



Le interviste di Giustizia Insieme

Qualificazione del rapporto di lavoro e tutele dei magistrati onorari alla luce della sentenza della Corte di Giustizia (seconda sezione), 16 luglio 2020, C-658/18, UX

Intervista a Edoardo Ales, Umberto Gargiulo, Marco Macchia e Carla Musella

di [Vincenzo Antonio Poso](#)[Edoardo Ales](#)[Umberto Gargiulo](#)[Marco Macchia](#)[Carla Musella](#)

21 aprile 2021

Qualificazione del rapporto di lavoro e tutele dei magistrati onorari alla luce della sentenza della Corte di Giustizia (seconda sezione), 16 luglio 2020, C-658/18, UX

Intervista di Vincenzo Antonio Poso a Edoardo Ales, Umberto Gargiulo, Marco Macchia e Carla Musella

1. Innanzitutto, partiamo dal presupposto che il magistrato onorario italiano rientra nella nozione eurounitaria di giudice, come ha riconosciuto la recente sentenza della Corte di Giustizia (seconda sezione), 16 luglio 2020, C-658/18, UX, della quale parleremo diffusamente più avanti. Qual è la vostra opinione in proposito?

Edoardo Ales

La risposta alla domanda potrebbe essere estremamente sintetica: la qualificazione dell'organismo di rinvio come "giurisdizione", ai sensi dell'articolo 267 TFUE, costituisce

applicazione del Diritto dell'Unione Europea e, quindi, nel momento in cui la Corte di Giustizia UE la afferma, come nel caso del giudice di pace italiano, il discorso è chiuso. Ciò non toglie, tuttavia, che si possa, almeno sul piano della riflessione scientifica, sindacare la valutazione della Corte e i suoi presupposti, non prima, però, di aver ricordato gli elementi che la Corte stessa tiene in considerazione per giungere ad una simile conclusione: l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, lo svolgimento in contraddittorio dei procedimenti dinanzi ad esso, l'applicazione, da parte dell'organo medesimo, di norme giuridiche, nonché e soprattutto la sua indipendenza. Degli elementi enunciati, nel caso del giudice di pace remittente, quello problematico è, a mio avviso, l'ultimo: non nel senso della autonomia di giudizio, ampiamente garantita dal sistema giudiziario nazionale, che ne dica il remittente stesso; quanto, per usare le parole della Corte, nella prospettiva dell'imparzialità, da intendersi come *“equidistanza rispetto alle parti della controversia ed ai loro rispettivi interessi in rapporto all'oggetto di quest'ultima. Questo aspetto impone il rispetto dell'obiettività e l'assenza di qualsivoglia interesse nella soluzione della controversia all'infuori della stretta applicazione della norma giuridica”*. La Corte, nel propendere per l'imparzialità del giudice di pace rispetto alla controversia in oggetto, non si esprime direttamente, ma rinvia a suoi precedenti, insistendo, come d'altronde proposto dall'Avvocato Generale, sull'esistenza di una competenza in materia da parte del remittente, la quale, automaticamente, pare di capire, escluderebbe il conflitto di interessi. Conflitto che, invece, a mio avviso risulta evidente. Non tanto per l'ipotesi, pur avanzata dal Governo italiano, di una 'pastetta' tra giudici di pace (il remittente e la parte del giudizio), alla quale mi piace non credere, quanto piuttosto per l'almeno teorica *comunanza di interessi* a veder riconosciuta la natura di lavoratore ai sensi del Diritto dell'Unione, comunanza che esclude, appunto, *“l'equidistanza rispetto alle parti della controversia ed ai loro rispettivi interessi in rapporto all'oggetto di quest'ultima”*.

Umberto Gargiulo

Come già è stato segnalato, il riconoscimento operato dalla Corte di Giustizia della qualifica di *“giurisdizione nazionale”* ai sensi dell'art. 267 TFUE è funzionale alla verifica della sussistenza delle caratteristiche che abilitano la promozione dell'istanza di rinvio pregiudiziale e dunque non può essere caricato di significati ulteriori ed esteso oltre l'ambito del Diritto dell'Unione.

Nello specifico, la Corte, confermando la propria giurisprudenza precedente, ha accertato il ricorrere dei caratteri della giurisdizione nel diritto europeo, al fine, è bene ripeterlo, di accertare la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale e quindi che il rinvio fosse stato azionato da un soggetto legittimato. La Corte, pertanto, controlla che l'organo abbia origine

legale, carattere permanente, che la sua giurisdizione sia obbligatoria, che vi sia il rispetto del contraddittorio nel procedimento, che l'organo applichi norme giuridiche e, non ultimo, la sua indipendenza.

È scontato rilevare che, avendo la Corte già deciso per la ricevibilità del rinvio, la discussione assuma un valore "teorico". Non si può non segnalare come, dei diversi profili sui quali si erano appuntate le eccezioni del Governo italiano – cioè le caratteristiche del procedimento nel quale si era prodotta l'esigenza di accertamento pregiudiziale (un procedimento monitorio, a contraddittorio, in quella fase, meramente eventuale e dunque non integro), ma soprattutto le valutazioni sull'indipendenza dell'organo remittente – sollevino non poche perplessità, particolarmente quanto alla terzietà dell'organo in questione rispetto alla decisione oggetto del ricorso: aspetto quest'ultimo, che attiene, invero, non tanto all'indipendenza in senso lato, quanto all'interesse rispetto alla questione oggetto di rinvio; profilo che conferma, però, come il controllo operato dalla Corte sia intrinsecamente funzionale *unicamente* alla verifica della legittimazione alla promozione dell'istanza di pronuncia pregiudiziale.

Non appare tuttavia opportuno indugiare più di tanto su un argomento ormai chiuso. Per converso, è utile ribadire che il riconoscimento della giurisdizione nazionale in capo al giudice di pace che aveva azionato il rinvio vada letto per ciò che è, dunque nell'ambito della verifica di legittimazione poc'anzi descritta. Sarebbe infatti improprio ricavarne ricadute sul diritto nazionale, al fine di trarne indicazioni per la qualificazione di un soggetto come "*giudice*" sul piano dell'ordinamento interno.

Marco Macchia

Il riconoscimento della qualifica di "*giurisdizione nazionale*" ai sensi dell'art. 267 TFUE – abilitata come tale a promuovere istanza di rinvio pregiudiziale nel diritto dell'Unione europea – è un concetto che non deve essere confuso con quella di "*giudice*" in base al diritto nazionale. Essi integrano due nozioni diverse, innanzitutto rilevante una nell'ordinamento sovranazionale e l'altra nel sistema domestico. La nozione di giurisdizione delineata a livello europeo è in altre parole autonoma rispetto agli ordinamenti nazionali. Per costante giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, come è stato già ricordato, affinché un organo possa ricadere nella definizione di "*giurisdizione*" ai sensi dell'art. 267 TFUE, occorre tenere conto di un insieme di elementi, quali il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente. È altresì necessario che l'organo in questione si trovi in posizione di terzietà rispetto all'autorità che ha adottato la decisione che costituisce oggetto del

ricorso.

Se si tiene a mente tale premessa, non è inusuale che un organo pubblico, il quale non rappresenti un giudice a livello nazionale, sia qualificato “*giurisdizione*” ai meri fini della domanda di pronuncia pregiudiziale. Basti pensare al caso del Consiglio nazionale forense italiano, che non è giudice, ma è “*giurisdizione nazionale*” ai sensi dell’art. 267 e, pertanto, la Corte di giustizia è competente a rispondere alle questioni sottoposte da tale organo. Lo stesso vale per il *Tribunal Económico-Administrativo Central* in Spagna, competente a conoscere in prima e ultima istanza dei reclami proposti avverso decisioni adottate da alcune autorità tributarie centrali. Molto si è discusso anche per attribuire la medesima qualifica altresì alle autorità nazionali di concorrenza, sebbene la tendenza europea sia di dichiarare irricevibile la domanda di rinvio pregiudiziale sollevata da queste ultime per assenza dei necessari presupposti soggettivi.

Per tornare ai giudici onorari italiani, sulla scorta dei requisiti sopra indicati appare ragionevole che gli stessi siano indicati come “*giurisdizione*” secondo l’art. 267, avendo una base legale, un carattere permanente, operando secondo diritto, in modo indipendente e nel rispetto del contraddittorio, nonché in posizione di terzietà rispetto agli organi che hanno svolto l’attività istruttoria, nel caso di specie gli uffici del Ministero della Giustizia le cui determinazioni sono qui impugnate. Nondimeno, non deve essere eccessivamente valorizzata la natura europea di “*giurisdizione*” – dato che nella prospettiva sovranazionale è interesse comune ampliare il novero dei soggetti abilitati ad attivare il giudizio pregiudiziale – bensì deve essere preservata l’autonomia nazionale di definire le condizioni alla ricorrenza delle quali un organo può essere definito “*giudice*”.

Carla Musella

Le argomentazioni della Corte di Lussemburgo in base alle quali il giudice di pace è stato ritenuto rientrante nella nozione eurounitaria di giudice ai sensi dell’art. 267 del Trattato non sono tutte condivisibili, per quel che rileva su questo punto. La Corte ha, invero, superato tutte le obiezioni poste nel procedimento relativamente alla sua ricevibilità sicché, come già osservato da chi mi ha preceduto, sotto tale profilo non resta che prenderne atto.

Occorre, tuttavia, rammentare che la Corte di giustizia detiene una parte essenziale del potere legislativo nell’ambito dell’Unione Europea e le sue decisioni contengono disposizioni generali di diritto eurounitario caratterizzate dall’astrattezza e dalla generalità come la legge.

Ne consegue la rilevanza e l'interesse del procedimento di formazione di tali disposizioni generali contenute nelle sentenze della Corte, se non altro perché si tratta dei confini del potere legislativo nell'ambito dell'Unione Europea; confini e potere che dipendono anche dall'ampiezza del concetto di "*giurisdizione nazionale*" ritenuto idoneo dalla Corte a consentire la sua decisione nel merito.

La Corte, a mio avviso, non ha risposto adeguatamente alle obiezioni del Governo italiano e della Commissione europea esposte nella sentenza *UX* ai punti 36, 37 e 38 e proprio alla stregua della nozione di giurisdizione elaborata dalla stessa Corte di giustizia vi era quantomeno più di un dubbio sulla possibilità di definire il giudice di pace di Bologna che ha sollevato la questione pregiudiziale come "*giurisdizione*" ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Il concetto di giurisdizione ai fini dell'art. 267 TFUE va desunto unicamente dal Diritto dell'Unione, afferma la Corte di Giustizia. Ciò implica la indifferenza del Diritto dell'Unione alle eventuali definizioni nazionali in quanto la Corte compie la sua valutazione unicamente sul Diritto dell'Unione e tiene conto di un insieme di elementi rilevanti a tal fine.

La Corte per valutare se l'organo del rinvio posseda le caratteristiche di una giurisdizione ai sensi dell'articolo 267 TFUE, tiene conto degli elementi già più volte menzionati in precedenza e sottolineati dalla stessa Corte al punto 42 della motivazione della sentenza *UX*.

Iniziando dall'ultimo elemento - *indipendenza del magistrato* - nella sentenza *UX* si fa ampio riferimento sia alla sua componente esterna, vale a dire all'indipendenza da ogni altro potere, che a quella interna, cioè tale da porre il giudice in una condizione di imparzialità e terzietà rispetto alla vicenda concreta sottoposta al suo esame. Quest'ultimo elemento non può che fare riferimento al caso concreto e non certo alle caratteristiche astratte dell'organo che effettua il rinvio pregiudiziale, vale a dire che la terzietà si misura sul caso concreto.

Il giudice di pace di Bologna nell'ordinanza 6 ottobre 2018 non è affatto terzo, trattandosi di questione relativa (anche) al proprio rapporto di lavoro, con concreto interesse alla questione pregiudiziale proposta che ovviamente vale per tutti i giudici di pace e quindi anche per quello che ha emesso l'ordinanza.

Come già osservato da Edoardo Ales, il giudice di pace che ha sollevato la questione non poteva definirsi "*terzo*" ed imparziale rispetto alla questione esaminata riguardante proprio il rapporto di lavoro dei giudici di pace e quindi anche il proprio rapporto di lavoro. Ma la Corte ha risposto alla questione richiamando propri precedenti in cui non era stato ritenuto ostativo il coinvolgimento del magistrato nella questione dallo stesso sollevata (punto 56 della sentenza *UX*

e pronunce ivi richiamate).

Tuttavia, nel caso in esame, a mio avviso, vi erano ulteriori elementi concreti da valutare che rafforzavano la mancanza di terzietà nella vicenda.

1.1. Vuole spiegarci meglio questi elementi con specifico riferimento al caso concreto del giudice di pace rimettente?

Carla Musella

Come osservato dal Governo italiano (punto 37 della sentenza), il giudice di pace che ha sollevato la questione non aveva neppure la “*competenza*” a decidere della questione sollevata, riguardante, in ipotesi, la condanna al pagamento della retribuzione per le ferie previo riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato. La domanda di ingiunzione di pagamento proposta dal giudice di pace UX al giudice di pace di Bologna presuppone, dunque, un accertamento della esistenza di un rapporto di lavoro subordinato rientrante nella competenza del giudice del lavoro. Questo aspetto riguarda l’obbligatorietà della giurisdizione.

La lettura della ordinanza del giudice di pace di Bologna evidenzia che la domanda risarcitoria proposta da UX è strettamente collegata all’accertamento della illegittimità della condizione di precario del giudice di pace istante, secondo la disciplina giuridica applicata al rapporto da parte dello stato italiano, e dunque all’accertamento del diritto irrinunciabile alle ferie. Non è, pertanto, condivisibile la sentenza della Corte di giustizia laddove afferma che la competenza del giudice di pace non era esclusa per le cause di risarcimento danni (punto 59 della sentenza). Il titolo risarcitorio per l’inadempimento dello Stato italiano alle direttive comunitarie appare, nell’ordinanza che solleva la pregiudiziale, strettamente collegato con l’accertamento pregiudiziale di un rapporto di lavoro subordinato assimilabile a quello del magistrato togato e del diritto alla retribuzione spettante per il periodo di ferie quantificata sulla base di quella percepita dal giudice togato. La lettura delle argomentazioni compiute nell’ordinanza di rinvio, che contiene ampi riferimenti alla quantità di lavoro svolto dal giudice di pace UX e al comportamento dello Stato italiano nei confronti del c.d. precariato pubblico incluso quello scolastico, evidenzia la materia del contendere del procedimento monitorio diretta anche all’accertamento pregiudiziale della esistenza di un rapporto di lavoro rientrante non certo nella competenza del giudice di pace.

Ma se su questo singolo aspetto potrebbe obiettarsi ancora che la causa risarcitoria per inadempimento dello stato italiano alle direttive comunitarie non è collegata necessariamente al rapporto di lavoro e può anche essere una causa civile ordinaria (si veda in tal senso Cass. 23

marzo 2012, n. 4712), tuttavia in questo caso vi era comunque un rapporto di lavoro da accertare, tant'è che nel ricorso per decreto ingiuntivo UX rivendica l'esistenza di tutte le caratteristiche del rapporto di lavoro subordinato, chiedendo l'equiparazione al magistrato ordinario di terza valutazione di professionalità.

La questione di competenza andava valutata, inoltre, a mio avviso, sia in relazione alla dedotta mancanza di terzietà e sia pure valutando l'aspetto ulteriore della mancanza di contraddittorio nel procedimento monitorio. Sotto tale profilo condivido il punto di vista del Governo italiano (richiamato nel punto 38 sentenza UX). Ritengo, pertanto, che gli elementi carenti sopra menzionati (carenza di terzietà e di obbligatorietà della giurisdizione) siano notevolmente rafforzati dalla carenza di contraddittorio nel procedimento principale.

Il procedimento principale – procedimento monitorio - è un procedimento *inaudita altera parte* a contraddittorio eventuale, come è stato precisato in precedenza, sicché mancava anche il requisito del contraddittorio che, proprio secondo la Corte di giustizia, è uno dei requisiti essenziali per verificare l'esistenza dei presupposti richiesti dall'art. 267 TFUE.

La mancanza di terzietà appare, dunque, confermata, oggettivamente, dalla dubbia competenza e dall'assenza di contraddittorio. Sul punto va osservato che nel caso di specie, la incompatibilità tra il procedimento monitorio e la pregiudiziale comunitaria deriva proprio dal carattere eccezionale del procedimento monitorio che richiede per l'emissione della ingiunzione di pagamento la certezza, liquidità ed esigibilità del credito e che ha proprio la funzione di garantire al creditore la possibilità di conseguire, il più rapidamente possibile, il titolo esecutivo; funzione che viene meno nel momento in cui il procedimento viene sospeso per l'invio della pregiudiziale comunitaria.

In assenza dei presupposti legittimanti, la domanda proposta con il ricorso monitorio va respinta, proprio per l'eccezionalità della carenza di contraddittorio. La carenza di contraddittorio era quindi una leva importante e concreta per ravvisare, nel contesto di una probabile incompetenza del giudice di pace nel procedimento principale, la mancanza di terzietà del giudice di pace atteso che il principio del contraddittorio ha una valenza internazionale come caratteristica costante del procedimento civile in tutte le costituzioni e nei sistemi legislativi di tutto il mondo e non solo quindi nell'art. 111 della nostra Costituzione [v. sul punto A. Do Passo Cabral, *Il principio del contraddittorio come diritto di influenza e dovere di dibattito*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp 449 ss.].

La risposta della Corte con il riferimento ai propri precedenti (punto 64 della sentenza *UX*) in cui ha ritenuto ricevibile la pregiudiziale avanzata in un procedimento di ingiunzione è molto formale e non tiene conto del caso di specie dove, diversamente dagli altri due casi citati, erano claudicanti anche la terzietà del giudice e la obbligatorietà della sua giurisdizione.

In definitiva una valutazione complessiva degli elementi che la stessa Corte indica come richiesti dall'art. 267 TFUE avrebbe potuto dar luogo ad una pronuncia diversa.

2. Quello dei magistrati onorari è un rapporto di servizio o un rapporto di lavoro, nei termini tradizionali ai quali siamo abituati a considerarli? Cosa significa “onorario” nell'esercizio delle funzioni pubbliche?

Edoardo Ales

La risposta alla domanda, estremamente complessa, si può dare, a mio avviso su due piani diversi.

Sul piano teorico, rispetto al quale mi pare evidente che l'onorarietà dell'ufficio (*Amt*, per usare l'espressione tedesca) possa configurare esclusivamente un rapporto di servizio (*Dienst*), la cui ‘*causa*’ sta proprio nell'onore (*Ehre*) di concorrere con la propria professionalità (*Kompetenz*) all'esercizio di una funzione di pubblica utilità tra le più alte, quale quella giurisdizionale. Si tratta, quindi, di un'attività prestata *ehrenamtlich* (a titolo onorifico) per lo svolgimento della quale l'incaricato non deve percepire alcun compenso, traendo la propria soddisfazione dall'onore derivante dallo svolgimento della funzione. In questa prospettiva, l'accesso alla funzione stessa non dovrebbe richiedere alcuna formazione contenutistica specifica, consistendo l'attività da prestare nella messa a disposizione di una professionalità (*Kompetenz*) già in possesso di colui che volontariamente si offre. Una breve ‘informativa’ rispetto agli elementi procedurali dovrebbe bastare. Questa visione dell'onorarietà dell'ufficio si avvicina molto alla condizione del volontario, al quale, in base alla legislazione vigente, non è dovuta alcuna retribuzione o indennità, ma il solo rimborso delle spese eventualmente sostenute.

Sul piano pratico, mi pare che il discorso sia molto diverso. La legislazione vigente, non diversamente da quella precedente, riconosce una vera e propria remunerazione (di questo avviso anche la Corte di giustizia), a cottimo o sotto forma di indennità onnicomprensiva, che esclude dalla ‘*causa*’ del rapporto l'elemento onorifico prima richiamato, rendendo l'attività un vero e proprio lavoro, in quanto tale, protetto dalla Repubblica in tutte le sue forme ed espressioni (art. 35, Cost.). Ciò comporta una contraddizione in termini: il giudice o il procuratore onorario tali non possono essere in quanto, al di là dell'elemento soggettivo che li muove (*il*

sentirsi onorati), ottengono dal loro impegno una remunerazione. A meno che non vi rinuncino (ma ciò oltre che improbabile sembrerebbe essere anche ‘impossibile’, alla luce dell’impianto legislativo), il compenso che derivano dall’attività svolta ne esclude il carattere onorario, riportandola, come detto, nell’alveo del lavoro, costituendo, così un rapporto di lavoro che sostituisce quello di servizio. Non certamente perché lo priva della qualità professionale, quanto, piuttosto, perché lo connota in termini sinallagmatici di *do ut des* concreto e non solo ideale (il prestigio che deriva dall’esercitare gratuitamente una certa funzione di rilevanza collettiva).

Questa riflessione vale a prescindere dalla consistenza numerica, pur impressionante, della magistratura onoraria rispetto a quella professionale. Infatti, in altri ordinamenti, i giudici cosiddetti laici che affiancano la magistratura professionale non sono da meno quanto a numero. Essi, tuttavia, svolgono la loro funzione o in quanto portatori di interessi specifici, come nel caso delle controversie di lavoro, essendo indicati dalla parte sindacale e datoriale, o in quanto esperti della materia, nelle corti di legittimità, livello al quale contribuiscono ad elaborare il principio di diritto. Nell’un caso e nell’altro, la funzione giurisdizionale è esercitata dal magistrato professionale, la cui posizione, di norma, consente di risolvere l’*empasse* creato dal ‘pareggio’ delle opinioni contrastanti o di dare forma di sentenza al principio di diritto proposto dal giudice laico (spesso professore universitario). Si tratta, quindi, di un ruolo, per quanto importante, pur sempre di affiancamento che richiede anche un inserimento organizzativo meno impegnativo nel sistema giudiziario di quanto non pretenda, invece, la posizione monocratica del giudice onorario italiano.

La mia conclusione, quindi, è che non si tratti di un giudice onorario nel senso teorico sopra esposto.

Umberto Gargiulo

La risposta a questa domanda impone, a mio avviso, tre piani di riflessione.

Innanzitutto, occorre partire dal disegno del Costituente. Nella prospettiva dell’art. 106, Cost. il ricorso alla magistratura onoraria era destinato a un impiego “*straordinario*” e limitato, sicché, in coerenza con altre funzioni attribuite a titolo onorario, anche per la magistratura onoraria le caratteristiche distintive avrebbero dovuto essere la gratuità (non necessariamente in conflitto con qualche forma di compenso a carattere indennitario), la temporaneità, l’impiego a tempo parziale, il carattere non professionale e non continuativo dell’attività prestata.

Come pure è stato rilevato, quindi, l’ambito elettivo della magistratura onoraria era, tradizionalmente, quello della giustizia c.d. *minore*; inoltre non poteva essere “*indiscriminato*”,

perché il limite di utilizzo dei magistrati onorari si arrestava in primo grado dinanzi alla competenza del tribunale, giudice collegiale all'epoca dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, che infatti vieta l'assegnazione al magistrato onorario delle «funzioni attribuite a giudici singoli».

Fa eccezione, ma ne è chiara la *ratio*, la previsione (il 3° comma dell'art. 106, Cost.) che consente ai professori ordinari di materie giuridiche e agli avvocati con quindici anni d'esercizio, iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, di essere designati dal CSM, per meriti insigni, ad integrare le Sezioni della Corte di Cassazione.

Vi è stata, poi, com'è noto, un'evoluzione nel ricorso alla magistratura onoraria, puntualmente ricostruita, da ultimo, dalla Consulta nella sentenza n. 41 del 2021. E veniamo così alla seconda prospettiva di osservazione, che considera, appunto, l'utilizzo "massivo" dei giudici onorari per sopperire alle croniche carenze della giustizia, i cui dati di contenzioso non hanno pari, quanto meno a livello europeo, così che l'allargamento del novero dei soggetti chiamati a esercitare la funzione giurisdizionale è servita ad evitare la paralisi del sistema, soprattutto nel settore civile, ma è stata possibile grazie a un impiego tutt'altro che parziale, temporaneo e, dunque, straordinario di queste figure.

Come sta dimostrando plasticamente il contenzioso sviluppatosi proprio a ridosso della decisione della Corte di giustizia, si è avuto per decenni un inserimento sovente, continuativo, sul piano della quantità, e significativo, sul versante della qualità delle funzioni, nell'organizzazione del settore giustizia, con l'esercizio di attività non solo, e non sempre, di c.d. giustizia minore, e con compensi, connessi alla quantità dell'attività prestata, che hanno superato la caratteristica dell'indennità, per assumere connotazioni e continuità di vero e proprio corrispettivo. In questo senso, riprendendo i concetti riportati nella domanda, non credo si possa escludere, aprioristicamente e, forse, pregiudizialmente, che l'attività svolta abbia di fatto assunto i tratti di «un rapporto di lavoro, nei termini tradizionali». Ne discende che, con riferimento a queste situazioni, che sono al contempo "patologiche" – se riferite a un funzionamento ordinario dell'attività giurisdizionale – ma strutturali, se si guarda alla durata e alla consistenza che ha avuto negli anni, la verifica della possibilità di riconoscere diritti che presuppongano la qualificazione di lavoratore subordinato non può essere, ripeto, esclusa in linea di principio e va invece, come ricordano proprio i giudici di Lussemburgo, verificata dal giudice nazionale, caso per caso.

Altro e differente discorso è poi quello della possibilità di rendere stabile questo inserimento nell'organizzazione, che tocca un aspetto ancora diverso, che si affronterà più avanti.

C'è però il terzo profilo di osservazione, che prende le mosse dall'ultimo, in ordine di tempo, assetto normativo della magistratura onoraria: il legislatore del 2017, sebbene attraverso disposizioni non sempre ineccepibili e forse migliorabili, riconduce queste figure a una dimensione più aderente alla *ratio* istitutiva della magistratura c.d. laica, più coerente con il dettato costituzionale e, probabilmente, meno foriera di abusi.

Marco Macchia

Confesso sin d'ora che ho qualche difficoltà rispetto ai termini e ai concetti impiegati nella domanda. Nella prospettiva pubblicistica chi presta la propria attività al servizio di pubbliche amministrazioni vanta un duplice rapporto: *di servizio*, che sta ad indicare la prestazione lavorativa offerta in cambio di una retribuzione, e *d'ufficio*, in quanto titolare di una componente dell'organizzazione amministrativa e di una sfera di funzioni pubbliche. Seguendo questa prospettiva, il personale onorario potrebbe essere definito come quello "*non professionale*", nel senso che vanta un rapporto di ufficio mentre il rapporto di servizio è secondario, quasi inesistente. L'esempio dell'assessore è emblematico: il ruolo è conferito secondo un criterio di rappresentanza politica, è a termine, il compenso non è un corrispettivo del servizio prestato ma un'indennità, e lo scambio tra lavoro e retribuzione (l'aspetto professionale) è ridotto: per fare un esempio, l'assessore non è tenuto al rispetto di un preciso orario di lavoro. In altre parole, è titolare di un ufficio pur non vantando un rapporto di servizio.

Visto in questi termini, per rispondere all'interrogativo, l'"*onorarietà*" nell'esercizio delle funzioni pubbliche è la titolarità di un ufficio secondo un criterio di rappresentanza politica o di rappresentanza di interessi in cui l'obbligo di prestare il proprio servizio a favore dell'amministrazione sorge in corrispondenza del rapporto di ufficio e si estingue con quest'ultimo. Essa risponde al principio democratico, e non a quello meritocratico tipico del personale professionale.

Se ciò è vero, il magistrato onorario dovrebbe vantare unicamente un rapporto d'ufficio, mentre il rapporto di servizio dovrebbe essere assolutamente recessivo, dato il diverso inquadramento della magistratura onoraria rispetto a quella "*di professione*". Ne sono una dimostrazione la nomina per chiamata, la temporaneità, il regime indennitario. Qui però emerge un punto di crisi rilevante, nel senso che il funzionario onorario dovrebbe essere impiegato a tempo parziale, mentre sempre più spesso l'esercizio delle funzioni del giudice onorario assorbe l'intera capacità lavorativa del titolare dell'ufficio. Questa situazione di fatto deforma la costruzione teorica sopra narrata, con l'effetto che il rapporto di servizio cacciato dalla "porta", rientra dalla "finestra". Per tale via il rapporto di servizio onorario del giudice assomiglia sempre più ad un rapporto di

lavoro, addirittura subordinato, a cui la Corte di giustizia tende di conseguenza a riconoscere le misure minime di tutela proprie dell'ordinamento europeo. Non vi è dubbio che l'urgenza della "natura delle cose", dimostrata dal carico di lavoro della giustizia onoraria, venga a snaturare e a confondere l'originaria onorarietà del titolare dell'ufficio.

Carla Musella

La forzatura relativa alla ricevibilità della pregiudiziale che ho evidenziato nella precedente risposta nasce peraltro da lontano ed è il punto di arrivo di una vicenda che parte, volendo concentrarci sugli ultimi anni, dalla richiesta della Commissione europea del 16 ottobre 2015 in cui venne contestato formalmente all'Italia il trattamento giuridico dei giudici onorari proprio sotto il profilo dell'assenza di un periodo di ferie retribuito, di una disciplina dell'orario di lavoro e della mancanza di un trattamento previdenziale ed assistenziale. Il Governo italiano ha risposto il 30 novembre 2015 negando l'esistenza di un rapporto di lavoro per l'assenza di direttive, definendo appunto i magistrati come funzionari onorari che svolgono mansioni semplici rispetto a quelle dei magistrati professionali e che esercitano spontaneamente le funzioni per dovere civico [sul punto si veda A. Proto Pisani, *La magistratura onoraria tra Commissione europea e (tentata) furbizia italiana*, in *Foro it.*, 2018, V, 42 ss].

È evidente che la situazione attuale di fatto della magistratura onoraria non corrisponde alla figura del funzionario onorario. Basta leggere i dati contenuti nelle relazioni dei Presidenti di Corte d'appello che inaugurano l'anno giudiziario per verificare la mole di contenzioso civile definito dai giudici di pace e dai giudici onorari in generale e la conferma di tale "deviazione" viene indirettamente dalla sentenza n. 41/2021 della Corte costituzionale ove si afferma la contrarietà alla Costituzione delle norme che hanno previsto la istituzione dei giudici aggregati di Corte d'appello, inseriti nei collegi, laddove l'art. 106, Cost. contempla solo lo svolgimento delle funzioni monocratiche per i giudici onorari [per una lettura critica della *vacatio* stabilita da questa sentenza, in una analisi di insieme del ruolo di "*decisore politico*" che talvolta assume il giudice costituzionale, si veda l'articolo di A. Ruggeri, pubblicato in questa *Rivista*, il 13 aprile 2021, [Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo "bilanciamento" tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. \(nota minima alla sent. n. 41 del 2021\)](#)].

Il vero nodo è che la giustizia civile italiana, per i numeri elevatissimi del contenzioso, non può reggere con i soli magistrati togati e d'altro canto questa situazione, che si è accentuata negli ultimi anni, è comune ad altri paesi europei che fanno largo uso della c.d. magistratura laica, termine certamente preferibile a quello di onoraria, che peraltro è contenuto nella Costituzione

italiana. Se questo era vero già nel 1991 quando è stato istituito il giudice di pace, ancor di più lo è adesso che vi è una pressione fortissima a rendere più veloce la risposta della giustizia soprattutto civile.

Da ultimo vorrei sottolineare che questo problema è ancor più accentuato nel contesto della pandemia da COVID – SARS 2 con le difficoltà di tenere e portare a completamento il concorso per il reclutamento dei magistrati togati, a suo tempo rinviato, e per la crescita dell'arretrato dovuto alle chiusure degli uffici giudiziari e ai rinvii imposti dalla pandemia.

Quindi non si può negare che i giudici onorari svolgano un'attività di lavoro considerevole. Dalla più volte citata ordinanza di rinvio del giudice di pace di Bologna risulta che la ricorrente aveva depositato oltre 400 sentenze penali e oltre 1000 decreti di archiviazione tenendo due udienze monocratiche settimanali anche in materia di immigrazione. Parlare in questi casi di dovere civico sembra una ipocrisia giuridica.

Se dal piano del fatto e dell'innegabile esistenza di un'attività di lavoro, a volte intensa, dei giudici onorari sia di pace, che di Tribunale e aggregati di Corte d'appello, con inserimento nell'organizzazione degli uffici giudiziari, ci trasferiamo sul piano giuridico e della giurisprudenza di legittimità e della Corte costituzionale riscontriamo una pacifica definizione del giudice onorario come funzionario onorario.

Appare opportuno richiamare una delle tante sentenze del giudice di legittimità per delineare proprio la figura del giudice di pace come funzionario onorario. Si tratta di una vicenda in cui è stato respinto un ricorso proposto avverso una sentenza che aveva negato al giudice di pace la corresponsione della indennità prevista dall'art. 11, c. 3 della legge n. 374/1991 richiesta per il periodo di non attività per la sospensione dei termini processuali.

Nella sentenza 20 settembre 2019, n. 25767 la Corte di Cassazione sui giudici di pace così motiva *“pur non potendo sussistere dubbi sul fatto che la funzione giurisdizionale è esercitata dai magistrati ordinari e che di tale categoria fanno parte sia i giudici di carriera che quelli onorari (v. gli artt. 102,104 e 105 Cost) - non è casuale la circostanza che, già prima dell'entrata in vigore della Carta Fondamentale del 1948, il RD 30 gennaio 1941 n. 12 art. 4, distinguesse “in due diversi commi le due categorie di magistrati ordinari, stabilendo nel comma 1 che l'ordine giudiziario “è costituito” dai magistrati cd. togati e nel secondo che “appartengono all'ordine giudiziario” anche gli altri magistrati cd. Onorari”* (così, in motivazione, Cass. Sez. Un., 9 novembre 1998, n. 11272).

Da tale premessa poi la Corte ricava l'affermazione della *“non omogeneità tra la figura del funzionario onorario e quella del pubblico dipendente (qual è, invece, il magistrato togato), “perché*

la prima si rinviene ogni qualvolta esista un rapporto di servizio con attribuzione di funzioni pubbliche, ma manchino gli elementi caratterizzanti dell'impiego pubblico, quali la scelta del dipendente di carattere prettamente tecnico-amministrativo effettuata mediante procedure concorsuali (che si contrappone, nel caso del funzionario onorario, ad una scelta politico-discrezionale); l'inserimento strutturale del dipendente nell'apparato organizzativo della P.A. (rispetto all'inserimento meramente funzionale del funzionario onorario); lo svolgimento del rapporto secondo un apposito statuto per il pubblico impiego (che si contrappone ad una disciplina del rapporto di funzionario onorario derivante pressoché esclusivamente dall'atto di conferimento dell'incarico e dalla natura dello stesso); la diversità concerne anche la durata, che è tendenzialmente indeterminata nel rapporto di pubblico impiego, a fronte della normale temporaneità dell'incarico onorario” (così, tra le tante, in motivazione, Cass. Sez. Lav., 5 febbraio 2001, n. 1622; per un'applicazione recente si veda anche, in motivazione, Cass. Sez. Un., sent. 31 maggio 2017, n. 13721).

Concludendo sul punto, non vi è dubbio che la Costituzione delinea come funzionari onorari i giudici onorari e tale lettura è in un certo senso avallata dalla sentenza ultima della Corte costituzionale n. 41/2021 che traccia un *excursus* storico del ruolo di tali magistrati onorari ribadendo l'importanza del secondo comma dell'art. 106, Cost., con esclusione di qualsiasi lettura evolutiva della norma fondamentale, laddove affida ai giudici onorari solo le funzioni attribuite ai giudici singoli.

Tuttavia, è innegabile, a mio avviso, che il ruolo di fatto della magistratura onoraria nel nostro ordinamento renda spesso non coincidente la figura “astratta” del funzionario onorario con i giudici non togati.

3. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha escluso la possibilità di riconoscere al magistrato onorario lo *status* giuridico di pubblico dipendente a tempo pieno o parziale nell'ambito della magistratura. Condividete questo orientamento o lo ritenete superabile, e sulla base di quali argomenti?

Edoardo Ales

Da quanto evidenziato in precedenza mi pare ovvio derivare, sul piano teorico, che il magistrato realmente onorario non può essere classificato come pubblico dipendente al pari di un magistrato professionale. Sul piano pratico, invece, il discorso è, come detto, molto diverso e passa, inevitabilmente, come sottolineato dal Consiglio di Stato, dalla Corte di Cassazione e, *in apicibus*, dalla Corte Costituzionale, da una riflessione sul tema del reclutamento. Il ‘vero’

magistrato onorario si presta, non è reclutato. Il sistema in vigore prevede, invece, degli elementi di selezione non comparabili al pubblico concorso che, però, preludono all'inserimento in un 'ruolo' con tanto di dotazione organica che ricorda, appunto, il reclutamento, richiedendo anche l'esito positivo di un tirocinio e determinando l'assegnazione a una sede. Sta di fatto, tuttavia, che non presentando caratteri di analogia con il reclutamento dei magistrati professionali, non può dare accesso alla magistratura professionale.

Umberto Gargiulo

Il quesito qui incrocia la problematica del reclutamento e il ruolo che s'intende oggi attribuire al concorso pubblico: tematica che, ovviamente, travalica i confini di questa riflessione, ma che richiede, a mio avviso, un approccio pragmatico, quanto al tema più in generale, e per converso - non sembri una contraddizione - di estremo rigore, quanto allo specifico ambito esaminato.

Sul primo fronte è indubbio come lo strumento del concorso pubblico richieda, oggi più che mai, un serio ripensamento che accantoni qualsiasi approccio ideologico per importare un'ampia e diversificata strumentazione di verifica delle competenze: in questo senso, forse, gli strumenti selettivi impongono una revisione sostanziale, che investe tutto il comparto pubblico e la sua capacità di selezionare i soggetti più idonei a ricoprire le funzioni da assegnare.

Al contempo però, come ha ricordato la Consulta proprio con riferimento alla categoria dei giudici onorari, in sostanza il pubblico concorso qui viene in rilievo non tanto, e non solo, come strumento per la scelta dei "migliori" - e dunque in una prospettiva strumentale a garantire imparzialità e (in questo senso, soprattutto) buon andamento - ma risulta funzionale «*a concorrere ad assicurare la separazione del potere giurisdizionale dagli altri poteri dello Stato e la sua stessa indipendenza*» (così Corte Cost. n. 41/2021) quale elemento fondante l'assetto ordinamentale della Repubblica.

La previsione di una selezione che - dietro la pressione dei "numeri" - volesse realizzare le predette finalità, finirebbe allora per rimettere in discussione la caratteristica stessa, *onoraria*, dell'attribuzione di talune funzioni giurisdizionali, radicando come strutturale una soluzione che il Costituente disegna come straordinaria, nel senso letterale del termine.

Va anche aggiunto che le ipotesi di cui si discute sono in qualche modo connesse al tentativo, sin qui fallito, di "*stabilizzazione*" della magistratura onoraria; un termine, quello di stabilizzazione, che sotto un'unica etichetta raccoglie forme diverse di superamento del precariato, buona parte delle quali non avallate dalla giurisprudenza costituzionale, proprio per il rischio di aggiramento del sistema del concorso pubblico, che dovrebbe essere tendenzialmente aperto, e per il coevo

rischio di trattare in maniera omogenea posizioni per le quali l'inserimento nell'organizzazione ha avuto luogo con forme e modalità tra loro molto distanti.

Marco Macchia

A mio parere non è il Consiglio di Stato ad aver escluso la possibilità di riconoscere al magistrato onorario lo *status* giuridico di pubblico dipendente, bensì è il legislatore. Quest'ultimo ha chiaramente statuito, con l'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 116/2017, nell'esercizio della propria potestà discrezionale che l'incarico di magistrato onorario non determina in nessun caso un rapporto di pubblico impiego. Dal che se ne deduce che l'inquadramento della magistratura onoraria è assimilabile alla magistratura professionale unicamente sotto un profilo funzionale, e non anche per lo *status* giuridico, in conformità alla regola derivante dai principi costituzionali per i quali l'esercizio delle funzioni giurisdizionali è svolto in via istituzionale da magistrati di professione, istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario e la cui nomina avviene per concorso (art. 102, comma primo, e art. 106 comma primo, Cost.). Pertanto, lo *status* di magistrato deve essere tenuto distinto dall'esercizio concreto delle funzioni giudicanti, giacché il legislatore nella sua autonomia ha escluso per i magistrati onorari la costituzione *in via di fatto* di un rapporto di pubblico impiego. A questa scelta seguono coerentemente le altre in tema di indennità riconosciuta ai magistrati onorari, di disciplina degli oneri previdenziali (rientranti nella gestione separata), di sanzioni disciplinari e di ambito di competenza dei giudici di pace. Si ritiene che vi sia armonia tra tale decisione del legislatore e la regola costituzionale dell'art. 106 secondo cui il principio di equiparazione tra magistratura onoraria e professionale vale solo dal punto di vista funzionale (e non in termini di *status*), confermando che “*i magistrati ordinari costituiscono l'ordine giudiziario, mentre i magistrati onorari vi appartengono*”, come si ricava dall'art. 4 della legge sull'ordinamento giudiziario.

Personalmente ritengo che detta opzione legislativa sia condivisibile a patto che quest'ultima sia posta in equilibrio con alcune tutele lavoristiche da riconoscere al giudice onorario, preso atto del ruolo essenziale da questo svolto per il buon funzionamento del sistema giustizia. Come d'altronde riconosciuto nella comunicazione della Commissione Europea nel caso EU Pilot 7779/15/EMPL in cui era preannunciata l'apertura di una procedura di infrazione a danno dell'Italia per contrasto con la disciplina eurounitaria della disciplina nazionale sul servizio prestato dai magistrati onorari, ovvero nella comunicazione della Presidente della Commissione in risposta alle petizioni del Parlamento europeo in cui si invitava l'Italia a trovare un equo compromesso sulla “*situazione lavorativa*” dei giudici di pace, ovvero ancora nella Raccomandazione CM/Rec (2010)12 del Comitato europeo per i diritti sociali in punto di

remunerazione dei giudici onorari in caso di malattia, maternità o paternità e a seguito del pensionamento.

Addivenire per *scorciatoie* ad una parità di trattamento in ragione della (presunta) parità di funzioni – concetto quest’ultimo non condivisibile, come sta a dimostrare la pronuncia della Corte costituzionale sull’impossibilità di assegnare i magistrati onorari a un collegio di appello – sarebbe inammissibile e contrario alla certezza del diritto. Ragionare, invece, su un differente assetto della giustizia onoraria da parte del legislatore (magari anche superando il concetto stesso di onorarietà e temporaneità, pure per non sprecare le competenze già acquisite), all’interno di una riforma complessiva del processo in un’ottica di snellimento e forte riduzione dei tempi, appare fortemente auspicabile.

Carla Musella

Fin quando nel nostro ordinamento rimarrà la regola del pubblico concorso per l’accesso alla magistratura professionale, ai giudici onorari non può essere riconosciuto lo *status* giuridico di pubblico dipendente a tempo pieno o parziale nell’ambito della magistratura.

Il Consiglio di Stato differenzia la magistratura, rispetto al pubblico impiego, con argomentazioni condivisibili laddove (sentenza 9 dicembre 2020 n. 7772) afferma che quella del magistrato professionale è una carriera speciale di diritto pubblico (art. 3 d.lgs. n.165/2001) in quanto sottende un rapporto di servizio inerente ad una funzione espressiva di sovranità. Funzione espressiva di sovranità: è su questo elemento della inerenza della magistratura professionale ad una funzione espressiva di sovranità che occorre soffermarsi per comprendere la particolare delicatezza della funzione giurisdizionale espressione di un potere autonomo e indipendente dagli altri poteri. Questo orientamento del giudice amministrativo non credo sia superabile proprio perché attiene ai fondamenti dello stato democratico. Non vi è solo la regola del pubblico concorso, così come in tutto il settore pubblico, ma la necessità che la funzione giurisdizionale sia, in linea di massima svolta da magistrati professionali. In proposito vorrei richiamare proprio la sentenza della Corte costituzionale n. 41/2021 laddove afferma: *“Tale assetto, che deriva dall’art. 106, primo e terzo comma, Cost., costituisce, come si evince anche dai lavori preparatori, il punto di arrivo di un complesso dibattito, in sede di lavori dell’Assemblea Costituente, riguardo alle modalità più idonee di assunzione dei magistrati in coerenza con le scelte fondamentali in ordine all’autonomia e all’indipendenza dell’ordine giudiziario da ogni altro potere (art. 104, primo comma, Cost.) e alla soggezione del giudice solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), nonché al divieto di istituzione di giudici straordinari o giudici speciali (art. 102, secondo comma, Cost.). La regola generale del pubblico concorso è stata individuata come quella più idonea a concorrere ad*

assicurare la separazione del potere giurisdizionale dagli altri poteri dello Stato e la sua stessa indipendenza, a presidio dell'ordinamento giurisdizionale, posto dalla Costituzione, nel Titolo IV della sua Parte II, quale elemento fondante dell'ordinamento della Repubblica.”.

In altri termini il pubblico concorso non è solo la modalità con cui si realizza la scelta dei migliori, con un percorso comune a quanto previsto per le assunzioni nella pubblica amministrazione (art. 97), ma è anche strettamente funzionale ad assicurare la separazione del potere giurisdizionale dagli altri poteri.

4. Ritenete possibile, in una prospettazione alternativa e subordinata, il riconoscimento del rapporto di impiego pubblico nell'ambito del personale amministrativo del Ministero della Giustizia?

Edoardo Ales

Al di là della più volte evidenziata contraddizione sul piano teorico, sul piano pratico la soluzione del riconoscimento di un rapporto (contrattualizzato) analogo a quello del personale amministrativo del Ministero della Giustizia non mi pare percorribile per l'evidente incommensurabilità delle prestazioni svolte dai due gruppi professionali. In particolare, non mi sembra assimilabile l'amministrazione della giustizia con l'esercizio della funzione giurisdizionale. In più, una simile soluzione porrebbe un notevole problema legato alla natura subordinata del rapporto di lavoro, tipica del personale contrattualizzato, che risulta del tutto incompatibile con il requisito dell'indipendenza inteso nel senso di autonomia decisionale del giudice.

Umberto Gargiulo

Tenderei ad escludere questa possibilità perché si tratta di una soluzione che forse riuscirebbe ad aggirare parte degli ostacoli esaminati in precedenza, ma provocando due diverse incoerenze di sistema: per un verso determinerebbe l'assimilazione, sul piano della regolazione, del rapporto di lavoro di soggetti cui sono assegnati compiti assai differenti e, soprattutto, riconducibili a due diversi ambiti d'intervento dello Stato, con una sovrapposizione tutt'altro che positiva in un contesto, quello della separazione dei poteri, la cui centralità è stata ribadita di recente dal Giudice delle leggi (Corte Cost. n. 41/2021); per altro verso rischierebbe di incidere proprio sul profilo dell'indipendenza, centrale nella vicenda esaminata, che costituisce un requisito fondamentale (anche) dell'attività giurisdizionale rimessa ai giudici onorari e ne risulterebbe potenzialmente compromesso.

Marco Macchia

Non mi sembra ci sia spazio alcuno per riconoscere ai magistrati onorari un rapporto di impiego pubblico nell'ambito del personale amministrativo del Ministero della Giustizia. In primo luogo, detto personale ministeriale vanta un rapporto di lavoro privato con l'amministrazione, ossia nel rispetto dei contratti collettivi, e non di impiego pubblico. In secondo luogo, le funzioni svolte sono diverse: il magistrato onorario ha competenze tecnico-giuridiche per redigere la sentenza, istituisce interamente il processo e decide la causa, mentre non ha competenze amministrative. In terzo luogo, essa costituirebbe una sorta di stabilizzazione automatica in assenza del requisito concorsuale (sebbene sia noto che anche i magistrati onorari instaurano il loro rapporto con l'amministrazione in seguito al superamento di un concorso per titoli, in passato previsto dagli artt. 4 e 4-bis l. n. 374 del 1991) contraria alla regola meritocratica dell'art. 97, Cost. In quarto luogo, tale riconoscimento rappresenterebbe una palese violazione dell'obbligo costituzionale di indipendenza dell'ordine giudiziario, a cui i magistrati onorari "appartengono" come sopra precisato.

Carla Musella

Riterrei di no perché questo non corrisponde alla funzione giurisdizionale svolta dai giudici onorari. Sarebbe un ennesimo pasticcio all'italiana perché il giudice onorario svolge funzioni giurisdizionali e non amministrative. Occorre riportare tuttavia, e questo è un nodo fondamentale, la magistratura onoraria nell'alveo delle regole costituzionali, anche se questo è l'aspetto più problematico e difficile che richiede uno sforzo di riforma dell'intera giustizia civile.

5. La Corte di Cassazione, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, ha costantemente affermato che il servizio onorario non è equiparabile al rapporto di impiego pubblico, pena l'alterazione della configurazione tipica della struttura dell'ordinamento giudiziario italiano che si fonda sui due pilastri della magistratura togata, di tipo professionale, e della magistratura onoraria. I magistrati onorari, quindi, sono giudici "semiprofessionali" che restano fuori dal perimetro del rapporto di pubblico impiego e della subordinazione?

Edoardo Ales

Fermo restando quanto detto sul piano teorico, dal punto di vista pratico, il problema di fondo è costituito non tanto dalla astratta qualificazione del rapporto, ma dalla modalità concreta di inserimento della prestazione offerta dal magistrato onorario all'interno dell'ordinamento giudiziario. In particolare, una volta esclusa la subordinazione derivante dal contratto di lavoro

o l'inserimento organico frutto di un atto amministrativo, l'unica soluzione che rimane è quella del coordinamento di una prestazione autonoma consistente, in concreto, nell'esercizio indipendente della funzione giurisdizionale. D'altro canto, questa sembrerebbe anche essere la soluzione adottata dal legislatore, almeno sul versante previdenziale, laddove prevede l'iscrizione del giudice onorario alla Gestione Separata dell'INPS in assenza di obblighi assicurativi derivanti dall'iscrizione ad albi professionali. Questa soluzione, tuttavia, si scontra con il divieto, per me inspiegabile, di ricorso alle collaborazioni coordinate e continuative da parte delle Pubbliche Amministrazioni, sostituite dalle collaborazioni autonome. Queste ultime, tuttavia, escludono qualsiasi forma di coordinamento negoziato tra le parti del rapporto, contrariamente a quanto previsto, ora in forma esplicita, dall'art. 409 c.p.c., e possono essere utilizzate esclusivamente per attività di studio o di consulenza. *De iure condendo*, la soluzione mi parrebbe essere quella della reintroduzione, anche soltanto per i giudici e procuratori 'onorari', della possibilità di ricorrere alle collaborazioni coordinate e continuative, predisponendo un modello di accordo di coordinamento che salvaguardi le esigenze dell'amministrazione e dia concreta attuazione ai limiti legali già imposti rispetto allo svolgimento della prestazione nell'ottica di consentire la pluricommitenza in favore del giudice.

Umberto Gargiulo

Credo vadano tenuti ben distinti i due profili interessati dalla domanda. Un aspetto è la possibilità di qualificare il magistrato onorario quale dipendente pubblico, altro e ben distinto aspetto è se la prestazione resa, quanto al profilo oggettivo – più che la figura che pone in essere l'attività sul piano soggettivo – resti fuori dal perimetro della subordinazione.

Se, per tutte le ragioni dette, che richiamano una giurisprudenza assolutamente granitica, coerente con la *ratio* istitutiva della magistratura onoraria, va escluso un riconoscimento "di fatto" di un rapporto di lavoro pubblico, in assenza di procedura concorsuale di accesso all'impiego e alla luce delle caratteristiche fisiologiche di qualsiasi servizio onorario, che è privo dei connotati di continuità, esclusività, stabilità, discorso più articolato riguarda il tema della subordinazione.

In realtà, i tratti caratterizzanti la magistratura onoraria, come delineati dal legislatore del d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116 sembrano in grado di assicurare un'adeguata coerenza tra l'impegno richiesto (settimanalmente e complessivamente, stanti i limiti massimi di utilizzo), le incompatibilità imposte e l'impiego per lo svolgimento di funzioni giurisdizionali minori.

Altro discorso riguarda il concreto utilizzo che si ha o, forse meglio, si è avuto negli anni, di talune figure di magistrati onorari (si pensi ai giudici di pace, ma non solo). Su questo versante, seppure vada negata la conversione del rapporto a termine, non può escludersi che vi sia stato un ricorso alla magistratura onoraria in certo qual modo “distorto” – proprio quanto ai profili della continuità d’impegno richiesto, della frequenza di esso, che veniva semmai ad assumere caratteri tali da impedire (ancora una volta “di fatto”) lo svolgimento di altra attività lavorativa, congiunti al grado di relazione con l’ufficio di riferimento – che porti a rinvenire, nel singolo caso, una continuità d’inserimento nell’organizzazione idonea a costituire la premessa del riconoscimento di un vincolo di subordinazione: una qualificazione che, non a caso, ci ricorda la stessa Corte di giustizia, «*spetta, in ultima analisi, al giudice nazionale*».

Sul versante interno, del diritto nazionale, escludere aprioristicamente la qualificazione sarebbe impossibile, stante il vincolo d’indisponibilità del tipo; quanto alla disciplina eurounitaria ancor meno può escludersi, come meglio si vedrà, l’applicazione di singole discipline che presuppongono criteri tutt’altro che stringenti, in presenza di «*prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie e per le quali percepisca indennità aventi carattere remunerativo*» per usare le parole della Corte di giustizia.

È però evidente che situazioni siffatte, non prive di connotati patologici, riguardino soprattutto il passato e non a caso hanno investito i tribunali in seguito all’accantonamento del tentativo di stabilizzazione di tali figure.

Marco Macchia

Come sopra precisato, l’appartenenza “*meramente funzionale*” della magistratura onoraria all’ordine giudiziario non implica in alcun modo la costituzione di un rapporto di impiego pubblico. La legge lo vieta espressamente, perciò i giudici onorari restano per forza fuori da questo perimetro.

Discorso più complesso, invece, è se tali giudici “*semiprofessionali*” restino fuori anche dalla subordinazione. Teoricamente, il rapporto di servizio onorario esula dalla nozione giuridica di rapporto di lavoro, sia subordinato che autonomo (Cass., Sez. Un., n. 5431/2008). In concreto, però, i magistrati onorari, al pari dei magistrati ordinari, esercitano la giurisdizione in materia civile e penale alle medesime condizioni (in quanto tenuti rispetto delle tabelle indicanti la composizione dell’ufficio e degli ordini di servizio del capo dell’ufficio e dei provvedimenti organizzativi del C.S.M., giudicati sulla base dei medesimi criteri di valutazione di professionalità, tenuti alla costante reperibilità, soggetti, sotto il profilo disciplinare ad obblighi

analoghi a quelli dei magistrati professionali). Orbene, proprio questo profilo è stato valorizzato dalla Corte di giustizia, la quale afferma che «i giudici di pace svolgono le loro funzioni nell'ambito di un rapporto giuridico di subordinazione sul piano amministrativo, che non incide sulla loro indipendenza nella funzione giudicante, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare»; difatti, un giudice di pace, nell'ambito delle sue funzioni, «effettua prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo», per cui «può rientrare nella nozione di "lavoratore"». (punti 112 e 113).

In questi termini, emerge una evidente contraddizione tra il concetto nazionale di "onorarietà" e la lettura sostanzialistica offerta dalla Corte di giustizia. Secondo quest'ultima, a prescindere dalla qualificazione giuridica data dall'ordinamento statale, i giudici onorari sono soggetti a precise condizioni di lavoro, sono sottoposti a potere disciplinare, devono rispettare le tabelle che indicano la composizione dell'ufficio di appartenenza, le quali disciplinano nel dettaglio e in modo vincolante l'organizzazione del lavoro, compresi l'assegnazione dei fascicoli, le date e gli orari di udienza. Per queste ragioni vanno considerati "lavoratori" ai sensi della direttiva dell'Unione. Nondimeno, ciò non pregiudica la facoltà degli Stati di prevedere l'esistenza di uno statuto particolare che disciplini l'ordine della magistratura, a patto che si rispettino le tutele minime del lavoro.

Carla Musella

Da quanto esposto al punto precedente non vedo come si possa superare questo assetto costituzionale. Al tempo stesso su un piano più strettamente giuslavoristico vorrei sottolineare come proprio la nozione di lavoratore eurounitario comporta il riconoscimento di alcuni diritti fondamentali ai magistrati onorari e, al tempo stesso, la possibilità di risarcire il danno in caso di abuso del lavoro a tempo determinato.

Mi sembra condivisibile la strada indicata da Edoardo Ales di una configurazione *de iure condendo* per alcune figure di magistrati onorari della collaborazione coordinata e continuativa, tenendo conto anche dell'evoluzione del diritto del lavoro, alimentata dal diritto eurounitario, del progressivo avvicinamento delle tutele tra i diversi tipi di lavoro attraverso l'estensione di diritti fondamentali, un tempo applicabili solo al lavoro subordinato, a vari tipi di attività lavorativa.

6. La Corte costituzionale, con la sentenza 18 novembre 2020, n. 267, ha dichiarato illegittimo l'art. 18, c.1, d. l. 25 marzo 1997, n. 67, conv. in l. 23 maggio 1997, n. 135, nella parte in cui non prevede che il Ministero della Giustizia rimborsi al giudice di pace le spese

di difesa sostenute nei giudizi di responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi per fatti di servizio e definiti con provvedimento di esclusione della responsabilità, considerando del tutto irragionevole l'esclusione dei magistrati onorari dalla tutela accordata solo ai magistrati togati, in considerazione dell'identità della funzione del giudicare e della sua primaria importanza costituzionale, nonché della necessità di garantire un'attività serena e imparziale, non condizionata dai rischi economici conseguenti ad azioni di responsabilità infondate.

Ritenete che questa pronuncia possa aprire le porte a nuove questioni di legittimità costituzionale o che l'iniziativa spetti ora al Parlamento?

Edoardo Ales

Alla luce di quanto risposto in precedenza, mi pare di poter ritenere assolutamente condivisibili le conclusioni alle quali è giunta la Corte costituzionale, attenendo la garanzia in questione all'esercizio della funzione giurisdizionale, del quale non vi è possibilità di dubitare. Questo principio vale per tutte le disposizioni che attengono detto esercizio e, dunque, dovrebbe essere affermato o eventualmente opportunamente circoscritto sulla base di considerazioni oggettive, dal legislatore, onde evitare il susseguirsi di questioni di costituzionalità.

Umberto Gargiulo

La decisione della Corte costituzionale è pienamente condivisibile, in quanto inerente all'esercizio della funzione giurisdizionale e dunque alla necessità di tutelare la "serenità" di chiunque la eserciti, anche quale elemento di garanzia indiretta della terzietà e della stessa indipendenza. In questo senso la decisione della Consulta, centrata sulla *ratio* dell'istituto esaminato, prescinde dalla qualificazione giuridica delle posizioni del giudice professionale e del giudice onorario, collegandosi piuttosto alla funzione esercitata, che viene ad essere tutelata. Da questo punto di vista la previsione normativa, all'esito dell'intervento della Corte, non è dissimile da quanto accade anche in altri contesti pubblici, ove è previsto il rimborso delle spese di patrocinio ai dipendenti dell'amministrazione, al ricorrere di talune condizioni.

Per questo motivo, la vicenda non appare destinata a generare ulteriori connessioni con i profili più generali della questione inerente alla qualificazione della figura dei giudici onorari.

L'intervento del Parlamento non appare, a rigore, necessario per l'operatività della norma, che è destinataria di una pronuncia d'illegittimità parziale; altro discorso è se, nell'esercizio della discrezionalità propria del legislatore, si dovesse provvedere a una diversa delimitazione dei requisiti di accesso a quanto previsto dalla disposizione.

Marco Macchia

L'estensione dell'obbligo legale di rimborso al giudice onorario delle spese di difesa sostenute nei giudizi di responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi per fatti di servizio e conclusi con provvedimento di esclusione della responsabilità, è coerente con la regola della parità di funzioni rispetto ai magistrati ordinari. Svolgendo i giudici onorari la "funzione magistratuale" *in concreto*, a prescindere dall'appartenenza ad una precisa categoria, emergono nei fatti finalità di difesa che sono identicamente avvertite dai magistrati onorari e da quelli ordinari.

Corre, però, l'obbligo di precisare che tale diritto al rimborso delle spese è figlio appunto dell'equiparazione funzionale – cioè lo svolgimento dell' "*attività giurisdizionale*" nel suo complesso – che nulla a che vedere con lo *status* ovvero con il riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato. In questa logica, la sentenza del giudice delle leggi si inserisce in un solco già tracciato e non mi sembra apra le porte a nuove questioni di legittimità costituzionale. Appare, invece, sotto tale profilo molto più dirompente l'arresto della Corte di giustizia che riconosce ai fini europei la natura di lavoro subordinato dell'incarico di magistrato onorario.

Resta comunque il fatto che un'iniziativa legislativa al riguardo è altamente auspicabile, data l'evidente complessità allo stato attuale della disciplina giuridica della giustizia onoraria.

Carla Musella

La soluzione adottata dalla Corte costituzionale è ineccepibile ed è fondata proprio sulla funzione di giudicare che è identica per il giudice ordinario e per il giudice di pace. Ed è lo svolgimento della funzione giurisdizionale che comporta il riconoscimento di alcune regole e benefici anche ai giudici onorari, come quella del rimborso delle spese di patrocinio che è prevista per tutti i dipendenti dell'amministrazione statale. La Corte costituzionale ha emesso una sentenza di parziale incostituzionalità, sicché non credo sia indispensabile l'intervento del legislatore perché già sulla base della sentenza e qualora ricorrano i presupposti dell'art. 18, c.1, d. l. n. 97/1997, i giudici di pace possono ottenere il rimborso delle spese legali sopportate. Il giudice delle leggi ha tenuto conto della sentenza *UX* e quella di una estensione di volta in volta di alcune prerogative ai giudici onorari può essere una soluzione pragmatica al problema molto intricato di dare un assetto uniforme generale ed astratto alla magistratura onoraria che oltre tutto conosce diverse situazioni di fatto e diversa intensità di lavoro.

7. Tornando alla "*sistemazione*" della magistratura onoraria nell'ambito dell'ordinamento italiano, quali sono le direttive comunitarie applicabili in base alla nozione di lavoratore

eurounitario, a prescindere dalla qualificazione del rapporto in termini di impiego?

Edoardo Ales

Ritengo che, a seguito della sentenza *UX*, le Corti italiane, laddove adite dai giudici onorari, dovrebbero procedere, ove possibile, a adottare un'interpretazione conforme della normativa nazionale, attuativa del Diritto dell'Unione, della quale si richieda l'applicazione. Mi pare, infatti, che, una volta verificato, da parte del giudice nazionale che un giudice di pace, nell'ambito delle sue funzioni, effettui prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, questi possa rientrare nella nozione eurounitaria di "lavoratore", anche al di là dell'ambito di applicazione delle direttive in materia di orario di lavoro e di contratto a termine. Ciò che mi sentirei di escludere, invece, è l'applicazione del principio di parità di trattamento retributivo con i magistrati professionali, proprio in considerazione delle ragioni oggettive relative alle *"diverse qualifiche richieste e dalla natura delle mansioni di cui detti magistrati [onorari] devono assumere la responsabilità"*. Ciò non vuol dire affermare la condizione di lavoratore subordinato, non essendoci coincidenza con la nozione eurounitaria di lavoratore. Infatti, come efficacemente dimostrato in dottrina (M. Menegatti, *The Evolving Concept of "worker" in EU Law*, in *ILLeJ*, 2019, 71), detta nozione si concentra sulla messa a disposizione per una certa durata delle prestazioni piuttosto che sul vincolo di sottoposizione gerarchico-tecnica del lavoratore.

Umberto Gargiulo

Ritengo che, proprio alla luce della decisione della Corte di giustizia del 16 luglio 2020, il giudice nazionale non possa prescindere dalle indicazioni fornite dalla stessa Corte in merito all'applicazione della normativa interna che sia attuativa del Diritto dell'Unione. In questo senso condivido l'opinione che non preclude l'applicazione ai giudici onorari delle direttive che presuppongano la nozione eurounitaria di lavoratore elaborata dalla giurisprudenza europea (in materia di libera circolazione), cioè di soggetto (a quei fini) che eroga *«prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie e per le quali percepisca indennità aventi carattere remunerativo»* e che *«fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra [persona] e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in cambio delle quali percepisca una retribuzione»*; direttive in relazione alle quali la Corte di Lussemburgo ha segnalato, ancora una volta, la necessità di un'applicazione uniforme sul territorio dell'Unione.

La stessa Corte, tuttavia, nel ripetere che spetta al giudice nazionale la qualificazione, ribadisce che *«quest'ultimo deve fondarsi su criteri obiettivi e valutare nel loro complesso tutte le circostanze*

[...] *riguardanti la natura sia delle attività interessate sia del rapporto tra le parti in causa*». In questo senso, con riguardo al tema della parità di trattamento e di quella retributiva in particolare, occorre domandarsi se vi siano quelle «*ragioni oggettive*»: ragioni che giustificano la differenza di trattamento tra magistrati togati e magistrati onorari che, se non possono consistere nella mera temporaneità del rapporto dei secondi, potrebbero rinvenirsi, a tacer d'altro, nelle modalità di accesso alla magistratura di carriera rispetto a quella onoraria e all'assenza del vincolo di esclusività per quest'ultima (seppure nell'ambito di un regime d'incompatibilità particolarmente stringente), che osterebbero a una comparazione piena tra le due posizioni.

Discorso più delicato, che pure in tal caso non può essere trattato per schemi generali o sulla base di petizioni di principio e che in questa sede non può essere compiutamente affrontato per ragioni di spazio, è quello della *comparabilità* dei compiti. Accertato che la magistratura onoraria non si occupi affatto soltanto di controversie c.d. bagatellari, va rilevato come i limiti di competenza e gli snellimenti procedurali che accompagnano l'attività giurisdizionale di talune figure di giudici, sono assenti in relazione ad altre figure di magistrati onorari, che si trovano a sostituire, in tutto e per tutto, il corrispondente "togato".

È evidente, poi, che il dibattito, allo stato, risulti influenzato da quanto sin qui accaduto. Occorre, invece, a mio avviso, distinguere le due situazioni: un discorso è valutare la comparabilità della figura del magistrato onorario prevista attualmente dalla legge, altro è verificare se l'utilizzo prolungato, praticamente continuativo, dei magistrati onorari nel recente passato – un utilizzo che per quantità e qualità d'impegno ha finito per coincidere, in molti casi, con un'attività esclusiva e, di fatto, stabilmente inserita nell'organizzazione considerata – svisciva significativamente le «*ragioni oggettive*» di differenziazione economica tra le due categorie. Ma qui siamo nuovamente sul piano di una verifica in concreto dalla quale non pare opportuno ricavare un'estensione "regolativa" di carattere generale.

Marco Macchia

Prima di rispondere alla domanda, mi sembra utile soffermarmi su un aspetto.

L'art. 2 della direttiva 89/391/CEE, relativa alle misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, nel definire i settori oggetto di interesse precisa che la direttiva «*concerne tutti i settori d'attività privati o pubblici*», però «*non è applicabile quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche nel pubblico impiego, per esempio nelle forze armate o nella polizia, o ad alcune attività specifiche nei servizi di protezione*

civile vi si oppongono in modo imperativo». In questo caso «*si deve vigilare affinché la sicurezza e la salute dei lavoratori siano, per quanto possibile, assicurate, tenendo conto degli obiettivi della presente direttiva*». La direttiva 2003/88, sulle prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell'orario di lavoro (incluse le ferie annuali), contiene il medesimo campo di applicazione. La direttiva 1999/70 si applica ai lavoratori a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione e prevenendo gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato.

Il punto critico, a parere di chi scrive, riguarda proprio tale regime di eccezione, ossia quelle attività specifiche del pubblico impiego che sono escluse dall'ambito di applicazione delle direttive. Per la Corte di giustizia conta la «*natura specifica*» dei compiti particolari svolti dai lavoratori dei settori considerati, natura che teoricamente potrebbe giustificare una deroga alle norme in materia di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori per un'efficace tutela della collettività. Da qui conclude che «*nulla giustifica l'applicazione dell'articolo 2, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 89/391 nei confronti dei giudici di pace e la loro esclusione generalizzata dall'ambito di applicazione di tali due direttive*».

Francamente tale affermazione non convince da un punto di vista giuridico. È noto, infatti, che il principio di libera circolazione dei lavoratori (art. 45 TFUE) prevede un'eccezione per gli accessi agli impieghi nella pubblica amministrazione. Per evitare situazioni di disparità nello spazio europeo, la Corte di giustizia ha dato una propria interpretazione della nozione di pubblica amministrazione contenuta nell'art. 45. Solo ove vi sia esercizio di poteri pubblici, non si applica il principio di libera circolazione. Nel concreto ciò avviene nelle funzioni tipiche dello Stato, come la difesa, la giustizia, la sicurezza e gli affari esteri.

La mia impressione è che, quando la direttiva menziona le «*attività specifiche nel pubblico impiego*» (come fa nella direttiva 89/391), citando a mero titolo di esempio le forze armate o di polizia, faccia in verità riferimento a tutti quegli impieghi che implicano lo svolgimento di attività specifiche dei poteri pubblici, ossia funzioni tipiche dello Stato, sottratte al principio di libera circolazione, tra cui proprio il servizio giustizia e quello dei magistrati onorari.

Se questa è la mia impressione, è chiaro però che l'orientamento della Corte di giustizia è differente, giacché riconosce ai giudici onorari la qualifica autonoma di «*lavoratore*» propria del Diritto dell'Unione, sulla scorta dell'assunto che la natura giuridica *sui generis* di un rapporto di lavoro riguardo al diritto nazionale non può avere alcuna conseguenza sulla qualità di lavoratore ai sensi del Diritto dell'Unione. Secondo questo orientamento, sono certamente applicabili le direttive sulle condizioni di lavoro, sul diritto alla sicurezza sociale e sui contratti a

termine. Con riguardo poi alla direttiva 1999/70, occorre precisare che essa mira a prevenire gli abusi legati alla successione di plurimi contratti a termine; mentre la durata delle funzioni dei giudici di pace è soggetta per legge ad un mandato di quattro anni, rinnovabile alla scadenza per la medesima durata.

Carla Musella

In realtà ritengo che la nozione di lavoratore eurounitario prescindendo dal concetto di pubblico impiego e quindi potenzialmente tutte le direttive in materia di lavoro sono applicabili al giudice onorario che svolga un'attività di lavoro continuativa. In particolare, sono applicabili le direttive sulle condizioni di lavoro e orario, diritto alla sicurezza sociale. Non credo siano applicabili le norme a tutela del recesso ingiustificato che presuppongono un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Ribadisco che la via giudiziale, sulla scorta della sentenza *UX*, può essere risolutiva almeno dei casi di magistrati onorari che lavorano con grande intensità e può rispondere meglio di una difficile soluzione legislativa unitaria.

8. Sul piano del trattamento economico, tenuto conto anche del contenuto dell'attività giurisdizionale svolta dai magistrati onorari, ritenete possibile, e in quali limiti, un adeguamento? Alcuni giudici di merito, pur in assenza del riconoscimento della sussistenza del rapporto di lavoro subordinato (a tempo pieno o parziale e indeterminato), talvolta facendo leva sull'art. 36 Cost. e sull'art. 2126 cod. civ., hanno riconosciuto il diritto alla retribuzione spettante al magistrato di prima nomina, non essendo previste valutazioni di professionalità come per i magistrati togati. Ritenete giusto e coerente questo criterio di determinazione o avete una proposta alternativa da formulare?

Edoardo Ales

Alla luce di quanto detto e della possibilità (anzi della quasi certezza da parte del legislatore) dello svolgimento di altre attività da parte del giudice onorario, anche sul piano pratico ritengo le indennità attualmente previste adeguate a remunerare la prestazione così come limitata nel tempo da parte del legislatore. Dette indennità potrebbero fungere da riferimento per la risoluzione di controversie economiche relative al pregresso.

Umberto Gargiulo

Va ricordato come il d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, all'art. 1 preveda che l'attività dei giudici onorari si realizzi «*in modo da assicurare la compatibilità con lo svolgimento di attività lavorative o*

professionali» e l'impegno complessivamente richiesto è limitato sul piano temporale proprio per assicurare questo scopo. Sicché, fino a “prova del contrario”, si deve presupporre l'adeguatezza del criterio di determinazione dei compensi adottato dal legislatore.

Qualora vi fossero esigenze diverse di determinazione del compenso, connesse a particolari ed effettive situazioni di esercizio della funzione, pertanto, si potrebbero utilizzare parametri differenti di quantificazione del corrispettivo; da questo punto di vista non appare condivisibile l'importazione *tout court* del “tabellare retributivo” del magistrato di prima nomina, stante l'esclusività che caratterizza l'attività del giudice togato, che si contrappone proprio al tendenziale svolgimento di altra attività, presupposto invece dal legislatore quale condizione “ordinaria” del giudice onorario, seppure nell'ambito dei vincoli d'incompatibilità, tutt'altro che ridotti, previsti dalla legge (all'art. 5). A ragionare diversamente, si potrebbe pervenire, invero, a un evidente paradosso: che il magistrato ordinario che assuma le funzioni al termine del tirocinio, vincolato all'esclusività, verrebbe ad essere retribuito in maniera identica al magistrato onorario, chiamato a un impegno che, anche per effetto del limite settimanale previsto per legge, potrebbe utilmente integrare i propri guadagni svolgendo altra attività.

Quanto ai parametri normativi utilizzati a giustificazione di tale estensione (l'art. 36 Cost. e l'art. 2126 cod. civ.) essi presuppongono la risoluzione della questione, di fondo, circa la natura del rapporto, laddove così si finisce per invertire il piano logico e giuridico di qualificazione della fattispecie.

Ciò non vuole dire che non vi siano situazioni nelle quali le caratteristiche “anomale” di utilizzo del giudice onorario non giustifichino il ricorso a differenziali “retributivi”, ma essi vanno utilizzati pur sempre, a mio avviso, come parametri di determinazione del compenso, qualora si ritenga – in una sorta di prospettiva risarcitoria – che la prestazione onoraria resa non presenti alcun elemento di differenziazione da quella propria della magistratura togata. Non vale, invece, la proposizione inversa: le caratteristiche strutturali distintive delle due figure di magistrato, così come ribadite anche di recente dalla giurisprudenza costituzionale, non possono determinare l'equiparazione “automatica” della remunerazione delle funzioni.

Marco Macchia

Non ritengo giuridicamente corretto riconoscere ai giudici onorari il diritto alla retribuzione del magistrato di prima nomina. La richiesta della parità di trattamento retributivo con il magistrato togato si scontra con il fatto che un magistrato professionale non sembra propriamente integrare – nel rispetto delle nozioni della direttiva – quel “*lavoratore a tempo indeterminato comparabile*”

perché addetto ad un'occupazione identica o simile tenuto conto delle qualifiche. Ciò in quanto, a mio parere, se è vero che entrambi esercitano la funzione giurisdizionale, la qualifica non appare la medesima, adempiendo il magistrato professionale alla risoluzione di controversie di valore più elevato e quello onorario alla "giustizia minore". In altre parole, seppure siano impegnati teoricamente nella medesima occupazione, la difficoltà delle questioni da risolvere e il valore della controversia si riflettono in condizioni di lavoro che permangono divergenti, il che non può che rilevare sotto il profilo retributivo.

Al contempo, è evidente che la retribuzione del giudice onorario deve essere proporzionata alle prestazioni effettuate. Essi beneficiano di indennità a carattere remunerativo per le pronunce, per ciascuna udienza civile o penale, per l'attività di apposizione dei sigilli, nonché per ogni altro processo assegnato e comunque definito o cancellato dal ruolo. Inoltre, essi percepiscono indennità per ciascun mese di effettivo servizio a titolo di spese per l'attività di formazione, aggiornamento e per l'espletamento dei servizi generali di istituto. In questo quadro, spetta ai giudici nazionali valutare se gli importi percepiti in concreto presentino un carattere remunerativo idoneo a procurare al giudice onorario un beneficio materiale e garantiscano il suo sostentamento.

Carla Musella

Condivido quanto affermato da alcune sentenze di merito (ad es. quella del Tribunale Napoli 11 gennaio 2021, n. 6015/2020), ma ritengo che il giudice onorario debba provare anche la esclusività di fatto del lavoro svolto. Nella realtà penso che alcuni giudici di pace e giudici onorari di tribunale svolgano di fatto esclusivamente questa attività, ma ovviamente ci sono anche situazioni diverse.

Sulla base della quantità e qualità del lavoro svolto in base all'art. 36, Cost mi sembra condivisibile, dunque, la soluzione adottata da alcune sentenze di merito, ma sono situazioni da verificare caso per caso perché è vero che l'esclusività dell'attività non è un elemento costante nel rapporto dei magistrati onorari che sono spesso avvocati, iscritti alla Cassa Previdenza Forense. In tali casi potrebbe essere sufficiente la indennità prevista dalla legge. Il punto è di provare la quantità del lavoro svolto; prova, del resto, abbastanza facile perché si dimostra con le sentenze scritte, le udienze tenute, i documenti organizzativi dirigenziali degli uffici giudiziari.

9. Riconosciuta illegittima la reiterazione degli incarichi a termine per i magistrati onorari, in ragione delle numerose proroghe disposte prima della riforma del 2017, alcuni giudici del lavoro hanno riconosciuto il risarcimento dei danni in misura variabile di alcune

mensilità, determinate sulla base degli stessi parametri della maggiore retribuzione riconosciuta, applicando la disposizione di cui all'art. 32, c. 5 e ss., l. 4 novembre 2010, n. 183, poi trasfusa nel vigente art. 28, c. 2, d.lgs. n. 81 del 15 giugno 2015, quale sanzione economica dissuasiva per l'illegittima reiterazione dei rapporti di lavoro a tempo determinato di tipo privato o pubblico privatizzato, nell'impossibilità della loro conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Ritenete giuridicamente corretta questa impostazione?

Edoardo Ales

L'applicazione, in via analogica, dell'art. 32 mi pare assolutamente condivisibile, in quanto esito ultimo di una riflessione pluriennale frutto di un fitto dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia. Proprio il giudizio di adeguatezza formulato, a più riprese, da quest'ultima porta a sconsigliare l'avventurarsi in diverse determinazioni, le quali, a loro volta, richiederebbero il vaglio positivo della Corte. D'altro canto, al di là della qualificazione del rapporto di lavoro, la presenza della Pubblica Amministrazione, quale parte, giustifica ampiamente il ricorso all'analogia e, dunque, all'utilizzo dell'art. 32, nell'applicazione operata dalla Corte di Cassazione.

Umberto Gargiulo

Il ricorso al criterio di determinazione del risarcimento contenuto nell'art. 32, l. 183/2010 (oggi nell'art. 28, d.lgs. 81/2015) è sicuramente una soluzione dotata di una propria razionalità. Si tratta di un meccanismo che assume ormai una sorta di valenza generale, nella duplice funzione di dissuasione rispetto all'abuso nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato e di risarcimento del danno, per la quantificazione del quale si può tener conto di quanto applicabile in «*un ambito normativo omogeneo, sistematicamente coerente e strettamente contiguo*» (Cass., Sez. Un., n. 5072/2016), seguendo dunque il percorso, ormai sufficientemente assestato, della giurisprudenza nazionale, in dialogo con quella della Corte di Giustizia.

Un diverso approccio, pur astrattamente corretto, proprio alla luce della giurisprudenza della Corte UE in tema di abuso del contratto a termine da parte delle pubbliche amministrazioni, presupporrebbe peraltro anch'esso il raggiungimento di un condiviso approdo quanto al dirimente profilo della qualificazione.

Marco Macchia

L'applicazione dell'art. 32 della l. n. 183 del 2010 (ora art. 28, d.lgs. n. 81/2015) consente una tutela per equivalente causata dalla mancata stabilizzazione del rapporto di lavoro, riconoscendo ai precari una misura equiparabile a quella riconosciuta a lavoratori che si trovano in situazioni analoghe nel settore privato. Del resto, è certamente ammissibile il riconoscimento del risarcimento dei danni nell'impossibilità della conversione del rapporto di lavoro in tempo indeterminato, da parte delle pubbliche amministrazioni. Come è noto, la direttiva 1999/70 sul lavoro a tempo determinato non sancisce l'obbligo assoluto di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato illegittimi. Anzi agli Stati è consentito, nella loro discrezionalità, individuare altre soluzioni, nel rispetto dei limiti dell'effettività, della proporzionalità e dell'idoneità delle sanzioni predisposte per prevenire gli abusi nel ricorso ai contratti a termine.

Non potendo operare il meccanismo della stabilizzazione del contratto, pertanto, data la natura pubblica del datore di lavoro, il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative, come statuisce l'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001.

Non solo. Stando a quanto riconosciuto dalla Corte di giustizia (ord. 12 dicembre 2013, C-50/13, *Papalia*), non è compatibile con il diritto dell'Unione europea la normativa nazionale che, nell'ipotesi di utilizzo abusivo da parte di un datore di lavoro pubblico di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto per il lavoratore interessato di ottenere il risarcimento del danno ove il rimedio risarcitorio, a causa degli oneri probatori gravanti sul lavoratore, si presenti tale da rendere per quest'ultimo "praticamente impossibile o eccessivamente difficile" ottenere il risarcimento del danno medesimo. Perciò il lavoratore può limitarsi a fornire elementi di fatto idonei a fondare, in modo preciso e concordante, la presunzione dell'esistenza di una situazione di abusivo ricorso ai contratti a termine in suo danno, mentre spetta all'amministrazione l'onere di provare l'insussistenza dell'abuso.

Di conseguenza, il risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di "disposizioni imperative" deve essere interpretato nel senso che la nozione di danno applicabile deve essere quella di "*danno comunitario*". La tutela risarcitoria riconosciuta al lavoratore in luogo della conversione del contratto presenta tratti di specialità rispetto all'ordinaria disciplina civilistica, nel senso che non può ricadere sul lavoratore l'onere di provare la perdita di opportunità di lavoro e quella del conseguente lucro cessante. In altre parole, il risarcimento si configura come una sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro, in conformità con i canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla

stipulazione da parte delle amministrazioni di contratti a termine.

Carla Musella

L'applicazione della sanzione dissuasiva per l'utilizzazione abusiva del contratto a tempo determinato è una modalità ormai costante nella giurisprudenza nell'ambito del lavoro pubblico. Del resto, questo è il vero nodo della questione: l'abuso della figura del rapporto a tempo determinato da parte delle pubbliche amministrazioni, allargate anche al Ministero della Giustizia, che dà luogo al fenomeno del precariato. Sotto questo profilo vorrei segnalare la irrilevanza per il diritto comunitario e per la nozione eurounitaria di lavoratore della differenza pubblico/ privato e finanche della funzione sovrana connessa all'esercizio delle funzioni giurisdizionale. E' questa la principale caratteristica della nozione eurounitaria e la sua potenzialità assimilatrice tra i vari paesi membri, proprio perché la sovranità statale è un concetto interno da cui discende appunto la differenza tra magistrati togati e magistrati onorari prevista dall'art. 106, Cost. e ribadita con enfasi dall'ultima sentenza della Corte Costituzionale.

Tuttavia, quando dal piano interno ci spostiamo su quello eurounitario si recupera il valore giuslavoristico dell'attività lavorativa svolta di fatto e la irrilevanza, sotto tale profilo, delle differenze tra lavoro pubblico e lavoro privato più volte ribadita in relazione all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

10. Sul piano squisitamente processuale mi sembra rilevante il problema della giurisdizione. Se non c'è domanda di costituzione del rapporto di impiego di diritto pubblico è pacifica quella ordinaria come stabilito dalle prime sentenze di merito?

Edoardo Ales

In assenza di una chiara presa di posizione del legislatore e della giurisprudenza di legittimità sulla natura giuridica del rapporto di lavoro del giudice di pace, la questione mi pare destinata a provocare non pochi problemi. Perdurando l'incertezza, una strategia processuale utilitaristica sarà quella di incardinare procedimenti presso il giudice amministrativo e quello ordinario, al fine di verificarne l'atteggiamento. Non sarebbe la prima volta, infatti, e mi pare che ciò si stia verificando anche in questa circostanza, che entrambi affermino la propria giurisdizione, giungendo a conclusioni potremmo dire fisiologicamente opposte, la coesistenza delle quali, tuttavia, evidenzerebbe lo stato patologico del sistema. Ovviamente, a mio avviso, alla luce di quanto sopra evidenziato la giurisdizione dovrebbe essere quella del giudice ordinario (secondo il rito del lavoro) ex art. 409, n. 3 c.p.c.

Umberto Gargiulo

Non mi pare ci siano strade diverse. Qualora nel *petitum* vi fosse la richiesta di costituire un rapporto d'impiego di diritto pubblico, sarebbe necessario rivolgersi al giudice amministrativo: si tratta però di una strada, quella dell'assimilazione alla magistratura togata, che mi pare tuttora priva di via d'uscita, chiusa da una giurisprudenza assolutamente granitica del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione.

Per converso, se il giudice onorario percorre la strada del riconoscimento di singoli diritti alla luce di previsioni delle direttive di volta in volta invocate – siano esse relative alle ferie, piuttosto che all'abuso del contratto a tempo determinato – giocoforza dovrà rivolgersi al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro. Questo è del resto lo spazio aperto proprio dalla decisione della Corte di giustizia del 16 luglio 2020, sebbene in quel caso il ricorso alla Corte sia passato, discutibilmente, attraverso un rinvio da parte del giudice di pace.

Marco Macchia

La giurisdizione sulle controversie relative ai funzionari onorari non segue la materia (come accade invece nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le categorie non privatizzate del pubblico impiego), ma è ripartita sulla base della situazione giuridica soggettiva lesa. Le richieste dei giudici onorari nel caso di specie attengono al rapporto di servizio che gli stessi ritengono leso, ove essi vantino un diritto soggettivo a ricevere un maggior compenso in ragione dell'attività svolta o il diritto alle ferie oppure ancora il riconoscimento di una prestazione sociale. Perciò, nel caso di specie, dato che la situazione soggettiva vantata è di diritto soggettivo, mi sembra che vada affermata chiaramente la giurisdizione del giudice ordinario.

Carla Musella

Ritengo non fisiologico l'andamento, ormai molto diffuso da qualche anno, di adire contemporaneamente il giudice amministrativo e quello ordinario con *petitum* e *causa petendi* differenziati in relazione ad una medesima controversia, perché questo crea una lievitazione abnorme dei processi e nuoce alla ragionevole durata di essi.

Alla luce della sentenza *UX* e della pronuncia n. 41/2021 della Corte Costituzionale, riterrei una battaglia persa quella diretta ad ottenere per i giudici di pace e gli altri giudici onorari il riconoscimento del rapporto di pubblico impiego e la stabilizzazione per via giudiziaria con piena assimilazione tra magistrato togato e magistrato onorario. È ovvio che se la domanda viene prospettata come riconoscimento di un rapporto di pubblico impiego assimilabile a quello del magistrato togato, si radichi la giurisdizione amministrativa seguendo la tesi del *petitum*

sostanziale. Tuttavia, questa possibilità dovrebbe essere ormai superata proprio sulla base di una granitica giurisprudenza di legittimità e del Consiglio di Stato. La stessa Corte di giustizia nella sentenza *UX* non afferma la assimilazione e rimette al giudice nazionale la valutazione delle differenze.

La giurisdizione ordinaria nel nostro sistema costituzionale è quella che prevale in base all'art. 102, Cost. Una volta ottenuta l'affermazione in sede eurounitaria dell'applicabilità delle direttive che riguardano il lavoro *tout court* nell'ambito di un rapporto di lavoro ascrivibile proprio all'art. 409, n. 3, c.p.c., non si vede perché non dovrebbe essere il giudice ordinario, giudice del lavoro, ad avere giurisdizione sulla domanda del giudice onorario. Ed infatti vorrei ribadire che, a mio avviso, la domanda di risarcimento dei danni proposta da *UX* per il mancato pagamento delle ferie era domanda rientrante nella competenza del giudice del lavoro e non del giudice di pace.

11. Ritenuta la giurisdizione ordinaria, la competenza è attribuita al giudice del lavoro ai sensi di quanto disposto dall'art. 409, n. 3, c.p.c., come avete risposto. Ma questa impostazione non potrebbe contraddire l'impostazione generale, sottesa alla sentenza della Corte di Giustizia del 16 luglio 2020 *UX*, secondo la quale i magistrati onorari sono equiparati, quanto a funzioni esercitate, se non proprio a statuto giuridico e normativo, ai magistrati togati?

Edoardo Ales

Non direi. L'equiparazione mi pare funzionale piuttosto che strutturale, rimanendo ciascuno Stato membro libero di organizzare il proprio sistema giudiziario. La preoccupazione, condivisibile, della Corte di giustizia è quella di evitare che la qualificazione giuridica del rapporto determini l'esclusione di alcuni soggetti, che pure svolgono un'attività continuativa all'interno di un'organizzazione altrui mediante una remunerazione, dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di protezione sociale dei lavoratori. Direi, anzi, che la competenza del giudice del lavoro risponde pienamente, se vogliamo più di quella del giudice amministrativo, all'esigenza evidenziata dalla Corte.

Umberto Gargiulo

Non rinvengo una contraddizione, perché in effetti la Corte di Giustizia non effettua una completa equiparazione della magistratura onoraria a quella togata, bensì rileva, nell'applicare una specifica direttiva, l'esistenza di una discriminazione non altrimenti giustificata rispetto a lavoratori che svolgono un lavoro «identico o simile», tant'è che la medesima Corte si esprime in termini di *comparabilità*: valutazione quest'ultima rimessa al giudice nazionale con margini

talora più stringenti, talaltra piuttosto ampi, come testimoniato proprio dalla decisione dalla quale prende avvio la nostra riflessione.

Da questo punto di vista, la giurisdizione ordinaria appare rispondere pienamente alle esigenze di tutela che, a prescindere dalla qualificazione giuridica del rapporto, rimessa al giudice nazionale, vengono riconosciute dalla Corte. Del resto, anche il contenzioso che si è sviluppato negli ultimi mesi sembra svolgersi lungo questa linea, muovendo quasi sempre da un'istanza risarcitoria conseguente al mancato rispetto delle previsioni, con riferimento alle quali si può registrare la disparità ingiustificata tra i due gruppi di lavoratori.

Marco Macchia

Siamo proprio sicuri che per il giudice sovranazionale i magistrati onorari siano equiparati, quanto a statuto giuridico e normativo, ai magistrati togati? Vediamo meglio la sentenza, passo per passo, per non cadere nella trappola diventando “più realisti del re”. Secondo la Corte di giustizia il giudice onorario rientra nella nozione eurounitaria di lavoratore e il fatto che, ai sensi del diritto nazionale, l'attività professionale sia qualificata come “onoraria” non ha rilevanza per l'applicazione a quest'ultimo dell'accordo quadro europeo, del quale devono beneficiare tutti i giudici non professionali che effettuino prestazioni reali ed effettive, che non siano né puramente marginali né accessorie, e che comportino indennità a titolo di corrispettivo, a tutela del principio di parità di trattamento.

Detto ciò, il principio di non discriminazione impone appunto di non privare i lavoratori a termine dei diritti riconosciuti a quelli a tempo indeterminato, purché le situazioni siano comparabili altrimenti situazioni diverse meritano di essere trattate in maniera difforme. Il *test* di comparabilità deve essere svolto dal giudice nazionale, la Corte di giustizia si limita a mettere a disposizione degli elementi di cui tener conto.

A favore della comparabilità, riscontriamo che i giudici onorari svolgono un'attività giurisdizionale *«equivalente a quella di un magistrato ordinario, con le medesime responsabilità sul piano amministrativo, disciplinare e fiscale, continuativamente inserito nell'organico degli uffici giudiziari»* (sentenza UX). In più, *«al pari di un magistrato ordinario, il giudice di pace è, in primo luogo, un giudice che appartiene all'ordine giudiziario italiano e che esercita la giurisdizione in materia civile e penale, nonché una funzione conciliativa in materia civile. In secondo luogo, ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 1, della legge n. 374/1991, il giudice di pace è tenuto all'osservanza dei doveri previsti per i magistrati ordinari. In terzo luogo, il giudice di pace, al pari di un magistrato ordinario, è tenuto a rispettare tabelle indicanti la composizione dell'ufficio di*

appartenenza, le quali disciplinano dettagliatamente ed in modo vincolante l'organizzazione del suo lavoro, compresi l'assegnazione dei fascicoli, le date e gli orari di udienza. In quarto luogo, sia il magistrato ordinario che il giudice di pace sono tenuti ad osservare gli ordini di servizio del Capo dell'Ufficio, nonché i provvedimenti organizzativi speciali e generali del CSM. In quinto luogo, il giudice di pace è tenuto, al pari di un magistrato ordinario, ad essere costantemente reperibile. In sesto luogo, in caso di inosservanza dei suoi doveri deontologici e d'ufficio, il giudice di pace è sottoposto, al pari di un magistrato ordinario, al potere disciplinare del CSM. In settimo luogo, il giudice di pace è sottoposto agli stessi rigorosi criteri applicabili per le valutazioni di professionalità del magistrato ordinario. In ottavo luogo, al giudice di pace vengono applicate le stesse norme in materia di responsabilità civile ed erariale previste dalla legge per il magistrato ordinario» (sentenza UX).

A sfavore della comparabilità, resta il fatto che «le controversie riservate alla magistratura onoraria, e in particolare ai giudici di pace, non hanno gli aspetti di complessità che caratterizzano le controversie devolute ai magistrati ordinari. I giudici di pace tratterebbero principalmente cause di minore importanza, mentre i magistrati ordinari che svolgono la loro attività in organi giurisdizionali di grado superiore tratterebbero cause di maggiore importanza e complessità. Inoltre, ai sensi dell'articolo 106, secondo comma, della Costituzione italiana, i giudici di pace possono svolgere soltanto le funzioni attribuite a giudici singoli e non possono quindi far parte di organi collegiali» (sentenza UX).

Sulla base di un quadro così puntuale resta tuttavia l'interrogativo di fondo. Il magistrato onorario è comparabile ad un magistrato ordinario (che ha superato la terza valutazione di idoneità professionale e maturato un'anzianità di servizio di almeno quattordici anni)? E in caso positivo, ci sono ragioni oggettive, sulla base di elementi concreti e di una reale necessità, che giustifichino la differenza di trattamento? La Corte di giustizia non risponde a queste domande, perché non le compete dal momento che il suo compito è l'interpretazione del Diritto dell'Unione. Il Governo italiano afferma che la differenza di trattamento si giustifica con l'assenza del concorso per gli onorari e le differenti condizioni di accesso. Al riguardo i giudici europei si limitano a notare che gli Stati hanno autonomia nello stabilire le condizioni di accesso alla magistratura e che «talune disparità di trattamento tra lavoratori a tempo indeterminato assunti al termine di un concorso e lavoratori a tempo determinato assunti all'esito di una procedura diversa da quella prevista per i lavoratori a tempo indeterminato possono, in linea di principio, essere giustificate dalle diverse qualifiche richieste e dalla natura delle mansioni di cui devono assumere la responsabilità» (sentenza UX), purché non sia meramente motivato con la durata determinata del rapporto di lavoro. Anzi, le «differenze e, segnatamente, la particolare

importanza attribuita dall'ordinamento giuridico nazionale e, più specificamente, dall'articolo 106, paragrafo 1, della Costituzione italiana, ai concorsi appositamente concepiti per l'assunzione dei magistrati ordinari, sembrano indicare una particolare natura delle mansioni di cui questi ultimi devono assumere la responsabilità e un diverso livello delle qualifiche richieste ai fini dell'assolvimento di tali mansioni» (sentenza UX).

Insomma, in conclusione, le differenze sembrano essere giustificate da ragioni oggettive e l'equiparazione non può certamente essere automatica.

Carla Musella

La risposta negativa al quesito sulla esistenza di una contraddizione deriva dal fatto che, a mio avviso non può parlarsi di equiparazione tra magistrati ordinari e magistrati onorari neppure nella sentenza UX, la quale valuta l'attività di lavoro sulla base del Diritto dell'Unione.

Infatti, permane, secondo la legge italiana, la impossibilità di configurare un rapporto di impiego pubblico in mancanza di identiche modalità concorsuali di reclutamento e tenuto conto proprio della differenza che l'art. 106 della Costituzione fa tra magistrati togati e magistrati onorari, ribadita anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 41/2021, con riferimento ad argomenti che attengono alla separazione dei poteri disegnata nella Carta costituzionale, come più volte detto.

Del resto, qualunque idea si voglia avere sulla magistratura onoraria è evidente che l'equiparazione non può essere identificazione, se non altro tenuto conto dei limiti che la giurisdizione esercitata dai giudici onorari incontra, limiti ribaditi dal giudice delle leggi nella sentenza n. 41/2021.

La sentenza della Corte di giustizia non equipara inoltre lo statuto giuridico e normativo dei magistrati onorari ai magistrati ordinari. Piuttosto valorizza il contenuto lavorativo del servizio reso nell'ambito dell'amministrazione della giustizia ai fini della fruizione delle ferie e dell'applicazione del principio di non discriminazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

La competenza del giudice del lavoro, una volta esclusa la giurisdizione del giudice amministrativo mi sembra correttamente radicata sull'art. 409, n. 3, c.p.c.