Ministero della Giustizia

Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi

Direzione Generale dei Magistrati

All'Avv. [redacted]
Via [redacted]
[redacted]
c/o Avv. Maria Paola Di Nicola
Via G. A. Badoero n. 82
00154 ROMA

m_dg.DOG.08/03/2016.0032636.U

Oggetto: atto di diffida e messa in mora volto ad ottenere la stabilizzazione del rapporto di lavoro in favore del Vice Procuratore Onorario dott.ssa [redacted] in servizio presso la Procura della Repubblica di [redacted]

L'istanza/diffida contiene, nella sostanza, rivendicazioni fondate sulla dedotta **natura di ''lavoro di fatto subordinato" del rapporto professionale intercorso e/o intercorrente tra Lei e l'Amministrazione, nonché sul diritto alla trasformazione dello stesso in una rapporto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato con la Pubblica Amministrazione, con decorrenza dal 3.1.2006 sino ad oggi.**

Deve concentrarsi l'attenzione sul richiamo, da Lei operato, agli elementi di fatto da cui, seguendo l'iter argomentativo sotteso alla rivendicazione, dovrebbe conseguire la qualificazione della figura professionale dei giudici onorari come veri e propri dipendenti dell'Amministrazione della Giustizia.

Trattasi, a ben vedere, di dati fattuali valorizzati al chiaro fine di individuare i requisiti strutturali tipici del rapporto che lega il magistrato onorario all'amministrazione della giustizia, con la pretesa, tuttavia, di introdurre profili ricostruttivi inediti nell'ambito di una relazione dinamica dalla natura tutt'altro che dubbia e non necessitante rinnovata analisi, in quanto pacificamente pertinente ad una funzione connotata da caratteristiche intrinseche, attribuzioni peculiari e limiti fissati dalla legge.

E' incontestabile, infatti, che il R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 inquadra i giudici onorari di tribunale ed i vice procuratori onorari tra i magistrati onorari (peraltro dando esecuzione al disposto di cui all'articolo 106 della Costituzione). In detta normativa si rinvengono quei profili sostanziali che la giurisprudenza ha più volte evidenziato come distinti rispetto a quelli valevoli ad individuare la nozione di pubblico dipendente **(cfr. Cass. Sez. Lav., 5 febbraio 2001, n. 1622).**

Sul punto, vale la pena richiamare il disposto di cui al comma 2 dell'articolo 4 del R.D. cit., il quale testualmente recita: *"appartengono all'ordine giudiziario come magistrati onorari i giudici conciliatori, i vice conciliatori, i giudici onorari di tribunale, i vice procuratori, gli esperti di tribunale e della sezione di corte di appello per i minorenni ed, inoltre, gli assessori della corte di cassazione e gli esperti della magistratura del lavoro nell'esercizio delle loro funzioni giudiziarie".*

L'attribuzione di funzioni giurisdizionali anche ai magistrati onorari, con l'inserimento di questi ultimi nell'Ordine Giudiziario, è circostanza emblematica di come il legislatore abbia consapevolmente previsto l'estensione a tale categoria dei doveri, delle responsabilità e dei controlli previsti per i magistrati professionali, mantenendo, tuttavia, i primi ontologicamente distinti dai secondi. Il termine *"onorario"* sta, appunto, ad indicare che a detta tipologia di magistrato è attribuita una funzione che non può essere inquadrata nell'ambito dell'ordinaria struttura dell'Amministrazione e che esula dal rapporto di lavoro subordinato del pubblico dipendente.

Non esiste, infatti, alcuna possibilità di equiparazione tra le funzioni ed i compiti propri della figura del magistrato ordinario e quelli di chi è investito di funzioni onorarie: la differenza viene sancita già dalla Costituzione, come ricordato, laddove l'art. 106, al primo comma, stabilisce che la nomina dei magistrati professionali può avvenire soltanto per concorso, risultando così collegata la stabilità di funzioni a tale strumento selettivo di ingresso ed escludendo, implicitamente, che tale caratterizzazione possa interessare anche i magistrati onorari, la cui nomina è contemplata, in via eventuale, dal secondo comma, ove, nel prevedere che essa possa essere anche elettiva, si sancisce una distinzione essenziale tra le due figure.

Al riguardo, occorre sottolineare che le discipline normative adottate rispettivamente per la magistratura togata e per quella onoraria costituiscono il frutto di un disegno organico che conserva la sua coerenza proprio in quanto preclusivo della possibilità di sovrapposizioni tra i due sistemi. A titolo esemplificativo, è sufficiente considerare che per i giudici di carriera non è prevista una retribuzione ragguagliata al numero dei provvedimenti emessi o al numero delle udienze cui abbiano partecipato.

"Situazioni diverse devono essere disciplinate in modo diverso, per evitare che un giudizio di forzata parificazione possa produrre, a sua volta, nuove e più gravi disparità di trattamento giuridico". In questi termini si è espressa la Corte Costituzionale. Il principio è stato ribadito anche dalla Corte di Cassazione, da ultimo con la sentenza a Sezioni Unite n. 7099 del 29 marzo 2011.

La figura del funzionario onorario si fonda essenzialmente sulla operatività di un rapporto di natura organica nell'ambito del quale, pur rilevandosi la presenza e l'attribuzione soggettiva di funzioni pubbliche, risultano, ciononostante, carenti gli

elementi caratterizzanti l'impiego pubblico. Infatti, in difetto di una organica disciplina della materia (allo stato non dettata dal legislatore), la figura in questione necessariamente assume una connotazione, per così dire, residuale rispetto a quello del pubblico impiegato, e la sua fisionomia può essere in concreto apprezzata solo (ed esclusivamente) attraverso una operazione di selezione delle numerose differenze esistenti con la fattispecie del pubblico impiego.

Più specificamente, i due rapporti si distinguono in base ai seguenti elementi:

- **la scelta del funzionario, che per le funzioni onorarie è effettuata sulla scorta di una valutazione meramente professionale/discrezionale, mentre nell'impiego pubblico viene effettuata normalmente all'esito di procedure concorsuali;**
- **l'inserimento nella struttura organizzativa della pubblica amministrazione, di carattere meramente funzionale per la funzione onoraria, strutturale e professionale per il pubblico impiegato;**
- **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 ricavata unicamente dall'atto di conferimento dell'incarico e dalla natura di tale incarico;**
- **il compenso, che, quanto alla funzione onoraria, ha natura meramente indennitaria e, in senso lato, di ristoro delle spese sostenute, con esclusione di qualsivoglia profilo retributivo, non configurandosi, contrariamente a quanto accade nel pubblico impiego, alcun rapporto sinallagmatico;**
- **la durata del rapporto che, di norma, è a tempo indeterminato nel pubblico impiego, a fronte della normale temporaneità dell'incarico onorario (cfr. Tribunale di Lecce, 22 ottobre 2010, n. 11721).**

Le caratteristiche del rapporto onorario, come sopra sinteticamente illustrate, valgono a fondare un rapporto di servizio che si colloca al di fuori dello schema tipico del pubblico impiego (Cass. Sez. Un. 8 gennaio 1975 n. 27, Cass., Sez. Un. 7 ottobre 1982 n. 5129, Cass. Sez. Un. 20 marzo 1985 n. 2033, Cass. Sez. Un. 14 gennaio 1002 n. 363 e Cass. Sez. Un. 17 febbraio 1994 n. 1556; cfr. fra le tante di merito Tribunale di Lecce, 22 ottobre 2010, n. 11721).

Nessuno dei rilievi da Lei svolti appare idoneo a confutare tale pacifico orientamento. Vale la pena considerare che proprio gli elementi da Lei ritenuti decisivi, quali l'assoggettamento al potere direttivo, organizzativo e disciplinare dei vertici dell'ufficio di Procura, la predeterminazione del compenso su base oraria, ovvero a tariffa, l'inserimento nell'organico della Procura (che è di fatto strutturale e non occasionale e neppure meramente funzionale e corrisponde allo svolgimento di attività professionali reali ed effettive), le proroghe annuali disposte per legge senza soluzione di continuità, sono, al contrario, da considerare dati obiettivi assolutamente significativi al fine di escludere la natura di rapporto subordinato con la Pubblica Amministrazione.

In generale, l'incardinamento dei magistrati onorari - *de facto* - nell'apparato organizzativo degli uffici giudiziari, l'osservanza, ad essi imposta, per quanto compatibile, dei doveri e delle medesime responsabilità previste per i magistrati ordinari, nonché la soggezione alle direttive generali dettate dal magistrato professionale, l'equiparazione di fatto delle funzioni esercitate a quelle fisiologicamente

devolute ai cd magistrati togati (salve le previste preclusioni), lo svolgimento di attività soggetta a rinnovi costanti, non sono connotazioni del rapporto valevoli a fondare il riconoscimento della natura di rapporto subordinato con la Pubblica Amministrazione e, conseguentemente, a legittimare la trasformazione del rapporto con lo Stato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Un ulteriore elemento di diversità è costituito dalla durata dell'attività dei magistrati onorari, in quanto l'ufficio è temporaneo - anche se soggetto a rinnovi ovvero a *"proroghe ex lege"*, comunque temporalmente stabilite, determinate da necessità contingenti e legate, comunque, alla riforma complessiva della magistratura onoraria -, a fronte della durata tendenzialmente indeterminata del pubblico impiego.

Nè elementi confermativi o, quantomeno, sintomatici di un mutamento di "direzione" da parte del legislatore circa la temporaneità della funzione si rinvengono nel recente schema di legge delega approvato dal Governo sulla riforma organica[1] della magistratura onoraria, ove viene anzi ribadito che trattasi di incarico a termine, sia nell'ipotesi di conferimento *ex novo*, sia con riferimento ai magistrati già in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legislativo.

Inoltre, la nomina non avviene a seguito di pubblico concorso, dal momento che il relativo decreto è emanato nel momento in cui si verifica una vacanza nell'organico e costituisce frutto di una scelta avente carattere professionale – discrezionale e non amministrativo-tecnico.

Infine, quanto al profilo retributivo, occorre sottolineare che la specialità del trattamento economico riservato ai magistrati onorari (collegato al numero dei provvedimenti emessi o al numero delle udienze cui abbiano partecipato o alla durata della permanenza in ufficio per l'espletamento delle attività di competenza) non è altro che il riflesso della natura della funzione. Sul punto, chiara è l'indicazione che si ricava dalle disposizioni normative che regolano la materia (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, e D.lvo 28 luglio 1989, n. 273, così come modificato dall'art. 3 bis del D.L. 2 ottobre 2008, n. 151), le quali stabiliscono che il corrispettivo per l'opera svolta è costituito non già da un compenso, ma da una indennità. Ed è evidente che l'autonomia concettuale e nominale della voce "indennità" non consente di operarne alcuna equiparazione allo stipendio del pubblico dipendente.

Tali principi sono stati ribaditi di recente: la possibilità riconosciuta ai magistrati onorari di esercitare la professione forense, la specialità del trattamento economico loro riservato e la sua cumulabilità con i trattamenti pensionistici si configurano quali condizioni obiettive ostative al riconoscimento in loro favore

[1] *"la riforma organica della magistratura onoraria è oggetto di un disegno di legge presentato dal Governo(AA 1738), approvato in sede referente dalla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica e di cui è stata chiesta la calendarizzazione. Le finalità dell'intervento all'esame del Parlamento rispondono all'esigenza di semplificare e razionalizzare la disciplina della magistratura onoraria con la predisposizione di uno statuto unitario che valorizzi la professionalità dei magistrati onorari. Questo anche in vista del loro impiego nell'ufficio del processo che statuisca in materia di durata della funzione. Tale ultima esigenza discende dalla consapevolezza di dover definitivamente superare la condizione di incertezza conseguente alle proroghe, che in modo disorganico si sono susseguite negli anni sotto la spinta dell'emergenza. E' stato dunque previsto che l'incarico di magistrato onorario debba avere indefettibile natura temporanea con una durata di quattro anni, prorogabili – previa positiva valutazione di professionalità – per ulteriori due quadrienni e, in ogni caso, non superiore a dodici anni"* (estratto testo risposta Ministro della Giustizia a "question time" On. Taglialatela del 12.2.2016).

delle posizioni giuridiche ed economiche previste per i giudici togati che svolgono professionalmente ed in via esclusiva funzioni giurisdizionali, il cui *status* è disciplinato sulla base di parametri completamente diversi (cfr. Tribunale di Roma, 12/10/2012, n. 16466; Tribunale di Avellino, 08/01/2013, n. 17; Corte d'Appello di Torino, sentenza n. 367/2015 pubblicata il 19/06/2014).

Gli operati richiami alla normativa ed alla giurisprudenza comunitarie non appaiono pertinenti al caso che ci occupa, in quanto presuppongono il riferimento ad un rapporto di lavoro subordinato già costituito e meritevole di stabilizzazione.

Sulla scorta di tali consolidati principi, si è dell'avviso di escludere il Suo diritto al riconoscimento di un rapporto subordinato a tempo indeterminato con l'Amministrazione della Giustizia per il periodo in cui ha svolto l'attività di magistrato onorario, e ad ogni effetto conseguente, economico, previdenziale ed assistenziale a carico dell'Amministrazione.

IL DIRETTORE GENERALE REGGENTE
Emilia FARGNOLI