



PROF. AVV. VINCENZO ROPPO
AVV. PAOLO CANEPA
AVV. PAOLO CECCHI
AVV. MICAELA D'EVOLA
AVV. PAOLO DELLACHÀ
AVV. RENATO BARUCHELLO
AVV. GIACOMO BERRINO
DOTT. EDOARDO PESCE

Spett.le
MOVIMENTO SEI LUGLIO

c.a. Gent.ma Sig.ra
Dott.ssa Paola Bellone

info@seiluglio.it

Genova, 11 settembre 2017

MAGISTRATURA ONORARIA E INCOMPATIBILITÀ PARENTALE

Con decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116, in attuazione della legge delega di riforma della magistratura onoraria, viene definito quale sia il regime dell'incompatibilità.

Per quanto qui interessa, l'art. 5 del citato D.Lgs. 116/2017 stabilisce ai commi 2 e 3:

2. Gli avvocati e i praticanti abilitati non possono esercitare le funzioni di magistrato onorario in uffici giudiziari compresi nel circondario del tribunale nel quale esercitano la professione forense, ovvero nel quale esercitano la professione forense i loro associati di studio, i membri dell'associazione professionale, i soci della società tra professionisti, il coniuge, la parte dell'unione civile o i conviventi, i parenti fino al secondo grado o gli affini entro il primo grado. Gli avvocati che esercitano la propria attività professionale nell'ambito di società o associazioni tra professionisti non possono esercitare le funzioni di magistrato onorario nel circondario del tribunale nel quale la società o l'associazione forniscono i propri servizi. Non costituisce causa di incompatibilità l'esercizio del patrocinio davanti al tribunale per i minorenni, al

tribunale penale militare, ai giudici amministrativi e contabili, nonché davanti alle commissioni tributarie.

3. Gli avvocati e i praticanti abilitati che svolgono le funzioni di magistrato onorario non possono esercitare la professione forense presso gli uffici giudiziari compresi nel circondario del tribunale ove ha sede l'ufficio giudiziario al quale sono assegnati e non possono rappresentare, assistere o difendere le parti di procedimenti svolti davanti al medesimo ufficio, nei successivi gradi di giudizio. Il divieto si applica anche agli associati di studio, ai membri dell'associazione professionale e ai soci della società tra professionisti, al coniuge, la parte dell'unione civile, ai conviventi, ai parenti entro il secondo grado e agli affini entro il primo grado.

**** *

In particolare, si intende con il presente parere approfondire il tema dell'incompatibilità parentale, preliminarmente, alla luce del dato letterale della norma, ed ulteriormente, ove si volesse assumere l'esistenza di margini di ambiguità, della *ratio* generale delle norme in tema di incompatibilità della disciplina particolare di cui al decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116, nonché in relazione ai principi – occasionalità, accessorietà e temporaneità dell'incarico – caratterizzanti la funzione del magistrato onorario e ribadite nel decreto in esame.

1. L'interpretazione letterale della norma

Il primo elemento è costituito dal tenore letterale inequivoco della norma, consistente nel dato che l'incompatibilità parentale nell'esercizio delle funzioni di magistrato onorario è riferita al possesso, in capo all'interessato, della qualifica di avvocato o praticante abilitato.

In virtù di tale qualifica – l'esercizio della professione forense in uffici giudiziari compresi nel circondario – viene stabilita la causa di incompatibilità diretta del soggetto che assuma le funzioni di magistrato onorario, e relativa ad altri soggetti che abbiano con l'interessato rapporti professionali o parentali (*gli associati di studio, i membri*

dell'associazione professionale, i soci della società tra professionisti, il coniuge, la parte dell'unione civile o i conviventi, i parenti fino al secondo grado o gli affini entro il primo grado).

Alla luce del dato testuale, si può quindi giungere ad alcune prime conclusioni.

La prima, più rilevante, è che, in base alla norma, non vi è incompatibilità parentale ove il soggetto che assuma le funzioni di giudice onorario non sia avvocato o praticante abilitato. Diversamente, ove lo avesse voluto, il legislatore non avrebbe indicato il soggetto interessato alla causa di incompatibilità nell'avvocato o nel praticante abilitato (con l'ulteriore estensione della causa di incompatibilità al caso di esercizio dell'attività forense da parte di soggetti che abbiano con l'interessato vincoli professionali e parentali).

La seconda va individuata nell'ulteriore presupposto, esplicitato dalla norma, affinché si attivi la causa di incompatibilità per l'interessato – e in estensione a soggetti che intrattengono con il medesimo vincoli professionali o siano legati da vincoli parentali – e cioè che l'avvocato o il praticante abilitato non solo siano iscritti all'albo nel circondario in cui ha sede il tribunale presso cui esercitano le funzioni di magistrato onorario, ma che dinanzi a tale ufficio esercitino effettivamente la professione forense. È un dato di comune esperienza che un gran numero di magistrati onorari iscritti all'albo professionale mantengono tale loro condizione senza tuttavia esercitare l'attività di avvocato, non foss'altro che per conservare la copertura previdenziale determinata dai versamenti effettuati alla Cassa forense. Va quindi affermato che non vi è incompatibilità parentale ove l'avvocato che svolga le funzioni di magistrato onorario, pur iscritto all'Albo, non eserciti effettivamente la professione forense.

La terza conclusione in base al tenore testuale del comma 3 dell'art. 5 del D.Lgs. 116/2017 e in coerenza alla *ratio* della norma è che non si determina causa di incompatibilità – sia diretta, sia derivante da vincoli professionali o parentali – nel caso in cui l'interessato, pur esercitando la professione forense, nell'ambito del circondario del tribunale, non eserciti la professione forense dinanzi agli uffici giudiziari compresi nel circondario del tribunale ove ha sede l'ufficio giudiziario al quale sono assegnati. Da tale disposizione è possibile ricavare che non sussiste causa di incompatibilità ove l'interessato – e gli altri soggetti legati da vincoli professionali o parentali – pur esercitando la professione forense, non

assuma incarichi giudiziari e comunque limiti la sua attività all'espletamento di attività stragiudiziale.

L'analisi del dato letterale conduce dunque ad escludere, da un lato, la sussistenza di una causa di incompatibilità: a) nel caso in cui il magistrato onorario non sia avvocato; b) nel caso in cui, pur essendo avvocato iscritto all'Albo, non eserciti effettivamente la professione forense; c) nel caso in cui non eserciti la professione forense assumendo incarichi giudiziari dinanzi ad uffici compresi nel circondario ove ha sede il tribunale presso cui è assegnato; dall'altro lato, porta a concludere che presupposto dell'incompatibilità parentale sia la sussistenza dei due requisiti indicati dalla norma (che il magistrato onorario, per il quale ricorrano vincoli professionali o parentali, sia avvocato ed eserciti effettivamente la professione forense).

In altre parole si dovrebbe escludere, già sulla base del dato letterale, che incorra in causa di incompatibilità il magistrato onorario, che non eserciti la professione – perché non iscritto all'Albo, o perché avvocato che non esercita effettivamente la professione forense o che esercita la professione forense limitatamente all'ambito stragiudiziale – anche ove sia legato da vincoli parentali con soggetti che esercitano la professione forense nell'ambito del circondario in cui è compreso il tribunale cui è assegnato.

2. L'interpretazione sulla base della *ratio* della norma

L'interpretazione letterale della norma conduce a conclusioni sufficientemente attendibili, sebbene non si possa negare che la formulazione non particolarmente felice della disposizione, lasci taluni margini di equivocità ed ambiguità.

Nella prospettiva di una interpretazione sistematica della norma e orientata a valutarne la *ratio*, va preliminarmente premesso che la riforma della magistratura onoraria afferma e rimarca i principi dell'occasionalità, accessorietà e temporaneità dell'incarico, e presuppone, pertanto, che il

soggetto che esercita le funzioni di giudice onorario possa liberamente svolgere attività professionali continuative, prevalenti e stabili.

In questo senso, la disciplina dell'incompatibilità tratteggiata dalla disposizione sopra ricordata andrà letta nel senso di non comprimere in maniera eccessiva ed irrazionale il diritto del soggetto interessato di svolgere, al fianco dell'attività definita come occasionale, accessoria e temporanea, un'attività principale, in particolare legata all'esercizio della professione forense –propria o di soggetti che hanno con tale soggetto rapporti familiari o professionali – derivandone in caso contrario una sostanziale negazione del principio stesso che governa la riforma della magistratura onoraria.

La *ratio* delle norme che stabiliscono cause di incompatibilità all'esercizio di determinate funzioni va ricercata, in generale, nella necessità di prevenire possibili conflitti di interesse, e ciò nella prospettiva di garantire l'imparzialità dei poteri pubblici e, nello specifico della funzione giurisdizionale, di tutelare la sostanza e l'immagine dell'indipendenza dei giudici, a qualunque categoria essi appartengano. Al legislatore, attraverso l'emanazione di discipline particolari, è rimessa la declinazione di tale *ratio* in relazione ai vari tipi di giudici esistenti nell'ordinamento.

È opportuno quindi approfondire il tema dell'incompatibilità parentale per il caso di esercizio della professione forense nell'ambito del circondario da parte del coniuge, della parte dell'unione civile, del convivente, dei cui parenti fino al secondo grado o gli affini entro il primo grado, oltre che sulla base del dato letterale, anche alla luce della individuata *ratio* della norma, e dei ribaditi principi di occasionalità, accessorietà e temporaneità dell'incarico di magistrato onorario.

L'analisi deve allora muovere dal consolidato orientamento – espresso in più di una circostanza dalla Corte Costituzionale – per cui sarebbe irrazionale il sacrificio incondizionato del diritto di accedere, nel nostro caso, all'ufficio di magistrato onorario, di una categoria di cittadini identificati non per una situazione personale o professionale, ma solo per la relazione esistente con il coniuge, la parte dell'unione civile, il

convivente, i parenti fino al secondo grado o gli affini entro il primo grado.

L'esclusione di particolari categorie di soggetti da determinati uffici, per rispondere ai parametri di razionalità stabiliti dalla nostra Carta, può infatti conseguire esclusivamente a condizioni personali degli stessi, tali da renderli del tutto inadatti, secondo la valutazione del legislatore, a svolgere quelle specifiche funzioni, ovvero a situazioni o relazioni dalle quali l'interessato deve liberarsi per poter accedere all'ufficio cui aspira.

La *ratio* dell'incompatibilità non è quella di fugare ogni concepibile sospetto di indebite influenze nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ma quella di evitare le più frequenti, e prevedibili, situazioni di conflitto di interesse, la cui moltiplicazione creerebbe, da una parte, ritardi e disfunzioni nell'amministrazione della giustizia, dovuti a ricorrenti astensioni o ricusazioni, e dall'altra finirebbe per nuocere alla stessa immagine del giudice imparziale.

Ed allora, se è vero che la funzione delle disposizioni in materia di incompatibilità deve essere orientata alla rimozione di quelle più frequenti e prevedibili situazioni di conflitto di interessi, ciò deve avvenire senza giungere ad una irrazionale menomazione della sfera giuridica dei cittadini, negando loro il diritto di accedere all'ufficio di magistrato onorario per cause indipendenti dalla loro volontà e sulle quali non è dato loro di incidere, essendo legate alla libera determinazione di soggetti terzi.

È ad esempio un dato di comune esperienza che l'esercizio della professione forense possa svolgersi, e in concreto si svolga, senza essere confinata ad un determinato ambito territoriale, soprattutto nell'ambito di rilevanti e articolate strutture professionali, per cui non è inimmaginabile il caso in cui un avvocato si trovi ad esercitare la propria attività professionale, anche solo occasionalmente, in ogni tribunale dello Stato.

In tal caso un'applicazione della norma, prescindendo peraltro dal dato letterale come sopra esaminato, tale da determinare una incompatibilità parentale assoluta ed estesa a tutto il territorio nazionale, sarebbe palesemente irrazionale, posto che caratteristica fondamentale delle cause di incompatibilità è la possibilità per l'interessato di rimuoverle con un proprio atto di rinuncia ad una attività o professione o con il trasferimento ad altra sede

Nel caso rappresentato l'interessato non potrebbe rimuovere la causa di incompatibilità richiedendo il trasferimento ad altra sede, mentre la limitazione dell'attività professionale del congiunto non rientra nel proprio ambito di controllo e decisione.

Vi è tuttavia un dato ancora più rilevante nella prospettiva riferita di non determinare una eccessiva compressione del diritto del cittadino di accedere all'ufficio di magistrato onorario consentendogli di rimuovere la causa di incompatibilità: se la legge delega (art. 1, lett. g, l. 28 aprile 2016, n. 57) stabiliva che il Governo era delegato ad adottare decreti legislativi diretti a "regolamentare il procedimento di trasferimento ad altro ufficio", su tale specifico profilo il D.Lgs. 13 luglio 2017, n. 116 non prevede alcunché. Ne consegue che, ove alle disposizioni sull'incompatibilità parentale fosse data applicazione rigida, al magistrato onorario non risulterebbe consentito rimuovere una potenziale situazione di incompatibilità legata alla professione esercitata dal congiunto, dal parente o dall'affine –situazione estranea alla sua sfera di intervento-, neppure chiedendo un trasferimento ad altra sede. Da un lato perché, come evidenziato sopra, tale soluzione potrebbe non essere sufficiente, dall'altro, ed in modo più radicale, perché non esiste una disposizione che regolamenti il procedimento di trasferimento ad altra sede.

In sede di applicazione della norma, anche a prescindere dal dato letterale ed ove quindi si ipotizzasse, con una diversa e non condivisa lettura, il ricorrere di una causa di incompatibilità per il semplice fatto che il congiunto del magistrato onorario eserciti la professione forense dinanzi ad un tribunale compreso nel circondario in cui l'interessato svolga le sue funzioni, sembrerebbe allora opportuno fornirne una interpretazione orientata ai principi di razionalità ed adeguatezza, ad esempio, mutuando la disciplina prevista in tema di incompatibilità parentale per i magistrati ordinari.

Tale disciplina, in estrema sintesi, distingue tra tribunali ordinari organizzati in un'unica sezione promiscua in cui sussiste sempre incompatibilità e tribunali di medie dimensioni (con distinzione tra attività nel settore del diritto civile, nel settore del diritto del lavoro e della previdenza, e nel settore del diritto penale) o di grandi dimensioni (con

sezioni deputate alla trattazione esclusiva di materia specialistica) nei quali l'incompatibilità è esclusa se il professionista tratti rispettivamente materia di settore diverso rispetto a quello nel quale opera il magistrato o, nei tribunali di grandi dimensioni, il magistrato operi, seppure all'interno del medesimo settore, in sezione specialistica ed il professionista congiunto, parente, affine, coniuge o convivente non tratti detta materia specialistica.

E' noto che la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha affermato che la posizione dei magistrati che svolgono professionalmente ed in via esclusiva funzioni giurisdizionali non è raffrontabile a quella di coloro che svolgono funzioni onorarie, ai fini della valutazione del rispetto del principio di eguaglianza, posto che situazioni diverse devono essere disciplinate in modo diverso. E di conseguenza non sarebbe possibile procedere ad una comparazione tra le cause di incompatibilità dettate dalla legge sull'ordinamento giudiziario per i magistrati ordinari e quelle previste dalla normativa speciale per i magistrati onorari. Tuttavia, in questa prospettiva, potrebbe apparire irragionevole che, al fine di prevenire situazioni di conflitto di interesse e di tutelare l'immagine dell'indipendenza dei giudici, sia applicata una disciplina più rigorosa per magistrati che svolgono le loro funzioni in via occasionale ed accessoria rispetto a quelli che le esercitano professionalmente ed in via esclusiva.

*** **

In conclusione, dall'interpretazione fornita della norma, emerge una convergenza tra il dato testuale e la *ratio* della disposizione, ispirata alla finalità di prevenire in concreto l'insorgere delle più frequenti situazioni di conflitto di interessi senza che si determini, nel contempo, una ingiustificata ed irrazionale compressione della sfera giuridica dell'individuo che intenda svolgere (ed abbia tutti i requisiti per svolgere) la funzione di magistrato onorario, così da non lasciare altra scelta che rinunciare all'attività professionale svolta – pur in un contesto nel quale sono riaffermati i principi di accessorietà della funzione – oppure recidere legami professionali (se non addirittura personali), incombendo in



alternativa l'effetto della esclusione dalla possibilità di accedere alla funzione di un significativo numero di magistrati onorari.

Con i migliori saluti

Paolo Canepa

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Paolo Canepa'.

Paolo Cecchi

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Paolo Cecchi'.