



movimento per la riforma della magistratura onoraria

www.seiluglio.it

Torino, 20 marzo 2017

Spettabile

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Via Arenula, 70

00186 ROMA

a mezzo P.E.C.:

centrocifra.gabinetto@giustiziacert.it

capo.gabinetto@giustiziacert.it

archivio.legislativo@giustiziacert.it

a mezzo fax:

06.68897951

Alla c.a. dell'Ecc.mo Ministro Andrea Orlando

p.c. Eccellentissimo

CONSIGLIO DI STATO

SEZIONE SECONDA

SEZIONE CONSULTIVA PER GLI ATTI NORMATIVI

Piazza Capo di ferro

00100 ROMA

a mezzo P.E.C.:

cds_atti_sezseconda_cpa@pec.ga-cert.it

cds-sezioneprimaprotocolloamm@ga-cert.it

Alla c.a. dell'Ecc.mo Presidente Dott. Alessandro Pajno

del Presidente della sezione Seconda Dott. Prof. Gianpiero Paolo Cirillo

Oggetto: Ordine del giorno del 23 Marzo 2017 - Richiesta di parere da parte del Ministro della Giustizia Dott. Andrea Orlando in ordine ai decreti legislativi delegati di attuazione 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".

La scrivente associazione "Movimento 6 luglio" è stata costituita il 25 febbraio 2017 con il seguente scopo sociale: *"L'associazione non ha scopo di lucro, è estranea a qualsiasi attività o impresa commerciale o industriale e si pone come obiettivo la tutela dei magistrati onorari di tribunale e di pace e della corrispondenti figure professionali comunque denominate in cui siano essi trasformati all'esito dell'attuazione della riforma legislativa, anche attraverso riconoscimento giuridico e legislativo dei diritti fondamentali dei lavoratori, quali, a mero titolo di esempio, la previdenza, l'assistenza per malattia, le ferie, la tutela della genitorialità, il trattamento di fine rapporto e la prosecuzione dell'attività fino all'età pensionabile"* ed è diffusa su tutto il territorio nazionale".

In considerazione del parere di cui all'oggetto richiesto dal Ministro della Giustizia si ritiene di sottoporre all'attenzione del Ministro e dell'Ecc.mo Consiglio di Stato le seguenti osservazioni, confidando che siano ritenute meritevoli di esame al fine della redazione dei decreti legislativi attuativi della legge n. 57/2016.

Infatti il perseguimento dello scopo di tutela dei diritti e degli interessi dei magistrati onorari in generale e dei soci della scrivente associazione, coincide con quanto scritto dal Ministro nella risposta del 3 Marzo 2017 all'interrogazione n. 4-14581 del Dep. Andrea Maestri ed altri del 21.10.2016.

Il Ministro, infatti, scrive con parole chiare e inequivocabili che: **"La legge delega intende, inoltre, assicurare alla magistratura onoraria un complesso di tutele atto a garantire il rispetto delle indicazioni fornite dalla Commissione europea, salvaguardando l'effetto utile delle direttive europee sul lavoro a tempo parziale e determinato, sulla sicurezza e sulla salute del lavoro."**

Quanto giustamente indicato dal Ministro come scopo della legge delega corrisponde alle aspettative dei magistrati onorari rappresentati da questa Associazione e di tutti i magistrati onorari.

Innanzitutto se lo scopo della legge delega espressamente rivendicato dal Ministro consiste nel rendere conforme la disciplina della magistratura onoraria italiana con il diritto dell'Unione europea, ciò significa che la salvaguardia dell'effetto utile delle direttive europee sul lavoro a tempo parziale (1997/81/CE) e sul lavoro a tempo determinato (1999/70/CE) presuppone inequivocabilmente l'attribuzione di fatto e di diritto della qualificazione di *"lavoratori"* ai magistrati onorari.

1) LA NOZIONE DI LAVORATORE E L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ACCORDO QUADRO ALLEGATO ALLA DIRETTIVA 1999/70/CE. I PARAMETRI DELLA COMPARABILITÀ DELLA CLAUSOLA N. 2 DELL'ACCORDO QUADRO E LA LORO APPLICABILITÀ DEI MAGISTRATI ONORARI - LA FORMA E LA SOSTANZA DEL RAPPORTO CON LO STATO.

Ai fini dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 1999/70/CE, il *"lavoratore a tempo determinato"* - che è il soggetto tutelato dallo strumento - indica *"una persona con un contratto o un rapporto di lavoro definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore"*. La definizione è vincolante.

Ai fini dell'Accordo quadro, la persona che presta un'attività lavorativa a tempo determinato non può per questo solo fatto essere trattata in modo meno favorevole rispetto al *"lavoratore a tempo indeterminato comparabile"*. La definizione vincolante data a quest'ultimo soggetto è quella di *"lavoratore con un contratto o un rapporto di lavoro di durata indeterminata appartenente allo stesso stabilimento e addetto a lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze"*. Come si vede, **il contratto o rapporto di lavoro non deve essere necessariamente "dello stesso tipo" di quello del lavoratore a tempo determinato.**

Ai sensi dell'Accordo quadro, i **parametri per effettuare il giudizio di "comparabilità"** tra lavoratore a tempo determinato e lavoratore a tempo indeterminato comparabile si rinvencono nell'**appartenenza allo stesso stabilimento** e nella **sostanza del lavoro/occupazione svolti**, identici o anche soltanto simili, a **prescindere dalla tipologia contrattuale o dal tipo di rapporto lavorativo in cui i soggetti sono inseriti.**

Le definizioni di *"lavoratore a tempo determinato"* e di *"lavoratore a tempo indeterminato comparabile"* presenti nello strumento sono vincolanti anche per lo Stato italiano. Per quanto riguarda la definizione più generale di *"lavoratore"*, essa può essere elaborata a livello nazionale, ma tale definizione deve rispettare il contenuto dell'Accordo quadro. E non solo.

La CGUE ha infatti ammonito che *"il potere discrezionale concesso agli Stati membri (...) per definire le nozioni utilizzate nell'accordo quadro (...) non è illimitato. Come rilevato dall'avvocato generale nelle sue conclusioni, taluni termini impiegati in tale accordo possono essere definiti in conformità con il diritto e/o le prassi nazionali a condizione di rispettare l'effetto utile di tale direttiva e i principi generali del diritto dell'Unione"* (sentenza 1 marzo 2012, causa C-393/10).

La CGUE ha anche già da tempo affermato che la nozione di *"lavoratore"* definisce *"la sfera di applicazione di una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato e, come tale e per questo motivo, non può essere interpretata in modo restrittivo"* (sentenza 23 marzo 1982, causa 53/81; ma v. anche cause 66/85 e 139/85).

La CGUE chiarisce **come deve essere interpretata la nozione di “lavoratore” dagli Stati membri quando è in gioco un principio fondamentale del diritto dell’Unione.**

In quel caso si trattava della libertà di circolazione, ma si tratta di un ragionamento che vale ogni qualvolta sia in gioco un principio fondamentale del diritto dell’Unione a tutela del “lavoratore”, come nel caso dei magistrati onorari, che sotto tale profilo non differisce da altri casi.

In altre pronunce, la CGUE ha definitivamente stabilito che *“la definizione della nozione di «lavoratore a tempo determinato» ai sensi dell’accordo quadro, enunciata nella clausola 3, punto 1, di quest’ultimo, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro (sentenze Adeneler e a., EU:C:2006:443, punto 56; Della Rocca, EU:C:2013:235, punto 34, nonché Márquez Samohano, EU:C:2014:146, punto 38) e a prescindere dalla qualificazione del loro contratto in diritto nazionale (sentenza Angelidaki e a., da C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, punto 166)”* (sentenza 3 luglio 2014, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13).

Sono così individuati i criteri essenziali che denotano un rapporto di lavoro subordinato e che definiscono chi è da considerare “lavoratore”.

Nel caso dei magistrati onorari sussistono tutti i principali connotati caratteristici tipici della sussistenza di un rapporto subordinato con la pubblica amministrazione e che sono nell’ordine: a) scelta degli idonei mediante una selezione pubblica; b) redazione di graduatoria; c) atto amministrativo tipico di assunzione, cioè la “nomina”; d) esistenza di una “pianta organica”; e) soddisfacimento di fabbisogni durevoli e permanenti del Ministero; f) assoggettamento alla legge sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Anche il principio di cui all’Accordo quadro (Clausola 4, “Principio di non discriminazione”) costituisce un principio fondamentale del diritto dell’Unione europea.

Secondo la CGUE, si tratta di *“un principio di diritto sociale comunitario che non può essere interpretato in modo restrittivo”* (sentenza 13 settembre 2007, causa C-307/05) e come tale **non può essere svilito da un’interpretazione formalistica e ristretta** della nozione di “lavoratore”: nozione che in caso **deve invece essere interpretata estensivamente dagli Stati.**

Come si vede la C.G.E.U. adotta una impostazione tutt’altro che formalistica. **Non è il “nome” o il “titolo” dato al rapporto che vale a determinare quali principi e regole si applicano a un soggetto che svolge una determinata attività lavorativa, bensì il contenuto e le modalità di svolgimento di tale attività. La nozione di “lavoratore” deve quindi essere interpretata alla luce della sostanza - e non della forma - del rapporto in atto fra le persone e lo Stato italiano.**

In un’altra sentenza ha stabilito che. *“la natura giuridica sui generis del rapporto di lavoro riguardo al diritto nazionale [n.d.r.: ad esempio, la pretesa “onorarietà” del rapporto], come del resto la produttività più o meno elevata dell’interessato o l’origine delle risorse per la retribuzione o anche il livello limitato di quest’ultima*

non possono avere alcuna conseguenza sulla qualità di lavoratore ai sensi del diritto comunitario (...).

*La qualità di lavoratore dipende dalla valutazione **dei fatti**, ossia del riscontro del **carattere reale ed effettivo dell'attività** (sentenza 7 settembre 2004, causa C-456/02).*

La menzionata sentenza riconobbe a un ex tossicodipendente francese che effettuava a favore dell'Esercito della Salvezza belga e sotto la sua direzione varie prestazioni di circa 30 ore settimanali, nell'ambito di un progetto individuale di reinserimento, in cambio delle quali *"beneficiava di vantaggi in natura e di un po' di denaro per le piccole spese"* (par. 20 della sentenza cit.), i diritti riconosciuti a tutti i lavoratori.

Sebbene anche la legge delega n. 57/2016 si ostini a considerare il magistrato onorario titolare di un inserimento meramente *"funzionale"*, caratterizzato dalla *"temporaneità"* e dalla *"tendenziale gratuità"*, solo strumentalmente collegato a quell'immagine arcaica di colui che svolge *"una funzione che si presta non come attività professionale, ma come una partecipazione spontanea che esce dalle normali occupazioni della propria vita"*, è invece un dato di fatto (ormai storicamente acquisito e inconfutabile) che i magistrati onorari svolgono, in molti casi anche da circa venti anni e con continuità, un'attività reale ed effettiva (è anzi difficile trovare un'attività più reale ed effettiva dell'esercizio della giurisdizione), retribuita, sotto la direzione e il controllo dei Capi dell'ufficio, rispondendo non già a una prestazione *"spontanea"*, ma a obblighi di prestazione a favore dello Stato previsti per legge, al pari di qualsiasi altro lavoratore dipendente.

E' evidente che i magistrati onorari rientrano nell'ambito di applicazione soggettivo dell'Accordo quadro, dovendosi considerare *"lavoratori a tempo determinato"* ai sensi dello strumento comunitario, e potendosi considerare i magistrati ordinari impiegati negli uffici giudiziari *"lavoratori a tempo indeterminato comparabili"*, in quanto *"lavoratori con un contratto o rapporto di lavoro di durata indeterminata appartenenti allo stesso stabilimento e addetti a lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze"*.

Lo strumento comunitario offre quindi i parametri che consentono la comparazione tra i magistrati ordinari e magistrati onorari.

L'occupazione svolta dalle due figure è *identica o simile* e si tratta dell'esercizio di funzioni inquirenti e requirenti per i Vpo e giudicanti per i Got: le due categorie di magistrati, ordinari e onorari, esercitano in molti casi gli stessi poteri.

La definizione fornita dall'Accordo quadro ovviamente non richiede la completa equiparazione tra le due figure (anzi, il fatto che intercorrano tra le stesse delle differenze è insito nella stessa ragion d'essere dello strumento) e indica esplicitamente che l'esercizio comparativo non viene compromesso dal fatto che le figure in esame abbiano diverse *qualifiche* e *competenze*, di cui appunto si *"tiene conto"*. Ed è proprio quanto avviene per le due categorie di magistrati in discussione: i magistrati onorari e i magistrati ordinari hanno diverse *"qualifiche"*, in quanto hanno avuto accesso alla professione attraverso concorsi pubblici, ovvero procedimenti di selezione pubblica diversi e hanno diverse *"competenze"*, misurate appunto sulle rispettive qualifiche. Quindi ai fini dello strumento in esame, le due categorie sono

pacificamente comparabili e, pertanto, l'una non può essere discriminata rispetto all'altra.

Tra gli scopi dell'Accordo quadro, infatti, vi è quello di garantire il rispetto del divieto di discriminazione per quanto riguarda il lavoro a tempo determinato (Clausola 1, "Obiettivo"). A questo riguardo, la CGUE ha chiarito che *"tenuto conto dell'importanza del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, alle disposizioni previste dalla direttiva 1999/70 e dall'accordo quadro al fine di garantire ai lavoratori a tempo determinato di beneficiare degli stessi vantaggi riservati ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili, a meno che un trattamento differenziato non si giustifichi per ragioni oggettive, dev'essere riconosciuta una portata generale, in quanto costituiscono norme di diritto sociale comunitario di particolare importanza, di cui ogni lavoratore deve usufruire in quanto prescrizioni minime di tutela.*

Sull'obbligo di tutela dei diritti sociali garantito dalla Carta sociale europea e sancito dalla recente pronuncia del Comitato europeo dei diritti sociali del 5 luglio 2016, si rinvia al prosieguo (par. 7 della presente nota) anche per quanto attiene al valore di parametro interposto ai sensi dell'art. 117 della Costituzione.

Di conseguenza, la direttiva 1999/70 nonchè l'accordo quadro trovano applicazione nei confronti di tutti i lavoratori che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un rapporto di impiego a tempo determinato che li vincola al loro datore di lavoro.

La mera circostanza che un impiego sia qualificato come «di ruolo» in base all'ordinamento interno e presenti taluni aspetti caratterizzanti il pubblico impiego dello Stato membro interessato è priva di rilevanza sotto questo aspetto, pena rimettere seriamente in questione l'efficacia pratica della direttiva 1999/70 e quella dell'accordo quadro nonchè la loro applicazione uniforme negli Stati membri, riservando a questi ultimi la possibilità di escludere, a loro discrezione, talune categorie di persone dal beneficio della tutela voluta da tali strumenti comunitari" (sentenza 13 settembre 2007, causa C-307/05; ma v. anche causa C-151/02 e cause riunite da C-397/01 a C-403/01).

Si può quindi concludere su questo primo punto che *una persona come un magistrato onorario che, sotto la direzione e la sorveglianza del Ministero della Giustizia e a fronte di un periodico compenso di natura chiaramente retributiva, ha svolto per un determinato periodo di tempo e a seguito di selezione pubblica di carattere tecnico-amministrativo attività reali ed effettive consistenti nell'esercizio della giurisdizione, identiche o simili alle attività svolte da dipendenti pubblici titolari di un rapporto a tempo indeterminato appartenenti allo stesso stabilimento e tenuto conto delle rispettive qualifiche/competenze, deve essere considerato «lavoratore» per il diritto dell'Unione europea e, in particolare, «lavoratore a tempo determinato» ai sensi della Clausola 3, punto 1, dell'Accordo quadro, indipendentemente dalla natura giuridica sui generis del suo rapporto di impiego e dalla qualificazione giuridica di tale rapporto nel diritto interno.*

Pertanto i magistrati onorari sono lavoratori e ad essi si deve applicare la direttiva 1999/70/CE in esame.



2) LA NECESSITÀ CHE LA NORMATIVA ITALIANA SIA CONFORME CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E GARANTISCA L'ATTUAZIONE DELL'ACCORDO QUADRO SUL LAVORO A TEMPO DETERMINATO - LA CLAUSOLA 4 - GIUDICE "PROFESSIONALE" O "NON PROFESSIONALE".

Poiché, come chiaramente e giustamente ha scritto il Ministro, la legge di delega e i decreti legislativi delegati intendono assicurare l'effetto utile della Direttiva 1999/70/CE relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, occorre evitare di compiere lo stesso errore a suo tempo compiuto dall'art. 6 del D.Lgs. n. 386/2001 (*"Principio di non discriminazione"*), che ha infatti erroneamente trasposto la normativa comunitaria di cui alla clausola 4 della direttiva 1999/70 nell'ordinamento interno.

La clausola n. 4 citata ha **effetto diretto** ed è stata definita dalla CGUE come **formulata in maniera incondizionata e sufficientemente precisa nel suo punto 1, senza quindi la necessità di norme attuative a livello interno.**

Infatti, come già sopra evidenziato, l'Accordo quadro contiene alcune definizioni (Clausola 3, "Definizioni") che sono **vincolanti** per tutti gli Stati interessati. In particolare ai fini della definizione di *"lavoratore a tempo indeterminato comparabili"*, che la direttiva obbligatoriamente considera come *"lavoratori con un contratto o un rapporto di lavoro di durata indeterminata appartenenti allo stesso stabilimento e addetti a lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze"*; si esprime così una definizione assolutamente già presente nel diritto interno (art. 2094 c.c.).

Ciò detto, l'art. 6 del D.Lgs. n. 368/2001, infatti, afferma: *"Al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali - tuttavia e soltanto n.d.r. - quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine"*.

Tuttavia in tal modo il legislatore delegato dell'epoca **non solo non tenne conto della definizione vincolante contenuta nello strumento comunitario**, avvertendo fuori luogo la necessità di riformulare una definizione a livello interno, **ma lo fece anche modificando sostanzialmente e restringendo illegittimamente il campo di applicazione soggettivo dello strumento comunitario**, limitandolo arbitrariamente alle definizioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro.

Ora il limite e l'errore devono essere evitati.

La definizione vincolante contenuta nell'Accordo quadro indica infatti come parametri per effettuare il giudizio di "comparabilità" **l'appartenenza allo stesso stabilimento** e la **sostanza del lavoro/occupazione svolti**, che deve essere identico o simile, ma tutto ciò a prescindere dalla tipologia contrattuale o dal tipo di rapporto lavorativo in cui il soggetto è inserito.

Il D.Lgs. italiano di attuazione del 2001, invece, richiese addirittura e del tutto erroneamente che, per poter effettuare il giudizio di comparabilità, i lavoratori fossero *“inquadri nello stesso livello”* in forza di criteri di classificazione nazionali, facendo un ingiustificato riferimento al livello di inserimento (e quindi, indirettamente, anche alla tipologia del contratto) del soggetto, che è invece diversamente tutelato dalla direttiva.

Ai fini della redazione dei decreti delegati attuativi sul punto, è **necessario richiamare la posizione della CGUE in tema di norme di attuazione**, proprio per evitare pericolosi errori di formulazione delle norme.

In una causa in cui era in discussione proprio la Direttiva 1999/70/CE – e proprio con riferimento alla clausola dell’Accordo quadro relativa al principio di non discriminazione (Clausola 4) – la CGUE ha avuto modo più volte di chiarire che *“non si può escludere che uno Stato membro, che abbia in un primo momento voluto trasporre una direttiva e conformarsi ai suoi obblighi derivanti dal diritto dell’Unione, realizzi, in particolare a seguito di controversie portate dinanzi ai giudici nazionali o di un ricorso proposto alla Commissione in forza dell’art. 258 TFUE, che le disposizioni del suo diritto interno non hanno trasposto correttamente o in modo completo il diritto dell’Unione e devono pertanto essere modificate. (...)”*

L’obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di raggiungere il risultato previsto da quest’ultima nonché il loro dovere, ai sensi dell’art. 4, n. 3, TUE, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l’adempimento di tale obbligo (il c.d. effetto utile n.d.r.) valgono per tutti gli organi dei detti Stati, ivi compresi, nell’ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali. Obblighi siffatti gravano su tali autorità, ivi compreso, se del caso, nella loro qualità di datore di lavoro pubblico.

Qualora non possano procedere ad un’interpretazione e ad un’applicazione della normativa nazionale conformi alle prescrizioni del diritto dell’Unione, i giudici nazionali e gli organi dell’amministrazione hanno l’obbligo di applicare integralmente quest’ultimo e di tutelare i diritti che esso attribuisce ai singoli, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (v., in tal senso, sentenze 22 giugno 1989, causa 103/88, Costanzo, punto 33, e 14 ottobre 2010, causa C-243/09, Fuß, punto 63). (...).

Risulta da una giurisprudenza costante che, in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, (proprio come la direttiva 99/70/CE n.d.r.) tali disposizioni possono essere invocate dai singoli nei confronti dello Stato, anche in qualità di datore di lavoro (v., in tal senso, segnatamente, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall, punti 46 e 49; 20 marzo 2003, causa C-187/00, Kutz-Bauer, punti 69 e 71; 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact, punto 57). (...).

Peraltro, il divieto preciso stabilito dalla clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro non necessita l’emanazione di alcun atto delle istituzioni dell’Unione e non attribuisce affatto agli Stati membri la facoltà, in occasione della sua trasposizione in diritto nazionale, di

condizionare o di restringere la portata del diritto stabilito in materia di condizioni di impiego. (...).

Si deve parimenti rammentare che gli amministrati, qualora siano in grado di far valere una direttiva nei confronti dello Stato, possono farlo indipendentemente dalla veste nella quale questo agisce, come datore di lavoro o come pubblica autorità. In entrambi i casi, è opportuno evitare che lo Stato possa trarre vantaggio dalla sua inosservanza del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall, punto 49, nonché 12 luglio 1990, causa C-188/89, Foster e a., punto 17).

Ne consegue che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro è incondizionata e sufficientemente precisa da poter essere invocata dai singoli nei confronti dello Stato dinanzi ad un giudice nazionale" (sentenza 22 dicembre 2010, cause riunite C-444/09 e C-456/09).

Lo Stato Italiano per quanto attiene ai magistrati onorari ha tratto vantaggio ormai da molti anni dalla inosservanza della Direttiva.

In considerazione della giurisprudenza consolidata della CGUE testé citata va da sé che il D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, che intendeva dare attuazione alla Direttiva 1999/70/CE relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, nell'art. 6 ("Principio di non discriminazione") ha **indebitamente modificato l'ambito di applicazione soggettivo di tale principio fondamentale del diritto dell'Unione europea**, restringendone la portata soltanto nei confronti di lavoratori che siano "inquadri nello stesso livello" di altri "in forza di criteri di classificazione nazionali".

La conclusione è che: *non è compatibile con il diritto dell'Unione europea la normativa italiana attuale (art. 6 del D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368) che, intendendo dare attuazione alla Clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva 1999/70/CE, ha modificato la definizione di "lavoratore a tempo indeterminato comparabile" contenuta alla Clausola 2 dello strumento comunitario, restringendo l'ambito di applicazione soggettivo della Clausola 4 nel diritto italiano ai soggetti "inquadri nello stesso livello" di altri soggetti assunti a tempo determinato "in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva nazionale".*

Si impone di conseguenza che i decreti delegati della legge n. 57/2016 si limitino, al massimo, al recepimento ovvero al rinvio ricettizio della clausola 4 della direttiva sul lavoro a tempo determinato senza altro aggiungere che potrebbe essere soltanto elusivo degli obblighi che ne derivano.

Sotto il profilo testé esaminato è agevolmente risolvibile il problema, anzi il falso problema, della differenza tra giudici "professionali" e "non professionali" in quanto fondato su un equivoco assoluto, che ha sinora consentito allo Stato italiano di sottrarsi all'obbligo di risolvere numerose questioni, ivi compresa tra le altre quella retributiva.

Occorre chiarezza poiché, proprio ai fini della redazione dei decreti delegati la questione è della massima importanza, poiché dall'errore definitorio possono derivare conseguenze gravemente illegittime.

Non si può equivocare tra “*professional judge*” e “*not professional judge*” facendo rientrare nella prima definizione soltanto i magistrati ordinari e confinando i magistrati onorari nella seconda.

“*Professional*” è ogni giudice con formazione giuridica (quindi anche Got, Vpo e Giudici di pace) e “*non professional*”, cioè senza formazione giuridica, è un altro operatore che non ha una formazione giuridica in senso proprio (per es. esperti presso il giudice di sorveglianza, esperti presso le sezioni specializzate agrarie, componenti degli organi giudiziari per i minorenni o giudici onorari presso la Commissione Tributaria).

I giudici onorari come i got assegnati alle sezioni “*lavoro*” dei Tribunali - che si occupano dei affari civili non contenziosi (es. in materia di tutela di incapaci), di ricorsi in materia di diritto di asilo, di immigrazione o di procedimenti monitori e di esecuzioni anche di rilevante valore, svolgono istruttorie, dirigono udienze, redigono e pronunciano sentenze.

I vice procuratori onorari trattano quotidianamente: 1) Tutti i reati di competenza del Giudice di pace; 2) Tutti i reati di competenza del Tribunale in composizione monocratica a citazione diretta ex art. 550 c.p.p.; 3) I reati di competenza del Tribunale in composizione monocratica per i quali è prevista l’udienza preliminare, secondo l’elencazione meramente esemplificativa di seguito indicata (l’udienza di trattazione dibattimentale dei seguenti reati viene autorizzata con delega scritta per il singolo procedimento dal coordinatore dell’Ufficio):

- DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: art. 353 c.p. (turbata libertà degli incanti).

- DELITTI CONTRO L’AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA: art. 368 c.p. (calunnia); art. 372 c.p. (falsa testimonianza).

- DELITTI CONTRO LA FEDE PUBBLICA: art. 495 c.p. (false attestazioni ad un pubblico ufficiale sulla identità personale).

- DELITTI CONTRO LA FAMIGLIA: art. 582 c.p. (maltrattamenti in famiglia).

- DELITTI CONTRO LA PERSONA: art. 582-583, comma 1, c.p. (lesioni gravi); art. 589, commi 1 e 2, c.p. (in particolare fatti commessi in violazione delle norme sulla circolazione stradale e sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro); art. 591 c.p. (abbandono di persone incapaci); art. 595, comma 3, c.p. in relazione all’art. 13 legge 47/48 (diffamazione a mezzo stampa); art. 605, comma 1, c.p. (sequestro di persona); art. 612 bis c.p. (atti persecutori).

- DELITTI CONTRO IL PATRIMONIO: art. 628, commi 1 e 2, c.p. (rapina); art. 629, comma 1, c.p. (estorsione); art. 642 c.p. (truffa ai danni delle assicurazioni); art. 643 c.p. (circonvenzione di incapaci).

TRA LE LEGGI COMPLEMENTARI AL CODICE PENALE: art. 95 D.P.R. 115/2002: falsità o omissioni nelle dichiarazioni sostitutive, indicazioni o comunicazioni presentate in sede di richiesta di ammissione al Patrocinio a spese dello Stato.

E' ovvio che le attività di udienza implicano una serie di attività preparatorie di studio e l'adempimento di doveri e perfino l'esercizio di poteri esclusivi del Pubblico Ministero (e.g. modifica dell'imputazione ex art. 516 c.p.p.).

Si tratta in entrambi i casi senza alcun possibile equivoco di magistrati "professionali" che svolgono, sia pure ad altro livello di qualifica e competenze, funzioni identiche o comunque comparabili con quelle dei magistrati ordinari.

◇ ◇ ◇ ◇ ◇

3) LA NON CONFORMITÀ CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA DI UNA PREVISIONE LEGISLATIVA NAZIONALE QUALE UNICA "RAGIONE OGGETTIVA" AI SENSI DELLA CLAUSOLA 4 DELL'ACCORDO QUADRO PER LEGITTIMARE UN TRATTAMENTO DIVERSO DEI MAGISTRATI ONORARI RISPETTO A PERSONE APPARTENENTI ALLO STESSO STABILIMENTO E ADDETTE A UN'OCCUPAZIONE IDENTICA O SIMILE, TENUTO CONTO DELLE RISPETTIVE QUALIFICHE/COMPETENZE - ANCORA SULLA CLAUSOLA N. 4 DELLA DIRETTIVA 99/1970/CE - L'ILLEGITTIMITÀ DELLE MERE RAGIONI DI BILANCIO QUALE GIUSTIFICAZIONE PER NON DARE ATTUAZIONE ALLA DIRETTIVA.

La disposizione di cui alla Clausola 4 dell'Accordo quadro ("Principio di non discriminazione") implica, rispetto al principio in essa enunciato, una riserva relativa alle giustificazioni fondate su "ragioni oggettive". Si legge infatti al punto 1: *"Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive"*.

La CGUE ha già chiarito che *"l'applicazione di tale riserva può essere soggetta ad un sindacato giurisdizionale, talchè la possibilità di avvalersene [da parte dello Stato] non impedisce di considerare che la disposizione esaminata attribuisce ai singoli **diritti che possono far valere in giudizio e che i giudici nazionali devono tutelare** (sentenza 15 aprile 2008, causa C-268/06 e giurisprudenza ivi citata; per un esempio di un sindacato siffatto relativo alla nozione di ragioni oggettive nel contesto della Clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro, v. sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler e a., punti 58-75).*

La differenza di trattamento nelle condizioni di impiego tra i magistrati onorari e i magistrati ordinari è basata soltanto sull'arcaica, mera previsione e definizione legislativa dell' **"onorarietà" della funzione, ma non sono ravvisabili altre ragioni oggettive a giustificazione della disparità di trattamento tra le due categorie di magistrati.**

E' evidente che non può **costituire una "ragione oggettiva"** ai sensi della Clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro, come tale atta a giustificare la disparità di trattamento fra chi lavora (apparentemente) a tempo determinato e chi svolge funzioni comparabili (in quanto identiche o simili) a tempo indeterminato, **il fatto che tale disparità di trattamento sia prevista dalla legge nazionale**, che distingue le due

categorie con esclusivo riferimento alla diversa e astratta denominazione sulla cui base svolgono di fatto le stesse funzioni, diversamente retribuite nella misura delle rispettive qualifiche.

Su questo specifico punto, la giurisprudenza della CGUE è chiarissima. La nozione di *“ragione oggettiva”* ai sensi della Clausola 4, punto 1, *“deve essere intesa nel senso che essa non autorizza a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato per il fatto che quest’ultima sia prevista da una norma generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo.*

*Tale nozione richiede, al contrario, che la disparità di trattamento in causa sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s’inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità **risponda ad una reale necessità**, sia idonea a conseguire l’obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria.*

*Conseguentemente, occorre risolvere la (...) questione sollevata dichiarando che la clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa **osta all’introduzione di una disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, giustificata dalla mera circostanza che essa sia prevista da una disposizione legislativa o regolamentare di uno Stato membro (...)**” (sentenza 13 settembre 2007, causa C-307/05).*

Sulla questione della **“reale necessità”** alla quale, secondo la giurisprudenza citata, deve rispondere la disparità di trattamento tra le due categorie di lavoratori la CGUE ha ammonito che *“considerazioni di bilancio, sebbene possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata dei provvedimenti di tutela sociale che esso intende adottare, non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica”* (v., in tal senso, sentenze del 20 marzo 2003, Kutz-Bauer, C-187/00, punto 59, e del 10 marzo 2005, Nikoloudi, C-196/02, punto 53) e che *“motivi di natura economica non possono costituire motivi imperativi di interesse generale idonei a giustificare una limitazione di una libertà fondamentale garantita dal Trattato”* (v., per analogia, sentenze del 17 marzo 2005, Kranemann, C-109/04, punto 34 e giurisprudenza citata, nonché dell’11 marzo 2010, Attanasio Group, C-384/08, punto 55). Di talchè, **considerazioni relative all’onere che lo Stato italiano sarebbe chiamato a sostenere nel garantire ai magistrati onorari un trattamento non meno favorevole nelle condizioni di impiego rispetto ai lavoratori comparabili a tempo indeterminato, ovviamente in una misura proporzionata alle rispettive qualifiche/competenze e quindi senza equiparazione, non possono costituire una giustificazione alla limitazione di un principio fondamentale dell’Unione qual è quello di non discriminazione di cui alla Clausola 4.**

Conclusivamente sul punto, la corretta interpretazione del diritto dell’Unione europea impone che non: *può costituire “ragione oggettiva” ai sensi della Clausola 4, punto 1, dell’Accordo quadro, come tale atto a giustificare la disparità di trattamento fra i magistrati onorari e i magistrati ordinari che svolgono nelle stesse sedi funzioni identiche o simili a tempo indeterminato, la mera circostanza che tale disparità di trattamento sia prevista da disposizioni legislative e regolamentari nazionali che distinguono le due categorie esclusivamente sulla base del diverso*

“titolo” in base al quale esse sono assunte e svolgono di fatto le stesse funzioni, retribuite nella misura delle rispettive qualifiche/competenze.

Di conseguenza *i magistrati onorari hanno diritto a condizioni di impiego non meno favorevoli a quelle delle persone che negli stessi uffici svolgono funzioni identiche o simili a tempo indeterminato ai sensi della Clausola 4, punto 1, dell’Accordo quadro, nel rispetto del principio di proporzione e tenuto conto delle rispettive qualifiche/competenze, quindi senza equiparazione retributiva* - che non viene in questa sede rivendicata - *collegata allo sviluppo di carriera rispetto ai magistrati “di ruolo”.*

Infine ovviamente neppure valgono a costituire ragione oggettiva della discriminazione eventuali ragioni di bilancio.

◇ ◇ ◇ ◇ ◇

4) NON È CONFORME CON IL DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA UNA PREVISIONE LEGISLATIVA NAZIONALE GENERALE E ASTRATTA QUALE UNICA “RAGIONE OGGETTIVA” PER LEGITTIMARE IL RICORSO ABUSIVO A CONTRATTI A TEMPO DETERMINATO STIPULATI IN SUCCESSIONE - LA CLAUSOLA 5 DELL’ACCORDO QUADRO.

Obiettivo esplicito dell’Accordo quadro è quello di *“creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall’utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato”* (Clausola 1, “Obiettivi”, punto b).

Tuttavia i criteri stessi della legge delega sono in contrasto con tale obiettivo.

La Clausola 5 dell’Accordo quadro (“Misure di prevenzione degli abusi”), al punto 1, prevede che, per prevenire gli abusi derivanti dall’utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri siano obbligati a introdurre (quindi, in questo caso, con norme di attuazione della norma comunitaria) misure relative a:

“a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;

b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;

c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.”

I requisiti di cui alle lettere b) e c) della Clausola 5, punto 1, con la previsione della **durata massima dell’incarico e numero di rinnovi**, tuttavia, anche con la legge delega n. 57/2016 sono solo formalmente ma non sostanzialmente rispettati, tenuto conto della durata massima anche per i magistrati onorari già in servizio.

Quanto alla lettera a) è vano interrogarsi astrattamente sulla portata della nozione di “ragioni obiettive”. La normativa nazionale dovrà essere conforme al principio di proporzionalità e all’effetto utile dello strumento comunitario. Nella vigenza dell’art. 245 del D.Lgs. n. 51/1998 non era affatto così.

Ciò che desta maggiori dubbi è che anche nella legge di delega n. 57/2016 per **gli incarichi dei magistrati onorari non è indicata, alcuna ragione obiettiva a giustificazione del mero rinnovo dei rapporti, limitandosi semplicemente a rinnovarli senza ulteriori precisazioni in attesa dei decreti delegati attuativi.** Ma vi è di più e di palese equivocità. La legge delega lascia ai decreti delegati, di fatto, la predisposizione di *“misure di stabilizzazione”*.

Ripercorrendo allora quanto accaduto nell'ultimo biennio si nota che, la normativa nazionale, come letta nel combinato disposto dell'art. 1, comma 290, della precedente legge c.d. *“di stabilità”* (27 dicembre 2013, n. 147) e dell'art. 2-bis del D.L. 30 dicembre 2013, n. 150 che soltanto tre giorni dopo l'ha emendata, ha previsto semplicemente che *“i giudici onorari di tribunale e i vice procuratori onorari, per i quali non è consentita un'ulteriore conferma a norma dell'art. 42-quinquies, comma 1, dell'ordinamento giudiziario di cui al R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, sono ulteriormente prorogati nell'esercizio delle rispettive funzioni (soltanto n.d.r.) fino alla riforma organica della magistratura onoraria e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2015”*. Termine ulteriormente superato.

Ora la legge di delega stabilisce che i magistrati onorari, sottoposti alla procedura di conferma nell'incarico, possono rimanere in servizio fino alla definizione della procedura stessa, da concludersi nel termine di 24 mesi dalla costituzione della sezione autonoma del consiglio giudiziario nella nuova composizione prevista dal decreto allo studio.

La legge delega, nel formulare i principi ed i criteri direttivi che devono informare tale ambito di disciplina, ha previsto con l'art. 2, comma 17, lettera a), comma 2, che i magistrati onorari in servizio alla data di entrata in vigore del decreto possano essere confermati nell'incarico per quattro mandati ciascuno di durata quadriennale, prevedendo, altresì, il limite massimo del sessantottesimo anno di età (comma 4).

Siamo nell'illogicità e contraddittorietà più assolute. Non è consentita un'ulteriore conferma... ma tutti sono ulteriormente prorogati...”, oppure si prevedono, ma senza alcuna tutela sociale, rapporti a termine quadriennali che possono arrivare a sedici anni, ovvero per i magistrati onorari già in servizio addirittura a trentadue anni, con conferme in successione. E' soltanto un artificio semantico distinguere conferma da proroga.

Nel 2004, il giudice greco chiese alla CGUE *“se la clausola 5, punto 1, lett. a), dell'accordo quadro (...) debba essere interpretata nel senso che una ragione obiettiva per il ripetuto rinnovo o per la conclusione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, al di là dei motivi che dipendono dalla natura, dal tipo, dalle caratteristiche del lavoro prestato e da altre ragioni analoghe, è rappresentata dal semplice fatto che la stipulazione di un contratto a tempo determinato sia prevista da una disposizione legislativa o regolamentare”* (domanda pregiudiziale proposta alla CGUE ai sensi dell'art. 234 CE dal Monomeles Protodikeio Thessalonikis, con decisione dell'8 aprile 2004).

Su tale questione interpretativa riguardo alle «ragioni obiettive» che giustificano, secondo lo strumento comunitario, il rinnovo successivo del rapporto di lavoro a tempo determinato, la CGUE ha spiegato che, *“pur se gli Stati membri beneficiano (...) di un potere discrezionale in materia, nondimeno essi restano tenuti a garantire il risultato*

imposto dal diritto comunitario”, e che “la nozione di «ragioni obiettive» ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a), dell’accordo quadro deve essere intesa nel senso che si riferisce a circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare in questo particolare contesto l’utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi.

Tali circostanze possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle mansioni per l’espletamento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro. Ma quale finalità di politica sociale persegue la legge delega ?

Per contro (prosegue la CGUE) una disposizione nazionale che si limiti ad autorizzare, in modo generale e astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi non soddisferebbe i requisiti precisati nei due punti precedenti.

Infatti, una siffatta disposizione, di natura meramente formale e che non giustifica in modo specifico l’utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi con l’esistenza di fattori oggettivi relativi alle caratteristiche dell’attività interessata e alle condizioni del suo esercizio, comporta un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e non è pertanto compatibile con lo scopo e l’effettività dell’accordo quadro.

Quindi, il fatto di ammettere che una disposizione nazionale possa, di diritto e senza ulteriore precisazione, giustificare contratti di lavoro a tempo determinato successivi equivarrebbe a ignorare la finalità dell’accordo quadro, che consiste nel proteggere i lavoratori dall’instabilità dell’impiego, e svuotare il contenuto del principio secondo il quale contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro.

Più in particolare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato sulla sola base di una disposizione legislativa o regolamentare di carattere generale, senza relazione con il contenuto concreto dell’attività considerata, non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente a un’esigenza reale e sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e necessario a tale effetto.

Di conseguenza, sulla (...) questione si deve rispondere che la clausola 5, punto 1, lett. a), dell’accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta all’utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che sia giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro. Al contrario, la nozione di «ragioni obiettive» ai sensi di detta clausola esige che il ricorso a questo tipo particolare di rapporti di lavoro, quale previsto dalla normativa nazionale, sia giustificato dall’esistenza di elementi concreti relativi in particolare all’attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio” (sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04).

In vista di quanto statuito dalla CGUE, è palese che da un lato non solo la normativa nazionale dei c.d. "milleproroghe" è stata **palesemente contraria alla Clausola 5 dell'Accordo quadro**, perché **non ha contemplato alcuna misura di prevenzione degli abusi ai sensi del punto 1, lett. a)**, della clausola in questione; perché **non ha consentito di verificare concretamente, in modo obiettivo e trasparente, l'esistenza di un'esigenza reale di incarichi temporanei** ovvero altra giustificazione obiettiva per la durata determinata del rapporto con rinnovi successivi e ha autorizzato, di fatto, il rinnovo di incarichi lavorativi a tempo determinato, *da molti anni e senza alcuna tutela, a copertura di ruoli effettivamente vacanti nell'organico complessivo della magistratura alla data in cui interveniva il rinnovo* e per i quali non sono state indette dallo Stato prove concorsuali per il fabbisogno effettivo, continuando con proroghe infinite.

Ma neppure la legge delega n. 57/2016 ha risolto il problema.

Infatti, seppure in astratto, la nomina iniziale a magistrati onorari avrà una durata determinata e il titolare potrà essere confermato, la lettera b) (durata massima dell'incarico) e la lettera c) (numero massimo dei rinnovi) della clausola 5 saranno soltanto in apparenza soddisfatte, mentre l'obbligo comunitario di prevenzione degli abusi, sarà comunque violato, non fosse altro che per la durata complessiva raggiungibile degli incarichi, che è in palese contrasto con il criterio oggettivo comunitario della eccezionalità dei rapporti a termine (mentre per i magistrati onorari l'esigenza è fisiologica e permanente) ed aggravata dal rifiuto di ogni riconoscimento dei diritti sociali.

Il diritto comunitario impone invece agli Stati membri, anche di risarcire il danno causato ai singoli a causa della mancata attuazione di una direttiva laddove siano soddisfatte tutte e tre seguenti condizioni (che sono peraltro pacificamente soddisfatte nel caso di specie):

1) che la direttiva abbia lo scopo di attribuire diritti a favore dei singoli; 2) che sia possibile individuare il contenuto di tali diritti sulla base delle disposizioni della direttiva; e 3) che esista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato membro e il danno subito (v. sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, punto 27).

Lo Stato italiano sinora ha soltanto astrattamente previsto per i magistrati onorari le misure di cui alle lett. b) e c) del punto 1 della Clausola 5, tuttavia ripetutamente vanificandole con una normativa di perenne proroga, e ancora oggi non ha previsto alcuna misura ai sensi della lett. a) della stessa clausola. Questo, nonostante la CGUE abbia chiarito che l'Accordo quadro *"impone agli Stati membri di adottare"* - e quindi anche di non vanificare - *"almeno una delle misure elencate nella clausola 5, punto 1, lett. a)-c), dell'accordo quadro, che sono dirette a prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti e rapporti di lavoro a tempo determinato successivi"* (sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04).

Considerato quanto fin qui esposto, è di palese evidenza che non è *compatibile con la Clausola 5, punto 1, lett. a), b) e c), dell'Accordo quadro* la normativa italiana che, *senza espletare procedure concorsuali per il numero effettivo dei posti*

complessivamente vacanti nell'organico della magistratura ordinaria "di ruolo" che svolge funzioni simili o identiche ai magistrati onorari negli stessi uffici, perseveranti nel prorogare di fatto del rapporto dei magistrati onorari con il loro datore di lavoro, ma senza definire criteri obiettivi e trasparenti che tengano conto se tali proroghe o conferme successive corrispondano effettivamente a un'esigenza reale, ma temporanea e non permanente, siano idonee e necessarie a tal fine, nonché senza prevedere di fatto alcuna misura diretta a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo ai rinnovi (ovvero vanificando le misure di prevenzione in astratto previste).

Si impone pertanto che i decreti delegati siano emanati a salvaguardia *dell'obbligo di rispettare l'effetto utile dell'Accordo quadro a far data dal 10 luglio 2001; che impone di dichiarare il rapporto dei magistrati onorari attualmente in servizio con il loro datore di lavoro quale rapporto di lavoro a tempo indeterminato, dal momento che tale rapporto è stato rinnovato - dopo la data fissata per il recepimento dell'Accordo quadro - oltre il numero di rinnovi consentito dalla stessa legislazione nazionale vigente sull'ordinamento giudiziario, che solo astrattamente previene gli abusi ai sensi della Clausola 5, ma di fatto ne ha vanificato ripetutamente gli effetti.*

◇ ◇ ◇ ◇ ◇

5) IL RICORSO DA PARTE DELLO STATO ITALIANO A CONTRATTI A TEMPO DETERMINATO STIPULATI IN SUCCESSIONE PER SODDISFARE "FABBISOGNI PERMANENTI E DUREVOLI" A FRONTE DELLA MANCANZA STRUTTURALE DI POSTI DI PERSONALE DI RUOLO NELL'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA E' IN CONTRASTO CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA - ANCORA SULLA CLAUSOLA N. 5.

Quanto al "divieto di conversione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi in contratti a tempo indeterminato previsto dalla disposizione di diritto interno (...)si pone il problema della compatibilità con il principio dell'effettività del diritto comunitario e con la finalità del combinato disposto delle clausole 5, [punti] 1 e 2, e 1 dell'accordo quadro (...), qualora tali contratti vengano, sì, stipulati a tempo determinato per soddisfare un bisogno straordinario (...) del datore di lavoro, **ma, effettivamente, con il fine di far fronte ad un suo fabbisogno permanente e durevole**" (domanda pregiudiziale proposta dal Monomeles Protodikeio Thessalonikis con decisione dell'8 aprile 2004 sopra cit.).

Il sistema delle conferme quadriennali di cui alla legge delega soltanto astrattamente e formalisticamente potrebbe far pensare a un'esigenza straordinaria, ma è un dato di fatto che il massiccio lavoro giudiziario affidato ai magistrati onorari (per numero dei medesimi e per qualità del lavoro prestato) risponde inequivocabilmente a un fabbisogno permanente e durevole dello Stato italiano.

In proposito si osserva che il lavoro giudiziario evaso dai got e dai vpo è ben superiore a quello indicato dalla sommaria analisi di impatto della regolamentazione resa dal Ministero.

Innanzitutto allorché si fanno delle stime occorre assumere un campione di indagine "significativo", altrimenti l'errore è inevitabile.

L'analisi di impatto del Ministero afferma che i got e i vpo evadono *“una percentuale compresa tra il 10 e il 30 per cento del totale”*. Non si sa quale sia il campione utilizzato dagli uffici statistici del Ministero della giustizia, ma tali dati sono frontalmente contraddetti dalle relazioni dei Capi degli uffici (Tribunali e Procure della Repubblica) dalle quali si ricava che, per esempio, per quanto riguarda le Procure (si vedano le relazioni di Milano, Torino, Salerno) la percentuale del lavoro dei vpo si attesta fra l'80 e il 90 per cento del totale; mentre per i got si attesta fra il 30 e il 40 per cento in media. Con riferimento ai Giudici di Pace, invece, i dati del censimento del Ministero della Giustizia rappresentano fedelmente l'impatto del lavoro giudiziario evaso. Con riferimento alla giustizia civile, anno giudiziario 1.7.2013-30.6.2014, i Giudici di Pace hanno definito 1.344.081 procedimenti contro i 2.991.046 procedimenti definiti nello stesso periodo dai Tribunali Ordinari.

Tutto ci dice che si tratta del soddisfacimento di un fabbisogno non occasionale e patologico, ma permanente, durevole e fisiologico al quale i magistrati onorari fanno fronte chi da dieci, chi da quindici, venti e anche più anni.

In proposito la CGUE ha sancito che *“l'accordo quadro deve essere interpretato nel senso che, qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non preveda nel settore considerato altra misura effettiva per evitare e, se del caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, l'accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta (...) di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, (ed è proprio il caso italiano dei magistrati onorari n.d.r.) hanno avuto il fine di soddisfare «fabbisogni permanenti e durevoli» del datore di lavoro e che devono essere considerati abusivi”* (sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04).

La CGUE ha ammonito che, in assenza di procedure concorsuali che pongano fine a una situazione di sostituzioni solo in apparenza temporanee per carenza di personale a tempo indeterminato, *la normativa nazionale che di fatto autorizzi indefinitamente il rinnovo di rapporti di lavoro successivi al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, a causa della mancanza strutturale di posti di personale di ruolo nello Stato membro considerato, è in contrasto - e quindi viola - la Clausola 5, punto 1, lett. a)* (sentenza 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13).

Alla luce di quanto fin qui esposto, il legislatore delegato deve tenere conto del fatto che *la normativa nazionale che, a fronte della previsione di procedure concorsuali per l'inserimento in organico di magistrati ordinari “di ruolo” soltanto per un numero che è stato di gran lunga inferiore ai ruoli effettivamente necessari e previsti per rispondere al carico di lavoro della magistratura italiana nel suo complesso, ha autorizzato l'utilizzo dei magistrati onorari inserendoli ad altro titolo e a tempo determinato, ma in modo continuamente e indefinitamente reiterato, per svolgere funzioni identiche o simili a quelle dei magistrati ordinari “di ruolo” addetti allo stesso ufficio, rispondendo a fabbisogni permanenti e durevoli dello Stato, ed escludendo per di più qualsiasi possibilità, per gli stessi magistrati onorari, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa delle continue*

proroghe, non ha previsto altra misura diretta a sanzionare il ricorso abusivo a siffatte proroghe, è stata assunta in passato e sarebbe tuttora assunta in violazione della Clausola 5, punto 1, lett. a), dell'Accordo quadro e, pertanto, deve essere disapplicata in ogni sua accezione difforme e contraria allo scopo di detta clausola, privilegiando per quanto possibile una sua interpretazione conforme alla norma comunitaria.

Ciò in pratica significa soltanto che l'unico rimedio non può essere altro che la stabilizzazione, poiché tra i magistrati onorari e il loro datore di lavoro (il Ministero della Giustizia) è intercorso un rapporto di lavoro subordinato e a tempo indeterminato, ma privo di ogni diritto di tutela sociale, previdenziale e assistenziale connessa alle prestazioni già rese durante il rapporto intercorso di fatto.

Si tratta in conclusione di disciplinare una *situazione di fatto*, già esistente, ma non è richiesta alcuna trasformazione del rapporto con l'amministrazione, in un rapporto della stessa natura e tipologia di quello dei magistrati ordinari, ma soltanto l'applicazione del principio di non discriminazione contenuto nella Clausola 4 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 1999/70/CE.

La durata indeterminata del rapporto con l'amministrazione è imposta dalla giurisprudenza della C.G.U.E., essendo stati i magistrati onorari prorogati con rapporti a termine successivi in manifesta violazione della Clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 1999/70/CE (ovvero vanificando le misure preventive degli abusi in astratto previste dall'ordinamento italiano) e per di più senza alcuna possibilità di ottenere il risarcimento del danno ovvero altra forma compensativa di carattere riparatorio a fronte dell'illecito comunitario.

E' soltanto parzialmente vero che le richieste delle associazioni di categoria abbiano trovato riscontro nella legge delega, poiché anche quest'ultima disattende l'obbligo di garantire appunto l' "effetto utile" delle direttive sul lavoro a tempo determinato e sul lavoro a tempo parziale e come si vedrà anche la Carta europea dei diritti sociali.

La prova sta nella stessa previsione di un limite massimo di mandati (ben quattro per complessivi 16 anni) e di un'età anagrafica per tutti i magistrati onorari già in servizio.

La giustificazione addotta per cui una disposizione legislativa che stabilizzi tutti i magistrati onorari in servizio sino all'età pensionabile sarebbe in contrasto con la natura "onoraria" dell'incarico non regge, da qualunque punto di vista si voglia osservare la situazione con onestà intellettuale ed è quanto di più contraddittorio avrebbe potuto essere dichiarato.

E' palesemente contraddittorio che il Ministro rivendichi espressamente di perseguire lo scopo di garantire l'effetto utile della direttiva sul lavoro a tempo parziale e di quella sul lavoro a tempo determinato e poi si aggrappi al desueto, falso concetto di "onorarietà" (desueto e falso nel contesto di fatto dei magistrati onorari italiani) per disattenderlo.

Ma la vera ragione della divaricazione tra lo scopo conclamato e la norma approvata (art. 2, comma 17 lettera a), comma 2) sta in un fatto molto semplice.

Lo Stato italiano con la deplorable scusa di non voler creare “una grave frizione con la intrinseca natura temporanea dell’incarico onorario” in realtà non vuole prevedere alcuna forma neppure minima di copertura previdenziale (le illecite, per il diritto europeo, “ragioni di bilancio”) perché ciò avrebbe reso necessario altresì “di stanziare apposite ed ingenti risorse finanziarie” e avrebbe alimentato aspettative di stabilizzazione anche nei magistrati onorari ai quali l’incarico verrà conferito dopo l’approvazione della riforma (si veda l’analisi di impatto della regolamentazione, alla sezione 2 - Procedure di consultazione precedenti l’intervento).

Non potrebbe essere più evidente che è solo sul versante dell’annuncio che è conclamato lo scopo del rispetto delle direttive europee con le parole del Ministro, mentre in realtà si persegue proprio l’obiettivo contrario, ovvero la stabilizzazione della precarietà dello status nei magistrati onorari, sia attuali che futuri.

In pratica, se questi sono i criteri della legge di delega, la magistratura onoraria continuerà ad essere una “enclave” di ricorso abusivo a rapporti di lavoro a termine simulati.

A scanso di equivoci, è stato chiarito in più occasioni e sedi che i magistrati onorari non perseguono il diritto a un’astratta stabilità del rapporto senza limiti, e **tantomeno un’equiparazione di status ovvero economica rispetto alla magistratura ordinaria**. I magistrati onorari perseguono in concreto il diritto a *vedere tutelato il rapporto già esistente* del quale i profili delle minime garanzie di tutela sociale del lavoro, cioè quei diritti riconosciuti a tutti i lavoratori in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e maternità, costituiscono la ricaduta naturale.

Quello che viene chiesto è appunto di salvaguardare l’effetto utile delle direttive come giustamente - e, siamo certi, non solo per convenienza politica - ha affermato il Ministro nella citata risposta alla interrogazione. Ciò significa che, in base al diritto dell’Unione europea e ai parametri costituzionali, la *natura effettiva del rapporto già in atto con lo Stato*, impone di qualificare il rapporto non già secondo definizioni giuridiche anacronistiche e astratte rispetto alla realtà, ma alla luce della sostanza dello svolgimento della relativa attività.

I magistrati onorari non chiedono affatto l’equiparazione ai giudici togati e neppure una riserva di posti per accedere alla carriera dei togati, consapevoli dell’infondatezza di una tale ambizione.

I magistrati onorari intendono anche sollevare il contrasto della normativa sulla magistratura onoraria (anche come da ultimo riformata con legge 28 aprile 2016, n. 57) con l’art. 117, comma 1, della Costituzione, per violazione del parametro comunitario interposto costituito dalla Clausola 5, punto 1, dell’Accordo quadro allegato alla Direttiva 1999/70/CE, così come interpretato dalla CGUE, sotto il profilo della necessità di sanzionare la sua violazione con misure compensative di carattere riparatorio sufficientemente effettive e dissuasive, quindi atte a “cancellare” - non a mitigare - l’illecito, in capo ai soggetti a danno dei quali sia stato commesso l’abuso; nonché per violazione della Clausola 4 del medesimo strumento.

◇ ◇ ◇ ◇ ◇

6) LA DIRETTIVA 1997/81/CE E LA SENTENZA 1° MARZO 2012 (CAUSA C-393/10 O'BRIEN C. REGNO UNITO DI GRAN BRETAGNA) - LA TUTELA PREVIDENZIALE - LA NON AMMISSIBILITA' DEI LIMITI DI BILANCIO.

La direttiva che ora si esamina, riguarda il caso della discriminazione dei giudici a tempo parziale rispetto a quelli a tempo pieno e la sentenza citata, a sua volta, esamina il tema con riguardo al trattamento pensionistico che è quello che ora maggiormente rileva.

Il caso giudicato dalla sentenza é quello di un "recorder", termine che indica nell'ordinamento giudiziario inglese un "barrister" o "solicitor" che svolge funzioni giurisdizionali, non a tempo pieno, in una "Crown Court" e può sedere come giudice di qualsiasi "County Court" e, a richiesta del "Lord Chancellor" come giudice della High Court (La materia è regolata dal Courts Act del 1971).

Si tratta di un giudice non togato che presenta connotati assai simili e in parte identici al nostro giudice onorario, strettamente sotto il profilo formale, nel senso che, non ha una retribuzione predeterminata periodica, ma è retribuito a tariffa giornaliera (un po' come i nostri got che sono pagati con lo stesso criterio) o con il criterio "a tariffa" o "a cottimo" sul numero di provvedimenti emanati (ordinanze o sentenze).

In pratica anche il "recorder" ricopre una carica ufficiale, ma il suo rapporto non è disciplinato contrattualmente.

La lettura della sentenza, che di seguito per comodità chiameremo sentenza O'Brien, offre argomenti decisivi a sostegno della rivendicazione dei magistrati onorari italiani.

Il caso portato all'attenzione della Corte di giustizia dal giudice O'Brien è nato dal fatto che, proprio a motivo della qualificazione giuridica della sua prestazione e delle modalità del compenso, non poteva beneficiare di alcun trattamento pensionistico.

Ebbene dalla lettura della direttiva 97/81/CE la sentenza O'Brien trae l'occasione per enunciare principi applicabili integralmente anche ai giudici onorari italiani, sia a tempo pieno che a tempo parziale.

La sentenza O'Brien ha il suo punto focale nel ricondurre il caso al rispetto del cosiddetto "effetto utile" della direttiva e dei principi generali del diritto dell'Unione; effetto utile il cui perseguimento viene argomentato come di seguito si riassume.

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

natura, sostanzialmente diverso da quello che vincola ai loro datori di lavoro i dipendenti rientranti, secondo il diritto nazionale, nella categoria dei lavoratori.

*2) L'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, concluso il 6 giugno 1997, che figura nell'allegato alla direttiva 97/81, come modificata dalla direttiva 98/23, va interpretato nel senso che **osta a che, ai fini dell'accesso al regime della pensione di vecchiaia, il diritto nazionale operi una distinzione tra i giudici a tempo pieno e i giudici a tempo parziale retribuiti in base a tariffe giornaliere, a meno che tale differenza di trattamento sia giustificata da ragioni obiettive, che spetta al giudice del rinvio valutare.***" .

Ebbene proprio nel caso dei magistrati onorari italiani, il contesto normativo è in primo luogo costituito appunto dalla direttiva 97/81/CE, con la quale è stato attuato l'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale del 6 luglio 1997.

La clausola 2, punto 1 dell'accordo quadro definisce il campo di applicazione come segue "Il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo parziale che hanno un contratto o un rapporto collettivo o definito per legge contratto collettivo o in base alle prassi in vigore in ogni stato membro."

Proprio l'esclusione dai principi della direttiva 97/81/CE di figure di magistrati come quelle dei magistrati onorari italiani si traduce in una esclusione intenzionale per motivi soltanto "politici" con la scusa di limiti imposti da ragioni economiche e di bilancio non ammissibili, poiché si traducono in una discriminazione, già dichiarata illegittima dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (cfr. sentenza 23 ottobre 2003, Schöneit e Becker, C-4/02), di una particolare categoria di persone, rispetto a colleghi (magistrati ordinari) che svolgono lo stesso lavoro, tenuto conto delle rispettive qualifiche e competenze.

Nel dettaglio la sentenza prende in esame l'undicesimo "considerando" della citata direttiva relativo il principio di non discriminazione e il sedicesimo relativo alla facoltà degli Stati membri di definire in conformità al diritto e alla prassi nazionali situazioni non definite dall'accordo quadro che la direttiva interpreta, a condizione che le definizioni rispettino il contenuto di tale accordo.

La sentenza chiarisce subito: **1) che, le clausole dell'accordo quadro rilevanti attengono rispettivamente al fatto (clausola n. 2) che dall'accordo possano essere esclusi soltanto coloro che lavorano a tempo parziale e su base occasionale e che le situazioni di queste persone devono essere riesaminate periodicamente, al fine di stabilire se le ragioni obiettive che le hanno determinate rimangono tali; 2) che i lavoratori a tempo parziale (clausola n. 4) non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili, a meno che la differenza di trattamento sia giustificata da ragioni obiettive.**

Va da sé che il potere discrezionale di discriminare ai fini previdenziali non ha alcuna giustificazione.

Gli Stati membri devono rispettare la direttiva quando si tratta di contratti o rapporti di lavoro comunque definiti per legge o in base alle prassi nazionali, che sono legittime **solo a condizione di rispettare l'effetto utile della direttiva.**

In proposito i punti della sentenza del 1° Marzo 2012 nella causa C-393/10 O'Brien / Regno Unito, più significativi e pertinenti alla situazione dei magistrati onorari sono i paragrafi 34,36, 41, 45, 46, 47, 62, 64 e 66 che di seguito di riportano.

“34. Tuttavia, il potere discrezionale concesso agli Stati membri dalla direttiva 97/81 per definire le nozioni utilizzate nell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale non è illimitato. Come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 36 e 37 delle sue conclusioni, taluni termini impiegati in tale accordo quadro possono essere definiti in conformità con il diritto e/o le prassi nazionali a condizione di rispettare l'effetto utile di tale direttiva e i principi generali del diritto dell'Unione.”.

“36. In particolare, uno Stato membro non può escludere, a sua discrezione, in violazione dell'effetto utile della direttiva 97/81, talune categorie di persone dal beneficio della tutela voluta da questa direttiva e dall'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale [v., per analogia con la direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (GUL 175, pag. 43; in prosieguo: l'«accordo quadro sul lavoro a tempo determinato»), sentenza del 13 settembre 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, Racc. pag. I-7109, punto 29].”.

“37. ... come emerge dal tenore stesso della clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, l'ambito di applicazione di quest'ultimo è concepito estensivamente” ... “La definizione della nozione di «lavoratore a tempo parziale» ... “include tutti i lavoratori, senza operare alcuna distinzione basata sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro”.

“41. Al riguardo, occorre rilevare che la sola circostanza che i giudici siano qualificati come titolari di una carica giudiziaria non è sufficiente, di per sé, a sottrarre questi ultimi dal beneficio dei diritti previsti da detto accordo quadro.”

“45. In tale prospettiva, occorre tener conto delle modalità di designazione e di revoca dei giudici, ma anche di quelle di organizzazione del loro lavoro.”.

“47. Si deve rilevare che la circostanza che i giudici siano soggetti a condizioni di servizio e possano essere considerati lavoratori ai sensi della clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale non pregiudica minimamente il principio di indipendenza del potere giudiziario”.

“62. Non si può quindi sostenere che i giudici a tempo pieno e i recorder non si trovino in una situazione comparabile a causa delle divergenze tra le loro carriere, dato che i secondi hanno sempre la possibilità di esercitare la professione forense. Decisiva è piuttosto la questione se essi svolgano sostanzialmente la stessa attività. A tal proposito, le parti interessate, compreso il governo del Regno Unito, hanno chiarito in udienza che i recorder e i giudici a tempo pieno esercitavano le stesse funzioni. Si è precisato, infatti, che il loro lavoro è identico, che si svolge nelle medesime giurisdizioni e nel corso delle stesse udienze.”.

“64. Orbene, la nozione di «ragioni obiettive» ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale dev'essere intesa nel senso che essa non autorizza a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo parziale e i lavoratori a tempo pieno per il fatto che tale differenza di trattamento sia prevista da una norma generale ed astratta. Tale nozione richiede, al contrario, che la disparità di trattamento in causa risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria [v., per analogia con la clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, sentenza Del Cerro Alonso, cit., punti 57 e 58].”

“66. Va ricordato che considerazioni di bilancio non possono giustificare una discriminazione (v., in tal senso, sentenze del 23 ottobre 2003, Schönheit e Becker, C-4/02 e C-5/02, Racc. pag. I-12575, punto 85, nonché del 22 aprile 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08, Racc. pag. I-3527, punto 46).”

Nessuno dei principi ora citati è rispettato dallo Stato italiano, poiché l'ordinamento interno sottrae illegittimamente i giudici onorari dall'applicazione dell'accordo quadro, tenendo conto astrattamente solo delle modalità di designazione (e anche sotto tale profilo erroneamente), ma non di quelle di organizzazione del lavoro. Nonostante le ovvie divergenze di carriera i magistrati onorari svolgono sostanzialmente la stessa attività dei magistrati ordinari di cui esercitano le funzioni, ma immotivatamente non sono considerati come versanti in una situazione comparabile e in aggiunta in assenza di qualsiasi dimostrazione della sussistenza delle “ragioni obiettive”, oltre la loro nomina e le successive conferme rispondano ad una necessità realmente transitoria, idonea a giustificare un'eccezione al rispetto del principio di non discriminazione.

◇ ◇ ◇ ◇ ◇

7) LA DISCRIMINAZIONE CONSISTENTE NELLA MANCANZA DI QUALSIASI RICONOSCIMENTO DI DIRITTO SOCIALE E DI OGNI COPERTURA PER LA SICUREZZA SOCIALE - LA VIOLAZIONE DELLA CARTA SOCIALE EUROPEA.

Il 5 luglio 2016, a seguito del reclamo n. 102/2013, il Comitato europeo dei diritti sociali ha reso la decisione relativa al caso *Associazione Nazionale Giudici di Pace contro Italia* (che si allega nei due testi nelle lingue ufficiali di adozione, inglese e francese).

Le decisioni del Comitato riguardano il rispetto della Carta sociale europea da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa che hanno ratificato lo strumento, inclusa l'Italia (Legge n. 30 del 9 febbraio 1999 recante ratifica ed esecuzione della Carta Sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996).

La Carta sociale europea è un trattato internazionale il cui scopo è garantire i diritti sociali ed economici fondamentali degli individui, in particolare assicurando il godimento di tali diritti in maniera non discriminatoria a tutti gli individui presenti sul territorio degli Stati parte al Trattato. Nessun altro strumento giuridico a livello europeo fornisce una protezione così estesa e completa in tema di diritti sociali, ragion per cui la Carta sociale europea è spesso servita come punto di riferimento - pur appartenendo a un diverso ordinamento giuridico sovranazionale - anche per il diritto dell'Unione europea. Il risultato è che la maggior parte dei diritti sociali della Carta dei

diritti fondamentali dell'Unione europea si basa proprio sugli articoli della Carta sociale europea.

La Carta sociale europea è da sempre considerata come la "Costituzione sociale dell'Europa" e rappresenta una componente essenziale dell'architettura dei diritti dell'uomo sul continente (insieme alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali). Per gli Stati parte che l'hanno ratificato, inclusa l'Italia, il Protocollo aggiuntivo alla Carta prevede un sistema di reclami collettivi al Comitato. La decisione in questione è conseguita al reclamo presentato al Comitato dall'Associazione Nazionale dei Giudici di Pace.

Le decisioni del Comitato devono essere rispettate dagli Stati parte alla Carta sociale europea, in quanto tali decisioni si riferiscono a disposizioni giuridicamente vincolanti (diritto internazionale pattizio) e sono adottate da un organo di controllo istituito da uno strumento internazionale avente effetti obbligatori per gli Stati parte.

Dopo aver esaminato anche la rilevante giurisprudenza internazionale (in particolare proprio il già menzionato caso n. C-393/10, *O'Brien contro Regno Unito*, deciso il 1 marzo 2012 dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea), il Comitato, nel caso in questione, ha innanzi tutto rilevato che *"l'art. 12, par. 1, della Carta sociale europea non può essere interpretato così da escludere certi gruppi della popolazione ovvero della popolazione attiva in maniera discriminatoria. Il Comitato ritiene, quindi, che l'argomentazione secondo la quale coloro che svolgono le funzioni di Giudice di Pace non sarebbero lavoratori ai sensi della Carta non è rilevante"* (paragrafo 50 della decisione).

L'**art. 12** della Carta sociale europea, rubricato **"DIRITTO ALLA SICUREZZA SOCIALE"**, recita come segue al par. 1:

PARTE I: TUTTI I LAVORATORI E I LORO AVENTI DIRITTO HANNO DIRITTO ALLA SICUREZZA SOCIALE.

PARTE II: CON L'OBIETTIVO DI ASSICURARE L'EFFETTIVO GODIMENTO DEL DIRITTO ALLA SICUREZZA SOCIALE, LE PARTI SI OBBLIGANO A:

1. STABILIRE E MANTENERE UN SISTEMA DI SICUREZZA SOCIALE;

[...]

Il Comitato ha quindi richiamato l'art. E della Carta sociale europea in combinato disposto con la disposizione appena menzionata.

L'**art. E** è rubricato **"NON DISCRIMINAZIONE"** e recita come segue:

IL GODIMENTO DEI DIRITTI RICONOSCIUTI NELLA PRESENTE CARTA DEVE ESSERE GARANTITO SENZA ALCUNA DISCRIMINAZIONE BASATA SU QUALSIVOGLIA RAGIONE COME RAZZA, COLORE, GENERE, LINGUA, CREDO RELIGIOSO, OPINIONE POLITICA O OGNI ALTRA OPINIONE, ORIGINE NAZIONALE O SOCIALE, SALUTE, APPARTENENZA A UNA MINORANZA NAZIONALE, NASCITA O OGNI ALTRA CONDIZIONE.

Il Comitato ha sottolineato che *“la collocazione dell’art. E in una disposizione a sé stante [della Carta sociale europea] indica la crescente importanza attribuita al principio di non discriminazione con riferimento al raggiungimento dei vari diritti sostanziali contenuti nella Carta”*(paragrafo 70 della decisione).

Pur riconoscendo che gli Stati godono di un certo margine di apprezzamento nello stabilire se ed entro quale limite differenze in situazioni altrimenti simili giustifichino un trattamento differenziato dalla legge, il Comitato ha rilevato che *“in ogni caso, spetta in definitiva al Comitato di decidere se la differenza in questione rientra nel suddetto limite”* (paragrafo 71 della decisione).

Secondo il Comitato, *“una distinzione è discriminatoria ai sensi dell’art. E della Carta quando manchi di obiettivo e di giustificazioni ragionevoli, cioè se non persegue uno scopo legittimo ovvero non sia riscontrabile una relazione di proporzionalità ragionevole tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare”* (paragrafo 72 della decisione).

Inoltre, il Comitato ha ricordato che *“in tema di discriminazione, l’onere della prova non dovrebbe pesare esclusivamente in capo al ricorrente, ma dovrebbe essere oggetto di un’appropriata valutazione”* (paragrafo 73 della decisione).

In questi termini il Comitato ha quindi rivendicato la propria competenza nel valutare, in definitiva e in luogo dello Stato convenuto, se la differenza di trattamento in tema di sicurezza sociale riservata alla categoria dei Giudici di Pace dal diritto nazionale possa essere considerata legittima ovvero illegittimamente discriminatoria perché in violazione degli artt. 12, par. 1, e E della Carta sociale europea.

Per effettuare la sua valutazione, il Comitato ha precisato che occorre fare riferimento alla *sostanza* delle attività svolte dai Giudici di Pace, **mentre la forma, cioè la denominazione riservata ai soggetti dal diritto nazionale, non può rilevare ai fini dell’applicazione del principio di non discriminazione.** In particolare, *“Il Comitato rileva che [...] i Giudici di Pace sono giudici onorari che [...] amministrano la giustizia ed esercitano la giurisdizione in materia civile e penale. [Il Comitato] ricorda che la situazione di persone che svolgono le funzioni di Giudici di Pace non deve essere esaminata con riferimento alla loro condizione giuridica ovvero alla qualificazione secondo il diritto interno, ma in maniera autonoma e avendo riguardo ai doveri assegnati; all’autorità gerarchica; nonché ai compiti svolti, gli ultimi essendo determinanti a questo proposito [...]. [Il Comitato] rileva che [i Giudici di Pace] sono pienamente integrati nel personale dei Tribunali e delle Procure [...]”* (paragrafo 74 della decisione).

In definitiva, *“considerando i doveri assegnati, i compiti svolti e la loro integrazione nel sistema giudiziario, il Comitato ritiene che coloro che svolgono le funzioni di Giudice di Pace sono funzionalmente equivalenti ai giudici togati per ciò che concerne l’art. 12, par. 1, della Carta, a prescindere dalla circostanza che siano chiamati giudici professionisti o onorari dal diritto interno”* (paragrafo 75 della decisione).

Riguardo alle giustificazioni avanzate dal Governo italiano, convenuto dinnanzi al Comitato, quest’ultimo ha rilevato: *“il Governo ha addotto una serie di ragioni per giustificare il diverso trattamento [riservato ai ricorrenti], in particolare la procedura di selezione, il termine determinato dell’incarico, il lavoro a tempo parziale, l’onorarietà del*

servizio o l'indennità, nonché la circostanza che persone che svolgono le funzioni di Giudice di Pace sono incaricate come fornitori di un servizio, mentre i giudici togati e le altre categorie di giudici onorari come i 'giudici onorari aggregati' svolgono le loro funzioni in maniera stabile, continua ed esclusiva. Il Comitato considera che queste argomentazioni riguardano mere modalità di organizzazione del lavoro e non possono costituire un'obiettivo e ragionevole giustificazione del diverso trattamento nei confronti di individui la cui equivalenza funzionale è stata riconosciuta" (paragrafo 82 della decisione).

In conclusione, il Comitato ha riconosciuto all'unanimità una **violazione dell'art. E letto in combinato disposto con l'art. 12, par. 1, della Carta sociale europea** da parte dello Stato italiano per quanto riguarda la situazione di individui che svolgono le funzioni di Giudice di Pace e che non hanno una copertura alternativa per la sicurezza sociale.

La decisione del Comitato ricalca la medesima linea interpretativa seguita dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che, nel già nutrito elenco di pronunce richiamate in precedenza, ammonisce il Giudice nazionale che il principio di non discriminazione, in quanto principio cardine del sistema di diritti sociali fondamentali garantiti a livello europeo (dal Consiglio d'Europa, da un lato; dall'Unione europea, dall'altro), deve essere interpretato in maniera estensiva e deve avere riguardo alla sostanza delle attività svolte dall'individuo, a nulla rilevando la qualificazione giuridica riservata all'individuo dalla legislazione interna di ciascuno Stato.

La Portavoce dell'Associazione "Movimento Sei Luglio"

Paola Bellone