

Applicabilità al personale di magistratura della disciplina introdotta con l'art. 42 bis T.U. 151/2001 (assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti di amministrazioni pubbliche con figli di età inferiore a tre anni). Modifiche alla circolare n.15098 del 30.11.1993.
(Deliberazione del 23 febbraio 2005)

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 23 febbraio 2005, ha adottato la seguente delibera:

«I. Applicabilità dell'art. 42 bis T.U. 151/2001 al personale di Magistratura.

1. L'art. 3, comma 105, della legge n.350 del 24 dicembre 2003, che aggiunge il nuovo art. 42 bis del T.U. 151/2001, introduce un nuovo istituto, ossia la possibilità dell'assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti di amministrazioni pubbliche con figli di età inferiore a tre anni.

La norma così stabilisce:

“1. Il genitore con figli minori fino a tre anni di età dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n.165 e successive modificazioni, può essere assegnato, a richiesta, anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni, ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa, subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione. L'eventuale dissenso deve essere motivato. L'assenso o il dissenso devono essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda.

2. Il posto temporaneamente lasciato libero non si renderà disponibile ai fini di una nuova assunzione.”

Alcuni magistrati hanno presentato istanza di applicazione del beneficio così introdotto.

Appare, peraltro, problematica l'applicazione dell'istituto al personale della magistratura.

La Terza Commissione, a cui le pratiche sono state devolute, ha chiesto, pertanto, un parere all'ufficio studi (parere n.58 del 23.2.2004) ed ha acquisito altresì il parere espresso dal Comitato per le pari opportunità in magistratura del 13.7.2004.

2. Il primo profilo da esaminare concerne l'eventuale applicabilità in via diretta della nuova normativa introdotta per la generalità delle pubbliche amministrazioni con la Legge finanziaria per l'anno 2004.

L'art. 42 bis, primo comma, fornisce alcuni argomenti risolutivi atteso che precisa che l'istituto si applica ai dipendenti “di **amministrazioni pubbliche** di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n.165”, che dispone:

*“2. Per **amministrazioni pubbliche** si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999 n.300”.*

Con riguardo ai magistrati – ossia se siano ricompresi nel concetto di amministrazioni pubbliche definito dalla norma – il decreto legislativo n.165/2001 fornisce ulteriori precisazioni e in particolare:

- all'art. 2 comma 2° e 3° prevede che:

“2. I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinate dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalla legge sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario.

3. I rapporti individuali di lavoro di cui al comma 2 sono regolati contrattualmente. I contratti collettivi sono stipulati secondo i criteri e le modalità previste nel titolo III del presente decreto; i contratti individuali devono conformarsi ai principi di cui all'articolo 45, comma 2. L'attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi o, alle condizioni previste, mediante contratti individuali. Le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale. I trattamenti economici più favorevoli in godimento sono riassorbiti con le modalità e nelle misure previste dai contratti collettivi e i risparmi di spesa che ne conseguono incrementano le risorse disponibili per la contrattazione collettiva”.

- l'art. 3, comma 1°, infine, formula delle espresse eccezioni all'estensione regolatrice delle nuove disposizioni in quanto stabilisce che:

“1. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, ...”.

Giova infine osservare che l'esame delle altre disposizioni contenute nel decreto legislativo evidenzia che nessuna norma, né di organizzazione, né di disciplina del rapporto di lavoro, ha ad oggetto la Magistratura ordinaria, per cui la disposizione di deroga ne esce ulteriormente rafforzata.

La **definizione dei soggetti di riferimento della disciplina**, del resto, non può prescindere dai contenuti della disciplina medesima, non potendo assumere un valore autonomo – ed un ambito più ampio – per il solo fatto che norme successive operino ad essa un rinvio.

Una lettura sistematica delle disposizioni di legge, pertanto, porta ad escludere, già in prima lettura, che, con riguardo al personale di magistratura, vi possa essere una applicazione diretta dell'istituto dell'assegnazione temporanea.

L'istituto della assegnazione temporanea, d'altra parte, è un istituto noto alla contrattualistica collettiva pubblica.

Il Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro integrativo del CCNL del personale del Comparto Ministeri del 15 maggio 2001 regola – Capo II (Mobilità), art. 4 – l'ipotesi di **assegnazione temporanea ad altra amministrazione**.

La disciplina prevista dall'art. 4 riproduce, nelle linee generali, il modello procedimentale introdotto dall'art. 42 bis, qualificando espressamente l'assegnazione ad altra amministrazione sotto la generale categoria del **“comando”**.

La novità della nuova disposizione, pertanto, riguarda solamente il motivo per cui può essere disposta l'assegnazione temporanea, legato alla situazione familiare dell'interessato e non solo alle esigenze dell'amministrazione, rimanendo inalterata, peraltro, la tipologia dei soggetti di riferimento.

Dall'esame dei lavori parlamentari, infine, emerge che la disposizione fu oggetto di esame e valutazione solo da parte della Commissione Permanente per il Lavoro Pubblico e Privato e non anche della commissione Giustizia, indice ulteriore che la materia regolata riguardava esclusivamente il rapporto di lavoro del personale amministrativo e non anche quello dei magistrati. Ne consegue che, anche con riferimento al complessivo assetto della regolamentazione normativa in materia, si deve escludere che l'assegnazione provvisoria introdotta con l'art. 42 bis citato si applichi alla magistratura ordinaria.

3. Resta da esaminare la possibile applicazione estensiva attraverso la verifica di compatibilità prevista dall'art. 276, 3° comma O.G. che prevede che *“ai magistrati dell'ordine giudiziario sono applicabili le disposizioni relative agli impiegati civili dello stato, solo in quanto non siano contrarie al presente ordinamento ed ai relativi regolamenti”*.

Va innanzitutto rilevato – come del resto evidenziato nel citato parere dell'Ufficio Studi – che già il fatto che il legislatore abbia fatto rinvio ad una definizione di dipendenti di amministrazioni pubbliche fra i quali non sono compresi i magistrati ordinari appare significativo sotto il profilo dell'accertamento della voluntas legis e che, pertanto, la disposizione debba essere oggetto, in sede applicativa, di interpretazione restrittiva.

La verifica di compatibilità della nuova norma deve, dunque, riguardare la complessiva disciplina ordinamentale e i principi costituzionali che sovrintendono al ruolo e alla funzione dei magistrati.

Fondamentale principio costituzionale a tutela della figura del magistrato, nonché della stessa autonomia e indipendenza della Magistratura, sancita dall'art. 104 della Costituzione, è quello previsto dall'art. 107, 1° comma della Costituzione che prevede che i magistrati non possono essere destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso. Altro principio cardine, poi, è quello del giudice naturale precostituito per legge, previsto dall'art. 25, 1° comma della Costituzione.

La normativa primaria e secondaria, sia con riguardo alla disciplina dello status dei magistrati, sia a quella dell'organizzazione degli uffici giudiziari, ha dovuto, quindi, necessariamente articolarsi nel rispetto di questi principi.

La Corte Costituzionale in più occasioni ha ribadito la necessità di un raffronto con questi principi e, in specie, in materia di provvedimenti di supplenza o di applicazione endodistrettuali dei magistrati (v. sentenza n.173/1970, nella quale viene evidenziato che detti provvedimenti non incidono sullo status giuridico dei magistrati in quanto non incidenti stabilmente sui beni della funzione e della sede) ovvero in materia di precostituzione per legge nell'ipotesi in cui fosse necessario il bilanciamento con l'esigenza della continuità e prontezza della funzione giurisdizionale (v. ad esempio la sentenza n.260/1986).

Nella stessa ottica sono valutabili gli interventi legislativi sugli istituti dell'applicazione e della supplenza, la cui disciplina è stata profondamente innovata dalle leggi n.58/1989 e dalla legge n.321/1991, dai cui lavori preparatori emerge con chiarezza la preoccupazione sullo status del magistrato e per il rispetto dei principi del giudice naturale (ad esempio, la necessità di puntuali criteri per le applicazioni extradistrettuali, soprattutto se d'ufficio, il divieto della presenza nel medesimo collegio giudicante di più magistrati supplenti od applicati).

Analogamente con riguardo alla legge n.133/1998 – con la quale sono state introdotte nell'ordinamento le tabelle infradistrettuali e gli istituti della supplenza infradistrettuale e della coassegnazione – e alla legge n.48/2001, che ha previsto la nuova figura del magistrato distrettuale.

Lo scopo perseguito con il primo degli interventi legislativi era espressamente quello di *“poter utilizzare in maniera più adeguata alla realtà giudiziaria i magistrati presenti nel territorio”*, senza eliminare l'individualità degli uffici e nel rispetto dei principi di inamovibilità e di precostituzione del giudice.

Con il secondo intervento legislativo, invece, è stato costituito un ulteriore strumento di sostituzione – su provvedimento del Presidente della Corte d'Appello o del Procuratore Generale – dei magistrati assenti per le fattispecie tassativamente indicate dalla legge n.48/2001.

Nell'organizzazione giudiziaria, dunque, i principi dell'inamovibilità e della precostituzione del giudice hanno permeato la normativa in materia di organizzazione degli uffici giudiziari, che è stata attuata secondo schemi di particolare rigore e con limitate attenuazioni soltanto per garantire l'effettività e l'efficienza dell'esercizio della funzione giurisdizionale e, in ogni caso, con previsioni tassativamente ed analiticamente disciplinate dalla legge.

4. Alla luce delle considerazioni su espresse, pertanto, va esaminata la previsione di cui all'art. 42 bis.

I profili caratterizzanti della disposizione sono:

- il dipendente può chiedere di essere assegnato ad una sede di servizio **ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa;**
- **l'assegnazione può anche essere frazionata** e per un periodo massimo di tre anni;
- l'assegnazione è subordinata alla sussistenza di un posto vacante e disponibile **di corrispondente posizione retributiva;**
- è necessario **l'assenso delle amministrazioni di provenienza e di destinazione.**

La norma, chiaramente, intende consentire l'assegnazione del richiedente ad una amministrazione diversa da quella dalla quale dipende purché, nell'area individuata, vi sia un posto di corrispondente posizione retributiva e vi sia il consenso delle amministrazioni interessate (c.d. comando).

Ne consegue che la disposizione è – in questi termini – evidentemente inapplicabile al personale della magistratura.

La struttura delineata, infatti, non solo è incompatibile con le caratteristiche e le specificità delle funzioni giudiziarie esercitate, ma risulta direttamente in contrasto con il principio affermato dall'art. 106 della Costituzione, per cui le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso. L'applicazione in questi termini, infatti, aprirebbe, quantomeno in via di principio, anche la possibilità dell'accesso verso la magistratura di personale appartenente ad altre amministrazioni.

Residuerrebbe quale unico spazio da esplorare, pertanto, una applicazione limitativa della norma alle richieste di assegnazioni ai soli uffici giudiziari ovvero agli uffici per i quali è prevista l'assegnazione di magistrati in posizione di fuori ruolo.

In altri termini, la disposizione verrebbe contenuta alle sole assegnazioni temporanee nell'ambito della stessa amministrazione.

Tale indicazione, peraltro, appare, già di per sé, in contrasto con il principio ispiratore della normativa diretta a consentire il transito, sia pur temporaneo, nell'ambito delle diverse amministrazioni contemplate dall'art. 1 del D.L.gs. 151/2001.

Perderebbe significato, tra l'altro, il presupposto consistente nel preventivo assenso delle amministrazioni interessate, salvo interpretare la disposizione nel senso di ritenere necessario il consenso dell'ufficio di provenienza e dell'ufficio di destinazione, ai quali verrebbe assicurata una rilevanza esterna altrimenti sconosciuta e, comunque, difficilmente giustificabile in via interpretativa.

I presupposti su enunciati non appaiono comunque compatibili con i principi propri dell'ordinamento giudiziario e con l'assetto organizzativo degli uffici giudiziari.

La previsione di legge, infatti, stabilisce che gli spostamenti possano essere “anche frazionati”, ipotesi che pone rilevanti problemi di compatibilità con la salvaguardia del principio del giudice naturale precostituito e, in concreto, appare in seria contrapposizione con l'esigenza della continuità della funzione giurisdizionale (si pensi, come caso limite, alla richiesta proveniente da un componente di un collegio penale).

La destinazione, inoltre, secondo le indicazioni di cui all'art. 42 bis, andrebbe effettuata ad un posto vacante e disponibile di “corrispondente posizione retributiva”.

Nel parere espresso dal Comitato pari opportunità si suggerisce l'equiparazione del riferimento alla “*classe retributiva*” all’“*identità di qualifica*”.

Tale soluzione non appare condivisibile, appartenendo i due profili ad aspetti radicalmente difformi. L'indicazione contenuta nell'art. 42 bis, in realtà, è estranea al sistema proprio della magistratura, la quale, rispetto alle altre amministrazioni, è caratterizzata da meccanismi di progressione in carriera ed economici del tutto autonomi (ad esempio, magistrati con qualifica di appello ben possono svolgere funzioni di primo grado).

Trasportare una simile valutazione nell'ambito della magistratura, dunque, finirebbe con il realizzare un appiattimento della condizione giuridica dei magistrati sul rapporto di servizio in

senso stretto, con grave cedimento proprio sulle prerogative dell'indipendenza e dell'autonomia della giurisdizione.

L'esistenza nell'ordinamento di altri "strumenti organizzativi" – dedotta nel parere del Comitato pari opportunità a sostegno dell'applicabilità dell'istituto in esame – come le applicazioni e le supplenze ovvero la previsione normativa di un organico di magistrati distrettuali e delle tabelle infradistrettuali non consente, poi, di ritenere compatibile l'istituto previsto dall'art. 42 bis.

Si tratta, infatti, di istituti rispetto ai quali non solo una valutazione di conformità e compatibilità con i principi costituzionali è stata operata direttamente dal legislatore e, in molti casi, anche dalla Corte Costituzionale, ma che rispondono ad esigenze operative ed organizzative radicalmente differenti rispetto a quelle proprie dell'istituto dell'assegnazione provvisoria: nell'un caso la ratio giustificatrice delle previsioni normative è agganciata al soddisfacimento delle esigenze di razionalità e continuità della funzione giurisdizionale ovvero all'esigenza di fornire una risposta ai problemi contingenti dei singoli uffici rappresentati dalla assenza dei magistrati; nell'altro, invece, l'interesse considerato attiene essenzialmente a profili legati alla sfera personale del richiedente.

Le garanzie costituzionali, del resto, come già evidenziato, debbono considerarsi prevalenti ed assolute, per cui tutte le ipotesi che prevedono l'esercizio delle funzioni giurisdizionali in sede diversa rispetto a quella di appartenenza costituiscono eccezioni che debbono essere specificamente e tassativamente previste.

Il richiamo all'applicazione anche al personale di magistratura della normativa in materia di handicap (legge 104/92), infine, appare poco pertinente. I diritti sostanziali riconosciuti dalla normativa in esame, infatti, non generano un nuovo istituto ma, semplicemente, vengono veicolati all'interno dei meccanismi procedurali di mobilità già propri dell'ordinamento, che – di per sé – attribuiscono rilevanza alle condizioni di salute (art. 192 O.G.).

5. Si deve concludere, pertanto, che la normativa introdotta con l'art. 42 bis ha per destinatari i dipendenti di amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 comma 2° del decreto legislativo n.165/2001, tra i quali non sono compresi i magistrati.

La disciplina in esame, inoltre, non appare suscettibile di applicazione estensiva ai magistrati attesa la particolare disciplina che regola il rapporto di lavoro degli appartenenti alla magistratura e l'organizzazione giudiziaria, volta a garantire l'effettività e l'efficienza dell'esercizio della funzione giudiziaria nel rispetto dei principi costituzionali dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura.

II. Modifiche alla Circolare 15098 del 30.11.1993 in tema di salvaguardia dell'unità familiare e di punteggi aggiuntivi.

1. L'attenzione del legislatore per una maggiore tutela delle situazioni considerate dall'art. 42 bis – dipendenti con prole di età inferiore ai tre anni – può, peraltro, costituire oggetto di autonoma considerazione da parte del Consiglio nell'ambito delle ordinarie procedure di tramutamento, nelle quali la salvaguardia dell'unità familiare costituisce già adesso parametro di valutazione per i trasferimenti.

Ritiene la Commissione di poter sin da ora – anche per fornire una tempestiva regolamentazione in funzione delle prossime pubblicazioni di posti ordinari – introdurre una duplice modifica della vigente circolare sui tramutamenti, avuto riguardo al punteggio attribuito per la salvaguardia del nucleo familiare, nonché mediante la previsione di un tetto massimo per l'ipotesi di cumulo dei punteggi riconoscibili sulla base della disciplina consiliare.

2. Sotto il primo profilo, va rilevato che il paragrafo X della circolare sui tramutamenti prevede, attualmente, che quando le esigenze di salvaguardia dell'unità del nucleo familiare sono anche in funzione della cura ed educazione dei figli i punteggi attribuiti sono aumentati di 0,50 punti nel caso di figli di età compresa tra sei e dieci anni e di 1 punto nel caso di figli di età minore di sei anni.

Si tratta, quindi, di assegnare rilevanza autonoma alla situazione di fatto costituita dalla necessità del ricongiungimento al nucleo familiare in presenza di prole di età minore di tre anni, attribuendo un ulteriore punto al magistrato che lo deduca e documenti la sussistenza con la domanda di trasferimento.

Questa soluzione, oltre ad essere coerente con il sistema ordinamentale, comporta l'attribuzione di un vantaggio più duraturo in quanto mira ad agevolare una situazione tendenzialmente definitiva e non meramente provvisoria.

Sotto altro profilo si rileva come ingiustificata la non attribuzione di alcun punteggio aggiuntivo al magistrato in stato di gravidanza o del suo coniuge (situazione invece tutelata in caso di assegnazione della prima sede agli uditori giudiziari), atteso che detta condizione è naturalmente destinata ad essere equiparata ad una situazione del tutto analoga a quella presa in precedente considerazione e che, quindi, necessita della medesima tutela.

3. La vigente circolare sui tramutamenti prevede l'attribuzione di punteggi aggiuntivi per una pluralità di situazioni. In particolare:

- per le sedi disagiate sono attribuibili fino a 4 punti;
- per le ragioni di salute sono attribuibili fino a 3 punti;
- per la salvaguardia del nucleo familiare – a seguito della modifica che si viene ad introdurre – sono attribuibili fino a 3 punti;
- per le applicazioni extradistrettuali vi è un aumento di punteggio in ragione del periodo trascorso (0,1 - 0,2 punti ogni 8 settimane di esercizio effettivo presso la sede di applicazione).

Si tratta di punteggi previsti dalla normativa consiliare che sono tutti tra di loro cumulabili, senza che sia previsto alcun tetto massimo.

Il complesso dei punteggi attribuibili, pertanto, può raggiungere livelli estremamente elevati, con il rischio di penalizzare e svalutare alcune delle esigenze legate a dati di maggiore sensibilità, quali, in particolare, le esigenze collegate a ragioni di salute e alla salvaguardia del nucleo familiare.

In tal senso, quindi, l'introduzione di un limite al cumulo dei punteggi realizza una soluzione che non solo è funzionale ad assicurare una maggiore adeguatezza al complessivo sistema dei punteggi aggiuntivi, ma, con riguardo alla fattispecie in esame, contribuisce a valorizzare le specifiche esigenze di tutela, che acquistano un indubbio maggior peso specifico.

Appare opportuno, dunque, introdurre una norma di chiusura, con riguardo ai trasferimenti ordinari di primo grado e di appello, che preveda che il limite massimo dei punteggi aggiuntivi attribuibili per le situazioni su evidenziate sia di complessivi cinque punti.

Tutto ciò considerato,

delibera

I) la normativa introdotta con l'art. 42 bis del T.U. 151/2001 non è applicabile né è suscettibile di applicazione estensiva ai magistrati.

II) le seguenti modifiche della circolare 15098 del 30.11.1993:

1) i commi 2° e 3° del paragrafo X sono sostituiti dai seguenti commi:

“2. Quando le esigenze di salvaguardia dell'unità familiare sono anche in funzione della cura e dell'educazione dei figli di età minore di tre anni, il punteggio previsto è triplicato, il punteggio è altresì triplicato in caso di documentato stato di gravidanza del magistrato o del coniuge, a condizione che entro tre giorni dalla comunicazione della proposta, venga presentato certificato di nascita o certificato che confermi lo stato di gravidanza.

3. Nel caso di figli in età compresa tra i tre e i sei anni il punteggio è raddoppiato e nel caso di figli in età compresa tra i sei e i dieci anni è aumentato di 0,50 punti”.

2) il comma 4° dei paragrafi XVII, XVIII e XVIII bis è sostituito dal seguente:

“4. Salvaguardia dell'unità familiare

(vedi paragrafi X-XI)

punti

1

Quando le esigenze di salvaguardia dell'unità del nucleo familiare sono anche in funzione della cura ed educazione dei figli di età inferiore ai tre anni, il punteggio previsto è triplicato.

Nel caso di figli in età compresa tra i tre e i sei anni il punteggio è raddoppiato e nel caso di figli in età compresa tra i sei ed i dieci anni il punteggio è aumentato di 0,50 punti.

Se i figli sono più di uno si applica il punteggio per il figlio più giovane.”

3) ai paragrafi XVII, XVIII e XVIII bis va aggiunto il seguente 7° comma:

“7. Cumulo dei punteggi aggiuntivi

I punteggi previsti dalle vigenti circolari in materia di sedi disagiate, stato di salute, salvaguardia dell'unità del nucleo familiare, applicazione extradistrettuale sono cumulabili tra di loro fino ad un massimo di punti cinque” »