

Ufficiale (di complemento) e gentiluomo, ma anche subordinato? *Iudex honorarius, de te fabula narratur*

di V. A. Poso - 23 gennaio 2021

Due sentenze e una ordinanza di merito recenti fanno breccia sul fronte non solo del trattamento economico e normativo, ma anche dello *status* dei magistrati onorari, parte essenziale dell'ordinamento giudiziario, che da molti anni svolgono, in maniera continuativa e strutturale, talvolta anche con ruoli autonomi assegnati nell'ambito del tribunale e della procura, *funzioni giudiziarie di complemento* dei magistrati togati ordinari.

Il Tribunale di Vicenza, con la sentenza n. 343 del 29 dicembre 2020, ha riconosciuto a un Giudice Onorario di Tribunale (GOT) di lunga carriera "onoraria" il diritto di percepire un trattamento economico corrispondente a quello previsto dall'art. 2, l. n. 111/ 2007, e succ.mod., per il ruolo di "*magistrato ordinario con funzioni giurisdizionali per la classe stipendiale applicata nel periodo che va dalla fine del tirocinio alla prima qualificazione di professionalità*" e ha condannato il Ministero della Giustizia al pagamento delle somme dovute, detratto quanto già corrisposto nel periodo considerato per le funzioni esercitate, oltre interessi di legge sulle differenze maturate. Ha poi riconosciuto il risarcimento dei danni in misura pari a sette mensilità, determinate sulla base degli stessi parametri, oltre interessi di legge, per l'illegittima reiterazione dei *rapporti di lavoro* a tempo determinato.

Il Tribunale di Napoli, con la sentenza n. 6015 dell'11 gennaio 2021, ha dichiarato il diritto di alcuni Giudici di Pace (GdP), con plurimi incarichi prorogati e corrispettivo per il lavoro svolto determinato attraverso la previsione di voci indennitarie determinate in ragione dell'effettivo impegno nelle udienze e dei provvedimenti adottati (assimilate al reddito da lavoro dipendente quanto al profilo di tassazione) ad un trattamento economico e normativo equivalente a quello assicurato ai lavoratori comparabili che svolgono funzioni analoghe alle dipendenze del Ministero della Giustizia e ha condannato quest'ultimo al pagamento delle differenze retributive, nei limiti della prescrizione quinquennale. Ha inoltre dichiarato l'abusiva reiterazione del termine apposto ai singoli incarichi, condannando il Ministero della Giustizia al risarcimento dei danni nella misura pari a cinque mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Dalla documentazione versata in atti risulterebbe provata l'intensa attività giurisdizionale svolta dai magistrati onorari.

In particolare, nel caso del GOT vicentino vengono presi in considerazione i ruoli di udienza; le sentenze e i provvedimenti monitori e cautelari; i provvedimenti presidenziali di assegnazione di ruoli autonomi in via stabile ed ordinaria, a prescindere dalla mancanza o dall'impedimento del magistrato togato; l'integrazione dei collegi, civili e penali, in supplenza, non occasionale, dei magistrati ordinari; le statistiche.

C'è poi l'applicazione delle norme su incompatibilità, astensione e responsabilità civile come per i togati; la sorveglianza dei Presidenti di Tribunale sulle funzioni svolte; l'indipendenza, l'autonomia e la terzietà e l'osservanza degli stessi doveri come per i magistrati ordinari definiti dal d.lgs. n. 109/2006; la deontologia e la formazione professionale; la verifica da parte del CSM dell'idoneità delle funzioni esercitate con cadenza triennale.

Le previsioni originarie dell'Ordinamento Giudiziario sono state via via superate dagli interventi legislativi successivi e dalla normativa di rango secondario, non per questo meno importante, anzi più incisiva, del CSM che hanno profondamente mutato il ruolo del magistrato onorario addetto al tribunale.

L'indagine di merito circa la sussistenza del vincolo di subordinazione condotta dal Tribunale di Napoli si appunta sulle effettive modalità di organizzazione, seppure flessibile, del lavoro dei GdP, quali: il rispetto delle tabelle di composizione dell'ufficio di appartenenza, che disciplinano, in maniera dettagliata e vincolante, l'organizzazione del lavoro, compresa l'assegnazione dei fascicoli, date e orari delle udienze; l'osservanza degli ordini di servizio del Capo dell'Ufficio e dei provvedimenti organizzativi del CSM; la sottoposizione ad obblighi analoghi a quelli dei magistrati professionali. La controversia è stata, quindi, decisa, sulla base di questi fatti non contestati: nomina a seguito di selezione per titoli; incarichi a tempo determinato rinnovati previa valutazione positiva dell'attività svolta senza soluzione di continuità; partecipazione a due/tre udienze settimanali; numero dei procedimenti trattati e definiti.

Le due sentenze sono, sostanzialmente, sovrapponibili, tranne che per qualche aspetto, che in questa sede possiamo solo evidenziare, in senso problematico.

Restando esclusa, in base alla formulazione delle domande, la costituzione del rapporto di impiego di diritto pubblico, viene superata l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore di quello amministrativo; sta di fatto, però, che, a differenza della causa decisa dal Tribunale di Vicenza, avente ad oggetto solo il trattamento economico discriminatorio e quindi la domanda di adeguamento del compenso percepito, nella causa decisa dal Tribunale di Napoli, dove la domanda era diretta anche ad accertare la natura subordinata (di che tipo?) del rapporto di lavoro di fatto con il Ministero della Giustizia, quale presupposto dei diritti economici conseguenti, il Giudice non scioglie, in maniera convincente, il problema della giurisdizione, ritenendosi competente a giudicare in base alla nozione di *lavoratore eurounitario* (su cui torneremo più avanti), che è troppo poco, a mio avviso, per affermare la sua giurisdizione ordinaria rispetto a quella amministrativa.

Perplessità sull'affermazione della giurisdizione ordinaria possono esprimersi anche con riferimento alla sentenza del Tribunale di Vicenza, essendo il *rapporto di lavoro di fatto* con il Ministero della Giustizia il presupposto (in questa controversia implicito) della domanda di condanna al pagamento delle differenze retributive, ma la mancata proposizione di una domanda di impiego di diritto pubblico, come detto, può essere dirimente a favore della giurisdizione ordinaria.

Di sicuro appartiene alla giurisdizione ordinaria e alla competenza del giudice del lavoro la domanda di accertamento del *rapporto di pubblico impiego privatizzato* alle dipendenze del Ministero della Giustizia, che sottende l'equiparazione alla categoria degli altri rapporti di

impiego privatizzati. Ma non è questa la prospettiva dei magistrati onorari ricorrenti, che, anzi, rivendicano la sostanziale omogeneità con i magistrati togati, per funzioni giurisdizionali esercitate e comune appartenenza all'ordinamento giudiziario, per ottenere i diritti economici e normativi conseguenti.

Non convincono, in proposito, nemmeno le più elaborate argomentazioni del Tribunale di Napoli, in considerazione del fatto che, anche in relazione al *petitum* sostanziale (unico criterio preso in considerazione dal Tribunale di Vicenza, in base alla domanda che gli è stata presentata), che fuoriesce dalle problematiche attinenti alla giurisdizione relative ai funzionari di fatto, la giurisprudenza è orientata nel senso di ritenere che spetta al giudice amministrativo la giurisdizione sulla controversia avente ad oggetto la rivendicazione, da parte del funzionario onorario, di un compenso di entità superiore a quello attribuitogli dall'amministrazione con atto discrezionale, mentre rientra nella cognizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la domanda con la quale il funzionario onorario chiede che gli venga liquidato un emolumento normativamente predeterminato, avendo in tale caso la posizione soggettiva dedotta in giudizio consistenza di diritto soggettivo predeterminato nell'*an* e nel *quantum* (così, per tutte, Cass., sez. un., 31 gennaio 2017, n. 2479, con argomentazioni riprese da Cons. Stato, sezione quinta, 21 febbraio 2020, n. 1326 (sentenza che ha rigettato il ricorso proposto da un GdP, sulla quale ritorneremo dopo).

È necessario, anche, evidenziare che il presupposto, esplicitamente o implicitamente, dichiarato dai ricorrenti è lo svolgimento di una attività di fatto equiparata a quella dei magistrati togati, dissimulando, sostanzialmente, il loro rapporto di servizio onorario e volontario quello del rapporto di lavoro subordinato di fatto con il Ministero della Giustizia.

Si richiama, in proposito, Cass., sez. un., 16 novembre 2017, n. 27198, che sulla base di questa prospettiva, confermando il pronunciamento espresso dai giudici di merito, ha rigettato la domanda di una VPO romana che aveva chiesto, previo accertamento di un rapporto di lavoro subordinato di fatto con il Ministero della Giustizia (sulla base dell'apporto qualitativo e quantitativo delle funzioni giurisdizionali, al pari dei magistrati togati ai quali si riteneva assimilata, e dell'organico inserimento nella Procura della Repubblica di Roma), l'adeguamento della sua retribuzione.

Anche a voler prescindere dalla questione di giurisdizione, che rimane, comunque, determinante, non convince, neanche, la competenza, data per scontata, del giudice del lavoro al quale è attribuita la cognizione dei rapporti di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c. (tenuto conto anche di quanto disposto dall'art. 63, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), anche in considerazione della natura onoraria della funzione esercitata (è un servizio, non un rapporto), a meno di non voler considerare dirimente la nozione di *lavoratore eurounitario* e la previsione di cui al n. 3 della norma sopra richiamata alla quale i due giudici di merito non fanno riferimento. Tuttavia questo è il problema meno rilevante, riguardando solo il rito, civile o del lavoro, e non la competenza la distribuzione degli affari da trattare nell'ambito dello stesso tribunale.

Il Tribunale di Napoli ha riconosciuto l'adeguamento economico nei limiti della eccezione prescrizione quinquennale (a differenza di quanto deciso nella controversia di Vicenza, nella quale questa eccezione non risulta che sia stata formulata), senza tenere conto, però, della

precarietà del rapporto di lavoro dedotto in giudizio che dovrebbe farla arretrare in costanza di esso.

La determinazione del trattamento economico adeguato, anche in base al criterio di cui all'art. 36 Cost. (espressamente richiamato nella controversia decisa dal Tribunale di Napoli), con riferimento alla retribuzione del magistrato di prima nomina, non tiene conto del fatto che solo il rapporto di impiego di diritto pubblico di quest'ultimo è caratterizzato da continuità, esclusività e sinallagmaticità.

Le sentenze annotate non entrano nel merito dello *status* del magistrato ordinario, ma risolvono, in senso favorevole ai magistrati onorari presi in considerazione, la questione del riconoscimento di un trattamento economico adeguato sulla base dell'efficacia diretta verticale delle clausole n. 4 degli accordi quadro annessi alle direttive 1999/70/CE, sul lavoro a tempo determinato, e 1997/81/CE, sul lavoro a tempo parziale, per arrivare all'affermazione che il lavoratore a tempo determinato/parziale non può essere trattato in modo meno favorevole, e quindi discriminatorio, rispetto al lavoratore a tempo indeterminato/pieno comparabile.

Fondamentale, in questa prospettiva, è la ricomprensione del magistrato onorario nella nozione di "*lavoratore eurounitario*", anche sulla base della giurisprudenza europea.

Il precedente immediato, di cui le sentenze annotate sono diretto svolgimento, è la recente sentenza della Corte di Giustizia (seconda sezione), 16 luglio 2020, C-658/18, UX contro Governo italiano, che si è pronunciata sullo stato giuridico e sul trattamento economico e normativo del GdP con riferimento al diritto alle ferie annuali retribuite.

La domanda di pronuncia pregiudiziale formulata da un GdP di Bologna verteva sull'interpretazione dell'art. 267 TFUE e dell'art. 31, paragrafo 2 e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sul principio della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione, nonché sull'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 3, e dell'articolo 7 della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, nonché delle clausole 2 e 4 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999, allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999.

Qui di seguito quanto ha statuito la Corte:

“1) L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che il Giudice di pace (Italia) rientra nella nozione di «giurisdizione di uno degli Stati membri», ai sensi di tale articolo”.

“2) L'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso che un giudice di pace che, nell'ambito delle sue funzioni, svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, può rientrare nella nozione di «lavoratore», ai sensi di tali disposizioni, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

La clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato della direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che la nozione di «lavoratore a tempo determinato», contenuta in tale disposizione, può includere un giudice di pace, nominato per un periodo limitato, il quale, nell'ambito delle sue funzioni, svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato della direttiva 1999/70, deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale che non prevede il diritto per un giudice di pace di beneficiare di ferie annuali retribuite di 30 giorni, come quello previsto per i magistrati ordinari, nell'ipotesi in cui tale giudice di pace rientri nella nozione di «lavoratore a tempo determinato», ai sensi della clausola 2, punto 1, di tale accordo quadro, e in cui si trovi in una situazione comparabile a quella di un magistrato ordinario, a meno che tale differenza di trattamento sia giustificata dalle diverse qualifiche richieste e dalla natura delle mansioni di cui detti magistrati devono assumere la responsabilità, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare”.

Tra quelle precedenti merita segnalare la sentenza della Corte di Giustizia 1° marzo 2012 (seconda sezione), C-393/10, O' Brien contro Ministry of Justice, che si è pronunciata su una domanda di interpretazione pregiudiziale presentata nell'ambito di una controversia tra un giudice penale della Crown Court e il Ministry of Justice, in merito al rifiuto da parte di quest'ultimo di corrispondere al primo la pensione di vecchiaia calcolata *pro rata temporis* sulla base della pensione di vecchiaia spettante ad un giudice a tempo pieno che raggiunge il collocamento a riposo all'età di 65 anni e che ha svolto il medesimo lavoro.

La Corte, in questo caso, ha così deciso:

“1) Il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che spetta agli Stati membri definire la nozione di «lavoratori (...) che hanno un contratto o un rapporto di lavoro», contenuta nella clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, concluso il 6 giugno 1997, che figura nell'allegato alla direttiva 97/81/CE del Consiglio, del 15 dicembre 1997, concernente l'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES, come modificata dalla direttiva 98/23/CE del Consiglio, del 7 aprile 1998, e, segnatamente, determinare se i giudici rientrano in tale nozione, a condizione che ciò non porti ad escludere arbitrariamente detta categoria di persone dal beneficio della tutela offerta dalla direttiva 97/81, come modificata dalla direttiva 98/23, e da detto accordo quadro. L'esclusione dal beneficio di tale tutela può essere ammessa solo qualora il rapporto che lega i giudici al Ministry of Justice sia, per sua propria natura, sostanzialmente diverso da quello che vincola ai loro datori di lavori i dipendenti rientranti, secondo il diritto nazionale, nella categoria dei lavoratori”.

“2) L'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, concluso il 6 giugno 1997, che figura nell'allegato alla direttiva 97/81, come modificata dalla direttiva 98/23, va interpretato nel senso che osta a che, ai fini dell'accesso al regime della pensione di vecchiaia, il diritto

nazionale operi una distinzione tra i giudici a tempo pieno e i giudici a tempo parziale retribuiti in base a tariffe giornaliere, a meno che tale differenza di trattamento sia giustificata da ragioni obiettive, che spetta al giudice del rinvio valutare”.

Il Tribunale di Roma, seconda sezione civile, con ordinanza in data 13 gennaio 2021, in accoglimento parziale del ricorso ex art. 702 bis c.p.c. presentato da alcuni GOT, VPO, GdP (attualmente unificati in un unico regime giuridico ex d. lgs. n. 116/2017, attuativo della riforma organica della magistratura onoraria nel suo complesso), ha riconosciuto il risarcimento del danno con la condanna della Presidenza del Consiglio dei Ministri (unico soggetto legittimato passivo, a prescindere dalle specifiche competenze dei singoli Ministeri), derivante dall’inadempimento delle direttive: 2003/88/CE sull’orario di lavoro, con riferimento alle ferie; 92/85/CEE sulla tutela della maternità, per quanto riguarda la previsione per cui la gravidanza non comporta la dispensa dall’incarico (solo per il periodo precedente alla riforma organica della magistratura onoraria del 2017); 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato.

In particolare, con riferimento a quest’ultima direttiva, il danno comunitario è stato riconosciuto nella parte relativa ai limiti posti alla reiterazione di incarichi a termine affidati a uno stesso lavoratore e nella parte relativa al divieto di disparità di trattamento rispetto ai magistrati professionali per quanto riguarda il TFR, la tutela della gravidanza, della malattia e dell’infortunio e (per il periodo precedente alla riforma organica della magistratura onoraria del 2017) anche per quanto riguarda la tutela previdenziale ed assistenziale e la copertura INAIL contro infortuni e malattie professionali.

Tralasciando di esaminare in questa sede alcune questioni sottese alla decisione adottata (relative alla responsabilità di natura contrattuale per inadempimento dell’obbligazione *ex lege* dello Stato, alla prescrizione decennale e alla sua decorrenza dalla data di parziale attuazione delle direttive e quindi dalla data di entrata in vigore della riforma del 2017), il Tribunale di Roma conferma l’orientamento espresso dalla Corte di Giustizia nella sentenza UX sulla nozione di lavoratore eurounitario nella quale rientra anche il magistrato onorario (inquadramento, questo, valido anche dopo la riforma del 2017 che valorizza la natura onoraria dell’ufficio), ma con riferimento al trattamento economico, fatta salva ogni valutazione sulla adeguatezza della retribuzione ex art. 36 Cost. e sulla illegittima esclusione del TFR di cui abbiamo detto, non rileva alcuna discriminazione con riferimento all’entità della retribuzione riconosciuta ai magistrati onorari rispetto a quella corrisposta ai magistrati ordinari, restando, così, esclusa ogni violazione, e conseguente danno, della direttiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, sull’applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano una attività autonoma.

Merita segnalare che la Corte di Giustizia dovrà pronunciarsi, anche, sulla domanda pregiudiziale ricevuta dalla Corte il 23 dicembre 2020, Causa C-236-20, formulata dal Tar Emilia – Romagna, sezione prima, nella causa R.G. n. 116-2017 con ordinanza del 27 maggio 2020, pubblicata il 1° giugno 2020 (al momento non rinunciata, in ragione del diverso perimetro dei quesiti proposti rispetto alla questione già decisa il 16 luglio 2020, della quale abbiamo già detto sopra) in una controversia (che vede l’intervento adesivo anche di altri soggetti) promossa per l’accertamento del diritto di un GdP alla costituzione di un rapporto di impiego di diritto pubblico a tempo pieno o part-time con il Ministero della Giustizia e la conseguente

condanna di quest'ultimo al pagamento delle differenze retributive medio tempore maturate, oltre oneri previdenziali e assistenziali; o in via subordinata per la condanna della Presidenza del Consiglio dei Ministri al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente a causa dell'assenza di qualsivoglia tutela assistenziale e previdenziale derivanti da fatto illecito del legislatore.

Questi i quesiti interpretativi formulati:

“Se gli artt. 20, 21, 31, 33 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, le direttive n. 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato (clausole 2 e 4), n. 1997/81/CE sul lavoro a tempo parziale (clausola 4) n. 2003/88/CE sull’orario di lavoro (art. 7), n. 2000/78/CE (art. 1, 2 comma 2 lett. a) in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, ostino all’applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana di cui alla legge 374/91 e s.m. e d.lgs. 92/2016 come costantemente interpretata dalla giurisprudenza, secondo cui i giudici di pace, quali giudici onorari, risultano oltre che non assimilati quanto a trattamento economico, assistenziale e previdenziale a quello dei giudici togati, completamente esclusi da ogni forma di tutela assistenziale e previdenziale garantita al lavoratore subordinato pubblico”.

“Se i principi comunitari in tema autonomia e indipendenza della funzione giurisdizionale e segnatamente l’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea ostino all’applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana secondo cui i giudici di pace, quali giudici onorari, risultano oltre che non assimilati quanto a trattamento economico assistenziale e previdenziale a quello dei giudici togati, completamente esclusi da ogni forma di tutela assistenziale e previdenziale garantita al lavoratore subordinato pubblico”.

“Se la clausola 5 dell’accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE, osti all’applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana, secondo cui l’incarico a tempo determinato dei giudici di pace quali giudici onorari, originariamente fissato in 8 anni (quattro più quattro) possa essere sistematicamente prorogato di ulteriori 4 anni senza la previsione, in alternativa alla trasformazione in rapporto a tempo indeterminato, di alcuna sanzione effettiva e dissuasiva”.

Diverso, ovviamente, è il punto di partenza delle cause promosse avanti i giudici amministrativi dai GdP che sostengono l’equiparazione, quanto alle funzioni concretamente esercitate, al magistrato c.d. togato e/o comunque la sussistenza degli indici sostanziali tipici per il riconoscimento ai sensi dell’art. 2126 c.c. di un rapporto di lavoro pubblico di tipo subordinato a tempo determinato e parziale, che si possono così sintetizzare: a) svolgimento della funzione giurisdizionale in materia civile e penale al pari dei magistrati togati, nei limiti delle competenze per materia e valore previste dalla legge; b) effettivo inserimento nell’organizzazione del Ministero della Giustizia quale datore di lavoro e nel ruolo organico; c) dovere di osservanza di orario di lavoro predeterminato e del calendario d’udienza; d) retribuzione prefissata erogata mensilmente e correlata ad una parte fissa e ad una variabile; e) nel dovere di esclusività (al pari di ogni altro dipendente pubblico) se si eccettua la possibilità di svolgere l’attività forense ove svolta al di fuori del circondario; f) obbligo di osservanza dei doveri previsti per i magistrati ordinari; g) sottoposizione, al pari di quest’ultimi, al potere disciplinare del CSM.

Il Collegio remittente ha ribadito l'applicabilità delle direttive suindicate.

In particolare *“una volta dichiarata la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, la sistematica reiterazione del rapporto “onorario” disposta dal legislatore italiano contrasta con le esigenze poste dal suddetto accordo quadro, non essendo previste sanzioni “effettive e dissuasive” alternative rispetto alla non possibile conversione in rapporto a tempo indeterminato (Cass., 24 febbraio 2020, n. 4882), a meno di non voler riservare ai giudici di pace, anche in questo caso, un trattamento meno favorevole rispetto agli altri lavoratori dell’Unione”*. Ha ritenuto, inoltre, che diversi sono i profili di contrasto della normativa nazionale relativa ai GdP, anche con riferimento all’ l’autonomia e all’indipendenza della funzione giurisdizionale svolta da questi magistrati onorari garantita (oltre che dagli artt. 101-110, Cost.) dall’art. 47 della Carta di Nizza e dall’art. 6 (diritto ad un processo equo) della CEDU.

Merita dare conto, anche, dei provvedimenti cautelari adottati dal Tar-Emilia Romagna che hanno disposto la prosecuzione delle funzioni giurisdizionali dei GdP ricorrenti oltre la data di compimento del 68° anno di età prevista per la cessazione del loro incarico (decreto monocratico del 5 novembre 2020, confermato con ordinanza collegiale del 10 dicembre 2020 nella causa R.G. n. 702/2020; decreto monocratico del 23 dicembre 2020, confermato con ordinanza collegiale del 14 gennaio 2021 nella causa R.G. 862/2020), sul presupposto (oltre che del *periculum in mora*), anche della prognosi di fondatezza della pretesa avanzata per il riconoscimento dello *status* di lavoratore eurolunitario, non solo comparabile, ma anche assimilato a quello di impiego di diritto pubblico dei magistrati togati.

Questi pronunciamenti dei giudici amministrativi sono in controtendenza rispetto a quanto affermato dal Consiglio di Stato – sezione quinta – di recente (allineato sulla posizione espressa dalla Corte di Cassazione) nella sentenza n. 1326 del 21 febbraio 2020 (resa, comunque prima della decisione della Corte di Giustizia del 16 luglio 2020, più volte citata), con la quale ha rigettato la domanda diretta ad ottenere il riconoscimento dello *status* giuridico di pubblico dipendente a tempo pieno o parziale nell’ambito della magistratura o in subordine nell’ambito del personale del Ministero della Giustizia (quest’ultima dichiarata inammissibile per difetto della giurisdizione amministrativa).

Secondo i supremi giudici amministrativi: la natura di funzionario onorario del GdP è incompatibile con il rapporto di pubblico impiego; l’art. 54 Cost. esclude ogni connotato di sinallagmaticità tra esercizio della funzione e trattamento economico riconosciuto per l’attività svolta; ai magistrati onorari non si applicano le direttive europee che riguardano il lavoro subordinato (ragion per cui non è stato operato il rinvio pregiudiziale).

Deve essere richiamato, anche, il parere n. 854/2017 reso in data 10 aprile dalla Commissione Consultiva del Consiglio di Stato, sulla attuazione della l. 28 aprile 2016, n. 57 di riforma organica della magistratura onoraria (al quale si rinvia anche per la ricostruzione dello statuto della magistratura onoraria e delle finalità perseguite dalla legge delega) con riferimento alla fase transitoria e alla stabilizzazione dei magistrati onorari in servizio.

Il Consiglio di Stato ha messo in guardia il Governo dall’attuare le procedure di stabilizzazione dei “giudici onorari prorogati” nei ruoli dei funzionari della pubblica amministrazione (ad

esempio nel comparto “Giustizia”) richiamando il precetto, vincolante, dell’art. 97, comma 4, Cost., che prevede il concorso pubblico come forma generale e ordinaria di reclutamento del personale della pubblica amministrazione, quale meccanismo imparziale che, offrendo le migliori garanzie di selezione tecnica e neutrale dei più capaci sulla base del merito, garantisce l’efficienza dell’azione amministrativa (è questa la posizione espressa dalla Corte Costituzionale, nelle sentenze, tra le tante, n. 134 del 2014; n. 277, n. 137, n. 28 e n. 3 del 2013), restando le deroghe possibili solo in presenza di peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico (sentenze n.7 del 2015; n. 134 del 2014; n. 217 del 2012). Forme diverse di reclutamento e di copertura dei posti, infatti, devono essere legislativamente disposte per singoli casi e secondo criteri che, pur involgendo necessariamente la discrezionalità del legislatore, devono rispondere a criteri di ragionevolezza che non contraddicano i principi di buon andamento e di imparzialità dell’amministrazione, restando, comunque, eccezionali le deroghe al reclutamento con concorso dei magistrati ordinari ex art. 106, commi 2 e 3, Cost., che assegnano, tassativamente, ai giudici onorari la trattazione della “giustizia minore”, per alleggerire il lavoro dei magistrati professionali, e ai soggetti chiamati per meriti insigni ad integrare le funzioni della Corte di Cassazione, per consentire l’arricchimento della giurisdizione di legittimità attraverso il contributo professionale e accademico.

La Corte Costituzionale ha costantemente affermato che il rapporto di servizio onorario della magistratura non professionale – cioè privo dei connotati di continuità, esclusività e sinallagmaticità tipici del pubblico impiego – è differente da quello professionale sul piano sia retributivo che amministrativo (v. ad es. la sentenza n. 103 del 1998 e le ordinanze n. 479 del 2000, n. 379, n. 272 del 1999; n. 57 del 1990, n. 515 e n. 594 del 1989).

Come è noto non sussiste alcun vincolo europeo alla stabilizzazione nel pubblico impiego, considerata la specifica differenza rispetto al rapporto di lavoro privato, purché sia assicurata una misura sanzionatoria effettiva, proporzionata e dissuasiva, ma il riconoscimento del primato del diritto dell’Unione, da tempo acquisito ai sensi dell’articolo 11 della Costituzione, degrada di fronte all’osservanza dei principi supremi dell’ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona, in base anche alla costante giurisprudenza costituzionale che in questa materia, con una lettura sinergica degli artt. 101, 104 e 106 Cost., ha affermato che l’ordine giudiziario, nella sua struttura costituzionale, deve essere caratterizzato dalla professionalità, in funzione della competenza tecnica e della imparzialità dell’intervento del giudice, risultando incostituzionale una regola contraria, anche di derivazione europea (v. sul punto le sentenze n. 232 del 1989, n. 170 del 1984 e n. 183 del 1973; e, da ultimo, l’ordinanza n. 24 del 2017).

È per questo motivo che il Consiglio di Stato, nel succitato parere, ha escluso che in attuazione della delega prevista dalla legge si possa provvedere alla stabilizzazione dei magistrati onorari, in assenza di una chiara disposizione in proposito contenuta nella legge delega, sul punto richiamando la giurisprudenza consolidata della Corte Costituzionale sopra citata. Ciò non esclude, ovviamente, che possa essere approvata una diversa legge delega che, nei limiti dati, possa procedere alla “stabilizzazione” dei magistrati onorari prorogati nel tempo.

La Corte di Cassazione, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, ha costantemente affermato che il servizio onorario non è equiparabile al rapporto di impiego di diritto pubblico,

pena l'alterazione della configurazione tipica della struttura dell'ordinamento giudiziario italiano che si fonda sui due pilastri della magistratura togata, di tipo professionale, e della magistratura onoraria (v., tra le tante, le sentenze 9 settembre 2016, n. 17862; 5 giugno 2020, n. 10774).

Per la giurisprudenza di legittimità il GdP, quale giudice “semiprofessionale” (Cass., sez. un., ord. 19 ottobre 2011, n. 21582), resta fuori dal perimetro sia del rapporto di pubblico impiego, che della parasubordinazione. È un funzionario onorario, come abbiamo già detto, caratterizzato da un rapporto di servizio volontario, con attribuzione di funzioni pubbliche, ma senza la presenza degli elementi tipici che caratterizzano l'impiego pubblico in base ai seguenti elementi: 1) la scelta del funzionario, che nell'impiego pubblico viene effettuata mediante procedure concorsuali ed è, quindi, di carattere tecnico-amministrativo, mentre per le funzioni onorarie è di natura politico-discrezionale; 2) l'inserimento nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione, che è strutturale e professionale per il pubblico impiegato e meramente funzionale per il funzionario onorario; 3) lo svolgimento del rapporto, che nel pubblico impiego è regolato da un apposito statuto, mentre nell'esercizio di funzioni onorarie è privo di una specifica disciplina, quest'ultima potendo essere individuata unicamente nell'atto di conferimento dell'incarico e nella natura di tale incarico; 4) il compenso, che consiste in una vera e propria retribuzione, inerente al rapporto sinallagmatico costituito fra le parti, con riferimento al pubblico impiegato, e che invece, riguardo al funzionario onorario, ha carattere meramente indennitario e, in senso lato, di ristoro degli oneri sostenuti; 5) la durata del rapporto che, di norma, è a tempo indeterminato nel pubblico impiego e a termine (anche se vi è la possibilità del rinnovo dell'incarico) quanto al funzionario onorario (così, tra le tante, Cass., 4 gennaio 2018, n.99).

I magistrati c.d. togati (ordinari, amministrativi e contabili), invece, sono titolari di un rapporto di lavoro in regime di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, e sono dunque lavoratori dipendenti, seppur muniti di particolare *status* in ragione delle funzioni giurisdizionali esercitate e delle gaurentigie costituzionalmente previste (artt. 101-110, Cost.), tra cui vi rientra anche la previsione di un trattamento economico adeguato (C. Cost., ord. nn. 137 e 146 del 2018) godendo delle tutele previdenziali e assistenziali oltre che, al pari di qualsiasi lavoratore, del diritto alle ferie previsto dall' art. 36, Cost.

Questi principi sono stati confermati da Cass., sez. un., 31 maggio 2017, n. 13721, che ha richiamato alcuni precedenti specifici (9 novembre 1998, n.11272, e 4 settembre 2015, n. 17591) e della sezione lavoro in particolare (9 settembre 2016, n. 17862). È stato, poi, chiarito, che l'art. 54 Cost., costituendo l'unica fonte della disciplina costituzionale dell'attribuzione di funzioni pubbliche al cittadino al di fuori del rapporto di pubblico impiego, esclude qualsiasi connotato di sinallagmaticità tra esercizio delle funzioni e trattamento economico per tale esercizio, che è, invece, proprio di quel rapporto; mentre il termine «affidamento», lungi dal configurarsi come un richiamo a quel connotato, vale, invece, a generalizzare il contenuto della norma, al fine di ricomprendere tutti i casi in cui sia affidata al cittadino – in qualunque modo – una funzione pubblica, imponendogli che essa sia assolta con disciplina ed onore (Cass., 4 novembre 2015, n. 22569 e 3 maggio 2005, n. 9155, che hanno escluso la parasubordinazione del GdP). Da ciò consegue l'esclusione di qualsiasi connotato di sinallagmaticità tra esercizio delle funzioni di GdP e trattamento economico per tale esercizio e la consequenziale natura

indennitaria dell'erogazione erariale per l'esercizio di una funzione pubblica che portano il rapporto con il Ministero della Giustizia al di fuori del tipico contratto di lavoro e, dunque, al di fuori del perimetro assistenziale e previdenziale approntato dall'art. 38, Cost.

La Corte costituzionale, con la sentenza 18 novembre 2020, n. 267, ha dichiarato illegittimo l'art. 18, c.1, d.l. 25 marzo 1997, n. 67, conv. in l. 23 maggio 1997, n.135, nella parte in cui non prevede che il Ministero della Giustizia rimborsi al GdP le spese di difesa sostenute nei giudizi di responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi per fatti di servizio e conclusi con provvedimento di esclusione della responsabilità, considerando del tutto irragionevole l'esclusione dei magistrati onorari dalla tutela accordata solo ai magistrati togati, in considerazione dell'identità della funzione del giudicare e della sua primaria importanza costituzionale, nonché della necessità di garantire un'attività serena e imparziale, non condizionata dai rischi economici conseguenti ad azioni di responsabilità infondate.

La *ratio* dell'istituto, consistente nell'evitare che il pubblico dipendente possa subire condizionamenti in ragione delle conseguenze economiche di un procedimento giudiziario, secondo la Corte Costituzionale, «*sussiste per l'attività giurisdizionale nel suo complesso, quale funzione essenziale dell'ordinamento giuridico, con pari intensità per il giudice professionale e per il giudice onorario*». Da questo punto di vista, il beneficio del rimborso delle spese di patrocinio «*attiene non al rapporto di impiego [...] bensì al rapporto di servizio*», trattandosi di una tutela privilegiata della funzione, rispetto alla quale il profilo organico appare recessivo.

Non a caso, in diretto svolgimento di questo pronunciamento, il nuovo Presidente della Corte Costituzionale Giancarlo Coraggio, nella conferenza stampa che ha tenuto il 18 dicembre 2020 in occasione della sua elezione, è espressamente intervenuto sulla questione dei giudici onorari, con queste chiare parole: «*La Corte quello che poteva fare lo ha fatto. Anche se intervenendo su un caso marginale (quello del rimborso delle spese legali, ndr.). Però ha affermato un principio importante. La funzione è la stessa, sia che si giudichi su materie di minore o maggiore rilevanza economica, i criteri sono sempre identici, la serenità rispetto alle parti. Ma bisogna riflettere fino a che punto l'identità di funzione si traduce poi nel rapporto di impiego. L'Italia è inadempiente rispetto all'Europa, anche se si era impegnata a intervenire. Adesso un passo è urgente. Ma i tempi e l'oggetto della partita vanno rimessi al Parlamento*».

E tuttavia la Corte Costituzionale ha ribadito la tesi secondo cui la posizione giuridico-economica dei magistrati professionali non si presta a una estensione automatica nei confronti dei magistrati onorari semplicemente evocando il principio di eguaglianza, in quanto gli uni esercitano le funzioni giurisdizionali in via esclusiva, mentre gli altri solo in via concorrente (su questo punto diversi sono i precedenti pronunciamenti: 272/1999 (ord.), n. 479/2000, n. 60/2006, n. 174/2012).

Il distinguo della Corte Costituzionale tra diversità qualitativa e quantitativa delle mansioni svolte dai magistrati ordinari e onorari e identità funzionale dei singoli atti è stato fatto proprio dall'ordinanza del Tribunale di Roma, mentre le sentenze dei Tribunale di Vicenza e Napoli hanno valorizzato la “*casa comune*” della giurisdizione statale per trarne argomenti a favore dell'equiparazione del trattamento economico tra le due categorie di magistrati.

Il giudice delle leggi si dovrà pronunciare sulla questione di legittimità sollevata dalla Corte di Cassazione riguardo la presenza dei “giudici ausiliari” nelle Corti d’appello, prevista dal d.l. n. 69 del 2013, conv. in l. n. 98/2013. Secondo la S.C. che ha sollevato la q.l.c. le disposizioni censurate, introdotte per favorire lo smaltimento dell’arretrato, non risulterebbero coerenti con le norme costituzionali – così come interpretate dalla giurisprudenza – che riservano l’esercizio della funzione giurisdizionale ai magistrati ordinari nominati per concorso, limitando l’accesso di magistrati onorari soltanto “a tutte le funzioni attribuite ai giudici singoli”, in base a quanto previsto dall’art. 106, comma 2, Cost., che deve essere interpretato rigorosamente nel senso di escludere «l’assegnazione del giudice onorario all’esercizio delle funzioni giurisdizionali esercitate dagli organi collegiali, salva la possibilità di sostituzioni o integrazioni dei collegi, disposte con provvedimenti provvisori corrispondenti a situazioni organizzative temporanee ed eccezionali». E invece le disposizioni normative censurate conferiscono a giudici onorari nominati come ausiliari lo *status* di componenti dei collegi d’appello, per cinque anni, prorogabili per altri cinque, così venendo in contestazione l’«espansione» e la «stabilità dell’impiego» dei giudici onorari.

Aspettiamo di leggere la decisione assunta dalla Consulta (l’udienza pubblica è del 13 gennaio 2021).

Merita, da ultimo, segnalare che il Giudice di Pace di Lanciano, con ordinanza del 18-28 maggio 2020 (pubblicata con il n. 184 in G.U. del 30 dicembre 2020, 1° serie speciale, n. 53), ha sottoposto allo scrutinio della Corte Costituzionale (oltre alle misure adottate in conseguenza dell’emergenza epidemiologica da Covid-19 incidenti sull’esercizio della giurisdizione e sulla organizzazione degli uffici giudiziari) le disposizioni normative sulla riforma della magistratura onoraria con riferimento ai GdP, nella prospettiva di assicurare condizioni di lavoro uniformi con quelle dei magistrati professionali, denunciando la situazione di precarietà lavorativa di esso stesso giudice remittente, gravemente peggiorata in conseguenza della paralisi della giustizia civile e penale in ragione delle misure adottate per l’emergenza sanitaria, che ha inciso negativamente sulla sua indipendenza, autonomia e imparzialità (artt. 1-33, d.lgs. n. 116/2017, in quanto applicabili ai GdP in servizio alla data di entrata in vigore del decreto; art. 5, l. n.57/2016, che affida il coordinamento dei GdP al Presidente del Tribunale; varie norme, anche emergenziali, che attribuiscono ai GdP un trattamento economico inadeguato per la disoccupazione e in generale, anche con riferimento alla mancanza di tutela assicurativa e previdenziale).

Per completezza dobbiamo anche richiamare l’ordinanza della Corte di Giustizia (decima sezione) 10 dicembre 2020, C-220/20, XX contro Governo italiano, che ha dichiarato irricevibile la domanda pregiudiziale proposta dallo stesso Giudice di Pace di Lanciano (con quesiti sovrapponibili a quelli di costituzionalità).

Sulla riforma organica della magistratura onoraria adottata con la delega di cui alla l. 28 aprile 2016, 57, attuata con d. lgs 13 luglio 2017, n. 116 e sui progetti di riforma si segnala il *forum* di Giustizia Insieme di novembre 2020 (www.giustiziainsieme.it) introdotto e coordinato da Bruno Capponi e con interventi di Federico Russo, Giuliano Scarselli, Giulio Nicola Nardo, Bruno Caruso e Giuseppe Minutoli.

Vincenzo Antonio Poso, avvocato in Pisa

Visualizza i documenti: [Trib. Napoli, 11 gennaio 2021, n. 6015/2020](#); [Trib. Roma, sez. II civ., 13 gennaio 2021](#); [C. giust., 16 luglio 2020, causa C-658/2018](#); [Trib. Vicenza, 29 dicembre 2020, n. 343](#)