

**Memoria diretta al Consiglio di Stato in relazione alla richiesta di parere consultivo richiesto dal Ministro della Giustizia con riferimento alla riforma della magistratura onoraria.**

**Oggetto della memoria.**

1. Il Ministro della Giustizia, rispondendo all'interpellanza a risposta scritta n. 4-14151 presentata dal deputato On. Andrea Maestri ed altri, ha dichiarato di aver presentato al Supremo Organo della giustizia amministrativa un parere con il quale chiede *“se, in sede di attuazione dei citati criteri di delega in materia di disciplina transitoria, si possano predisporre – quanto meno relativamente a coloro che alla scadenza dei quattro quadrienni previsti dal citato comma 17 dell’art. 2 raggiungeranno un’età effettivamente incompatibile con un nuovo inserimento nel mercato del lavoro – misure di stabilizzazione con attribuzione dello statuto del pubblico impiegato”*.
2. Nella predetta interpellanza, pur riferendo di aver già rappresentato in altre sedi istituzionali *“l’apertura del Governo ad esplorare la possibilità di stabilizzazione dei magistrati onorari, che da tempo prestano il loro servizio in favore dello Stato”*, Il Ministro ha evocato tra le direttrici fondamentali declinate nella legge delega n. 57 del 2016 la previsione della *“intrinseca temporaneità dell’incarico, che costituisce elemento costituzionalmente necessario in ragione della natura onoraria dell’ufficio”*.
3. Con la presente memoria si intende fornire una valutazione critica in ordine:
  - ✓ alla correttezza dell'affermazione secondo la quale la temporaneità sarebbe un elemento *“costituzionalmente necessario”*, dell'incarico di magistrato onorario, che integra una caratteristica *“intrinseca”* di tale dell'incarico;
  - ✓ a quali possano essere i percorsi legislativi più idonei tra quelli praticabili per attuare la *“stabilizzazione dei magistrati onorari, che da tempo prestano il loro servizio in favore dello Stato”*.

**Il quadro costituzionale.**

4. La Costituzione prevede, all'art. 102 Cost., che la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario (comma 1) e che la legge può prevedere la partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia (comma 3), fattispecie che si realizza attraverso la presenza di giudici popolari nelle corti penali d'assise.
5. L'art. 106 Cost., prevede, all'interno dell'unico *genus* dei magistrati, già evocato al primo comma del citato art. 102, quattro *species*:
  - ✓ Magistrato nominato a seguito di concorso - *Art. 106, comma 1, Cost.*;
  - ✓ Magistrato nominato a titolo onorario per designazione elettiva (figura cui il legislatore ordinario non ha ritenuto di dare attuazione) - *Art. 106, comma 2, Cost.*;
  - ✓ Magistrato nominato a titolo onorario per designazione non elettiva (oggetto del parere richiesto a codesto On.le Consiglio) - *Art. 106, comma 2, Cost.*;

- ✓ Magistrato chiamato su designazione del Consiglio superiore della magistratura alle funzioni di Consigliere di Cassazione (previsione attuata con la Legge n. 303 del 1998) - Art. 106, comma 3, Cost..
- 3. Nessuna di tali figure, secondo il dettato della Costituzione, ha una titolarità temporanea delle funzioni; anzi tale temporaneità sembra contrastare col principio di inamovibilità (art. 107, comma 1, Cost.) e con il complesso delle tutele accordate ai soggetti titolari della funzione giudiziaria.
- 4. La natura temporanea dell'incarico sembrerebbe peraltro ipotizzabile con riferimento al magistrato onorario di nomina elettiva. Benché l'ordinamento conosca cariche elettive non temporanee (ad esempio i Senatori a vita nominati dal Capo dello Stato), non può, infatti, tralasciarsi la considerazione che un requisito – se non necessario – normale di un incarico elettivo è il periodico rinnovo del procedimento di designazione demandato alla collettività o all'organo titolare dell'elettorato attivo.
- 5. Seppure mai istituita dal legislatore ordinario, la figura del magistrato onorario elettivo costituisce un utile elemento di comparazione per cogliere il tratto distintivo del magistrato onorario non elettivo: l'assenza di un collegamento tra il titolare dell'incarico e il corpo elettorale – o l'organo rappresentativo del corpo elettorale cui è conferito il potere di nomina – che connota la designazione del magistrato onorario come atto politico sottoposto a periodica scadenza e a eventuale rinnovo del vincolo fiduciario.

#### **Le modalità di designazione del magistrato onorario.**

- 6. Sottratto alle mutevoli preferenze politiche della collettività o di organi dello Stato-apparato titolari della funzione politica, il magistrato onorario affermatosi nell'ordinamento vigente è designato dal Consiglio superiore della magistratura all'esito di un procedimento selettivo, per titoli comparativi, che ha natura esclusivamente amministrativa, tanto da essere sottoposto all'ordinario sindacato giurisdizionale sulla legittimità degli atti amministrativi, possibilità che sarebbe preclusa dalla connotazione politica della designazione.

#### **Identità del magistrato onorario.**

- 7. Escluso ogni vincolo politico-elettorale, deve anche escludersi che il magistrato onorario attui una funzione di osmosi tra ordine giudiziario e società civile, come avviene per i giudici popolari, essendo lo stesso concepito, al contrario, come magistrato professionale (attributo talvolta riferito, impropriamente, al solo magistrato di ruolo, in una diversa e più restrittiva accezione semantica che allude alla stabilità ed esclusività del rapporto di servizio del personale di carriera).
- 8. La professionalità della figura discende sia dai requisiti valutati per la nomina – ulteriori e diversi rispetto a quelli richiesti ai magistrati nominati tramite il concorso ordinario di cui all'art. 106, comma 1, Cost., riconducibili al possesso di una formazione giuridica specialistica di livello post-universitario – sia dalla circostanza che la porzione di giurisdizione civile e penale devolutale è esercitata secondo diritto (essendo ormai recessiva - e all'atto pratico infrequente - la giurisdizione secondo equità) e anche in materie amministrate dai magistrati di ruolo.

#### **Il dogma della temporaneità come attributo della categoria ordinante "magistrato onorario".**

9. Benché le citate disposizioni costituzionali contenute agli art. 106 e 107 della Costituzione, tanto più se lette in sistematica successione, individuino le differenze tra magistrato di ruolo e onorario nel tipo di selezione iniziale, occorre dare atto che rimane insistente, nel dibattito politico (meno in quello dottrinario, sostanzialmente disinteressatosi di tale figura, spesso associata con certa approssimazione e superficialità a quella del funzionario onorario), l'affermazione che l'incarico di magistrato onorario sia - o debba essere - connotato anche da un ulteriore elemento che prescinde dalle modalità di nomina: la temporaneità.
10. Tale requisito della temporaneità – non espressamente enunciato nella Costituzione – viene rintracciato nella categoria ordinante del “magistrato onorario”. Si asserisce, infatti, che il legislatore costituente, attraverso il semplice utilizzo della locuzione “magistrato onorario” nel corpo dell’art. 106 Cost., abbia evocato una categoria giuridica che annovera tra gli elementi caratteristici della figura magistratuale in parola la temporaneità.

#### **Temporaneità assoluta e temporaneità relativa.**

11. Occorre a tal punto precisare che il concetto di temporaneità, a sua volta, può essere sussunto sotto due diverse accezioni, con effetti sostanziali e giuridici ben diversi: una che potrebbe essere denominata “temporaneità assoluta”, intesa come conferimento di un incarico temporaneo non rieditabile o reiterabile per un limitato numero di volte di eguale durata o di durata comunque determinata (es. 3+3 anni, oppure 4+4+4+ anni, oppure 3+4+4+anni, ecc.); un'altra che potrebbe essere denominata “temporaneità relativa”, intesa come conferimento di un incarico temporaneo reiterabile alla scadenza per un indeterminato numero di volte (es. 4+4+4+4+...), o rinnovabile a tempo indeterminato al termine di un primo periodo determinato, compatibile con il continuativo esercizio delle funzioni giudiziarie onorarie sino al raggiungimento di una soglia anagrafica incompatibile con il loro ulteriore proseguimento (la c.d. continuità sino alla soglia pensionabile).

#### **Gli argomenti tradizionali a sostegno della necessaria temporaneità.**

12. Chi sostiene che la temporaneità sarebbe un requisito tipico della categoria ordinante in parola, asserisce che i Padri costituenti avrebbero preso a riferimento le figure all'epoca titolari di giurisdizione a titolo onorario (sostanzialmente il giudice conciliatore, antesignano del giudice di pace, e il vicepretore, antesignano del giudice onorario di tribunale), le quali sarebbero state già allora inquadrate a tempo determinato.
13. Un ulteriore argomento citato a favore di tale ricostruzione è l'asserita circostanza che anche dopo l'approvazione della Costituzione i magistrati onorari, via via istituiti nell'ordinamento, abbiano avuto una connotazione temporanea.
14. Si soggiunge, poi, che corroborerebbe tale tesi la riconducibilità della figura del magistrato onorario a quella del funzionario onorario, a sua volta ricostruita come categoria esponenziale di una serie di figure specifiche, tutte connotate dalla temporaneità dell'incarico conferito (la casistica è assai varia ed eterogenea: commissari straordinari, componenti dei seggi elettorali, ausiliari della polizia giudiziaria, officianti delle nozze su delega dell'ufficiale di stato civile, autisti di autovetture istituzionali destinate a autorità munite di dispositivi sonori e lampeggianti durante l'accensione dei predetti dispositivi, ecc.).

**Superamento del dogma della temporaneità del magistrato onorario, inteso come categoria precostituita preesistente ai formanti legislativo e giurisprudenziale.**

15. Ebbene, detta ricostruzione tradizionale, lungi dall'attingere ai formanti legislativo (e *in primis* alla Costituzione e alle fonti normative sovranazionali) e giurisprudenziale riferibili al magistrato e – in particolare – al magistrato onorario, prende a riferimento i requisiti normalmente tipici della diversa figura del funzionario onorario e alcuni luoghi comuni smentiti, invero, proprio dalle fonti legislative in cui si pretenderebbe di ravvisare il loro fondamento.
16. La più autorevole e ormai maggioritaria dottrina, infatti, seguita senza riserve dall'Adunanza plenaria e dalle Sezioni unite, ha messo in evidenza, con icastica metafora, come occorra *liberarsi dal letto di Procuste di categorie assunte come degli a priori, in quanto legittimamente configurate (e, al limite, rimodellate o accantonate), solo all'esito del procedimento interpretativo, ormai definitivamente libero dal preconcepto che il suo punto di riferimento oggettivo sia soltanto un sistema di enunciati posti.*
17. Un'ermeneutica che ricostruisca la categoria del magistrato onorario in coerenza con i vincoli costituzionali e sovranazionali, attingendo ai principi deontici del diritto vivente, non può eludere la necessità di leggere la categoria ordinante del magistrato onorario in una chiave moderna e costituzionalmente orientata.
18. Tale procedimento non conduce a negare il distinguo tra magistrato di carriera, nominato per concorso, e magistrato onorario, nominato per designazione istituzionale (peraltro sulla base di una procedura che, a rigore logico-giuridico, risulta anch'essa comparativa e competitiva e, quindi, concorsuale, ma di diverso tipo, in coerenza con la successiva attribuzione di funzioni differenziate o specificate), ma a negare soltanto quel requisito della temporaneità che non trovi – o non trovi più – conferma e legittimazione nel vigente ordinamento giuridico.

**Il funzionario onorario temporaneo non è un magistrato onorario e non gode delle guarentigie costituzionali che riguardano gli appartenenti all'ordine giudiziario.**

19. Completamente fuorviante appare, in tale prospettiva metodologica, un'esegesi che attinga elementi di verità alla categoria ordinante del funzionario onorario, soggetto titolare di funzioni demandate al potere amministrativo.
20. Il potere amministrativo si articola infatti in apparati, gerarchicamente organizzati, i cui organi e uffici sono sottoposti non solo alla legge, come avviene anche per il personale di magistratura (art. 101, comma 2, Cost.), ma anche a penetranti poteri di direzione politico-amministrativa cui sovrintende, in ultimo e più apicale grado, il Governo (art. 95, comma 1, Cost.).
21. Il funzionario onorario, diversamente dal magistrato onorario, va poi a soddisfare esigenze per loro natura transitorie (lavori elettorali, commissariamento, ecc.), mentre l'esercizio della funzione giudiziaria costituisce attività stabilmente coesistente all'esistenza dello Stato-comunità, che può tollerare la presenza di personale non di ruolo, a vocazione anche vicaria e sostitutiva (aspetto di per sé non dirimente, ove si pensi alla presenza dei magistrati distrettuali, titolari di funzioni vicarie pur se inquadrati nel ruolo ordinario della magistratura), ma non anche connotato da elementi di instabilità

economica o temporale che insidino il requisito dell'indipendenza, ontologicamente connaturato alla terzietà della funzione giudiziaria.

22. Più precisamente, il motivo ostativo a una precarizzazione del magistrato onorario è da rintracciarsi nell'impianto costituzionale conservatosi intatto dal 1948, che ha disegnato uno Stato-apparato a vocazione pluralista, in cui i magistrati sono autonomi, in quanto ordine giudiziario, da ogni altro potere, ma anche indipendenti, singolarmente, dagli altri magistrati o da elementi costrittivi esogeni all'organizzazione giudiziaria, tali da determinare una soggezione economica.
23. In coerenza con tale impostazione, l'unico distinguo evocato tra le quattro diverse figure contemplate all'art. 106 dalla Carta, è quello correlato al tipo di funzioni giudiziarie che esse possono esercitare.
24. L'unico vincolo costituzionale espresso, nel caso di nomina di magistrati reclutati al di fuori della procedura concorsuale tipica (prevista al comma 1), è quello che ad essi sia demandato l'esercizio delle sole funzioni giudiziarie attribuite a giudici singoli, nel caso si tratti di giudici onorari (comma 2), o delle sole funzioni collegiali di consigliere di Cassazione, nel caso si tratti magistrati designati per la chiamata diretta presso la Suprema Corte.
25. Immaginare un ulteriore vincolo costituzionale non scritto ed esplicitato nella Carta, consistente nella durata delimitata dell'incarico, significherebbe introdurre un elemento eterogeneo all'impianto costituzionale complessivo e incompatibile con esso.

**Il vero contenuto della legge ordinaria: la temporaneità è solo relativa e non assoluta e viene del tutto superata per gli ex vicepretori onorari.**

26. A conferma delle osservazioni che precedono e con esse coerenti appaiono proprio le leggi ordinarie succedutesi sino al 30 maggio 2016, le quali offrono spunti di riflessione sull'assenza, nel diritto vigente sino allo scorso anno, di elementi normativi da cui possa dedursi l'immanenza nell'ordinamento del magistrato onorario del requisito della temporaneità, per lo meno con riferimento alla sua variante più rigida, quella della temporaneità assoluta, che escluda anche la reiterabilità degli incarichi a tempo determinato.
27. Infatti i magistrati onorari non sono mai stati attinti da un regime di temporaneità assoluta del proprio incarico, in quanto da sempre esso è stato ritenuto rinnovabile alla scadenza. Un incarico temporaneo rinnovabile, infatti, pur rimanendo a tempo determinato, consente di affievolire quell'elemento di precarizzazione tipico dei rapporti di lavoro non rinnovabili alla scadenza, tutelando il magistrato ordinario e assicurandone una indipendenza, seppure ridotta.
28. E' anzi vero che la legge n. 217 del 1974 ha previsto il trattenimento in servizio sino all'età pensionabile di molti magistrati onorari in servizio presso le preture (successivamente soppresse e accorpate, unitamente al predetto personale, ai tribunali ordinari).
29. Le figure non incluse tra quelle beneficiarie della legge 217 del 1974 potevano, nondimeno, rinnovare l'incarico alla scadenza, per un numero di volte non predefinito e non limitato (così restando inquadrati

in un regime di temporaneità relativa che consentiva la continuità del servizio, di fatto a tempo indeterminato).

**1998: la riforma Carotti annuncia una riforma che non arriva.**

30. Contrariamente a quanto ipotizzato in alcuni disattenti commenti, tale impostazione non è stata modificata neppure a seguito del decreto legislativo n. 51 del 1998, il quale – nell’annunciare, senza disporla, la riforma della categoria – da un lato ha confermato il diritto di precedenza nella nomina ai soggetti già titolari di funzioni giudiziarie anche onorarie, di fatto incentivandone il trattenimento in servizio (vedasi l’art. 42-ter, comma 3, n. 1, dell’O.G. di cui al R.d. 12/1941, introdotto dal predetto decreto 51 del 1998), dall’altro ha previsto il mantenimento in servizio dei magistrati onorari di nuova nomina ben oltre un primo triennio (al termine del quale l’42-quinquies O.G. prevedeva l’avvio di una verifica volta alla conferma dell’incarico), ossia fino al successivo varo della riforma della magistratura onoraria, da attuarsi in osservanza alla disciplina costituzionale di cui all’art. 106 della Carta (così prevedeva espressamente l’art. 245 del cit. decreto 51/1998).
31. La riforma organica prefigurata dal citato art. 245 del Decreto legge 51 del 1998 doveva avvenire entro il 2 giugno 2004, termine più volte differito, da ultimo alla data, ormai superata, del 31 maggio 2016.
32. Il Consiglio superiore della magistratura e il Ministero della giustizia hanno talvolta alluso in propri atti alla presenza di una rimodulazione in chiave assoluta della temporaneità dei magistrati onorari addetti, dopo la soppressione delle preture, ai tribunali e alle procure; tale temporaneità assoluta si sarebbe articolata in due mandati temporanei triennali, il secondo dei quali non rinnovabile (a tale assunto si perviene attraverso una interpretazione estensiva ma errata dalla citata disposizione di cui all’art. 42-quinquies O.G., la quale recita: *“La nomina a giudice onorario di tribunale ha la durata di tre anni. Il titolare può essere confermato, alla scadenza, per una sola volta”*); tuttavia tale assunto è smentito dalla legge, essendo stata prevista dal legislatore del 1998 una prima valutazione di idoneità al proseguimento delle funzioni, dopo un primo periodo triennale, e non anche la durata triennale della predetta conferma; giova al riguardo osservare che d’altronde la durata dell’incarico successiva alla conferma suddetta, mai avrebbe potuto essere triennale, in quanto l’originario termine di durata delle disposizioni legislative introdotte dal citato decreto 51/1998, neppure avrebbero potuto consentire il trattenimento in servizio per sei anni (ossia per due trienni) dei magistrati onorari addetti ai tribunali, in quanto la complessiva efficacia di tali disposizioni era originariamente limitata a un periodo di cinque anni, quindi inferiore alla complessiva durata di due trienni continuativi.
33. Analoghe considerazioni valgono per la figura del giudice di pace; l’art. 7 della Legge 374/1991 dettava, infatti, una disciplina temporanea della durata degli incarichi, *“in attesa della complessiva riforma dell’ordinamento dei giudici di pace”*.
34. Tali precisazioni intendono dimostrare come nel diritto vigente mai vi sia stata, sino al 31 maggio 2016, una norma legislativa che vincolasse in termini assoluti e definitivi la durata degli incarichi dei magistrati onorari a due o più periodi pluriennali predeterminati; mentre si prevedeva il varo di una definitiva riforma rispettosa dei vincoli Costituzionali. In assenza di tale riforma organica, si è quindi provveduto al varo di continuativi differimenti della permanenza in servizio dei magistrati onorari,

senza più sottoporli, dopo il primo triennio, a periodiche procedure di conferma dell'incarico. Tali differimenti si sono succeduti sino al 31 maggio 2016, termine in cui è pervenuto a scadenza l'ultimo di essi.

**Il decreto legislativo 92/2016 dà attuazione alla legge delega 57/2016 introducendo la temporaneità assoluta; ma tale epilogo contrasta con la Costituzione e il diritto sovranazionale.**

35. Attualmente, tutti i magistrati onorari che erano in servizio a tale data (con la sola esclusione di quelli che avessero superato a tale epoca il sessantottesimo anno di età), dopo essere stati in parte reinquadrati nella nuova figura del giudice onorario di pace (nella quale confluiscono i giudici di pace e i giudici onorari di tribunale), in parte persistentemente designati con la denominazione già in uso di vice procuratori onorari, sono stati trattenuti - a domanda - nell'ordine giudiziario per un ulteriore quadriennio, in forza del decreto legislativo 92/2016, emesso in parziale applicazione della delega legislativa di cui alla L. 57/2016 (che però prevedeva espressamente la possibilità di ulteriori tre quadrienni oltre al primo, per i magistrati onorari in servizio, sino al raggiungimento del termine anagrafico di sessantotto anni).
36. È dunque questa proroga di ulteriori quattro anni la prima che prescinde da quel riordino della categoria, prefigurato dall'art. 245 del decreto 51/1998 e dall'art. 7 della Legge 374/1991, ma di fatto non più (o non ancora) attuato.
37. Prima di tale proroga quadriennale si attendeva dunque una riforma coerente con i vincoli Costituzionali (così prevedeva espressamente l'art. 245 citato, con un espresso richiamo all'art. 106 della Carta) che, invero, non più attuata entro il termine cogente del 31 maggio 2016, neppure si è attuata in seguito, tanto meno per opera della Legge delega 57/2016, di cui mancano i decreti attuativi e che, d'altronde, definisce principi e criteri direttivi non espressamente rispondenti ai superiori vincoli costituzionali, che impediscono il mantenimento di una magistratura precaria, e con quelli sovranazionali che oggi ne limitano fortemente anche l'inquadramento a tempo determinato, consentendo tale possibilità entro gli stringenti limiti dell'accordo quadro europeo sul lavoro a tempo determinato (ossia per soli 36 mesi).
38. Quanto precede dimostra come la natura a tempo determinato del rapporto di servizio del magistrato onorario, se intesa in senso assoluto (ossia come non rinnovabilità degli incarichi temporanei), seppure evocata da alcuni commentatori, e invero ravvisata anche in alcuni *obiter dicta* della giurisprudenza, non trova alcuna conferma nell'assetto ordinamentale vigente sino al 31 maggio 2016 e, in base ai vigenti vincoli costituzionali e sovranazionali, non risulta attualmente ammissibile, quand'anche contemplata dalla citata legge delega del 2016.

**La temporaneità assoluta, mai esistita in passato, non è attuabile neanche oggi, per lo meno con riferimento ai magistrati onorari già in servizio, perché contrasterebbe con la Costituzione e il diritto dell'unione europea.**

39. In conclusione, ipotizzare che la temporaneità costituisca un contenuto implicito della categoria ordinante del magistrato onorario, significa, dunque, non solo invertire il processo logico-giuridico che deve condurre alla ricostruzione di tale categoria partendo dal dato normativo, ma anche ignorare il

sistema di garanzie disegnato dai padri costituenti, i quali mai avrebbero “aperto il varco” alla possibilità di devolvere funzioni giudiziarie attribuite a giudici singoli (potenzialmente, quindi, tutte le funzioni attribuibili dalla legge ordinaria ai giudici monocratici!) a un giudice amovibile e sfornito di garanzie funzionali alla salvaguardia della neocostituita Repubblica democratica.

40. Escluso che siano mai esistiti sino a oggi giudici onorari attinti da una temporaneità assoluta, ossia non confermabili nell'esercizio delle relative funzioni, e accantonata la questione – che non interessa affrontare in questa sede – se possano essere – entro quali limiti e con quale fonte legislativa – istituiti giudici temporanei in futuro, si ritiene che nessuna disposizione costituzionale o sovranazionale pregiudichi l'inquadramento a tempo indeterminato dei magistrati onorari sino a oggi in servizio, per lo svolgimento delle sole funzioni attribuite a giudici singoli (e, *a fortiori*, per quelle attribuite ai pubblici ministeri che, a rigore, potrebbero essere addirittura individuati tra soggetti estranei all'ordine magistratuale, secondo una opzione non preclusa dalla Costituzione, che pure impone, all'art. 107, comma 4, garanzie coerenti con l'esercizio della funzione requirente).
41. Nella non creduta ipotesi che il Consiglio di Stato ritenesse la temporaneità assoluta del magistrato onorario possibile in base al dettato costituzionale (ad esempio accompagnando la cessazione dal servizio, in epoca antecedente l'età del collocamento a riposo, con adeguati “ammortizzatori” che salvaguardino – se non la compromessa inamovibilità di funzione – almeno l'indipendenza economica del magistrato temporaneo, ricollocandolo presso altro plesso dell'apparato pubblico in incarichi di equivalente o superiore rilevanza socio-economica) resterebbe da valutare la necessità di non ricorrere a tale modulazione del rapporto di servizio con riferimento a soggetti già immessi – prevalentemente da anni, decenni o da oltre 36 mesi – nel possesso delle funzioni giudiziarie, sotto l'egida di un diverso inquadramento, scandito da continue proroghe, per effetto delle quali, in tale esercizio di pubblici poteri, sono ormai stati stabilmente confermati.
42. In altre parole, volendosi prevedere per il futuro una magistratura onoraria dalla presenza realmente rarefatta e occasionale, o sostituirla con l'apporto già acquisito di giovani *stagisti* retribuiti, operanti all'interno di un percorso formativo di durata inferiore al triennio, dovrebbe comunque ritenersi coerente con i vincoli costituzionali e sovranazionali più volte richiamati il trattenimento sino all'età pensionabile dei magistrati già oggi in servizio, secondo la modalità già optata in passato dal legislatore ordinario, sia prima della novella costituzionale (i così detti “togliattini”, dal nome dell'allora Ministro della giustizia Togliatti) sia dopo il varo della Costituzione (a più riprese negli anni '70 con riferimento ai vicepretori onorari, ad opera della già citata L. 271/1974 e s.i.m.).
43. Tale soluzione salvaguarderebbe infatti aspettative più che ragionevoli dei magistrati onorari oggi in servizio, rafforzate e tutelate dalla direttiva europea sul lavoro a tempo determinato, la cui violazione condurrebbe il Governo italiano a sicura soccombenza nella relativa procedura di infrazione intentata dalla Commissione europea (che ha già esaurito la fase precontenziosa).

**L'indipendenza del magistrato onorario inquadrato a tempo indeterminato non invade le prerogative esclusive della magistratura di ruolo in materia di autonomia, autogoverno e funzioni direttive.**



44. Si è del parere che tale soluzione non implicherebbe invece alcuna invasione delle prerogative esclusive della magistratura di ruolo in materia di esercizio di funzioni direttive o presidenziali e di titolarità dell'elettorato presso gli organi di autogoverno.
45. La Costituzione, nel consentire al magistrato onorario l'esercizio di funzioni attribuite a giudici singoli, si riferisce con ogni evidenza alle sole funzioni giurisdizionali, intese in senso stretto, non anche a quelle funzioni ulteriori, di direzione di altri magistrati o di compartecipazione all'autogoverno, che non appaiono specificamente riferibili alle competenze del "giudice singolo".
46. Tali funzioni direttive o di autogoverno sono, invero, precluse agli stessi magistrati ordinari in tirocinio che, pur avendo superato il concorso di cui all'art. 106, comma 1, Cost., non abbiano conseguito il conferimento delle funzioni giudiziarie e, con esse, il definitivo accesso alla carriera giudiziaria e al correlato *cursus honorum*.
47. Le competenze di amministrazione del processo (ad esempio quelle evocate in Cons. St. sezione V Sent. 4 gennaio 2017 n. 10) o meta-giurisdizionali, come l'elettorato negli organi di autogoverno, non sono infatti coesenziali all'indipendente esercizio di funzioni giudiziarie specifiche e monocratiche da parte di ciascun singolo magistrato, ma solo all'autonomia dell'ordine giudiziario considerato nel suo complesso.
48. L'indipendente esercizio delle funzioni attribuite a ciascun singolo magistrato, infatti, è altra cosa rispetto all'autonomia dell'intero ordine giudiziario in cui il singolo magistrato (di ruolo o onorario) è inquadrato.
49. Dalla confusione tra i distinti concetti di indipendenza e autonomia discendono invero eccedentari arresti della Cassazione che, ricostruendo imprecisamente il concetto di ordine giudiziario, predicano addirittura l'estraneità a esso del magistrato onorario, per giustificare l'esclusione dai diritti elettorali presso gli organi di autogoverno o ammettere la revocabilità *ad libitum* della delega di funzioni giudiziarie conferitegli dal capo dell'ufficio (posizione, quest'ultima, corretta da un più illuminato ripensamento nomofilattico delle Sezioni unite, che ha ricondotto tale delega al di fuori degli schematismi civilistici).
50. L'indipendenza economica e morale – che diversamente dall'autonomia non è caratteristica del potere giudiziario considerato nel suo complesso, ma del singolo che tale potere esercita – si deve, invece, poter radicare in capo a tutti i magistrati indistintamente e singolarmente, inclusi quelli onorari che non appartengano al ruolo ordinario e al relativo *cursus honorum*.
51. L'Autonomia è invece riferibile non al singolo magistrato ma all'ordine giudiziario nel suo complesso, imponendo che la funzione di organizzazione e gestione dei magistrati e dei relativi procedimenti sia devoluta a organi che trovino nella compartecipazione dei componenti dell'ordine giudiziario un elemento qualificante prevalente.
52. In coerenza con tale assunto, l'autonomia dell'ordine giudiziario è affidata al Consiglio superiore della magistratura, organo composto non solo da magistrati ordinari, ma anche da elementi esterni all'ordine giudiziario, posti tuttavia in posizione quantitativamente minoritaria rispetto ai c.d. componenti togati.

53. Nessun vincolo costituzionale impone che i componenti togati di tale organo di rilevanza costituzionale siano eletti da (e fra) tutti gli appartenenti all'ordine giudiziario, ben potendo prevedersi limitazioni dell'elettorato sia attivo, sia passivo, coerenti coi principi che governano un ordinamento pluralista e democratico.
54. Esempi analoghi di consimili limitazioni si rinvencono nella stessa Costituzione, con riferimento alle Assemblee parlamentari, per le quali l'elettorato attivo e passivo consegue al compimento di soglie anagrafiche anche diverse da quella che segna il passaggio alla maggiore età.
55. La stabilizzazione della magistratura onoraria sotto il profilo della durata dell'incarico, pertanto, può essere realizzata al di fuori del ruolo della magistratura di carriera e non implica l'accesso – correlato all'appartenenza a tale ruolo – a diritti elettorali presso gli organi di autogoverno o a funzioni direttive.
56. Conclusivamente, sulla base delle predette considerazioni, si ritiene compatibile col dettato costituzionale e con i vincoli sovranazionali, il trattenimento in servizio sino all'età pensionabile del personale della magistratura onoraria sino a oggi in servizio, senza riconoscimento dell'elettorato attivo e passivo presso gli organi di autogoverno e senza l'accesso alle funzioni direttive, previo riconoscimento della retribuzione spettante al magistrato di tribunale e delle relative tutele in materia previdenziale, di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, e di collocamento in aspettativa per motivi di famiglia (L. 104/1992), di salute o elettorali.

#### **Limiti espliciti e contenuti impliciti della legge-delega 57/2016.**

57. Altra questione devoluta dal Ministero della giustizia al vaglio di codesto Consiglio di Stato è se possa procedersi con decreti legislativi emessi in attuazione della citata legge delega 57/2016 alla stabilizzazione dei magistrati onorari oggi in servizio.
58. Si pone al riguardo un problema di coordinamento tra i criteri della delega, i vincoli costituzionali e sovranazionali non esplicitamente soddisfacibili attraverso la pedissequa applicazione dei criteri predetti e il quadro ordinamentale in vigore prima del 31 maggio 2016.
59. Secondo la più verosimile delle interpretazioni, il Parlamento ha inteso delegare al Governo un complessivo riordino della magistratura onoraria, esteso anche al coordinamento con le discipline legislative preesistenti alla delega, tra cui la citata legge 271/1974 che ha stabilizzato parte del personale della magistratura onoraria.
60. Un indice evidente di tale volontà legislativa sembra ravvisabile nella circostanza che il termine di riordino della categoria evocato all'art. 245 del decreto legislativo n. 51 del 1998 è stato lasciato scadere senza differimenti ulteriori, sul presupposto che la riforma si sarebbe attuata per mezzo della legge delega e dei decreti legislativi ad essa collegati.
61. Deve tuttavia soggiungersi che i criteri indicati nella delega – per alcuni versi fin troppi specifici – appaiono invece assai generici proprio rispetto al coordinamento con i principi costituzionali e sovranazionali sopra richiamati e all'esistenza nell'ordinamento di figure già stabilizzate temporalmente.

62. La legge n. 57 del 2016, prevede infatti la possibilità di quattro ulteriori quadrienni per i magistrati onorari in servizio all'attualità, senza tuttavia distinguere la posizione di chi al termine del quarto incarico non abbia raggiunto l'età pensionabile e senza disciplinare la posizione dei magistrati onorari stabilizzati in forza della legge 271/1974 e quella dei magistrati onorari di più recente nomina per i quali sia stata comunque violata la già richiamata direttiva europea in ordine alla durata massima del rapporto di lavoro a tempo determinato (36 mesi).
63. La carenza di più adeguate precisazioni nella delega rende pertinente il richiamo di quella giurisprudenza costituzionale in cui la Consulta ha posto in evidenza (Sent. N. 199 del 2003) come *«la disposizione di cui all'art. 76 Cost. "non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante; va escluso, infatti, che le funzioni del legislatore delegato siano limitate ad una mera "scansione linguistica" delle previsioni dettate dal delegante, essendo consentito al primo di valutare le situazioni giuridiche da regolamentare e di effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di "riempimento" che lega i due livelli normativi, rispettivamente, della legge di delegazione e di quella delegata" (così, sentenza n. 308 del 2002; conformi: sentenze n. 198 del 1998, n. 117 del 1997, n. 4 del 1992)»*.
64. Secondo tale indicazione il legislatore delegato ben potrebbe "riempire" gli spazi non occupati dalla delega coordinandone l'attuazione anche con riferimento ai preesistenti ordinamenti delle varie figure di magistrato onorario interessate, incluse quelle contemplate nella legge 217/1974, di cui potrebbe estendere l'efficacia ai magistrati onorari in servizio all'attualità, ossia già attinti, sino al 31 maggio 2016, da un sistema di incarichi - temporanei ma – continuativi che escludeva interruzioni definitive e tassative del rapporto di servizio onorario.
65. Tale soluzione sembrerebbe coerente con quei vincoli sovranazionali che vietano l'abuso del rapporto di lavoro a tempo determinato ed attuerebbe un'interpretazione costituzionalmente orientata della delega legislativa.
66. La stabilizzazione proposta risulterebbe poi del tutto libera dalle implicazioni formali discendenti dai limiti strutturali della legge-delega se fosse realizzata, anziché attraverso i decreti delegati previsti dalla legge 57/2016, mediante una legge ordinaria, di cui il Governo potrebbe essere promotore, che integrasse la legge delega o che disponesse direttamente in ordine al regime transitorio applicabile ai magistrati onorari in servizio nell'ordinamento preesistente alla delega del 2016.
67. Tuttavia i tempi tecnici per il varo parlamentare di una legge ordinaria appaiono incompatibili con la scadenza ormai prossima della delega già emessa, fissata al 30 maggio 2017.
68. Si ritiene quindi che sussistano concreti presupposti di necessità e urgenza che giustificano il ricorso del Governo alla decretazione di urgenza: incompletezza dell'attuale assetto ordinamentale, sospeso tra sospensione delle discipline previgenti alla legge delega e assenza di decreti attuativi di quest'ultima; difficoltà di ricondurre i parametri della delega entro gli stringenti vincoli costituzionali, inclusi quelli sovranazionali vincolanti in forza dell'art. 117 Cost.; attribuzione ormai consolidata alla magistratura onoraria di funzioni non retrocedibili alla magistratura di carriera e delle quali occorre

garantire l'esercizio; indifferibilità delle tutele lavoristiche che competono ai magistrati onorari nella loro qualità di lavoratori già trattenuti nell'esercizio delle funzioni ad opera di interventi legislativi pregressi (nella maggiore parte dei casi per un termine superiore ai 36 mesi consentito dall'accordo europeo sul lavoro a tempo determinato); esposizione delle finanze pubbliche agli oneri di spesa correlati alle pretese risarcitorie attivabili dai magistrati onorari che non fossero risarciti, in forma specifica attraverso la stabilizzazione a tempo indeterminato, dei danni prodotti dal loro abusivo trattenimento in servizio oltre il termine triennale previsto dalla direttiva europea sul lavoro a tempo determinato.

69. Il ricorso del Governo alla decretazione d'urgenza, rimettendo al Parlamento, attraverso il meccanismo della conversione, la decisione finale sullo statuto dei magistrati onorari in servizio, consentirebbe anche di sottoporre alle Camere quel vaglio politico che non è stato completo in sede di approvazione della legge-delega, giacché il dibattito parlamentare volto alla approvazione di questa era stato affrettato e sommario, con un contingentamento dei tempi dei lavori parlamentari – imposto dalla maggioranza di Governo – che aveva di fatto compresso ogni effettiva opportunità di dibattito ed eluso il principio di leale collaborazione tra Parlamento e Governo (aspetto non incidente sulla validità del procedimento legislativo, ma di evidente rilevanza politica).