

## **TI\_GERICHTE 34.2001.67 vom 4. Dezember 2002**

TI Tribunale d'appello, 2002-12-04, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_34.2001.67](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_34.2001.67)

FR: TI\_GERICHTE 34.2001.67 du 4 décembre 2002

IT: TI\_GERICHTE 34.2001.67 del 4 dicembre 2002

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

gennaio 1963, con l'entrata in vigore del Decreto legislativo concernente la previdenza a favore dei magistrati del 9 luglio 1963 (in seguito: Decreto 1963), essi sono stati esonerati dall'affiliazione alla Cassa pensioni e, quindi, da ogni contributo per la Cassa pensione. Il disciplinamento della previdenza dei magistrati a partire da quel momento è stato affidato al Decreto 1963 medesimo.

L'art. 1 del Decreto 1963, al marginale "Prestazioni", disponeva quanto segue:

Le prestazioni previste dal Decreto in parola, totalmente assunte dallo Stato, erano la pensione in caso di invalidità, di mancata conferma o di raggiungimento del limite d'età, oltre alle pensioni per superstiti.

Inoltre, secondo l'art. 9

A proposito della genesi di tale decreto legislativo, dal relativo Messaggio del Consiglio di Stato del 18 dicembre 1962 si può evincere la volontà di adottare, per i magistrati, analogamente a quanto già previsto per i membri del Consiglio di Stato, una regolamentazione speciale in materia di previdenza - prevedente una serie di prestazioni per i casi in cui il magistrato cessava dalle sue funzioni a motivo di invalidità, mancata conferma e raggiungimento del limite d'età (non invece per dimissioni, cfr. l'art. 1) - a motivo - citiamo - della "loro peculiare situazione quale terzo fondamentale elemento del nostro stato di diritto", a titolo di "riconoscimento per la singolare funzione della magistratura". Nel Messaggio possiamo, fra l'altro, leggere:

Il relativo rapporto del 27 giugno 1963 della Commissione della gestione ha ulteriormente osservato:

(cfr. Messaggio 1114 del Consiglio di Stato al Gran Consiglio circa il disegno di decreto legislativo concernente la previdenza a favore dei magistrati del 18 dicembre 1962, doc. \_; cfr. anche il Rapporto sul Messaggio della Commissione della Gestione del 27 giugno 1963, doc. \_).

Al riguardo va pure rilevato che l'esonero dal pagamento dei contributi non ha comportato una riduzione dello stipendio fino ad allora erogato ai magistrati.

Il nuovo tenore dell'art. 9 del Decreto del 1963 era il seguente:

Nel Messaggio concernente la modifica dell'art. 9 Decreto 1963 si può, tra l'altro, leggere:

(Messaggio n. 1836 del 15 giugno 1972 relativo alla modificazione del decreto legislativo concernente la previdenza a favore dei magistrati del 9 luglio 1963, doc. \_; cfr. anche il relativo Rapporto della Commissione della gestione del 3 maggio 1973, doc. \_ e i Verbali del Gran Consiglio della sessione ordinaria primaverile 1973, seduta del 14 maggio 1973)

Va notato che, contestualmente alla precitata modifica, sono stati introdotti alcuni cambiamenti della Legge sugli onorari dei magistrati. In particolare, a far data dal 1. gennaio 1973 è stato adottato un nuovo ordinamento retributivo basato sul principio, ancora oggi attuale, del calcolo dell'onorario dei magistrati sulla base di percentuali dello stipendio massimo previsto per i funzionari statali iscritti alla 1. classe d'organico. Dai materiali legislativi si evince come tale soluzione sia stata proposta dalla Commissione della gestione del Gran consiglio e sia stata definita quale "frutto di una lunga e complessa ricerca di equilibrio" (cfr. Messaggio n. 1836 succitato; Messaggio n. 1864 del 14 novembre 1972 relativo alla modificazione di alcune norme della Legge sugli onorari dei magistrati; Rapporto della Commissione della gestione sui Messaggi n. 1836 e 1864 del 3 maggio 1973, doc. \_ Verbali del Gran Consiglio della sessione ordinaria primaverile 1973, seduta del 14 maggio 1973; cfr. anche il Messaggio n. 2978 dell'8 ottobre 1985 concernente la modifica del Decreto 1963 e della Legge sugli onorari dei magistrati).

Su tale modifica è utile esporre di seguito alcune considerazioni contenute nel citato Messaggio n. 2978:

Contestualmente è quindi stato abrogato il Decreto 1963 e messo in vigore, a far tempo dal 31 dicembre 1985, il Decreto legislativo concernente la previdenza a favore dei magistrati dell'ordine giudiziario dell'11 dicembre 1985 (in seguito: Decreto 1985).

Tale Decreto prevede segnatamente all'art. 4 la regolamentazione seguente:

A proposito dell'art. 4, nel già citato Messaggio n. 2978 si può leggere quanto segue:

La proposta legislativa appena esposta è stata approvata integralmente dal Gran Consiglio (cfr. Verbali della sezione autunnale 1985, pag. 390seg.)

Per quel che attiene alla regolamentazione della Cassa pensioni cantonale, cui, come detto, anche i magistrati ticinesi sono nuovamente affiliati a decorrere dal 31 dicembre 1985, basta qui rimandare alla Legge sulla Cassa pensioni dei dipendenti dello Stato del 14 settembre 1976, limitandosi a precisare che l'art. 7 LCP, cui rinvia l'art. 4 del Decreto 1985, regola il diritto dell'assicurato ad una prestazione di libero passaggio qualora il rapporto di lavoro è sciolto prima che si verifica un evento assicurato dalla Cassa.

A mente del richiedente il Decreto 1985 contiene una lacuna propria laddove non regola i diritti previdenziali del magistrato in caso di destituzione. Dal momento che ai fini previdenziali i motivi posti a fondamento dell'uscita dalla Cassa pensioni (dimissioni volontarie o destituzione) non sono determinanti per definire le prestazioni a cui un assicurato ha diritto, egli reputa che tale lacuna debba essere colmata dal giudice ponendo sullo stesso piano le dimissioni date volontariamente dall'assicurato e la sua destituzione. Ne discenderebbe quindi che anche al magistrato destituito dovrebbe essere riconosciuto il diritto ad un'indennità di liquidazione conformemente all'art.

## **E. 2**

Al magistrato dimissionario saranno restituiti, senza interessi, gli eventuali contributi e le tasse da lui versati alla cassa pensioni dei dipendenti dello Stato.

## **E. 3**

Garanzia dei diritti acquisiti a tutti i magistrati attualmente in carica, (...), a carico dello Stato;

#### **E. 4**

cpv. 2 del Decreto 1985.

L'interessato ritiene pure che il mancato riconoscimento al magistrato destituito di tale indennità costituirebbe una disparità di trattamento non solo nei confronti degli altri impiegati statali, ma anche fra magistrati dimissionari e destituiti.

Dal canto suo, il Consiglio di Stato respinge la richiesta di \_\_\_\_\_ negando l'esistenza di una lacuna nell'ordinamento previdenziale in discussione. Reputa al contrario che al momento dell'introduzione dell'indennità di liquidazione per il magistrato dimissionario il legislatore abbia voluto creare un'effettiva differenziazione fra il magistrato dimissionario e il magistrato oggetto di rimozione, ritenendo meritevole di tutela unicamente quello che per propria scelta lascia la magistratura, rinunciando a tutti i diritti pensionistici, al fine di assicurare al dimissionario un adeguato apporto previdenziale. A mente dell'esecutivo ticinese dalle disposizioni applicabili e dai materiali legislativi risulterebbe in modo inequivocabile la volontà del legislatore di non parificare le conseguenze della destituzione (precedentemente denominata rimozione) a quelle delle dimissioni, ritenendo di non essere tenuto a versare un'indennità ad un magistrato per il quale si è resa necessaria l'adozione di una così grave misura disciplinare.

Per la dottrina e la giurisprudenza è data una lacuna legislativa quando la legge non prevede una risposta (soddisfacente) ad una questione giuridica e una soluzione non risulta, appunto, neppure sulla base di un'interpretazione della legge, la quale risulta, quindi, incompleta (DTF 103 V 100).

Prima di ammettere l'esistenza di una lacuna bisognosa di essere colmata, bisogna tuttavia stabilire, mediante interpretazione della legge e in particolare valutando quale deve ragionevolmente essere stata la volontà del legislatore nella concreta evenienza (DTF 104 IB 271 e riferimenti), se la mancanza di una regolamentazione espressa non costituisca una cosciente risposta negativa del legislatore, un cosiddetto silenzio qualificato. Solo dopo avere evaso negativamente anche questo quesito si può parlare di una lacuna (Häfelin/Müller, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3. Aufl., pag. 46; vedi anche Häfelin/Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 4. Aufl., p. 41; DTF 125 V 11).

Sempre dottrina e giurisprudenza distinguono tra lacune autentiche e lacune improprie. Una legge contiene una lacuna autentica o propria, ovvero sia non voluta dal legislatore, quando non fornisce una risposta ad una questione che la sua applicazione pone ineluttabilmente: a questa lacuna l'autorità amministrativa o giudiziaria deve porre rimedio, come se fosse il legislatore, secondo la regola generale dell'art. 1 cpv. 2 CCS, riferendosi in particolare alla ratio legis (DTF 125 V 11 e 12, DTF 112 V 53). Tale regola permette in futuro di trattare altri casi allo stesso modo e di evitare una disuguaglianza di trattamento tra gli assicurati (A. Maurer, *Bundessozialversicherungsrecht*, Basilea e Francoforte 1994, p. 46). A differenza delle lacune proprie, che ostacolano l'applicazione di una norma, le lacune improprie consistono nella mancanza di una regola che sarebbe opportuno o persino necessario introdurre, in una risposta della legge materialmente insoddisfacente o quando l'applicazione della legge secondo il suo testo chiaro appare come un'applicazione insostenibile della legge dal punto di vista teleologico: in tal caso, l'autorità giudiziaria o amministrativa non può colmare la lacuna, poiché essa si sostituirebbe al legislatore disattendendo il principio della separazione dei poteri (DTF 127 V 41, 125 V 11 segg., 124 V 164, 275 e 307 consid. 4c, 122 V 98, 255 e 329, 121 V 176, 121 III 226, 119 V 255, 118

V 298; Häfelin/Müller, op. cit. pag. 195; Knapp, Précis de droit administratif, 4. Aufl., pag. 93; A. Grisel, Traité de droit administratif, pag. 95 e 127; Häfelin, Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, pag. 91 segg.). La giurisprudenza ammette eccezionalmente la possibilità di colmare una lacuna impropria, quando le circostanze di fatto si sono modificate dopo l'emanazione di una legge, al punto tale che, sotto il profilo della politica legislativa, di certe realtà sociali o anche di esigenze puramente etiche, le disposizioni determinanti non appaiono più soddisfacenti e la loro applicazione può persino costituire un abuso di diritto ai sensi dell'art. 2 cpv.2 CCS. In questa evenienza l'art. 2 CCS può assumere una funzione correttiva e consentire al giudice di correggere la legge o di completarla e di colmare quindi in sostanza anche una lacuna impropria (DTF 120 III 134 consid. 3b).

Una parte della dottrina più recente tende, inoltre, in generale, a considerare le leggi amministrative in larga misura incomplete e quindi a completarle, dove esiste una necessità palese, invece di concludere, nel caso di mancanza di una disposizione, a favore di un'intenzione in tal senso del legislatore (ZBI 2/2001 p. 94 e dottrina citata). Pure la giurisprudenza del Tribunale federale ha fatto riferimento al concetto di incompletezza in contrasto con quanto pianificato ("planwidrige Unvollständigkeit"; cfr. ZBI citato).

Sul tema va ancora aggiunto che se non è, da un lato, ammissibile ritenere che la mancanza di una norma sia sempre riconducibile ad un silenzio qualificato, dall'altro, dalla circostanza che una legge non contiene una risposta (auspicabile) ad un quesito non può essere dedotta automaticamente l'esistenza di una lacuna della legge, anche se la soluzione cui si addivene può dar adito, prima facie, a qualche perplessità (RDAT 82/I-1993; cfr. Grisel, Traité de droit administratif suisse, pag. 127 cifra 3b).

Secondo giurisprudenza delle massime Corti federali, l'esistenza di un silenzio qualificato può del resto venir ammessa anche in casi in cui lo stesso non è direttamente desumibile dai materiali legislativi (DTF 126 I 46, DTF 124 II 56, DTF 124 V 275 - in cui il silenzio qualificato è stato ammesso richiamando un passaggio di un messaggio del Consiglio federale -, DTF 124 V 349, DTF 111 IA 195, DTF 106 V 3, DTF 102 IA 342, DTF 99 V 22; cfr. anche RDAT 55/I-2000).

Completazioni di disposizioni normative sono lecite soltanto laddove esiste una evidente, palese necessità e non si deve concludere che la mancanza di una determinata regolamentazione sia da ricondurre alla volontà del legislatore (ZBI 2/2001 pag. 94); nei settori amministrativi ove la completezza del diritto scritto deve essere presunta occorre particolare prudenza e pertanto la mancanza di una norma deve essere interpretata piuttosto come una norma negativa (Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, pag. 146 e 150 e riferimenti).

In una vertenza sottopostagli per giudizio, il Tribunale federale, osservato come nella concreta fattispecie vi fossero validi argomenti per ammettere sia un silenzio qualificato sia una lacuna della legge, ha infine ritenuto di dover, "praxisgemäss", aderire alla tesi dell'autorità cantonale superiore e, quindi, propendere per l'esistenza di un silenzio qualificato (DTF 111 IA 196 e Rhinow/Krähenmann, op. cit., EB, pag. 74).

Il Decreto 1985 ha ripreso sostanzialmente la struttura e la ratio del precedente Decreto 1963. Come è già stato esaustivamente esposto (cfr. consid. 2.3.1.), il Decreto 1963 ha previsto l'esonero dei magistrati dall'affiliazione alla Cassa pensioni e, quindi, dal pagamento dei contributi previdenziali, e contemporaneamente istituito un disciplinamento

previdenziale particolare per i magistrati "che cessano dalle loro funzioni, salvo che per dimissioni ( )" (art. 1 Decreto 1963) , in considerazione delle differenze esistenti nei confronti degli altri dipendenti dello Stato (in particolare rischio di mancata riconferma, tarda età di inizio d'attività) e quale segno di "riconoscimento per la singolare funzione della magistratura".

Solo con una modifica approntata nel 1973, all'art. 9 regolante le dimissioni del magistrato (cfr. il tenore dei cpv. 1 e 2 dell'art. 9 del Decreto 1963 nella versione in vigore sin dal 1963 al consid. 2.3.1), era stato aggiunto il cpv. 3 disciplinante il caso del magistrato dimissionario mediante l'introduzione dell'indennità di liquidazione controversa in questa sede (cfr. Messaggio n. 1836, vedi citazione al consid. 2.3.2.).

L'indennità in questione corrisponde in pratica agli ipotetici contributi previdenziali che sarebbero stati a carico del magistrato ed era ed è - così come tutte le prestazioni previste dai decreti in oggetto - interamente finanziata dallo Stato (cfr. art. 4 cpv. 4 Decreto 1985), considerato come, appunto, i magistrati fossero stati, dal 1963 a fine 1985, esonerati dal pagamento di ogni contributo di cassa pensioni e come i salari degli stessi non avessero subito riduzione alcuna a seguito dell'esonerazione dall'onere contributivo.

Si tratta quindi di una prestazione, priva di finanziamento da parte dell'assicurato, attinente alla previdenza preobbligatoria e, quindi, alla previdenza più estesa ai sensi dell'art. 49 cpv. 2 LPP (cfr. DTF 117 V 51).

In effetti, considerata innanzitutto l'attenzione che il legislatore cantonale ha dedicato all'emanazione delle norme previdenziali a favore dei magistrati, bisogna escludere che questa omissione possa essere ricondotta ad ignoranza del problema o a semplice dimenticanza. Anche se i materiali legislativi e i protocolli delle sedute parlamentari concernenti l'introduzione delle norme speciali in materia previdenziale dapprima, della discussa indennità di liquidazione a favore del magistrato dimissionario poi, sono silenti in proposito al caso del magistrato destituito, l'assenza di disposizioni in tal senso nell'ordinamento della previdenza a favore dei magistrati induce a ritenere che l'omissione vada attribuita ad una deliberata scelta effettuata dal legislatore cantonale al quale la problematica non può essere sfuggita.

Al riguardo va sottolineato che nel Messaggio n. 1836 concernente, tra l'altro, la modificazione del Decreto 1963 il Consiglio di Stato, esprimendosi sui motivi di pensionamento enumerati all'art. 2 del decreto in parola, ha evidenziato che l'art. 2 presentava "una lacuna formale che intendiamo eliminare" (cfr. punto B., 1 del Messaggio). Ora, da questo passo si deduce che il Consiglio di Stato fosse cosciente di potere e dovere colmare eventuali lacune presenti nel Decreto 1963. Di conseguenza, se avesse voluto parificare le dimissioni e la destituzione non avrebbe certamente mancato di farlo anche nel

dell'art. 9.

Del resto anche la circostanza che della situazione dei magistrati, dal punto di vista delle conseguenze previdenziali, salariali e disciplinari, il legislatore tornò a occuparsi, nel corso degli anni, più volte, senza che mai fu avvertita l'opportunità di una regolamentazione in materia di previdenza a favore dei magistrati destituiti analoga a quella prevista per quelli dimissionari, va interpretata come una presa di posizione negativa del legislatore (cfr. anche la giurisprudenza federale menzionata al consid. 2.6. circa l'ammissione di un silenzio

qualificato nei casi in cui lo stesso non è direttamente desumibile dai materiali legislativi). Si osservi in merito che il problema non è stato affrontato nemmeno in occasione dell'introduzione, nel 1995, dell'indennità d'uscita per mancata rielezione all'art. 10a della Legge sugli onorari dei magistrati dopo che nel 1985 era stata soppressa la previgente rendita in caso di mancata conferma senza alcuna colpa da parte del magistrato (cfr. in proposito Sergio Bianchi, *Il giudice e la sua indipendenza*, in "Il diritto pubblico alle soglie del terzo millennio" in RDAT 2000, pag. 66segg.).

Questa soluzione si giustifica tanto più se si considera che la misura disciplinare della "destituzione" era prevista sin dall'introduzione della LOG del 1910, anche se precedentemente denominata "rimozione dall'ufficio" (cfr. doc. \_ e il consid. 2.4 che precede). Di conseguenza, anche se evidentemente si tratta di un'eventualità rara, la possibilità che un magistrato potesse venir destituito era ben nota al legislatore. Anche per questa ragione è inverosimile che al legislatore sia sfuggita detta ipotesi, sia al momento dell'introduzione del Decreto 1963 sia in occasione delle modifiche successive delle norme specifiche concernenti i magistrati.

- invalidità

- mancata conferma

- raggiungimento del limite d'età.

Il caso delle "dimissioni" era invece stato espressamente escluso (vedi il tenore letterale dell'art. 1 del Decreto 1963 nella sua versione iniziale, cfr. consid. 2.3.1.). Quello della "rimozione" era pure escluso, seppure implicitamente.

Si può quindi ritenere che inizialmente nemmeno il caso del magistrato che volontariamente rinunciava alla sua carica fu considerato, per così dire, "meritevole" di una siffatta prestazione, la normativa in parola precisando anzi espressamente, al suo art. 9, che "il magistrato che rinuncia volontariamente alle sue funzioni perde ogni diritto alle prestazioni previste dal presente decreto", al medesimo venendo esclusivamente restituiti, senza interessi, gli eventuali contributi e le tasse da lui versati alla cassa pensioni dei dipendenti dello Stato. Verosimilmente il legislatore aveva ritenuto che una siffatta indennità per il magistrato dimissionario fosse già compensata dalla rivalutazione effettiva dello stipendio per effetto dell'esonero dal pagamento dei contributi previdenziali con effetto dal 1. gennaio 1963. Ora, evidentemente, se il legislatore riteneva di dovere escludere da ogni prestazione previdenziale il magistrato dimissionario, è facile presumere che a maggior ragione l'esclusione doveva concernere anche il caso del magistrato rimosso dalla sua carica.

Soltanto dieci anni dopo, nel 1973, fu poi decisa, per i motivi dianzi ricordati (cfr. consid. 2.3.2.), l'introduzione di una prestazione, sotto forma questa volta di versamento unico, anche a favore del magistrato dimissionario.

Per i motivi esposti in precedenza, appare tuttavia difficile immaginare che al momento di tale modifica il legislatore abbia involontariamente ommesso di estendere tale prestazione al caso del magistrato destituito. Invero, date le circostanze, la mancata inclusione della fattispecie del magistrato destituito non appare quantomeno illogica.

Bisogna semmai ritenere che il legislatore abbia, in quell'occasione, deliberatamente optato per assumere a suo carico l'indennità in oggetto non tanto a titolo generale, ma a favore (e specificatamente solo a favore) del magistrato che decide di lasciare spontaneamente le sue funzioni.

Come per le prestazioni elencate all'art. 1 del Decreto 1963 (vale a dire la pensione in caso di invalidità, di mancata conferma o di raggiungimento del limite d'età, oltre alle pensioni per i superstiti, cfr. il consid. 2.3.1.), anche nel caso dell'indennità di liquidazione controversa si tratta di una prestazione interamente finanziata dallo Stato, il magistrato essendo stato, come si è visto, esonerato dal pagamento dei contributi di cassa pensione fino alla fine del 1985. Al riguardo pertinentemente il Consiglio di Stato, nella sua risposta di causa, ha sottolineato come quanto previsto dai Decreti in oggetto non possa essere definito un vero e proprio piano assicurativo giacchè privo di finanziamento e i relativi oneri integralmente assunti dallo Stato.

In proposito va pure rilevato che oltre a poter essere concepita quale indennizzo atto a compensare perdite previdenziali l'indennità di liquidazione in discussione potrebbe essere considerata anche quale indennizzo per il lavoro svolto dal magistrato, visto tra l'altro che la stessa è prevista come versamento unico e che, giusta la medesima normativa (art. 9 cpv. 1 Decreto 1963), con le dimissioni il magistrato perdeva il diritto a tutte le prestazioni pensionistiche.

In effetti va al proposito ancora ribadito che l'indennità controversa costituisce una prestazione finanziata interamente dallo Stato in un ambito chiaramente sovraobbligatorio. In tale contesto non si può ragionevolmente misconoscere, almeno entro certi limiti, la facoltà per il legislatore di disciplinare soltanto ciò che riteneva giusto e appropriato disciplinare.

Al riguardo devono essere segnalate la sentenza del TFA pubblicata in DTF 119 V 140 e quella, inedita, del 30 giugno 2000 nella causa X., B 45/99 concernenti vertenze aventi per oggetto indennità di liquidazione erogate da casse pensioni cantonali in virtù del proprio regolamento per il caso della mancata riconferma e del licenziamento non colpevoli, il cui scopo, come rilevato dal TFA, non è solo quello di compensare una perdita di natura previdenziale, ma può essere anche quello di concedere all'assicurato un indennizzo per il lavoro svolto (cfr. sull'argomento anche Jud, Besonderheiten öffentlicher rechtlicher Dienstverhältnisse nach schweizerischem Recht, insbesondere bei deren Beendigung aus nichtdisziplinarischen Gründen, Diss. Freiburg 1975, p. 245 segg.; cfr. anche SVR 1997 BVG n. 75 p. 230 e i riferimenti).

A ragione in corso di causa il Consiglio di Stato ha ricordato che la destituzione è la sanzione più grave prevista dal nostro ordinamento giuridico per i magistrati.

Dal canto suo, il Tribunale amministrativo, in una sentenza vertente sulla legittimità di una destituzione pronunciata dall'autorità di nomina nei confronti di un funzionario inadempiente, ha così avuto modo di esprimersi in merito alla misura della destituzione:

Basti ricordare ancora come non siano infrequenti le regolamentazioni di casse pensioni pubbliche cantonali che prevedono, oltre alle prestazioni previdenziali in senso stretto (per la copertura dei rischi vecchiaia, morte e invalidità) particolari prestazioni previdenziali per il caso della non rielezione o del licenziamento non colpevoli (cfr. DTF 119 V 140; STFA del 30 giugno 2000 nella causa X., B 45/99, SVR 1997 BVG n. 75 p. 229 riferito al Canton Svitto; SVR 1994 n. 1 p. 1 al Canton Zurigo; DTF 119 V 135 e 118 V 248 al Canton Zugo; DTF 118 Ib 173 e 103 Ib 266 alla Confederazione; DTF 116 V 335 al Canton Sciaffusa; sentenza non pubblicata del TFA del 30 giugno 2000 in re X., B 45/99 riferita alla Confederazione).

Inoltre, anche per i dipendenti statali cantonali il disciplinamento in vigore prima dell'entrata in vigore della LPP (e in parte sino al 1989) prevedeva prestazioni differenti a seconda che lo scioglimento del rapporto di lavoro e la conseguente uscita dalla Cassa pensioni fosse da ricondurre a dimissioni o licenziamento, oppure a mancata conferma o soppressione del posto. Mentre nel primo caso le prestazioni erano corrispondenti essenzialmente al recupero delle eventuali somme d'acquisto e dei contributi versati dal dipendente alla cassa pensioni (più un supplemento del 5% su detti contributi dopo 10 anni di contribuzione) (art. 7 dell'allora vigente Legge sulla Cassa pensioni dei dipendenti dello Stato), nel secondo, a tali prestazioni il previgente art. 8 aggiungeva sostanziali supplementi, a carico del datore di lavoro, che più o meno le raddoppiavano. Se poi il rapporto di impiego era durato più di 15 anni il dipendente aveva diritto al pensionamento anticipato come in caso di invalidità, fino all'età del normale pensionamento questa prestazione essendo a carico del datore di lavoro (previgente art. 8 cpv. 5) (cfr. il Messaggio del 10 giugno 1976 n. 2151 del Consiglio di Stato al Gran Consiglio concernente la modificazione della Legge sulla Cassa pensioni dei dipendenti dello Stato). Significativo in questo contesto era pure che l'art. 4 dell'allora vigente Regolamento della cassa pensioni dei dipendenti dello Stato definiva l'uscita per mancata conferma o soppressione dell'impiego come scioglimento del rapporto di servizio senza colpa del dipendente. Le dimissioni (per il fatto di corrispondere ad una scelta personale del funzionario) e il licenziamento erano invece imputabili al dipendente, considerato come il licenziamento (recte, la destituzione), costituiva il provvedimento disciplinare più grave tra quelli previsti dall'art. 24 LOID e presupponesse una grave trasgressione dei doveri, rispettivamente una grave trascuranza, da parte del dipendente, nell'adempimento delle sue funzioni.

Anche secondo la previgente normativa quindi il dipendente destituito, per sua colpa, veniva "penalizzato" in maniera importante sul piano previdenziale (cfr. sul tema RDAT n. 21/1989).

Anche nel settore privato, nell'ambito della previdenza sovraobbligatoria, vi sono norme regolamentari degli istituti di previdenza che prevedono, analogamente a quelli degli istituti di diritto pubblico, la concessione di prestazioni previdenziali in caso di mancata conferma (o rielezione) o rimozione dalla carica colpevoli.

Chiamato in un'evenienza concreta a pronunciarsi su una siffatta prestazione (nel caso sottoposto a giudizio si trattava di una rendita di invalidità che veniva erogata soltanto in caso di mancata (rielezione senza colpa), cumulativamente alla prestazione di libero passaggio, (cfr. STCA del 12 luglio 1996 nella causa X., 34.94.6).

Nel 1973, anno in cui è stata inserita nel Decreto 1963 l'indennità a favore del magistrato dimissionario, la Legge sugli onorari dei magistrati è stata modificata nel senso che è stato introdotto il principio del calcolo dell'onorario dei magistrati sulla base di percentuali dello stipendio massimo previsto per i funzionari statali iscritti nella 1. classe dell'organico (cfr. sopra, consid. 2.3.2.).

Nel 1985 i magistrati furono nuovamente integrati nella Cassa pensioni cantonale. Parallelamente, mediante nuova modifica della Legge sugli onorari dei magistrati, al fine di neutralizzare l'effetto di tale contributo e compensare gli altri oneri supplementari, segnatamente quelli fiscali, fu statuito un ritocco verso l'alto, nella misura del 10-12%, degli onorari (cfr. sopra, consid. 2.3.3.). Di fatto quindi la retribuzione netta dei magistrati fu mantenuta invariata.

Quanto esposto dimostra come, contrariamente a quanto sembrerebbe potersi evincere da taluni passi - peraltro non del tutto chiari - del Messaggio n. 1836 del 15 giugno 1972 relativo alla modificazione del Decreto 1963 in punto all'introduzione dell'indennità in caso di dimissioni (doc. \_ punto 3; cfr. sopra, consid. 2.3.2. dove il passo è esposto per esteso), il salario dei magistrati non era ritenersi, nel periodo controverso 1963-1985, "basso" a motivo dell'esonero dal pagamento dei contributi previdenziali in modo da doversi di conseguenza ammettere "una contribuzione indiretta". Se così fosse stato, non sarebbe infatti stata proponibile l'introduzione, a partire proprio dal 1973, del principio della fissazione schematica degli onorari in percentuale di quelli dei funzionari iscritti nella 1. classe dell'organico, funzionari questi ultimi regolarmente assoggettati all'onere previdenziale (cfr. consid. 2.3.2.; notasi che in sede di questa modifica legislativa, che ha esaminato a fondo l'ordinamento retributivo dei magistrati, non si fa menzione dell'aspetto dello sgravio dai contributi previdenziali); inoltre, non troverebbe spiegazione l'aumento del 10-12% degli onorari dei magistrati statuito nel 1985 al fine di neutralizzare in modo completo tutti gli oneri supplementari derivanti dall'introduzione dell'obbligo del pagamento dei contributi previdenziali (cfr. il già citato Messaggio n. 2978 dell'8 ottobre 1985 in merito alla modifica del Decreto 1963 e consid. 2.3.3.). In realtà, i materiali legislativi dimostrano che l'opinione generalizzata era che i magistrati beneficiassero di un trattamento privilegiato rispetto agli altri dipendenti statali per il fatto di essere esonerati dal prelievo dei contributi previdenziali e che, quindi, godessero di onorari giudicati attrattivi, proprio al fine di mantenerne attrattiva la professione (cfr. in proposito i Verbali della seduta autunnale del Gran Consiglio del 1985 a pag. 385 e 387; cfr. l'appena citato Messaggio n. 2978 e il consid. 2.3.3.).

Del resto, nel corso degli anni vi sono state proposte miranti ad ottenere una riduzione degli onorari dei magistrati, giudicati, da alcuni, troppo alti in relazione segnatamente al fatto che essi (così come i Consiglieri di Stato) godevano di un trattamento privilegiato rispetto agli altri dipendenti statali per il fatto di essere esonerati dal pagamento dei contributi di cassa pensione (cfr. ad esempio l'iniziativa dell'on. \_\_\_\_\_ del 1976 e 1985 menzionata nel precitato Messaggio n. 2978; cfr. anche i verbali della sessione autunnale 1985 del Gran Consiglio, in particolare dell'11 dicembre 1985).

La mancanza di disposizioni volte a tutelare i magistrati destituiti in misura almeno pari alla protezione offerta dall'art. 4 cpv. 2 del Decreto 1985 ai magistrati dimissionari non costituisce pertanto una lacuna vera e propria. Non si tratta in effetti di una situazione che il legislatore cantonale doveva necessariamente affrontare, fornendo una risposta ad un problema ineludibile, in difetto della quale risultava compromessa l'applicabilità della legge (Imboden/Rhinow/Krähenmann, op. cit., no. 23 b I seg.).

Né si tratta di una lacuna impropria o di una manchevolezza incongruente con l'impostazione dei Decreti in oggetto (planwidrige Unvollständigkeit), dovuta ad un manifesto errore del legislatore che richiami un intervento correttivo da parte del giudice nell'ambito delle condizioni d'applicazione dell'art. 2 CC, peraltro eccezionali, al fine di evitare che l'applicazione della legge secondo il testo conduca a risultati insostenibili o costitutivi di un abuso di diritto (cfr. sopra consid. 2.6.; Imboden/Rhinow/Krähenmann, op. cit., no. 23 b II; DTF 120 III 134 consid. 3b, 99 V 23).

Ancorchè, eventualmente, insoddisfacente, la scelta di non aver introdotto la discussa indennità di liquidazione per il magistrato destituito non appare infatti lesiva di principi fondamentali del diritto o contraria al comune senso di giustizia (cfr. consid. 2.6. in fine).

Con la sua argomentazione \_\_\_\_\_ misconosce che l'indennità di liquidazione scaturisce dalla previdenza professionale più estesa giacchè riferita ad una prestazione prevista da un disciplinamento preobbligatorio e finanziata integralmente dallo Stato, i magistrati essendo stati, dal 1963 sino alla fine del 1985, esonerati da ogni contribuzione previdenziale. Un confronto con l'attuale sistema previdenziale obbligatorio, finanziato sia dal datore di lavoro che dal lavoratore mediante pagamento dei contributi, non può dunque essere tracciato, almeno non nei termini suggeriti dall'attore.

A dire dell'attore sarebbe innanzitutto data disparità di trattamento nei confronti degli altri dipendenti statali ai quali, in caso di destituzione, viene versata la prestazione di libero passaggio. Ora, incontestato il fatto che la prestazione di libero passaggio vada versata, quando ne ricorrano i presupposti, senza riserva e indipendentemente dai motivi per cui il rapporto di lavoro si è concluso (DTF 119 V 137, 117 V 219), tale assunto misconosce tuttavia la diversa natura della prestazione di libero passaggio (che peraltro viene erogata anche al magistrato destituito relativamente ai periodi in cui era soggetto all'obbligo di pagamento dei contributi previdenziali ed è stata in effetto versata anche all'attore) rispetto all'"indennità di liquidazione" in discussione nella specie. A differenza di quest'ultima, la prestazione di libero passaggio infatti, che è pari alla somma degli averi di vecchiaia inerenti al periodo d'assicurazione oltre a eventuali altre prestazioni di libero passaggio, si basa o, meglio, è direttamente connessa all'obbligo contributivo posto a carico del dipendente stesso e, quindi, all'esistenza di un'adesione ad un fondo di previdenza.

Al considerando 2.11. che precede, già si è ricordato inoltre come prima del 1985 (e in parte anche successivamente) anche per l'impiegato statale lo scioglimento del rapporto di lavoro e, di conseguenza, l'uscita dalla cassa pensioni, fosse accompagnato da conseguenze pensionistiche differenti a seconda che lo scioglimento del contratto di impiego avvenisse per mancata conferma o per soppressione del posto oppure per dimissioni o per destituzione. Inoltre, va ancora una volta sottolineato come uno dei motivi dell'introduzione, nel 1963, di un regime previdenziale speciale per i magistrati era proprio quello di tenere conto delle differenze esistenti nei confronti dei dipendenti dello Stato (differenze individuate dal legislatore sia nella diversa autorità di nomina e nel conseguente maggior rischio di mancata riconferma, sia nella maggiore età a cui i magistrati iniziano normalmente la loro attività e relativo più avanzato limite d'età; cfr. Messaggio 1114 già citato, in ingresso; cfr. anche il Messaggio n. 2978 e i Verbali delle sedute del Gran Consiglio della sessione autunnale 1985, pag. 388, dai quali emerge la volontà di realizzare un trattamento differenziato tra impiegati statali e magistrati).

Né d'altra parte si può parlare nell'evenienza concreta di manifesta disparità di trattamento nei confronti dei magistrati dimissionari, le argomentazioni che precedono dimostrando come il trattamento differenziato riservato, nello specifico punto, alle due categorie di magistrati sia giustificato da motivi validi o quantomeno sostenibili (cfr. in particolare i consid. 2.9., 2.10, 2.11, 2.13).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.