

Ar2

Luca Prendini

**L'imparzialità del giudice civile
e la sua tutela processuale**



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5589-2

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2012

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I

PREMESSE INTRODUTTIVE

| | |
|---|----|
| 1. Imparzialità e giusto processo civile | 1 |
| 2. Il rilievo dell'introduzione nell'art. 111 Cost. del principio di terzietà del giudice e la prospettiva di una seria revisione della disciplina degli istituti dell'astensione e della recusazione | 9 |
| 3. Cenni alla legge delega di riforma dell'ordinamento giudiziario (l. 25 luglio 2005, n. 150), al decreto attuativo in punto di illeciti disciplinari dei magistrati e di incompatibilità giudiziarie (d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109) ed alla successiva "controriforma" (l. 24 ottobre 2006, n. 269) | 20 |
| 4. Imparzialità, terzietà, apparenza di imparzialità e credibilità del giudice | 24 |
| 5. La "prova" dell'imparzialità del giudice | 31 |
| 6. L'indipendenza del giudice e i codici di condotta dei magistrati. Breve panorama della situazione internazionale | 40 |
| 7. Il <i>Bangalore project</i> (2000), il <i>Code of deontology for the judiciary</i> (2001) ed i <i>Bangalore principles of judicial conduct</i> (2002) | 46 |
| 8. La manifestazione del pensiero del giudice tra libertà di parola e diritto di rimanere in silenzio | 49 |
| 9. Le ragioni del presente lavoro. La riforma del c.d. <i>giusto processo</i> e la consistenza dei rimedi processuali che il nostro ordinamento predispone a presidio del principio di terzietà del giudicante. Ambito dell'indagine | 52 |

CAPITOLO II

L'IMPARZIALITA' DEL GIUDICANTE PROFILI STORICO – COMPARATIVISTICI

SEZIONE I

LA PROSPETTIVA STORICA

- | | |
|--|----|
| 1. La ricusabilità dei giudici nel diritto romano | 59 |
| 2. Il “ <i>litem suam facere</i> ” | 67 |
| 3. L'evoluzione processuale | 74 |
| 4. La legislazione <i>de repetundis</i> | 78 |
| 5. La ricusazione dei giudici all'epoca del diritto comune | 86 |

SEZIONE II

LA DISCIPLINA DELL'ASTENSIONE E DELLA RICUSAZIONE NELLE CODIFICAZIONI PREUNITARIE

- | | |
|---|-----|
| 6. Astensione e ricusazione anche per “ <i>l'altre Sospezioni portate dalla Ragion Comune</i> ” nelle Costituzioni sabau- de (1723) | 90 |
| 7. La ricusazione, anche “ <i>a misura delle circostanze</i> ”, nel Codice estense (1771) | 93 |
| 8. Dovere di terzietà e ricusazione del giudice “ <i>per giusta causa di sospizione</i> ” (ma anche per altre cause, “ <i>del pari ragionevoli e giuste</i> ”) nel Codice giudiziario barbacoviano (1788) | 94 |
| 9. La disciplina della ricusazione nel Codice di procedura civile per Regno d'Italia (1806) | 97 |
| 10. Astensione e ricusazione dei giudici nel Codice per lo Regno delle due Sicilie (1819) | 98 |
| 11. Il Codice di processura civile di Maria Luigia (1820) | 104 |
| 12. Il Regolamento giudiziario per gli affari civili di papa | |

| | |
|--|-----|
| Gregorio XVI (1834) | 107 |
| 13. Il “ <i>diritto di ricusare il giudice</i> ” nel Codice di procedura civile per gli Stati estensi (1852) | 109 |
| 14. I codici di procedura civile per gli Stati sardi (1854-1859) | 110 |
| 15. Cenni ad altre codificazioni : dal dovere di imparzialità del giudice nel Codice di Malta (1784) a quello di “ <i>osservare la più scrupolosa imparzialità</i> ” del Regolamento generale del processo civile pel Regno Lombardo-Veneto (1815) | 113 |
| 16. La disciplina del Codice di procedura civile del 1865 | 116 |
| 17. I progetti di nuova codificazione degli anni '20 e '30 | 121 |

SEZIONE III PROFILI DI DIRITTO COMPARATO

| | |
|--|-----|
| 18. L'ordinamento canonico: premesse | 127 |
| 19. L'opera di Innocenzo III e il Concilio lateranense IV del 1215: la disciplina “arbitrale” del procedimento di ricusazione | 132 |
| 20. L'astensione e la ricusazione del giudice canonico “ <i>nella causa che in qualche modo lo riguarda</i> ” | 138 |
| 21. La disciplina dell'astensione e della ricusazione nell'ordinamento tedesco | 145 |
| 22. (segue) I singoli motivi di ricusazione. L' <i>Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit</i> | 155 |
| 23. La disciplina dell'astensione e della ricusazione nell'ordinamento francese | 159 |
| 24. L'ordinamento cinese (cenni) | 164 |
| 25. Astensione e ricusazione del giudice per motivi tipici, ma anche “ <i>per altri conflitti di interesse</i> ” nell'Ordinamento giudiziario della Repubblica di San Marino | 167 |

SEZIONE IV
L'ESPERIENZA INGLESE

| | |
|--|------------|
| 26. Premessa: l'imparzialità del giudice nel confronto tra ordinamenti di <i>civil law</i> e sistemi di <i>common law</i> | 170 |
| 27. L'apparenza di imparzialità del giudice: i casi Hoffmann e Collins | 180 |
| 28. Il caso Hoffmann-Pinochet. La fattispecie | 182 |
| 29. L'evoluzione giurisprudenziale in tema di <i>judicial squalification</i> | 194 189 |
| 30. Concreto pericolo di parzialità, probabilità di preconcetto e ragionevole sospetto di prevenzione | 201 194 |
| 31. L'approccio della <i>House of Lords</i> al tema della <i>disqualification</i> del giudice Hoffmann nel caso Pinochet (n. 2 l'estensione della categoria della <i>automatic disqualification</i> ai casi di mancata <i>disclosure</i> di un interesse, anche non pecuniario, in capo al giudice | 208 196 |
| 32. Le implicazioni della decisione nel caso Pinochet (n. l'incertezza in materia di prevenzione del giudice e il potenziale aumento del pericolo di parzialità, connesso crescente coinvolgimento dei giudici nella vita pubblica | 211 219 |
| 33. Conclusioni sul caso Hoffmann-Pinochet: la relazione tra <i>disclosure</i> , astensione ed esclusione del giudice | 217 202 |
| 34. Il caso Collins. Premesse | 218 205 |
| 35. (<i>segue</i>) Il caso <i>Locabail (UK) Limited v. Bayfield Properties Limited</i> (2000). La fattispecie | 219 206 |
| 36. (<i>segue</i>) La questione di parzialità emersa nel caso “ <i>Locabail</i> ” e la soluzione della <i>Court of Appeal</i> . Critica | 222 207 |
| 37. Il caso <i>Bank of Credit and Commerce International v. Ali</i> (2001). La fattispecie e la questione di parzialità emersa in tale occasione | 224 210 |
| 38. (<i>segue</i>) Le modalità ed il percorso argomentativo seguiti dal giudice Collins nella trattazione della questione di parzialità. Conclusioni | 212 |

CAPITOLO III

L'IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE
NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

- | | |
|---|-----|
| 1. La garanzia dell'imparzialità del giudice nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Premesse | 217 |
| 2. <i>“Ogni processo si svolge...davanti a giudice terzo e imparziale”</i> . Le conseguenze dell'inserimento formale di tale principio nella Costituzione ed il rapporto con gli altri elementi costitutivi del “giusto processo” | 220 |
| 3. La relazione tra il diritto al giudice imparziale e il diritto al giudice naturale | 226 |
| 4. Critica alle posizioni della Corte costituzionale e, in particolare, alla pretesa differente operatività della garanzia del giudice imparziale nei diversi tipi di processo | 230 |
| 5. Le più rilevanti pronunce relative al processo penale | 238 |
| 6. (segue) I provvedimenti sulla libertà personale. L'incompatibilità tra la funzione di giudice del riesame <i>ex art. 309 c.p.p.</i> e quella di giudice del dibattimento | 244 |
| 7. (segue) L'incompatibilità del giudice per le indagini preliminari nel giudizio abbreviato e nel c.d. patteggiamento. L'incompatibilità nel giudizio abbreviato del giudice che abbia rigettato la domanda di patteggiamento | 245 |
| 8. Orientamenti in materia processuale civile: gli artt. 51, II co., n. 4; 52, III co., e 53, I co., c.p.c. | 247 |
| 9. Prime conclusioni provvisorie sul procedimento di ricusazione nell'ordinamento italiano | 252 |

CAPITOLO IV

LA DISCIPLINA VIGENTE: ANALISI E LIMITI

SEZIONE I PREMESSE

1. Cenni ai rimedi processuali tesi a garantire l'imparzialità del giudice penale 255
2. Astensione e ricusazione del giudice tributario 260
3. Astensione e ricusazione del giudice amministrativo 262
4. L'imparzialità del giudice civile e le sue garanzie: astensione e ricusazione 264
5. La deroga alla competenza per le cause riguardanti i magistrati (art. 30-*bis* c.p.c.): genesi, *ratio* e vicende della relativa disciplina. I riflessi di tale previsione nella ricostruzione dei caratteri del procedimento di ricusazione e, in particolare, nella configurazione, in tale contesto, del ruolo del giudice 266

SEZIONE II L'IMPARZIALITÀ DELL'ARBITRO

6. Premessa: la soluzione positiva italiana 276
7. (*segue*) Critica 280
8. Il rapporto tra la disciplina speciale (art. 815 c.p.c.) e quella generale (art. 51 e ss.) e la derogabilità di quest'ultima. La ricusazione degli arbitri nell'arbitrato internazionale 281
9. Cenni di diritto comparato: il problema dell'imparzialità dell'arbitro rituale (*Schiedsgericht*) e di quello libero (*Schiedsgutachter*) nell'ordinamento tedesco 286

SEZIONE III
L'ASTENSIONE

| | |
|--|-----|
| 10. Premessa | 296 |
| 11. Il rapporto tra le cause di incompatibilità previste dalla legge sull'ordinamento giudiziario ed i motivi di astensione di cui all'art. 51 c.p.c. Le incompatibilità di servizio | 298 |
| 12. (segue) Le incompatibilità organiche | 300 |
| 13. (segue) Le incompatibilità funzionali | 303 |
| 14. Gli effetti della violazione delle norme in tema di incompatibilità del giudice. L'illecito disciplinare. Le sanzioni: dalla censura al trasferimento d'ufficio | 303 |
| 15. Sulla possibilità di interpretare ed applicare analogicamente od in via estensiva le ipotesi tipiche di astensione di cui all'art. 51 c.p.c. Gli ulteriori motivi di astensione previsti per i giudici di pace, per i giudici tributari e per i giudici onorari aggregati | 306 |
| 16. Il (debole) rilievo, a tal fine, del principio del giudice naturale di cui all'art. 25, I co., Cost. L'inapplicabilità <i>en bloc</i> in sede civile della disciplina dell'astensione e della ricasazione del giudice penale | 313 |
| 17. In particolare. I principi enucleati in materia dalla giurisprudenza amministrativa: la sostanziale assenza di un principio di tassatività delle cause di incompatibilità delle commissioni nei pubblici concorsi. La violazione del dovere di astensione come vizio del provvedimento, a prescindere dall'iniziativa ricasatoria della parte | 320 |
| 18. Genesi e contenuto dei singoli motivi di astensione. Premesse | 326 |
| 19. Elenco dei motivi e dei sotto-motivi di ricasazione dei giudici | 329 |
| 20. a) L'interesse del giudice nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto (art. 51, co. I, n. 1, c.p.c.) | 334 |
| 21. b) Rapporti rilevanti del giudice o del consorte di questi con le parti o con i difensori: parentela, convivenza, commensalità abituale (art. 51, co. I, n. 2, c.p.c.) | 345 |

| | |
|--|-----|
| 22. c) Pendenza di causa, grave inimicizia, rapporti di credito o debito del giudice con una delle parti o uno dei difensori (art. 51, co. I, n. 3, c.p.c.) | 353 |
| 23. (segue) In particolare, l'eventualità di un esposto della parte al Consiglio superiore della magistratura nei confronti del proprio giudicante, con richiesta di apertura di procedimento disciplinare, e di successiva ricsusazione del medesimo magistrato per l'esistenza di una "causa pendente" e di "grave inimicizia" | 366 |
| 24. d) Il pregresso coinvolgimento, in senso lato, del giudice nella medesima controversia | 367 |
| 25. (segue) In particolare, la precedente cognizione nel merito ad opera del medesimo giudice in altro grado del processo | 371 |
| 26. e) L'esercizio da parte del giudice di funzioni a tutela dell'incapace, in senso lato, che sia parte, o dell'amministrazione di società od enti interessati nella causa. Il giudice che sia datore di lavoro di una delle parti. | 378 |

SEZIONE IV LA RICUSAZIONE

| | |
|---|-----|
| 27. Introduzione | 380 |
| 28. Natura e caratteri del procedimento di ricsusazione e della questione che ne forma oggetto. La "controparte" del ricsusante | 381 |
| 29. Il provvedimento che decide sull'istanza di ricsusazione: la sua natura "decisoria", ma "non definitiva" | 385 |
| 30. (segue) Il capo dell'ordinanza di inammissibilità o rigetto contenente la condanna alla pena pecuniaria: è provvedimento non definitivo, non ricorribile in via straordinaria | 396 |
| 31. La sospensione del processo. Il giudice competente | 398 |
| 32. Suggerimenti minimi per una nuova disciplina dell'astensione e della ricsusazione del giudice civile | 402 |

CAPITOLO I

PREMESSE INTRODUTTIVE

SOMMARIO: 1. Imparzialità e giusto processo civile. – 2. Il rilievo dell'introduzione nell'art. 111 Cost. del principio di terzietà del giudice e la prospettiva di una seria revisione della disciplina degli istituti dell'astensione e della ricusazione. – 3. Cenni alla legge delega di riforma dell'ordinamento giudiziario (l. 25 luglio 2005, n. 150), al decreto attuativo in punto di illeciti disciplinari dei magistrati e di incompatibilità giudiziarie (d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109) ed alla successiva "controriforma" (l. 24 ottobre 2006, n. 269). – 4. Imparzialità, terzietà, apparenza di imparzialità e credibilità del giudice. – 5. La "prova" dell'imparzialità del giudice. – 6. L'indipendenza del giudice e i codici di condotta dei magistrati. Breve panorama della situazione internazionale. – 7. Il *Bangalore project* (2000), il *Code of deontology for the judiciary* (2001) ed i *Bangalore principles of judicial conduct* (2002). – 8. La manifestazione del pensiero del giudice tra libertà di parola e diritto di rimanere in silenzio. – 9. Le ragioni del presente lavoro. La riforma del c.d. giusto processo e la consistenza dei rimedi processuali che il nostro ordinamento predispose a presidio del principio di terzietà del giudicante. Ambito dell'indagine.

1. *Imparzialità e giusto processo civile*

“Al principio che qualche volta si suole proclamare, quasi presunzione iuris et de iure, della insospettabilità della magistratura..., sembra più nobile e più morale contrapporre il principio che il primo a sospettare del magistrato deve essere egli medesimo; onde non deve adontarsi di veruna cautela tendente ad eliminare perfino il più lontano dubbio sulla di lui parzialità, anche inconsapevole; e non sarebbe troppo se il magistrato ripettesse dieci volte al giorno a se medesi-

mo: humani nihil a me alienum esse puto, per rendersi conto severamente di tutte le cagioni, grandi, piccole e minime, dalle quali può essere predisposto a favore o simpatia per una causa o per un litigante, o viceversa"¹.

Le parole di Mortara introducono, a mio parere, con sobrietà ed efficacia il tema al quale è dedicato il presente lavoro, che – a distanza di quasi vent'anni dall'ultima opera monografica in argomento e a ridosso di un attento ed assai ricco studio che, di recente, ha preso nuovamente in esame il tema della ricusazione – intende portare il proprio contributo alla ricostruzione, alla luce del vigente panorama normativo, della più recente giurisprudenza e di una mirata ricerca storica e comparatistica, della genesi, delle caratteristiche e del contenuto sostanziale dei rimedi che il nostro ordinamento processuale civile predispose per tutelare il "diritto" delle parti al giudice imparziale².

Questa ricerca non mira, comprensibilmente, ad un obiettivo in premessa irraggiungibile con assoluta certezza; non pretende, così, di riuscire a delineare in termini concreti le caratteristiche di una realtà – l'imparzialità del giudicante – che, oltre a non essere tangibile per sua stessa natura, a tratti appare un po' simile ad un'araba Fenice, della quale, come dice il poeta, "*che vi sia ciascun lo dice*", ma... "*dove sia nessun lo sa*"³.

¹ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, 1923, 480. L'appropriata citazione del Maestro, la cui versione completa è *Homo sum, humani nihil a me alienum esse puto*, è tratta, com'è noto, dalla scena prima del primo atto della commedia *Heautontimorumenos* (Il punitore di se stesso), opera del II secolo a.C. del commediografo latino Publio Terenzio Afro.

² I riferimenti sono, rispettivamente, alla nota monografia di DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Padova, 1991 ed al più recente contributo di PANZAROLA, *La ricusazione del giudice civile. Il problema della impugnabilità della decisione*. Bari, 2008; quest'ultimo, dopo una ricca ed interessante ricostruzione storica della ricusazione, si sofferma altrettanto ampiamente sul tema più specifico del trattamento processuale della decisione pronunciata sull'istanza di ricusazione.

³ La celebre espressione, poi ripresa da Lorenzo da Ponte nel libretto del mozartiano *Così fan tutte* (1790) con (poco gentile) riferimento alla sola fedeltà femminile, compare originariamente, ed in termini più generali, nel secondo atto, scena terza, del *Demetrio*, opera scritta sessant'anni prima da Pietro Metastasio ("...*Eh, in amore fedeltà non si trova in ogni loco / Si vanta assai, ma si conserva poco / È la fede degli amanti / come l'araba fenice / che vi sia, ciascun lo dice, / dove sia nessun lo sa. / Se tu sai dov'ha ricetto, / dove muore e torna in vita, / me l'addita, e ti prometto / di serbar la fedeltà*").

Essa ambisce, piuttosto, a cercare di definire il significato ed il contenuto di tale fondamentale modo di essere e di porsi del giudice, che appare talora più invocato a parole che praticato nei fatti, ma che altrettanto di frequente viene fuso e, perciò, confuso in una sorta di mantra laico, all'interno del quale imparzialità-terzietà-indipendenza-autonomia finiscono per dar corpo ad un insoddisfacente tutt'uno concettuale, ad una sorta di *slogan*, insomma.

Ambisce, altresì, a stimolare ancora una volta una rinnovata riflessione sull'adeguatezza al loro preteso scopo di quei due istituti, l'astensione e la ricsuzione, la cui ridotta disciplina sigilla oggi il capo codicistico dedicato al giudice, risolvendosi in soli quattro articoli nei quali, per vero, si legge assai poco "di nuovo" e, in compenso, molto "d'antico"⁴.

Secondo la giurisprudenza, la ricsuzione, in particolare, rappresenta lo strumento messo a disposizione delle parti "per impedire che una controversia possa essere istruita e/o decisa da un giudice non imparziale"⁵: così, da ultimo, si sono espresse le sezioni unite della Suprema Corte sottolineando, non senza enfasi, come "questa, e solo questa" sia la finalità dell'istituto, ma anche, come si vedrà, non senza contraddizione con quella medesima giurisprudenza, sempre di vertice, che – alla fine – impone di rinviare all'eventuale giudizio d'appello il riesame della ricsuzione rigettata in primo grado: con

⁴ Il codice di procedura civile del 1865, come si vedrà più diffusamente in seguito (Cap. II, Sez. I), riservava alla ricsuzione e all'astensione dei giudici e degli ufficiali del ministero pubblico gli articoli dal 116 al 131. Allora, come oggi, la disciplina di tali istituti seguiva immediatamente quella della competenza e della giurisdizione, nella persuasione dell'esistenza di una medesima *ratio* al fondo dell'eccezione di incompetenza e della ricsuzione "La prima riguarda l'autorità stessa giudiziaria, senza tener conto della persona che ne sostiene l'ufficio; la seconda invece concerne la persona che sostiene le funzioni di giudice. Nel primo caso, l'autorità giudiziaria dovrà astenersi dal pronunciare per ragioni di ordine pubblico o d'interesse generale; nel secondo caso, la persona, che sarebbe chiamata ad esercitare l'ufficio di giudice, dovrà astenersi perché si sospetta della sua imparzialità" (così il punto 114 della Relazione del Ministro Guardasigilli Pisanelli sul Primo libro del progetto di codice di procedura civile del 1865; sul punto, v. anche CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, Torino, 2012, 241).

⁵ Cass. civ., Sez. un., 15 dicembre 2008, n. 29294, in *Dir. & Giust.*, 2008, *Guida al dir.*, 2009, 2, 58, con nota di SACCHETTINI, *Giust. civ.*, 2009, 3, I, 577, con nota di MOROZZO DELLA ROCCA; nel medesimo senso, Cass., Sez. un., 8 ottobre 2001, n. 12345, in *Foro it.*, 2002, I, 1613, con nota di SCARSELLI, *La ricsuzione tra terzietà del giudice e indipendenza della magistratura*.

buona pace della garanzia per le parti a che la causa venga istruita e decisa, in ciascuna sua fase e grado, ad opera di un giudice veramente imparziale⁶.

L'affermazione secondo cui la ricusazione è lo strumento volto ad impedire che la causa sia trattata e decisa da parte di un giudice poco o per nulla imparziale, anche in ragione della precisazione ora fatta, non appare del tutto aderente alla realtà; tuttavia, assumendola in ipotesi come tale, verrebbe da dire che tale strumento (la ricusazione) è, per dir così, fortemente bisognoso di nuovo accordo, se è vero – come è vero e come è stato giustamente osservato – che la condizione attuale della (disciplina della) ricusazione è decisamente *anormale*, giacché, ad una progressiva evoluzione qualitativa nell'approccio normativo di livello più elevato al valore costituito dall'imparzialità del giudice (che ha trovato sanzione, ormai più di due lustri orsono, nel II co. dell'art. 111 Cost.), ha corrisposto una inaccettabile stasi delle relative norme processuali, che finisce per vanificare gli effetti di tale evoluzione⁷.

Come se non bastasse, le soluzioni giurisprudenziali al riguardo, anche se di provenienza in astratto più qualificata, si rivelano nella migliore delle ipotesi timide ed inappaganti⁸.

In prospettiva adeguatrice del dato positivo processuale civile al tenore del corrispondente canone costituzionale – e soltanto a tale limitato obiettivo – gioverà sicuramente confrontare la struttura degli istituti in esame con quelli, omonimi, ma – come si vedrà – non di identico contenuto, che sono diretti a salvaguardare la medesima garanzia nell'ambito del procedimento penale.

Il principio di terzietà ed imparzialità, del resto, non corrisponde unicamente ad un canone strumentale alla ricerca dell'esatta decisio-

⁶ Cass. civ., Sez. un., 20 novembre 2003, n. 17636, in *Giur. it.*, 2004, 1592, con nota di GIANCOTTI.

⁷ PANZAROLA, *La ricusazione*, cit., 16, che, non a torto ed assai efficacemente, giudica altresì *odiosa* la disciplina dei termini di proponibilità, *arbitraria* la limitazione dei soggetti ricusabili, *discutibili* le regole di attribuzione della competenza ed, infine, *opinabile* la disciplina della sospensione.

⁸ Il riferimento è, fra tutte, a Cass. 17636/03, cit.

ne, ma è un elemento fondante della stessa *accettabilità* dell'esperienza processuale, quale ne sia l'esito⁹.

Da tale confronto – esteso anche alle corrispondenti decisioni di merito e, soprattutto, di legittimità al riguardo – sarà agevole trarre delle indicazioni *de iure condendo*, che, unendosi a quelle da tempo formulate dalla dottrina più sensibile al tema in esame, sappiano far breccia sul nostro legislatore processuale, il quale, pur apparendo vittima di un iperprassismo riformista, che si manifesta a cadenza ormai (men che) quinquennale, non si è finora dimostrato particolarmente attento in proposito: forse, nella consapevolezza che la ricusazione è uno di quegli istituti talmente complessi e così ricchi di implicazioni che, quanto più se ne dice, tanto più rimane da dirne¹⁰.

La fondatezza di tale ultima considerazione emerge ove si consideri che, nonostante gli evidenti limiti (esaltati anche per effetto della riforma costituzionale del '99) che caratterizzano l'attuale foggia normativa degli istituti dell'astensione e della ricusazione e dei relativi motivi, anche i più recenti interventi riformatori del processo civile (quello del 2005-2006 e quello, recentissimo, del 2009) non hanno sostanzialmente toccato la disciplina di cui agli articoli 51 e seguenti del codice di rito¹¹.

La modifica introdotta dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 al III co. dell'art. 54 c.p.c. si limita, infatti, ad elevare (da 5 a 250 euro) il limite massimo della pena pecuniaria (eventualmente) conseguente alla pronuncia di inammissibilità o di rigetto della ricusazione, ad escludere (sensatamente) il difensore dai possibili destinatari di tale sanzione e, infine, a recepire anche formalmente la portata della fondamentale, in

⁹ Ovvero, anche laddove il giudice parziale giungesse, magari poiché prevenuto a favore della parte munita di buone ragioni, alla medesima decisione che avrebbe attinto un giudice integro, così CONSOLO, *Terzietà ed imparzialità nella dinamica dei processi non penali*, in *Foro it.*, 2012, V, 23.

¹⁰ PANZAROLA, *ivi*, 20.

¹¹ Una disciplina che, al pari di altre ancora vigenti, mostra tutti i segni di una disposizione antistorica (CONSOLO, *Il giudice "terzo" e "imparziale"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile*, a cura di B. Capponi e V. Verde, Napoli, 2002, 78).

materia, sentenza 21 marzo 2002, n. 78, della Corte costituzionale, attribuendo carattere discrezionale e non obbligatorio a tale condanna¹².

Con la penultima riforma, invece, era stata novellata, in argomento, unicamente l'apposita norma dedicata alla riconsunzione degli arbitri (art. 815 c.p.c.), peraltro con soluzione che, sin dai primi commenti, è stata giudicata frutto di una prospettiva di "non progresso" sul punto dell'indipendenza e dell'imparzialità dei giudici privati, di cui pure sono stati potenziati i motivi di riconsunzione, ma senza tener conto (o fingendo di ignorare) le più recenti evoluzioni dottrinali e giurisprudenziali in tema di puntuale dovere di *disclosure* in capo all'arbitro ed accentuando, altresì, pesantemente (e, per vero, insensatamente) le conseguenze sanzionatorie di una riconsunzione infondata¹³.

La difficoltà maggiore nello studio dell'imparzialità del giudice deriva innanzitutto (e soprattutto) dalla natura e dalla consistenza dello stesso tema di indagine, che è, all'evidenza, assai astratto, in quanto riferito ad una realtà obiettivamente evanescente; per altro verso, l'inevitabile intreccio tra i profili strettamente giuridici della questione e le diverse considerazioni sul piano storico, etico e filosofico, che fatalmente devono trovare spazio nell'ambito di una simile ricostruzione, contribuisce a rendere ardua, ma per questo non meno affascinante, l'attività di ricerca a tale riguardo.

Proprio alla luce della spiccata volatilità del valore di riferimento, il primo e più valido presidio della terzietà del giudice non può che realizzarsi principalmente in via mediata, attraverso la predisposizione di una seria e, nel contempo, ragionevole disciplina positiva che cerchi di garantire nel modo migliore (se non proprio l'imparzialità, quanto-

¹² Corte cost., 21 marzo 2002, n. 78, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1165, *Foro it.*, 2002, I, 1611, nt. SCARSELLI, *La riconsunzione tra terzietà del giudice e indipendenza della magistratura*, *Giur. cost.*, 2002, 720, *Giur. it.*, 2002, 2034, nt. SOCCI, *Giur. it.*, 2002, 2159, *Guida al dir.*, 6 aprile 2002, 22 ss., nt. G. FINOCCHIARO, *Eliminato un rigido automatismo sanzionatorio in contrasto con il diritto alla tutela giudiziaria*.

¹³ Si vedano in argomento le osservazioni di CONSOLO, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 2005, 1190 e, sempre dello stesso Autore, *Imparzialità degli arbitri. Riconsunzione*, in *Riv. arb.*, 2005, 727 ss., nonché, per la disciplina, la legge 14 maggio 2005, n. 80, la legge 28 dicembre 2005, n. 263 e l'art. 21 del decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 22 dicembre 2005, che, in attuazione della delega di cui alla legge n. 80 del 2005, reca le "Modificazioni al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato".

meno) l'apparenza di imparzialità in capo al giudicante, rimuovendo, innanzitutto e per quanto possibile, tutte quelle situazioni, quelle potenziali duplicazioni nell'attività decisoria e quegli incroci procedurali, che possono contribuire a non forgiare, anche nell'osservatore meno esperto, una robusta persuasione in tal senso.

L'esistenza di una idonea regolamentazione positiva degli strumenti di tutela, pur essendo fondamentale, non è tuttavia sufficiente al conseguimento dell'obiettivo, cui si rivela del pari essenziale, a mio parere ed *a priori*, un sistema che favorisca lo sviluppo di un complessivo *modo di essere* del magistrato, che sia adeguato al fondamentale e delicato ruolo da questi ricoperto nella società e che sappia garantire al giudicante quelle conoscenze, quelle capacità valutative e quell'equilibrio decisorio, che chiunque si attende da lui¹⁴.

Appropriate modalità di selezione, prima, e, poi, di formazione e di periodico aggiornamento professionale – quest'ultimo auspicabilmente anche in utile e dialettico confronto non soltanto interno e, per dir così, di categoria, ma anche con gli operatori del diritto più vicini al giudice, vale a dire gli avvocati, e con le menti più brillanti dell'accademia – appaiono, oggi più che mai, irrinunciabili¹⁵.

Ne fornisce conferma la circostanza che, sotto il profilo della disciplina, l'ordinamento italiano vigente riconosce e (almeno formalmente) tutela in ogni tipo di processo – seppure, come si vedrà, con tonalità diverse – il diritto delle parti ad un corretto esercizio della funzione

¹⁴ Sotto il profilo da ultimo evidenziato, un passo in avanti, per ora solo “cartaceo”, è costituito dalla approvazione della nuova disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, di cui al D. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 – entrato in vigore, per la parte che qui interessa, nel giugno 2006 – cui è seguito, a mio parere, un (mezzo) passo indietro per effetto dell'approvazione della di poco successiva legge 24 ottobre 2006, n. 269 (v. *infra* § 3).

¹⁵ Per una critica – non recentissima, ma il cui contenuto appare attuale, oltre che condivisibile – all'insoddisfacente metodo di reclutamento e di formazione dei magistrati e all'inidoneo assetto dell'apparato giudiziario italiano, v. ELIA, *Una scuola per la formazione dei magistrati*, in *Il giusto processo*, 2002, 93 s., il quale ritiene, tuttavia, che l'elettività dei magistrati sul modello statunitense (per i giudici non federali) e svizzero costituirebbe, nel panorama italiano, una minaccia all'imparzialità del giudice; nello stesso senso, SAPONARA, presidente vicario *p.t.* della Sez. disciplinare del C.s.m., che evidenzia, altresì, i limiti di tutte le forme di “giustizia domestica”, ivi compresa quella esercitata dalla Sez. disciplinare del C.s.m., che potrebbero essere superati “*con qualche controllo in più e con qualche estraneo in più nelle commissioni giudicanti*”, in modo tale da creare un organismo giudicante meno vicino all'ambiente dell'accusato e, così, più neutrale (*Gli errori dei giudici? Pochi controlli e troppo garantismo*, *Il Giornale*, 4 maggio 2008).

giurisdizionale, fondato (anche) sull'indipendenza e sull'imparzialità del giudicante.

In particolare, tale ultima garanzia trova positivo riconoscimento, tanto nel processo civile quanto nel processo penale (ma anche in quello amministrativo e tributario), negli istituti dell'astensione e della riconsunzione¹⁶.

L'amministrazione della giustizia si ispira pressoché ovunque e da sempre a questo canone, considerando la delicatezza del ruolo svolto dai giudici, i quali variamente si pronunciano, spesso in ultima istanza, sulla libertà, sui diritti, sui doveri e sui beni dei cittadini (e talora, in molti ordinamenti stranieri, sulla vita stessa di questi ultimi); anzi,

¹⁶ Per il processo tributario, si v. SORRENTINO, *sub art. 6 del d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546*, in CONSOLO-GLENDI, *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, Padova, 2008. In generale, sull'argomento, si vedano ALLORIO, *In tema di riconsunzione di giudici e di qualificazione degli estremi a ciò richiesti*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 513 ss.; BETTI, *Sui profili costituzionali della riconsunzione*, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 640; CALDERONE, *Riconsunzione: strumento di garanzia o di ostruzionismo?*, in *Giur. merito*, 1978, II, 321; CAPUTO, *L'imparzialità del giudice ed i mezzi per garantirla*, *ivi*, 1982, I, 519; CARNELUTTI, *Una straordinaria esperienza in tema di riconsunzione dei giudici*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 2, 188; CONSO, *Riconsunzione istituito da rivedere*, in *Arch. pen.*, 1975, I, 91; CONSOLO, *Riconsunzione del giudice per precedente cognizione della causa*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, II, 179 ss.; COSTA, voce *Astensione e riconsunzione di giudice (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, 1462 ss.; *Id.*, *Astensione e riconsunzione del giudice*, in *Studi sassaresi*, 1935, 255 ss.; *Id.*, *Sulla natura del procedimento di riconsunzione del giudice*, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 1061; DITTRICH, *Incompatibilità astensione e riconsunzione*, *cit.*, 55; *Id.*, *L'incompatibilità per il giudice derivante dalla precedente cognizione della controversia*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 51 ss.; FARANDA, *In tema di astensione del giudice*, in *Giur. it.*, 1965, I, 2, 43 ss.; LA CHINA, *Giudice, astensione e riconsunzione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, 1993, 26 ss.; LIEBMAN, *Questioni in tema di riconsunzione del giudice e di nullità della sentenza*, in *Temi*, 1950, 328; ROMBOLI, *Astensione e riconsunzione*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma 1988; *Id.*, *Interesse politico come motivo di riconsunzione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 454 ss.; *Id.*, *Tutela dell'imparzialità del giudice e inoppugnabilità della decisione sulla riconsunzione*, in *Foro It.*, 1984, I, 958; *Id.*, voce *Astensione e riconsunzione del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Encicl. Giur. Treccani*, III, Roma, 1988; DELLA VEDOVA, *Poteri del giudice e riconsunzione. Limiti di applicabilità*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1994, 256; PROFETA, *L'indipendenza del giudice nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1990, 601; SATTÀ, voce *Astensione e riconsunzione del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Encicl. del Dir.*, III, Milano 1958, 947; SCARSELLI, *Terzietà del giudice e processo civile*, in *Foro It.*, 1986, I, 3616 e ss.; GIALONGO, *Come riconsunzione un'intera Corte d'appello*, in *Giur. It.*, 1979, II, 5; MORETTI, *L'imparzialità del giudice tra la cautela e il merito*, in *Riv. dir. Proc.*, 1996, 1084 e ss., spec. 1097, in nota; SEGRÈ, *Astensione, riconsunzione e responsabilità dei giudici*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, Torino, 1973, I, 1, 626 ss. In giurisprudenza, v., Cass., 26 gennaio 1955, n. 184, in *Foro It.*, 1956, I, 1155; *Id.*, 7 aprile 1947, in *Rep. Foro It.*, 1947, voce *Riconsunzione e astensione del giudice*, n. 1; Corte cost., 20 dicembre 1962, n. 108, in *Giur. Cost.*, 1962, 1451.

si può proprio convenire sul fatto che “*Storicamente la qualità preminente che sembra inseparabile dall’idea stessa di giudice, fino dal suo primo apparire agli albori della civiltà, è la imparzialità. Il giudice è un terzo estraneo alla contesa, che non condivide gli interessi e le passioni delle parti litiganti tra loro e che dal di fuori considera con serenità e distacco il loro litigio*”¹⁷.

2. Il rilievo dell’introduzione nell’art. 111 Cost. del principio di terzietà del giudice e la prospettiva di una seria revisione della disciplina degli istituti dell’astensione e della ricsuazione

Fino alla recente riforma dell’art. 111 della Costituzione, il legislatore italiano non aveva avvertito il bisogno di enunciare espressamente, nel contesto della Carta fondamentale, il principio dell’imparzialità del giudice; un requisito, che, viceversa, benché con connotati non esattamente coincidenti, è sempre stato previsto – all’art. 97, I co., Cost., – alla stregua di linea-guida dell’azione amministrativa (mentre il successivo art. 108, al II co., garantisce l’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali)¹⁸.

¹⁷ CALAMANDREI, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in *Opere giuridiche*, I, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1965, 639.

¹⁸ Si vedano, in proposito, la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, intitolata “*Inserimento dei principi del giusto processo nell’articolo 111 della Costituzione*”, nonché il d.l. 7 gennaio 2000, n. 2, convertito, con modificazioni, nella legge 25 febbraio 2000, n. 35. Sul tratto distintivo tra imparzialità del giudice – intesa come *equidistanza* dagli interessi in conflitto – ed imparzialità della pubblica amministrazione – concepita come *parità di trattamento* nel perseguimento dell’interesse pubblico –, v. LUISSO, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino, 2006, 50. Quanto all’art. 97 della Carta fondamentale, la Corte costituzionale ha costantemente sottolineato che il principio di imparzialità ivi stabilito, quasi al modo di un’endiadi con quelli di legalità e di buon andamento dell’azione amministrativa, costituisce un valore essenziale cui deve informarsi, in tutte le sue diverse articolazioni, l’organizzazione dei pubblici uffici. Il principio di imparzialità, enunciato solennemente nell’art. 97, si riflette immediatamente in altre norme costituzionali, quali l’art. 51 (tutti i cittadini possono accedere agli uffici pubblici in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge) e 98 (i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione), nell’insieme delle quali si esprime, sempre secondo la Consulta, la distinzione più profonda tra politica e amministrazione, tra l’azione del governo, che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza, e l’azione dell’amministrazione, che, nell’attuazione dell’indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche

Tale circostanza era singolare, ma non costituiva un fatto isolato, tant'è che il dovere di imparzialità del giudice non è ad oggi menzionato nemmeno dai principali testi di legge francesi (fatta eccezione per l'art. 6 CEDU, che costituisce parte dell'ordinamento giuridico francese, come del resto di tutti i Paesi aderenti al Consiglio d'Europa): né la Costituzione, né le norme in tema di ordinamento giudiziario, né il codice di procedura civile e neppure quello di procedura penale d'oltralpe mettono in evidenza tale profilo¹⁹.

Essa, ad avviso di alcuni, si spiegherebbe in relazione alla preoccupazione del Costituente italiano di garantire, anche alla luce dell'esperienza maturata nel precedente periodo totalitario, anzitutto l'autonomia e l'indipendenza della magistratura *in sé*, rispetto ai condizionamenti provenienti dagli altri poteri, e di tutelare così solo mediamente l'indipendenza – e, così, l'imparzialità – di ogni singolo magistrato²⁰.

In coerenza con questa premessa, una risalente giurisprudenza – ben lontana, come si vede, dal pensiero di Mortara ricordato in apertura – argomentava, in modo piuttosto apodittico, a dire il vero, che *“l'appartenenza del giudice all'ordine giudiziario e le garanzie costituzionali che ne assistono lo stato giuridico lo pongono in grado di operare sempre con assoluta obiettività, talché non può sorgere questione di parzialità quando la legge lo faccia partecipare, per economia processuale, a fasi ulteriori di un processo in cui ha già dovuto esprimere il suo giudizio”*²¹.

obiettivate dall'ordinamento (Corte cost. sent. 23 luglio 1993, n. 333, in *Riv. amm. R. It.*, 1994, 278, con nota di SESSA, *Regioni*, 1994, 890, con nota di Endrici, *Quaderni regionali*, 1993, 1511).

¹⁹ Sul punto si v. OBERTO, Relazione al Consiglio Superiore della Magistratura sul seminario dal titolo: *“Demain, quel juge impartial”*, organizzato dall'*Ecole Nationale de la Magistrature* francese e svoltosi a Parigi il giorno 8 dicembre 2003 (<http://www.giacomooberto.com/enm/paris2003/relazioneoberto.htm>).

²⁰ Così, TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 381 ss.

²¹ In tal senso, Cass., 26 ottobre 1976, n. 3875, in *Foro it.*, 1977, 1248, che, all'insegna di una fiducia quasi sconfinata nel senso di imparzialità che sarebbe connaturato alla persona del magistrato, echeggia le ironiche parole di VON JHERING (*Serio e faceto nella giurisprudenza*, ed. ital., Firenze, 1954, Lettera V, *Le proposte del giudice Volkmar per la riforma degli studi giuridici e degli esami*): *“Per me non è da responsabili credere che lo Stato possa affidare la*

Tale assunto, nella sua (ottimistica) perentorietà, ha però incontrato la critica, per vero condivisibile, di chi ha osservato che se lo *status* di magistrato fosse sempre di per sé sufficiente a porre il giudice in grado di operare “*sempre con assoluta obiettività*”, le norme sulle incompatibilità²², al pari di (ed in uno con) quelle sulla ricusazione, dovrebbero essere radicalmente cancellate²³.

vita, l'onore, la sicurezza e il patrimonio dei suoi sudditi a persone di cui non è convinto che siano ancora adesso (che lo siano state in passato non importa) all'altezza del loro compito”.

²² Il Regio Decreto 30 gennaio 1941, n. 12 – la c.d. legge sull’Ordinamento giudiziario – detta all’art. 16 una serie di incompatibilità funzionali per i magistrati, i quali, oltre a non poter esercitare industrie o commerci, né qualsiasi libera professione, non possono assumere impieghi od uffici pubblici o privati, ad eccezione di quelli di senatore, di consigliere nazionale (ora deputato) o di amministratore gratuito di istituzioni pubbliche di beneficenza. Salvo quanto disposto dall’art. 61, I co., dello Statuto degli impiegati civili dello stato (approvato con D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3), non possono, inoltre, accettare incarichi di qualsiasi specie né possono assumere le funzioni di arbitro, senza l’autorizzazione del Consiglio superiore della magistratura. In tal caso, possono assumere le funzioni di arbitro unico o di presidente del collegio arbitrale, ma esclusivamente negli arbitrati nei quali è parte l’amministrazione dello stato ovvero aziende o enti pubblici, salvo quanto previsto dal capitolato generale per le opere di competenza del ministero dei lavori pubblici, approvato con D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063. L’art. 17 prevede poi delle incompatibilità speciali per il Primo presidente della Corte suprema di cassazione, per i Presidenti delle Corti di appello e per i Procuratori generali della Repubblica; chiudono la disciplina gli artt. 18 e 19 (sostituiti dall’art. 29 del d. lgs. 109/2006), con la previsione di incompatibilità di sede per i magistrati giudicanti e requirenti delle Corti di appello e dei Tribunali in virtù di legami di parentela o affinità, rispettivamente, con esercenti la professione forense e con magistrati o ufficiali o agenti di polizia giudiziaria della stessa sede. Più precisamente, il testo dell’art. 18 (*Incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense*) è il seguente: “*I magistrati giudicanti e requirenti delle corti di appello e dei tribunali non possono appartenere ad uffici giudiziari nelle sedi nelle quali i loro parenti fino al secondo grado, gli affini in primo grado, il coniuge o il convivente, esercitano la professione di avvocato. / La ricorrenza in concreto dell’incompatibilità di sede è verificata sulla base dei seguenti criteri: a) rilevanza della professione forense svolta dai soggetti di cui al primo comma avanti all’ufficio di appartenenza del magistrato, tenuto, altresì, conto dello svolgimento continuativo di una porzione minore della professione forense e di eventuali forme di esercizio non individuale dell’attività da parte dei medesimi soggetti; b) dimensione del predetto ufficio, con particolare riferimento alla organizzazione tabellare; c) materia trattata sia dal magistrato che dal professionista, avendo rilievo la distinzione dei settori del diritto civile, del diritto penale e del diritto del lavoro e della previdenza, ed ancora, all’interno dei predetti e specie del settore del diritto civile, dei settori di ulteriore specializzazione come risulta, per il magistrato, dalla organizzazione tabellare; d) funzione specialistica dell’ufficio giudiziario. / Ricorre sempre una situazione di incompatibilità con riguardo ai Tribunali ordinari organizzati in un’unica sezione o alle Procure della Repubblica istituite presso Tribunali strutturati con un’unica sezione, salvo che il magistrato operi esclusivamente in sezione distaccata ed il parente o l’affine non svolga presso tale sezione alcuna attività o viceversa. / I magistrati preposti alla direzione di uffici giu-*

dicanti e requirenti sono sempre in situazione di incompatibilità di sede ove un parente o affine eserciti la professione forense presso l'Ufficio dagli stessi diretto, salvo valutazione caso per caso per i Tribunali ordinari organizzati con una pluralità di sezioni per ciascun settore di attività civile e penale. / Il rapporto di parentela o affinità con un praticante avvocato ammesso all'esercizio della professione forense, è valutato ai fini dell'articolo 2, comma 2, del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, e successive modificazioni, tenuto conto dei criteri di cui al secondo comma. L'art. 19 (Incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con magistrati o ufficiali o agenti di polizia giudiziaria della stessa sede), nel nuovo testo, prevede poi che "I magistrati che hanno tra loro vincoli di parentela o di affinità sino al secondo grado, di coniugio o di convivenza, non possono far parte della stessa Corte o dello stesso Tribunale o dello stesso ufficio giudiziario. / La ricorrenza in concreto dell'incompatibilità di sede è verificata sulla base dei criteri di cui all'articolo 18, secondo comma, per quanto compatibili. / I magistrati che hanno tra loro vincoli di parentela o di affinità sino al terzo grado, di coniugio o di convivenza, non possono mai fare parte dello stesso Tribunale o della stessa Corte organizzati in un'unica sezione ovvero di un Tribunale o di una Corte organizzati in un'unica sezione e delle rispettive Procure della Repubblica, salvo che uno dei due magistrati operi esclusivamente in sezione distaccata e l'altro in sede centrale. / I magistrati che hanno tra loro vincoli di parentela o di affinità fino al quarto grado incluso, ovvero di coniugio o di convivenza, non possono mai far parte dello stesso collegio giudicante nelle corti e nei tribunali. / I magistrati preposti alla direzione di uffici giudicanti o requirenti della stessa sede sono sempre in situazione di incompatibilità, salvo valutazione caso per caso per i Tribunali o le Corti organizzati con una pluralità di sezioni per ciascun settore di attività civile e penale. Sussiste, altresì, situazione di incompatibilità, da valutare sulla base dei criteri di cui all'articolo 18, secondo comma, in quanto compatibili, se il magistrato dirigente dell'ufficio è in rapporto di parentela o affinità entro il terzo grado, o di coniugio o convivenza, con magistrato addetto al medesimo ufficio, tra il presidente del Tribunale del capoluogo di distretto ed i giudici addetti al locale Tribunale per i minorenni, tra il Presidente della Corte di appello o il Procuratore generale presso la Corte medesima ed un magistrato addetto, rispettivamente, ad un Tribunale o ad una Procura della Repubblica del distretto, ivi compresa la Procura presso il Tribunale per i minorenni. / I magistrati non possono appartenere ad uno stesso ufficio giudiziario ove i loro parenti fino al secondo grado, o gli affini in primo grado, svolgono attività di ufficiale o agente di polizia giudiziaria. La ricorrenza in concreto dell'incompatibilità è verificata sulla base dei criteri di cui all'articolo 18, secondo comma, per quanto compatibili".

In argomento, si v. ampiamente DITTRICH, *Incompatibilità astensione e ricusazione*, cit., 1 ss. In tempi recenti, come si preciserà *infra* nel testo, la legge 25 luglio 2005, n. 150 ha delegato il Governo ad adottare provvedimenti legislativi diretti, fra l'altro, a modificare la disciplina in tema di incompatibilità dei magistrati (per un primo organico commento alla nuova disciplina in tema di ordinamento giudiziario, si v. *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2006, V, 1 ss. e, segnatamente, i contributi di DAL CANTO – *La responsabilità disciplinare: aspetti sostanziali* – *ivi*, c. 43 ss. e di PANIZZA – *La responsabilità disciplinare: aspetti processuali* – *ivi*, c. 46 ss.); il frutto dell'attività legislativa delegata, sul punto delle incompatibilità, è costituito dal citato d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, a sua volta modificato dall'art. 1, III co., della legge 24 ottobre 2006, n. 269, ma non sul punto delle incompatibilità giudiziarie.

²³ TARZIA, *Il processo di fallimento e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 22. Sulla stessa linea, nei suoi *Rilievi sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Civi-*

L'aspirazione ad una gestione, in generale, spassionata del pubblico ufficio e ad un contegno del pubblico funzionario che, svolgendosi *sine ira et studio*, sia ispirato quasi da formalistica impersonalità, così da risultare il più possibile svincolato da considerazioni od inclinazioni personali, è nota anche alla cultura filosofica²⁴.

Per altro verso, non mancano le posizioni di chi, a volte nel contesto di sistemi giuridici diversi dal nostro (ma non solo), muovendo dalla riconosciuta impossibilità di concepire giudici (e giurie) totalmente imparziali e spassionati, ammette ed anzi esalta il valore etico di quel sistema di giustizia nel quale i giudici (e con loro gli avvocati) siano, viceversa, apertamente appassionati: non tanto nei confronti della legge (e, così, oggettivamente “imparziali”²⁵), quanto dell'umana esperienza, che costituisce il loro quotidiano termine di confronto, e siano così esperti delle umane vicende, e sensibili ad esse, così come sono competenti ed appassionati nel ragionamento legale²⁶.

le, [progetto Solmi], Napoli, 1938, XX, Ugo ROCCO, descrivendo (con osservazioni, a mio avviso condivisibili, all'evidenza dettate dalla concreta frequentazione delle sedi giudiziarie) gli inconvenienti connessi ad una eventuale trasformazione del giudice collegiale in giudice unico, evidenziava che “*Chi ha vissuto, oltre che la teoria, la pratica del processo civile nelle aule giudiziarie, ha dovuto constatare come, ad una notevole maggioranza di buoni magistrati, si accompagni una minoranza, che per ragioni culturali e intellettuali, non sembra possa dare pieno affidamento*”.

²⁴ Sotto tale profilo, Max WEBER afferma che “*The genuine official... conducts his business sine ira et studio (at least formally, as long as the vital interests of the ruling order are not in question) (Economy and Society, I, Berkeley and Los Angeles, 1978, 225 (edizione americana di *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen, 1956), ragionando espressamente ed esaltando quella burocrazia che si sviluppa tanto meglio quanto più essa sia in grado di “de-umanizzarsi” (ivi, II, 975, “*Bureaucracy develops the more perfectly, the more it is «dehumanized»*)”, al contrario dell'attività politica, che è “passionale” per sua stessa natura (“*To be passionate, on the other hand, is the element of the politician and above all of the political leader*”, ivi, I, 225).*

²⁵ MOSSINI, *L'interesse del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 289 ss. (spec. 306 ss.) richiama a tale proposito il passo dell'*Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio* (tradotta da B. Croce, Bari, 1951, 489-490), in cui Hegel, muovendo dal presupposto dogmatico per cui la legge è di per sé qualcosa di completamente disinteressato ed imparziale (“ragione senza passione”, come afferma Aristotele nella *Politica*, III, 1287 A, tr. it. di R. Laurenti, Laterza, Bari 1993), teorizza l'esigenza della [oggettiva] “parzialità per il diritto” in capo al giudice, il quale, applicando la legge, finirebbe per non violare mai l'assioma della sua necessaria imparzialità soggettiva.

²⁶ ROSENBAUM, *The myth of moral justice*, New York, 2005, 148 ss.