



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

News U.M. n. 10 del 26 gennaio 2023
a cura dell'Ufficio del massimario

T.a.r. per il Lazio, sez. I, ordinanza 6 ottobre 2022, n. 12674 Pres. Savo Amodio, Est. Petrucciani.

Ordinamento giudiziario – Magistrati onorari - Infermità ultrasemestrale – Dispensa automatica dal servizio - Eccesso di delega

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 2, del d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116 (Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57), nella parte in cui ha previsto la dispensa dal servizio, "anche d'ufficio, per impedimenti di durata superiore a sei mesi", senza distinguere tra infermità e altri impedimenti, in violazione del criterio posto dalla legge delega 28 aprile 2016, n. 57, per violazione dell'art. 76 della Costituzione (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna il T.a.r. per il Lazio ha sollevato q.l.c. – per contrasto con l'art. 76 Cost. - dell'art. 21, comma 2, del d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116 (Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57), osservando che la legge delega 28 aprile 2016, n. 57 aveva individuato con precisione il contenuto del potere legislativo delegato, operando un rinvio automatico e globale all'art. 9 della legge 21 novembre 1991, n. 374 (istituzione del giudice di pace).

In tal modo il legislatore delegato era stato vincolato a prevedere l'applicazione di tale disciplina a tutti i magistrati onorari.

Tuttavia, nell'ordinanza di rimessione è stato osservato che, in base all'art. 9 della legge n. 374 del 1991, *“il giudice di pace è dispensato, su sua domanda o d'ufficio, per infermità che impedisce in modo definitivo l'esercizio delle funzioni o per altri impedimenti di durata superiore a sei mesi”*. Secondo tale norma, quindi, l'infermità costituisce causa di dispensa solo quando impedisca *“in modo definitivo”* l'esercizio delle funzioni, mentre la durata massima semestrale è prevista solo per gli *“altri impedimenti”* e, quindi, per impedimenti diversi dall'infermità.

Il decreto legislativo 116 del 2017, invece, ha previsto la dispensa per qualsiasi impedimento che si protragga oltre sei mesi, senza riportare, in difformità dal criterio posto dalla delega, il trattamento più favorevole previsto dalla legge n. 374 del 1991 per le infermità e senza operare alcuna distinzione tra i tipi di impedimento.

Pertanto, la delega sembra essere stata esercitata in termini diversi da quanto prescritto dalla legge delega n. 57 del 2016, incidendo sul trattamento più favorevole previsto per la malattia.

II. – L'incidente di costituzionalità è stato sollevato nell'ambito di un giudizio proposto da un giudice di pace che ha impugnato il decreto emesso dal Ministero della giustizia di dispensa dall'incarico di vice procuratore onorario della Repubblica e la presupposta delibera del Consiglio superiore della magistratura (C.s.m) di analogo contenuto.

Il ricorrente ha dedotto che gli era stata diagnosticata una grave patologia, in conseguenza della quale egli aveva dovuto fruire di un periodo di assenza per malattia nello svolgimento dell'incarico di magistrato onorario, senza che, tuttavia, egli risultasse impedito in modo definitivo all'esercizio delle funzioni.

Egli, quindi, era stato assente dal servizio per circa nove mesi tra il 2017 e il 2018, per cui il Procuratore della Repubblica competente aveva comunicato al Procuratore generale, ai sensi dell'art. 21, comma 6, del d.lgs. n. 116 del 2017, che era stato superato il periodo di sei mesi di assenza per malattia, proponendo la dispensa dall'incarico, proposta poi inviata dal Procuratore generale al Consiglio giudiziario della Corte d'appello.

Il Consiglio giudiziario, invece - disattendendo la richiesta di revoca della proposta di dispensa dall'incarico e di ripresa immediata del servizio del ricorrente – ha disposto la trasmissione degli atti al C.s.m. ai sensi degli artt. 21 e 25 del d.lgs. n. 116/2017.

Il C.s.m., dopo una interlocuzione con il Consiglio giudiziario, ha deliberato la dispensa del ricorrente dall'incarico di vice procuratore onorario, disposta con successivo decreto del Ministero della giustizia.

Nell'ambito del giudizio proposto avverso i suddetti provvedimenti è venuta quindi in rilievo la censurata disposizione, che disciplina la dispensa dal servizio per i magistrati onorari.

III. - *L'iter* argomentativo del giudice rimettente si è così articolato:

a) quanto alla rilevanza della questione:

a1) il ricorrente ha censurato l'art. 21, comma 2, del d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116 evidenziando che la legge 28 aprile 2016, n. 57, di "Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace", nel dettare i criteri direttivi al legislatore delegato, ha stabilito che il Governo, nell'esercizio della delega, regolamentasse i casi di decadenza dall'incarico, revoca e dispensa dal servizio, prevedendo, in particolare, che a tutti i magistrati onorari si applichi la disciplina della decadenza e della dispensa dal servizio, prevista dall'art. 9 della l. 21 novembre 1991 n. 374 e succ. mod.; quest'ultima disposizione stabiliva che *"Il giudice di pace è dispensato, su sua domanda o d'ufficio, per infermità che impedisce in modo definitivo l'esercizio delle funzioni o per altri impedimenti di durata superiore a sei mesi"*;

a2) il d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, "Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio a norma della legge 28 aprile 2016 n. 57", all'art. 21, comma 2, ha previsto la dispensa *"anche d'ufficio, per impedimenti di durata superiore a sei mesi"*, senza distinguere tra infermità e altri impedimenti, in violazione del criterio posto dalla legge delega;

a3) di conseguenza, nel decreto delegato sarebbe venuta meno, in violazione del criterio posto dalla legge delega, la distinzione tra la disciplina dell'infermità, che secondo il citato art. 9 della legge n. 374/91 comportava la dispensa dall'ufficio solo ove impeditiva in modo definitivo dell'esercizio delle funzioni, e gli altri impedimenti, per cui la dispensa era prevista a fronte della durata ultrasemestrale;

a4) la questione prospettata è rilevante, in quanto la normativa richiamata è stata correttamente applicata al ricorrente, che è stato dispensato dal servizio in conseguenza dell'assenza per un periodo superiore a sei mesi, senza che sia stata svolta alcuna indagine sulla definitività o meno dell'incidenza sull'esercizio delle funzioni della patologia riscontrata;

a5) il C.s.m. e il Consiglio giudiziario, hanno correttamente ritenuto che la disposizione dell'art. 21, citata, ponesse ai fini della dispensa un criterio assolutamente vincolato, ancorato al mero decorso temporale;

a6) il provvedimento di dispensa - secondo i predetti organi - ha carattere vincolato e dichiarativo e produce effetto dalla scadenza del periodo massimo dell'impedimento, non potendo assumere alcun rilievo la circostanza che, successivamente a detta data, vi sia stato il positivo superamento della patologia che aveva determinato l'assenza;

a7) la dispensa è stata adottata a seguito del superamento del periodo di sei mesi previsto dalla disposizione del decreto delegato in via generale per ogni tipo di impedimento;

a8) secondo l'interessato il criterio posto dalla legge delega avrebbe comportato un trattamento più favorevole, giacché, a fronte dell'infermità, la dispensa avrebbe dovuto essere prevista, come stabilito dall'art. 9 della legge n. 374 del 1991, solo ove l'infermità fosse impeditiva in modo definitivo dell'esercizio delle funzioni, presupposto in concreto non sussistente e che, comunque, non era stato in alcun modo accertato dal Consiglio superiore della magistratura;

a9) di conseguenza, sulla base del tenore letterale della disposizione, se non fosse sollevata la questione di costituzionalità, il gravame dovrebbe essere respinto perché l'assenza ha avuto una durata superiore a sei mesi, come previsto dall'art. 21 del d.lgs. n. 116 del 2017;

a10) solo il raffronto tra la disposizione del decreto delegato e il criterio, di diverso tenore, posto dalla legge delega consentirebbero, mediante l'accertamento della illegittimità costituzionale della disposizione per eccesso di delega, l'esito favorevole dell'impugnazione, con l'annullamento dei provvedimenti impugnati, adottati sulla base della disposizione in tesi costituzionalmente illegittima;

a11) la sopravvenuta abrogazione, da parte del comma 629 della l. 30 dicembre 2021, n. 234, dell'art. 32, comma 1, del D.lgs. n. 116 del 2017, il quale statuiva che le disposizioni dei capi da I a IX del suddetto decreto - comprensive dell'art. 21 della cui legittimità costituzionale si dubita - si applicavano ai magistrati onorari in servizio alla medesima data di entrata in vigore del predetto decreto legislativo

non rileva, in quanto i provvedimenti impugnati sono stati adottati, sulla base della normativa all'epoca vigente, antecedente alla nuova riforma della magistratura onoraria;

b) quanto alla non manifesta infondatezza della questione:

b1) è stato osservato che la legge 28 aprile 2016 n. 57, all'art. 1, comma 1, "Contenuto della delega" ha disposto: *"Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge con l'osservanza dei principi e dei criteri direttivi di cui all'art. 2, uno o più decreti legislativi diretti a: "...lett. i) "regolamentare i casi di decadenza dall'incarico, revoca e dispensa dal servizio"; all'art. 2 "Principi e criteri direttivi", il comma 10 stabilisce "Nell'esercizio della delega di cui all'art. 1 comma 1 lettera i) il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: lett. a) prevedere che a tutti i magistrati onorari si applichi la disciplina della decadenza e della dispensa dal servizio, prevista dall'art. 9 della l. 21 novembre 1991 n. 374 e succ. mod.";*

b2) a sua volta, l'art. 9 della l. 21 novembre 1991 n. 374 dispone che *"Il giudice di pace è dispensato, su sua domanda o d'ufficio, per infermità che impedisce in modo definitivo l'esercizio delle funzioni o per altri impedimenti di durata superiore a sei mesi";*

b3) il d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, nel disciplinare, all'art. 21, comma 2, la dispensa dall'ufficio, ha previsto che *"Il magistrato onorario è dispensato, anche d'ufficio, per impedimenti di durata superiore a sei mesi";*

b4) dall'esame del tenore letterale delle due disposizioni emerge un contrasto fra il criterio di delega stabilito dall'art. 2, comma 10, lett. a), della legge n. 57 del 2016, che rinvia all'art. 9 comma 2 della legge n. 374 del 1991, e il disposto di cui all'art. 21 comma 2 e all'art. 25 comma 1 del decreto legislativo n. 116 del 2017;

b5) la legge delega, infatti, ha individuato con precisione il contenuto del potere legislativo delegato, operando un rinvio automatico e globale all'art. 9 della legge n. 374 del 1991, vincolando così il legislatore delegato a prevedere l'applicazione di tale disciplina a tutti i magistrati onorari; secondo l'art. 9 della legge n. 374 del 1991, come visto, l'infermità costituisce causa di dispensa solo quando impedisca *"in modo definitivo"* l'esercizio delle funzioni, mentre la durata massima semestrale è prevista solo per gli *"altri impedimenti"* e, quindi, per impedimenti diversi dall'infermità.

Il decreto legislativo, invece, ha previsto la dispensa per qualsiasi impedimento che si protragga oltre sei mesi, senza riportare, in

difformità dal criterio posto dalla delega, il trattamento più favorevole previsto dalla legge n. 374 del 1991 per le infermità, e senza operare alcuna distinzione tra i tipi di impedimento;

b6) pertanto, la delega sembra essere stata esercitata in termini diversi da quanto prescritto dalla legge 57/2016, incidendo sul trattamento più favorevole previsto per la malattia.

Peraltro, anche nella relazione illustrativa di presentazione del decreto legislativo al Parlamento e al C.s.m. il Governo ha sostenuto di avere scelto di non dare attuazione alla delega conferita con la legge n. 57/2016 solo per il settore del trasferimento d'ufficio e a domanda dei magistrati onorari, nonché per quello del regime disciplinare, ma non per quello previsto per la tutela della malattia, affermando che la disposizione riguardante la dispensa per malattia mutua quanto previsto per i giudici di pace dall'art. 9 della legge n. 374 del 1991, senza offrire, perciò, alcun chiarimento in ordine alla diversa disciplina della fattispecie;

c) per tali ragioni la disposizione censurata è stata ritenuta in contrasto con l'art. 36 Cost.

IV. - Per completezza si segnala:

d) in tema di violazione dell'art. 76 della Costituzione per eccesso di delega:

d1) Corte cost., 11 maggio 2017, n. 104 (oggetto della News US del 16 maggio 2017 alla quale si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza) con la quale la Consulta – accogliendo la questione di legittimità costituzionale sollevata dal T.a.r. per il Lazio, sez. III-bis, con l'ordinanza n. 13885 dell'11 dicembre 2015 - ha ribadito che ai sensi dell'art. 76 Cost. il legislatore delegante, nel conferire al Governo l'esercizio di una porzione di funzione legislativa, è tenuto a circoscriverne adeguatamente l'ambito, predeterminandone i limiti di oggetto e di contenuto, oltre che di tempo. Di conseguenza la legge delega non deve contenere enunciazioni troppo generali o comunque inidonee ad indirizzare l'attività normativa del legislatore delegato, ma può essere abbastanza ampia da preservare un margine di discrezionalità al Governo, sì da poter agevolmente svolgere la propria attività di "riempimento" normativo (cfr. Corte cost., 11 aprile 2008, n. 98 in Giust. civ., 2008, I, 1098; Giur. it., 2008, 2150; Giur. costit., 2008, 1165), tenuto conto della cornice unitaria – emergente dalla delega interpretata in chiave anche sistematica e teleologica –

all'interno della quale deve essere inquadrata la discrezionalità del legislatore delegato, il quale è chiamato a sviluppare, e non solo ad eseguire, le previsioni della legge di delega;

d2) Corte cost., 30 gennaio 2018, n. 10 (oggetto della News US del 31 gennaio 2018 nonché in *Foro it.*, 2018, I, 1119) con la quale è stata accolta la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla quinta sezione del Consiglio di Stato (con ordinanza 13 giugno 2016, n. 2515, oggetto della News US 14 giugno 2016) cassando la disciplina delle elezioni suppletive dell'organo di autogoverno della magistratura amministrativa;

I) nell'occasione la Consulta ha accolto la questione sollevata, partendo da una ricostruzione della propria giurisprudenza in tema di controllo di conformità della norma delegata alla norma delegante. In tale contesto, la Corte ha proceduto ad un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno, relativo alle norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, da svolgere tenendo conto del complessivo contesto in cui esse si collocano ed individuando le ragioni e le finalità poste a fondamento della stessa; l'altro, relativo alle norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e i criteri direttivi della delega;

II) il giudice delle leggi ha osservato che al legislatore delegato spettano margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che ne sia rispettata la *ratio* e che l'attività del delegato si inserisca in modo coerente nel complessivo quadro normativo di riferimento. Se per un verso, si deve escludere che l'art. 76 Cost. riduca la funzione del legislatore delegato ad una mera "scansione linguistica" delle previsioni stabilite dal legislatore delegante, per altro verso la Corte ribadisce che l'ambito della discrezionalità lasciata al delegato, muta a seconda della specificità dei criteri fissati nella legge delega.

Sulla scorta di tale ricostruzione, la Corte ha definito la norma delegata in oggetto come eccentrica rispetto alla norma delegante;

e) sullo stato giuridico ed economico dei giudici di pace e dei giudici onorari in genere, si veda:

e1) Corte cost., 9 dicembre 2020, n. 267 (oggetto della News US n. 2 dell'8 gennaio 2021 nonché in *Foro it.*, 2021, I, 377) che, in accoglimento di una questione sollevata dal T.a.r. per il Lazio, ha dichiarato

l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, del decreto-legge n. 67 del 1997, convertito in legge n. 135 del 1997, nella parte in cui non prevede che il Ministero della giustizia rimborsi le spese di patrocinio legale al giudice di pace nelle ipotesi e alle condizioni stabilite dalla norma stessa;

e2) Corte cost., 23 luglio 2021, n. 172 (in *Foro it.* 2022, I, 66, con note di ROMBOLI e GRASSO) che ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 bis, 1° comma, lett. a), d.l. 2 ottobre 2008 n. 151, convertito, con modificazioni, in l. 28 novembre 2008 n. 186, che ha sostituito il 1° comma e ha aggiunto il comma 1 *bis* all'art. 4 d.lgs. 28 luglio 1989 n. 273, nella parte in cui non prevede che anche i giudici onorari di tribunale (Got), al pari di quanto riconosciuto ai vice procuratori onorari (Vpo), possano essere compensati per l'impegno lavorativo profuso al di fuori dell'udienza, in attività comunque a quest'ultima accessorie, in riferimento agli art. 3 e 97, 2° comma, Cost.

Nel caso in esame la Corte costituzionale ha risolto la questione nel senso della infondatezza rilevando come fosse erroneo il presupposto interpretativo invocato a fondamento dell'ordinanza di rimessione, vale a dire l'omogeneità delle funzioni attribuite ai giudici onorari di tribunale (Got) rispetto a quelle dei vice procuratori onorari (Vpo), ai quali è previsto possano essere delegate, oltre alle attività di udienza, anche altre specifiche incombenze. In base a ciò risulta non contraria al principio di eguaglianza una disparità di trattamento in ordine alle indennità riconosciute alle due figure di magistrato onorario;

e3) Corte cost., 17 marzo 2021, n. 41 (in *Foro it.*, 2022, I, 67 con nota di ROMBOLI nonché in *Riv. corte conti* 2021, fasc. 2, 243, con nota di TOMASSINI, in *Giur. constit.* 2021, 513, con nota di BARTOLE, POLITI, CALVANO), secondo cui sono costituzionalmente illegittimi, per violazione dell'art. 106 Cost. (che limita l'accesso dei magistrati onorari a tutte le funzioni attribuite a giudici singoli), gli art. 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71 e 72 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), conv., con modif., in l. 9 agosto 2013, n. 98, nella parte in cui, conferendo ai giudici ausiliari di appello lo *status* di componenti dei collegi delle sezioni della corte d'appello come magistrati onorari, non limitano temporalmente tale possibilità (almeno) al 31 ottobre 2025 (data prevista completamento del riordino

del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria dall'art. 32 del d.lgs. n. 116 del 2017).

Nella decisione - come rilevato dall'autore della nota di commento sul Foro italiano - la Corte ha dichiarato la presenza degli ausiliari nelle corti d'appello "del tutto fuori sistema" ed "in radicale contrasto" con la Costituzione, ma ha sospeso per oltre quattro anni l'efficacia della decisione. La decisione, severamente criticata dall'autore della nota sul Foro italiano sopra indicata, si richiama a quella recente giurisprudenza mediante la quale la Corte ha inteso valorizzare la necessaria collaborazione con il parlamento, riconoscendogli espressamente un termine entro il quale viene fortemente invitato ad intervenire.

Si tratta delle decisioni c.d. a due fasi, durante la prima delle quali il giudice costituzionale procede ad un esame approfondito della questione, giungendo alla conclusione della incostituzionalità della normativa impugnata. Al medesimo tempo esso rileva, però, che l'opera di ricostruzione della disciplina in maniera conforme ai principi costituzionali esula dalle sue funzioni e che non dispone degli strumenti necessari per farlo. Per questo sospende il giudizio e rinvia la soluzione finale ad una seconda fase che si svolgerà in udienza prefissata ed indicata nel provvedimento che chiude la prima fase. Il legislatore avrà quindi la possibilità di intervenire seguendo i principi indicati dalla corte, la quale in caso di mancato intervento del primo ne trarrà le dovute conseguenze (per ulteriori approfondimenti v. la News US n. 96 del 15 settembre 2022 a Corte cost., 19 luglio 2022, n. 180, in particolare §x2, nonché *infra* § f);

e4) Corte cost., ord. 3 marzo 2015, n. 29 (in *Foro it., Rep.* 2015, voce *Ordinamento giudiziario*, n. 70), che ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, 2° comma, d.lgs. 273 del 1989, come modificato, dapprima, dall'art. 24 *ter* d.l. 341/00 (convertito, con modificazioni, dall'art. 1, 1° comma, l. 4 del 2001) e, successivamente, dall'art. 52, comma 44, l. 448 del 2001, nella parte in cui non prevede la corresponsione ai vice procuratori onorari di una indennità anche per le attività delegate che si svolgano fuori udienza;

e5) Corte cost., ord. 8 novembre 2000, n. 479 (in *Foro it.*, 2001, I, 756, con nota di richiami), che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 3 l. 19 febbraio 1981 n.

27, e 1 e 2, l. 6 agosto 1984 n. 425, nella parte in cui non estendono ai vice pretori onorari la speciale indennità di funzione attribuita ai magistrati ordinari ed equiparati;

- f) per un primo commento sulla recente riforma dello stato giuridico ed economico dei giudici di pace recata dalla legge di bilancio del 2022, vedi G. GRASSO, *L'incostituzionalità differita della disciplina dei giudici ausiliari di appello e le prospettive di riforma della magistratura onoraria: dalla legge Orlando alla "stabilizzazione" dei magistrati in servizio*, in *Foro it.*, 2022, I, 94.