

Sull'indennità di funzione

I passi successivi

Sfoglio il numero di “Giudice Donna” del 1° giugno 1997 e leggo l'articolo scritto da Gabriella Reillo (oggi Presidente di Sezione di Corte di appello) in tema di riconoscimento dell'indennità di funzione alle donne magistrato in astensione obbligatoria per maternità, intitolato “*DEJA VU*”.

Mi accorgo che grazie al grande movimento di opinione creato dalle donne magistrato che, a proprie spese, e con caparbietà, hanno continuato a proporre ricorsi ai Tar e questioni di legittimità dinanzi alla Corte delle Leggi, qualcosa è cambiato perché, finalmente, con la legge 30 dicembre 2004, n. 311, è stata riconosciuta la corresponsione dell'indennità giudiziaria alle donne magistrato in astensione obbligatoria per maternità.

Adesso è giunto il momento di compiere il passo successivo, proprio partendo dalla legge 30 dicembre 2004, n. 311, chiedendo il riconoscimento dell'indennità giudiziaria anche durante i periodi di malattia.

Bisogna ricordare che, prima dell'intervento del legislatore, la Corte costituzionale aveva creato un filone, inaugurato con la sentenza n. 238 del 1990, che affrontava sempre con la “*stessa superficialità, stessa contraddittorietà, e, soprattutto, la medesima sorprendente mancanza di considerazione della situazione di disparità determinatasi in danno delle donne magistrato*”, come la collega Reillo scriveva tredici anni fa.

All'epoca la Corte descriveva le donne magistrato come delle privilegiate, con stipendio elevato, rispetto alla generalità delle dipendenti statali, sicché si poteva tranquillamente loro negare il pagamento dell'indennità, senza neanche fare il minimo sforzo di motivazione e di valutazione del sistema nel suo complesso. Si affermava sempre che lo stipendio conservato dalla donna magistrato era, comunque, “*relativamente sufficiente per fronteggiare gli oneri della maternità*” (ordinanza n. 106 del 1997, red. Santosuosso). Si diceva, in sostanza, che dovevamo ritenerci soddisfatte per aver conservato il posto di lavoro!

Ma cominciamo dal principio.

Com'è noto la legge n. 27 del 1981 ha istituito a favore dei magistrati ordinari, “*in relazione agli oneri che gli stessi incontrano nello*

svolgimento della loro attività”, un’indennità non pensionabile da corrispondersi in rate mensili, originariamente “con esclusione dei periodi di congedo straordinario, di aspettativa per qualsiasi causa, di assenza obbligatoria o facoltativa prevista negli articoli 4 e 7 della legge 30 dicembre 1971 numero 1204, e di sospensione dal servizio per qualsiasi causa”.

L’introduzione dell’indennità aveva la funzione di “ritoccare” lo stipendio dei magistrati, che, oggettivamente, era ritenuto troppo basso in rapporto alle funzioni che erano chiamati a svolgere, in un’epoca in cui l’allarme terrorismo dettava provvedimenti di emergenza.

L’obiettivo proprio del legislatore si palesava con chiarezza nel corso dei lavori parlamentari: dalla lettura dei lavori preparatori e dei vari interventi verbalizzati si comprendeva che, all’epoca, era opinione diffusa che lo stipendio dei magistrati, almeno nei primi 13 anni di carriera, non era di molto superiore a quello di altre categorie di pubblici impiegati e lavoratori subordinati in generale e che era necessario adeguare lo stipendio per consentire di fronteggiare le spese per l’aggiornamento professionale (abbonamenti a riviste, acquisto di libri, partecipazione a convegni ...) e per la destinazione a studio di un apposito locale della propria abitazione, non avendo mai lo Stato apprestato condizioni tali da rendere possibile l’integrale svolgimento della prestazione di lavoro in ufficio ed essendo i carichi di lavoro tanto ingenti da imporre di dedicarsi ad essi anche nelle ore serali e spesso nei giorni festivi (vedi così dichiarazioni del senatore Filetti nel corso della discussione del 29.1.1981 sulla approvazione del disegno di legge).

L’allora Ministro di grazia e giustizia Sarti nella seduta del 29 gennaio 1981, sempre discutendo il disegno di legge che prospettava l’introduzione l’indennità, dichiarava che *“con l’adeguamento automatico degli stipendi dei magistrati ed i particolari meccanismi che lo realizzano si è voluto evitare il declassamento della posizione dei magistrati rispetto agli altri pubblici dipendenti. Proprio per queste considerazioni si è voluta evitare una periodica conflittualità tra magistratura ed altri poteri dello Stato che sarebbe stata poco confacente, e ciò in considerazione dell’effettiva indipendenza economica della magistratura, che è aspetto ed anche elemento non secondario del più generale capitolo dell’indipendenza dell’ordine giudiziario”.*

Non ricordo e non ritengo sia utile indagare sulla parte politica alla quale appartenevano i parlamentari citati, perché ciò che era chiaro, fin da allora, era che l’indennità non doveva essere considerata una remunerazione per i rischi connessi alla funzione svolta.

La giurisprudenza amministrativa, fin dall'inizio, attribuì all'indennità natura strettamente retributiva, sganciandola dagli oneri inerenti lo svolgimento della funzione (vedi Consiglio di Stato, Ad. plen. 16 dicembre 1983, n. 27; Consiglio di Stato, sez. I, 15 giugno 1988, n. 1519; Consiglio di Stato 28 dicembre 1992, n. 1665). Sulla base di questo principio l'indennità fu estesa anche ad altre magistrature.

Venne affermato, proprio in virtù di questo principio, ad esempio, che doveva essere riconosciuta al magistrato sospeso cautelativamente dal servizio, a causa di un procedimento penale a suo carico, il diritto a percepire l'indennità in ipotesi di assoluzione (Consiglio di Stato 7 aprile 1993, n. 401), sicché veniva ancora una volta sancita l'autonomia dell'indennità rispetto all'effettiva prestazione del servizio, malgrado il divieto di erogazione in caso di "sospensione per qualsiasi causa" contenuto nella legge n. 27 del 1981.

Vi posso solo dire che la lettura di moltissimi dei verbali delle discussioni parlamentari di allora, precedenti agli anni in cui la delegittimazione della magistratura veniva portata a segno scientificamente e sistematicamente, è stata veramente interessante, soprattutto per aver reso chiaramente l'idea e sancito il principio che esiste un nesso indissolubile tra l'indipendenza della magistratura e l'indipendenza anche economica.

Si diceva già allora, nei numerosi ricorsi delle colleghe ed in molte ordinanze dei Tar, che l'omessa erogazione dell'indennità durante il periodo di astensione obbligatoria per maternità contrastava con la sua costruzione teorica in quanto la sua ontologica connessione con lo *status* di magistrato mal si adeguava alla necessità dell'effettiva prestazione lavorativa.

Alcuni anni dopo, con il d.P.R. 17 gennaio 1990, n. 44 (art 21), vennero riconosciute alle lavoratrici madri facenti parte del personale amministrativo, in aspettativa obbligatoria per maternità, anche le quote di salario accessorio fisse e ricorrenti, relative alla professionalità e alla produttività e in tali quote fu ricondotta immediatamente dal Ministero di Grazia e Giustizia l'indennità giudiziaria, nonostante con la legge n. 221 del 1988 fosse esplicitamente esclusa la percezione della stessa nei periodi di astensione obbligatoria per maternità.

Solo in occasione della legge finanziaria del 2005, il Ministro delle Pari Opportunità (on. Prestigiacomo) chiedeva di inserire un emendamento con il quale si arrivava finalmente a riconoscere l'indennità di funzione alle madri magistrato in astensione obbligatoria.

La relazione della legge finanziaria 2005 diceva espressamente, nel commento all'art. 1, che la norma di cui al comma 325 “è intesa a riconoscere la speciale indennità prevista per il personale in magistratura dall'art 3 L. 27/81 anche durante il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro per maternità e ciò per eliminare una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla generalità delle lavoratrici madri delle pubbliche amministrazioni con riferimento al trattamento accessorio fisso e continuativo”.

Prima dell'entrata in vigore della legge 30 dicembre 2004, n. 311 erano già state sollevate le prime eccezioni di illegittimità costituzionale con riferimento alla mancata erogazione dell'indennità giudiziaria nei casi di malattia.

Il Tar di Lecce, ad esempio, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale sotto diversi profili sostenendo:

1) che la natura retributiva dell'emolumento in questione lo caratterizza per “fissità e continuità” e si giustifica il percepimento dello stesso in relazione agli oneri che il magistrato incontra nello svolgimento della sua attività (e ne prevede il suo adeguamento in relazione e nella misura dell'adeguamento stabilito per lo stipendio).

Gli oneri che il magistrato sostiene in relazione allo svolgimento della propria attività lavorativa (in particolare di studio e di aggiornamento professionale mediante ad esempio l'acquisto di libri, l'abbonamento a riviste, l'accesso a banche dati) non vengono meno a causa dell'assenza per malattia.

Questo vale tanto più se si pensa che l'indennità rappresenta una parte cospicua dell'introito mensile del magistrato. Secondo il Tar non vale a confutare i risultati della descritta analisi il riferimento normativo alla non pensionabilità della stessa, giacché la Corte costituzionale, con pronuncia numero 422 del 27 dicembre 1996, in sede di verifica della legittimità della norma rispetto all'articolo 38 della costituzione affermava che nell'ordinamento non vige un principio che garantisca l'integrale corrispondenza tra retribuzione e pensione;

2) il C.C.N.L. del comparto ministeri prevede che per le malattie superiori a 15 giorni lavorativi al dipendente compete anche il trattamento economico accessorio ed in particolare l'indennità di amministrazione nella quale è stata ricompresa l'indennità giudiziaria. Ne deriverebbe una disparità di trattamento tra i magistrati ed il personale appartenente ai ruoli delle cancellerie e delle segreterie giudiziarie i quali conservano l'emolumento qualora la malattia si protragga per un periodo

superiore a 15 giorni lavorativi. Il Consiglio di Stato si era già pronunciato in altra vicenda (Sez IV, ord. 22 novembre 2004, n. 7632) affermando il principio secondo cui la circostanza che un tipo di rapporto trovi la sua fonte nella legge (n.d.r. nel nostro caso quello dei magistrati) mentre l'altro in un contratto collettivo non rappresenterebbe un motivo per non valutare e rispettare la parità di trattamento in situazioni uniformi;

3) sarebbe irragionevole la norma poiché l'integrale decurtazione dell'indennità è prevista per una causa non imputabile al magistrato in relazione ad un evento che reca pregiudizio di un bene fondamentale quale quello della salute.

È inutile che vi dica che la Corte costituzionale con sentenza numero 287 del 2006 ha già liquidato la questione con la stessa superficialità di quando si discuteva di maternità, dicendo: 1) che non vi è omogeneità tra la categoria dei lavoratori appartenenti ai ruoli delle cancelleria e segreterie giudiziarie (cui l'indennità viene corrisposta) e quella dei magistrati il cui rapporto di lavoro è regolato dalla legge; 2) che non deve essere attribuita al dipendente assente per malattia lo stesso trattamento economico di cui gode in costanza di attività lavorativa, essendo sufficiente che al lavoratore siano assicurati mezzi adeguati anche durante detto periodo.

Peccato però che la legge n. 311 del 2004 sia stata varata proprio considerando che la Corte delle Leggi aveva ritenuto per anni non rilevante la irragionevolezza di una disparità di trattamento rispetto ad altri lavoratori dello stesso settore.

Oggi la situazione è radicalmente diversa: la legge n. 311 del 2004 ha modificato definitivamente la *ratio* del riconoscimento dell'indennità di funzione, riconoscendone la corresponsione in periodo di gravidanza e puerperio. Oggi appare *ictu oculi* l'irragionevolezza nel riconoscere l'indennità alla donna in astensione obbligatoria per maternità e non al magistrato in malattia.

Anche in questo caso, come per la maternità, la strada sarà in salita, visto che il Tar di Lecce ha già ritenuto manifestamente infondata la questione, affermando che il riconoscimento dell'indennità nel caso di astensione obbligatoria per maternità è un'eccezione voluta dal legislatore per tutelare oltre alla salute della donna nel periodo immediatamente successivo al parto, anche il particolare rapporto affettivo tra madre e figlio, collegato allo sviluppo della personalità del

bambino. Il Tar ha specificato che il periodo di astensione obbligatoria è in funzione non solo e non tanto della salute della donna ma anche e soprattutto dell'esigenza di garantire le primarie esigenze affettivo-relazionali che si stabiliscono tra la madre e il bambino nella fase immediatamente successiva al parto.

È stato espressamente affermato che nel caso di malattia, invece, l'unica tutela è per la salute del magistrato, sicché essa è ampiamente tutelata attraverso il riconoscimento dell'ordinario trattamento stipendiale.

Che la *ratio* della norma sia veramente questa appare piuttosto discutibile! È quantomeno discutibile e non certo scientificamente dimostrato che lo sviluppo armonico del bambino si forgi nei primi tre mesi di vita e solo in essi, al punto tale da rappresentare tale circostanza un *discrimen* ai fini di una tutela costituzionale. D'altra parte la personalità del figlio può essere compromessa gravemente anche dalla malattia del genitore!

Contro questo provvedimento pende oggi ricorso dinanzi al Consiglio di Stato, perché appare veramente incomprensibile come possano essere stati diversamente valutati due beni entrambi costituzionalmente garantiti: quello della maternità e quello della salute (art. 32 e 37 cost.).

Considerate, ad esempio, che nel caso di gravidanza a rischio, l'indennità giudiziaria viene regolarmente percepita (art. 16 e 17 d.lgs. n. 151 del 2001), eppure l'astensione può essere comandata per una situazione di malattia connessa con il periodo gestazionale, ma che certamente è posta a tutela anche e soprattutto della salute della madre.

Chissà quante ne sentiremo!

Ed allora vi lascio con questa riflessione: se durante un periodo di grave difficoltà dovuta a problemi di salute il lavoratore ha diritto, proprio secondo la Corte delle Leggi, ad una retribuzione "*sufficiente ad assicurare alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa*", chiediamoci, considerato che l'entità dell'indennità negli anni in cui la salute è più a rischio supera i 1350 euro mensili, e tenuto conto del fatto che si subisce anche la decurtazione della parte "propriamente chiamata stipendio", in che misura peggiori la condizione economica del magistrato ammalato. Vi assicuro, per avere trascorso un lungo periodo in malattia, che il danno economico è veramente ingente e pesa oltremodo sul bilancio familiare soprattutto se si sono assunti impegni di spesa sulla base dell'entità della propria retribuzione.

Nessuno discute del fatto che, in periodo di crisi, i magistrati percepiscano uno stipendio dignitoso, anche se non superiore a quello di gran parte dei dirigenti della Pubblica Amministrazione, ma perché discriminare il magistrato in malattia?

Ines Casciàro