

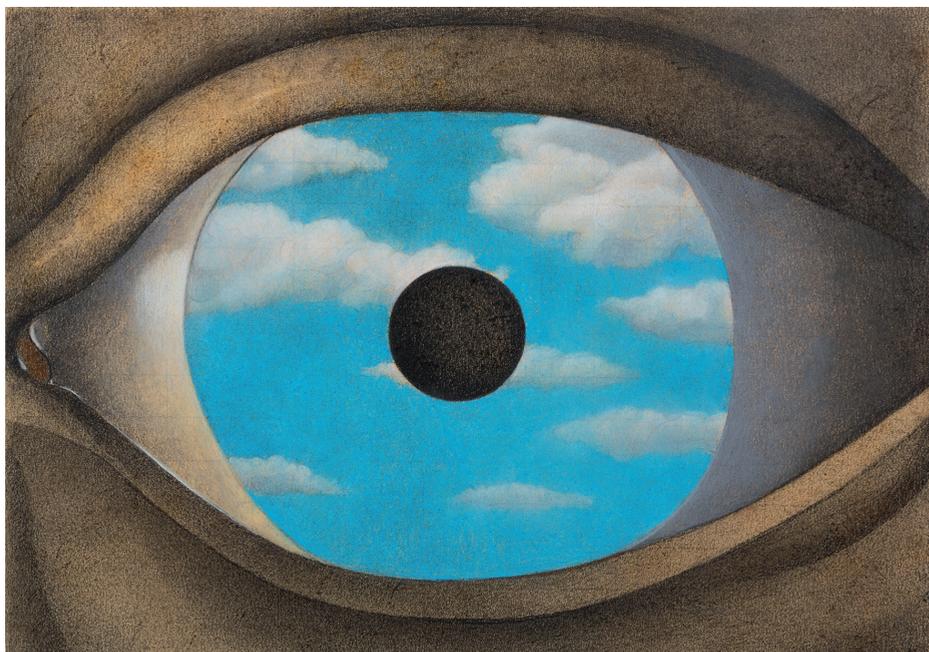
IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK, A. POLICE,
M.A. SANDULLI, G. SPANGHER



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

sommario

Saggi

	<i>pag.</i>
<i>Interessi in conflitto e conflitto di interessi nel processo civile</i> di ANTONIO BRIGUGLIO	505
<i>La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali</i> di FABIO SAIITA	539
<i>La giustizia amministrativa tra presente e futuro</i> di FILIPPO PATRONI GRIFFI	587
<i>Difetto di motivazione e omessa pronuncia: tra nullità e inesistenza della sentenza amministrativa</i> di ALFREDO STORTO.....	607
<i>Individuazione personale fotografica, problemi e prospettive</i> di CHIARA NAIMOLI	645

Attualità

<i>La nuova fisionomia dell'azione collettiva nella Federazione Russa. Note a prima lettura sulla legge federale 18 luglio 2019, n. 191</i> di MIRKO ABBAMONTE - IRINA DERIGLAZOVA.....	725
<i>«Lo statuto del giudice e l'accertamento del fatto». XXXII° Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Università di Messina, 27 e 28 settembre 2019</i> di MIRKO ABBAMONTE - ALESSIO BONAFINE.....	751

Interessi in conflitto e conflitto di interessi nel processo civile (*)

di ANTONIO BRIGUGLIO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Conflitto di interessi e “vera parte”. — 3. Conflitto di interessi e giudice terzo ed imparziale; comparazione endosistemica stravagante: il conflitto di interessi del socio. — 4. *Segue*: ...e quello del giudice. — 5. Il conflitto di interessi del giudice e la sua verifica *ex ante*: il conflitto “sogettivo”. — 6. *Segue*: il conflitto “oggettivo”. — 7. La verifica *ex post* del conflitto di interessi giudiziale ed il rapporto con la invalidazione della decisione. — 8. Revocazione e conflitto di interessi. — 9. Il conflitto di interessi (del giudice, dell’ufficio, della giurisdizione) non incidente direttamente sulla imparzialità.

1. Premessa.

Muovo da definizioni e concetti di campo in omofonia con il titolo del congresso (e della relazione). Il processo è soluzione aggiudicativa, mediante attribuzione di torto e ragione, di un conflitto di interessi ad opera di terzo imparziale e nel contraddittorio fra i portatori, a vario titolo, degli interessi in conflitto.

Imparzialità del giudicante e piena ed effettiva esplicazione del contraddittorio nella parità delle armi sono interattivamente coesenziali alla accettabilità giuridica e sociale della decisione. L’una componente non vale senza l’altra. La parità delle armi nel contraddittorio è perfettamente inutile se il giudicante non è terzo imparziale, perché non sarà quella esplicazione paritetica del contraddittorio ad orientarne la decisione. La imparzialità del giudicante è altrettanto inutile se il contraddit-

(*) Lo scritto – che rappresenta il testo della relazione tenuta al Convegno “*Il conflitto di interessi*” (Milano, Università Statale - Centro di ricerca “Studi sulla giustizia”, 9-10 luglio 2019) – è destinato agli Studi in onore di Eugenio Picozza.

torio è irregolare e sperequato, perché nessuna imparzialità formale può riequilibrare quella sperequazione, a meno che non pretenda di farlo il giudice con strumenti extraritualità e però così scendendo per definizione e con grave arbitrio dal piedistallo della terzietà. (*Per incidens*: quanto appena sopra, nonché gli svolgimenti che seguiranno sul conflitto di interessi, non si eclissano totalmente ma si attenuano e se del caso di molto, con buona pace degli ipergarantisti, quando non di soluzione aggiudicativa si tratti, bensì di soluzione puramente compositiva che passi cioè per l'accordo, ed in esso per la espressione della concorrente volizione delle parti; in questo caso la finale determinazione volitiva, purché essa sia libera e dunque non direttamente alterata neppure dal percorso pregresso, tende a sanare le eventuali vulnerazioni del contraddittorio e della terzietà del conciliatore o mediatore, se questi vi è).

1.1. Al legislatore processuale spetta dunque di garantire con pari ed inesausta energia sia la terzietà del giudicante che la regolarità del contraddittorio, e per quel che qui importa gli spetta di evitare che un conflitto di interessi turbi la scelta solutoria fra gli interessi sostanziali in conflitto. Quest'ultima si giova fisiologicamente del triangolo equilatero che è il rapporto processuale; un conflitto di interessi in capo al giudice o ad una delle parti rende il triangolo scaleno, anzi sghembo e inidoneo alla fisiologica composizione solutoria.

È ovvio peraltro che la possibile incidenza del conflitto di interessi ed i modi per evitare tale incidenza rappresentano davvero *magna pars* della tematica della imparzialità e terzietà del giudice, sicché insomma la prospettiva concettuale del conflitto di interessi può anche essere una delle prospettive pressoché assorbenti entro le quali considerare quel tema.

Mentre, rispetto alla regolarità ed effettività di un paritetico contraddittorio, evitare il conflitto di interessi, in capo alla "parte" nelle sue articolazioni complesse, significa fare in modo che chi detiene i poteri processuali attraverso i quali il contraddittorio si esplica sia davvero colui che è motivato alla effettiva

difesa del nucleo o centro di interessi che identifica la parte. Non significa dunque risolvere in modo pressoché assorbente il problema della regolarità del contraddittorio, ma solo assicurare una delle basi logicamente prodromiche affinché abbia davvero un senso assegnare poteri paritetici ai litiganti, vale a dire garantire l'effettivo profitto di quei poteri ad opera della parte. Significa insomma fare in modo che sia la “vera” parte (ripeto in tutte le sue articolazioni) a difendersi in giudizio, o a volte anche, in un senso del tutto peculiare, stabilire quale è la “vera” parte.

1.2. Prima di passare all'esame separato dei due fondamentali ambiti di rilevanza del conflitto di interessi, resta da dire in termini generali che i rimedi rispetto ad esso (al di là della imposizione di obblighi o divieti che mirano a scongiurarlo in radice) sono quelli dettati anzitutto dalla logica e riscontrabili anche nell'area del diritto sostanziale: *a)* il rimedio preventivo della esclusione o sostituzione di un soggetto in conflitto di interessi nel compimento dell'atto o dell'attività; *b)* il rimedio repressivo della invalidità di quell'atto o di quella attività se compiuti da soggetto in conflitto di interessi; *c)* il rimedio puramente sanzionatorio a valenza deterrente.

I rimedi possono ben essere combinati fra loro. Ma se la reazione si limita alla semplice sanzione ciò vuol dire che per una qualche ragione il conflitto di interessi deve essere considerato meno grave quanto al suo impatto sul risultato finale del processo, oppure vuol dire che nel bilanciamento dei valori, in relazione alla situazione data, il pregiudizio da conflitto di interessi è evidentemente inferiore al pregiudizio (rispetto anzitutto all'interesse preminente delle parti) che si avrebbe con la invalidazione dell'atto.

2. Conflitto di interessi e “vera parte”.

Poiché uno svolgimento compiuto nel *merito* del tema del conflitto di interessi in relazione alla intangibilità e protezione della “vera parte” appesantirebbe non poco la trattazione,

preferisco scegliere il *metodo*, e limitarmi appunto ad alcune rapide osservazioni di metodo.

2.1. La declinazione del tema sul fronte della parte processuale ha una sicura base di diritto sostanziale che è quella del conflitto di interessi fra rappresentante e rappresentato in relazione al compimento di atti negoziali. Da quella base occorre inevitabilmente muovere anzitutto per stabilire cosa sia il conflitto di interessi: è la situazione che può indurre ovvero ha effettivamente indotto il rappresentante al compimento di un atto — sostanziale o processuale poco importa, le inevitabili differenze risultando solo contingenti ed empiriche rispetto al concetto normativo — contrario all'interesse del rappresentato e favorevole all'interesse dello stesso rappresentante (diretto, ovvero indiretto attraverso il perseguimento di interesse di terzo).

Ciò che si distingue — in relazione ai due diversi contesti — è la disciplina dinamica o dei rimedi. Uno dei fondamenti sistematici possibili di tale diversificazione, forse quello teoricamente più interessante, sta nel fatto che in diritto processuale vi sono due principi (art. 157 c.p.c.) in tema di rilievo della nullità (*rectius* annullabilità) dell'atto processuale che non trovano compiuta rispondenza nel *mare magnum* della legittimazione in capo a “chiunque vi abbia interesse” all'*actio nullitatis* sostanziale: il principio secondo cui la invalidità può essere dedotta solo dalla parte nell'interesse della quale è stabilito il requisito la cui mancanza è sanzionata a pena di invalidità, ed il principio secondo cui la invalidità non può essere dedotta dalla parte che vi ha dato causa. E si tratta di vedere, da un lato, se e quanto, in relazione alla problematica che ci riguarda, l'operare di questi due principi sia assorbito dal rilievo officioso della invalidità, e d'altro lato cosa debba intendersi per “parte” di fronte al fenomeno della articolazione complessa fra rappresentante e rappresentato.

E vi è poi che l'atto processuale non è, come il contratto, il compimento finale di un incontro di volontà. L'atto processuale proviene di regola da una sola parte, si inserisce in una

sequenza, e l'interesse concreto alla sua conservazione o invalidazione sta variamente in capo alla parte che lo ha posto in essere o alla controparte, a seconda dei casi concreti ed anche a seconda dello svolgersi della sequenza.

2.2. La disciplina dinamica o dei rimedi muove nondimeno da alcuni assunti comuni al versante sostanziale ed a quello processuale, imposti dalla logica.

Anzitutto e di regola se la rappresentanza è volontaria il rimedio preventivo ed *ex ante* al conflitto di interessi è affidato esclusivamente all'autonomia privata: scegli bene il tuo rappresentante, sostanziale o processuale, e se si profila il conflitto sostituiscilo con gli strumenti idonei.

Se la rappresentanza è invece legale occorre, in caso di conflitto potenziale, la sostituzione *ex lege* o meglio per nomina di autorità terza (di norma il giudice). Ecco il curatore speciale. L'art. 78, comma secondo, c.p.c. — che prevede l'ingresso in campo del curatore speciale in caso di conflitto di interessi fra rappresentante processuale legale e rappresentato, non diversamente che in caso di mancanza del rappresentante — è disposizione in tutto analoga alle altre sparse nel sistema che contemplanò la nomina di un curatore speciale per il compimento di atti sostanziali.

2.3. Nella prospettiva *ex post*, e cioè se l'atto è effettivamente compiuto dal rappresentante in conflitto di interessi, ha invece ben poco o nessun senso, sul versante sostanziale, differenziare fra rappresentanza volontaria e rappresentanza legale. Ed infatti gli artt. 1394 e 1395 c.c. non distinguono, invariabilmente configurando la semplice annullabilità dell'atto su istanza del rappresentato e purché il conflitto innominato fosse conosciuto o conoscibile dal terzo, ovvero — nel particolare e tipico caso del conflitto coincidente con il contratto con se stesso — a meno che non vi fosse autorizzazione esplicita o implicita dal rappresentato.

Nel processo vi è però, da un lato, che introdurre *d'emblée* il criterio scriminante della conoscenza o riconoscibilità del conflitto in capo alla controparte sarebbe un non senso, perché

la controparte non è un soggetto che ha trattato e negoziato fino al compimento dell'atto, ma è l'avversario in senso proprio, al quale comunque spetta un decente affidamento sulla imputabilità all'altro litigante della attività processuale da questi formalmente compiuta. D'altro lato, e nondimeno, vi è che la tutela dell'effettivo esercizio del diritto di difesa non può essere negletta, salva la impossibilità di rimediare ad inefficienze o irregolarità addossabili a chi le adduce.

Ne sortisce un quadro piuttosto complesso e non ancora del tutto armonico nei singoli esiti giurisprudenziali.

Quando c'è di mezzo la rappresentanza legale ed essa è inficiata del conflitto di interessi occorre a tutti i costi garantire anche *ex post* il diritto di difesa del rappresentante. Ecco che la mancata nomina del curatore speciale ed il conseguente difetto di regolare rappresentanza sono rilevabili anche d'ufficio in ogni stato e grado salvo il limite del giudicato interno. Ma occorrerebbe altresì che la giurisprudenza, a beneficio del processo e di entrambe le parti, si indirizzasse senza incertezze verso l'utilizzazione di tutti possibili meccanismi di sanatoria o rinnovazione dell'attività processuale compiuta da chi è in fin dei conti un *falsus procurator*. Oggi poi il nuovo testo dell'art. 182 c.p.c. consente sicuramente, entro certi limiti, la regolarizzazione in corso d'opera.

Quando la rappresentanza è volontaria — il che vale anche (con le eccezioni concernenti l'avvocatura di Stato) per la rappresentanza processuale tecnica, quella cioè conferita al difensore — ci mancherebbe davvero che il singolo atto processuale posto in essere dal rappresentante in conflitto di interessi fosse invalidabile su istanza del rappresentato che pure avesse interesse a farlo o *ex officio*, con scorno per la controparte processuale interessata invece proprio alle irrimediabili conseguenze processuali di quell'atto. Qui non può che prevalere (con varietà di possibili esplicazioni tecnico-argomentative) la filosofia dell'*imputet sibi*, ed i problemi si risolvono con la sanzione deontologica (si veda l'art. 24 del Codice deontologico forense adeguatamente elastico nella impostazio-

ne quanto vago e imperfetto nel *wording*) o nei casi peggiori penale, e/o nei rapporti risarcitori civilistici fra rappresentante e rappresentato, salve, in assai circoscritte ipotesi, la rimessione in termini, o la revocazione per dolo della parte (la controparte in combutta con il rappresentante infedele).

Vi è però ancora da razionalizzare, entro questo quadro (nonché verificare se altri casi strettamente analoghi possano darsi), un caso particolare, che la giurisprudenza ha risolto riguardo alla rappresentanza volontaria tecnica conferita al difensore, ma che dovrebbe essere allo stesso modo risolto per la rappresenta volontaria processuale non tecnica. Si tratta del caso del rappresentante processuale volontario che è originariamente, e cioè nell'atto della costituzione, in potenziale conflitto di interessi perché si costituisce per più parti fra loro in conflitto. Qui prevale ancora una volta l'interesse alla regolarità *in apicibus* del contraddittorio, e la costituzione della parte che abbia conferito la seconda procura si considera radicalmente invalida e come tale rilevabile *ex officio* (e dunque con deducibilità — sollecitatoria del rilievo officioso — ad opera dell'una o dell'altra parte interessata e non solo dell'invalidamente rappresentato), salvi sempre, oggi, la salutare regolarizzazione *ex art.* 182 c.p.c., ed in generale un uso auspicabilmente meno misterioso e più esteso dell'istituto sostanziale della ratifica, o un eventuale limitato ricorso alla rimessione in termini.

2.4. Il legislatore processuale è poi libero di prevedere situazioni tipiche di conflitto di interessi in capo alla parte e relative conseguenze, come accade per l'azione di classe *ex art.* 140 *bis* del codice del consumo, la quale è inammissibile, *inter alia*, «quando sussiste un conflitto di interesse» verosimilmente fra l'attore di classe e la classe potenziale cui egli dice di appartenere e della quale dovrebbe “rappresentare” in senso non tecnico ma sostanziale gli interessi all'accoglimento della domanda.

2.5. Vi è infine la situazione in cui il conflitto è sì interno alla parte (ma non alla parte complessa: rappresentante e

rappresentato o situazioni affini, bensì) perché sull'identico diritto di azione, e dunque sull'identica situazione soggettiva sostanziale da far valere nei confronti della controparte, convergono in capo a distinti soggetti legittimazioni concorrenti (del sostituto processuale e del sostituto o dell'attore e dell'interveniente litisconsortile colegittimato), oppure capacità processuali di regola alternative ma in ipotesi eccezionali entrambe fatte valere nello stesso processo (il fallito che agisce nella inerzia del curatore, il quale però interviene successivamente).

Qui tuttavia non si tratterà mai di verificare come la situazione di conflitto di interessi all'interno della "parte", intesa in questo modo ampio, possa incidere *ex ante* o *ex post* sul processo, ma solo di risolvere, né più e né meno che se si trattasse del normale conflitto fra parti contrapposte e perciò con prevalenza dell'uno sull'altro interesse, il particolarissimo conflitto fra soggetti diversi. I quali, sebbene "riconducibili" ad un'unica azione, sono pur sempre parti formali distinte, in conflitto fra loro appunto.

Siamo insomma più dal lato degli interessi in conflitto come oggetto di decisione, che da quello del conflitto di interessi come rischio per la regolarità della decisione.

3. Conflitto di interessi e giudice terzo ed imparziale; comparazione endosistemica stravagante: il conflitto di interessi del socio.

Quando si passa al secondo dei due macroargomenti segnalati in apertura, e cioè al conflitto di interessi in capo al giudicante ed in relazione alla sua necessaria terzietà, il diritto sostanziale non offre alcun paradigma normativo ma solo limitati modelli di confronto.

Se si vuole utilizzare come punto di partenza, in armonia rispetto ad un congresso interdisciplinare, il parallelismo rispetto al diritto sostanziale, il termine di paragone ideale riguardo alla incidenza del conflitto di interessi sulla terzietà del giudice è proprio l'art. 2373 c.c. (e *mutatis mutandis* l'art. 2391 quanto al conflitto d'interessi in capo all'amministratore).

Qual è il senso ed il fondamento del confronto, al di là delle parole e delle soluzioni usate dal legislatore e delle intuitive differenze fra le situazioni? Il senso sta in un nucleo essenziale comune: chi deve perseguire, mediante decisione o volizione decisoria (assumiamo per un momento, scontati tutti gli opportuni distinguo, che volizione decisoria sia quella del giudice non meno che quella del socio che vota sulla delibera), un interesse superindividuale non può farsi guidare da un confliggente interesse personale.

Qual è l'utilità del confronto? Verificare e soprattutto integrare interpretativamente, negli spazi dubbi, la razionalità della diversa disciplina in particolare quanto al sistema dei rimedi.

Cominciamo dalla società e dalle delibere, ove — quanto all'involucro formale e semantico — il legislatore sostanziale utilizza espressamente il sintagma “conflitto di interessi”, pur scomponendolo (“coloro” — i soci — “che abbiano un interesse in conflitto con quello della società”).

L'interesse superindividuale è quello sociale. Una volta che ci si metta d'accordo sul concetto normativo di interesse sociale (in senso più o meno contrattualistico ovvero più o meno istituzionalistico secondo la dicotomia classica), nel singolo caso ed in concreto è sempre possibile ed imprescindibile individuare l'interesse sociale in relazione al contenuto determinato di una delibera che è già sul tavolo prima che il socio voti: se occorre deliberare il mutamento della sede sociale nonché l'autorizzazione agli amministratori per la stipula, a tale scopo, della locazione di un immobile in Vicolo Stretto, sarà sempre possibile dire, proprio dal punto di vista del contenuto della delibera e perciò della decisione, quale sia l'alternativa — approvazione o bocciatura — conforme all'interesse sociale superindividuale e quale sia quella difforme. Estremizzando e banalizzando: è conforme all'interesse sociale la bocciatura di quella delibera se l'attuale sede in Parco della Vittoria è splendida, la relativa locazione è assai conveniente ed assicurata per altri cinque anni e per di più risolverla

creerebbe impicci ed oneri, mentre la ipotetica nuova sede di Vicolo Stretto è una topaia a canone esorbitante ecc.

Assodato ciò, è anche specularmente possibile stabilire *ex ante*, nel singolo caso concreto e sempre in diretta relazione al contenuto della delibera, quale sia l'interesse personale del socio in conflitto con l'interesse sociale e superindividuale: è quello — uno qualsiasi (in questo e solo in questo la disciplina è “senza fattispecie” come vuole Floriano D'Alessandro) — che conduca o possa condurre il socio a votare per l'alternativa contraria a quella conforme all'interesse sociale.

Se il socio è il proprietario di Vicolo Stretto e vota per la approvazione della delibera può anche darsi che egli si sia determinato credendo erroneamente di perseguire l'interesse sociale, ma è in via presuntiva infinitamente più probabile che si sia invece determinato dando la prevalenza, su quello ed in conflitto con quello, al proprio interesse individuale; mentre se vota per la bocciatura della delibera è evidente (logicamente prima di ogni altra considerazione sul carattere non decisivo del voto o sull'assenza di lesione dell'interesse sociale) che egli non si è determinato sulla base dell'interesse personale. E se poi la sede attuale è in Vicolo Stretto, dove piove dentro sui soci e da dove si sta per essere sfrattati in malo modo, e la approvazione della delibera schiude la strada verso la splendida nuova sede di Parco della Vittoria al medesimo canone, del socio proprietario di Parco della Vittoria che ha votato per l'approvazione della delibera si dirà razionalmente (prima ancora di chiedersi se il suo voto sia determinante) che non c'è alcuna possibilità di stabilire che il suo voto è stato indotto dall'interesse personale più di quanto non ve ne sia di stabilire che il suo voto è stato indotto dall'interesse sociale che in quanto tale è anche del socio; o se si vuole si dirà che l'interesse sociale e l'interesse personale qui coincidono e dunque non vi è conflitto di interessi.

Ma siccome tutto questo lo si sa solo dopo che il socio vota e siccome non c'è nessuna esigenza ordinamentale di proteggere chi vota dall'imbarazzo o di assicurarne l'immagine *coram*

populo (oltretutto perché non esiste ovviamente alcun dovere di imparzialità del socio ma solo un diritto di perseguire i propri interessi dando però la prevalenza a quello sociale, che è insieme suo e di tutti gli altri, su quello personale che invece è solo suo) bene ha fatto il legislatore della riforma societaria del 2003 a sciogliere i pregressi dubbi ed equivoci per lo meno normativi eliminando del tutto, salvo un noto caso, la rilevanza del conflitto di interessi nella prospettiva *ex ante* — il socio in situazione di conflitto, potenziale o reale a quel punto poco importa, vota tranquillamente né può essere escluso dal voto — e confinando quella rilevanza nella sola prospettiva *ex post*. E rispetto a questo confinamento all'*ex post* la necessaria verifica del carattere determinante del voto in conflitto è un *posterius* o una appendice necessitata, ma non la ragione del confinamento: se il conflitto di interessi dovesse e potesse essere verificato prima del voto al fine di escludere o ammettere il socio a votare, il carattere determinante del voto per definizione non potrebbe essere riscontrato.

In conclusione il sistema rimediale è perfettamente razionale tenendo conto delle dinamiche endosocietarie. Sebbene la possibilità di un conflitto di interessi possa essere in astratto verificata anche *ex ante* in relazione al contenuto concreto e noto di una delibera da approvare o non approvare, la verifica si compie solo *ex post*.

Ed *ex post* la delibera è annullabile — e dunque invalidabile entro un termine di decadenza o altrimenti sanata — solo se adottata col voto determinante di un socio in conflitto di interessi e se essa possa arrecare danno alla società. Lascio naturalmente ai commercialisti, oltre che qualche complicazione connessa alla impugnativa delle delibere negative, di dire se il carattere neppure potenzialmente dannoso per la società della delibera coincida *in toto* con la originaria conformità del suo contenuto all'interesse sociale, ovvero se vi sia spazio per una delibera di contenuto contrario all'interesse sociale che tuttavia *a posteriori* si dimostra anche potenzialmente innocua. Se si risponde nel primo senso il riferimento al danno poten-

ziale nell'art. 2373 è tautologico e si finisce col verificare *ex post* ciò che in astratto si poteva verificare *ex ante* e cioè se il conflitto di interessi c'era o non c'era. Se si risponde nel secondo senso sarà segno che il legislatore ha voluto imporre un ulteriore diaframma all'invalidazione di un atto di privata autonomia (pur adottato in conflitto di interessi) in nome del rispetto di quest'ultima a fronte del coinvolgimento assai ridotto di esigenze pubblicistiche: insomma anche l'interesse sociale è pur sempre un interesse privato; il che addita altro intuitivo e fondamentale elemento di differenziazione nell'ambito della comparazione endosistemica che ci accingiamo a imprendere.

Il noto caso in cui la prospettiva dell'*ex ante* riprende assorbente rilievo è quello del secondo comma dell'art. 2373: «gli amministratori [che siano anche soci] non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità» (e poi il caso parallelo previsto dalla seconda parte del comma e relativo ai consiglieri di gestione e fors'anche qualche altro caso coinvolgibile in applicazione estensiva: la giurisprudenza è restia alla interpretazione estensiva, ma non vi è bisogno neppure di quella per ricomprendervi la delibera sulla rinuncia all'azione o transazione *ex art. 2393, u.c.*, o quella sulla costituzione della società nelle cause di responsabilità instaurate dal socio di minoranza *ex art. 2393 bis* ovvero dal socio *tout court* o dal terzo *ex art. 2395*).

Qui il socio amministratore — per riprendere la classica distinzione relativa al giudice — non è solo *suspectus* ma *inhabilis*: non può votare perché si presume *iuris et de iure* quale sarà il segno del suo voto. Si parla di conflitto di interessi speciale o di conflitto di interessi *ex lege*. Ma il modo migliore per spiegare la cosa credo sia quello di dire — traendo ancor qui spunto dalla esperienza culturale processualistica — che il socio amministratore è *oggetto* della delibera e dunque non può esserne *soggetto* e che insomma, in relazione a quella delibera, è come se non fosse socio: si tratta di una delibera resa “*a non socio*”. Con ciò — in nome quindi della applicazione più pura e diretta del *nemo iudex in causa propria* — si spiega la

communis opinio secondo cui la delibera resa con il concorso al voto del socio amministratore è sempre annullabile a prescindere dalla verifica del carattere determinante del voto e del danno per la società; ed alla dimensione prevalentemente privatistica della vita sociale fa da unico riscontro — rispetto ad altri contesti fra i quali quello del processo e del giudice — la semplice annullabilità della delibera e perciò la sua sanatoria decorso il termine di decadenza.

Quella *communis opinio* per altro si spiega solo in parte perché restano paradossali anche se di scuola alcuni casi, primo fra tutti quello della richiesta di annullamento della delibera di promovimento della azione sociale di responsabilità approvata col voto favorevole dell'intrepido o sprezzante socio-amministratore (“sì sì... fatemi causa così vi massacro in tribunale”). La via più semplice ma anche più fumosa per uscire dal paradosso sarebbe forse quella di opporre l'abuso del diritto all'altro socio dissenziente che impugnasse una simile delibera per conflitto di interessi del socio-amministratore intrepido.

4. Segue: ...e quello del giudice.

Passiamo ora al processo, al giudice ed alla decisione giudiziale.

L'interesse superindividuale nel processo è quello ad una decisione giusta. Ma non c'è sul tavolo una delibera da votare, bensì un deliberato decisorio (nonché tutti quelli variamente intermedi che lo condizionano) che il giudice e solo il giudice dovrà adottare. Ci sono è vero sul tavolo la tesi dell'attore e la tesi del convenuto. Ma, a differenza che sul versante della delibera societaria, ciò non serve a stabilire quale sia, dal punto di vista del contenuto concreto, il deliberato idoneo a perseguire l'interesse superindividuale. E non perché a fianco dell'*aut-aut* esistono una serie di alternative intermedie (quelle dell'accoglimento parziale o della terza via), ma perché è per definizione impossibile *ex ante* ricollegare direttamente al contenuto di una qualsiasi di queste alternative la giustizia della decisione.

Rispetto alla tesi dell'attore o alla tesi del convenuto o alle tesi intermedie non si può dire prima che il giudice deliberi quale sia la decisione giusta dal punto di vista del contenuto. E da questo punto di vista non lo si può dire neanche *ex post*, perché scontato il lavacro del controllo impugnatorio il contenuto della decisione del giudice è sempre giusto.

A questo punto il discorso si chiuderebbe senza bisogno né possibilità di evocare il conflitto di interessi perché non saremmo neppure in grado di dire, dal punto di vista del contenuto, quale interesse personale del giudice ad una certa decisione sia in conflitto con l'interesse superindividuale alla sua giustizia (salvo forse il caso della motivazione suicida dei pretori del lavoro *d'antan* quando il dispositivo letto in udienza era troppo frettoloso: singolarissima situazione di conflitto di interessi del giudice con se stesso e con la sua coscienza che qui accantoniamo per brevità).

Senonché è fin troppo ovvio che "decisione giusta" come oggetto dell'interesse superindividuale nel processo significa in realtà ed anzitutto decisione imparziale sia *ex ante* che *ex post*. Semplificando molto le cose: qualsiasi definitiva decisione del giudice imparziale è sempre giusta, mentre una decisione parziale è sempre ingiusta. La imparzialità non è un semplice prerequisito di legittimazione del giudice (come la competenza). È elemento coesenziale della giustizia della decisione: elemento non sufficiente ma necessario prima del giudicato; elemento necessario e tendenzialmente anche sufficiente dopo il giudicato e cioè quando altri elementi di ingiustizia non sono più verificabili.

Ciò si dice ovviamente della imparzialità, che è connotato essenziale della decisione. Non della indipendenza, che è *status* soggettivo del giudice. Per quanto potentemente perseguita, a seconda dei contingenti contesti storici, dall'ordinamento e dall'assetto costituzionale, l'indipendenza del giudice resta valore-mezzo al fine essenziale della sua imparzialità. L'endiadi pur inveterata va sciolta. Si può essere dipendenti ma imparziali, come il console Lucio Bruto quando dopo la controrivolta

dei Tarquini decretò la condanna a morte del figlio. E per quanto ci si sforzi non c'è verso di prevedere ed eliminare preventivamente per norma tutte le ragioni di dipendenza che possano comportare la parzialità, e d'altra parte possono esservi ipotesi di giudice perfettamente indipendente rispetto alle parti ed a centri di potere e di influenza ad esse collegati e però "parziale", e cioè non terzo, nell'esclusivo interesse proprio.

Stando così le cose, il conflitto di interessi del giudice può essere verificato sia *ex ante* che *ex post* ma non rispetto al contenuto della decisione — non dunque perché il giudice ha interesse ad una decisione contenutisticamente ingiusta, come si può dire in modo strutturalmente analogo che il socio ha interesse ad una delibera contraria all'interesse sociale — bensì rispetto alla forma o meglio all'*habitus* della decisione, pur coesistente alla sua giustizia, al suo dover provenire da un terzo imparziale. Il che non significa — come subito vedremo — che per verificare il conflitto non debba, in una serie di ipotesi, guardarsi *ex ante* al contenuto possibile della decisione o *ex post* alla decisione ed a quale essa sia stata.

A motivo del coinvolgimento degli *omnes* e dell'intero ordinamento, senza distinzione fra pubblico e privato, e della esigenza connessa di tutelare insieme l'immagine del potere giudiziario e l'affidamento in esso delle parti processuali (il famoso discorso della "moglie di Cesare") il legislatore giustamente impone — con varietà di impostazioni storico-comparative e varietà anche nella comparazione sincronica soprattutto fra civile e penale — anzitutto una verifica *ex ante* idonea in via preventiva ad incidere sulla legittimazione del giudice a decidere (quella che di regola non c'è sulla legittimazione del socio a votare).

Nel nostro rito civile non si utilizza mai per il giudice il sintagma conflitto di interessi. Si utilizza invece, in modo assai pregnante, per due dei casi di astensione obbligatoria, e perciò anche di ricusabilità del giudice, la espressione «interesse nella causa o in un'altra vertente su identica questione di diritto».

Ma al di là di questa scelta linguistica mi pare evidente che

nell'elenco nominalmente tassativo (non dunque disciplina senza fattispecie come quella dell'art. 2373 c.c.) dei casi di ricusazione nonché di astensione obbligatoria il legislatore tragga in campo due ben distinte tipologie di conflitto di interessi del giudice.

5. Il conflitto di interessi del giudice e la sua verifica *ex ante*: il conflitto “soggettivo”.

Vi è un conflitto di interessi per così dire soggettivo: il giudice ha (può avere) un interesse personale a favorire una delle parti, in ragione di rapporti con essa o con la controparte; questi sì davvero tassativamente elencati (parentela, abituale commensalità, inimicizia, debito/credito ecc.), pur se la *taxatio* è ragionevolmente elasticizzabile (appartenenza allo stesso circolo? no se è il circolo del tennis con duemila soci, ma se è il “Circolo del Pescestocco” — realmente esistente in un capoluogo del nostro meridione, ma fortunatamente senza magistrati iscritti — con dodici soci e riunioni conviviali ogni mese, allora sì... è “commensalità abituale”).

Qui il legislatore non usa la parola interesse e muove piuttosto dalla descrizione e tipizzazione del rapporto soggettivo fra il giudice e la parte e/o l'avvocato, presumendo implicitamente che quel rapporto faccia sorgere l'interesse almeno potenziale ed il conseguente conflitto. Si tratta di rapporti che non è dato inibire *a priori* al giudice in sede di normativa istituzionale sulla sua indipendenza, o perché sarebbe obiettivamente impossibile (non si può impedire al giudice e di essere figlio di suo padre o padre di suo figlio) o perché si conculcherebbe esageratamente la libertà di autodeterminazione del giudice-persona fisica (non si può impedire al giudice di scegliere liberamente gli amici ed i nemici). Il legislatore li prende dunque in considerazione tassativamente per potenziare la indipendenza del giudice-organo mediante l'esclusione preventiva della persona fisica dall'organo.

Se fossimo legislatori e volessimo scegliere un'altra strada, quella della diluizione della fattispecie, come in materia di

delibere sociali e di soci in assemblea, allora rimetteremmo dentro il lemma “interesse” e diremmo che è motivo di ricusazione “la sussistenza in capo al giudice di qualunque rapporto che possa comportare un suo interesse a favorire una delle parti” (e cioè confliggente con l’interesse generale alla imparzialità del decidere).

Ma il nostro legislatore ha scelto fin troppo intenzionalmente la strada della tassatività. Ed allora i problemi nodali sono due.

In primo luogo occorre chiedersi sempre se, anche in relazione alle contingenze storiche, alcuni rapporti sociali esclusi dall’elenco non meritino di essere impediti al giudice, in sede di normativa istituzionale sulla indipendenza, in modo da evitare in radice la insorgenza dell’interesse personale in conflitto (come è accaduto ad esempio con il d.lgs. n. 109/2006, convalidato nel 2009 dalla Corte cost., per la iscrizione a partiti politici e come dovrebbe accadere per l’adesione a certe categorie di movimenti di opinione).

In secondo luogo occorre meditare di quando in quando sulle eventuali esigenze di aggiornamento o adeguamento dell’elenco tassativo. Ciò significa ad esempio rendersi conto che nella nozione empirica di parte complessa, rispetto alla quale preservare l’equidistanza del giudicante, non c’è più soltanto il mitico signorotto influente della cittadina cui l’interpretazione (creativa e da Giornalino di Giamburrasca ma ancora in auge) dell’art 77 c.p.c. impedisce la rappresentanza puramente processuale disgiunta da sottostanti poteri di rappresentanza sostanziale. Oggi in quel concetto di parte complessa, almeno in senso sociologico, vi è anche, e non solo nel mondo degli arbitrati internazionali, il ben più potente e semioculto terzo finanziatore della lite (“*third party funding*”). Significa ancora rendersi conto che una cosa è il giudice civile ordinario (protetto appunto da garanzie istituzionali e divieti istituzionali in funzione della indipendenza), altra cosa è il giudicante arbitro o giudice di pace. Per entrambi il nostro legislatore, rispettivamente col nuovo art. 815 e con norme speciali, ha provveduto

all'adeguamento aggiungendo o riassetando alcune ipotesi tassative di ricusabilità. Ad altra sede la valutazione se lo abbia fatto in modo consono o difettoso o esagerato. Mi limito a dire che quanto all'arbitro i problemi irrisolti e forse difficilmente risolvibili e che rimangono quasi del tutto inaffrontati (salvo che timidamente nell'arbitrato amministrato) sono non solo quelli dei rapporti fra arbitro e parte, ma quelli dei rapporti fra gli arbitri, e cioè fra il presidente e l'arbitro indicato dalla parte.

6. *Segue: il conflitto “oggettivo”.*

Vi è poi un conflitto di interessi per così dire oggettivo che corrisponde ai casi in cui il legislatore dell'art. 51 c.p.c. utilizza la parola “interesse” o meglio la locuzione “interesse nella causa” riferendosi al giudice in proprio (art. 51, comma 1, n. 1) o quale amministratore o gerente di un ente (art. 51, comma 1, n. 5, come modificato nel 2004).

Il giudice ha (può avere) un interesse personale, in proprio o nella qualità, a decidere la causa in un certo modo. L'interesse personale del giudice si appunta sul contenuto della decisione in quanto tale, e non come nei casi precedenti sul contenuto della decisione in quanto idoneo a favorire una parte. Sennonché anche un tale interesse si pone evidentemente in rotta di collisione con l'interesse superindividuale (non alla giustizia contenutistica dell'esito processuale che potrebbe coincidere proprio con l'esito che interessa al giudice ma) alla giustizia formale coincidente con terzietà ed imparzialità dell'esito processuale. Perché il contenuto della decisione, cui il giudice è personalmente interessato, inevitabilmente favorisce una parte e sfavorisce l'altra, e dunque è il giudice che scende dal piedistallo della terzietà e si avvicina, sebbene per schietto interesse proprio, agli interessi di una parte.

Inutile dire che qui la “tassatività” è solo formale ed in realtà la fattispecie si diluisce totalmente lasciando all'interprete di stabilire cosa possa essere l'“interesse del giudice nella causa”. Un solo caso marginale di interesse in causa specificamente tipizzato si affianca, ed è quello — n. 4 dell'art. 51,

comma primo — del giudice che ha dato consiglio, prestato patrocinio, testimoniato, giudicato in grado precedente nella causa, il quale ha presumibile interesse a non smentire se medesimo nel decidere.

La specificazione in concreto, invece, del concetto-valvola di “interesse in causa” è riscontrabile in composita e spesso contraddittoria casistica giurisprudenziale. Ma qui preferisco indicare alcuni criteri razionali e generali.

a) Il criterio lessicale.

“Interesse nella causa” significa ovviamente e anzitutto ciò che significa in senso tecnico-processuale: interesse che potrebbe giustificare la partecipazione del giudice al giudizio o che addirittura già la ha giustificata (la famigerata coincidenza almeno sostanziale fra giudice e parte). Ma non solo — e dunque v'è un'area potenzialmente assai più ampia di interesse in causa — perché quella espressione non è rigorosamente tecnico-processuale; e non lo è volutamente, come attesta il confronto con quella (art. 246 c.p.c.) che richiama proprio ed espressamente l'interesse legittimante “la partecipazione al giudizio” onde escludere in radice l'ammissione del teste (anche questi in conflitto rispetto all'interesse generale alla neutrale veridicità della sua deposizione).

b) Il criterio sistematico interno all'art. 51.

Nell'individuare l'interesse in causa non si può scavalcare surrettiziamente la tassatività delle ipotesi di astensione/ricusazione relative al rapporto soggettivo fra giudice e parte. Ad esempio non si può dire che il giudice suocero di una parte ha interesse nella causa (o è un suocero che sta sempre a pranzo e cena dai due colombi per vedere i nipotini ed allora è commensale abituale, oppure non c'è niente da fare, salvo naturalmente che si astenga per ragioni di opportunità).

c) Il criterio sistematico *a contrario* (sempre interno all'art. 51).

Non si può aggirare l'*ubi voluit dixit* corrispondente all'unico caso davvero tassativo dell'interesse in causa (quello del n.4): è questo il modo più sensato per escludere che il giudice

che abbia risolto una *quaestio iuris* in un suo articolo di dottrina sia ricusabile relativamente a giudizio nel quale si agiti la medesima *quaestio*: al n. 4 sono specificamente ed esaustivamente indicate le ipotesi di pre-giudizio o pre-cognizione rilevanti, e quella non vi è.

Mentre per escludere che sia ricusabile il giudice che abbia già risolto la medesima *quaestio iuris* in altro e precedente giudizio fra altre parti non è necessario un simile argomento, perché è assorbente e preminente l'interesse (intrinseco al costituzionale esercizio della funzione giurisdizionale, al quale è invece del tutto estraneo il pur nobile *hobby* di scrittore giuridico del giudice) alla libertà giudiziale nella creazione e conferma/evoluzione dei precedenti. Altrimenti la giurisprudenza del dott. Tizio su una certa questione resterebbe confidabile ad unica occasione come l'amore di una farfalla.

d) Il criterio sistematico *a silentio*.

Nulla esclude che l'interesse alla causa possa sussistere in capo al giudice per conto di terzi. Nel giudizio proprietario fra Tizio e Caio, il giudice è ricusabile sia se è il promissario acquirente di Caio, sia se promissaria acquirente di Caio è la moglie o la figlia; l'art. 2373 c.c., ove si dice espressamente, quanto all'interesse del socio, "per conto proprio o di terzi", non offre argomento *a contrario* perché troppo diversi sono i contesti generali in gioco.

e) Il criterio assiologico-sociologico o semplicemente del buon senso.

Il giudice è un essere umano, vale a dire un grumo di carne e sangue nonché un coacervo di pulsioni, bisogni, aneliti, valori.

Fin dove può spingersi, al di là delle ipotesi che giustificerebbero la formale partecipazione al giudizio, la nozione rilevante del suo interesse personale a questa o quella soluzione della causa?

Occorre evidentemente segnare una linea di confine fra interesse che risponda a valori ed esigenze propri dell'uomo o della donna in quanto giudice, e interesse che risponda a valori ed esigenze (pur perfettamente legittimi) del singolo giudice in

quanto persona. Il problema può porsi ovviamente solo quando esigenze e valori non siano rimasti nel foro interno del giudice o negli incubi del difensore, ma per una qualche ragione, ed in qualsiasi modo provabile, siano stati manifestati o siano manifesti.

È facile dire che qualsiasi valore (*rectius* bisogno) di tipo economico è sempre un valore della persona fisica e non del giudice.

È altrettanto facile dire che i valori culturali, quelli giuridici in primo luogo ma anche quelli extragiuridici, rientrano sempre nel corredo del giudice o se si vuole della persona in quanto giudice.

Ma i valori religiosi cosa sono: cultura o altro? E i valori politici? E come si fa a distinguere la politica del diritto dalla politica *tout court*? Qui probabilmente la buona vecchia distinzione fra “politico” e “partitico” può aiutare anche se non sempre risolvere, ma va ricondotta alla sua radice metodologica generale: se il valore appare perseguito dal giudice in funzione della sua appartenenza o vicinanza ad una consorteria, associazione, potentato, allora potremmo ragionevolmente concludere nel senso dell’“interesse in causa per conto terzi”; e ciò perfino nei casi in cui il valore perseguito sia giuridico o giuspolitico e dunque, in astratto, insopprimibilmente proprio del corredo culturale del giudice in quanto tale (il giudice che, prima della causa in determinata materia e coinvolgente l’applicazione di legge nuova, abbia espresso le proprie opinioni interpretative su quella legge in svariati congressi organizzati da associazione di categoria esponenziali di una delle parti o addirittura e direttamente da una delle parti).

Su tutto vi è — nei casi dubbi ed allorché l’interprete, anche in relazione alle numerosissime variabili contestuali delle situazioni concrete, intenda propendere per la non riconducibilità della situazione che ha davanti all’interesse in causa come motivo di ricusazione — un fattore tranquillizzante anch’esso di ordine sistematico-generale.

Il giudice è il giudice, di chi fidarsi se non di lui, il quale ha

oltretutto, proprio nei casi dubbi, la valvola della astensione facoltativa per gravi ragioni di convenienza; per *habitus* consolidato egli è più immune di altri rispetto alla effettiva incidenza del conflitto di interessi sulla sua decisione (la cosa vale dunque ben meno per l'arbitro). E qui si annida in fondo una delle ragioni che rendono saggia la scelta del legislatore di eliminare di regola la verifica *ex ante* del conflitto di interessi del socio che vota: se quella verifica vi fosse, bisognerebbe sempre concludere — pur scontato l'abbassamento della soglia generale del rigore — “*in dubio pro* conflitto di interessi” perché un socio è un *quisque de populo*, ed allora i costi in termini di ostacolo ad una regolare e dinamica vita societaria sarebbero troppo elevati. Mentre per il giudice da un lato non è possibile, proprio per ragioni di economia processuale oltre che di affidamento e di immagine, eliminare il controllo *ex ante* e *ad excludendum*, d'altro lato — e pur scontato l'innalzamento della soglia generale del rigore — ci si può accontentare del semplificatorio “*in dubio pro* non conflitto di interessi”, appunto perché il giudice non è un *quisque de populo*.

7. La verifica *ex post* del conflitto di interessi giudiziale ed il rapporto con la invalidazione della decisione.

Veniamo alla prospettiva di verifica *ex post* del conflitto di interessi e completiamo dunque il quadro del sistema rimediabile decrittando il rapporto — una volta relativamente semplice oggi complicato da quale confusione giurisprudenziale — fra ricusazione/astensione e invalidazione della decisione.

Credo che, al di là delle confusioni, le norme, il sistema, e gli indirizzi della Cassazione di maggiore interattiva coerenza consentano di tornare ad una relativa semplicità ed alla razionalità imperniata sulla buona vecchia distinzione fra *iudex suspectus* e *iudex inhabilis*.

7.1. Il conflitto di interessi che corrisponda ad una situazione di astensione obbligatoria e perciò di ricusabilità non dà luogo di per se, *ex post*, ad invalidazione della decisione. Se il giudice non si astiene e nessuna delle parti lo ricusa, la deci-

sione è sempre valida (salva l'ipotesi ben nota e madornale di cui subito dirò) ed il giudice risponde ove del caso di illecito disciplinare.

Siamo in situazioni di semplice sospetto di parzialità. Dovere e potere giocano qui secondo il loro significato interferente: per il giudice l'astensione è un dovere e la violazione di un dovere del giudice non può restare senza rimedio perché ne va dell'immagine della magistratura, a ripristinare la quale basta tuttavia la sanzione disciplinare; e ciò perché la ricusazione per la parte è un potere (di veto) che conduce al medesimo risultato dell'assolvimento di quel dovere del giudice: se la parte non lo esercita *imputet sibi*, vorrà dire che l'affidamento della parte nel giudice non è stato scalfito dalla situazione di sospetto, e non stiamo più a preoccuparci. Con i doveri distinguo si verifica insomma ciò che accade nella dialettica obbligo del giudice di ossequiare la legge / potere della parte di impugnare la sentenza: la violazione del primo resta tale, con rare ma possibili conseguenze disciplinari in casi estremi, ma non invalida la decisione se la parte non esercita il potere impugnatorio.

Non credo davvero dunque — nonostante qualche disorientamento giurisprudenziale — che si possa invocare il vizio di costituzione del giudice (art. 158 c.p.c.) in casi particolarmente gravi di astratta ricusabilità non seguita però da istanza di ricusazione. Si andrebbero oltretutto a trascinare, per tutta la durata della vicenda processuale, incertezze fumose sulla maggiore o minore “gravità” della ipotesi.

Altro discorso è ovviamente che se l'istanza di ricusazione è accolta ovvero il giudice si astiene, e poi, pur essendo divenuto *inhabilis*, partecipa egualmente alla decisione, quest'ultima è allora sì certamente impugnabile per vizio di costituzione del giudice (art. 158 c.p.c.). E sempre la nullità *ex art. 158* per vizio di costituzione del giudice sanziona la violazione di specifiche norme le quali (non già consentono la ricusabilità, bensì) impongono la non partecipazione al giudizio di un certo giudice (ad esempio l'art. 669 *terdecies*, secondo comma, che

vieta la partecipazione al collegio del reclamo cautelare del giudice che ha emanato la ordinanza reclamata), sia pure per ragioni analoghe a quelle che contraddistinguono il conflitto di interessi per pre-giudizio o pre-cognizione della materia contemplato dall'art. 51.

7.2. Rispetto a questo quadro non è poi contraddittoria quella condivisibile ed ormai ferma giurisprudenza che, in caso di istanza di ricusazione proposta e respinta, trasforma l'errore sotto qualsivoglia profilo di tale statuizione, resa nel relativo sub-procedimento, in ragione di invalidità della decisione conclusiva. Così si salvano capre a cavoli ed anche qualcosa in più. Si mantiene ferma la non impugnabilità col ricorso straordinario per cassazione della ordinanza che rigetta l'istanza di ricusazione siccome provvedimento sì decisorio sul diritto processuale e costituzionale della parte ad un giudice imparziale, ma non definitivo. Si consente una verifica *ex post* della incompatibilità del giudice e perciò un sindacato impugnatorio pieno della ordinanza sulla ricusazione, la quale è oltretutto a sua volta emanata da giudice fin troppo prossimo a quello ricusando.

Ancor qui tuttavia il fondamento di tale sindacato impugnatorio non è il vizio di costituzione del giudice, perché altrimenti non si spiegherebbe come mai, *secundum eventum*, solo il rigetto e non l'accoglimento della istanza di ricusazione dia luogo a quel sindacato impugnatorio; come è giusto che sia visto che è la parte ricusante che vede leso da un erroneo rigetto il proprio diritto ad un giudice imparziale, e non la controparte che vede leso dall'erroneo accoglimento un inesistente diritto a questo o quel giudice e persona fisica. Chi impugna una decisione emanata da un giudice nei riguardi del quale sia stata erroneamente respinta istanza di ricusazione lamenta in realtà *l'error in procedendo* consistente nella violazione di norme poste a presidio del diritto costituzionale al giudice imparziale, violazione che, pur occorsa nel sub-procedimento, inficia la decisione finale.

7.3. Tutto quanto sopra non esclude ovviamente che vi sia una situazione particolare e ontologicamente diversa da tutte le altre perché ad essa corrisponde, nella sua forma pura e propria, il divieto “*nemo iudex in causa propria*”; una situazione insomma *mutatis mutandis* equivalente a quella del conflitto di interessi *ex lege* del socio amministratore che vota su delibera concernente azione di responsabilità da promuovere nei suoi confronti, la situazione cioè del voto *a non socio*.

Se il giudice coincide formalmente o sostanzialmente con la parte non è più giudice e la sua decisione, essendo resa *a non iudice*, incorre nelle conseguenze previste dall’art. 161 c.p.c., ben più gravi per scontate ragioni della semplice annullabilità contemplata dal diritto sostanziale per la delibera *a non socio*: la decisione non è tanto nulla per vizio di costituzione del giudice ma addirittura inesistente ed il giudicato che su di essa si formi è solo apparente non potendo in caso di inesistenza operare la conversione delle nullità in motivi di gravame.

È ovvio che in questo caso il giudice è ricusabile perché la situazione è ricompresa nell’ambito generale dell’“interesse in causa”. Ma anche se l’istanza di ricusazione non è proposta la decisione resa dal giudice-parte resta comunque una decisione inesistente.

Il problema è ritagliare i confini di questa situazione estrema; (la quale — si badi — si verifica solo se il giudice sia immedesimato nella posizione di parte della sua causa, mentre la immedesimazione del giudice nella posizione di parte di altra e diversa causa, accomunata a quella che egli è chiamato a decidere dalla identità di *quaestio iuris*, darà luogo a “semplice” interesse rilevante *ex art. 51, comma 1*).

Scontato il caso davvero raro della coincidenza formale con la parte (formale o sostanziale) — il giudice successore a titolo universale o particolare di una parte — bisogna occuparsi delle ipotesi di astratta possibilità di partecipazione al giudizio mediante intervento.

Non credo che la comune distinzione fra interesse diretto e indiretto, al di là del piano descrittivo, sia appagante sul piano

operativo se essa porta a non distinguere fra tali ipotesi sol perché divengono tutte ipotesi di nullità per vizio di costituzione del giudice e però assorbibile nei motivi di impugnazione. Ho già detto di non condividere questo automatismo e che la nullità per vizio di costituzione del giudice non può essere correlata alla disciplina della astensione/ricusazione salve le sole ipotesi di partecipazione alla decisione di giudice già ricusato o già astenutosi. E qui si tratta invece di capire se in tutti o solo in alcuni dei casi in cui il giudice potrebbe intervenire in giudizio ricorra la situazione, ben più grave che non la semplice nullità, della inesistenza perché il giudice non è assolutamente tale.

Sarei severo ma non manicheo. Tutti i casi forse no. Ma sì quelli di possibile intervento adesivo autonomo (giudice comproprietario dell'immobile a tutela del quale abbia agito altro comproprietario), quelli di possibile chiamata di terzo (giudice garante di una delle parti), quelli di possibile intervento principale (salva la difficoltà di provare che il giudice avesse avanzato stragiudizialmente o comunque potesse avanzare pretesa incompatibile). In tutti questi casi dovrebbe serenamente parlarsi di giudice che non è più tale perché non semplicemente interessato alla causa ma coincidente sostanzialmente con la parte, visto che è una parte potenziale ad ogni effetto. Quanto al giudice possibile interventore adesivo — visto il ben più attenuato coinvolgimento nell'oggetto del giudizio della situazione sostanziale che fa capo all'interventore adesivo — il discorso dovrebbe essere più elastico e da svolgersi caso per caso. Non avrei dubbi sulla coincidenza sostanziale fra giudice e parte se il giudice è mandante senza rappresentanza di una parte che litiga quale mandataria contro il terzo contraente o se è subcontraente di una parte che litiga su quel contratto. Ma non credo che ciò possa dirsi automaticamente in relazione ad ogni e qualsiasi caso di intervento adesivo.

Stessa elasticità occorre nel riscontro della coincidenza sostanziale (in senso diverso da quello appena cennato) fra il giudice socio e la società parte in giudizio. O meglio se il

giudizio è di quelli la cui decisione ha effetti diretti *ex lege* nei riguardi dei soci pur se non parti formali, allora la decisione resa dal giudice socio è sempre resa *a non iudice* a causa della formale coincidenza con la parte sostanziale. Se invece si tratta di un normale giudizio — poniamo fra la società ed un terzo fornitore — allora... *est modus in rebus*: sicura coincidenza sostanziale fra giudice e parte, nonostante la formale alterità soggettiva, per il giudice socio unico, o socio di maggioranza, o titolare di una partecipazione rilevante, o socio di una accomandita; non certo invece (e forse neppure “interesse in causa” meritevole di semplice ricusazione) per il giudice che ha dieci azioni di una grande quotata.

8. Revocazione e conflitto di interessi.

Resta da aggiungere che del sistema rimediale che presiede alla garanzia di imparzialità del giudice fa ovviamente parte anche la revocazione straordinaria *ex art. 395, n. 6, c.p.c.* Ma essa non è affatto direttamente correlata al conflitto di interessi in capo al giudice. Perché il dolo del giudice accertato con sentenza penale e di cui la sentenza civile sia l'effetto, da un lato, può dipendere ma non è detto che dipenda da una preesistente situazione di conflitto di interessi, d'altro lato implica sempre una parzialità effettiva ed in atto ed incorporata nella decisione, la quale è ingiusta perché essa stessa parziale e non perché emanata da un giudice non imparziale; mentre il conflitto di interessi, per grave che sia, comporta solo una parzialità potenziale della decisione perfino quando presunta *iuris et de iure* come nel caso di coincidenza fra giudice e parte. Il giudice che vende la sentenza per denaro non è in situazione di conflitto di interessi preesistente o comunque distinguibile ed altra rispetto a quella che *uno actu* egli ingenera con la decisione penalmente illecita, e rende decisione per definizione parziale (impugnabile ovviamente solo dal soccombente per via dell'interesse ad impugnare).

Invece perfino il giudice in conflitto di interessi perché sostanzialmente coincidente con la parte può decidere eroica-

mente in senso sfavorevole al nucleo dei propri personali interessi e favorevole ad altra parte. E qui nuovamente il paradosso (analogo a quello esemplificato in tema di impugnativa di delibera assembleare): se la decisione deve considerarsi resa *a non iudice* e dunque inesistente, l'inesistenza dovrebbe esser tale per tutti e per sempre; ma può la parte formale — poniamo la società di cui il giudice fosse socio di maggioranza — impugnare o dedurre in qualunque sede la inesistenza della decisione con cui quel giudice, novello Lucio Bruto, abbia dato ragione alla controparte? Anche qui l'unica eventuale reazione al paradosso mi sembra opporre l'abuso del diritto, da valutarsi dunque con prudenza e caso per caso (perché è pur sempre possibile che il giudice, nel suo insondabile foro interno, abbia inteso superare con decisione "parziale all'inverso" il sospetto di parzialità a suo carico: non a caso il provvidenziale art. 52 c.p.c., per le normali ipotesi di ricusazione, postula la legittimazione all'istanza in capo a "ciascuna delle parti" e perciò anche a quella che "dà causa" al motivo di ricusazione, ingenerando così un apparente paradosso che è però, nella prospettiva preventiva, ben più facilmente accettabile).

9. Il conflitto di interessi (del giudice, dell'ufficio, della giurisdizione) non incidente direttamente sulla imparzialità.

Vi sono situazioni di conflitto di interessi, in capo al giudice persona fisica, all'ufficio o addirittura alla giurisdizione come potere dello Stato, che non implicano alcun diretto pregiudizio alla terzietà della decisione o in generale della condotta del giudice rispetto alle parti. Perciò il rimedio, se rimedio vi deve essere, non può risultare sostitutivo *ex ante* del soggetto in conflitto e neppure invalidante la decisione sol perché vi è conflitto di interessi. Il rimedio sarà dunque ove del caso puramente sanzionatorio, ovvero preventivo della situazione di conflitto mediante la imposizione di divieti e/o di condotte prudenziali, ovvero e semmai sarà solutorio o compositivo del conflitto mediante la scelta secondo diritto di un interesse con sacrificio dell'altro e con eventuali effetti invalidanti su una

decisione già assunta, ma non perché essa è stata assunta in situazione di conflitto bensì perché intrinsecamente errata nel far prevalere un interesse sull'altro.

9.1. Così ad esempio il giudice che nomina più e più volte il cugino ingegnere quale Ctu emana provvedimenti in palese conflitto di interessi, ma invalidare la decisione ordinatoria, con conseguenze a catena sul segmento processuale, sarebbe all'evidenza assurdo rispetto alle esigenze primarie di entrambe le parti processuali e del processo. In questo ed in casi strutturalmente analoghi il giudice risponderà semmai variamente — dalla sanzione disciplinare a quella penale — a seconda della norma di condotta violata.

In tante altre situazioni di ancor minore cabotaggio si può, se si vuole, discorrere di conflitto di interessi in termini sociologici o empirici, sfuggendo se possibile alla tentazione di ricorrere al diritto e perciò indulgere a garantismo eccessivo, e accontentandosi, da uomini di mondo, del carattere umano e perciò sommamente imperfetto della giustizia (quando saremo — speriamo mai — alla giustizia impartita da intelligenza artificiale perderemo queste imperfezioni ma anche i vantaggi insostituibili della intelligenza umana). Che fare nei confronti del giudice che decide subito una causa complicatissima, con precedenza su tante altre di più remoto trattenimento in decisione, per esternare subito una “bella sentenza” da nota sul Foro Italiano? E del giudice che decide in un certo modo anche attratto dalla prospettiva di “andare sui giornali”? E del giudice che deposita l'ordinanza cautelare, del tutto imparzialmente assunta, il 31 luglio, pur essendo essa pronta da un paio di settimane, in modo da blindarla il più possibile rispetto ad uno scomodo reclamo agostano? E del giudice che rinvia l'udienza di p.c. per “eccessivo carico di ruolo” ovvero per rinnovamento (di facciata) del tentativo di conciliazione, e ciò fa pensando alla sua imminente entrata in maternità o trasferimento con definitivo eclissarsi dell'amaro calice della stesura di una motivazione difficilissima?

Direi nulla, salvo certi limiti (*est modus in rebus*) anche ma

non solo disciplinari. In queste ed in una miriade di altre situazioni a me pare ci si debba arrendere all'“umano troppo umano”, sebbene le situazioni si prestino a volte allo sfruttamento strategico da parte di avvocati intuitivi, ed altre volte si lambisca la carenza di originaria neutralità rispetto alle astratte alternative decisorie se non rispetto alle parti, ed è chiaro che questa carenza di neutralità rispetto alle alternative decisorie potrà anche travalicare nell'“interesse in causa” come motivo di ricusazione o per lo meno nelle “ragioni di convenienza” che giustificano l'astensione. Ma al di là di ciò, mi pare che nei casi esemplificati, ed in tanti altri assimilabili, divieti specifici e corrispondenti sanzioni siano incongrui da un lato rispetto alla insopprimibile e necessaria discrezionalità giudiziale, d'altro lato rispetto alla difficoltà di riscontrare in concreto l'esistenza stessa del conflitto di interessi, foss'anche potenziale, entrando nella testa del singolo giudice.

Piuttosto, prassi o regole primarie o sub primarie possono come si suol dire togliere l'occasione, ma sempre con prudenza e senza umiliare la discrezionalità essenziale né mortificare eccessivamente la personalità del giudice (il quale anzi nei nostri ambienti è per certi versi fin troppo poco quell'“eroe culturale” che Gino Gorla riconosceva nel giudice anglosassone). No di certo, dunque, ad un iconoclastico divieto di pubblicazione di nomi di magistrati nelle riviste giuridiche; sì invece ad un auspicabile divieto che la stampa ordinaria menzioni singoli magistrati come autori di provvedimenti. Sì anche alla recente eliminazione di quella inconcepibile precedente situazione per la quale, nei moduli di statistica giudiziaria funzionali alla pur effimera attuazione di meritocrazia per i magistrati, la stesura di una ordinanza cautelare formalmente contava ben poco, mentre contava sproporzionatamente di più la stesura di una sentenza, sicché il giudice poco coscienzioso poteva essere indotto da interesse personale carrieristico a porre velocemente mano ad una sentenza piuttosto che ad una ordinanza cautelare.

9.2. Passando dal singolo giudice all'ufficio, è chiaro che qualsiasi questione di attribuzione o ripartizione della *potestas iudicandi* e qualsiasi soluzione iniziale di essa mercé il canone secondo cui ogni giudice è il primo giudice della sua sfera di potere, può dirsi fonte in senso neppure troppo anodino di un potenziale conflitto di interessi. Ma sebbene la cosa sia talvolta avvertibilissima in modo epidermico anzi tattile (collegi arbitrali per ragioni venali, o procure della Repubblica in materia penale per ragioni di onore e fama; per l'ufficio giudiziario civile è invece difficile dire se l'attrattiva del sobbarcarsi alla decisione di merito prevalga davvero su quella opposta), nessuno ha mai pensato che il razionale ed ineluttabile principio della *Kompetenz-Kompetenz*, nelle sue varie declinazioni, debba cedere il passo ad una malintesa, ed in pratica assai farraginoso, attuazione del principio *nemo iudex in causa propria*. Spetta poi alla razionalità ed alla discrezionale fantasia del legislatore processuale stabilire come e da chi la decisione attributiva (o declinatoria) della *potestas iudicandi* possa essere prevenuta, o sindacata di per se, ovvero ancora sindacata nel raffronto con altra di segno confliggente. Ed ovvio che nel caso del sindacato il suo annullamento avrà luogo perché essa è intrinsecamente errata e non perché resa in conflitto di interessi, o se si vuole: il potenziale conflitto, in capo all'ufficio interessato a "tenersi la causa", si risolve sul normale piano degli interessi (qui processuali e non sostanziali) in conflitto fra le parti, interessi in conflitto che pur sempre un giudice dovrà dirimere secondo legge. È inutile dire che parlo della fisiologia e non dei casi in cui l'accaparramento della causa è mezzo ad altro fine illecito.

Ed aggiungo *per incidens* che non vedrei alcun conflitto di interessi, ma solo una questione di decoro quanto alle modalità, se gli uffici giudiziari (ad esempio il Tribunale delle imprese di Milano o quello di Roma, se del caso in sana concorrenza fra loro) facessero un po' di *marketing* attrattivo di scelte convenzionali del foro competente (ma allora anche con meccanismi ministeriali premiali, quanto a risorse, per il *surplus* di lavoro svolto).

9.3. Infine, passando dal singolo ufficio alla giurisdizione in quanto potere, è chiaro che il filosofo o lo storico o il sociologo del diritto potranno più che sensatamente discorrere di conflitto di interessi le quante volte la decisione della causa sia orientata da valori cui corrisponda in tutto o anche un “interesse” del potere giurisdizionale in quanto tale, alla sua protezione, alla sua funzionalità o al suo incremento: la economia processuale, la continuità conservativa della giurisprudenza, il ruolo nomofilattico della Cassazione come emblema della sua nobiltà elitaria confinata alla mitologica tutela dello *ius constitutionis*; e andando più oltre e più in generale: la prerogativa della giurisdizione di indirizzare l’economia o la vita delle società commerciali, o di condizionare e ridimensionare l’autonomia privata, o di correggere interpretativamente la lettera della legge, o di disapplicare per contrasto con principi fondamentali dell’ordinamento norme unionali o internazionali e così via seguitando. Ed in termini filosofici appunto o di teoria generale non basta tranquillizzarsi dicendo che l’interesse del potere giurisdizionale è sempre e per definizione l’interesse superindividuale dell’ordinamento, se poi a parlo in concreto a fondamento di una decisione è lo stesso potere giurisdizionale (e chi altri?); il quale è l’unico a giudicare su se stesso: aporia irrinunciabile ma pur sempre aporia.

Ma al di là delle affermazioni motivazionali esplicite o implicite, è scontata anzitutto la difficoltà perfino per lo storico o il filosofo o il sociologo di decifrare serenamente quando e come in un singolo caso o in una serie continuativa di casi la decisione sia stata davvero orientata dall’interesse — per dirla con un ossimoro — egoistico-istituzionale del potere giurisdizionale o di questo o quel potere giurisdizionale. Insomma ed esemplificando: la attuale ritrosia della Corte costituzionale rispetto alle tradizionali sentenze di rigetto interpretative e la parallela frequenza della rimessione degli atti al giudice *a quo* perché compia tutti gli sforzi ai fini di una interpretazione costituzionalmente orientata e salvifica è frutto di una politica giudiziaria intesa alla protezione della Consulta dal sovracca-

rico oppure alla affermazione piena della Costituzione come parte integrante del sistema e chiave dunque della interpretazione sistematica? E quanto c'è o c'è stato di politicamente censurabile, per conflitto di interessi strisciante sotto forma di eccesso di autoprotezione, nella stagione giurisprudenziale al Palazzaccio sul giudicato implicito in nome della ragionevole durata? E quanto di “sospetto” nella per altro contenuta trasformazione di questioni di merito in questioni di giurisdizione ai fini della sindacabilità in Cassazione delle altrimenti insindacabili decisioni di un Consiglio di Stato sempre più potente e prim'attore quale giudice dell'economia? Mentre senza bisogno di essere filosofo saprei benissimo cosa dire — aberranti senza giri di parole — di certi eccessi di mediazione delegata dal giudice a difesa dal fardello del ruolo (in altre occasioni gli eccessi, pur sempre censurabili a mio avviso, per lo meno non coinvolgono impropriamente interessi protettivi del concreto esercizio della funzione giurisdizionale essendo invece dovuti ad ingenuo fideismo nei confronti della mediazione).

Quanto al giurista positivo, questo tipo di conflitto di interessi finisce per rilevare assai poco. Quel che conta è il lavacro delle impugnazioni con decisione pur sempre affidata al potere giurisdizionale perché — di nuovo — di qualcuno bisogna pur fidarsi; oppure, ed ove ne sia eccezionalmente il caso, il conflitto fra i poteri dello Stato con decisione affidata alla Corte costituzionale ivi ben terza rispetto ai poteri in conflitto. E — *mutatis mutandis* — nell'una e nell'altra ipotesi la questione è sempre e solo quella di controllare se la scelta di valore che abbia pur dichiaratamente orientato la decisione nel senso della conservazione e/o del rafforzamento e/o della protezione del potere giurisdizionale o di un certo potere giurisdizionale sia a sua volta avvalorata dall'ordinamento. Altrimenti la decisione sarà semplicemente errata come suol dirsi “per vizi suoi” e non certo (tecnicamente) invalida per conflitto di interessi.

ABSTRACT: Il presente saggio analizza, in maniera trasversale, ed in confronto con le analoghe problematiche del diritto privato e del diritto commerciale, il tema del conflitto di interessi nel processo civile e dei relativi rimedi processuali adoperabili *ex ante* ed *ex post*. La tematica viene affrontata tanto nella prospettiva della parte processuale quanto nella prospettiva del giudicante ed in relazione alla sua necessaria imparzialità e terzietà. Nell'ultima parte del contributo l'Autore prende in considerazione particolari situazioni di conflitto di interessi in capo al giudice persona fisica, all'ufficio o addirittura alla giurisdizione come potere dello Stato, che non implicano tuttavia un diretto pregiudizio alla terzietà della decisione o in generale della condotta del giudice rispetto alle parti.

ABSTRACT: *This essay analyzes, also by comparing with the similar issues in private and commercial law, the issue of conflict of interest in the civil proceeding and of the related procedural remedies that can be used ex ante and ex post. The issue is dealt with both in the perspective of the party and in the perspective of the judge and in relation to its necessary impartiality. In the last part of the essay the Author takes into consideration particular situations of conflict of interest about the judge as physical person, the office or even the jurisdiction as a power of the State, which do not imply, however, a direct prejudice to the impartiality of the decision or in general to the judge's conduct with respect to the parties.*