



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quinta Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4455 del 2022, proposto da - OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Gallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

- della delibera del CONSIGLIO DI PRESIDENZA DELLA GIUSTIZIA TRIBUTARIA, -OMISSIS- adottata in data 08/02/2022 e partecipata il successivo 15/02/2022, di non accoglimento della domanda di trasferimento presso la Commissione Tributaria Provinciale di -OMISSIS- avanzata in data 20/01/2022 dal ricorrente, ai sensi e per gli effetti dell'art. 33, comma 5, della Legge n. 104/1992;

- di ogni altro atto presupposto e consequenziale, ancorché non conosciuto, con riserva di motivi aggiunti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2022 la dott.ssa Antonietta Giudice e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il ricorrente, residente in -OMISSIS-, provincia di -OMISSIS- è giudice tributario onorario presso la Commissione Tributaria Provinciale di -OMISSIS-.

Con il presente ricorso impugna la delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria, con cui è stata rigettata la propria istanza di trasferimento presso la Commissione Tributaria Provinciale di -OMISSIS- per assicurare assistenza al padre -OMISSIS- disabile, formulata ai sensi dell'art. 33, comma 5, legge n. 104/1992 (*“Il lavoratore di cui al comma 3, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”*).

Formula a sostegno della propria pretesa caducatoria i seguenti motivi di ricorso:

1) violazione e falsa applicazione di legge: art. 33, comma 5, della l. 104/1992 con riferimento all'art. 3, comma 3, della stessa l. 104/1992. eccesso di potere: carenza di motivazione; erroneità dei presupposti, in quanto assume che le argomentazioni di “non accoglimento” portate dalla delibera impugnata confondono impropriamente i benefici relativi ai permessi, alle assenze ed alle ferie concesse dalla l. 104/1992 (che comprensibilmente possono essere riferibili alla sussistenza di un rapporto di pubblico impiego), rispetto alla diversa ipotesi quale quella in esame di “riavvicinamento” al soggetto da accudire, cui deve essere assicurata costante assistenza.

2) *violazione e falsa applicazione dei generali principi a tutela dei diritti e dell'integrazione delle persone soggette ad handicap e dei generali principi costituzionali tutelati dalla l. 104/1992; eccesso di potere: disparità di trattamento; illogicità manifesta*, in quanto asserisce che la previsione di cui al citato art. 33, comma 5, è norma imperativa, recante la disciplina di agevolazioni e provvidenze riconosciute, quale espressione dello “Stato sociale”, in favore dei *caregivers* a tutela della salute psico-fisica del soggetto con handicap in situazione di gravità, per cui escludere i giudici onorari tributari equivarrebbe a tagliare fuori dall'ambito di questa tutela un numero rilevante di casi di comprovata esigenza di assistenza con pregiudizio di beni fondamentali protetti dalla Costituzione e dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 2006;

3) *eccesso di potere: illogicità manifesta; contraddittorietà; violazione dei principi affermati dalla Corte UE sul corretto inquadramento dei giudici onorari; contraddittorietà con la risoluzione del consiglio di presidenza della giustizia tributaria n. 2/2022*, in quanto ritiene che:

- alla luce del recente arresto della Corte di Giustizia Europea, di cui alla sentenza 16 luglio 2020 C-658/18, in tema di inquadramento giuridico del giudice onorario (nella specie giudice di pace), il giudice tributario, nonostante il carattere onorario del servizio, deve essere inquadrato (per analogia alla posizione giuridica del giudice di pace) nella categoria del “lavoro subordinato a tempo determinato”, definito dalla direttiva 2003/88/CE;

- il mancato riconoscimento del trasferimento per avvicinamento alla sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere si pone anche in contrasto con la Risoluzione del CPGT n. 2 del 22/02/2022, la quale consente al giudice tributario che si trova al momento della nomina, o successivamente alla stessa, in un documentato grave impedimento personale per motivi di salute (come definiti dall'art. 3, comma 3, della Legge 104/92) allo svolgimento dell'incarico presso la sede di assegnazione di ottenere un'applicazione in via esclusiva (anche in sovrannumero) presso altra sede

(salvo l'onere di partecipare al primo concorso o interpello utile a rimuovere l'impedimento).

Il Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria si è costituito in giudizio per la reiezione del gravame.

Con successiva memoria la difesa erariale ha illustrato nel merito l'infondatezza dell'impugnativa.

All'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

La questione sottoposta all'esame del Collegio solleva complessi problemi.

Si controverte sulla domanda di trasferimento per avvicinamento presentata, ai sensi dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992, in qualità di *caregiver* dal ricorrente giudice tributario onorario e negata in ragione della supposta mancanza di un rapporto di lavoro dipendente, richiesto, dal comma 3 dello stesso art. 33 in esame, ai fini della concessione dell'agevolazione.

Ciò solleva il problema del delicato bilanciamento di interessi tra l'esigenza di assicurare le cure ai membri della propria famiglia, valore di solidarietà familiare che trova il suo ancoraggio costituzionale negli artt. 2, 3, 29-30 e 32 della Costituzione, e la necessità di organizzare il personale in servizio in modo da assicurare l'efficienza, il buon andamento e la continuità dell'attività nell'ambito di un'organizzazione lavorativa.

Si tratta, pertanto, di problemi che trovano diversa soluzione, nei diversi momenti storici, a seconda del punto di equilibrio tra gli opposti interessi, alla stregua della coscienza sociale, come intesa dal legislatore, in quanto attiene alla graduatoria degli interessi, la cui ponderazione trova espressione in una determinata scelta legislativa, appunto, allo stato, quella operata dalla legge n. 104/1992, della cui applicabilità ai giudici onorari si controverte.

La giurisprudenza in materia ha già affrontato la problematica della qualificazione giuridica della posizione occupata dal giudice onorario, ciò che rileva al fine di stabilire se, data la sua particolare natura, sia possibile includerlo o meno nella platea dei potenziali destinatari del predetto beneficio

In tale prospettiva, preliminarmente, è possibile premettere, a proposito dello svolgimento delle funzioni di giudice tributario, ai fini di un inquadramento giuridico-sistematico delle questioni poste dal ricorrente, che, ai sensi dell'art. 11 del d. lgs. n. 545 del 1992 vigente *ratione temporis*, la nomina a una delle funzioni dei componenti delle commissioni tributarie provinciali e regionali “*non costituisce in nessun caso rapporto di pubblico impiego*”.

Tale previsione è sopravvissuta anche alla riforma della giustizia tributaria, di cui alla legge n. 130/2022, che perseguendo la razionalizzazione del sistema della giustizia tributaria, attraverso la professionalizzazione del giudice di merito, ha introdotto la figura del magistrato tributario professionale, accanto a quella dei giudici tributari onorari (presenti nel ruolo unico di cui all'articolo 4, comma 39-*bis*, della legge 12 novembre 2011, n. 183, alla data del 1° gennaio 2022, che affiancheranno i primi nella fase transitoria dell'entrata in vigore del nuovo regime, fino alla cessazione ad esaurimento dall'incarico), con conseguenze sul piano della disciplina del reclutamento, della nomina alle funzioni direttive e delle progressioni in carriera dei componenti delle commissioni tributarie.

In tale prospettiva, è stato rilevato che il d. lgs. n. 545 del 1992 (*Ordinamento degli organi speciali di giurisdizione tributaria ed organizzazione degli uffici di collaborazione in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413*), come modificato a seguito della riforma del 2022, distingue nell'ambito della giurisdizione tributaria al nuovo articolo 1-*bis* tra magistrati tributari e dai giudici tributari nominati presso le corti di giustizia tributaria di primo e secondo grado, presenti nel ruolo unico nazionale di cui all'articolo 4, comma 39-*bis*, della legge 12 novembre 2011, n. 183, alla data del 1° gennaio 2022.

Se ne è fatto discendere che i neoistituiti magistrati tributari a tempo pieno, reclutati mediante procedure concorsuali appositamente disciplinate, si giustappongono ai giudici tributari che svolgono funzioni giudiziarie onorarie e che, ai sensi dell'art. 5 (*I giudici delle commissioni tributarie regionali*) ante riforma,

in vigore fino al 15 settembre 2022, del d. lgs. n. 545/1992, erano nominati tra:

“a) i magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, in servizio o a riposo e gli avvocati e procuratori dello Stato, a riposo;

b) i docenti di ruolo universitari o delle scuole secondarie di secondo grado ed i ricercatori in materie giuridiche, economiche e tecnico-ragionieristiche, in servizio o a riposo;

c) i dipendenti civili dello Stato o di altre amministrazioni pubbliche, in servizio o a riposo, in possesso di laurea in giurisprudenza o economia e commercio o altra equipollente, che hanno prestato servizio per almeno dieci anni in qualifiche per le quali è richiesta una di tali lauree;

d) gli ufficiali superiori o generali della Guardia di finanza cessati dalla posizione di servizio permanente effettivo;

e) gli ispettori del Servizio centrale degli ispettori tributari cessati dall'incarico dopo almeno sette anni di servizio;

f) i notai e coloro che sono iscritti negli albi professionali degli avvocati e procuratori o dei dottori commercialisti ed hanno esercitato per almeno dieci anni le rispettive professioni;

g) coloro che sono stati iscritti negli albi professionali indicati nella lettera f) o dei ragionieri e dei periti commerciali ed hanno esercitato attività di amministratori, sindaci, dirigenti in società di capitali o di revisori di conti?”.

Pertanto, operando la disamina delle surriportate categorie di soggetti - suscettibili di essere nominati, sulla base dei titoli posseduti, a giudice tributario – è stato convenuto che la natura a tempo parziale e il carattere non esclusivo e aggiuntivo del servizio da questi svolto, trattandosi di professionisti di diversa estrazione, in quanto esercenti una delle attività professionali enumerate dal citato art. 5, in via principale rispetto all'incarico onorario, ovvero collocati a riposo e percettori di pensione maturata a conclusione dell'attività “principale”.

Orbene, sulla base della ricostruzione giuridico-normativa effettuata, è stato affermato (anche a fronte di una comparazione con la speciale disciplina dettata per la sopravvenuta figura del magistrato tributario di carriera a tempo

pieno reclutato per concorso, che, sebbene postuma rispetto allo svolgersi delle vicende di cui è causa, soccorre nell'opera di delineazione dei tratti distintivi della funzione giudiziaria onoraria) che il giudice tributario onorario non è incardinato stabilmente nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione, cui è, al contrario, legato da un rapporto non strutturale ma funzionale, preordinato all'espletamento di un incarico che, almeno in termini di spostamenti e di disponibilità in presenza, si contraddistingue per il carattere contenuto e non gravoso dell'impegno richiesto, attesa la necessità di coniugarlo con l'esercizio dell'attività lavorativa svolta in via principale.

Di quanto appena affermato è stata rinvenuta ulteriore conferma anche nel d. lgs. n. 116/2017 recante la *Riforma organica della magistratura onoraria*, che *mutatis mutandis* è stato richiamato per meglio identificare lo statuto del giudice onorario, laddove al comma 3 dell'art. 1 (*Magistratura onoraria*) prevede: *“L'incarico di magistrato onorario ... si svolge in modo da assicurare la compatibilità con lo svolgimento di attività lavorative o professionali e non determina in nessun caso un rapporto di pubblico impiego. ... Il magistrato onorario esercita le funzioni giudiziarie secondo principi di autoorganizzazione dell'attività, nel rispetto dei termini e delle modalità imposti dalla legge e dalle esigenze di efficienza e funzionalità dell'ufficio”*.

Si tratta di una previsione che è vista come conferma del dettato di cui al citato art. 11 del d. lgs. n. 545/1992 che specifica, consentendo di cogliere le peculiarità dell'incarico giudiziario onorario, tale da escludere la predicabilità di un rapporto di lavoro dipendente, quale richiesto dalla legge n. 104/1992 ai fini della fruizione delle agevolazioni di cui all'art. 33 in favore dei cc. dd. *caregivers*, tra cui il *“diritto a scegliere ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere”*.

In tal senso può essere intesa la stessa ordinanza n. 6150/2019 della Corte di Cassazione, Sez. Lav., richiamata dalla parte a sostegno delle proprie pretese: *“Secondo quanto stabilito dall'art 33, comma 5, l. n. 104 del 1992, il diritto del cd. caregiver familiare a scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio del congiunto disabile può essere esercitato sia all'atto dell'assunzione, mediante la scelta della sede in cui viene*

svolta l'attività lavorativa, sia nel corso del rapporto, con una domanda di trasferimento, ove ciò sia possibile e purché sussistano i requisiti oggettivi e soggettivi di cui all'art 33, comma 3, l. n. 104 del 1992". Infatti, anche in questo caso è stato rilevato che tra i requisiti oggettivi è comunque prevista la sussistenza di un rapporto di lavoro dipendente, visto che il comma 5 dell'art. 33 della legge n. 104 in discussione ai fini dell'individuazione del soggetto che ha diritto di chiedere il trasferimento per avvicendamento rinvia al lavoratore di cui al comma 3 dello stesso articolo, vale a dire al *"lavoratore dipendente, pubblico o privato"*.

Nel caso di specie, per tutto quanto sopra osservato, non può essere disattesa la ricostruzione sopra richiamata, dato che non ci si trova al cospetto di un rapporto di lavoro subordinato, ed è proprio questo il motivo ostativo all'accoglimento dell'istanza del ricorrente, come si evince dalla premesse motivazionali del provvedimento impugnato, che così recita: *"l'applicazione della norma di cui all'art. 3, comma 3 della Legge n. 104/1992 presuppone che il beneficiario abbia instaurato con la pubblica amministrazione un rapporto di servizio avente il carattere dell'esclusività, condizione questa che non ricorre per la magistratura onoraria, tanto è vero che ad essa viene assicurata la compatibilità tra lo svolgimento dell'incarico onorario ed altre attività professionali o lavorative"*.

Pertanto, l'atto gravato risulta immune dai vizi di legittimità dedotti in quanto il diniego del beneficio in contestazione è giustificato dalla mancata qualificazione della posizione lavorativa in termini di dipendenza.

La legittimità di tale soluzione è stata già riconosciuta da questo Tribunale affermando che *"è necessario evidenziare al riguardo che lo svolgimento delle funzioni di Giudice tributario, la cui nomina "non costituisce in nessun caso rapporto di pubblico impiego", ex art.11 del D.Lgs. n.545 del 1992, rientra nelle funzioni giudiziarie onorarie (cfr. Corte Cass., Sez. Trib., n.12598 del 2004) e che pertanto al predetto Giudice tributario non possono applicarsi gli artt.21, 33, comma 6 della Legge n.104 del 1992"* (Tar Lazio, sez. II bis, sentenze nn. 10468 e 11146 del 2021).

In tale prospettiva, data la mancanza di un rapporto di lavoro dipendente (e degli stringenti obblighi e impegni ad esso connessi in termini di disponibilità

di tempo, rispetto degli orari di lavoro, presenza quotidiana, soggezione ad un'organizzazione di tipo gerarchico), viene chiarito che l'esclusione dall'agevolazione di cui è causa non integra la dedotta violazione dei principi costituzionali che informano l'intera disciplina dettata dalla legge n. 104/1992.

In altri termini, secondo la giurisprudenza sopra richiamata, il legislatore ha ritenuto di confinare l'agevolazione in argomento al lavoro subordinato, avendo avvertito solo rispetto alle rigorose modalità esecutive che caratterizzano questo tipo di rapporto di lavoro l'esigenza di far fronte ai riflessi che finiscono per prodursi sull'attività di assistenza al soggetto disabile da accudire (rimuovendo un ostacolo, in altri casi non percepito, all'effettiva tutela della stessa).

È stato altresì considerato che, anche in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi normativamente richiesti, la pretesa di trasferimento in ogni caso non si atteggia a posizione di diritto soggettivo, dovendosi tenere conto delle esigenze organizzative della pubblica funzione (cfr, da ultimo, Tar Lazio Roma, Sez. I quater, 23/08/2022, n. 11226: *“La richiesta di assegnazione/trasferimento si presenta suscettibile di accoglimento solo ove possibile, difettando un diritto del dipendente alla concessione dell'agevolazione; in tal caso spetta piuttosto all'Amministrazione accertare se, pur in presenza di posti vacanti in organico, si oppongano all'assegnazione alla sede richiesta valutazioni legate ad esigenze di organizzazione del servizio ritenute inderogabili e pertanto prevalenti sulla garanzia dell'attività assistenziale cui è finalizzato il beneficio”*; in senso conforme, *ex plurimis*, Cons. Stato Sez. IV, 13/01/2021, n. 427; Cons. giust. amm. Sicilia, 01/06/2021, n. 501; T.A.R. Puglia -OMISSIS- Sez. I, 15/07/2021, n. 1215).

Il Collegio ritiene di non potersi discostare dall'orientamento sopra richiamato, tenuto conto della *ratio* della misura di cui si controverte, dato che non soccorre a tal fine neppure il preteso inquadramento dell'incarico di giudice onorario nella categoria del “lavoro subordinato a tempo determinato” di cui alla direttiva 2003/88/CE, in ragione dell'invocata

applicazione estensiva ed analogica al giudice tributario dei principi affermati nella sentenza della Corte di Giustizia UE, sentenza 16 luglio 2020 C-658/18, nei confronti di un giudice di pace.

Al riguardo, è stato evidenziato il diverso oggetto e la diversa finalità delle norme in contestazione in quella sede: nella sentenza in argomento la Corte di Giustizia era chiamata a pronunciarsi sul diritto alla retribuzione nel periodo di sospensione feriale per i giudici di pace ed ha affermato l'applicazione della Direttiva 2003/88/CE sul lavoro subordinato in ossequio al principio, di cui all'allegato accordo quadro, di non discriminazione del trattamento dei lavoratori a tempo determinato rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato, in favore di un giudice di pace le cui prestazioni lavorative, oltre ad essere reali ed effettive, sono risultate svolte in via principale.

Pertanto le specifiche circostanze di quella controversia, sopra evidenziate, non consentono di estendere quei principi alla fattispecie oggetto dell'odierno esame, non sussistendo l'*eadem ratio*, relativamente alla questione delle discriminazioni sulla base della natura temporanea dell'incarico, che nel caso dei giudici tributari non è predicabile.

Pertanto, allo stato attuale, non pare possibile ricostruire diversamente la platea dei beneficiari come disegnata dal legislatore, e, pur auspicando, *de iure condendo*, un maggior peso alle esigenze di accudimento delle persone del proprio nucleo familiare, dato il valore di solidarietà intergenerazionale, l'opzione normativa attuale non può ritenersi esorbitante rispetto alla discrezionalità del legislatore.

Nell'auspicata direzione depone il fatto che a determinati e specifici fini, perfino a livello nazionale, si registrano delle aperture anche giurisprudenziali sull'assimilazione dello *status* del giudice tributario con quella del dipendente assunto da un'amministrazione o da un ente pubblico - come anche evidenziato dalla difesa erariale (ad es. con riferimento alla tassazione dei compensi, la giurisprudenza di legittimità e costituzionale li ascrive nella categoria dei redditi di lavoro dipendente e assimilati per effetto dell'art. 50

(già art. 47), comma 1, lett. f), TUIR, secondo la ricostruzione che ne offre la sentenza n. 142/2014 della Corte costituzionale) – tuttavia, allo stato attuale della legislazione, ancora non ha trovato affermazione la piena equiparazione e le istanze al cambiamento ancora rimangono allo stato pre-giuridico; pertanto una diversa soluzione alla problematica sopra esposta, volta ad affermare *tout court* il riconoscimento di tale beneficio non può essere tuttavia predicata in mancanza di uno specifico intervento normativo.

Infine, va affrontata la complessa questione ermeneutica della possibilità di fare applicazione analogica ed estensiva del contenuto della Risoluzione del CPGT n. 2/2022, al fine del riconoscimento della pretesa azionata dal ricorrente.

Con detta Risoluzione l'organo di autogoverno della giustizia tributaria ha inteso riconoscere, anche in assenza di una specifica previsione normativa, ai giudici tributari, le cui personali condizioni di salute siano state definite "handicap grave" in conseguenza di un accertamento avvenuto nelle sedi e con le modalità indicate dall'art. 4 della legge n.104/1992, la possibilità di godere di un trasferimento presso altra sede, al fine di agevolarne temporaneamente l'esercizio delle funzioni giurisdizionali.

Si tratta di una risoluzione che innova in via amministrativa *in melius* la disciplina legislativa in materia che non si estende ad altre fattispecie in astratto parimenti meritevoli, tenuto conto dell'interpretazione autentica fornita dalla stessa autorità emanante, che, sulla base di una valutazione *ex ante* delle esigenze organizzative connesse all'esercizio della pubblica funzione ha verificato di poter "agevolare i soli giudici tributari portatori dell'handicap grave, e non anche i giudici tributari cd. caregiver, essendo stata ritenuta non praticabile dall'Amministrazione l'estensione anche a tali situazioni di siffatta agevolazione, comportante peraltro oneri organizzativi e di composizione delle commissioni non sostenibili?".

In altri termini, con tale atto è stato effettuato un tentativo interno alla giustizia tributaria che ha portato ad uno stato più avanzato le possibilità

applicative della normativa in parola, ma che ha dovuto arrestarsi davanti al limite posto dalle esigenze di organizzazione dell'Amministrazione.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte il ricorso deve essere pertanto respinto perché infondato.

Alla luce di una valutazione globale della controversia, sussistono giustificate ragioni per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quinta Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 11 novembre 2022 e 9 dicembre 2022, con l'intervento dei magistrati:

Floriana Rizzetto, Presidente

Antonino Masaracchia, Consigliere

Antonietta Giudice, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Antonietta Giudice

IL PRESIDENTE
Floriana Rizzetto

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.