

*Parere richiesto dalla Terza Commissione sulle pratiche concernenti i dottori ...
..., e in tema di applicabilità dell'istituto dell'avvicinamento
temporaneo.*

(approvato dal C.P.O.M. in data 13 luglio 2004)

Il Comitato per le Pari Opportunità in magistratura,
premessò che la Terza Commissione referente, in relazione ad una serie di
domande ad essa pervenute, ha richiesto un parere in ordine alla “applicabilità ai
magistrati/e dell’art. 42 *bis* del T.U. n. 151/2001 (Testo Unico delle disposizioni
legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a
norma dell’art. 15 della L. 8 marzo 2000, n. 53)”;

OSSERVA

1. La disposizione contenuta nell’art. 3, co. 105, della legge 24 dicembre 2003 n. 350 (legge finanziaria per l’anno 2004) che ha innovato, aggiungendo l’art. 42 *bis* suddetto, il T.U. di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, si inquadra in un più ampio contesto normativo volto a garantire e tutelare l’unità familiare, quale principio di rilevanza costituzionale, espressamente previsto dall’art. 29 della Costituzione, cui deve ispirarsi la disciplina positiva dell’istituto familiare, in ogni suo aspetto, sia genetico che interpretativo-applicativo. La norma citata, dunque, sotto la rubrica "*Assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche*", introduce un ulteriore strumento di “mobilità” specificamente finalizzato alla tutela dell’unità familiare, prevedendo testualmente che:

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

L'assenso o il dissenso devono essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda.

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

Al fine di comprendere, preliminarmente, le dimensioni dell'incidenza che una normativa siffatta avrebbe, ove si optasse per la sua applicabilità al personale della magistratura, sull'organizzazione giudiziaria, il Comitato per le Pari Opportunità in magistratura ha richiesto all'ufficio automazione del Consiglio Superiore della Magistratura di condurre un'indagine statistica finalizzata a quantificare, in via astratta, il numero dei soggetti eventualmente interessati, individuandoli fra coloro che hanno usufruito dell'astensione obbligatoria ai fini della gravidanza. L'esito di tale indagine, condotta sugli ultimi tre anni fino al mese di giugno 2004, è nei seguenti termini: su un totale di 174 astensioni obbligatorie,

- 104 riguardano donne magistrato in servizio nello stesso distretto dove è stato svolto il tirocinio come uditore,
- 70 riguardano invece donne che risultano in servizio in distretti differenti rispetto a quello in cui è stato svolto il tirocinio come uditore.

Tali emergenze, anche se raddoppiate in ragione di una proiezione che tenga conto dell'eventuale interesse all'assegnazione temporanea della componente maschile della magistratura con prole minore di tre anni, evidenziano che l'entità del fenomeno è assai ridotta con conseguente modestia dell'impatto generale dell'istituto sulla mobilità generale del personale.

Ciò posto e precisato, *in limine*, che, in ogni caso, l'accertamento dell'aspetto quantitativo in ordine all'impatto organizzativo della norma - nel caso di specie certamente modesto - è argomentazione necessariamente estranea alla valutazione in ordine alla compatibilità giuridica della norma rispetto all'impianto normativo dell'ordinamento giudiziario, si deve passare ad affrontare il problema di merito circa l'applicabilità o meno della norma in questione al personale appartenente alla magistratura. Sotto questo profilo, il Comitato per le Pari Opportunità in magistratura ritiene che le argomentazioni poste a sostegno della tesi negativa (e attentamente analizzate nel parere dell'Ufficio Studi reso sulla questione in esame) secondo le quali, in sintesi, l'inapplicabilità dell'art. 42 *bis* del T.U. n. 151/2001 alla magistratura discenderebbe in primo luogo dall'esclusione testuale, dai soggetti destinatari

della norma medesima, dell'organo consiliare in quanto non specificamente richiamato tra le "amministrazioni pubbliche" cui la norma si riferisce (attraverso il richiamo espresso, quanto all'individuazione dei soggetti destinatari della norma, dell'art. 1 comma 2 del T.U. delle disposizioni concernenti gli Impiegati civili dello stato) e pacificamente escluso dalla nozione di amministrazione pubblica per la sua peculiare collocazione costituzionale, in secondo luogo, ed in via assorbente, dall'incompatibilità del regime introdotto dalla norma con l'impianto normativo dell'ordinamento giudiziario, non siano incontrovertibili e che comunque non esauriscano la problematica sollevata dal quesito.

2. Ed invero, il campo di applicazione della norma in esame è dato testualmente (per rinvio espresso) dall'art. 1, 2° co. d.lgs.n.165/2001, secondo cui "per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende e le amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni e le Comunità montane, e loro consorzi ed associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le camere di Commercio, industria, artigianato, agricoltura e le loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale". Orbene, proprio in considerazione della formulazione del rinvio nei termini sopra indicati, non si possono intendere richiamati anche agli artt. 2 e ss. del medesimo d.lgs. n. 165/2001, che escludono la magistratura ordinaria e altri (diplomatici, avvocati dello Stato ecc.) dalla privatizzazione del rapporto di lavoro, per inferirne che i magistrati sono esclusi dal campo di applicazione della normativa in esame. Al contrario, tale indice normativo sembra, piuttosto, offrire un valido argomento interpretativo all'inclusione della magistratura nella nozione generale di "amministrazione dello Stato", poiché, altrimenti, il legislatore non sarebbe intervenuto espressamente per escluderla da quella che, in difetto, sarebbe stata la disciplina del rapporto di lavoro applicabile, omologamente a quanto previsto per i dipendenti delle altre "amministrazioni pubbliche".

Del resto, che i magistrati facciano parte in senso lato del "pubblico impiego" è stato espressamente affermato dalla giurisprudenza del TAR in varie occasioni, come, ad esempio, nel caso della fattispecie relativa alla applicabilità al personale della magistratura della disciplina sul trasferimento dei coniugi dei militari,

allorché è stato affermato che la normativa in questione "delimita il proprio campo di applicazione mediante richiamo all'esistenza di un rapporto di dipendenza da una delle amministrazioni di cui all' articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29" (cfr. testualmente TAR Lazio, 27/11/2002). Sicché la latitudine omnicomprensiva della previsione così richiamata, la quale apre la propria definizione di "amministrazioni pubbliche" con il riferimento a "tutte le amministrazioni dello Stato", senza ulteriori distinzioni, costituisce valido argomento interpretativo per sostenere la ricomprensione tra queste anche dell'Amministrazione della giustizia – nella sua accezione includente il Potere giudiziario che ad essa è ricordato - e conseguentemente la possibilità, quanto meno in via teorica, dell'applicabilità diretta della norma in esame al personale della magistratura.

Un'ulteriore indice normativo a sostegno di tale tesi è fornito, del resto, dall'art. 2, comma 4, dello stesso d.lgs. n. 29/1993, con il quale il legislatore considera espressamente anche il personale della magistratura come titolare di un rapporto di lavoro di "dipendenza da una amministrazione pubblica". Infatti, anche l'art. 68 della medesima fonte, che, nel richiamarsi all'art. 1 comma 2 già citato, ne avalla l'interpretazione appena detta, definendo la conservazione della giurisdizione amministrativa sulle controversie sui rapporti di lavoro di cui all'art. 2 commi 4 e 5 (che riguardano, appunto, anche la magistratura ordinaria) come norma derogatoria della nuova regola generale della spettanza al giudice ordinario di "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2" (art. 68, comma 1), implicitamente ribadisce il concetto che anche i magistrati rientrano, in via di principio, in tale generale ambito.

3. Ove si ritenesse, nonostante quanto sopra osservato, di escludere l'applicabilità in via diretta dell'art. 42 *bis* del T.U. n. 151/2001 al personale della magistratura, rimane da affrontare il problema dell'applicabilità in via residuale di essa, ai sensi dell'art. 276, comma 3, del R.D. n. 12 del 1941, in base al quale "*sono applicabili*" ai magistrati "*le disposizioni generali relative agli impiegati civili dello Stato solo in quanto non contrarie*" alle norme dell'ordinamento giudiziario stesso. Sotto tale specifico profilo (ossia quello della "compatibilità" della norma in esame rispetto all'impianto normativo ordinamentale), ad avviso del Comitato,

non vengono in considerazione disposizioni che rendano incompatibile l'istituto introdotto dall' art. 42 *bis* citato con lo *status* del magistrato e la sua disciplina.

In particolare, non può dirsi che l'applicazione di tale istituto si pone in contrasto o possa costituire un *vulnus* al principio di inamovibilità, atteso che si tratterebbe di trasferimento (temporaneo) a domanda dell'interessato. Per altro verso, non risulta parimenti in alcun modo posto in pericolo il principio del giudice naturale atteso che produrrebbe effetti analoghi a quelli di strumenti organizzativi già previsti e operanti nel nostro ordinamento come, ad esempio, l'applicazione (con particolare riguardo a quella extradistrettuale) e la supplenza, rispetto ai quali anche la Corte Costituzionale si è già espressa in termini di assoluta compatibilità.

Anzi, la previsione normativa di un organico di magistrati distrettuali e delle tabelle infradistrettuali dimostrano che, sul piano normativo (primario e secondario), la possibilità di sostituire (ovvero di applicare) temporaneamente, al ricorrere di specificate condizioni, la persona del magistrato in un posto tabellarmente individuato, con un magistrato in servizio presso un ufficio diverso per lo svolgimento delle medesime funzioni, rappresenta lo strumento principe per risolvere i problemi di situazioni di grave sofferenza organica nella maggior parte degli uffici giudiziari, confermandone indirettamente la piena compatibilità ordinamentale.

4. Peraltro, non vi è dubbio che l'introduzione, sia pure indiretta, di un istituto così "rivoluzionario" porterebbe con sé problemi organizzativi rilevanti, ciò nondimeno gli ostacoli di mero fatto non possono costituire mai impedimento tecnico all'applicazione di una legge dello Stato, e ciò anche al fine di impedire che sia la giustizia amministrativa ad imporre - con eventuali pronunciamenti in punto di diritto sganciati da analisi del tessuto regolamentare in cui verrebbero inevitabilmente ad incidere - l'applicazione dell'istituto *de quo*, anziché l'organo di autogoverno a individuare consapevolmente le concrete modalità operative di esso.

Passando, dunque, ad esaminare in positivo quelli che dovrebbero essere i presupposti e le possibili modalità operative dell'istituto in questione, vengono in primo luogo in considerazione i limiti e le condizioni specificamente previsti e disciplinati dalla legge:

- a) l'assegnazione temporanea deve essere effettuata nella provincia o regione *"nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa"*: in tal modo la legge prevede indirettamente che il trasferimento sia possibile solo in caso di coniuge che esercita stabile e documentata attività lavorativa e che sia non trasferibile;
- b) l'assegnazione *de qua* presuppone *"la sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva"*: si deve escludere pertanto l'assegnazione in sovrannumero e l'assegnazione a posti che l'amministrazione abbia escluso dalla mobilità (ad es. in vista di assegnazioni ex l. n.104/1992), così come, per la magistratura, l'assegnazione a posti di qualifica diversa da quello occupato (ad es. di appello rispetto al primo grado), potendo intendersi il riferimento alla classe retributiva come agganciato all'identità di qualifica;
- c) la norma inoltre attribuisce una discrezionalità molto ampia alle amministrazioni laddove prevede l'assenso delle amministrazioni di provenienza e di destinazione all'effettuazione della assegnazione. Tale disposizione, di per sè inapplicabile a un trasferimento anche solo temporaneo all'interno dell'ordine giudiziario (non essendo qualificabili "amministrazioni" gli uffici giudiziari), è chiaro indice della volontà del legislatore di trovare un giusto temperamento fra interessi contrapposti: l'interesse del lavoratore a realizzare l'unità familiare (bene costituzionalmente garantito) e l'interesse dell'amministrazione all'efficacia ed efficienza del servizio (di pari rango). In altri termini, il legislatore non riconosce al genitore un diritto assoluto alla assegnazione temporanea al semplice ricorrere di un posto "vacante e disponibile", ma consente all'amministrazione da cui dipende di esprimere un "dissenso" motivato da più ragioni, attinenti alla funzionalità degli uffici e del servizio, che possono risultare, nel bilanciamento degli interessi, prevalenti a quelle di cui è portatore il genitore dipendente.

Tale bilanciamento è, del resto, comune ad altri istituti, parimenti posti a tutela di beni costituzionalmente garantiti, come ad esempio nel caso disciplinato all'art. 33 L. 104/1992 che attribuisce al parente che assiste con continuità una persona affetta da handicap la facoltà di scegliere in via prioritaria la sede, ovvero di non essere trasferito, ma ciò solo "ove possibile" (vedi ad esempio Cass. civ., Sez.lav., 29/08/2002, n.12692:

"l'art. 33, comma 5, della legge 104 del 1992 deve essere interpretato nel senso che il diritto del genitore o del familiare lavoratore dell'handicappato di scegliere la sede più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso, non è assoluto o illimitato, ma presuppone, oltre gli altri requisiti esplicitamente previsti dalla legge, altresì la compatibilità con l'interesse generale, posto che secondo il legislatore - come è dimostrato anche dalla presenza dell'inciso "ove possibile" - il diritto alla effettiva tutela dell'handicappato non può essere fatto valere quando il relativo esercizio venga a ledere in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, in quanto ciò può tradursi – soprattutto per quel che riguarda i rapporti di lavoro pubblico - in un danno per la collettività").

Si tratta, dunque, di individuare criteri di esclusione dell'assegnazione temporanea che siano "ragionevoli" nel senso che comprimano il diritto a fronte di forti esigenze dell'amministrazione, ed è su questo terreno che si deve misurare la capacità di una normativa regolamentare nel soddisfare i limiti e le regole di tale bilanciamento. In via di prima approssimazione, tali criteri si potrebbero individuare come segue:

- 1) richiesta di un periodo minimo di permanenza nella sede di provenienza prima di poter essere temporaneamente assegnati altrove (ad esempio: non si può chiedere l'assegnazione provvisoria se non decorso un periodo minimo di esercizio di funzioni, 2/3 anni ad es.); questo parametro potrebbe essere molto importante per gli uditori: da un lato, garantirebbe un periodo minimo di esercizio delle funzioni e, dall'altro, consentirebbe di "programmare" un possibile riavvicinamento, sia pur temporaneo;
- 2) previsione di una distanza minima tra sede occupata e sede richiesta sotto la quale non si può richiedere l'assegnazione (ad esempio tendenziale esclusione di assegnazioni temporanee ogni volta che il genitore può far comunque ritorno a casa la sera, tenuto conto dello stato dei trasporti pubblici) e valutazione specifica degli altri "carichi di famiglia", agevolando le situazioni in cui vi sia una pluralità di figli (due figli non raddoppiano l'impegno genitoriale, ma spesso lo triplicano!);

- 3) premessa l'esclusione di passaggi tra funzioni requirenti e funzioni giudicanti (o viceversa) così come di assegnazioni la cui realizzazione comporti una situazione di incompatibilità valutabile ai sensi degli artt. 18 e 19 O.G. - anche alla luce della nuova disciplina introdotta con Circolare 23531 del 10.12.2003 -, potrebbe essere utile escludere l'assegnazione temporanea anche per certi tipi di uffici tassativamente indicati;
- 4) presupposto dell'assegnazione dovrebbe essere la "comparazione" tra le esigenze dell'ufficio di provenienza con quelle dell'ufficio di possibile assegnazione, così come per le applicazioni extradistrettuali, con esclusione di essa in caso di scoperta dell'organico, nell'ufficio di provenienza, superiore ad una data percentuale (ad esempio 20-25%), mutuando le valutazioni tipiche poste a fondamento delle applicazioni extradistrettuali ma tenendo altresì presente che, in tale caso, la comparazione tra esigenze di funzionalità degli uffici deve essere accompagnata dall'obiettivo di favorire, per quanto possibile, l'interesse alla tutela dell'unità familiare, interesse specificamente perseguito dall'istituto in questione. In tale prospettiva, pur dovendosi ritenere necessario il parere del Capo dell'ufficio di provenienza esso non dovrebbe essere ritenuto vincolante, dovendo piuttosto fornire gli elementi di conoscenza indispensabili per effettuare valutazioni pur sempre ancorate a situazioni oggettive, preventivamente individuate in via generale (tipizzazione dei casi in cui è concedibile l'assegnazione). In tale prospettiva, potrebbero essere definite, oltre a quelle positive, anche le situazioni ostative alla concessione dell'assegnazione, con particolare riguardo al ruolo svolto dal magistrato all'interno dell'ufficio di provenienza, negando l'operatività dell'istituto nei casi in cui quest'ultimo risulti impegnato in attività di indagine ovvero in attività dibattimentali complesse tali da renderne difficile e complicata la sostituzione;
- 5) attribuzione al Consiglio Superiore della facoltà di decidere la durata della assegnazione temporanea (partendo da un periodo minimo di 6 mesi successivamente soggetto a eventuali proroghe, fino ad un massimo di tre anni), dovendo ritenersi che l'amministrazione sia titolare di tale

discrezionalità, potendo graduare il periodo in relazione alle esigenze di funzionalità degli uffici;

- 6) previsione, in via residuale, di una clausola generale di salvaguardia in base alla quale il Consiglio Superiore si riserva di non disporre l'assegnazione in presenza di particolari esigenze di funzionalità del servizio giustizia, ritenute prevalenti rispetto a quelle di cui è portatore il magistrato richiedente l'assegnazione;
- 7) espressa previsione che le assegnazioni temporanee non interferiscono con la mobilità ordinaria con la conseguenza che può sempre disporsi la pubblicazione in via ordinaria del posto per il quale è stata disposta una assegnazione temporanea (il posto è e rimane "vacante") e che la assegnazione temporanea deve essere revocata nel momento in cui prende possesso il collega ivi assegnato a seguito di trasferimento ordinario.

D'altra parte, il problema dell'ufficio di provenienza che resta scoperto finché dura l'assegnazione temporanea (come del resto avviene nel caso delle applicazioni exdistrettuali, non sempre esempio di brillante ed efficiente amministrazione del personale), risulta assai mitigato dai limiti di operatività dell'assegnazione stessa, nonché dagli ordinari strumenti organizzativi che possono venire in soccorso in siffatte situazioni (cfr. tabelle infradistrettuali o provvedimenti interni di applicazione o sostituzione calibrati *ad hoc* dal capo dell'ufficio).

Si deve, infine, osservare che una attenta applicazione della norma potrebbe risolvere molti dei problemi legati alla tutela della paternità e maternità per i magistrati e le magistrate destinate a sedi molto distanti da casa e che oggi solo con difficoltà e con il ricorso ad aspettative e congedi parentali prolungati riescono, peraltro con gran fatica, a soddisfare le esigenze di unità del proprio nucleo familiare.

5. In estremo subordine, l'unica alternativa reale all'applicabilità di questa normativa è l'introduzione, in via di normazione secondaria, di un sistema di punteggi da riconoscere al momento dell'assegnazione della prima sede e del trasferimento ordinario per i genitori di figli con età fino a tre anni (ad es. 4

punti). In tale modo, si potrebbe creare una normativa autonoma di protezione dell'unità familiare che, data la sua natura speciale, renderebbe incompatibile l'introduzione della normativa legale dell'assegnazione temporanea e realizzerebbe, al tempo stesso, una efficace tutela dell'interesse di cui essa è portatrice.

Conclusioni.

Il Comitato per le Pari Opportunità in magistratura si esprime, dunque, nel senso dell'applicabilità al personale della magistratura ordinaria dell'istituto dell'assegnazione temporanea, di cui all'art. 42 *bis* T.U. 151/2001 (articolo introdotto dall'art. 3, co. 105, della legge 24 dicembre 2003 n. 350), ferma restando la potestà regolamentare del Consiglio Superiore della Magistratura di disciplinarne le concrete modalità operative, al fine di armonizzare i lineamenti dell'istituto *de quo* con il tessuto normativo secondario vigente in materia di mobilità e di realizzare un punto di equilibrio fra l'interesse di rilevanza costituzionale (tutela dell'unità familiare) di cui è portatrice la norma e l'interesse, di pari rango, ad un servizio giustizia quanto più efficiente ed efficace possibile.

Si ritiene, infine, sul piano sistematico, che l'unica alternativa possibile all'applicabilità (diretta ovvero residuale) dell'istituto dell'assegnazione temporanea sia quella di innovare la disciplina secondaria vigente in materia di trasferimenti ordinari e di assegnazione di prima sede, così da realizzare in via autonoma una tutela rafforzata del bene-interesse dell'unità familiare che metterebbe fuori gioco la necessità di applicare la normativa primaria in tema di assegnazione temporanea.