

AULA 'B'



**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**

Oggetto

**SEZIONE LAVORO**

Demansionamento  
Pubblico Impiego  
Astensione del  
giudice

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ANTONIO MANNA	Presidente
Dott. PAOLO NEGRI DELLA TORRE	Consigliere
Dott. IRENE TRICOMI	Consigliere
Dott. FRANCESCA SPENA	Consigliere rel.
Dott. NICOLA DE MARINIS	Consigliere

**R. G. N. 11784/2016**

Cron.

Rep.

Ud. 25/11/2021

CC

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

sul ricorso 11784-2016 proposto da:

(omissis) , elettivamente domiciliato  
in (omissis) , presso lo  
studio dell'avvocato (omissis) ,  
rappresentato e difeso dall'avvocato (omissis)

;

**- ricorrente -**

**contro**

**2021** COMUNE DI (omissis) , in persona del Sindaco  
**3658** pro tempore, elettivamente domiciliato in (omissis)  
, presso lo studio



dell'avvocato (omissis) , che lo rappresenta e  
difende unitamente all'avvocato (omissis) ;

**- controricorrente -**

avverso la sentenza n. 996/2015 della CORTE  
D'APPELLO di L'AQUILA, depositata il 05/11/2015  
R.G.N. 45/2015;

udita la relazione della causa svolta nella  
camera di consiglio del 25/11/2021 dal Consigliere  
Dott. FRANCESCA SPENA.



PROC. nr. 11784/2016 RG

**RILEVATO CHE**

1. Con sentenza del 5 novembre 2015 la Corte d'Appello di L'Aquila, in riforma della sentenza del Tribunale del Tribunale di Pescara, rigettava la domanda proposta da (omissis), dirigente del COMUNE di (omissis) (in prosieguo: il COMUNE), diretta alla assegnazione delle mansioni di direzione del settore «Lavori Pubblici» ovvero del settore «Urbanistica ed Edilizia» in luogo di quelle di direzione del Settore «Protezione Civile» ed al risarcimento del danno da dequalificazione e demansionamento.

2. La Corte territoriale accoglieva i primi due motivi dell'appello del Comune, con i quali veniva dedotta la inapplicabilità dell'articolo 2103 cod. civ.

3. Premetteva che non trovava applicazione in causa il principio di diritto enunciato nella sentenza di Cass. nr. 11261/2013, relativa ad un precedente giudizio celebrato tra le stesse parti; nella citata sentenza era stata affermata la applicabilità al conferimento dell'incarico dirigenziale dell'articolo 2103 cod. civ. sul presupposto che il Comune non avesse ancora adeguato il proprio ordinamento, come disposto dall'articolo 27 bis D. Lgs. nr. 29/1993, ai principi dell'articolo 3 e del capo II del medesimo decreto legislativo. Nella fattispecie di causa, invece, all'epoca di introduzione del giudizio ed all'epoca di adozione della delibera di assegnazione del dirigente al settore «Protezione civile» (delibera del 2.10.2007 nr. 32) il Comune aveva adeguato il proprio ordinamento a tali principi (trasfusi nel D. Lgs. nr. 165/2001).

3. Doveva pertanto applicarsi il principio, pacifico nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui al passaggio di incarichi dirigenziali non trova applicazione l'articolo 2103 cod. civ.

4. La denunciata dequalificazione era prospettata unicamente in chiave di comparazione tra le mansioni di direzione del settore «Lavori Pubblici» e quelle di direzione del settore «Protezione civile».

5. Ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza (omissis), articolato in due motivi di censura, cui il Comune ha resistito con controricorso.

6. Entrambe le parti hanno depositato memoria

**CONSIDERATO CHE**

1. Con il primo motivo la parte ricorrente ha denunciato ~~ai sensi~~ dell'articolo 360 nr.4 cod. proc. civ. — la nullità della sentenza per violazione dell'articolo 111 Cost.

2. Ha esposto:

- che il Presidente della Corte d'appello di L'Aquila aveva autorizzato, in data 24 aprile 2015, la astensione, ex articolo 51 cod. proc. civ., del giudice dott. (omissis) , in ragione di un incarico professionale conferito dal magistrato, a titolo personale, all' avv. (omissis) , difensore del Comune;

- che successivamente, in data 10 settembre 2015, il dott. (omissis) aveva comunicato il venir meno di qualunque motivo di astensione nei giudizi patrocinati dall'avvocato (omissis) , essendo esaurito ogni incarico professionale conferitogli;

- che il magistrato alla udienza dell'8 ottobre 2015 aveva fatto parte del collegio giudicante.

3. Su tali premesse si lamenta che il Presidente della Corte d'Appello ed il Presidente della sezione lavoro si siano limitati alla presa d'atto della dichiarazione del magistrato che rappresentava il venir meno delle ragioni di astensione, sottraendosi al compito di valutare la possibile violazione della imparzialità e terzietà dell'esercizio della giurisdizione; si evidenzia che mentre la dichiarazione di astensione era stata espressamente autorizzata, sulla seconda dichiarazione il Presidente della Corte d'Appello non aveva reso alcun provvedimento, limitandosi a disporre la comunicazione al Presidente di Sezione.

4. Si invoca la applicazione del principio secondo cui il giudice che, per qualsiasi motivo, si sia astenuto non può di sua iniziativa tornare a far parte del collegio giudicante, avendo perduto la capacità di giudicare in quella controversia, con la conseguenza che la sua ulteriore partecipazione alla decisione si configura come vizio di costituzione del giudice.

5. Il motivo è fondato.

6. Secondo la giurisprudenza di questa Corte (Cassazione civile, 23/04/2008 nr. 10545; 12/02/2000 , nr. 1566; 29/12/1999 nr. 14676) il giudice che abbia chiesto ed ottenuto dal capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi difetta di legittimazione a comporre il collegio giudicante, ex



PROC. nr. 11784/2016 RG

art. 51 in relazione all'art. 158 cod. proc. civ., senza che possa farsi carico alla parte interessata di ricusarlo, con la conseguenza che la decisione, ove sia stata resa da un collegio cui partecipi il predetto giudice, è affetta da nullità.

7. Dalla lettura coordinata degli articoli 51 cod. proc. civ. e 78 disp. att. cod. proc. civ. risulta che mentre nelle ipotesi di astensione obbligatoria la «dichiarazione» del giudice è immediatamente produttiva dell'effetto di impedirgli il compimento di ogni ulteriore attività processuale (sicché la comunicazione al capo dell'ufficio è diretta unicamente a consentirne la sostituzione), nell'ipotesi di astensione facoltativa è l'autorizzazione del capo dell'ufficio ad assumere carattere costitutivo di tale effetto, all'esito della «istanza» di astensione del giudice.

8. Tale autorizzazione configura un provvedimento discrezionale di natura amministrativa, seppure comunque espressione della funzione giudiziaria (in quanto strumentale al suo esercizio nel processo in cui avviene la astensione); viene in rilievo la categoria degli atti amministrativi emanati da organi non appartenenti strutturalmente alla pubblica amministrazione. Si tratta di atti emanati all'esito di un procedimento sostanzialmente amministrativo ma comunque riferibili ad un organo soggettivamente non amministrativo.

9. La Corte costituzionale (ordinanza 26/10/2012, nr. 240) nel dichiarare inammissibile la questione di costituzionalità dell'articolo 51 cod. proc. civ. — nella parte in cui non prevede la possibilità del giudice la cui dichiarazione o istanza di astensione non sia stata accolta dal capo dell'ufficio giudiziario, di ricorrere ad organo sovraordinato — ha definito la fattispecie regolata dall'articolo 51 cod. proc. civ. come «meccanismo amministrativo di carattere meramente ordinatorio».

10. Anche la revoca dell'astensione facoltativa, come *contrarius actus*, non è rimessa ad una mera «dichiarazione» del magistrato interessato, ma richiede un atto discrezionale del capo dell'ufficio, preposto a valutare la cessazione di quelle gravi ragioni di convenienza che erano a fondamento della autorizzazione del magistrato ad astenersi. È tale atto a produrre l'effetto di restituire al magistrato la *potestas iudicandi*.

11. Dalla natura sostanzialmente amministrativa della attività del capo dell'ufficio e dall'effetto che essa produce sulla *potestas iudicandi* del



magistrato nel giudizio cui si riferisce, deriva la necessità che la revoca della autorizzazione del magistrato ad astenersi sia adottata in forma scritta, su istanza del giudice interessato.

12. In tal senso depone, altresì, la rilevanza degli interessi sottesi a tale procedimento, diretto a garantire la imparzialità e la terzietà del giudice che, anche alla luce del novellato articolo 111 Cost., costituiscono requisiti essenziali del giusto processo e dell'esercizio della giurisdizione.

13. Nella fattispecie di causa, l'astensione del giudice dott. <sup>(omissis)</sup> era stata autorizzata dal Presidente della Corte d'Appello di L'aquila in data 24 aprile 2015. All'esito della comunicazione del dott. <sup>(omissis)</sup> di cessazione delle ragioni della istanza di astensione, è mancata la valutazione del capo dell'ufficio, attraverso l'atto di revoca dell'autorizzazione ad astenersi. In assenza dell'atto formale, il magistrato non poteva far parte del collegio giudicante; la sua partecipazione alla discussione e decisione della causa ha dunque determinato un vizio di costituzione del giudice, che dà luogo alla denunciata nullità della sentenza.

14. La sentenza impugnata deve essere pertanto cassata, in accoglimento del primo motivo di ricorso, assorbito il secondo (con cui si deduce— ai sensi dell'articolo 360 nr. 5 cod. proc. civ. — l'omesso esame del denunciato svuotamento di mansioni), enunciando il seguente principio di diritto: «L'autorizzazione del giudice ad astenersi, resa dal capo dell'ufficio ai sensi dell'articolo 51, comma due, cod. proc. civ., costituisce atto sostanzialmente amministrativo, soggetto a forma scritta; la revoca dell'autorizzazione, attraverso la quale il giudice riacquista la capacità di compiere gli ulteriori atti processuali, deve essere parimenti resa dal capo dell'ufficio in forma scritta, previa valutazione del venir meno delle gravi ragioni di convenienza che erano alla base dell'autorizzazione revocata. In mancanza di tale atto di revoca si determina un vizio di costituzione del giudice, che dà luogo a nullità della sentenza».

15. La causa va rinviata alla Corte d'Appello di L'aquila, che provvederà anche sulle spese del presente grado

### **PQM**

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, assorbito il secondo. Cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'Appello di L'Aquila .



PROC. nr. 11784/2016 RG

Così deciso in Roma, in data 25 novembre 2021

Numero registro generale 11784/2016

Numero sezionale 3658/2021

Numero di raccolta generale 4768/2022

Data pubblicazione 14/02/2022

**IL PRESIDENTE**

