

Numero 00854/2017 e data 07/04/2017 Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 23 marzo 2017

NUMERO AFFARE 00464/2017

OGGETTO:

Ministero della giustizia.

Richiesta di parere ai sensi dell'articolo 14 del regio decreto 20 giugno 1924, n. 1054. Attuazione della legge delega n. 57 del 2016 per la riforma organica della Magistratura onoraria.

LA SEZIONE

Vista la nota, prot. n. 1374, del 7 febbraio 2017, con la quale il Ministro della giustizia ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

vista la nota, a firma del Capo dell'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia, n. 3/4-33(2017);

visti i contributi scritti inviati dall'Unione Nazionale Giudici di Pace (UNAGIPA), dalla Confederazione Giudici di Pace (CGP) e dall'Unione Nazionale Italiana Magistrati Onorari (UNIMO), dalla

Federazione Magistrati Onorari di Tribunale (FEDER.M.O.T.), dall'Associazione "Movimento 6 luglio", da un giudice onorario di tribunale presso il Tribunale ordinario di Bari;
esaminati gli atti e uditi i relatori, consiglieri Gabriele Carlotti e Dario Simeoli;

PREMESSO E CONSIDERATO.

1. Premessa.

Con nota, prot. n. 1374, del 7 febbraio 2017, il Ministro della giustizia ha rivolto a questo Consiglio un quesito in ordine a uno specifico profilo attuativo della legge 28 aprile 2016, n. 57, recante *"Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace"* (d'ora in poi: *"Legge"*).

Stante la rilevanza delle questioni oggetto della richiesta di parere, il Presidente del Consiglio di Stato, con decreto n. 36 del 7 marzo 2017, ha deferito l'esame del quesito a una Commissione speciale. La composizione della Commissione speciale è stata successivamente modificata con decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 42 del 14 marzo 2017.

Nella richiesta di parere il Ministro espone che:

- la Legge prevede, tra l'altro, la predisposizione di una disciplina transitoria *"per i magistrati onorari in servizio al momento di entrata in vigore del decreto legislativo o ovvero dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della delega"* (articolo 1, comma 1, lettera r), della Legge);
- i criteri direttivi dettati a tal fine sono contenuti nell'articolo 2, comma 17, della Legge e attengono alla durata (temporanea) dell'incarico nonché alle funzioni e ai compiti dei magistrati onorari già in servizio;

- la platea dei potenziali destinatari della suddetta disciplina transitoria è composta da circa 1.400 giudici di pace (GDP), circa 2.000 giudici onorari di tribunale (GOT) e circa 1.800 vice procuratori onorari (VPO);
- gran parte di tali magistrati onorari è stata interessata, a decorrere dal 2002, da annuali provvedimenti normativi di proroga dell'incarico, in deroga allo statuto ordinamentale della magistratura onoraria di cui all'articolo 42-*quinquies* del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (nel prosieguo: "*Ordinamento giudiziario*"), per i GOT e i VPO, e agli articoli 7 e seguenti della legge n. 374 del 1991, per i GDP, là dove si prevede, rispettivamente, che le nomine a GOT e a VPO abbiano durata triennale e che il titolare possa essere confermato, alla scadenza, per una sola volta, e che i GDP durino in carica quattro anni, con possibilità di conferma per altri due quadrienni;
- l'articolo 2, comma 17, della Legge stabilisce, infine, che i magistrati onorari già in servizio durino in carica per quattro mandati, ciascuno di durata quadriennale.

Tanto premesso, il Ministro osserva che detto quadro normativo potrebbe dar luogo a problemi interpretativi in sede di esercizio della delega, dal momento che, come sopra riferito, gran parte dei magistrati onorari attualmente in servizio svolge le funzioni da molti anni, in forza dei richiamati provvedimenti annuali di proroga della durata dell'incarico, e che tale circostanza avrebbe comportato l'insorgere di aspettative di stabilizzazione, quale diretta conseguenza dell'incardinamento di fatto negli uffici giudiziari; detti magistrati, inoltre, seppur investiti di un incarico avente carattere onorario,

avrebbero svolto e continuerebbero a svolgere la loro attività con modalità assimilabili all'esplicazione di un rapporto di lavoro.

Alla stregua dei superiori rilievi, il Ministro della giustizia indirizza a questo Consiglio il seguente quesito: a) se, in sede di attuazione dei criteri di delega in materia di disciplina transitoria, si possano predisporre misure di stabilizzazione con attribuzione dello statuto del pubblico impiegato, quanto meno relativamente ai magistrati onorari i quali, alla scadenza dei quattro quadrienni previsti dal citato comma 17 dell'articolo 2 della Legge, raggiungeranno un'età *“effettivamente incompatibile con un nuovo inserimento nel mercato del lavoro”*; b) se siffatte misure siano, per un verso, compatibili con le finalità e la *ratio* della Legge e, per l'altro, se e in quali limiti siano conciliabili con il complessivo assetto dell'ordinamento interno, delineato, in primo luogo, dai principi costituzionali dell'onorarietà della magistratura non professionale e dell'accesso alla magistratura ordinaria e, più in generale, ai pubblici uffici per concorso, a norma degli articoli 106, primo comma, e 97, ultimo comma, della Costituzione.

2. Inquadramento delle questioni giuridiche oggetto della richiesta di parere.

La Commissione ritiene che il quesito formulato dal Ministro della giustizia imponga due differenti, ancorché connesse, questioni giuridiche. La prima, di carattere generale, attiene A.) alla legittimità costituzionale di un'operazione di “stabilizzazione”, tramite il riconoscimento giuridico dello statuto del pubblico impiegato, di persone le quali, per un lungo periodo, abbiano svolto un incarico qualificato come “onorario”; tale primo quesito implica, tuttavia, dal punto di vista logico, la necessità di definire, in via preventiva, quale

sia l'area semantica coperta della nozione di "stabilizzazione", termine quest'ultimo la cui atecnicità si presta, dal punto di vista giuridico, a plurime declinazioni (almeno in rapporto alla materia e al tenore del quesito), giacché intrinsecamente polisemico.

Il secondo profilo da esaminare – una volta definito il problema di carattere generale sopra succintamente delineato - attiene invece al dato positivo la cui esegesi è al centro dell'interrogativo posto dal Ministro della giustizia. Si allude B.) alla verifica della sussistenza, o no, della possibilità di stabilizzare, in sede di attuazione della delega, i magistrati onorari, in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legislativo ovvero dell'ultimo dei decreti legislativi che saranno emanati in attuazione della Legge, una volta esauriti i quattro incarichi, ciascuno di durata quadriennale (siccome stabilito dall'articolo 2, comma 17, lettera a, numero 2, della Legge); la percorribilità giuridica di una soluzione del genere dovrà, peraltro, tener conto anche della sostenibilità finanziaria dell'eventuale stabilizzazione.

L'oggetto del parere richiesto a questo Consiglio riguarda esclusivamente i due profili testé richiamati. Esulano, invece, dall'alveo del quesito formulato dal Ministro della giustizia le numerose altre problematiche, connesse a differenti aspetti della medesima disciplina organica della Magistratura onoraria; soprattutto fuoriesce dal perimetro del ridetto quesito il tema della compatibilità, o no, con il diritto unionale della natura e della dosimetria degli istituti retributivi e delle tutele previdenziali da riconoscere ai magistrati onorari, siccome stabilito dall'articolo 2, comma 13, della Legge.

Per i fini di un'ordinata disamina delle questioni sopra rassegnate è utile una sintetica esposizione dell'attuale disciplina della Magistratura onoraria e dei contenuti della Legge, dedicando una specifica attenzione, a tal riguardo, alle norme relative alla sunnominata disciplina transitoria. A questo scopo può attingersi anche agli elementi informativi desumibili dalla documentazione pervenuta alla Sezione.

2.1. Lo statuto della magistratura onoraria.

Come già accennato, le figure di magistrato onorario interessate dalla riforma contenuta nella Legge sono i GDP, i GOT e i VPO. Le disposizioni relative ai GOT e ai VPO sono rinvenibili negli articoli da *42-ter* a *42-septies*, nell'articolo *43-bis* e nell'articolo 71 dell'Ordinamento giudiziario (regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12), e nella legge 21 novembre 1991, n. 374 (Istituzione del giudice di pace), per i GDP.

I principi che governano la materia sono così riassumibili:

- i magistrati onorari sono nominati dal Ministro della giustizia, in conformità alle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura (CSM), su proposta del competente consiglio giudiziario;
- la nomina è riservata a persone qualificate in termini di professionalità e di onorabilità; in particolare, in base alla prassi attualmente seguita, sono nominati coloro che esercitano la professione forense, insegnano materie giuridiche presso le Università o presso gli istituti scolastici superiori statali, svolgono funzioni inerenti i servizi di cancelleria e segreterie giudiziarie o funzioni con qualifica dirigenziale nelle pubbliche amministrazioni;

- la nomina dà luogo a un rapporto di servizio, ma non ad un rapporto di lavoro esclusivo; viene, difatti, assicurata la compatibilità tra lo svolgimento dell'incarico onorario e di altre attività professionali o lavorative;
- al magistrato onorario compete un'indennità con specifico riferimento al rapporto di servizio onorario intrattenuto con l'amministrazione della giustizia;
- in ragione dell'assenza di un rapporto stabile di impiego (stante la natura onoraria dell'ufficio ricoperto) i magistrati onorari non godono di un trattamento pensionistico, di indennità di malattia, di assegni di maternità o di paternità, nonché di altre simili prestazioni assistenziali, né di ferie retribuite;
- i magistrati onorari sono privi dell'elettorato attivo e passivo per la composizione elettorale del CSM, ma è prevista la loro presenza nei consigli giudiziari relativamente alle deliberazioni relative a ruolo e funzioni onorarie;
- la formazione della magistratura onoraria è rimessa alla Scuola superiore della magistratura;
- gli importi delle indennità spettanti ai magistrati onorari sono regolati in via legislativa e tali indennità, non aventi natura retributiva, sono computate a cottimo e sulla base delle attività espletate giornalmente;
- come già segnalato, la durata dell'ufficio prevista per legge è di tre anni, suscettibile di conferma per una sola volta, per i GOT e i VPO, mentre è di quattro anni, suscettibile di conferma per due volte, per i GDP;
- non esistono disposizioni normative che impongano ai magistrati onorari il rispetto di orari e periodi di servizio, né previsioni che

dettino specifiche disposizioni in materia di organizzazione del loro lavoro;

- la procedura di conferma ha luogo alla scadenza di ciascun mandato e non è automatica, ma ha esito positivo esclusivamente nel caso in cui si ravvisi l'idoneità del magistrato onorario a continuare nello svolgimento delle funzioni, sulla base di ogni elemento utile;
- la mancata conferma comporta la cessazione dell'incarico;
- non esiste alcun percorso "di carriera" per i magistrati onorari, ma esclusivamente un rapporto di servizio prestato volontariamente;
- il magistrato onorario che non osserva i doveri inerenti il proprio ufficio può essere in ogni momento revocato dall'incarico su deliberazione del CSM, su proposta del Presidente della Corte di appello e del consiglio giudiziario;
- il magistrato onorario può decadere in ogni momento dall'ufficio se non esercita volontariamente le proprie funzioni.

2.2. Le finalità e i contenuti della Legge.

Allo scopo di razionalizzare e ricondurre ad uniformità tale frammentata disciplina, frutto di provvedimenti legislativi stratificatisi nel tempo, è stata approvata la Legge, recante la delega al Governo per una riforma organica dello statuto della magistratura onoraria.

Le finalità e i contenuti della delega possono essere così riassunti. Per quanto concerne le finalità, la Legge mira, in primo luogo, a configurare uno statuto unico della magistratura onoraria, applicabile cioè sia ai GDP, sia ai GOT, sia ai VPO, in modo da definire una disciplina unitaria quanto a: modalità di accesso, durata dell'incarico, tirocinio, conferme periodiche, modulazione delle funzioni (di

supporto o giudiziarie), formazione e criteri di liquidazione dei compensi. Sotto altro profilo, la Legge punta alla riorganizzazione dell'ufficio del GDP, ampliandone contestualmente la competenza. Infine, la Legge intende rideterminare le funzioni dei GOT e dei VPO, attribuendo loro compiti ulteriori rispetto a quelli già previsti dalla normativa vigente, allo scopo di supportare l'attività del magistrato professionale.

Relativamente ai principi e ai criteri direttivi, la Legge ha, tra l'altro, stabilito quanto segue:

- l'inserimento dei GOT nell'ufficio del GDP e anche nell'ufficio per il processo", al fine di coadiuvare i giudici professionali nello svolgimento delle loro funzioni; analoga struttura sarà istituita presso le Procure della Repubblica e ad essa saranno assegnati i VPO, con il medesimo compito di coadiuvare i magistrati professionali;
- per quanto concerne l'accesso, l'indicazione dei principali titoli preferenziali e l'affidamento delle selezioni per il reclutamento ai consigli giudiziari, nonché la necessità, ai fini della nomina, di un periodo di tirocinio presso un magistrato professionale;
- la previsione che la formazione dei magistrati onorari si svolga per l'intera durata dell'incarico su base decentrata e secondo un modulo unificato individuato dalla Scuola superiore della magistratura; i magistrati professionali dovranno organizzare riunioni periodiche che coinvolgano i magistrati onorari e dirette a favorire lo scambio di esperienze giurisprudenziali e di prassi innovative; la partecipazione dei magistrati onorari ai predetti percorsi formativi sarà obbligatoria e costituirà una delle condizioni per la conferma nell'incarico;

- la fissazione di un regime di incompatibilità omogeneo per tutti i magistrati onorari, tale da assicurare al massimo grado l'attuazione del principio della terzietà del giudice, pur consentendo comunque l'esercizio di altre attività;
- la previsione della indefettibile durata temporanea dell'incarico per un periodo non superiore a quattro anni, con possibilità di conferma per ulteriori quattro anni, previa positiva valutazione di professionalità;
- l'individuazione dei doveri dei magistrati onorari sulla base di quelli attualmente previsti per i magistrati professionali, con la previsione, al fine di assicurare la massima efficienza dell'esercizio delle funzioni onorarie, della revoca dell'incarico del magistrato onorario che non sia in grado di svolgere diligentemente e proficuamente il proprio incarico;
- la disciplina dei compensi, delineando per essi un quadro omogeneo e, al contempo, declinando criteri di determinazione in misura differenziata, a seconda che si tratti dell'esercizio di funzioni giurisdizionali ovvero di supporto all'attività del magistrato professionale;
- l'articolazione dell'indennità in una componente fissa e in una parte variabile, riconosciuta in caso di raggiungimento di obiettivi predeterminati dal capo dell'ufficio sulla base di criteri generali fissati dal CSM.

2.3. La disciplina transitoria.

Con specifico riferimento alla disciplina transitoria, costituente l'oggetto specifico del quesito sottoposto al vaglio consultivo della Commissione, va osservato che le disposizioni rilevanti sono

contenute nell'articolo 1, comma 1, lettera r), e nell'articolo 2, comma 17, lettera a), della Legge, previsioni queste che, rispettivamente, recitano:

“1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, con l'osservanza dei principi e dei criteri direttivi di cui all'articolo 2, uno o più decreti legislativi diretti a: ... r) prevedere il regime transitorio per i magistrati onorari in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legislativo ovvero dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della delega di cui al presente comma; ...” e “17. Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, comma 1, lettera r), il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) regolare la durata dell'incarico dei magistrati onorari in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legislativo ovvero dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della delega di cui all'articolo 1, sulla base dei seguenti criteri:

1) prevedere che la conferma dei magistrati onorari di cui al presente comma sia disposta dal Ministro della giustizia, previa deliberazione del Consiglio superiore della magistratura, sulla base del giudizio di idoneità formulato, secondo i criteri di cui al comma 7, lettera b), dalla sezione autonoma del Consiglio giudiziario, di cui alla lettera q) del comma 1 dell'articolo 1, dopo aver acquisito i pareri dei presidenti di tribunale o dei procuratori della Repubblica, nonché dei consigli dell'ordine degli avvocati nei cui circondari il magistrato onorario ha esercitato le sue funzioni;

2) prevedere che i magistrati onorari in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legislativo ovvero dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della delega di cui all'articolo 1 possano essere confermati nell'incarico per quattro mandati ciascuno di durata quadriennale, prevedendo che nel corso del quarto mandato i giudici onorari possano svolgere i compiti inerenti all'ufficio per il

processo e i vice procuratori onorari possano svolgere esclusivamente i compiti di cui al comma 6, lettera b), numero 1); prevedere che quando il Consiglio superiore della magistratura, in sede di deliberazione per la conferma dell'incarico, riconosca l'esistenza di specifiche esigenze di servizio relativamente all'ufficio per il quale la domanda di conferma è proposta, nel corso del quarto mandato il magistrato onorario possa essere destinato anche all'esercizio di funzioni giudiziarie. Dall'attuazione del presente numero non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica;

3) prevedere che quanto previsto al numero 2) del presente comma si applichi anche ai magistrati onorari che hanno compiuto il sessantacinquesimo anno di età alla scadenza di tre quadrienni, i quali possono essere, a norma di quanto previsto dal predetto numero 2), confermati sino al raggiungimento del limite massimo di età di cui al numero 4);

4) prevedere che, in ogni caso, l'incarico di magistrato onorario cessi con il raggiungimento del sessantottesimo anno di età; ...”.

Giova riportare anche il comma 1 dell'articolo 9, rubricato “Invarianza finanziaria”, che dispone: “Dall'attuazione della presente legge e dei decreti legislativi da essa previsti non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, e ad essa si provvede con le risorse umane, strumentali e finanziarie previste a legislazione vigente.”.

3. Vincoli costituzionali ed europei alla misure di «stabilizzazione» dei giudici onorari.

Per “misure di stabilizzazione con attribuzione dello statuto del pubblico impiegato” di quanti, per un lungo periodo, abbiano svolto un incarico “onorario”, possono intendersi costrutti e soluzioni tecnico-normative di vario tipo. La latitudine semantica del quesito indirizzato dal Ministro consiglia di prendere partitamente in

considerazione tutte le alternative astrattamente ipotizzabili, verificandone i limiti e i vincoli di ordine costituzionale ed europea.

a) In un primo significato, la prospettata “stabilizzazione” potrebbe realizzarsi attraverso l’assunzione a tempo indeterminato dei “giudici onorari prorogati” nei ruoli dei funzionari della pubblica amministrazione (ad esempio nel comparto “Giustizia”).

Tale opzione – l’inquadramento stabile del personale precario all’interno delle amministrazioni – deve essere attentamente verificata.

L’articolo 97, quarto comma, della Costituzione (*“Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”*) non precisa i casi in cui si possa derogare al principio del pubblico concorso per l’instaurazione di rapporti di pubblico impiego. La giurisprudenza costituzionale è intervenuta più volte negli ultimi anni per valutare la legittimità di disposizioni (statali e regionali) che escludevano la regola del concorso per l’assunzione agli impieghi con la pubblica amministrazione, ovvero riservavano a personale già dipendente la partecipazione a concorsi per l’assunzione, ovvero garantivano scivolamenti automatici verso posizioni superiori (senza concorso o con concorsi interni per la totalità dei posti vacanti).

Gli approdi cui è pervenuta la Corte possono dirsi oramai consolidati.

Il concorso pubblico è la forma generale e ordinaria di reclutamento del personale della pubblica amministrazione, in quanto 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 (*ex plurimis*, sentenze n. 134 del 2014; n. 277, n. 137, n. 28 e n. 3 del 2013).

L'indefettibilità del concorso pubblico come canale di accesso pressoché esclusivo nei ruoli delle pubbliche amministrazioni non è assoluta. Ad essa tuttavia può derogarsi 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 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.

L'area delle eccezioni al principio del concorso è stata delimitata in modo assai rigoroso. Innanzi tutto va escluso che in tale area possano ricadere le posizioni dirigenziali (v. Corte cost., n. 37 del 2015). Sono inoltre ritenute legittime le sole deroghe giustificate dall'esigenza di garantire alla pubblica amministrazione specifiche competenze consolidate all'interno dell'amministrazione stessa e non acquisibili dall'esterno. Tale evenienza non ricorre in presenza di indiscriminate procedure di stabilizzazione del personale precario, prive cioè di riferimenti alla peculiarità delle competenze e funzioni di cui l'amministrazione abbisogna, e che, quindi, si risolvano in un privilegio a favore di categorie più o meno ampie di persone (sentenze n. 3 del 2013, n. 310 del 2011 n. 189 del 2011, n. 195 del 2010). La stabilizzazione di contratti di lavoro precario è peraltro ammissibile solo entro limiti percentuali tali da non pregiudicare il prevalente carattere aperto delle procedure di assunzione nei pubblici uffici (sentenze n. 7 del 2011, n. 235 del 2010).

Il principio del pubblico concorso – recentemente ribadito anche in relazione a norme regionali di generale e automatico reinquadramento del personale di enti di diritto privato nei ruoli di Regioni o enti pubblici regionali (sentenze n. 134 del 2014; n. 227 del 2013) – ricomprende non solo le ipotesi di assunzione di soggetti in precedenza estranei all'amministrazione. La Corte ha infatti precisato: *“la circostanza che il personale suscettibile di essere stabilizzato senza alcuna prova selettiva sia stato a suo tempo assunto con contratto a tempo determinato, sulla base di un pubblico concorso, per effetto della diversità di qualificazione richiesta delle assunzioni a termine rispetto a quelle a tempo indeterminato, non offre adeguata garanzia né della sussistenza della professionalità necessaria per il suo stabile inquadramento nei ruoli degli enti pubblici regionali, né del carattere necessariamente aperto delle procedure selettive”* (sentenze n. 235 del 2010; nello stesso senso, anche n. 127 del 2011; n. 28 del 2013).

In definitiva, la stabilizzazione senza concorso, in assenza di comprovate e insuperabili esigenze dell'ente pubblico, non è costituzionalmente legittima. Il Governo dovrà pertanto prudentemente verificare se la prospettata deroga al principio del pubblico concorso possa rientrare nell'area delle eccezioni consentite dall'articolo 97 della Costituzione.

La massima cautela s'impone a maggior ragione nel caso in esame, in cui la prospettata stabilizzazione sembra muovere – non dalle peculiari necessità funzionali al buon andamento dell'amministrazione richieste dalla giurisprudenza della Corte costituzionale - bensì dalla preoccupazione di tutelare le aspettative alla continuità del reddito dei “giudici onorari prorogati” (v., sul punto, il quesito).

b) Sotto altro profilo, la “stabilizzazione” dei “giudici onorari prorogati” potrebbe significarne la loro “professionalizzazione”, in una duplice e alternativa direzione: attraverso l’incardinamento nei ruoli della magistratura “togata”, ovvero con l’istituzione di un contingente (sia pure straordinario) di magistrati “onorari” assunti a tempo indeterminato.

In tal caso, alle considerazioni sopra svolte – sulle deroghe al principio del pubblico concorso che il Legislatore costituente ha circoscritto e delimitato in termini assai rigorosi – devono aggiungersi i seguenti ulteriori rilievi di ordine costituzionale.

La regola costituzionale della selezione concorsuale – punto di arrivo di un dibattito politico estremamente articolato in seno all’Assemblea Costituente – oltre ad essere strumento tecnico che *“concorre a rafforzare e a integrare l’indipendenza dei magistrati”* (così la sentenza della Corte n. 1 del 1967), è l’elemento qualificante della loro “legittimazione” istituzionale, come emerge dalla lettura sinergica degli articoli 101, 104 e 106 della Costituzione. In un modello costituzionale ispirato al principio di stretta legalità – dove il magistrato è estraneo al circuito della formazione dell’indirizzo politico – l’accertamento della capacità tecnica del magistrato (articolo 106, primo comma) è il presupposto indefettibile per attuare la soggezione del giudice soltanto alla legge (articolo 101, secondo comma), la quale a sua volta si realizza attraverso l’autonomia e l’indipendenza dell’ordine giudiziario (articolo 104, primo comma). In altri termini, il giudice è e deve essere prevalentemente un tecnico della legge, in quanto nell’esercizio della giurisdizione la sovranità popolare si esprime attraverso la

“mediazione” della legge in cui tipicamente quella sovranità si esplica.

Il secondo ed il terzo comma dell'articolo 106 della Costituzione disciplinano le modalità di nomina dei magistrati diversi dal concorso, rimettendone gli strumenti di attivazione alle valutazioni del Legislatore ordinario. Le deroghe al reclutamento per concorso dei magistrati ordinari rispondono a due fondamenti tassativi: nel caso dei giudici onorari, l'intento è quello di alleggerire il lavoro del magistrato professionale (assegnando ai primi la trattazione della giustizia c.d. “minore”); mentre, nel caso dei soggetti chiamati per meriti insigni all'ufficio di consigliere della Corte di cassazione, la finalità consiste nell'arricchimento della giurisdizione di legittimità attraverso il contributo professionale e accademico. Poiché, come si è detto, la scelta del concorso assume carattere di norma generale e di generale applicazione, i sistemi di nomina diversi dal concorso devono considerarsi eccezionali.

A seguito dell'attuazione dell'articolo 106 della Costituzione, la magistratura viene ad articolarsi attraverso due diverse strutture organizzative cui corrispondono i differenti *status* di coloro che vi sono preposti. Nella magistratura professionale, selezionata secondo criteri di capacità tecnica, i concorrenti dichiarati idonei all'esito del concorso instaurano con lo Stato un rapporto di pubblico impiego. Nella magistratura non professionale, il rapporto di servizio in quanto onorario – cioè privo dei connotati di continuità, esclusività e retribuzione tipici del pubblico impiego – è differente da quello professionale sul piano sia retributivo che amministrativo (sulla diversa posizione della magistratura non professionale, si vedano le seguenti decisioni della Corte costituzionale: sentenza n. 103 del

1998; ordinanze n. 479 del 2000, n. 379, n. 272 del 1999; n. 57 del 1990, n. 515 e n. 594 del 1989). Resta ferma ovviamente l'esigenza di rispettare le garanzie di indipendenza e di imparzialità costituzionalmente dovute per l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Nel quadro dei principi che derivano dalla scelta del concorso come criterio di assunzione dei magistrati, la *“professionalizzazione del giudice onorario prorogato”* appare preclusa in via assoluta, in quanto si verrebbe altrimenti ad alterare la configurazione tipica della struttura dell'ordine giudiziario.

Tale preclusione sussiste sia per l'ipotesi di collocamento nei ruoli dei giudici togati, sia viepiù per l'ipotesi della assunzione a tempo indeterminato nella qualifica di “giudice onorario”. L'accostamento tra il rapporto di pubblico impiego e il servizio onorario costituisce nel lessico giuridico un ossimoro. Peraltro, l'inserimento stabile del giudice onorario nella pianta organica della pubblica amministrazione deriverebbe dalla trasformazione di rapporti non di ruolo, e non instaurati *ab origine* mediante concorso, in una posizione di ruolo a tempo indeterminato che non esiste.

c) Può concepirsi un'ulteriore ipotesi astrattamente sussumibile nel termine “stabilizzazione”. Si potrebbe in particolare ipotizzare, per una parte dei giudici onorari in servizio, la mera *“conservazione dell'incarico in corso”* sino al conseguimento della età pensionabile. La fattispecie, invero, è stata già impiegata in passato dalla legge 18 maggio 1974, n. 217 con riguardo ai vice pretori onorari incaricati (*“Sistemazione giuridico-economica dei vice pretori onorari incaricati di funzioni giudiziarie ai sensi del secondo comma dell'articolo 32 dell'ordinamento giudiziario”*).

L'ipotesi offre una qualche possibilità operativa nei seguenti termini, anche se è rimessa in ogni caso al Legislatore.

Un rapporto è “onorario” quando il conferimento dell'ufficio avviene senza previo contratto di lavoro. La “continuazione” del rapporto di servizio onorario oltre il termine originario di durata resta (in astratto) “non professionale” – nel senso di non comportare l'instaurazione di un rapporto di impiego – se la norma ha cura di precisarne la permanente precarietà, ovvero la libera revocabilità in ogni tempo. Diversamente, l'incarico darebbe sostanzialmente luogo all'incardinamento in un ufficio.

La fattispecie normativa dovrebbe tuttavia essere attentamente calibrata, in quanto rischia di apparire elusiva dei tratti tipici (e costituzionalmente imposti) della funzione giurisdizionale onoraria, contraddistinta dal tempo determinato e dalla attribuzione un compito specifico. La Corte costituzionale – nel contesto (sia pure diverso da quello in esame) di una norma regionale che non prevedeva il concorso pubblico ai fini della successione di un ente pubblico nei rapporti di lavoro del personale già dipendente di un altro ente privato – ha ritenuto integrata la violazione dell'articolo 97 Cost., specificando che non poteva *“indurre a diversa conclusione l'espressa esclusione, sancita nella norma censurata, dell'instaurazione di un rapporto di pubblico impiego. Infatti, la prosecuzione del rapporto di lavoro con una pubblica amministrazione non può che risolversi nell'insorgenza di un rapporto di impiego pubblico alle dipendenze di quest'ultima”* (sentenza n. 134 del 2014). D'altra parte occorre segnalare che la Corte costituzionale non ebbe mai a sindacare la legittimità del richiamato precedente normativo del 1974 in relazione all'articolo 106 della Carta Fondamentale; difatti, con la sentenza n. 105 del 1983, la Corte

vagliò la legge n. 217 del 1974 con esclusivo riferimento al parametro rappresentato dall'articolo 3 della Costituzione nella parte in cui la disciplina legislativa dettata per i vice pretori incaricati non era stata estesa anche ai vice pretori reggenti.

3.1. Insussistenza di un vincolo europeo alla stabilizzazione.

È utile precisare – in risposta ad alcuni dei contributi fatti pervenire da diverse associazioni – che la stabilizzazione dei “giudici onorari prorogati” non è imposta dal diritto dell’Unione.

Nel pubblico impiego, in caso di violazione dei limiti temporali e quantitativi all’utilizzo del contratto a termine (illegittima apposizione del termine, proroga, rinnovo o ripetuta reiterazione *contra legem*), è precluso al giudice disporre la conversione del rapporto a tempo indeterminato, sussistendo soltanto il diritto del lavoratore al risarcimento dei danni subiti. Il divieto legislativo espresso – contenuto nell’articolo 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001 e confermato dall’articolo 29, comma 4, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81) – costituisce applicazione del vincolo costituzionale del concorso pubblico (art. 97 della Costituzione).

La diversità di tutele tra lavoro pubblico e privato – dove invece l’illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato comporta, in caso di violazione delle prescrizioni dettate dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, la conversione del rapporto (*ex plurimis*, Cass., 23 agosto 2006, n. 18378) – è stata ritenuta legittima non soltanto dalla Corte costituzionale (sentenza n. 89 del 2003), ma anche dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea. La Corte europea ha ritenuto la disciplina nazionale astrattamente compatibile con il diritto europeo, purché sia assicurata altra analoga misura

sanzionatoria effettiva, proporzionata e dissuasiva (Corte di Giustizia UE, ordinanza, 12 dicembre 2013, “Papalia”, in causa C-50/13, la quale si pone nel solco delle sentenze del 4 luglio 2006, “Adeneler” *et aliis*, in causa C-212/04, e del 7 settembre 2006, “Marrosu e Sardino”, in causa C-53/04). La clausola 5 dell’Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato (da ultimo, con riguardo al personale docente e amministrativo, tecnico ed ausiliario, cfr. la sentenza della Corte giustizia UE, sez. III, 26 novembre 2014, “Mascolo” *et aliis*, nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13).

Nell’ordinamento italiano l’effettività dell’apparato che sanziona l’abuso nel rinnovo dei contratti a tempo determinato è assicurato non solo dalla responsabilità amministrativa cui sono sottoposti i dirigenti che violino la disciplina imperativa dei collaborazioni flessibili con la pubblica amministrazione, ma anche dallo speciale regime risarcitorio che assicura al lavoratore pubblico un danno minimo presunto. A quest’ultimo riguardo, è utile ricordare che le Sezioni Unite (Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072) – pronunciatesi recentemente sui criteri da utilizzare per la liquidazione del danno subito nel caso di abusivo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte di una pubblica amministrazione – hanno statuito che *“la misura risarcitoria prevista dall’art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia UE (ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13), sicché, mentre va escluso - siccome*

incongruo - il ricorso ai criteri previsti per il licenziamento illegittimo, può farsi riferimento alla fattispecie omogenea di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come "danno comunitario", determinato tra un minimo ed un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto, senza che ne derivi una posizione di favore del lavoratore privato rispetto al dipendente pubblico, atteso che, per il primo, l'indennità forfetizzata limita il danno risarcibile, per il secondo, invece, agevola l'onere probatorio del danno subito".

In ogni caso, va sottolineato che, per quanto il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione sia un dato da tempo acquisito ai sensi dell'articolo 11 della Costituzione, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato che l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. L'ordine giudiziario, nella sua struttura costituzionale, deve essere caratterizzato dalla professionalità, in funzione della competenza tecnica e della imparzialità dell'intervento del giudice. Non vi è dubbio che l'articolo 106 della Costituzione esprima un principio supremo dell'ordinamento. Qualora l'applicazione del diritto dell'Unione europea comportasse l'ingresso – per la verità *"sommamente improbabile"* – nell'ordinamento giuridico di una regola contraria, ne conseguirebbe l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, nella parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi (così la Corte costituzionale nelle sentenze n. 232 del 1989, n. 170 del 1984 e n. 183 del 1973; da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017).

4. La “stabilizzazione” e la Legge.

Muovendo dal quadro dei principi generali sopra tratteggiati, occorre, a questo punto, passare all’esame della seconda parte del quesito posto dal Ministro della giustizia, ovvero se alla “stabilizzazione” dei magistrati onorari, ancorché nei ristretti limiti testé chiariti, possa provvedersi in sede di attuazione della Legge.

Sul punto la risposta è di segno negativo. Ed invero, ai sensi dell'articolo 76 della Costituzione, la legislazione delegante deve contenere l'indicazione degli “oggetti definiti” entro i quali unicamente è ammissibile la normazione delegata del Governo. Orbene, dal dato costituzionale si ricava, dunque, l’esistenza di un divieto, per il Governo-Legislatore delegato, di disciplinare “oggetti” diversi da quelli definiti nella delega, quand’anche tali oggetti possano considerarsi rientranti nell’alveo della stessa materia.

Ovviamente la Commissione non ignora l’esistenza di un consolidato orientamento della Corte costituzionale, anche di recente ribadito (Corte cost., 24 settembre 2015, n. 194, *sub* §. 4.1.), secondo cui “... *la previsione di cui all’art. 76 Cost. non osta all’emanazione, da parte del legislatore delegato, di norme che rappresentino un coerente sviluppo e un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, dovendosi escludere che la funzione del primo sia limitata ad una mera scansione linguistica di previsioni stabilite dal secondo ...*”. Sennonché il medesimo Giudice delle leggi al contempo ha precisato che “...*(i)l sindacato costituzionale sulla delega legislativa deve ... svolgersi attraverso un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, riguardanti, da un lato, le disposizioni che determinano l’oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla legge di delegazione e, dall’altro, le disposizioni stabilite dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e i criteri direttivi della delega.*”. In altri

termini, gli “*oggetti definiti*” debbono essere individuati in rigorosa correlazione con i principi e i criteri direttivi non essendovi, conseguentemente, spazi per una dilatazione dei confini della delega ad ambiti che si pongano al di là del perimetro della delega medesima, così come delineato dai sunnominati principi e dai criteri direttivi e dalle finalità poste a fondamento della legge di delegazione (v. anche le sentenze della Corte costituzionale 5 giugno 2015, n. 98 e 9 luglio 2015, n. 146).

Ancora più recentemente la Corte costituzionale ha ribadito i medesimi concetti nelle pronunce n. 59 del 23 marzo 2016 e n. 278 del 16 dicembre 2016, là dove si è, rispettivamente, chiarito che il Legislatore delegato ha sì margini di discrezionalità nell’attuazione della delega, a condizione che ne rispetti la *ratio* e che l’attività del delegato si inserisca in modo coerente nel complessivo quadro normativo; difatti, non osta all’emanazione, da parte del Legislatore delegato, di norme che rappresentino un coerente sviluppo e un completamento delle scelte espresse dal Legislatore delegante, dovendosi escludere che la funzione del primo sia limitata ad una mera scansione linguistica di previsioni stabilite dal secondo.

Insomma, secondo la Corte costituzionale va riconosciuta, in capo al Legislatore delegato, la potestà di svolgere una fisiologica attività nomopoietica di completamento e sviluppo della delega e, nondimeno, siffatta attività normativa giammai può travalicare l’alveo delle scelte di fondo operate dal Legislatore delegante e, tanto meno, travisare la *ratio* complessiva della delega.

Ad avviso della Commissione i riferiti principi enunciati dalla Corte costituzionale, ove calati nella fattispecie oggetto del quesito, conducono ad escludere che l’eventuale inserimento, in sede di

attuazione della delega, di una previsione sulla stabilizzazione dei magistrati onorari già in servizio, pur nei limiti sopra delineati, possa costituire un coerente sviluppo logico o un ragionevole completamento dei principi e criteri direttivi posti dalla Legge. Difatti, una soluzione del genere colliderebbe in maniera insuperabile con le chiare indicazioni di segno contrario, manifestamente desumibili proprio dal concreto contenuto dei criteri e dei principi della Legge nella parte relativa alla suddetta disciplina transitoria.

Non solo la Legge non accenna in alcuna previsione a stabilizzazioni di sorta, ma l'intero impianto della delega - ivi inclusi gli articoli 1, comma 1, lettera r), e 2, comma 17, numeri 2) e 3) - poggia inequivocamente su una nitida enunciazione del carattere di temporaneità degli incarichi dei magistrati onorari, temporaneità che tradizionalmente connota l'attività svolta e il ruolo assolto da tale Magistratura.

Il Legislatore delegante, certamente avveduto in ordine all'esistenza di un problema di patologico abuso della proroga dell'incarico onorario, ha nondimeno scelto di non contemplare alcuna forma di stabilizzazione, fissando al contrario, per i magistrati onorari in servizio, un limite di permanenza complessiva di quattro quadrienni, ossia per un tempo massimo di 16 anni (fatta salva la possibilità di ridurre la durata dell'ultimo quadriennio a un triennio, o ancora meno, per i magistrati che abbiano compiuto i 65 anni alla scadenza del terzo quadriennio).

In aggiunta alle considerazioni giuridiche sopra svolte, va anche osservato, per completezza di analisi, che dalla lettura della nota dell'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia, n. 3/4-33(2017), recante elementi integrativi, si apprende, tra l'altro, che l'attuale onere

finanziario per il pagamento delle indennità dei 4.984 magistrati onorari in servizio (GDP, GOT e VPO) è di complessivi 127 milioni di euro all'anno e che l'attuazione della Legge consentirà, a regime, ovvero a decorrere dall'anno 2021 (quando cioè cesserà il regime transitorio relativo al pagamento delle indennità spettanti ai magistrati onorari già in servizio), di ampliare il numero complessivo dei magistrati onorari sino a circa 8.000, per un costo stimato di circa 151 milioni di euro all'anno. Orbene è evidente che una qualunque ipotesi di stabilizzazione (anche a voler idealmente prescindere dalle dirimenti ragioni ostantive già evidenziate) comporterebbe un onere per le finanze pubbliche sensibilmente superiore ai ridetti stanziamenti di bilancio. Anche tali considerazioni inducono dunque ad escludere che la Legge possa consentire alcuna stabilizzazione.

Dovendo conclusivamente negarsi che sussistano margini d'intervento per qualunque forma di stabilizzazione della Magistratura onoraria in sede di attuazione della Legge, si ritiene che un'eventuale iniziativa in tal senso del Governo o del Parlamento dovrà essere necessariamente calata in un differente veicolo normativo. A questi fini si dovrà, pertanto, valutare quale sia la soluzione legislativa più idonea, tenendo conto delle possibilità di stabilizzazione, e dei correlati limiti, sopra rappresentati.

P.Q.M.

Nei sensi esposti nella suesposta motivazione è il parere della Commissione speciale.

GLI ESTENSORI

Gabriele Carlotti, Dario Simeoli

IL PRESIDENTE

Gianpiero Paolo Cirillo

IL SEGRETARIO

Maria Luisa Salvini