

OGGETTO: Pratica num. 34/VA/2017 Nuove e più ampie ipotesi di incompatibilità previste per i giudici di pace, i giudici onorari di tribunale ed i vice procuratori onorari dalla riforma organica della magistratura onoraria: adempimenti conseguenti.
(delibera del 15 novembre 2017)

"Il Consiglio Superiore della Magistratura,

VISTA la legge n. 57 del 28 aprile 2016, intitolata: "*Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria ed altre disposizioni sui giudici di pace*";

VISTO il decreto legislativo n. 116 del 13 luglio 2017, entrato in vigore il 15 agosto 2017 ed intitolato "*Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57*";

CONSIDERATA l'abrogazione dell'art. 8 della legge 21 novembre 1991 n. 374 e degli artt. 42-*quater* e 71 del regio decreto 30 gennaio 1941 n. 12, in materia di incompatibilità dei magistrati onorari;

CONSIDERATO che la tematica è ora regolata dall'art. 5 del decreto legislativo n. 116/2017;

RITENUTA la necessità di dover emettere regolamentazione attuativa di tale disposto normativo;

RITENUTO altresì opportuno prevedere, in via transitoria, la possibilità per i magistrati onorari già in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 116/2017 di potersi trasferire dalla sede di attuale servizio per rimuovere una causa d'incompatibilità ovvero per gravi ragioni di salute o di servizio;

ACQUISITI i pareri n. 262/2017 e n. 281/2017 dell'Ufficio studi e documentazione del Consiglio superiore della magistratura;

CONSIDERATA la relazione illustrativa d'accompagnamento;

d e l i b e r a

di adottare la seguente nuova circolare, attuativa della legge n. 57 del 28 aprile 2016 e del decreto legislativo n. 116 del 13 luglio 2017, in tema di incompatibilità dei magistrati onorari nonché, in via transitoria, in tema di trasferimento degli stessi:

Parte I

LA DISCIPLINA DELLE INCOMPATIBILITÀ DEI MAGISTRATI ONORARI

Art. 1

Ambito applicativo

1. Le disposizioni sull'incompatibilità di sede previste dalla presente circolare riguardano i vice procuratori onorari ed i giudici onorari di pace, nominati prima o dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 116 del 13 luglio 2017.

2. L'eventuale temporanea assenza dal servizio del magistrato onorario per gravidanza, malattia o infortunio non fa venir meno l'applicabilità delle norme previste dall'art. 5 del d.lgs. n. 116/2017 e dalla presente circolare e non ne sospende i relativi procedimenti.

Art. 2

Rapporto di parentela, affinità, coniugio e convivenza

1. Ai fini dell'incompatibilità, il rapporto di parentela tra professionista e magistrato onorario rileva sino al secondo grado, mentre il rapporto di affinità tra i predetti rileva solo per il primo grado.

2. Tale incompatibilità non sussiste, di regola, in caso di divorzio o di separazione legale tra i coniugi; essa non viene però meno, salvo eccezioni da valutare in concreto, in caso di sola separazione di fatto dei coniugi.

3. Ai fini della presente circolare al rapporto di coniugio sono parificate la convivenza, anche di fatto, la condizione di parte dell'unione civile, ogni altra ipotesi ad essa equiparata dalla legge nonché la stabile relazione affettiva.

Art. 3

Nozione di incompatibilità

1. La situazione di incompatibilità prevista dall'art. 5 del d.lgs. n. 116/2017 e dalla presente circolare determina una lesione all'immagine di corretto ed imparziale esercizio della funzione giurisdizionale da parte del magistrato e, in generale, dell'ufficio di appartenenza.

Art. 4

Dovere di segnalazione

1. All'atto della domanda di ammissione al tirocinio gli aspiranti devono dichiarare di non versare nella situazione d'incompatibilità di cui alla lettera c) del comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. n. 116/2017.

2. All'atto della domanda di ammissione al tirocinio gli aspiranti devono altresì impegnarsi a rimuovere, entro il termine di trenta giorni dal conferimento dell'incarico, ogni altra situazione di incompatibilità. Entro tale ultima data essi devono rendere, al dirigente dell'ufficio in cui svolgono l'incarico, una dichiarazione circa la sussistenza o meno di cause di incompatibilità, secondo lo schema allegato alla presente circolare (All. A). Eguale dichiarazione va resa dal magistrato onorario in sede di conferma.

3. I magistrati onorari in servizio devono comunicare al dirigente dell'ufficio ogni sopravvenienza rilevante ai fini della normativa, primaria o secondaria, in tema di incompatibilità, secondo il suddetto schema allegato alla presente circolare (All. A).

4. I dirigenti degli uffici devono svolgere sul punto tutti gli opportuni accertamenti, anche d'ufficio, in tutti i casi in cui lo ritengano necessario.

Art. 5

L'incompatibilità per l'esercizio dell'attività professionale forense da parte dei magistrati onorari

1. Sia per i vice procuratori onorari sia per i giudici onorari di pace non è mai consentito l'esercizio di attività professionale forense all'interno del circondario in cui svolgono l'incarico loro affidato, quali che siano le dimensioni del relativo ufficio giudiziario, requirente o giudicante.

2. Tale divieto si applica a decorrere dalla comunicazione del decreto ministeriale di nomina di cui al comma 11 dell'art. 7 del d.lgs. n. 116/2017. Tuttavia, durante lo svolgimento del tirocinio, i vice procuratori onorari ed i giudice onorari di pace non possono svolgere attività professionale forense dinanzi ai magistrati collaboratori ed ai magistrati affidatari ai quali sono assegnati e devono rinunciare ad eventuali incarichi professionali relativi a contenziosi affidati a tali magistrati.

3. Le attività professionali di mediazione di cui al decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, e successive modificazioni, e le attività professionali di negoziazione assistita di cui al decreto-legge n. 132 del 12 settembre 2014, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 162 del 10 novembre 2014, costituiscono esercizio della professione forense.

4. Non costituisce causa d'incompatibilità, per i magistrati onorari, l'esercizio del patrocinio davanti al Tribunale per i minorenni, al Tribunale penale militare, alla Giustizia amministrativa e contabile, nonché davanti alle Commissioni tributarie.

5. Fermo quanto previsto al comma 1 del presente articolo, la mera iscrizione del magistrato onorario all'Ordine degli avvocati istituito nel circondario in cui viene esercitato l'incarico non costituisce causa d'incompatibilità.

Art. 6

Le incompatibilità derivanti dall'esercizio della professione forense da parte di prossimi congiunti del magistrato onorario o di persone a lui legate da rapporti di collaborazione professionale

1. Se il coniuge del giudice onorario di pace o del vice procuratore onorario, il suo convivente, la parte dell'unione civile, i suoi parenti fino al secondo grado, i suoi affini entro il primo grado, i suoi associati di studio, i membri della medesima associazione professionale o i soci della medesima società tra professionisti svolgono la loro attività professionale nello stesso circondario in cui opera il magistrato onorario cui sono legati dai vincoli di cui sopra, sussiste incompatibilità del magistrato onorario qualora tale attività professionale non sia occasionale.

2. Ai sensi del presente articolo, l'attività forense deve considerarsi come occasionale quando il prossimo congiunto del magistrato onorario, o la persona a lui legata da rapporti di collaborazione professionale, nei termini sopra specificati, non abbia avanti all'ufficio di appartenenza del magistrato il proprio centro di interessi o comunque non vi svolga, con una certa continuità, una porzione, anche minore, della propria professione. A tal fine andranno valutati la quantità del contenzioso patrocinato, la sua qualità, il suo rilievo sociale, le dimensioni dell'ufficio.

3. Le incompatibilità previste dal presente articolo si applicano sia che il magistrato onorario svolga la professione di avvocato sia che non la eserciti e decorrono dalla comunicazione al magistrato onorario del decreto ministeriale di cui al comma 11 dell'art. 7 del d.lgs. n. 116/2017.

4. Le incompatibilità previste dal presente articolo riguardano anche il praticante avvocato abilitato all'esercizio della professione.

Art. 7

L'incompatibilità derivante dallo svolgimento di abituale attività professionale per conto di imprese di assicurazione o bancarie, ovvero per istituti o società di intermediazione finanziaria

1. Per abituale attività professionale, ai sensi della lettera e) del comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. n. 116/2017, va intesa l'esistenza, durante lo svolgimento dell'incarico, da parte del magistrato onorario o degli altri soggetti indicati nella medesima norma, di un rapporto di dipendenza professionale, di una stabile collaborazione professionale, anche in forma autonoma, ovvero il patrocinio come avvocato, in forma non occasionale secondo quanto stabilito dall'art. 6, comma 2.

2. L'abituale attività professionale, come sopra intesa, per conto di imprese di assicurazione o bancarie, ovvero per istituti di intermediazione finanziaria, è causa di incompatibilità per i giudici onorari di pace e per i vice procuratori onorari ovunque la esercitino sul territorio nazionale.

3. L'abituale attività professionale, come sopra intesa, per conto di imprese di assicurazione o bancarie, ovvero per istituti di intermediazione finanziaria, è causa di incompatibilità per il giudice onorario di pace se esercitata, all'interno del circondario in cui il giudice onorario di pace esercita le sue funzioni, dal coniuge dello stesso, dalla parte dell'unione civile, dai suoi conviventi, parenti fino al secondo grado ed affini fino al primo grado.

Art. 8

Altri casi di incompatibilità

1. Le ipotesi di cui alle lettere a), b), c) e d) dell'art. 5 del d.lgs. n. 116/2017 determinano sempre l'incompatibilità del magistrato onorario.

2. I magistrati onorari non possono ricevere, assumere o mantenere incarichi dall'autorità giudiziaria nell'ambito dei procedimenti che si svolgono davanti agli uffici giudiziari compresi nel circondario presso il quale esercitano le funzioni giudiziarie.

Art. 9

Le incompatibilità derivanti dalla presenza nello stesso ufficio di magistrati onorari tra di loro prossimi congiunti

1. Due magistrati onorari legati tra di loro da rapporto di coniugio, di convivenza, di parte dell'unione civile, di parentela fino al secondo grado o di affinità fino al primo grado, non possono esercitare le funzioni all'interno del medesimo ufficio. A tal fine, l'ufficio di appartenenza del vice procuratore onorario è l'ufficio di collaborazione del Procuratore della Repubblica di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 116/2017; l'ufficio di appartenenza del giudice onorario è l'Ufficio del giudice di pace o il Tribunale, a seconda che, nei termini di cui al comma 7 dell'art. 3 del d.lgs. n. 116/2017, egli eserciti la giurisdizione presso lo stesso ufficio del giudice di pace ovvero sia assegnato all'ufficio per il processo.

2. Salvo quanto previsto in via transitoria dalla parte II della presente circolare, la sussistenza della causa d'incompatibilità di cui al presente articolo determina l'applicabilità delle disposizioni di cui agli articoli 10 e 11, per quanto compatibili.

L'eventuale incompatibilità determinatasi per effetto del presente articolo riguarda il magistrato onorario con minore anzianità di servizio; se però, durante i complessivi otto anni di svolgimento dell'incarico, il solo magistrato con maggiore anzianità di servizio sarà destinato a cessare dall'incarico per il compimento del sessantacinquesimo anno di età, l'incompatibilità riguarderà quest'ultimo.

3. Ai fini dell'anzianità di servizio si deve aver riferimento alla data del decreto ministeriale di nomina. In caso di pari anzianità di servizio, l'incompatibilità riguarda il magistrato onorario con maggiore età anagrafica.

Art. 10

Le conseguenze della dichiarazione d'incompatibilità del magistrato onorario

1. Ricevuta la dichiarazione di cui all'art. 4 della presente circolare ed all'allegato A), il dirigente dell'ufficio ne prende atto se si tratta di una dichiarazione negativa mentre, se si tratta di una dichiarazione positiva, compiuti gli accertamenti istruttori eventualmente necessari, la trasmette senza ritardo al Presidente della Corte d'appello ed al Procuratore Generale presso la Corte d'appello, rispettivamente per i giudici onorari di pace e per i vice procuratori onorari.

2. Il Presidente della Corte d'appello o il Procuratore Generale, svolti gli accertamenti istruttori eventualmente necessari, ove ritengano manifestamente insussistente la causa d'incompatibilità, provvedono all'immediata archiviazione della segnalazione; in caso contrario, provvedono senza ritardo ai sensi dell'art. 21 del decreto legislativo n. 116/2017 e dell'articolo 11 della presente circolare.

3. Nel caso in cui la preesistente causa d'incompatibilità sia stata stabilmente rimossa, il dirigente dell'ufficio è comunque tenuto ad informare il Presidente della Corte d'appello o il Procuratore Generale, i quali possono chiedere la revoca del magistrato onorario ai sensi del comma 5 dell'art. 21 del d.lgs. n. 116/2017.

Art. 11

Il procedimento per la decadenza del magistrato a causa della sussistenza di una causa d'incompatibilità

1. Anche in assenza di una dichiarazione d'incompatibilità del magistrato onorario interessato, il capo dell'ufficio, ove abbia comunque notizia del verificarsi di una possibile, e non

manifestamente infondata, situazione di incompatibilità a carico dello stesso, informa senza ritardo il Presidente della Corte o il Procuratore Generale, rispettivamente per i giudici onorari di pace e per i vice procuratori onorari, svolgendo se del caso gli opportuni accertamenti istruttori. Eguale dovere d'informazione compete, nei riguardi del Presidente della Corte o del Procuratore Generale, al Consiglio giudiziario ed al Consiglio superiore della magistratura, qualora apprendano circostanze dalle quali emerga una possibile, e non manifestamente infondata, situazione di incompatibilità a carico del magistrato onorario.

2. Il Presidente della Corte o il Procuratore Generale, per quanto di rispettiva competenza, entro trenta giorni dalla ricezione della notizia, ove non ritengano la notizia manifestamente infondata, e ferma l'ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 10, contestano per iscritto il fatto al magistrato onorario interessato e lo iscrivono in apposito registro. Ove invece la notizia appaia manifestamente infondata il Presidente della Corte o il Procuratore Generale provvedono all'immediata archiviazione, dandone notizia al Consiglio superiore della magistratura.

3. La contestazione deve sinteticamente indicare i fatti che ne sono a fondamento, le fonti da cui le notizie dei fatti sono tratte e l'avvertimento che, nel termine perentorio di dieci giorni dal ricevimento dell'atto, l'interessato può presentare memorie e documenti o indicare circostanze sulle quali richiede indagini o audizioni.

4. Il Presidente della Corte o il Procuratore Generale, dopo aver svolto gli accertamenti istruttori eventualmente ritenuti necessari, se non ritengono di dover disporre l'archiviazione del procedimento, entro sessanta giorni dal termine entro cui l'interessato poteva presentare memorie o documenti, trasmettono, con le loro proposte, gli atti alla Sezione autonoma per i magistrati onorari del Consiglio giudiziario. L'archiviazione del procedimento dopo la contestazione deve essere comunicata all'interessato.

5. Il Presidente della Sezione autonoma del Consiglio giudiziario, ovvero il componente relatore da lui nominato, possono svolgere in via preliminare accertamenti istruttori, ivi compresi audizioni di soggetti informati sui fatti. All'esito, il Presidente della Sezione autonoma del Consiglio giudiziario, ovvero il componente relatore da lui nominato, notificano tempestivamente all'interessato il giorno, l'ora ed il luogo fissati per la deliberazione, avvertendolo che ha facoltà di prendere visione degli atti. L'interessato è altresì avvertito della facoltà di comparire personalmente, del diritto di farsi assistere da un difensore, scelto tra i magistrati ordinari o onorari, anche a riposo, o tra gli avvocati del libero Foro, nonché dell'avvertenza che, se non si presenterà senza addurre un legittimo impedimento, si procederà in sua assenza. La comunicazione che precede deve essere notificata all'interessato entro il termine perentorio di dieci giorni prima della seduta della Sezione autonoma per i magistrati onorari del Consiglio giudiziario.

6. Nella seduta fissata per la deliberazione ciascun membro della Sezione autonoma ha facoltà di rivolgere domande all'interessato sui fatti oggetto dell'incompatibilità. L'interessato può presentare memorie e produrre documenti che dimostri di non aver potuto depositare in precedenza. L'interessato ed il suo difensore hanno la parola per ultimi, qualora la richiedano.

7. Conclusa la discussione, la Sezione autonoma esprime il suo motivato parere. Qualora la Sezione autonoma ritenga di dover svolgere ulteriori accertamenti istruttori, vi provvede nel più breve tempo possibile ed all'esito ne informa il magistrato onorario interessato, il quale può, entro dieci giorni dalla comunicazione, chiedere copia degli atti e depositare memoria scritta. All'esito la Sezione autonoma esprime il suo motivato parere nei termini di cui sopra.

8. Il parere della Sezione autonoma del Consiglio giudiziario, unitamente all'eventuale documentazione allegata, è trasmesso senza ritardo al Consiglio superiore della magistratura.

9. Il Consiglio superiore della magistratura, entro novanta giorni dalla ricezione del parere della Sezione autonoma del Consiglio giudiziario e della documentazione ad esso allegata, previa eventuale attività istruttoria che ritenga indispensabile, può accogliere o respingere la proposta di decadenza del magistrato onorario ovvero può richiedere ulteriori chiarimenti alla medesima Sezione autonoma nonché delegare ad essa il compimento di ulteriore attività istruttoria.

10. Ove nelle more del procedimento la preesistente causa d'incompatibilità sia stata stabilmente rimossa, il Consiglio superiore della magistratura dichiara il non luogo a provvedere sulla proposta di decadenza, informando contestualmente il Presidente della Corte d'appello o il Procuratore Generale, i quali possono chiedere la revoca del magistrato onorario ai sensi del comma 5 dell'art. 21 del d.lgs. n. 116/2017.

11. Ai sensi del presente articolo, sono perentori unicamente i termini che sono indicati come tali.

12. La decisione del Consiglio superiore della magistratura è comunicata all'interessato, al dirigente dell'ufficio in cui svolge l'incarico ed alla Sezione autonoma del Consiglio giudiziario.

Parte II

LA DISCIPLINA TRANSITORIA IN MATERIA DI TRASFERIMENTI

Art. 12

I trasferimenti per ragioni di salute o di famiglia

1. Entro la data del 15 gennaio 2018, i magistrati onorari nominati al 15 agosto 2017 possono chiedere di essere trasferiti ad altra sede per gravi e comprovati problemi di salute propri, del coniuge, del convivente, della parte dell'unione civile, dei discendenti di primo grado ovvero degli ascendenti di primo grado nonché per gravi e comprovate ragioni di famiglia.

2. A tal fine, entro il 15 dicembre 2017, sul sito internet "www.csm.it" sono indicate tutte le vacanze, non pubblicate e disponibili alla stessa data, per i vice procuratori onorari, per i giudici onorari di pace già giudici onorari di Tribunale e per i giudici onorari di pace già giudici di pace.

3. La domanda deve essere compilata secondo lo schema allegato alla presente circolare (All. B) e deve essere diretta al dirigente dell'ufficio di appartenenza. Ad essa devono essere allegati i documenti giustificativi.

4. Nella domanda il magistrato onorario può indicare, in ordine di preferenza, non più di tre sedi presso le quali richiede di essere trasferito, scegliendole tra quelle pubblicate ai sensi del comma 2 e rispetto alle quali dichiara l'insussistenza di cause di incompatibilità.

I magistrati onorari possono indicare unicamente sedi disponibili nella medesima funzione svolta, fatte salve le successive determinazioni organizzative del dirigente ai sensi della normativa vigente.

5. Il dirigente dell'ufficio di appartenenza, raccolte tutte le domande presentate, le trasmette entro venti giorni al Consiglio superiore della magistratura unitamente ai documenti allegati ad esse. Il Consiglio superiore provvede ai sensi del successivo art. 14.

Art. 13

I trasferimenti per rimuovere una causa d'incompatibilità

1. Entro e non oltre la data del 15 gennaio 2018, ciascun magistrato onorario in servizio deve rendere al dirigente dell'ufficio di appartenenza, secondo lo schema allegato alla presente circolare (All. C), un'apposita dichiarazione per attestare se versa o meno in una condizione di incompatibilità ai sensi dell'art. 5 del decreto legislativo n. 116/2017 e delle disposizioni contenute nella *Parte I* della presente circolare.

2. La dichiarazione eventualmente positiva deve specificare la natura della causa d'incompatibilità. Il magistrato onorario può poi indicare fino a tre sedi, in ordine di preferenza, presso le quali richiede di essere trasferito; deve trattarsi di sedi in cui vi siano posti vacanti e disponibili non pubblicati alla data del 15 dicembre 2017 ed in ordine alle quali il magistrato onorario deve dichiarare l'insussistenza di cause di incompatibilità. Le sedi vacanti e disponibili non pubblicate sono conoscibili sul sito internet "www.csm.it" ai sensi dell'art. 12, comma 2, della presente circolare. I magistrati onorari possono indicare unicamente sedi disponibili nella medesima funzione svolta, fatte salve le successive determinazioni organizzative del dirigente ai sensi della normativa vigente. Alla dichiarazione positiva possono essere allegati documenti di supporto.

3. In presenza di una dichiarazione negativa di incompatibilità, il dirigente dell'ufficio ne prende atto, ferma l'applicabilità dell'art. 11 della presente circolare.

4. Ricevute le dichiarazioni positive di incompatibilità e le relative domande di trasferimento, il dirigente dell'ufficio, compiuti gli accertamenti istruttori eventualmente necessari, le raccoglie tutte e le trasmette entro quaranta giorni al Consiglio superiore della magistratura, unitamente alla documentazione prodotta dagli interessati, a quella eventualmente acquisita d'ufficio e ad un proprio parere in ordine alla sussistenza o meno delle cause di incompatibilità dichiarate.

5. Il Consiglio superiore della magistratura, ricevuti gli atti, provvede senza ritardo nei termini indicati dall'articolo che segue.

Art. 14

Le modalità del trasferimento

1. In caso di pluralità di domande per la medesima sede, i trasferimenti per ragioni di salute hanno la precedenza sui trasferimenti per ragioni di famiglia e questi ultimi hanno la precedenza sui trasferimenti finalizzati a rimuovere una causa d'incompatibilità. All'interno della stessa tipologia di trasferimenti, prevale il magistrato onorario con maggiore anzianità di servizio, avendo riguardo al decreto ministeriale di nomina; in caso di pari anzianità di servizio prevale il magistrato con minore età anagrafica.

2. Il Consiglio superiore della magistratura, raccolte tutte le domande presentate e pervenute relative ai trasferimenti per ragioni di salute o di famiglia, valutata la loro tempestività ed ammissibilità, svolti gli accertamenti istruttori eventualmente ritenuti indispensabili, seguiti i criteri di cui al comma che precede, provvede per ciascuna sede richiesta ai trasferimenti dei magistrati interessati.

3. In ordine ai trasferimenti per ragioni di incompatibilità, il Consiglio superiore della magistratura, completata la procedura di cui al comma 2, raccolte tutte le domande presentate e pervenute, valutata la loro tempestività ed ammissibilità, svolti gli accertamenti istruttori eventualmente ritenuti indispensabili, ove ritenga sussistente la causa d'incompatibilità, provvede per ciascuna sede richiesta ai trasferimenti dei magistrati interessati.

4. Il Consiglio superiore della magistratura, se ritiene insussistente la causa di incompatibilità, respinge la domanda di trasferimento.

5. Nei casi di cui ai commi 2 e 3 del presente articolo, se il magistrato onorario non consegue il trasferimento in alcuna delle sedi da lui richieste, il Consiglio superiore, sentito l'interessato, individua d'ufficio altra sede vacante e non pubblicata.

6. I provvedimenti emessi ai sensi dei commi 2, 3 e 4 sono comunicati al magistrato onorario, al dirigente dell'ufficio di provenienza e, in caso di trasferimento, al dirigente dell'ufficio di destinazione.

Art. 15

Disposizioni finali

1. La presente circolare viene immediatamente comunicata a tutti gli uffici giudiziari unitamente alla relazione illustrativa d'accompagnamento. I dirigenti dei Tribunali e delle Procure della Repubblica cureranno l'immediata comunicazione della circolare a tutti i magistrati onorari in servizio come giudici onorari di pace e come vice procuratori onorari.

La presente circolare viene comunicata al Ministero della Giustizia unitamente alla relazione illustrativa, per le valutazioni di competenza indicate al paragrafo n. 6) di tale relazione.

RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO ALLA CIRCOLARE

1.- Le incompatibilità dei magistrati onorari prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116.

Prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 116/2017 il regime delle incompatibilità e dei trasferimenti dei magistrati onorari era disciplinato diversamente tra giudici di pace da un lato (d'ora in avanti gdp) e giudici onorari di Tribunale (d'ora in avanti got) e vice procuratori onorari (d'ora in avanti vpo) dall'altro.

Cominciando dal regime delle **incompatibilità**, per i gdp esso era regolato dall'art. 8 della legge 21 novembre 1991 n. 374, e successive modificazioni, e dal capo IV della circolare consiliare prot. n. P-15880/2002, e successive modificazioni. Tale complessivo disposto normativo prevedeva casi di incompatibilità per chi ricopriva cariche elettive o politiche, ivi compresa quella di difensore civico, per i ministri di culto, per chi svolgeva *“attività professionale per imprese di assicurazione o banche”*, per chi era prossimo congiunto di soggetti che esercitavano tali ultime attività, per gli avvocati che esercitavano *“la professione forense”* nel circondario del Tribunale in cui lavoravano come giudice di pace nonché per chi era prossimo congiunto di avvocati che esercitavano la professione forense in quel Tribunale. Inoltre, gli avvocati che svolgevano le funzioni di giudici di pace ed i loro prossimi congiunti non potevano *“esercitare la funzione forense dinanzi all'ufficio del giudice di pace al quale appartengono”*. Come chiarito dalla circolare n. P-15880/2012, vigeva in proposito sia una *“incompatibilità in entrata”*, volta ad *“impedire agli avvocati di diventare giudice di pace nel circondario dove essi [o i loro prossimi congiunti ed associati di studio] hanno lo studio e/o sono iscritti all'albo”*, sia una *“incompatibilità a regime”*, finalizzata ad impedire lo svolgimento, da parte del giudice di pace nominato, o dei suoi prossimi congiunti o associati di studio, della *“funzione forense”* nell'ufficio del giudice di pace dove il magistrato onorario prestava le sue funzioni. Tali incompatibilità avevano *“carattere assoluto”* e non potevano essere riferite *“alla sola materia civile ovvero a quella penale, a seconda delle funzioni in concreto svolte dal giudice di pace...”*.

Non del tutto coincidente era il sistema delle incompatibilità previsto per i got ed i vpo. Esso era regolato dagli artt. 42-*quater* e 71 del regio decreto 30 gennaio 1941 n. 12 (legge sull'Ordinamento giudiziario) nonché dalle circolari consiliari prot. n. P-739/2016 e n. P-792/2016. Anche per got e vpo vi era il divieto di ricoprire cariche elettive o politiche, ivi compresa quella di difensore civico, di essere ministri di culto, di svolgere, o aver svolto nei tre anni precedenti la nomina, *“attività professionale non occasionale per conto di imprese di assicurazione o bancarie”*. A tali incompatibilità si aggiungevano poi quelle (di minore impatto pratico) relative all'appartenenza ad associazioni *“i cui vincoli siano incompatibili con l'esercizio indipendente della funzione giurisdizionale”* nonché il divieto di svolgere, nel circondario dove veniva prestata l'attività lavorativa, *“l'incarico di consulente, perito o interprete”*. Quanto però alla professione forense, per i vpo e per i got l'unico divieto era quello, *“a regime”*, di *“esercitare la professione forense dinanzi agli uffici giudiziari compresi nel circondario del tribunale presso il quale svolgono le funzioni di giudice onorario”*; tale divieto non si estendeva né ai prossimi congiunti del got o del vpo né ai loro eventuali associati di studio. Le circolari n. P-739/2016 e n. P-792/2016 stabilivano poi che le disposizioni di cui all'art. 19 dell'Ordinamento giudiziario sulle incompatibilità per rapporti di parentela, affinità, coniugio o convivenza con magistrati ordinari o con altri magistrati onorari si applicavano *“ai giudici onorari di tribunale secondo i criteri dettati dalla circolare del Consiglio superiore della magistratura adottata con delibera del 23 maggio 2007, e successive modificazioni, in quanto compatibili”*. Sussistevano, quindi, forme di incompatibilità derivanti dalla presenza, nello stesso ufficio giudiziario, di magistrati onorari legati da rapporti di parentela, di coniugio o di convivenza con magistrati ordinari o con altri magistrati onorari.

2.- Le incompatibilità dei magistrati onorari dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116.

Il quadro normativo sopra riportato non è più attuale, dal momento che l'art. 33 del d.lgs. n. 116/2017 ha abrogato sia l'art. 8 della legge n. 374/1991 sia gli artt. 42-*quater* e 71 del regio decreto n. 12/1941.

Di conseguenza, anche il d.P.R. n. 198/2000, attuativo della legge n. 374/1991, e le suddette circolari prot. n. P-15880/2012, n. P-739/2016 e n. P-792/2016 non sono più efficaci, almeno nella parte che qui interessa: esse erano, infatti, attuative di norme primarie non più in vigore.

Piuttosto, la legge delega n. 57 del 28 aprile 2016 (art. 2, comma 4) ha dettato una diversa normativa in materia di incompatibilità, eguale per tutti i magistrati onorari, il che è coerente con quello statuto unico della magistratura onoraria che era uno degli obiettivi perseguiti e concretizzati dalla riforma. L'art. 5 del d.lgs. n. 116/2017 ha sul punto attuato la delega, in maniera conforme¹.

La norma attualmente in vigore conferma il divieto di esercizio delle funzioni di magistrato onorario per i ministri di culto, per i titolari di cariche elettive di natura politica, per i titolari, all'attualità o negli ultimi tre anni, di incarichi direttivi in partiti o nelle *“associazioni sindacali comparativamente più rappresentative”*, per *“coloro che svolgono abitualmente attività professionale per conto di imprese di assicurazione o bancarie, ovvero per istituti o società di intermediazione finanziaria”*, nonché per coloro i cui prossimi congiunti svolgano tali ultime attività.

Le norme di cui ai commi 2 e 3 ricalcano poi quelle previste, per i soli giudici di pace, dai commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 8 della legge n. 374/1991.

La norma di cui al comma 2 impedisce agli avvocati e praticanti abilitati di svolgere le funzioni di magistrato onorario in ordine agli *“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”*. Si precisa invece che *“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”*.

Il comma 3, a sua volta, stabilisce che gli avvocati e praticanti abilitati, *“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 comma prosegue affermando che *“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”*. Il divieto cui si riferisce tale secondo inciso, idoneo a determinare una causa d'incompatibilità del magistrato onorario, è sempre quello relativo allo svolgimento dell'attività forense e non fa distinzioni tra magistrato onorario che sia anche avvocato e magistrato onorario che non lo sia. D'altro canto, sul piano teleologico, quale che sia la condizione professionale del magistrato onorario, viene pregiudicata la sua immagine di indipendenza ed imparzialità qualora, nello stesso ufficio dove svolge l'incarico, un suo prossimo congiunto esercita in maniera non occasionale la professione forense. Pertanto, la causa d'incompatibilità di cui al comma 3 sussiste anche quando il magistrato onorario non sia avvocato.

Ciò detto, le riportate norme di cui ai commi 2 e 3 appaiono sovrapponibili e, quindi, di non agevole interpretazione. Riguardo al loro significato, nella pregressa circolare n. P-15880/2002 (e successive modificazioni) così si scriveva: *«ponendo a raffronto tali disposizioni e volendo attribuire a ciascuna di esse un proprio, autonomo significato, deve necessariamente ritenersi che il primo di quei divieti dia luogo ad una “incompatibilità in entrata” e, in particolare, sia destinato*

¹ E' scritto nella relazione allo schema di decreto legislativo che la norma proposta, e che è stata poi introdotta nell'ordinamento, *“mutua l'articolo 4 della legge n. 57 del 2016”*.

ad impedire agli avvocati di diventare giudici di pace nel circondario dove essi, ovvero i loro associati di studio, il coniuge, i conviventi, i parenti fino al secondo grado o gli affini entro il primo grado hanno lo studio ovvero sono iscritti all'albo, il tutto a prescindere dall'esercizio in concreto della professione forense. Viceversa, il secondo divieto dà luogo ad una "incompatibilità a regime" e si dirige al giudice di pace che, nominato tale in un circondario diverso da quello ove egli ovvero gli associati di studio, il coniuge, i conviventi, i parenti fino al secondo grado o gli affini entro il primo hanno lo studio ovvero sono iscritti all'albo, intenda patrocinare dinanzi all'ufficio giudiziario ove è stato nominato e nei gradi successivi, ovvero dinanzi agli altri uffici giudiziari del circondario dove è compreso l'ufficio di giudice di pace in cui è stato nominato...».

All'attualità, invero, la distinzione tra le due norme è ancor più sfumata perché l'ultimo inciso del comma 2 dell'art. 5 consente ai giudici onorari che siano avvocati di patrocinare, anche nel circondario dove svolgono l'incarico loro conferito, davanti a tutte giurisdizioni speciali ed al Tribunale per i minorenni. Di conseguenza è ben possibile, per i magistrati onorari che siano anche avvocati, mantenere uno studio professionale ed essere iscritti all'Ordine degli avvocati del circondario dove svolgono l'incarico: ciò che è vietato è soltanto l'esercizio dell'attività forense in quel circondario.

Né è possibile ritenere che la norma di cui al comma 2 precluda l'ammissione al tirocinio ed il conferimento dell'incarico a chi abbia svolto in precedenza la professione forense in quel circondario: contrariamente a quanto previsto dalla lettera c) del comma 1, il quale fa riferimento anche agli incarichi politici e sindacali ricoperti nei tre anni precedenti alla domanda, nel comma 2 il legislatore utilizza unicamente l'indicativo presente, senza in alcun modo riferirsi alla pregressa attività forense². Dunque, per quanto ispirata dal condivisibile intento di prevenire in maniera radicale il rischio di situazioni che indeboliscono la credibilità dell'istituzione giudiziaria, sarebbe probabilmente illegittima una norma secondaria che precludesse l'ammissione al tirocinio ed il conferimento dell'incarico a chi, negli anni precedenti la nomina, aveva svolto in quello stesso circondario la professione forense.

Consequenziale a tale ragionamento è la conclusione, contenuta nel parere n. 281/2017 dell'Ufficio studi, che il magistrato onorario ammesso al tirocinio e destinatario dell'incarico professionale può *"rimuovere ex post la preesistente causa d'incompatibilità"*, prima dell'inizio dello svolgimento dell'incarico loro affidato.

Ciò posto, viene poi esteso e generalizzato il divieto di *"ricevere, assumere o mantenere incarichi dall'autorità giudiziaria nell'ambito dei procedimenti che si svolgono davanti agli uffici giudiziari compresi nel circondario presso il quale esercita le funzioni giudiziarie"*. Di conseguenza, in via esemplificativa, i magistrati onorari non potranno svolgere l'incarico di curatore fallimentare, di professionista delegato, di tutore o di amministratore di sostegno nel circondario nel quale esercitano le funzioni giudiziarie.

In buona parte innovativa, e sicuramente restrittiva, è poi la disposizione secondo cui *"i magistrati onorari che hanno tra loro vincoli di parentela fino al secondo grado o di affinità fino al primo grado, di coniugio o di convivenza non possono essere assegnati allo stesso ufficio giudiziario"*.

Non è stata invece prevista un'incompatibilità derivante dalla presenza, nel medesimo ufficio giudiziario, di un magistrato onorario e di un magistrato ordinario.

Traendo le fila del discorso, le novità per i magistrati onorari ex gdp introdotte in materia di incompatibilità dal d.lgs. n. 116/2017 sono le seguenti: estensione dell'incompatibilità anche a chi abbia ricoperto, negli ultimi tre anni, incarichi direttivi o esecutivi nelle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative; estensione dell'incompatibilità a coloro che svolgono abitualmente attività professionale per società di intermediazione finanziaria; estensione

² Ben diversa, ed in verità più chiara, è la formulazione delle incompatibilità prevista per i giudici ausiliari di Corte d'appello dall'art. 69 del decreto legge n. 69/2013, convertito con modificazioni nella legge n. 98/2013: il comma 2 di tale norma stabilisce infatti che *"il giudice ausiliario... non può svolgere le funzioni presso la corte di appello nel cui distretto ha sede il consiglio dell'ordine cui era iscritto al momento della nomina o nei cinque anni precedenti"*.

dell'incompatibilità anche al caso in cui vi siano membri dell'associazione professionale e soci della società tra professionisti che esercitino la professione forense nel medesimo circondario dove lavora il magistrato onorario; precisazione che l'esercizio della professione forense presso le giurisdizioni speciali ed il tribunale per i minorenni non costituisce causa di incompatibilità; ampliamento dall'ufficio del giudice di pace al circondario del Tribunale dell'ambito entro il quale gli ex gdp, i loro prossimi congiunti, i loro associati di studio ecc. non possono svolgere attività forense; introduzione del divieto di compresenza, all'interno dello stesso ufficio giudiziario, di "magistrati onorari che hanno tra loro vincoli di parentela fino al secondo grado o di affinità fino al primo grado, di coniugo o di convivenza"; generalizzata equiparazione della parte dell'unione civile al coniugio ed alla convivenza; introduzione del divieto di "ricevere, assumere o mantenere incarichi dall'autorità giudiziaria nell'ambito dei procedimenti che si svolgono davanti agli uffici giudiziari compresi nel circondario presso il quale esercita le funzioni giudiziarie".

Invece, le novità per i magistrati onorari ex got ed ex vpo sono le seguenti: estensione dell'incompatibilità anche a chi abbia ricoperto, negli ultimi tre anni, incarichi direttivi o esecutivi nelle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative; esclusione dell'incompatibilità per gli appartenenti ad associazioni i cui vincoli siano incompatibili con l'esercizio indipendente della funzione giurisdizionale³; introduzione dell'incompatibilità "in entrata" per coloro che "esercitano la professione forense" nel circondario del Tribunale ove ha sede l'ufficio giudiziario cui sono assegnati e previsione dell'incompatibilità anche nel caso in cui tale attività forense sia svolta dai prossimi congiunti, dagli associati di studio, dai membri dell'associazione professionale e dai soci della società tra professionisti del magistrato onorario; estensione dell'incompatibilità a regime anche per l'attività forense svolta dai prossimi congiunti, dagli associati di studio, dai membri dell'associazione professionale e dai soci della società tra professionisti del magistrato onorario; generalizzata equiparazione della parte dell'unione civile al coniugio ed alla convivenza.

Come poi chiarito dal parere n. 281/2017 dell'Ufficio studi, costituisce esercizio dell'attività forense anche lo svolgimento dell'attività di mediazione di cui al decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, e successive modificazioni, e dell'attività di negoziazione assistita di cui al decreto-legge n. 132 del 12 settembre 2014, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 162 del 10 novembre 2014.

In conclusione della ricognizione appena compiuta, deve affermarsi che la disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 116/2017 in materia di incompatibilità è complessivamente **più ampia e più rigorosa** di quella previgente, tanto per i gdp quanto per i got ed i vpo: **sono state introdotte nuove cause di incompatibilità e sono state rese più stringenti quelle previgenti.**

La disciplina di cui sopra è **di immediata applicazione**, anche per i magistrati onorari già in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legislativo (art. 32, comma 1, secondo inciso). In proposito alcuna disciplina transitoria è stata dettata.

3.- I trasferimenti dei magistrati onorari secondo la legge delega e secondo il decreto legislativo.

Venendo ora alla disciplina in materia di **trasferimenti dei magistrati onorari**, la legge n. 57/2016 ha espressamente delegato il Governo a "regolamentare il procedimento di trasferimento ad altro ufficio" (art. 1, lettera g)). In particolare, secondo l'art. 2, comma 8, della legge delega, il Governo era tenuto ad attenersi ai seguenti principi e criteri direttivi: "a) *regolamentare la procedura di trasferimento su domanda dell'interessato; b) disciplinare i casi di trasferimento d'ufficio del magistrato onorario ad altro ufficio giudiziario della medesima tipologia per esigenze organizzative oggettive dei tribunali, degli uffici del giudice di pace e delle procure della Repubblica*".

³ L'art. 21, comma 5, del medesimo d.lgs. n. 116/2017 prevede però che è disposta la revoca dall'incarico "quando il magistrato onorario tenga in ufficio o fuori una condotta tale da compromettere il prestigio delle funzioni attribuitegli".

Come scritto nel parere n. 262/2017 dell'Ufficio studi, «il Governo, tuttavia, ha deciso di non dar corso alla delega legislativa relativamente al trasferimento d'ufficio e a domanda ed al regime disciplinare dei magistrati onorari. La Relazione illustrativa al D.Lgs. 116/2017 esplicita che il legislatore delegato ha scelto di non dare attuazione alla delega conferita con la legge n. 57 del 2016 relativamente ai seguenti autonomi settori di materie: <1. trasferimento d'ufficio e a domanda dei magistrati onorari; 2. regime disciplinare>. Indica espressamente, infatti, che “L'opzione di mancato esercizio della delega relativamente ai predetti settori trova fondamento nella necessità di garantire il pieno rispetto dell'onorarietà dell'incarico prescritta dall'art. 106 della Costituzione della quale costituisce corollario l'assenza di qualsivoglia contratto o rapporto di lavoro. La Corte costituzionale, con sentenza n. 103 del 1998, ha ritenuto che l'onorarietà dell'incarico del magistrato non professionale (in assenza, quindi, di un contratto o rapporto di lavoro), prescritta dall'articolo 106 Cost., conforma l'ordinamento interno vietando disposizioni di rango subordinato dirette ad “incidere sullo <stato> del magistrato tanto da trasformare l'incarico temporaneo in un sostanziale incardinamento in un ufficio; con il rischio dell'emergere di una nuova categoria di magistrati (par. 3).” (pagg. 2-3). Aggiunge che il rapporto del magistrato onorario non è assimilabile né al rapporto dipendente, né al lavoro autonomo, né a quello parasubordinato, costituendo l'esercizio di funzioni spontaneamente assunte <per sentimento di dovere civico e di dignità sociale> (Cass. Sez. I[^] 13.3.1998, n. 1046, cnf. Cass. Sez. Un. 12.3.1999, n. 129 e S.U. n. 11272 del 1998). Nella stessa relazione si rivendica la correttezza giuridica della scelta: “questa scelta non è, evidentemente, suscettibile di censure sul piano costituzionale, avendo la Corte sempre ritenuto che il Governo può ben dare attuazione soltanto parziale alla delega, nel rispetto della sola condizione per cui le norme emanate, per il loro contenuto, non siano tali da porsi in contrasto con i principi e i fini della legge delega (Corte Cost. n. 41 del 1975). Non è questo il caso di specie, atteso che, come si è più volte rimarcato, una delle fondamentali direttive della legge n. 57 del 2016 è proprio quella della piena onorarietà dell'incarico, da cui consegue l'esclusione di ogni forma di incardinamento del magistrato onorario in un ufficio e il potere – dovere del magistrato in servizio di svolgere altre attività remunerative.».

Nel citato parere dell'Ufficio studi del Consiglio si afferma altresì che il mancato esercizio della delega in materia di trasferimenti costituisce “un aspetto delicato che non mancherà di determinare squilibri nell'allocazione delle risorse tra i distretti e proteste, non prive di giustificazioni, da parte della categoria interessata”. In altre parole, al di là delle fondate e comprensibili ragioni personali che un magistrato onorario può avere per trasferirsi ad un altro ufficio, la mancata previsione di tale possibilità può nuocere anche ad esigenze pubblicistiche di funzionalità del servizio giustizia, non necessariamente suscettibili di essere soddisfatte con gli istituti - strutturalmente funzionali al soddisfacimento di esigenze temporanee - dell'applicazione distrettuale e della supplenza circondariale di cui all'art. 6 della legge n. 57/2016 ed all'art. 14 del d.lgs. n. 116/2017.

Il Legislatore non ha, poi, previsto la possibilità del trasferimento nemmeno per causa di incompatibilità, sia essa sopraggiunta o derivante dall'entrata in vigore delle nuove e più restrittive disposizioni previste dall'art. 5 del d.lgs. n. 116/2017. Tale omissione potrebbe creare seri nocimenti al funzionamento del servizio giustizia in quanto numerosi magistrati onorari potrebbero essere costretti a lasciare improvvisamente l'incarico loro affidato, con una conseguente dispersione della professionalità conseguita e la necessità, nel settore penale, di dover rinnovare l'istruttoria dei processi loro affidati.

Invece, nel regime previgente, per i giudici di pace era prevista la possibilità di trasferirsi: l'art. 10-ter della legge n. 374/1991 stabiliva che “i giudici di pace in servizio possono chiedere il trasferimento presso altri uffici del giudice di pace che presentino vacanze in organico. Le domande di trasferimento hanno la priorità sulle domande di ammissione al tirocinio e sulle nuove nomine...”. In attuazione di tale norma primaria la circolare prot. n. P-15880/2002, e successive

modificazioni, prevedeva espressamente la possibilità per i giudici di pace di trasferirsi sia in via ordinaria, una volta l'anno, sia per rimuovere situazioni di incompatibilità.

In via diretta non era prevista eguale possibilità né per i vpo né per i got; è però anche vero che le circolari prot. n. P-792/2016 e n. P-793/2016 prevedevano la possibilità, rispettivamente per i vpo e per i got già in servizio, di poter presentare *“domanda per il conferimento di analoghe funzioni”* presso altro incarico onorario, anche diverso da quello fino ad allora svolto ed anche di gdp, *“partecipando all'espletamento della ordinaria procedura”*; la nomina al nuovo incarico determinava *“di diritto la decadenza dal precedente incarico”*. Inoltre, l'art. 6 del d.lgs. n. 14/2014 prevede la possibilità, nell'ambito del processo di riordino ed accorpamento delle circoscrizioni giudiziarie, che i got ed i vpo potessero chiedere il trasferimento ad altro ufficio. In attuazione di tale norma primaria, il Consiglio superiore della magistratura, con delibera prot. n. P-7231/2014 adottata nella seduta del 16 aprile 2014, deliberò di consentire ai got e vpo che avessero *“svolto almeno tre anni di servizio alla scadenza del termine per la presentazione della domanda”* di potersi trasferire ad altra sede per rimuovere situazioni di incompatibilità *“determinatesi a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 7 settembre 2012, n. 155”* ovvero per *“gravi e documentati motivi di salute o di famiglia sopravvenuti successivamente alla nomina presso l'attuale sede di servizio”*.

Proprio sulla base delle negative conseguenze che la mancata possibilità dei trasferimenti potrebbe arrecare al servizio giustizia, nonché per l'affidamento che, sulla base del contenuto della legge delega, i magistrati onorari potevano aver riposto nell'introduzione di una norma che prevedeva i trasferimenti, con la delibera consiliare del 15 giugno c.a., con la quale è stato espresso il parere sullo schema del decreto legislativo in questione, è stato affermato che *“...in assenza di norme che regolino la fattispecie, prevedendo o escludendo la possibilità dei trasferimenti, il Consiglio si riserva di valutare, dietro necessario approfondimento giuridico, la possibilità e l'opportunità di un intervento di normazione secondaria che, sia per gravi ragioni di salute o di famiglia sia in presenza di significativi squilibri nella copertura degli organici degli uffici giudiziari, consenta ai magistrati onorari di trasferirsi da un ufficio all'altro”*.

4.- Il parere n. 262/2017 dell'ufficio studi.

A tal fine è stato posto quesito all'Ufficio studi per verificare se, nel nuovo quadro normativo, sussistano spazi d'intervento su tre distinti aspetti del rapporto tra magistrati onorari ed uffici giudiziari, e specificamente: 1) se sia possibile regolare con fonte secondaria le procedure di trasferimento per i giudici onorari di pace e per i vice procuratori onorari, quanto meno per la rimozione di cause di incompatibilità ovvero per gravi ragioni di salute o di famiglia del magistrato; 2) se possa regolarsi il potere discrezionale del Consiglio superiore della magistratura per consentire il trasferimento del magistrato onorario per gravi ragioni di funzionalità dell'ufficio di appartenenza, a domanda o in via officiosa; 3) se sia estendibile alla magistratura onoraria la disciplina secondaria prevista per i magistrati togati in applicazione degli artt. 18 e 19 dell'Ordinamento giudiziario.

La risposta dell'Ufficio studi è giunta con il citato parere n. 262-2017 ed è stata la seguente: *“il rapporto del magistrato con l'ufficio ha carattere onorario, temporaneo e parziale e viene sospeso da una eventuale maternità dello stesso; il legislatore delegato ha attuato la legge delega escludendo la disciplina dei trasferimenti d'ufficio e a domanda ed il regime disciplinare; le fonti primarie, pertanto, non prevedono esplicitamente alcuna forma di trasferimento né d'ufficio né su domanda dei magistrati ordinari, ma esclusivamente applicazioni temporanee e supplenze all'interno del medesimo circondario del distretto; l'art. 10 ter che prevedeva i trasferimenti dei giudici di pace è stato abrogato, con effetto immediato anche per i magistrati onorari già in servizio(art. 32); il bando per l'assegnazione degli incarichi è di carattere distrettuale e genera una successiva graduatoria con effetti principali all'interno di ciascun distretto; non sussiste alcuna forma di richiamo al quadro normativo proprio dei magistrati professionali che consenta una applicazione delle procedure di cui agli artt 18 e 19 ai giudici onorari di pace; la*

regolamentazione di trasferimenti di magistrati onorari, al di fuori di tali ipotesi (o ulteriori analoghe), non appare in linea con la riserva di legge prevista dall'art. 108 Cost.; potrebbe residuare un ridotto spazio applicativo per consentire la rimozione di condizioni di incompatibilità attraverso la tempestiva iniziativa del magistrato onorario di rimozione della causa”.

Più in dettaglio, nel parere si sottolinea che il mancato esercizio della delega in materia di trasferimenti, in uno con l'abrogazione delle precedenti norme operanti in materia e con “*la motivazione espressa contenuta nella Relazione illustrativa relativamente al mancato esercizio della delega*”, costituiscono dati univoci che escludono la possibilità di prevedere e regolamentare i trasferimenti dei magistrati onorari da un ufficio all'altro, anche in casi di incompatibilità.

Quanto alla possibilità di una regolamentazione *praeter legem* da parte del Consiglio superiore, facendo leva sull'argomento che non v'è alcuna norma che, espressamente o indirettamente, vieti la possibilità dei trasferimenti, nel parere si osserva che tale intervento dovrebbe tenere conto della riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario prevista dall'art. 108 della Costituzione; riserva di legge che preclude l'attività normativa del Consiglio “*che non trova fondamento e limite nella legge*”. E', inoltre, «*principio consolidato, quello ... per cui la legge delegata concorre all'interpretazione delle norme del decreto legislativo, alle quali va data una interpretazione “conforme” alla prima, ma tale opzione ermeneutica non può tradursi, però, in una sostituzione dell'interprete o di organi dello Stato diversi dal Governo nel completamento della regolamentazione attuativa della delega.*». E, nel caso di specie, difettano “*indici normativi espliciti sui quali fondare una regolamentazione secondaria del potere di trasferimento a domanda o d'ufficio del Consiglio*”. Al contrario, le modalità di designazione dei magistrati onorari sono concepite in maniera indissolubile su base distrettuale, sia per quanto riguarda l'ammissione al tirocinio sia per quanto riguarda il successivo conferimento dell'incarico; all'interno del distretto o del circondario sono previste dal legislatore soltanto ipotesi di applicazione o di supplenza. Pertanto, “*difettano le fonti primarie che consentano di derogare alle regole rigide di conferimento delle funzioni e di designazione della relativa distrettualità-circondarialità, di parziarietà e temporaneità dell'incarico e di non assimilazione al rapporto di lavoro dipendente, con le relative garanzie alla conservazione delle funzioni acquisite scolpite dal legislatore delegato*”.

5.- L'impossibilità di prevedere a regime, con norma secondaria, la possibilità per i magistrati onorari di trasferirsi.

Tutto ciò premesso, il Consiglio condivide il parere dell'Ufficio studi e ritiene di non doversene discostare.

In particolare, va rilevato che il mancato esercizio della delega in materia di trasferimenti è stato dichiarato e consapevole sicché introdurre con normativa secondaria ciò che la norma primaria non ha voluto prevedere costituirebbe un'operazione non tanto *praeter legem* quanto *contra legem*, per di più in materia coperta dalla riserva di legge di cui all'art. 108 della Costituzione.

Apparirebbe inoltre illegittima l'introduzione di una normativa secondaria contrastante con il complessivo impianto della normativa primaria, la quale consente la mobilità dei magistrati onorari unicamente in via di applicazione o di supplenza e soltanto all'interno del distretto o del circondario (cfr. art. 6 della legge n. 57/2016 e art. 14 del d.lgs. n. 116/2017). Inoltre, ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 116/2017, la graduatoria che si forma per ciascun ufficio all'esito delle domande degli aspiranti, e dalla quale vengono designati “*i magistrati onorari idonei al conferimento dell'incarico in numero pari alle vacanze esistenti in ciascun ufficio*”, conserva efficacia per i due anni successivi alla delibera consiliare ex art. 6, comma 1, con la quale vengono individuati in tutta Italia i posti vacanti messi a concorso; da questa graduatoria si deve attingere in relazione ai “*posti resisi vacanti*” fino alla scadenza del biennio di cui sopra. Pertanto, almeno nel suddetto biennio, consentire il trasferimento di un magistrato onorario pregiudicherebbe direttamente le legittime aspettative di coloro che siano utilmente inseriti nella suddetta graduatoria.

Quanto appena scritto vale anche per i trasferimenti per incompatibilità: anche per essi il punto non è tanto, o soltanto, che il legislatore non ne fa cenno, ma che la loro introduzione

scardinerebbe l'impianto complessivo della normativa e, per l'effetto, si tratterebbe, sul piano sistematico, di una previsione contraria alla legge.

In ordine poi ai trasferimenti per ragioni di salute, non è possibile far riferimento alla norma di cui al comma 5 dell'art. 33 della legge n. 104/1992, la quale riguarda unicamente i lavoratori dipendenti pubblici o privati, mentre *“l'incarico di magistrato onorario... non determina in nessun caso un rapporto di pubblico impiego”* (art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 116/2017).

In via strutturale non è quindi possibile regolare con norma secondaria alcun tipo di trasferimento: né quello per rimuovere una causa di incompatibilità né quello per ragioni di servizio né quello per gravi ragioni di salute o di famiglia⁴.

6.- Limiti della scelta omissiva del legislatore e invito del Consiglio alla modifica della norma.

Come scritto nel più volte citato parere dell'Ufficio studi, *“non può sottacersi che l'assenza di qualsiasi opportunità di mobilità, anche in presenza di gravi ragioni di salute o famiglia, quando nel potenziale distretto desiderato dal magistrato onorario vi siano gravi lacune di organico e, magari, in quello di provenienza, invece, residuino idonei non assegnatari di funzione, appare condizione eccessivamente rigida e poco conforme ai principi costituzionali di ragionevolezza e tutela della salute e della famiglia”*. Ci si vuol riferire, in via esemplificativa, al caso di un magistrato onorario che debba seguire delle cure specialistiche necessariamente prestate da una struttura sanitaria avente sede in località molto distante da quella di servizio ovvero del magistrato onorario che, nel corso degli otto anni di svolgimento dell'incarico, divenga genitore insieme a persona legata da stringente rapporto lavorativo in località anch'essa molto distante da quella di servizio.

In ordine poi ad eventuali trasferimenti per causa d'incompatibilità, appare indubbio che essi potrebbero stabilmente risolvere il problema verificatosi, senza pregiudicare oltre modo la professionalità acquisita dal magistrato onorario durante il tirocinio e durante il periodo di iniziale svolgimento dell'incarico.

In casi del genere, dinanzi ad istanze comunque formulate dal magistrato onorario interessato, il Consiglio non potrebbe che respingerle e l'interessato potrebbe ricorrere al giudice amministrativo denunciando l'illegittimità costituzionale della norma posta a fondamento della delibera impugnata.

Dunque, poiché *“entro due anni dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi, il Governo può emanare disposizioni correttive e integrative nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi di cui alla presente legge”* (art. 3, comma 2, della legge n. 57/2016), questo Consiglio ritiene opportuno invitare il Governo a prevedere forme di trasferimento per i magistrati onorari, quanto meno per rimuovere una causa d'incompatibilità o per gravi ragioni di salute o di famiglia. Una scelta del genere non significherebbe necessariamente ricondurre l'incarico del magistrato onorario sotto la forma del rapporto d'impiego: gli incarichi temporanei e parziali di magistrato onorario, conferiti da un ente pubblico di rilievo nazionale quale il Ministero della Giustizia, potrebbero ben svolgersi in una delle diverse sedi territoriali in cui l'ente ha sede, nei limiti dei posti disponibili.

7.- Le ragioni di una norma secondaria di natura transitoria in materia di trasferimenti.

Ciò detto, appare invece praticabile sul piano giuridico e oltremodo opportuno introdurre una *tantum* la possibilità, per i magistrati onorari già in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legislativo 13 luglio 2017 n. 116, di trasferirsi allo scopo di rimuovere una causa di incompatibilità ed anche per comprovate ragioni di famiglia o per gravi ragioni di salute, personali o dei propri prossimi congiunti.

⁴ E' invece possibile, come si scriverà nel prosieguo, una normativa secondaria finalizzata all'accertamento in concreto dell'incompatibilità.

Una soluzione del genere non incontra gli ostacoli giuridici che invece incontrerebbe la previsione di forme di trasferimento nella normativa a regime. Ciò per le seguenti ragioni:

1) l'art. 2, comma 8, della legge n. 57/2016, deliberatamente non attuato dal d.lgs. n. 116/2017, non faceva alcun riferimento ad una normativa di carattere transitorio. Dunque, sul punto, il mancato esercizio della delega non appare dirimente a fini ostativi;

2) ai fini della ricostruzione dell'intenzione del Legislatore, si è già scritto che il mancato esercizio della delega in materia di trasferimenti è stato motivato con la coerenza rispetto ad un modello che afferma e sottolinea il carattere non subordinato dell'incarico conferito ai magistrati onorari, estraneo a qualsivoglia forma di contratto o rapporto di lavoro; coerenza che, secondo l'opinione del legislatore, sarebbe stata incrinata dalla previsione della possibilità del trasferimento, istituto tipico del rapporto di lavoro subordinato. Se questo è vero, è altrettanto vero che la previsione, *una tantum* ed in via di eccezione, di un'ipotesi di trasferimento per incompatibilità a causa di una sopravvenienza normativa non intacca la sostanza dell'intento del legislatore e non introduce nel sistema, in via stabile, alcun istituto asseritamente distonico rispetto al modello di magistrato onorario delineato dalla legge;

3) sul piano della ragionevolezza, si è scritto che il d.lgs. n. 116/2017 ha introdotto nuove e più stringenti forme di incompatibilità, prima non sussistenti. E si è scritto altresì che, almeno per i gdp, erano possibili i trasferimenti, sia per rimuovere una causa d'incompatibilità sia in via ordinaria. Inoltre, la legge delega contemplava l'istituto del trasferimento. Da tale complesso di circostanze è logico dedurre che, per i magistrati onorari in servizio, una normativa come quella in essere, che vieta qualsiasi tipo di trasferimento, è giunta inattesa. E', quindi, ben possibile che un giudice di pace, pur consapevole che la nuova normativa avrebbe introdotto più stringenti forme di incompatibilità, non abbia chiesto il trasferimento confidando di farlo dopo l'entrata in vigore della legge, che però gli ha precluso tale strada. Per questa ragione appare equo e ragionevole consentirgli ora, seppure in via transitoria ed eccezionale, l'esercizio di tale facoltà;

4) alla luce dello statuto unico della magistratura onoraria venutosi a determinare, sarebbe iniquo prevedere tale possibilità di trasferimento soltanto per i gdp, escludendola invece per i got e per i vpo. Ad entrambi sono poi comuni le esigenze di tutela della professionalità acquisita, di non dispersione di utili risorse professionali per gli uffici e di salvaguardia del legittimo affidamento in qualche modo conseguito, sulla base del contenuto della legge delega, in ordine alla possibilità di trasferirsi ad altro ufficio una volta introdotte più stringenti forme di incompatibilità (affidamento non riscontrabile per i magistrati onorari che riceveranno il loro incarico professionale dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 116/2017, i quali non potranno che essere ben consapevoli dell'integrale contenuto delle sue disposizioni, ivi comprese quelle in materia di incompatibilità);

5) per i magistrati onorari in servizio non sussiste quell'argomento di carattere sistematico sopra esposto e relativo alla permanente vigenza della graduatoria ex art. 7, comma 9, per i nuovi reclutamenti, con conseguente sussistenza di un controinteressato nel caso di trasferimenti ad un posto già messo a concorso.

Per concludere sul punto, un intervento normativo in materia di trasferimenti relativo esclusivamente alla normativa transitoria ed esclusivamente per i magistrati onorari già in servizio non può considerarsi *contra legem*, non scardina l'impianto complessivo del d.lgs. n. 116/2017 e appare misura opportuna per stabilizzare il quadro delle risorse disponibili in previsione dell'avvio della riforma.

8.- L'opportunità di una normativa volta all'accertamento in concreto dell'incompatibilità.

E' egualmente possibile, ed anche qui del tutto opportuna, una normativa secondaria volta, in via strutturale ed anche per i magistrati onorari reclutati dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 116/2017, ad integrare la normativa primaria in ordine all'accertamento in concreto delle cause di incompatibilità.

Non è preclusivo a tale intervento di normazione secondaria il mancato riferimento ad esso contenuto nella norma primaria.

Si tenga in proposito presente, relativamente ai magistrati ordinari, che il testo degli artt. 18 e 19 del regio decreto n. 12/1941, anteriore alle modifiche apportate dall'art. 29 del d.lgs. n. 109/2006, non conteneva alcun riferimento ai criteri in base ai quali sussisteva in concreto l'incompatibilità di sede; più in dettaglio, l'art. 18 si limitava ad affermare che *“i magistrati giudicanti e requirenti delle corti di appello e dei tribunali ordinari, non possono appartenere ad uffici giudiziari nella sedi nelle quali i loro parenti fino al secondo grado, o gli affini, in primo grado, sono iscritti negli albi professionali di avvocato o di procuratore, né, comunque, ad uffici giudiziaria avanti i quali i loro parenti ed affini nei gradi indicati esercitano abitualmente la professione di avvocato o di procuratore”*.

Ebbene, nonostante tale normativa primaria, in apparenza priva di qualsiasi scappatoia o deroga, era presente normativa secondaria consiliare, mai dichiarata illegittima, che specificava la nozione di incompatibilità e, soprattutto, ne escludeva la ricorrenza in concreto in presenza di determinati elementi. Ci si vuol riferire, da ultimo, alla circolare n. P-23531 del 10 dicembre 2003, approvata nella seduta del 4 dicembre 2003 ed intitolata *“criteri di applicazione degli artt. 18 e 19 O.G. nonché di situazioni analoghe rilevanti ex art. 2 L.G.”*.

Nella relazione di accompagnamento alla predetta circolare era stato sottolineato, anche sulla base di citata giurisprudenza amministrativa, che l'incompatibilità, e la conseguente necessità del trasferimento d'ufficio ove essa non fosse stata rimossa, sussisteva soltanto quando risultava *“in concreto una lesione dei valori tutelati desumibili da una serie di elementi, quali le dimensioni dell'ufficio, della sede, la posizione del magistrato nell'ufficio, il ramo di attività espletata dal professionista, la natura di essa, il volume di attività etc.”*; *“... una reale tutela dei valori posti a fondamento della norma non possa prescindere da una valutazione concreta delle singole situazioni che tenga conto dei numerosi fattori che possono avere rilevanza. Si è considerato che una rigida e generalizzata applicazione delle norma avrebbe potuto incidere pesantemente su situazioni personali anche quando di fatto non sussisteva concretezza di una situazione di pericolo”*.

Tali ragionamenti e conclusioni possono essere riproposti anche per la magistratura onoraria ed anche per la norma di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 116/2017.

Comune è infatti, sul piano teleologico, l'esigenza di evitare un'applicazione formalistica della norma, ritenendo sussistente una vera e propria causa di incompatibilità soltanto se vi sia una **concreta lesione dell'immagine di indipendenza ed imparzialità del magistrato onorario e/o un intralcio al regolare andamento del servizio**. Tale concreta lesione non sussiste quando l'attività professionale svolta dalle persone legate al magistrato onorario da stretti rapporti personali o professionali sia **occasionale**; l'occasionalità va accertata sulla base di criteri specifici quali le dimensioni dell'ufficio, la quantità del contenzioso svolto, la sua qualità ed il suo impatto sociale. Solo in presenza di tale verifica in concreto, nei termini anzidetti, si realizza una vera e propria situazione di incompatibilità, che a regime non potrà che determinare la decadenza dall'incarico (cfr. art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 116/2017); solo in presenza di tale verifica in concreto viene integrata la *ratio* posta a fondamento della normativa in materia di incompatibilità, che consiste *“nella necessità di prevenire possibili conflitti di interesse, per garantire l'imparzialità dei poteri pubblici e, nello specifico della funzione giurisdizionale, nell'esigenza di tutelare la sostanza e l'immagine dell'indipendenza dei giudici, a qualunque categoria essi appartengano”* (Corte Costituzionale, sentenza n. 60/2006).

Un discorso del genere non può però valere per tutte le cause di incompatibilità. Infatti le cause di incompatibilità di cui alle lettere a), b), c) e d) del comma 1 dell'art. 5 determinano una presunzione assoluta di significativo deficit di indipendenza, di natura non meramente territoriale e non sanabile da una verifica in concreto dell'entità della lesione. Per esemplificare, il contemporaneo svolgimento dell'incarico di magistrato onorario e di una carica elettiva di natura politica determina un'impropria commistione, assolutamente da evitare, tra la funzione legislativa e

quella giurisdizionale, tra l'attività politica e quella giurisdizionale, senza che il divieto possa essere temperato da disposizioni secondarie di sorta⁵.

In ordine poi al divieto di svolgimento di abituale *“attività professionale per conto di imprese di assicurazione o bancarie, ovvero per istituti o società di intermediazione finanziaria”*, esso è volto ad *“evitare che persone operanti in settori delicati e rilevanti della vita economica e finanziaria della società civile possano trovarsi in una situazione di conflitto di interessi nel dover decidere controversie sorte in contesti professionali nei quali continuano ad essere inseriti”* (Corte Costituzionale, sentenza n. 60/2006). Tale ultima pronuncia, emessa sul testo della lettera c-bis) dell'art. 8 della legge n. 374/2000 [il quale aveva un contenuto non dissimile dall'odierna lettera e) del comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. n. 116/2017⁶], ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della predetta norma *“nella parte in cui stabilisce l'incompatibilità all'esercizio delle funzioni di giudice di pace – per il caso in cui «il coniuge, convivente, parenti fino al secondo grado o affini entro il primo grado» dell'interessato svolgano abitualmente attività professionale per imprese di assicurazione – con riguardo all'intero territorio nazionale, anziché limitarla al circondario del tribunale nel quale è esercitata detta attività professionale”*. In motivazione, il giudice costituzionale ha precisato che *“la ratio dell'incompatibilità, in effetti, non è quella di fugare ogni concepibile sospetto di indebite influenze nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ma quella, più modesta, di evitare le più frequenti, prevedibili, situazioni di conflitto di interesse, la cui moltiplicazione da una parte creerebbe ritardi e disfunzioni nell'amministrazione della giustizia, dovuti a ricorrenti astensioni o ricusazioni, dall'altra finirebbe per nuocere alla stessa immagine del giudice imparziale. Per raggiungere tale, più limitato, obiettivo, il legislatore ha ritenuto ragionevole circoscrivere le incompatibilità parentali dei giudici di pace, rispetto a congiunti impegnati nella professione di avvocato, con riguardo al solo circondario nel quale sia esercitata detta professione. L'introduzione dell'incompatibilità su base nazionale, per chi abbia congiunti operanti nel ramo assicurativo, determina un salto di qualità, perché implica, come effetto secondario, la non rimovibilità della preclusione, con un trattamento giuridico fortemente deteriore rispetto a quello di chi abbia congiunti avvocati, in contrasto con l'art. 3, primo comma, Cost..”*.

Da quanto appena scritto parrebbe possibile e ragionevole delimitare al solo circondario la portata dell'incompatibilità, sia per l'attività svolta dal magistrato onorario sia per quella svolta dai suoi prossimi congiunti. E tuttavia una tale disposizione sarebbe con ogni probabilità *contra legem* perché non può essere privo di significato che, nel medesimo periodo, il legislatore abbia distinto la posizione del magistrato onorario da quella del suo prossimo congiunto, specificando solo per quest'ultimo che, ove svolga abituale attività professionale per conto di imprese di assicurazione o bancarie, ovvero per istituti o società di intermediazione finanziaria, la preclusione è limitata al *“circondario in cui il giudice di pace esercita le funzioni giudiziarie”*. Se questo è vero, è altrettanto vero che il requisito dell'abitualità è indicato dal legislatore sia nei riguardi del magistrato interessato sia nei riguardi dei suoi prossimi congiunti, associati di studio ecc.: per l'effetto, l'esercizio non abituale dell'attività professionale da parte dei predetti non sarà causa di incompatibilità. E' bene altresì sottolineare che, per espressa previsione legislativa, mentre l'incompatibilità derivante dallo svolgimento in proprio di tali attività professionali riguarda sia i giudici onorari di pace sia i vice procuratori onorari, quella derivante dallo svolgimento delle stesse attività da parte dei prossimi congiunti riguarda soltanto i giudici onorari di pace; la differenza si spiega e si giustifica con la circostanza che i vice procuratori onorari svolgono le loro funzioni

⁵ In proposito, nella delibera n. 24914/2012, votata nella seduta del 12.12.2012, il Consiglio ha affermato che tali ipotesi, già previste con gli stessi contenuti nell'art. 8 della legge n. 374/1991, erano *“ipotesi di incompatibilità assoluta, che sono poste a presidio dell'indipendenza del magistrato onorario ed il cui scopo è quello di evitare ogni potenziale conflitto di interessi nell'attività del giudice di pace: la presenza di una di queste cause di incompatibilità impedisce la nomina dell'aspirante ed il sopravvenire di una di esse comporta la decadenza dall'incarico onorario”*.

⁶ La norma stabiliva infatti che *“non possono esercitare le funzioni di giudice di pace... coloro che svolgono attività professionale per imprese di assicurazione o banche ovvero hanno il coniuge, convivente, parenti fino al secondo grado o affini entro il primo grado che svolgono abitualmente tale attività”*.

esclusivamente nel settore penale, nel quale l'eventuale potenziale influsso degli interessi di imprese bancarie o assicurative è generalmente meno intenso che nel settore civile.

Ciò posto, una normativa secondaria volta all'accertamento in concreto delle incompatibilità riguarda le ipotesi, prevalentemente di natura territoriale, di cui ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 5 nonché di cui alla suddetta lettera e) del comma 1 del medesimo articolo: per esse – e solo per esse – sorge la necessità di individuare i presupposti concreti che determinano la sussistenza di un'effettiva situazione di incompatibilità.

9.- I contenuti essenziali della circolare in tema di accertamento in concreto dell'incompatibilità.

Si indicano ora di seguito le modalità con cui realizzare gli obiettivi sopra indicati, relativi sia all'accertamento in concreto dell'incompatibilità sia alla previsione, in via eccezionale ed *una tantum*, della possibilità di trasferirsi per i magistrati onorari che abbiano gravi problemi di salute o di famiglia ovvero versino in una causa di incompatibilità di natura territoriale.

La norma secondaria deve anzitutto precisare il suo ambito di applicazione: i vice procuratori onorari ed i giudici onorari di pace, nominati prima o dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 116/2017, siano stati essi *gdp* o *got*. La norma trova applicazione anche nei casi di assenza del magistrato onorario per malattia o gravidanza, trattandosi di un'assenza temporanea di durata non superiore ai sei mesi.

In ordine ai requisiti soggettivi relativi al rapporto di convivenza, va precisato che essa è rilevante laddove si sostanzia in un rapporto di stabile coabitazione; la comune residenza anagrafica è presuntivamente sintomatica di una stabile coabitazione; tuttavia, per evitare applicazioni elusive della norma, alla convivenza va equiparata la stabile relazione affettiva, ossia il consolidato rapporto di carattere sentimentale che pregiudichi, da parte del magistrato onorario coinvolto, lo svolgimento delle proprie funzioni con indipendenza ed imparzialità. Così come previsto per i magistrati ordinari dall'art. 5 della circolare n. 12940/2007, l'incompatibilità viene meno in caso di separazione legale o divorzio dei coniugi, trattandosi di eventi che, nella normalità delle cose, nel primo caso fanno venir meno la coabitazione ed i doveri di solidarietà coniugale e nel secondo determinano lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili. Parimenti irrilevanti sono le situazioni di parentela oltre il secondo grado e di affinità oltre il primo grado, le quali potranno essere fronteggiate con gli ordinari istituti dell'astensione e della ricusazione.

Quanto allo svolgimento dell'attività forense, appare opportuno che il divieto posto dal legislatore sia assoluto nei riguardi del magistrato onorario ed invece, nei riguardi dei prossimi congiunti dello stesso o di soggetti a lui legati da rapporti di collaborazione professionale, sussista soltanto quando l'attività professionale svolta da questi ultimi **non sia occasionale**.

Nei riguardi del magistrato onorario destinatario dell'incarico, il divieto deve essere assoluto e senza correttivi di carattere quantitativo perché il magistrato, dopo aver ricevuto l'incarico, è nella piena consapevolezza di doversi astenere dallo svolgimento di attività professionale in quello stesso circondario in cui lavora; attività professionale che determinerebbe una sicura lesione della sua imparzialità, quanto meno nella percezione sociale. Del resto, anche prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 116/2017, vigeva tale divieto, legato al circondario in ordine ai *got* ed ai *vpo* ed al singolo ufficio del giudice di pace per i *gdp*⁷.

Egual divieto non deve invece valere durante lo svolgimento del tirocinio, cui segue solo in via eventuale il conferimento dell'incarico e durante il quale l'aspirante magistrato onorario non emette decisioni (in questi termini si veda, quanto alla normativa precedente, la delibera consiliare prot. n. P-21662/2016, assunta nella seduta plenaria del 9 novembre 2016 ed avente ad oggetto risposta a quesito). E tuttavia, a tutela della credibilità dell'istituzione giudiziaria, durante lo svolgimento del tirocinio l'aspirante magistrato onorario non può patrocinare cause dinanzi ai

⁷ Si veda in proposito, quanto ai giudici di pace, la già citata delibera prot. n. P-24914/2012 adottata nella seduta plenaria del 12 dicembre 2012.

magistrati collaboratori ed affidatari di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 7 del d.lgs. n. 116/2017 e deve rinunciare senza dilazione ai relativi mandati professionali.

D'altro canto, però, sarebbe iniquo ed irragionevole che il magistrato onorario debba essere dichiarato decaduto quando i suoi prossimi congiunti, associati di studio ecc. svolgano, in quello stesso circondario in cui il magistrato onorario opera, un'attività professionale meramente occasionale, ossia un'attività che, non è in concreto idonea né a determinare un conflitto d'interessi o una significativa interferenza né ad appannare l'indipendenza ed imparzialità dell'interessato. Ciò è tanto più vero se consideriamo che il magistrato onorario potrebbe qui "subire" le conseguenze delle scelte professionali di terzi soggetti, a lui presuntivamente legati ma da lui non per questo dipendenti, e che, per espressa scelta del legislatore, il contrasto non si potrebbe risolvere con un trasferimento del magistrato onorario. Inoltre, rispetto al precedente contesto normativo, va considerato che il magistrato onorario può continuare a svolgere, in pendenza dell'incarico ricevuto, la professione forense in quel circondario, mantenendo lo studio e l'iscrizione all'Ordine, ed avendo soltanto cura di limitare l'esercizio della professione al Tribunale per i minorenni ed alle giurisdizioni speciali.

Conseguenza di tali circostanze e ragionamenti è che, quanto ai soggetti diversi dal magistrato onorario in persona, l'esercizio occasionale di attività professionale non determina l'incompatibilità del magistrato.

Le seguenti previsioni operative sono la concretizzazione di quanto appena scritto:

a) sia per i vice procuratori onorari sia per i giudici onorari di pace non è mai consentito l'esercizio di attività professionale all'interno del circondario in cui svolgono l'incarico loro affidato;

b) per i prossimi congiunti, associati di studio ecc. dei magistrati onorari che svolgono la loro attività professionale nello stesso circondario in cui opera il magistrato onorario cui sono legati dai vincoli di cui sopra, sussiste incompatibilità del magistrato onorario qualora tale attività professionale non sia occasionale;

c) durante lo svolgimento del tirocinio del magistrato onorario non vi sono preclusioni all'esercizio di attività forense sia da parte del magistrato onorario interessato sia, *a fortiori*, da parte dei suoi prossimi congiunti, associati di studio ecc., con l'unica eccezione, per il singolo magistrato onorario, del divieto di patrocinare cause assegnate ai magistrati collaboratori o affidatari con i quali svolge il tirocinio;

d) per abituale attività professionale, ai sensi della lettera e) del comma 1 dell'art. 5, va intesa l'esistenza, durante lo svolgimento dell'incarico, di un rapporto di dipendenza professionale, di una stabile collaborazione professionale, anche in forma autonoma, ovvero il patrocinio, come avvocato.

Ai sensi di cui al punto b) che precede, l'attività forense deve considerarsi come occasionale quando il prossimo congiunto del magistrato onorario, o la persona a lui legata da rapporti di collaborazione professionale, nei termini sopra specificati, non abbia, avanti all'ufficio di appartenenza del magistrato, il proprio centro di interessi, nonché quando ivi non svolga, con una certa continuità, una porzione anche minore della propria professione. A tal fine andranno valutati la quantità del contenzioso patrocinato, la sua qualità, il suo rilievo sociale, le dimensioni dell'ufficio.

Sarà in proposito opportuno, al di quanto si scriverà tra breve in ordine alla normativa transitoria, che i magistrati onorari si impegnino a comunicare al dirigente dell'ufficio ogni sopravvenienza rilevante ai fini della normativa, primaria o secondaria, in tema di incompatibilità e che i dirigenti degli uffici svolgano anche *motu proprio* gli opportuni accertamenti, e provvedano alle conseguenti segnalazioni, in tutti i casi in cui lo ritengano opportuno.

Venendo ora alla norma di cui al comma 4 dell'art. 5, da essa consegue che due magistrati onorari legati tra di loro dal vincolo di cui alla suddetta norma non possono esercitare le funzioni all'interno del medesimo ufficio, quali che ne siano le dimensioni (in questo caso, contrariamente a quanto stabilito dal comma 2 del medesimo articolo, il legislatore fa riferimento all'*ufficio* e non già

al *circondario*). Per ufficio si deve intendere quello al quale il magistrato onorario è in concreto assegnato. Per i vice procuratori onorari esso coincide con l'ufficio di collaborazione del procuratore della Repubblica di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 116/2017. Per i giudici onorari di pace, invece, l'ufficio di appartenenza dipende dalla loro concreta assegnazione, effettuata sulla base della pianta organica di cui al comma 7 dell'art. 3 del d.lgs. n. 116/2017: ove siano assegnati all'ufficio per il processo esso coincide con il Tribunale mentre ove siano assegnati all'ufficio del giudice di pace non può che coincidere con tale ufficio.

Per evitare però che la compresenza in un medesimo circondario, tanto più se in esso vi è un Tribunale organizzato in una sezione unica promiscua, di due magistrati onorari legati da rapporti di coniugio, di convivenza o di stretta parentela possa provocare un appannamento della credibilità dell'istituzione giudiziaria sarà necessario che il dirigente dell'ufficio, tramite regolamentazioni interne (ossia il progetto tabellare negli uffici giudicanti ed il progetto organizzativo in quelli requirenti), eviti che in casi del genere si verifichino situazioni di interferenza professionale.

Ciò detto, la normativa non chiarisce che cosa accade quando si verifichi la situazione di incompatibilità parentale di cui al comma 4, e in particolare non chiarisce quale dei magistrati onorari coinvolti debba essere dichiarato decaduto per incompatibilità. Nella normativa transitoria diverrà possibile chiedere il trasferimento per rimuovere la causa d'incompatibilità venutasi a determinare. Ciò non sarà invece possibile a regime, per espressa scelta del legislatore. Il problema dovrebbe essere nella gran parte dei casi risolto a monte: nella proposizione delle domande per l'accesso al tirocinio il candidato dovrà dichiarare l'assenza di situazioni di incompatibilità, che così non si verranno proprio a determinare. Ove la situazione di incompatibilità dovesse comunque venirsi a determinare, vuoi per la simultanea ammissione al tirocinio di due magistrati vuoi per il sopravvenire di un rapporto di parentela, coniugio o convivenza, la soluzione più ragionevole sarà quella di dichiarare l'incompatibilità del magistrato onorario con minore anzianità di servizio, e quindi presuntivamente con minore esperienza professionale, ovvero, in caso di pari anzianità di servizio, con minore età anagrafica (si veda in proposito la disciplina dettata, per i magistrati ordinari, dall'art. 54 della citata circolare n. P-12940/2007). Unica eccezione a ciò è il caso in cui il solo magistrato con maggiore anzianità di servizio sia destinato nell'ottennio di svolgimento dell'incarico a cessare dalle sue funzioni per compimento del sessantacinquesimo anno di età: in quest'ipotesi corrisponde ad un criterio di buona amministrazione dirigere il procedimento di incompatibilità verso il magistrato più anziano.

Si deve infine rilevare che la norma primaria non ha previsto, come causa di incompatibilità, la compresenza nel medesimo ufficio di magistrati ordinari ed onorari. Alla luce dell'analitica elencazione contenuta nell'art. 5, norma restrittiva rispetto al previgente regime giuridico delle incompatibilità, si deve ritenere che l'omissione non possa essere colmata dalla normativa secondaria. Ciò è tanto più vero se si tiene presente che, per i magistrati ordinari, *“nessun rilievo, ai fini dell'incompatibilità di sede, ha il rapporto di parentela, affinità, coniugio o convivenza, con un magistrato onorario”* (art. 29 della circolare prot. n. P-12940/2007): parrebbe dunque contraddittorio, e di fatto ingiustamente punitivo, introdurre una causa d'incompatibilità di tale contenuto unicamente a svantaggio dei magistrati onorari.

Ciò non vuol dire che la compresenza in una medesima sede giudiziaria, tanto più se organizzata in una sezione unica promiscua, di un magistrato onorario e di un magistrato ordinario legati da rapporti di coniugio, di convivenza o di stretta parentela non possa provocare un appannamento della credibilità dell'istituzione giudiziaria. Tuttavia, anche a tal fine, così come per la compresenza nello stesso circondario di magistrati onorari tra di loro prossimi congiunti, possono ben supplire regolamentazioni interne dell'ufficio, ossia il progetto tabellare per gli uffici giudicanti ed il progetto organizzativo per quelli requirenti, nei quali prevedere la non interferenza professionale tra magistrati onorari ed ordinari tra loro legati da rapporti di coniugio, convivenza o stretta parentela. Inoltre, in casi estremi, nei riguardi dei magistrati ordinari, può comunque trovare

applicazione la norma di cui all'art. 2 del regio decreto n. 511/1946, invece non applicabile nei confronti dei magistrati onorari⁸.

Sul piano **procedurale**, ogni magistrato onorario, all'atto della domanda di ammissione al tirocinio, deve dichiarare di non versare nella situazione d'incompatibilità di cui alla lettera c) del comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. n. 116/2017 e deve impegnarsi a rimuovere, entro il termine di trenta giorni dal conferimento dell'incarico, ogni situazione di incompatibilità. Entro tale ultima data il magistrato onorario deve rendere, al capo dell'ufficio in cui svolge l'incarico, una dichiarazione circa la sussistenza o meno di cause di incompatibilità. Eguale dichiarazione va resa dal magistrato onorario in sede di conferma.

I magistrati onorari che hanno ricevuto l'incarico devono poi comunicare al dirigente dell'ufficio ogni sopravvenienza rilevante ai fini della normativa, primaria o secondaria, in tema di incompatibilità.

Dinanzi ad una situazione di ragionevole dubbio sulla sussistenza o meno di una causa di incompatibilità, essa andrà comunque indicata.

I dirigenti degli uffici devono comunque svolgere sul punto tutti gli opportuni accertamenti, anche d'ufficio, in tutti i casi in cui lo ritengano necessario; primario accertamento sarà quello sui registri informatici dell'ufficio in ordine allo svolgimento di attività forense da parte del magistrato onorario.

In presenza di una dichiarazione positiva d'incompatibilità, il dirigente dell'ufficio deve trasmetterla al senza ritardo al Presidente della Corte d'appello ed al Procuratore Generale presso la Corte d'appello, rispettivamente per i giudici onorari di pace e per i vice procuratori onorari. Il Presidente della Corte d'appello o il Procuratore Generale, svolti gli accertamenti istruttori eventualmente necessari, ove ritengano manifestamente insussistente la causa d'incompatibilità provvedono all'immediata archiviazione della segnalazione.

Se invece il Presidente della Corte o il Procuratore Generale ritengano sussistente la causa di incompatibilità, promuoveranno senza ritardo il procedimento di decadenza di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 116/2017.

Venendo appunto al procedimento di decadenza, esso non si discosta in maniera significativa da quello previsto per i giudici di pace dalla circolare prot. n. P-15880/2002. Ai sensi dell'art. 10, lettera d), del d.lgs. n. 25/2006, così come modificato dal d.lgs. n. 92/2016, la competenza a provvedere spetta alla Sezione autonoma per i magistrati onorari del Consiglio giudiziario. Si è voluto poi precisare che non tutti i termini previsti sono perentori, alla luce delle prevalenti ragioni pubblicistiche che impongono di non far permanere in ufficio un magistrato che abbia ragioni di non risolvibile incompatibilità e della circostanza che il relativo procedimento non necessariamente ha connotazione sanzionatoria. Inoltre si è specificato che nel caso in cui la causa d'incompatibilità prima esistente sia stata rimossa in maniera stabile (ad esempio per la cancellazione dall'Albo degli avvocati del prossimo congiunto del magistrato onorario) non si potrà procedere alla decadenza, ma il Presidente della Corte d'appello o il Procuratore Generale potranno chiedere la revoca del magistrato onorario, ai sensi del comma 5 dell'art. 21 del d.lgs. n. 116/2017; ove la stabile rimozione della causa d'incompatibilità intervenga dopo che il procedimento di decadenza sia stato già promosso, il Consiglio superiore dichiara il non luogo a provvedere sulla proposta di decadenza e trasmette gli atti al Presidente della Corte d'appello o al Procuratore Generale, affinché possano intraprendere il procedimento di revoca. Si è scritto in precedenza che la causa d'incompatibilità deve essere rimossa in via stabile: a tal fine sono infatti irrilevanti mere dichiarazioni d'impegno, vuoi del magistrato onorario vuoi delle persone a lui legate dai rapporti personali o professionali indicati dalla norma in oggetto.

10.- La normativa transitoria in materia di trasferimenti.

⁸ Sulla non applicabilità ai magistrati onorari della norma di cui all'art. 2 del regio decreto n. 511/1946, si veda in proposito il parere dell'Ufficio studi n.60/2004.

Venendo ora alla normativa transitoria ed eccezionale relativa ai trasferimenti, essa potrà operare secondo tre presupposti: sussistenza di una causa d'incompatibilità nei termini indicati in premessa; gravi e comprovati problemi di salute del magistrato onorario, del coniuge, del convivente, della parte dell'unione civile, dei discendenti di primo grado ovvero degli ascendenti di primo grado del predetto; gravi e comprovate ragioni di famiglia.

A tal fine, entro e non oltre la data del **15 gennaio 2018**, ciascun magistrato onorario dovrà dichiarare di versare o meno in una condizione di incompatibilità ai sensi dell'art. 5 del decreto legislativo n. 116/2017 e della circolare consiliare qui in oggetto, specificandone la natura; entro la stessa data ciascun magistrato onorario potrà chiedere un trasferimento per le ragioni di salute o di famiglia sopra indicate.

Dinanzi ad una situazione di ragionevole dubbio sulla sussistenza o meno di una causa di incompatibilità, essa andrà comunque indicata, riservando al Consiglio superiore la decisione sulla sussistenza o meno dell'incompatibilità.

Se chiede il trasferimento, il magistrato potrà indicare, in ordine di preferenza, fino a tre uffici nei quali potersi trasferire e rispetto ai quali dichiarare l'insussistenza di cause di incompatibilità; seguendo lo schema indicato dall'art. 30 del d.lgs. n. 116/2017, ciascun magistrato onorario potrà indicare unicamente sedi disponibili nella medesima funzione svolta. A tal fine, entro il 15 dicembre 2017, sul sito internet del Consiglio superiore della magistratura saranno indicate le sedi vacanti e non pubblicate alla stessa data, per tutte e tre le funzioni onorarie.

Ricevuta la dichiarazione positiva d'incompatibilità, il dirigente dell'ufficio, compiuti gli accertamenti istruttori eventualmente necessari, trasmette entro trenta giorni gli atti al Consiglio superiore della magistratura, unitamente ad un proprio parere in ordine alla sussistenza o meno della causa d'incompatibilità.

Il Consiglio superiore della magistratura, ricevuti gli atti, ove ritenga sussistente la causa d'incompatibilità, provvede per ciascuna sede richiesta ai trasferimenti dei magistrati interessati; ove invece il Consiglio ritenga insussistente la causa d'incompatibilità, respinge la domanda di trasferimento.

Sia la decisione di rigetto sia quella di accoglimento sono comunicate al magistrato onorario interessato, al dirigente dell'ufficio in cui svolge l'incarico e, in caso di trasferimento, a quello in cui si è trasferito.

Necessariamente diversa dovrà essere la procedura per il trasferimento determinato dalle ragioni di salute o di famiglia sopra precisate.

Nella domanda, diretta al dirigente dell'ufficio, il magistrato onorario potrà indicare, in ordine di preferenza, fino a tre sedi in cui potersi trasferire, in cui vi siano posti vacanti e disponibili e rispetto alle quali dichiarare l'insussistenza di cause di incompatibilità. Anche in questo caso ciascun magistrato onorario dovrà indicare sedi vacanti nella medesima funzione svolta. Alla domanda devono essere allegati i documenti giustificativi.

La domanda ed i relativi documenti devono essere trasmessi senza ritardo dal dirigente dell'ufficio al Consiglio superiore della magistratura.

In caso di pluralità di domande per la medesima sede, alla luce dei loro differenti presupposti e della prevalente tutela costituzionale della salute (art. 32) e della famiglia (artt. 30 e 31), i trasferimenti per ragioni di salute hanno la precedenza sui trasferimenti per ragioni di famiglia e questi ultimi hanno la precedenza sui trasferimenti finalizzati a rimuovere una causa d'incompatibilità. All'interno della stessa tipologia di trasferimenti, prevale il magistrato onorario con maggiore anzianità di servizio (indicata dalla data del decreto ministeriale di nomina); a parità di anzianità di servizio prevale la minore età anagrafica (cfr. art. 3, comma 7, della legge n. 127/1997).

Dunque è opportuno che il Consiglio superiore provveda dapprima ai trasferimenti per ragioni di salute o di famiglia, senza attendere la definizione delle procedure dei trasferimenti per causa d'incompatibilità.

Se il magistrato onorario non consegue il trasferimento in alcuna delle sedi da lui richieste, il Consiglio superiore, sentito l'interessato, individua d'ufficio una sede vacante e disponibile, preferibilmente all'interno del medesimo distretto.

Le decisioni del Consiglio superiore sono sempre comunicate al magistrato onorario, al dirigente dell'ufficio di provenienza e, in caso di trasferimento, al dirigente dell'ufficio di destinazione.

Nelle more della definizione del procedimento di trasferimento, anche per causa d'incompatibilità, il magistrato onorario interessato continuerà regolarmente a prestare servizio nella sede di provenienza, fatte salve le cautele che il dirigente dell'ufficio vorrà adottare in ordine alla collocazione all'interno dell'ufficio ed alle attribuzioni concretamente ricoperte."