi sulla esistenza stessa della pronuncia, ossia tali da non pregiudicare la individuazione di quel minimo di elementi che sono necessari per produrre quell'effetto

di certezza giuridica propria della situazione giurisdizionale, all'esito del loro accertamento in ambito di ordinari giudizi di cognizione, e quindi al di fuori della esperibilità del rimedio revocatorio di cui agli artt. 391 bis e 391 ter c.p.c., possono portare all'effetto di minare la stabilità delle statuizioni del giudice di legittimità. Trattasi di una lettura chiaramente abusiva del sistema che pretende di fatto di introdurre, come correttamente rilevato dal primo giudice, un quarto grado di giudizio che si palesa, altresì, manifestamente contraria al principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.. La pronuncia di primo grado merita quindi conferma sebbene integrata la motivazione nei termini sin qui espressi. Non ricorrano i presupposti per l'applicazione degli artt. 88 e 89 c.p.c., non ravvisandosi come sconvenienti le parole di cui si duole parte appellante e contenute nella comparsa di costituzione dell'avvocatura (piuttosto confuso e maniera piuttosto confusa e generica riferiti agli scritti avversari). Le spese del presente grado seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo, tenuto conto del valore indeterminato della causa".

L'Avvocatura generale dello Stato ha depositato controricorso per la presidenza del Consiglio dei Ministri, per il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa e per il Ministero della giustizia, mentre non hanno spiegato difese gli altri intimati.

Considerato

8. Sono formulati dieci motivi.

8.1. Il primo mezzo (pagine 7-10) denuncia, sia in relazione al numero 4 che al numero 3 dell'art. 360 c.p.c., nullità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 281 sexies c.p.c., art. 156 c.p.c., comma 2, artt. 274 bis, 158 c.p.c. e art. 161 c.p.c., comma 1, censurando la sentenza impugnata sull'assunto che la decisione pronunciata ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c., sarebbe prevista per il solo giudice monocratico di tribunale e non per l'appello.

8.2. Il secondo mezzo (pagine 10-13) denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 158-161 c.p.c., dei principi giurisprudenziali in tema di proponibilità della querela nullitatis nel caso di pronunce giuridicamente inesistenti e di individuazione dei criteri e delle ipotesi di inesistenza giuridica, nonché degli artt. 24,25 Cost., art. 111 Cost., comma 1, art. 101 Cost., ed infine della pronuncia numero 78 del 2002 della Corte costituzionale, censurando la sentenza impugnata per aver richiamato due precedenti di questa Corte concernenti un fatto però diverso e meno grave di quello dedotto in questa sede: "-sia perché (come dalla citazione in primo grado, citata e sopra riportata, e anche dalla sentenza qui impugnata) due giudici ricusati (omissis), hanno fatto parte del Collegio giudicante sulla ricusazione che ha adottato la ordinanza 13997/09 omissis.

8.3. Il terzo mezzo (pagina 13-15) denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 158-161 c.p.c., dei principi giurisprudenziali in tema di proponibilità della querela nullitatis nel caso di pronunce giuridicamente inesistenti e di individuazione dei criteri e delle ipotesi di inesistenza giuridica, degli artt. 24,25 Cost., art. 111 Cost., comma 1, art. 101 Cost., della pronuncia numero 78 del 2002 della Corte costituzionale, sotto altro profilo rispetto al secondo motivo, e per violazione e falsa applicazione dell'art. 391 bis c.p.c., art. 395 c.p.c., n. 4 e art. 403 c.p.c., nonché dell'art. 65 ord. giud..

Viene qui ribadito che l'ordinanza resa sulla ricusazione era afflitta da vizi comportanti inesistenza giuridica, derivante da radicale carenza di ius dicere dei giudici ricusati, di concorrere alla decisione della loro ricusazione. Si aggiunge che, anche ad ipotizzare

la sussistenza di una mera nullità dell'ordinanza medesima "non deducibile in una successiva fase processuale... perché verificatasi in sede di revocazione, non può allora negarsi che la stessa possa essere dedotta in via autonoma con actio nullitatis". Si assume che non sarebbe ammissibile che, alla luce dei principi costituzionali invocati, le nullità in rito possano risultare intangibili, tanto più considerando il carattere recessivo del principio di intangibilità del giudicato. Inoltre l'actio nullitatis non potrebbe essere scambiata per un quarto grado di giudizio, come erroneamente sostenuto tanto in primo che in secondo grado.

8.4. Il quarto mezzo (pagina 15) denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 111 c.p.c., comma 6, art. 132 c.p.c., n. 4 e art. 277 c.p.c., ed è riferito, sotto altro profilo, quello motivazionale, ai "fatti del secondo e terzo motivo".

8.5. Il quinto mezzo (pagine 15-16) denuncia nullità della sentenza impugnata per violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., sull'assunto che la Corte d'appello avrebbe mancato di pronunciarsi sul quesito se le anomalie dedotte integrassero inesistenza giuridica, inesistenza che, viene ribadito, "riguardava/riguarda esclusivamente: a) la ordinanza SSUU 13997/09 sulla ricusazione... b) le pronunce di merito successive alla ordinanza sulla ricusazione, non in relazione al merito delle pronunce ma solo in relazione: - al vizio di nullità derivato dalla nullità inesistenza giuridica della ordinanza sulla ricusazione - ai vizi in rito per i quali le decisioni sono state assunte".

8.6. Il sesto mezzo (pagine 16-18) denuncia nullità della sentenza impugnata per violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., sotto altro profilo, evidenziando che la Corte d'appello avrebbe omesso di pronunciare sulla domanda volta a far dichiarare che il collegio delle Sezioni Unite che aveva pronunciato sulla ricusazione, aveva "operato con dolo", in breve per il fatto che i giudici ricusati "avevano contezza, dallo stesso ruolo d'udienza e dalle risultanze delle tabelle, di essere incompatibili, fermo il fatto, in primis, del divieto di legge". Nel corpo dello stesso motivo si lamenta ancora che la Corte d'appello abbia escluso i presupposti per l'applicazione degli artt. 88 e 89 c.p.c., sul rilievo che "si tratta, in tutta evidenza, di una pronuncia decisamente elusiva, sbrigativa, apparente, e comunque meramente assertiva".

8.7. Il settimo mezzo (pagina 18) denuncia nullità della pronuncia per violazione e falsa applicazione dell'art. 112, in relazione agli artt. 88 e 89 c.p.c., lamentando che la Corte d'appello avesse escluso la sussistenza dei presupposti per l'applicazione di dette norme a fronte delle espressioni utilizzate dalla difesa erariale: "quanto confusamente esposto in ordine alla presunta responsabilità di ben 29 magistrati", "in maniera piuttosto confusa e generica", "del tutto pretestuosa è strumentale, ai limiti della temerarietà".

8.8. L'ottavo mezzo (pagina 19) denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 111 Cost., comma 6, art. 132 c.p.c., n. 4 e art. 277 c.p.c. in rapporto agli artt. 88 e 89 c.p.c.: il motivo si sovrappone al precedente, dall'angolo visuale della mancanza di motivazione.

8.9. Il nono mezzo denuncia violazione e falsa applicazione del Testo Unico n. 115 del 2002, art. 13, sulle spese di giustizia in rapporto al D.M. n. 140 del 2012 e successive modifiche, censurando la sentenza impugnata per aver ritenuto la causa di valore indeterminato, quantunque nell'atto d'appello fosse stato esplicitato "che il valore della causa, relativo ad azione di nullità, è riconducibile al più alto scaglione primo fino ad Euro 1.100,00".

8.10. Il decimo mezzo (pagina 19) denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 92 c.p.c., sostenendo che le spese avrebbero dovuto essere almeno in parte compensate, dal momento che la Corte d'appello aveva riconosciuto che il Tribunale aveva errato nell'affermare che l'attore "avesse censurato nel merito le pronunce delle SSUU del 2009, il che in realtà non era".

Ritenuto

9. Il ricorso va rimesso al Presidente della Sezione per l'eventuale assegnazione alla pubblica udienza, involgendo l'esame, tra le altre, di una questione meritevole di approfondimento in diritto, riguardo alla quale appare altresì opportuno ascoltare le conclusioni del Procuratore Generale.

10. I motivi secondo e terzo pongono in realtà due questioni in parte distinte: l'una concernente il fatto che la riconsunzione era stata decisa da un collegio del quale facevano parte due dei giudici riconsunti, l'altra avente ad oggetto il contenuto dell'ordinanza di riconsunzione.

11. Sul primo aspetto, che è quello che a parere del Collegio richiede approfondimento, è da osservare quanto segue.

Secondo il ricorrente, egli, a seguito della fissazione dei ricorsi per l'udienza del 16 giugno 2009, aveva riconsunto otto componenti del collegio dinanzi al quale i ricorsi avrebbero dovuto essere chiamati, tra cui i consiglieri omissis, dopodiché la riconsunzione era stata decisa da un collegio solo in parte diverso, di cui anche questi ultimi, omissis, facevano parte.

E, che le cose stiano effettivamente così, è indubbio, giacché l'identità dei due giudici al tempo stesso riconsunti e partecipi della decisione sulla riconsunzione si evince dalla stessa ordinanza numero 13997 del 16 giugno 2009: basta confrontare l'intestazione dell'ordinanza e l'indicazione dei giudici riconsunti a pagina 2.

Ora, non c'è alcun dubbio - la cosa è intuitiva - che il giudice riconsunto non possa decidere sulla riconsunzione.

Sul tema basterà riassuntivamente richiamare una recente decisione delle Sezioni Unite (ma certo ampiamente radicata in una linea preesistente) secondo cui: "Lo stesso giudice innanzi al quale l'istanza di riconsunzione viene proposta ha, in via anticipata, il potere di sindacare l'ammissibilità e, quindi, di procedere oltre nel giudizio, senza sospenderlo, in caso di ritenuta manifesta inammissibilità: la palese ratio del principio risiede nell'esigenza di evitare l'automatismo dell'effetto sospensivo, impedendo l'uso distorto dell'istituto. Resta, tuttavia, fermo che sull'istanza di riconsunzione - nel fondo - non può giudicare lo stesso giudice avverso il quale essa sia stata avanzata. In altri termini, sebbene valga il condiviso principio predetto, secondo cui spetta pur sempre al collegio riconsunto una sommaria delibazione dell'ammissibilità del ricorso, rimane indefettibile la devoluzione della questione al giudice competente a decidere sulla riconsunzione stessa; la patente inammissibilità del ricorso non assume infatti, in nessun caso, valore ostativo alla rimessione del ricorso per riconsunzione al giudice competente, ma unicamente alla sospensione del giudizio principale... l'art. 53 c.p.c., è costantemente interpretato nel senso che, in nessun caso, sul fondo della riconsunzione possa decidere il soggetto avverso cui l'istanza venga proposta: invero, la norma, la quale attribuisce al collegio la competenza a decidere sulla riconsunzione quando sia riconsunto uno dei componenti del collegio giudicante, va intesa nel senso

che del collegio, che deciderà nel merito sull'istanza di riconsazione, non debbano comunque far parte il giudice o i giudici riconsati... Ciò, sul presupposto generale, secondo cui il principio della terzietà del giudice opera in ogni ambito giurisdizionale" (Cass., Sez. Un., 13 gennaio 2021, n. 461).

Parimenti la Corte costituzionale ha osservato che: "Il diritto ad un giudizio equo ed imparziale, implicito nel nucleo essenziale del diritto alla tutela giudiziaria di cui all'art. 24 Cost., ed oggi espressamente sancito dall'art. 111 Cost., comma 2, sulla falsariga dell'art. 6, comma 1, della convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, comporta certamente che la decisione sulla istanza di riconsazione di un giudice - diretta appunto a far valere concretamente quel diritto - sia assunta da un organo e secondo procedure che assicurino a loro volta l'imparzialità del giudizio. La legge può provvedere (come in effetti provvede) a questo scopo in modi diversi, purché ragionevolmente idonei, componendo l'interesse a garantire l'imparzialità del giudizio con i concorrenti interessi ad assicurare la speditezza dei processi... e la salvaguardia delle esigenze organizzative dell'apparato giudiziario. Ciò che non potrebbe comunque ammettersi è che la decisione sulla riconsazione sia rimessa allo stesso magistrato riconsato, o ad un collegio di cui egli faccia parte anche ai fini di tale decisione" (Corte Cost. 21 marzo 2002, n. 78).

Ergo, come si diceva, non può essere il giudice riconsato a decidere della riconsazione: sul fondo della riconsazione non può mai e in nessun caso decidere il giudice riconsato. Ma - e questo è l'aspetto qui davvero rilevante - resta da stabilire cosa accada qualora questa regola sia infranta; e cioè, se la decisione sulla riconsazione adottata dal giudice riconsato sia una decisione semplicemente nulla, o, come si sostiene in ricorso, sia una decisione inesistente, una decisione resa a non iudice.

Orbene, la giurisprudenza di questa Corte è da tempo nel senso che un simile provvedimento è nullo, ma non è inesistente: "Attinendo la riconsazione ad un vizio dell'attività processuale, causato dall'incompatibilità del giudice riconsato, rispetto alla lite, essa diviene motivo di nullità dell'attività spiegata dal giudice riconsato, convertendosi in motivo di gravame della sentenza, secondo le regole proprie del principio della conversione... dei motivi di nullità in motivi di gravame. Non potendo, infatti, l'incapacità relativa di un giudice essere parificata alla mancata investitura di un non-giudice, l'aver il giudice riconsato preso parte ad un atto del procedimento (financo alla propria riconsazione), può soltanto comportare una questione di nullità della sentenza che definisce il processo, rilevabile alla stregua di altre nullità, al momento della impugnazione della sentenza stessa; nella quale impugnazione confluiranno le censure relative ad eventuale abnormità o inesistenza di provvedimenti incidentali o intermedi, secondo le regole proprie dei gravami avverso i procedimenti che definiscono la controversia" (Cass. 22 febbraio 1993, n. 2176); gli artt. 52 e 53 c.p.c., "non escludono né limitano le guarentigie relative all'imparzialità del giudice, perché l'eventuale vizio causato dall'incompatibilità del giudice riconsato, che abbia preso parte a un atto del procedimento e financo alla propria riconsazione, diviene motivo di nullità dell'attività da lui spiegata e quindi motivo di gravame della sentenza, sicché la tutela processuale viene comunque garantita alle parti che ebbero a proporre l'istanza di riconsazione" (Cass. 23 giugno 2003, n. 9967); "Il vizio causato dall'incompatibilità dei giudici riconsati a far parte del collegio che ha deciso in ordine alla loro riconsazione costituisce motivo di nullità dell'attività dagli stessi spiegata e, quindi, motivo di gravame della decisione impugnata. Va in proposito osservato che questa Corte ha già avuto modo di esaminare la questione della ritualità o meno della composizione del collegio chiamato a decidere sulla fondatezza di una istanza di riconsazione e sui riflessi della eventuale irregolarità sulla stessa sentenza che chiude la fase della cognizione. La detta questione è stata risolta con l'affermazione che sussiste la violazione dell'art. 51 c.p.c., allorché l'istanza di riconsazione venga "decisa" in

contrasto con l'art. 53 c.p.c., con ordinanze emesse... da un collegio "composto dagli stessi magistrati che erano stati ricusati", con la conseguenza che "l'eventuale vizio causato dall'incompatibilità del giudice ricusato, che abbia preso parte a un atto del procedimento e financo alla propria ricusazione, diviene motivo di nullità dell'attività da lui spiegata e quindi motivo di gravame della sentenza" (Cass., Sez. Un., 16 novembre 2007, n. 23729).

Insomma, alla stregua della giurisprudenza di questa Corte, il giudice ricusato non è un non-giudice, e non lo è neppure laddove pronunci sulla propria ricusazione.

E, però, vi è una considerazione che a parere del Collegio sollecita la trattazione del ricorso in pubblica udienza: e cioè le pronunce che precedono non paiono sorrette da un approfondimento motivazionale particolarmente pregnante, giacché, soprattutto, non si cimentano con il frontale conflitto che pare presentarsi tra la decisione sulla ricusazione adottata dallo stesso giudice ricusato ed il precetto costituzionale secondo cui il processo deve svolgersi "davanti a giudice terzo e imparziale".

Il che potrebbe oltretutto aprire una questione nuova, come tale intrinsecamente meritevole, essa, della pubblica udienza: giacché, se la gravità del vizio che affligge l'ordinanza di ricusazione adottata dal giudice ricusato fosse tale da non consentire sanatoria alcuna, resterebbe da stabilire quali ricadute debba avere la decisione sulla ricusazione (sui cui caratteri v. la nota Cass., Sez. Un., 20 novembre 2003, n. 17636, in motivazione), nel caso considerato, sul "merito" della decisione poi adottata nella controversia dal giudice ricusato: in specie con riguardo al verificarsi di simile eventualità nel giudizio di legittimità, anche avuto riguardo al rilievo che il congegno di cui all'art. 161 c.p.c., comma 1, può applicarsi solo alle decisioni soggette ad appello e a ricorso per cassazione.

PQM

Rimette gli atti al Presidente della sezione per l'eventuale fissazione in pubblica udienza.

COORDINATORE Redazionale: Giulio SPINA

Comitato REDAZIONALE INTERNAZIONALE:

Giovanni Alessi, **New York City** (United States of America)
Daria Filippelli, **London** (United Kingdom)
Wylia Parente, **Amsterdam** (Nederland)

Comitato REDAZIONALE NAZIONALE:

Jacopo Maria Abruzzo (**Cosenza**), Danilo Aloe (**Cosenza**), Arcangelo Giuseppe Annunziata (**Bari**), Valentino Aventaggiato (**Lecce**), Paolo Baiocchetti (**L'Aquila**), Elena Bassoli (**Genova**), Eleonora Benin (**Bolzano**), Miriana Bosco (**Bari**), Massimo Brunialti (**Bari**), Elena Bruno (**Napoli**), Triestina Bruno (**Cosenza**), Emma Cappuccio (**Napoli**), Flavio Cassandro (**Roma**), Alessandra Carafa (**L'Aquila**), Silvia Cardarelli (**Avezzano**), Carmen Carlucci (**Taranto**), Laura Carosio (**Genova**), Giovanni M. Casamento (**Roma**), Gianluca Cascella (**Napoli**), Giovanni Cicchitelli (**Cosenza**), Giulia Civiero (**Treviso**), Francesca Colelli (**Roma**), Valeria Conti (**Bergamo**), Cristina Contuzzi (**Matera**), Raffaella Corona (**Roma**), Mariantonietta Crocitto (**Bari**), Paolo F. Cuzzola (**Reggio Calabria**), Giovanni D'Ambrosio (**Napoli**), Ines De Caria (**Vibo Valentia**), Shana Del Latte (**Bari**), Francesco De Leo (**Lecce**), Maria De Pasquale (**Catanzaro**), Anna Del Giudice (**Roma**), Fabrizio Giuseppe Del Rosso (**Bari**), Domenico De Rito (**Roma**), Giovanni De Sanctis (**L'Aquila**), Silvia Di Iorio (**Pescara**), Iliaria Di Punzio (**Viterbo**), Anna Di Stefano (**Reggio Calabria**), Pietro Elia (**Lecce**), Eremita Anna Rosa (**Lecce**), Chiara Fabiani (**Milano**), Addy Ferro (**Roma**), Bruno Fiammella (**Reggio Calabria**), Anna Fittante (**Roma**), Silvia Foiadelli (**Bergamo**), Michele Filippelli (**Cosenza**), Elisa Ghizzi (**Verona**), Tiziana Giudice (**Catania**), Valentina Guzzabocca (**Monza**), Maria Elena Iafolla (**Genova**), Daphne Iannelli (**Vibo Valentia**), Daniele Imbò (**Lecce**), Francesca Imposimato (**Bologna**), Corinne Isoni (**Olbia**), Domenica Leone (**Taranto**), Giuseppe Lisella (**Benevento**), Francesca Locatelli (**Bergamo**), Gianluca Ludovici (**Rieti**), Salvatore Magra (**Catania**), Chiara Medinelli (**Genova**), Paolo M. Storani (**Macerata**), Maximilian Mairov (**Milano**), Damiano Marinelli (**Perugia**), Giuseppe Marino (**Milano**), Rossella Marzullo (**Cosenza**), Stefano Mazzotta (**Roma**), Marco Mecacci (**Firenze**), Alessandra Mei (**Roma**), Giuseppe Donato Nuzzo (**Lecce**), Emanuela Palamà (**Lecce**), Andrea Panzera (**Lecce**), Michele Papalia (**Reggio Calabria**), Enrico Paratore (**Palmi**), Filippo Pistone (**Milano**), Giorgio G. Poli (**Bari**), Andrea Pontecorvo (**Roma**), Giovanni Porcelli (**Bologna**), Carmen Posillipo (**Caserta**), Manuela Rinaldi (**Avezzano**), Antonio Romano (**Matera**), Paolo Russo (**Firenze**), Elena Salemi (**Siracusa**), Diana Salonia (**Siracusa**), Rosangela Santosuosso (**Alessandria**), Jacopo Savi (**Milano**), Pierpaolo Schiattone (**Lecce**), Marco Scialdone (**Roma**), Camilla Serraiotto (**Trieste**), Valentina Siclari (**Reggio Calabria**), Annalisa Spedicato (**Lecce**), Rocchina Staiano (**Salerno**), Emanuele Taddeolini Marangoni (**Brescia**), Luca Tantalò (**Roma**), Marco Tavernese (**Roma**), Ida Tentorio (**Bergamo**), Fabrizio Testa (**Saluzzo**), Paola Todini (**Roma**), Fabrizio Tommasi (**Lecce**), Mauro Tosoni (**Lecco**), Salvatore Trigilia (**Roma**), Annunziata Maria Tropeano (**Vibo Valentia**), Elisabetta Vitone (**Campobasso**), Nicolò Vittoria (**Milano**), Luisa Maria Vivacqua (**Milano**), Alessandro Volpe (**Roma**), Luca Volpe (**Roma**), Giulio Zanardi (**Pavia**).

SEGRETERIA del Comitato Scientifico: Valeria VASAPOLLO



Distribuzione commerciale: *Edizioni DuePuntoZero*

