

Richiesta di trasferimento di un dipendente dell'Amministrazione della Pubblica sicurezza con qualifica direttiva in qualità di Commissario della Polizia di Stato nell'Ordine Giudiziario.

(Deliberazione del 23 maggio 2001)

Il Consiglio Superiore della Magistratura, nella seduta del 23 maggio 2001, letta l'istanza del 5.3.2001 del dott....., appartenente ai ruoli dell'Amministrazione della P.S., con la quale lo stesso fa richiesta di essere trasferito in Magistratura ordinaria, in forza della norma di cui all'art. 5 co. 3 della legge di delega 31.3.2000, n. 78;

letto il parere dell'Ufficio Studi e Documentazione n. 45/01 in data 2.2.2001 (all. 1) - che, con riferimento alle analoghe posizioni dei dottori..... e....., ha escluso la possibilità che i dirigenti di amministrazioni diverse possano transitare nella magistratura ordinaria, evidenziando che l'accesso alla magistratura è solo per concorso;

considerato che la facoltà concessa ai dipendenti appartenenti alle qualifiche dirigenziali della Polizia di Stato di chiedere il trasferimento nelle altre amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, è sottoposta alla previa intesa tra le Amministrazioni interessate;

ritenuto che la previsione costituzionale dell'art. 106, co. 1, prelude la possibilità di trasferimento sic et simpliciter nell'Ordine giudiziario da altre amministrazioni; e ciò in quanto il concorso in magistratura, se assolve alla funzione di estendere la possibilità di accesso in magistratura a tutti i cittadini, contestualmente assicura uno strumento oggettivo di accertamento della necessaria e specifica qualificazione tecnico professionale (che non risulta assicurato dal superamento di concorsi pubblici di diverso tipo);

ritenuto, altresì, che, a differenza di quanto stabilito dall'art. 97 ult. co., Cost., la regola dell'accesso in Magistratura mediante concorso non può subire deroghe per effetto della legge ordinaria, essendo direttamente predisposta dall'art. 106 Cost. senza alcuna clausola di rinvio al Legislatore ordinario (salvo i casi stabiliti dalla legge) che compare, invece, nell'art. 97 Cost.;

ritenuto che la legge 31.3.2000, n. 78 non è applicabile al caso di specie posta la diversità ontologica e funzionale tra le diverse professioni e la palese incomparabilità degli accessi e che l'art. 276 ult. co. dell'Ordinamento giudiziario prevede che ai magistrati dell'Ordinamento giudiziario sono applicabili le disposizioni generali relative agli impiegati civili dello Stato, solo in quanto non sono contrarie al presente Ordinamento e ai relativi regolamenti;

ha deliberato

di rigettare l'istanza datata 5.3.2001 del dott.....

ALLEGATO

Parere n. 45/01 dell'Ufficio Studi e Documentazione

I. Premessa.

Il Comitato di Presidenza ha deliberato di richiedere a questo Ufficio Studi e Documentazione una ricognizione della normativa nella materia indicata in oggetto. I dottori ehanno fatto richiesta di essere trasferiti in Magistratura ordinaria, nella qualità di magistrato di tribunale o uditore giudiziario, in forza della norma di cui all'art. 5 co. 3 della legge di delega 31.3.2000, n. 78, in tema di riordino dell'Arma dei Carabinieri, del Corpo Forestale dello Stato, del Corpo della Guardia di Finanza e della Polizia di Stato, che, nel termine di centottanta giorni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi, dà facoltà ai dipendenti appartenenti alle qualifiche dirigenziali e direttive della Polizia di Stato di domandare, previa intesa tra le amministrazioni interessate, il trasferimento nelle altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, nei limiti dei posti disponibili per le medesime qualifiche possedute nelle rispettive piante organiche.

II. Osservazioni dell'Ufficio Studi.

2.1. La normativa di interesse.

a) **Le disposizioni costituzionali.** L'art. 106 costituzione prescrive, al primo comma, che «le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso». La funzione del concorso è duplice, come affermato in dottrina anche sulla base dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente: da un lato esso consente di estendere la possibilità di accesso in Magistratura a tutti i cittadini, dall'altro assicura uno strumento oggettivo di accertamento della necessaria qualificazione tecnico-professionale¹. A differenza di quel che è stabilito dall'art. 97 ult. co. costituzione, per il quale «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge», la regola dell'accesso in Magistratura mediante concorso non può subire deroghe per effetto della legge ordinaria: l'art. 106 costituzione, infatti, non contiene la clausola «salvo i casi stabiliti dalla legge», che compare all'art. 97 cost., e prevede forme di reclutamento non concorsuale solo per la nomina di magistrati onorari e per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli e per la chiamata all'ufficio di consigliere di cassazione, per meriti insigni, di professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati con almeno quindici anni di esercizio e iscrizione negli albi speciali per le giurisdizioni superiori. La previsione costituzionale dell'art. 106 1 co. cost. sembra precludere la possibilità di trasferimento nell'Ordine giudiziario da altre amministrazioni, alle quali magari si è avuto accesso per concorso, perché sembra imporre, per la nomina a magistrato, l'esperienza di un concorso ad essa direttamente collegato. A voler ritenere il contrario, resterebbero frustrate gli scopi costituzionali del concorso per l'accesso in Magistratura, come sopra sommariamente indicate.

b) **Le disposizioni di ordinamento giudiziario.** L'art. 123 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, sostituito da ultimo dall'art. 1 del decreto legislativo 17 novembre 1997, n. 398, prevede che la nomina ad uditore giudiziario si consegue mediante concorso per esame, che consiste in una prova preliminare, per i candidati non in possesso del diploma di specializzazione per le professioni legali, in una prova scritta in diritto civile, in diritto penale, in diritto amministrativo, in una prova orale su più materie, analiticamente elencate nell'art. 123-ter ord. giud., come inserito dall'art. 3 del decreto legislativo 17 novembre 1997, n. 398.

L'art. 1 della legge 2 aprile 1979, n. 97, contenente norme sullo stato giuridico dei magistrati e sul trattamento economico dei magistrati ordinari e amministrativi, dei magistrati della giustizia militare e degli avvocati dello Stato, prescrive che «la nomina a magistrato di tribunale ha luogo al compimento di due anni dalla nomina a uditore giudiziario con delibera del Consiglio superiore della magistratura, previo esame del parere motivato del consiglio giudiziario del distretto o dei distretti nei quali l'uditore ha prestato servizio. In ogni caso, per la nomina a magistrato di tribunale è necessario che l'uditore abbia effettivamente esercitato le funzioni giurisdizionali per non meno di un anno...».

¹ F. Bonifacio - G. Giacobbe, La Magistratura (art. 104-107), Tomo II, in Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Bologna, 1986, pag. 119 e ss.

L'art. 128 regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, che prescrive l'assimilazione degli uditori giudiziari, durante il primo semestre di effettivo servizio, ai funzionari di ruolo di grado 11° di gruppo A, e per il periodo successivo, fino alla promozione, a quelli di grado 10°, deve intendersi ormai superato dalla legge 24 maggio 1951, n. 392, che, in attuazione dell'art. 107, comma 3, costituzione, ha unificato in un unico ruolo tutti i magistrati, suddividendoli secondo le tre funzioni di magistrato di tribunale, di magistrato di appello e di magistrato di cassazione. La legge del 1951 ha posto nel nulla l'originario inquadramento dei magistrati in ruoli e gradi, regolato dal capo I (dei gradi e delle funzioni dei magistrati) del titolo V (dello stato giuridico dei magistrati) del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12. Nell'art. 118 ord. giud., specificamente intitolato ai gradi della magistratura, si prevedevano otto gradi, da quello di uditore giudiziario a quello di primo presidente della corte suprema di cassazione. L'ultimo comma del citato articolo prescriveva che i ruoli organici dei singoli gradi nella magistratura, ed i corrispondenti gradi gerarchici, erano determinati nella tabella F annessa alla legge di ordinamento giudiziario.

In questa tabella agli uditori giudiziari, in numero di trecentocinquanta nella dotazione organica, erano riservati i gradi 11° e 10°, mentre, ad esempio, ai pretori ed aggiunti giudiziari, ai giudici, sostituti procuratori del Re Imperatore e aggiunti giudiziari i gradi 9°, 8°, 7° e 6°, al Procuratore generale del Re Imperatore presso la Corte suprema di cassazione il grado 2° ed al Primo Presidente della Corte suprema di cassazione il grado 1°. Come è stato osservato dal C.S.M., nella Relazione annuale sullo stato della giustizia del 1991², questa disposizione, come tutte quelle di ordinamento giudiziario precedenti la Costituzione repubblicana, faceva applicazione all'organizzazione giudiziaria dei principi propri dell'organizzazione della burocrazia amministrativa, che avevano tratto origine a loro volta dall'organizzazione militare. Quella disciplina era informata dal principio gerarchico e distribuiva i magistrati in un organico di una serie di posti distinti non solo per funzioni ma anche per rango. Con l'avvento della Costituzione repubblicana è prevalsa una diversa concezione dell'organizzazione giudiziaria, fondata sulla contrapposizione fra la funzione propria del giudice e quella propria del funzionario amministrativo³, secondo il principio per cui ai magistrati si distinguono soltanto per diversità di funzioni - art. 107 co. 3 cost. -. La legge 24 maggio 1951, n. 392, con l'eliminazione della distinzione in gradi e con la ripartizione dei magistrati in tre categorie (di tribunale, di corte di appello, di cassazione) a seconda delle funzioni, sembra impedire l'applicazione alla Magistratura ordinaria della disposizione di cui all'art. 5, co. 3 l. 31 marzo 2000, n. 78, che limita il trasferimento da altre amministrazioni ai posti disponibili per le medesime qualifiche possedute nelle rispettive piante organiche, proprio per l'eterogeneità tra le qualifiche degli appartenenti alle pubbliche amministrazioni e le qualifiche dei magistrati ordinari.

Le peculiarità ordinali della Magistratura rispetto all'apparato burocratico-amministrativo giustificano oggi la soluzione interpretativa, ribadita dal C.S.M.⁴, di ritenere ancora vigente la disposizione finale della legge di ordinamento giudiziario, contenuta nell'art. 276 ult. co., ove si prescrive che ai magistrati dell'ordinamento giudiziario sono applicabili le disposizioni generali relative agli impiegati civili dello Stato, solo in quanto non sono contrarie al presente ordinamento e ai relativi regolamenti.

2 La Relazione è dedicata all'attuazione della VII disposizione transitoria della Costituzione ed agli orientamenti per la riforma dell'ordinamento giudiziario.

3 Relazione annuale del C.S.M. sullo stato della giustizia per l'anno 1991.

4 Relazione annuale del C.S.M. sullo stato della giustizia per l'anno 1991.

c) Le altre disposizioni legislative di rilievo. Come si è detto in premessa, le istanze dei dottori e si fondano sulle disposizioni della legge 31.3.2000, n. 78, che all'art. 5 comma 3 fa richiamo alla nozione di **Amministrazione pubbliche** di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993 n. 29. Quest'ultimo articolo dà una definizione ampia della nozione di **Amministrazione pubbliche**, precisando che devono intendersi tali **tutte le amministrazioni dello Stato**, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane, e loro consorzi ed associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale. La disposizione non menziona la Magistratura ordinaria ma all'art. 2 co. 4 della stessa legge si ha cura di prevedere che **in deroga ai commi 2 e 3 rimangono disciplinati da rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari.....**. E bene ricordare che il comma 2 (dell'art. 2 D. Lgs. N. 29/93) prescrive che i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati alle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto..... il comma 3 (dell'art. 2 D. Lgs. N. 29/93), poi, dispone che **ai rapporti individuali di lavoro di cui al comma 2 sono regolati contrattualmente.....**. Sembra allora che la menzionata deroga giovi ad evitare che la disciplina privatistica e contrattuale del rapporto di lavoro si applichi anche ai rapporti di impiego della magistratura ordinaria, evidentemente compresa nella nozione di **Amministrazione pubbliche** di cui al precedente articolo 1. Se nel novero delle **Amministrazione pubbliche** non fosse compresa la magistratura ordinaria, il Legislatore non avvertirebbe la necessità di introdurre una disciplina di deroga per la regolamentazione dei rapporti di lavoro dei magistrati ordinari. A questa conclusione è giunto il C.S.M., allorché nella seduta del 20 settembre 2000, ha disposto il trasferimento, ai sensi dell'art. 1, comma V, L. 100/87 della dott.ssa, magistrato di tribunale con funzioni di sostituto procuratore della Repubblica presso il tribunale di Sciacca, a sua domanda, al tribunale di Roma con funzioni di giudice (posto vacante non pubblicato) sul presupposto che **all'art. 17 L. 266/99, nell'ampliare il novero dei soggetti che possono beneficiare del trattamento previsto dalla L. 100/87, estende siffatta normativa al <<coniuge che sia impiegato in una delle amministrazioni di cui all'art. 1 comma II D. Lgs. n. 29/93>> e che nell'ambito di tale categoria debbano essere ricompresi anche i <<coniugi>> appartenenti all'ordine giudiziario ordinario**. A questa interpretazione può replicarsi che il rinvio ad una norma contenente una definizione (quella di **Amministrazione pubbliche**) deve tener conto della complessiva regolamentazione che la normativa a cui si fa rinvio introduce: se le finalità e l'ambito di applicazione del d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 consistono nella disciplina dell'**organizzazione degli uffici** e dei **rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche**-art. 1 co. 1 - non può trascurarsi che nessuna disposizione del decreto legislativo, né di organizzazione né ovviamente di disciplina del rapporto di lavoro, ha ad oggetto la Magistratura ordinaria. La definizione di cui all'art. 1 co. 2 del citato decreto legislativo non può che riferirsi all'ambito di applicazione delle disposizioni ivi contenute, sicché la previsione di deroga di cui all'art. 2 co. 4, che menziona espressamente la Magistratura ordinaria, può avere semplicemente la funzione di rafforzare il risultato interpretativo, autonomamente conseguibile, della esclusione dell'Ordine giudiziario dalla nozione di **Amministrazione pubbliche**. Non si vuole così dire che la norma di deroga sia superflua, perché non si ritiene inutile l'impegno legislativo, diretto a chiarire l'ambito di applicazione di una legge. Sembra però che la definizione dei soggetti di riferimento della disciplina non possa prescindere dai contenuti di quest'ultima, non potendo assumere un valore autonomo, ed un ambito più ampio, solo perché norme successive operano ad essa un rinvio. In questo senso si è espressa la proposta di minoranza della Terza Commissione referente, di elezione dell'istanza della dott.ssa, che non ha ricevuto l'approvazione del Plenum nella seduta del 20 settembre 2000. Da ultimo sembra opportuno prendere in esame la disposizione dell'art. 14 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, dal momento che gli istanti dottori e hanno fatto ad essa riferimento, per affermare l'assimilazione legislativa del personale direttivo con qualifica di commissario capo (e di vice questore aggiunto) della polizia di Stato al magistrato di tribunale, all'avvocato o procuratore dello Stato con classe di stipendio superiore. L'art. 14 in esame prevede che le nomine a referendario del tribunale amministrativo regionale siano conferite a seguito di concorso per titoli ed esami, al quale possono partecipare, tra gli altri, i magistrati dell'ordine giudiziario, che abbiano conseguito la nomina ad aggiunto giudiziario (oggi a magistrato di tribunale), gli avvocati dello Stato e i procuratori dello Stato con qualifica non inferiore a sostituti procuratori dello Stato ed i dipendenti dello Stato muniti della laurea in giurisprudenza, con qualifica non inferiore a direttore di sezione e equiparata, con almeno cinque anni di effettivo servizio di ruolo nella carriera direttiva. La disposizione elenca i soggetti che possono partecipare al

concorso e non introduce alcuna assimilazione, perché di questo non si occupa, tra alcune categorie di dipendenti dello Stato e i magistrati dell'ordine giudiziario con qualifica di magistrato di tribunale.