

Premio Carmine Cioffi

“Con l’ordinamento giudiziario italiano, all’art 18 “Incompatibilità (di magistrati giudicanti e requirenti) di sede per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense” si stabiliscono varie deroghe a tale divieto. All’art. 19 “Incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con magistrati o ufficiali o agenti di polizia giudiziaria della stessa sede” pure si stabiliscono varie deroghe a quest’ altro divieto. Il candidato, ove sussistano, ne rilevi tutti gli effetti possibili, percepiti negativamente o positivamente, in relazione alla “indipendenza del magistrato”. Comparazione con gli ordinamenti giudiziari occidentali.”

L’approccio alla disciplina dell’Ordinamento giudiziario ripropone, molto più di quanto avvenga rispetto ad ogni altro ramo del diritto, il dilemma metodologico tra una analisi astratta delle disposizioni (che privilegi la ricostruzione sistemica delle stesse e lo studio dei precedenti storici) o, piuttosto, la verifica della loro concreta attuazione, alla ricerca, attraverso l’esame della Giurisprudenza, dell’**assetto normativo quale è concretamente vigente**.

A ben vedere, la scienza giuridica, molto più delle scienze naturali, è *esposta al rischio di tramutarsi in una sorta di vuota analisi delle forme astratte*, tralasciando l’importanza dello studio dell’Ordinamento giuridico nel suo atteggiamento concreto e non, piuttosto, sul piano meramente astratto delineato dalle disposizioni promulgate.

Il dilemma assume **una sua peculiarità** che sarebbe illogico e scientificamente inadeguato ignorare: a differenza della gran parte delle discipline, *quella in tema di incompatibilità* recepita dall’Ordinamento giudiziario si contrassegna per *una innegabile peculiarità* scaturente dal fatto che la sua concreta attuazione è **sostanzialmente rimessa esclusivamente alla valutazione del Consiglio Superiore della Magistratura** e che, dunque, *non è mai stata soggetta ad una opera interpretativa ampia come viceversa accade allorquando la concreta attuazione di una disciplina normativa sia rimessa alla valutazione delle varie Corti giudicanti distribuite sul territorio nazionale, dando così luogo allo sviluppo di tendenze giurisprudenziali, talora anche reciprocamente divergenti, suscettibili solo di una conclusiva uniformazione ad opera della Suprema Corte di Cassazione, istituzionalmente deputata all’esercizio della funzione di nomofilachia.*

Sarebbe altresì ipocrita e, comunque, metodologicamente errato sottacere che certa **parte della Dottrina** abbia manifestato **una qualche ritrosia** a disaminare in profondità i risvolti attuativi ricollegabili alla disciplina in tema di incompatibilità del Magistrato: anzi, non di rado la valutazione sull’adeguatezza di questa normativa appare condizionata dagli effetti di un dibattito che ha contenuto o, quantomeno, colorazioni prevalentemente politiche e che, per tanto, viene animata, a seconda dei periodi storici, ora da una estrema accondiscendenza a garantire alla Magistratura una attuazione ben poco rigida delle disposizioni originariamente introdotte con gli artt. 18 e 19 Regio Decreto n. 12/1941, ora, invece, dalla contrapposta determinazione, avvertita dagli appartenenti all’Ordine Giudiziario come “punitiva” ed espressiva, a sua volta, di un clima di conflittualità tra potere politico e potere giudiziario nato in altro contesto e rispetto ad altri settori, ma trascinosi sul terreno della regolamentazione dell’incompatibilità.

Chi scrive ritiene di dover **privilegiare la considerazione dell'assetto della disciplina quale concretamente si è configurata** alla luce delle Circolari applicative del C.S.M., a preferenza della disamina del tenore prettamente letterale delle disposizioni, sia di quelle promulgate con il Regio Decreto n. 12/1941, sia di quelle successivamente introdotte dall'art. 29 D. Lgs. n. 109/2006.

Diversamente, la stessa ricerca giuridica *si limiterebbe ad una paludata illustrazione dei pregi del sistema normativo quale è costruito astrattamente; ma non consentirebbe alcuna effettiva conoscenza dell'Ordinamento giuridico quale effettivamente attuato; e finirebbe, pertanto, con l'essere soltanto l'eco vuota delle aspirazioni sottese alla promulgazione delle leggi, obliterando dallo spettro dell'analisi lo spazio, ben più significativo, dell'assetto normativo reale, quale effettivamente determinatosi.*

- 2 -

***Analisi della disciplina dell'incompatibilità alla luce della modifica dell' art. 18 Regio Decreto 30 gennaio 1941 n. 12 come modificato dall'art. 29 del D. Lgs.vo 23 febbraio 2006 n. 109
Affermazione legislativa della << incompatibilità in concreto >>.***

L'art. 29 del D. Lgs.vo 23 febbraio 2006 n. 109 ha apportato modifiche profonde all'impianto originario degli artt. 18 e 19 O. G. e ciò ha fatto:

- **da un lato**, ampliando il novero dei rapporti suscettibili di venire in rilievo come giustificanti l'applicazione delle norme in tema di incompatibilità;
- **dall'altro**, recependo gran parte delle indicazioni che si erano venute stratificando nelle determinazioni in tema del C.S.M. e che erano state, per lo più, recepite nella Circolare del C.S.M. P- 25531 del 10 dicembre 2003 (al punto che taluni luoghi dell'attuale art. 18 O.G. replicano lo stesso testo delle disposizioni già contenute nella suddetta Circolare).

Lo stesso art. 18, dopo avere introdotto una serie di innovazioni rispetto al dato formale-legislativo, ha comunque previsto criteri volti a precisare, in dettaglio, gli estremi della incompatibilità <<*in concreto*>>.

Nel far questo, ha verosimilmente inteso riecheggiare le formulazioni contenute nella Circolare attuativa del C.S.M. P-25531 del 10 dicembre 2003; Circolare attuativa che **aveva già forzato** la pretertorietà del previgente testo dell'art. 18 O.G. **stabilendo** che la mera iscrizione di un parente all'Albo degli Avvocati (*elemento formalmente idoneo a determinare una situazione di incompatibilità*) non bastasse, però, a determinare un giudizio di incompatibilità <<*in concreto*>> ed **affermando** la necessità che ricorressero ulteriori requisiti.

La scelta così adottata dal C.S.M. in sede di emanazione della citata Circolare aveva perciò **introdotto una serie di concrete limitazioni all'ambito di operatività dell'art. 18, testo previgente**. E tali limitazioni vengono individuate, in particolare, *nella misura e nella rilevanza dell'attività professionale forense* svolta avanti all'Ufficio di appartenenza del Magistrato; *nella dimensione dello stesso Ufficio*; *nella eventuale determinazione*, in sede di *organizzazione tabellare* dei Magistrati appartenenti all'Ufficio, di una competenza del Magistrato ipoteticamente incompatibile limitata solo a taluni settori; nonché *nella eventuale funzione specialistica* riservata all'Ufficio Giudiziario.

2 B - Le deroghe implicitamente previste nello stesso art. 18 O.G.

Difatti, l'art. 18 vigente delinea un concetto di <<**incompatibilità in concreto**>> che, per sua stessa definizione, lascia aperto lo spazio a situazioni di incompatibilità formale insuscettibili di essere trattate alla stregua di incompatibilità effettiva.

Dunque, la scelta legislativa rende quanto mai tecnico il concetto di incompatibilità per il Magistrato e configura, in tal modo, una fattispecie molto sofisticata già sul piano giuridico; perciò, di minore o, quanto meno, di meno immediata comprensibilità sul piano sociale.

Si accresce, pertanto, il valore strettamente giuridico (e, dunque, maggiormente astratto) della fattispecie giuridicamente rilevante rispetto all'identificazione della situazione sociale/storica della appartenenza alla medesima sede di un Magistrato e di un Avvocato reciprocamente vincolati da rapporti (*a seconda dei casi*) di parentela, di affinità, di coniugio ovvero di convivenza.

Non è allora di scarso rilievo chiedersi **se non sia stata compromessa** quella **esigenza**, pure più volte ribadita dalla migliore Dottrina in tema di tecnica legislativa, **di semplicità nella formulazione della norma**; un criterio, quest'ultimo che oltre ad essere ampiamente motivato dalla Letteratura in materia, affonda le proprie radici nell'antico monito della filosofia ellenistica ad apprestare fonti normative agevolmente consultabili ed agevolmente comprensibili da chiunque.

3 - Sulla sostanziale discrezionalità nell'applicazione della norma.

L'esame delle deroghe contemplate dalla normativa lascia intravedere una serie consistente di *profili problematici*, alla luce dei quali è possibile *riconsiderare la adeguatezza della normativa e tentare la ricostruzione sistemica della stessa*.

L'art. 30 della Circolare emanata dal C.S.M. per la approvazione dei <<**criteri di applicazione degli artt. 18 e 19 O. G. così come sostituiti dall'art. 29 d. lgs.vo 23 febbraio 2006 n. 109 (modifiche alla circolare n. P- 25531 del 10 dicembre 2003)**>> **riserva** al <<**Consiglio Superiore della Magistratura**>> di poter <<**in concreto escludere la sussistenza della incompatibilità di sede ove accerti che... (pur) in caso di compresenza nello stesso ufficio di magistrati in rapporto reciproco di parentela ed affinità fino al secondo grado, di coniugio o convivenza... non vi sia pregiudizio della credibilità della funzione e non si abbiano intralci al regolare andamento del servizio**>>.

Il successivo art. 31 elenca una serie di criteri in base ai quali tale giudizio derogatorio può essere formulato. Difatti recita: <<**per l'accertamento in concreto dell'incompatibilità si ha**

riguardo alle dimensioni dell'ufficio, con particolare riferimento alla organizzazione tabellare; alla materia trattata dai magistrati legati dal vincolo parentale, di affinità, di coniugio, di convivenza, avendo rilievo la distinzione dei settori del diritto civile, del diritto penale, del diritto del lavoro, 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>>.

Qui rileva constatare, su un piano oggettivo, che, *a fronte della scelta legislativa* di individuare con **apparente tassatività** i casi di incompatibilità e di ricollegare la previsione degli stessi alla esigenza di tutelare l'immagine e la credibilità del *cd. sistema-giustizia*, **le previsioni circolari appena richiamate finiscono, in realtà, per rendere il dettato normativo estremamente vago, non quanto alla sua formulazione astratta ma quanto alla sua concreta operatività.**

4- Elevazione del giudizio al rango di accertamento.

La scelta metodologica seguita nella formulazione dei criteri di accertamento appena detti appare persino più problematica se si considera che, in tal modo, **viene introdotto uno schema di costruzione della fattispecie normativa** (Vds. art. 30) per cui *il giudizio ampiamente discrezionale sulla lesione della credibilità viene elevato ad accertamento* (si legge infatti: *<<ove accertati che non vi sia pregiudizio della credibilità della funzione>>*); ma non v'è chi non veda che il difetto di lesione della credibilità non può essere oggetto di un **accertamento stricto sensu** in accezione tecnica ed è, piuttosto, il risultato di una **valutazione**, peraltro ampiamente discrezionale. In tal modo, si determina la possibilità di *<<in concreto escludere la sussistenza delle incompatibilità di sede>>*.

La tecnica di costruzione della fattispecie vorrebbe indurre il convincimento che il giudizio del C.S.M. si limiti ad un mero accertamento; ma considerando la vastità e la variegatazza dei criteri di cui si può tener conto (cfr. art. 31) per un tale accertamento, risulta innegabile che l'evocazione dello schema accertativo sia tecnicamente fuori luogo.

- Segue -

Allo stesso modo, nella redazione della norma si è inteso escludere qualsiasi richiamo ad una eventuale decisione di dispensa, preferendo invece (*e significativamente*) invocare la possibilità di *<<escludere in concreto>>* la sussistenza delle incompatibilità di sede, quasi che la determinazione del Consiglio avesse una connotazione prettamente oggettiva e non, piuttosto, deliberativa.

La formulazione finisce, così, con il rinnovare quella certa opera *creativa* che si era già determinata sotto i previgenti artt. 18 e 19 R.D. n. 12/1941.

Sarebbe stato più coerente con le direttrici ermeneutiche comunemente accolte, e con quelle comunque applicate in ogni altro settore del diritto, prevedere piuttosto che l'eventuale

valutazione del C.S.M. potesse giustificare un provvedimento motivato di dispensa dalla osservanza delle norme sulla incompatibilità.

L'Accertamento delle situazioni di incompatibilità.

E' sincero convincimento di chi scrive che la analisi tecnica delle disposizioni debba accompagnarsi alla verifica delle concrete determinazioni assunte in materia dal C.S.M. Pare allora emblematica la determinazione (*non edita e, peraltro, esemplare sotto plurimi, intuibili motivi*) che lo scrivente ha rinvenuto a margine di un procedimento penale; si tratta della delibera del C.S.M. n. 3187-2[^] Commissione con cui, facendo applicazione di quei criteri che erano stati già elaborati dal Consiglio (e che, oggi, sono stati recepiti nello stesso tenore delle disposizioni di O.G., come novellate), concludeva nel senso di prendere atto della compresenza, all'interno di un medesimo Ufficio di Procura (peraltro privo di suddivisione in sezioni, trattandosi di Procura presso un Tribunale di modeste dimensioni) di 2 Sostituti Procuratori legati da rapporti di coniugio e, tuttavia, di non dichiarare la ricorrenza di alcuna incompatibilità essendo sufficiente la garanzia, prestata dal Titolare del medesimo Ufficio, che <<*i turni settimanali*>> garantissero l'esercizio delle funzioni <<*in condizioni di assoluta separazione*>>.

- Conclusioni -

L'analisi di un caso concreto come quello in discorso **consente alla ricerca giuridica di rinvenire, nella vita concreta dell'ordinamento, conferme alle valutazioni formulate in sede di analisi astratta della regolamentazione.**

E consente, in ultima analisi, di rimarcare la singolarità del sistema vigente in Italia; un sistema che, nella sostanza, rende marginale e ben difficilmente realizzabile la fattispecie dell'incompatibilità di sede.

Anche per questo profilo, il nostro ordinamento differisce, nella sostanza se non anche nella forma, dagli ordinamenti occidentali nei quali, peraltro, la disciplina delle incompatibilità assurge ad un rilievo meno significativo per effetto della più netta distinzione funzionale che caratterizza l'Organo giudicante rispetto alle parti (includendo in questo novero anche l'esponente dell'Accusa), nonché della insussistenza, in capo ad Organi di vertice dell'Ordine Giudiziario, di un potere discrezionale tanto ampio quale quello che, nell'ordinamento italiano, viene invece riconosciuto al C.S.M.

Gabriele Brandimarte