



Judicium

il processo civile in Italia e in Europa

Rivista trimestrale

dicembre 2021

4

Diretta da:

*B. Sassani • F. Auletta • A. Panzarola • S. Barona Vilar • P. Biavati • A. Cabral • G. Califano
D. Dalfino • M. De Cristofaro • G. Della Pietra • F. Ghirga • A. Gidi • M. Giorgetti • A. Giussani
G. Impagnatiello • G. Miccolis • M. Ortells Ramos • F. Santangeli • R. Tiscini*

In evidenza:

Lineamenti processuali della nuova azione di classe

Ulisse Corea e Maria Laura Guarnieri

Medical malpractice e profili problematici dell'acquisizione anticipata della "prova"

Laura Durello

I provvedimenti provvisori di cui al terzo comma dell'art. 710 c.p.c.

Giorgietta Basilico

Le Sezioni Unite chiariscono la questione della definitività o meno delle sentenze in presenza di indici formali opposti tra loro

Giulia Mazzaferro

La parola delle Sezioni Unite sul *dies a quo* di decorrenza del termine di riassunzione o prosecuzione del processo interrotto per il fallimento di una delle parti

Margherita Pagnotta

La riforma (ancora in cantiere) della magistratura onoraria e la decisione della Consulta n. 41/2021: la partecipazione degli ausiliari nei collegi d'appello "sarà" costituzionalmente illegittima

Giuseppina Fanelli

Saggi

- ULISSE COREA e MARIA LAURA GUARNIERI, *Lineamenti processuali della nuova azione di classe* p. 425
- LAURA DURELLO, *Medical malpractice e profili problematici dell'acquisizione anticipata della "prova"* 461
- GIORGIETTA BASILICO, *I provvedimenti provvisori di cui al terzo comma dell'art. 710 c.p.c.*» 483

Giurisprudenza commentata

- Cass., Sez. Un., Sent. 19 aprile 2021, n. 10242 con nota di GIULIA MAZZAFERRO, *Le Sezioni Unite chiariscono la questione della definitività o meno delle sentenze in presenza di indici formali opposti tra loro*» 497
- Cass. Sez. Un., sent. 7 maggio 2021, n. 12154 con nota di MARGHERITA PAGNOTTA, *La parola delle Sezioni Unite sul dies a quo di decorrenza del termine di riassunzione o prosecuzione del processo interrotto per il fallimento di una delle parti*» 519
- Corte cost., sent. 17 marzo 2021, n. 41 con nota di GIUSEPPINA FANELLI, *La riforma (ancora in cantiere) della magistratura onoraria e la decisione della Consulta n. 41/2021: la partecipazione degli ausiliari nei collegi d'appello "sarà" costituzionalmente illegittima*» 551

CORTE COSTITUZIONALE; sentenza del 17 marzo 2021, n. 41; PRES. CORAGGIO; REL. AMOROSO; Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale.

Ordinamento giudiziario – Misure per l’efficienza del sistema giudiziario e la definizione del contenzioso civile – Giudici onorari ausiliari – Corti d’appello – Status giuridico e funzioni – Assegnazione del giudice ausiliario all’esercizio delle funzioni giurisdizionali esercitate dagli organi collegiali – Illegittimità costituzionale parziale

Sono dichiarati costituzionalmente illegittimi, per violazione dell’art. 106, primo e secondo comma, Cost., gli artt. 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71 e 72 del d.l. n. 69/2013, convertito, con modificazioni, in l. n. 98/2013, nella parte in cui non prevedono che essi si applichino fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall’art. 32 del d.lgs. n. 116/2017. Le disposizioni censurate dalla Corte di cassazione istituiscono e disciplinano nell’ambito della magistratura onoraria la nuova figura dei giudici ausiliari d’appello, conferendogli lo status di componenti dei collegi. Esse – che prevedono la nomina di un numero complessivo massimo in origine determinato in 400 giudici ausiliari (art. 63), entro il limite di 40 per ufficio (art. 65), per cinque anni prorogabili una sola volta per il medesimo periodo, seguendo il procedimento contemplato per la nomina (art. 67), e salva la conferma annuale (art. 71) e la limitazione di cui all’art. 62, fermo restando che i giudici togati costituiscono la maggioranza del collegio, del quale può fare parte un solo giudice ausiliario (art. 68), prevedendo garanzie della loro autonomia e imparzialità (artt. 69 e 70), cosicché essi acquisiscono lo status giuridico di magistrati onorari (art. 72) – violano il parametro evocato, il quale delinea un sistema generale di reclutamento mediante pubblico concorso, come strumentale all’indipendenza della magistratura, non diversamente dalla garanzia dell’inamovibilità (art. 107, primo comma, Cost.), evitando ogni discriminazione, anche di genere, e assicurando la qualificazione tecnico-professionale. Accertata l’illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate, si pone, tuttavia, l’esigenza di tener conto dell’innegabile impatto complessivo che la decisione è destinata ad avere sull’ordinamento giurisdizionale e sul funzionamento della giustizia nelle corti d’appello, visto l’apporto dei giudici ausiliari allo smaltimento o al contenimento dell’arretrato del contenzioso civile. Occorre allora che la declaratoria di illegittimità lasci al legislatore un sufficiente lasso di tempo che assicuri la necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale. A tal fine la reductio ad legitimitatem può farsi con la sperimentata tecnica della pronuncia additiva, inserendo nella normativa censurata un termine finale entro (e non oltre) il quale il legislatore è chiamato a intervenire. Un’analoga prescrizione limitativa è possibile nell’attuale contesto normativo, che vede una riforma in progress della magistratura onoraria (d.lgs. n. 116/2017), la cui completa entrata in vigore è già differita per vari aspetti al 31 ottobre 2025 (art. 32 di tale decreto legislativo) e che è attualmente oggetto di iniziative di ulteriore riforma all’esame del Parlamento, così riconoscendo alla disciplina censurata – per l’incidenza dei concorrenti valori di rango costituzionale – una temporanea tollerabilità costituzionale. (massima ufficiale)

(Omissis)

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.– Con ordinanza del 9 dicembre 2019 (r.o. n. 84 del 2020), la Corte di cassazione ha solleva-

to, in riferimento agli artt. 106, primo e secondo comma, e 102, primo comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 62, comma 1; 65, commi 1 e 4; 66; 67, commi 1 e

2; 68, comma 1, e 72, comma 1, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 98, nella parte in cui conferiscono ai giudici ausiliari di appello lo status di componenti dei collegi delle sezioni della corte d'appello come magistrati onorari.

La Corte rimettente assume che le norme censurate – le quali istituiscono e disciplinano la nuova figura di «giudici ausiliari» – violano l'art. 106, secondo comma, Cost., che stabilisce che i giudici onorari possono essere nominati solo per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli. Ciò in quanto, in contrasto con la giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto legittima la partecipazione di giudici onorari ai collegi esclusivamente in via temporanea o a fronte di circostanze di carattere eccezionale, il giudice ausiliario d'appello è incardinato *naturaliter* presso un ufficio giudiziario collegiale, all'interno del quale esercita funzioni giurisdizionali, essendo tenuto a definire, anche in qualità di relatore, almeno novanta procedimenti civili per anno, senza la previsione, sul piano normativo, di alcun limite, di materia e di valore, nell'assegnazione dei procedimenti, se non per quelli trattati dalla corte d'appello in unico grado.

L'ordinanza di rimessione sottolinea che il dubbio di legittimità costituzionale sorge anche in riferimento agli artt. 106, primo comma, e 102, primo comma, Cost., dai quali si evince un'ineludibile scelta del Costituente per l'affidamento, in via generale, dell'esercizio della giurisdizione ai magistrati professionali togati.

2.– Con ordinanza del 9 dicembre 2019 (r.o. n. 96 del 2020), la Corte di cassazione ha sollevato, in riferimento all'art. 106, secondo comma, Cost., questioni di legittimità costituzionale degli articoli da 62 a 72 dello stesso d.l. n. 69 del 2013, come convertito, in quanto, nel complesso, prevedono e regolano l'attribuzione a un magistrato onorario, quale ausiliario di corte d'appello, delle funzioni di giudice collegiale, in luogo di quelle

di «giudice singolo», le sole consentite dall'invocato parametro.

La Corte rimettente osserva che l'attribuzione a giudici onorari della funzione di giudice collegiale nei tribunali ordinari è ritenuta legittima nella giurisprudenza costituzionale solo se ricorrono esigenze temporanee o situazioni eccezionali e senza che ciò incida sullo status del magistrato.

Il giudice a quo assume che le disposizioni censurate avrebbero travalicato i limiti delle funzioni che possono essere svolte dalla magistratura onoraria, quali risultanti anche dall'elaborazione della giurisprudenza costituzionale, in quanto i giudici ausiliari sono stati incardinati in un ufficio giudiziario, come la corte d'appello, che decide sempre in composizione collegiale e di norma nel grado di impugnazione, con il conseguente svolgimento, da parte degli stessi, di funzioni del tutto assimilabili a quelle dei consiglieri delle corti d'appello.

3.– In via preliminare, va considerato l'atto, denominato «intervento/opinioni», con il quale in data 11 gennaio 2021, in prossimità dell'udienza pubblica, alcuni giudici ausiliari d'appello hanno espresso la propria posizione sulle questioni di legittimità sollevate dalle due ordinanze della Corte di cassazione. Esso costituisce non già un atto di intervento, che comunque sarebbe inammissibile sotto plurimi profili, bensì un'opinione riconducibile alla figura degli amici *curiae*.

Come tale, l'opinione è parimenti inammissibile in quanto, in disparte ogni altra ragione, è tardiva rispetto al termine di venti giorni dalla pubblicazione delle ordinanze di rimessione, a tal fine previsto dall'art. 4-ter, comma 1, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

4.– Le questioni sollevate dalle due ordinanze di rimessione in massima parte si sovrappongono sia quanto alle disposizioni censurate, sia quanto ai parametri evocati, e sono comunque oggettivamente connesse.

Devono quindi essere riuniti i relativi due giudizi incidentali.

5.– Va preliminarmente affermato che sussistono le condizioni di ammissibilità delle questioni di costituzionalità sollevate da entrambe le ordinanze di rimessione sul piano della rilevanza.

Indubbio è infatti che le disposizioni censurate condizionano la ritualità della costituzione del giudice, ai sensi dell'art. 158 del codice di procedura civile, delle pronunce impugnate nei giudizi *a quibus*, in quanto emesse da un collegio della corte d'appello con la partecipazione di un giudice ausiliario (*ex multis*, Corte di cassazione, sezione terza civile, sentenza 19 settembre 2014, n. 19741); ritualità contestata dalle parti ricorrenti in entrambi i giudizi di cassazione con distinto motivo di impugnazione.

La non manifesta infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale è diffusamente e puntualmente argomentata nelle ordinanze di rimessione.

I dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalla Corte di cassazione si fondano, essenzialmente, sulla circostanza che la stabile destinazione dei giudici ausiliari di cui agli artt. 62 e seguenti del d.l. n. 69 del 2013, come convertito, rientranti nella categoria dei giudici onorari, alla composizione dei collegi nelle corti d'appello, uffici presso i quali gli stessi sono istituiti in piante organiche ad esaurimento, potrebbe contrastare soprattutto con l'art. 106, secondo comma, Cost.; norma che, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, consentirebbe la partecipazione di giudici onorari ai collegi soltanto in via temporanea e per far fronte a situazioni eccezionali.

Inoltre, l'ordinanza iscritta al r.o. n. 84 del 2020 sottolinea che il dubbio di legittimità costituzionale sarebbe viepiù corroborato tenendo conto di altre previsioni della Costituzione, come gli artt. 106, primo comma, e 102, primo comma, che prefigurano una chiara scelta per l'affidamento in via generale dell'esercizio della giurisdizione ai soli magistrati professionali. In sostanza, il

secondo comma dell'art. 106 Cost. non potrebbe essere interpretato nel senso di legittimare l'assegnazione ai giudici onorari di tutte le funzioni che un giudice di carriera può esercitare in quanto tale, comprese quelle di componente di un organo collegiale, senza trasmodare i limiti entro i quali la Costituzione ha consentito, in via eccezionale, che giudici onorari possano partecipare all'esercizio della funzione giurisdizionale.

6.– All'esame delle questioni è opportuno premettere una sintetica ricostruzione del quadro normativo di riferimento.

Nel dichiarato intento di ridurre la durata dei giudizi civili dinanzi alle corti d'appello, al fine di raggiungere gli obiettivi indicati nei programmi di gestione di cui all'art. 37 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, nella legge 15 luglio 2011, n. 111, le norme censurate hanno istituito l'inedita figura dei giudici ausiliari d'appello, aventi il compito di integrare i collegi e di redigere un certo numero di decisioni per ciascun anno.

In particolare, l'art. 63 del d.l. n. 69 del 2013 prevede la nomina, con decreto del Ministro della giustizia, previa deliberazione del Consiglio superiore della magistratura (CSM), di un numero complessivo massimo in origine determinato in 400 giudici ausiliari, selezionati tra magistrati e avvocati dello Stato a riposo, professori, ricercatori universitari e avvocati, in base ad alcuni titoli, tra i quali ha assunto infine rilievo preferenziale, in sede di conversione, quello di avvocato, con prevalenza dei candidati più giovani, purché iscritti all'albo da almeno un quinquennio.

I giudici ausiliari, distribuiti tra le diverse corti d'appello operanti sul piano nazionale in virtù di una pianta organica ad esaurimento determinata con decreto del Ministro della giustizia, sentito il CSM, con l'indicazione dei posti disponibili per ciascuna di esse ed entro il limite massimo di 40 per ufficio (art. 65, comma 1, del predetto decre-

to), sono nominati per cinque anni, prorogabili una sola volta per il medesimo periodo, seguendo il procedimento contemplato per la nomina (art. 67, commi 1 e 2, del decreto).

Pertanto, la destinazione “naturale” dei giudici ausiliari è la composizione dei collegi delle corti d'appello, presso le quali gli stessi sono incardinati in un ruolo ad esaurimento.

L'unica limitazione contemplata sul piano normativo rispetto all'attività di tali giudici è quella di cui all'art. 62, comma 2, del d.l. n. 69 del 2013, per la quale gli stessi non possono essere chiamati a comporre i collegi nei quali la corte d'appello decide in unico grado di merito, fatta eccezione per il procedimento per l'ottenimento dell'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo, previsto dalla legge 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile).

L'art. 68, comma 1, dello stesso d.l. n. 69 del 2013 prevede, inoltre, che i giudici togati costituiscono la maggioranza del collegio, del quale può fare parte un solo giudice ausiliario.

Al fine di preservarne l'autonomia, l'art. 69 del medesimo decreto stabilisce che i giudici ausiliari d'appello non possono operare nel distretto nel quale sono iscritti al momento della nomina o sono stati iscritti nei cinque anni precedenti e sono obbligati ad astenersi – e, quindi, sono ricusabili ove non lo facciano – oltre che nelle ipotesi disciplinate dall'art. 51 cod. proc. civ., anche in quella in cui siano stati associati o comunque collegati, mediante il coniuge, i parenti o altre persone, con lo studio professionale di cui ha fatto parte o fa parte il difensore di una delle parti. I giudici ausiliari d'appello devono inoltre astenersi quando abbiano in precedenza assistito, nella qualità di avvocato, una delle parti in causa o uno dei difensori ovvero abbiano svolto attività professio-

nale come notaio per una delle parti in causa o uno dei difensori (art. 70 del d.l. n. 69 del 2013).

Oltre alla possibilità di proroga quinquennale, i giudici ausiliari sono sottoposti ad una conferma annuale finalizzata ad una costante verifica dell'attività svolta dagli stessi (art. 71 del d.l. n. 69 del 2013).

Infine, l'art. 72, comma 1, del d.l. n. 69 del 2013 prevede espressamente che «i giudici ausiliari acquisiscono lo stato giuridico di magistrati onorari».

7.– Su un piano più generale, è anche opportuno ripercorrere brevemente, per l'inquadramento giuridico delle questioni sollevate dalle ordinanze di rimessione, i momenti caratterizzanti le riforme della magistratura onoraria nel nostro sistema processuale.

Le prime figure di giudici onorari, introdotte dopo l'Unità d'Italia dal regio decreto 6 dicembre 1865, n. 2626, sull'ordinamento giudiziario, furono il vicepretore onorario ed il conciliatore.

In particolare, il vicepretore onorario era un funzionario non togato escluso dalla carriera giudiziaria, in origine abilitato solo a tentare la conciliazione delle controversie, al quale successivamente è stata attribuita un'area di competenza in materia contenziosa civile e penale limitata alla cosiddetta giustizia minore. La funzione caratterizzante, già all'epoca, tale giudice onorario – reclutato fra i laureati in giurisprudenza che avevano compiuto ventuno anni, i notai ed i procuratori esercenti nominati con decreto reale – era quella di coadiuvare il pretore nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali.

Il giudice conciliatore era nominato dal Re su proposta dei consigli comunali tra cittadini che, a prescindere da qualificazioni di tipo giuridico, avevano compiuto i venticinque anni di età ed erano residenti nel Comune. L'incarico, di durata triennale, era onorario e svolto a titolo gratuito, ma utile ai fini del successivo accesso al pubblico impiego. In origine il conciliatore poteva, se non

riusciva a procurare l'amichevole composizione della lite tra le parti, decidere egli stesso la controversia, entro ambiti molto limitati di competenza che furono, tuttavia, successivamente ampliati.

Il conciliatore apportò negli anni un significativo ausilio ai giudici professionali ai quali furono così affidate un numero percentualmente limitato di controversie al punto che, sin dalla fine dell'Ottocento, e per i primi decenni del Novecento, lo stesso definiva una parte percentualmente molto elevata del contenzioso in materia civile (con punte che arrivavano ad oltre l'80 per cento).

Pertanto, al momento della redazione della Costituzione, queste due "figure" di giudici onorari (conciliatore e vicepretore onorario) erano entrambe inserite nell'ambito di uffici giudiziari monocratici, mentre i tribunali decidevano in composizione esclusivamente collegiale e vi erano addetti solo magistrati di carriera, in sostanziale continuità con l'assetto precedente.

Anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, il giudice conciliatore ha continuato a non dover possedere particolari requisiti tecnico-giuridici, e, costituito in ogni Comune, era nominato dal CSM tra i cittadini italiani residenti nel medesimo Comune idonei ad assolvere degnamente, per requisiti di indipendenza, carattere e prestigio, le funzioni di magistrato onorario. La carica durava tre anni, rinnovabili. La competenza del giudice conciliatore era limitata alla giustizia civile minore e ricomprendeva alcune materie considerate bagattellari.

La figura dei conciliatori – che pure aveva avuto notevole dignità e rilievo tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, sia per la capillare distribuzione sul territorio sia per il volume di affari trattati – è andata incontro, nei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, per una pluralità di fattori, a una progressiva decadenza che ha finito con l'invertire la proporzione nella distribuzione della crescente domanda

di giustizia tra magistratura onoraria e togata nel contenzioso civile di primo grado.

La sfiducia nel conciliatore, non disgiunta dalle difficoltà dei Comuni di sostenerne i costi di funzionamento, ha indotto il legislatore – nonostante il tentativo di rivitalizzazione dell'istituto attuato dalla legge 30 luglio 1984, n. 399 (Aumento dei limiti di competenza del conciliatore e del pretore), mediante un incremento della competenza per valore e l'attribuzione allo stesso del potere di decidere secondo equità – a sopprimere la sua figura e a istituire, quale nuovo giudice onorario per le controversie di minore entità, il giudice di pace, con la legge 21 novembre 1991, n. 374 (Istituzione del giudice di pace).

8.– L'arretrato che, nel tempo, si era formato nei ruoli dei giudici professionali, anche per effetto della progressiva minore incidenza dell'attività del conciliatore e, in seguito, per la ritardata attuazione della predetta legge istitutiva dei giudici di pace, ha dato la stura a una serie di interventi più limitati volti alla riduzione delle pendenze dinanzi ai tribunali, realizzati, in particolare, dall'art. 90, comma 5, della legge 26 novembre 1990, n. 353 (Provvedimenti urgenti per il processo civile), come modificato dall'art. 9 del decreto-legge 18 ottobre 1995, n. 432 (Interventi urgenti sul processo civile e sulla disciplina transitoria della legge 26 novembre 1990, n. 353, relativa al medesimo processo), convertito, con modificazioni, nella legge 20 dicembre 1995, n. 534, e dalla legge 22 luglio 1997, n. 276 (Disposizioni per la definizione del contenzioso civile pendente: nomina di giudici onorari aggregati e istituzione delle sezioni stralcio nei tribunali ordinari), la quale ha così istituito una nuova figura di magistrato onorario, il «giudice onorario aggregato» (GOA).

In seguito, sul finire degli anni Novanta del secolo scorso, il legislatore ha modificato profondamente l'assetto degli uffici giudiziari di primo grado. Il decreto legislativo 19 febbraio 1998, n.

51 (Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado) ha abolito le preture e ne ha trasferito le competenze ai tribunali. A ciò si è accompagnata la contestuale modifica dell'art. 48 della legge sull'ordinamento giudiziario che, insieme ad alcune norme inserite nel Codice di procedura civile (articoli da 50-bis a 50-quater), ha sancito la regola generale, pur non priva delle eccezioni espressamente stabilite dalla legge, della monocraticità del giudice di tribunale di primo grado.

La stessa legge istitutiva del giudice unico di primo grado, in sostituzione del vicepretore onorario, che affiancava il pretore, ha poi introdotto, intervenendo sul regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario), il giudice onorario di tribunale (GOT) e, negli uffici requirenti, il viceprocuratore onorario (VPO).

L'art. 43-bis ordin. giud. – in seguito, abrogato in occasione del successivo intervento riformatore della magistratura onoraria del 2016 (vedi infra) – stabiliva che: «I giudici ordinari ed onorari svolgono presso il tribunale ordinario il lavoro giudiziario loro assegnato dal presidente del tribunale o, se il tribunale è costituito in sezioni, dal presidente o altro magistrato che dirige la sezione. I giudici onorari di tribunale non possono tenere udienza se non nei casi di impedimento o di mancanza dei giudici ordinari. Nell'assegnazione prevista dal primo comma, è seguito il criterio di non affidare ai giudici onorari: a) nella materia civile, la trattazione di procedimenti cautelari e possessori, fatta eccezione per le domande proposte nel corso della causa di merito o del giudizio petitorio; b) nella materia penale, le funzioni di giudice per le indagini preliminari e di giudice dell'udienza preliminare, nonché la trattazione di procedimenti diversi da quelli previsti dall'articolo 550 del codice di procedura penale».

Tale norma attribuiva quindi ai GOT il medesimo ruolo ancillare prima demandato ai vicepretori onorari, confermando ed apparentemente

ampliando – non essendo riprodotto l'inciso «di regola» che era nel (contestualmente abrogato) art. 34 ordin. giud. – il divieto di tenere udienza se non nei casi di impedimento o di mancanza dei giudici ordinari.

Il GOT, inoltre, poteva operare in materia sia civile che penale nei limiti delle competenze monocratiche. Peraltro, specie negli anni più recenti, la necessità di fare fronte ad un arretrato consistente e di definire i giudizi civili in tempi ragionevoli, anche per evitare consistenti esborsi pubblici dovuti a numerose condanne per equa riparazione da irragionevole durata dei processi, ha finito con il consentire, anche in forza delle circolari del CSM sulla formazione delle tabelle per gli uffici giudiziari, sia l'assegnazione di ruoli «autonomi» ai giudici onorari di tribunale, sia – per quel che maggiormente rileva in questa sede – la loro partecipazione in supplenza dei giudici professionali anche nei collegi (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 19 maggio 2008, n. 12644).

Occorre rimarcare, poi, sotto un distinto profilo, che l'art. 245 del d.lgs. n. 51 del 1998 aveva originariamente fissato un termine di cinque anni entro cui il GOT avrebbe dovuto essere indifferibilmente eliminato dall'ordinamento, termine ritenuto all'epoca congruo per una riforma complessiva della magistratura onoraria in conformità ai principi enunciati dall'art. 106, secondo comma, Cost., espressamente richiamati dalla predetta norma. Tuttavia, a dispetto di quanto previsto da tale precetto normativo, le varie figure di giudici onorari esistenti nel sistema processuale hanno continuato di fatto ad operare, di proroga in proroga, fino alla fissazione del termine ultimo «non oltre il 31 maggio 2016», in attesa di una riforma complessiva coerente con il già menzionato precetto costituzionale.

9.– Il legislatore, anche a seguito delle frequenti rivendicazioni sul piano retributivo e previdenziale dei magistrati onorari, ha operato una

riforma complessiva di questa magistratura, contenuta, in attuazione della delega di cui alla legge 28 aprile 2016, n. 57 (Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace), nel decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116 (Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57).

Questa riforma ha ridotto, per il primo grado di giudizio, a due le figure dei giudici onorari, ossia i giudici onorari di pace, e, per le funzioni requirenti, i viceprocuratori onorari. I giudici onorari dovranno essere reclutati dai locali consigli giudiziari in base a una selezione per titoli e la relativa graduatoria sarà sottoposta per l'approvazione al CSM, la cui delibera sarà poi seguita dalla nomina con decreto del Ministro della giustizia.

L'incarico ha una durata di quattro anni, prorogabile per una sola volta, e non è esclusivo, nel senso che è compatibile con l'esercizio di altre attività professionali, al punto che al magistrato onorario non può essere richiesto un impegno superiore a due giorni settimanali.

I nuovi «giudici onorari di pace» saranno collocati presso l'ufficio del giudice di pace e destinati al contempo a confluire, in tribunale, quali componenti dell'ufficio per il processo in affiancamento al giudice professionale, con possibile attribuzione di funzioni giudiziarie delegate sotto le direttive e il controllo dello stesso giudice professionale.

Al giudice onorario vanno attribuiti compiti preparatori e strumentali (studio, ricerca di dottrina, predisposizioni di schemi di provvedimenti, assistenza anche in camera di consiglio: art. 10, comma 10, del d.lgs. n. 116 del 2017) all'esercizio della funzione giurisdizionale, che rimane riservato al magistrato professionale. Allo stesso possono essere delegati, dal magistrato profes-

sionale con riferimento a ciascun procedimento civile, poteri giurisdizionali istruttori e decisori concernenti singoli atti (adozione di provvedimenti «che risolvono questioni semplici e ripetitive», provvedimenti anticipatori di condanna in seguito a non contestazione del credito, assunzione di testimoni, attività conciliativa delle parti, liquidazione dei compensi agli ausiliari) inerenti anche procedimenti riservati al tribunale in composizione collegiale «purché non di particolare complessità» (art. 10, comma 11), in alcuni casi (delimitati quanto alle materie «non sensibili» ed al ridotto valore della causa) può allo stesso essere delegata anche la «pronuncia di provvedimenti definitivi» (art. 10, comma 12).

Al contempo è stata ridefinita la competenza dei giudici di pace sia nel settore civile che in quello penale.

Tuttavia, il predetto d.lgs. n. 116 del 2017 è stato oggetto di varie critiche, che hanno riguardato soprattutto la situazione dei magistrati onorari già in servizio alla data di entrata in vigore della riforma. Allo scopo di superare le relative problematiche, nel corso del 2019 è stato presentato un progetto di modifica da parte del Ministro della giustizia, in corso di esame in Parlamento (d.d.l. A. S. n. 1516) nel testo unificato con altri disegni di legge (d.d.l. numeri 1438, 1555, 1582 e 1714).

Del resto, per vari aspetti, l'entrata in vigore della riforma è differita alla data del 31 ottobre 2025 (art. 32 del d.lgs. n. 116 del 2017).

10.– Nel descritto contesto normativo si collocano, dunque, i censurati articoli da 62 a 72 del d.l. n. 69 del 2013, come convertito, che hanno introdotto nell'ambito della magistratura onoraria la figura dei giudici ausiliari d'appello per fronteggiare l'arretrato delle corti d'appello in materia civile, attestato dai dati statistici prodotti dal Governo nel corso dei lavori parlamentari.

I giudici ausiliari si caratterizzano, rispetto alle altre figure di giudici onorari, già note al nostro ordinamento, per la stabile destinazione a

un ufficio, come la corte d'appello, che decide sempre in composizione collegiale e pressoché esclusivamente nel grado di impugnazione, e, di qui, sono sorti i dubbi di legittimità costituzionale espressi nelle ordinanze di rimessione.

Come già ricordato, essi non sono nominati per concorso, ma con decreto del Ministro della giustizia previa deliberazione del CSM, in base alla verifica dei requisiti prescritti dalla legge (artt. 63 e 64 del d.l. n. 69 del 2013); acquisiscono «lo stato giuridico di magistrati onorari» (art. 72, comma 1); sono stabilmente incardinati, per la durata di anni cinque prorogabile di altri cinque (art. 67, commi 1 e 2), nell'organo collegiale, esercitando le relative funzioni giurisdizionali, e sono chiamati a definire nel collegio in cui sono relatori, almeno novanta procedimenti per anno (art. 68, comma 1), senza che vi sia alcun limite – di materia o valore – nell'assegnazione dei procedimenti civili (art. 62, comma 1), con la eccezione dei soli «procedimenti trattati dalla Corte d'appello in unico grado» (art. 62, comma 2). Essi compongono i collegi, secondo la pianta organica definita presso ciascuna corte d'appello tenendo conto delle pendenze e delle scoperture di organico (art. 65, comma 1), in funzione della esigenza di agevolare la definizione dei procedimenti civili, compresi quelli in materia di lavoro e previdenza, secondo le priorità individuate annualmente dai presidenti delle corti di appello con i programmi previsti dal citato art. 37, comma 1, del d.l. n. 98 del 2011, come convertito.

L'impiego nelle corti d'appello dei giudici ausiliari è stato anche ampliato da un successivo intervento normativo

L'art. 256 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, in legge 17 luglio 2020, n. 77, ha aumentato l'organico degli stessi – che in precedenza, per effetto dell'art. 1, comma 701, della legge 27 dicembre

2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020) era stato ridotto a n. 350 – sino a 850 unità e, contestualmente, ne ha previsto la destinazione, da parte dei presidenti di corte, anche ai collegi in materia penale.

Sotto un distinto profilo, mette conto ricordare che la legge n. 205 del 2017 ha introdotto, con l'art. 1, commi da 961 a 981, alcune misure volte ad agevolare la definizione dei procedimenti civili in materia tributaria pendenti presso la Corte di cassazione. È stata prevista, nei commi 962 e 963, la nomina – con decreto del Ministro della giustizia, previa deliberazione del CSM, su proposta formulata dal consiglio direttivo della Corte di cassazione nella composizione integrata a norma dell'art. 16 del decreto legislativo 27 gennaio 2006, n. 25 (Istituzione del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e nuova disciplina dei consigli giudiziari, a norma dell'articolo 1, comma 1, lett. c, della legge 25 luglio 2005, n. 150) – in via straordinaria e non rinnovabile, per un triennio, di magistrati ausiliari nel numero massimo di cinquanta, per lo svolgimento di servizio onorario presso la sezione tributaria della Corte di cassazione. Tali magistrati ausiliari – che hanno ormai quasi esaurito il loro compito, così circoscritto, in vista dell'esigenza eccezionale di fronteggiare l'arretrato di tale sezione, ad un triennio – sono stati selezionati, secondo le indicate disposizioni normative, solo tra i magistrati ordinari, compresi i consiglieri di cassazione nominati per meriti insigni, a riposo da non più di cinque anni al momento di presentazione della domanda e che avessero maturato un'anzianità di servizio non inferiore a venticinque anni.

11.– Tutto ciò premesso, le questioni di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 106, primo e secondo comma, Cost., suscettibili di esame unitario, sono fondate, con assorbimento di quelle relative alla violazione dell'art. 102, primo comma, Cost.

12.– L'art. 106, primo comma, Cost. laddove stabilisce che «[l]e nomine dei magistrati hanno luogo per concorso» esprime la chiara scelta del Costituente per la regola generale secondo cui i magistrati ordinari – i quali, istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario, esercitano la «funzione giurisdizionale» (art. 102, primo comma, Cost.) – sono nominati a seguito dell'espletamento di un pubblico concorso; regola rispetto alla quale costituisce eccezione la possibilità prevista dal terzo comma della stessa disposizione, che, su designazione del CSM, siano chiamati all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori.

Tale assetto, che deriva dall'art. 106, primo e terzo comma, Cost., costituisce, come si evince anche dai lavori preparatori, il punto di arrivo di un complesso dibattito, in sede di lavori dell'Assemblea Costituente, riguardo alle modalità più idonee di assunzione dei magistrati in coerenza con le scelte fondamentali in ordine all'autonomia e all'indipendenza dell'ordine giudiziario da ogni altro potere (art. 104, primo comma, Cost.) e alla soggezione del giudice solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), nonché al divieto di istituzione di giudici straordinari o giudici speciali (art. 102, secondo comma, Cost.).

La regola generale del pubblico concorso è stata individuata come quella più idonea a concorrere ad assicurare la separazione del potere giurisdizionale dagli altri poteri dello Stato e la sua stessa indipendenza, a presidio dell'ordinamento giurisdizionale, posto dalla Costituzione, nel Titolo IV della sua Parte II, quale elemento fondante dell'ordinamento della Repubblica.

Questa Corte ha da lungo tempo chiarito che il sistema generale di reclutamento mediante pubblico concorso è strumentale all'indipendenza della magistratura, osservando che, pur se la sua

prescrizione, contenuta nell'art. 106, primo comma, Cost., costituisce essenzialmente una norma di garanzia di idoneità a esercitare le funzioni giurisdizionali, nondimeno la stessa concorre a rafforzare e a integrare l'indipendenza della magistratura (sentenza n. 1 del 1967), non diversamente dalla garanzia dell'inamovibilità (art. 107, primo comma, Cost.).

Il concorso pubblico garantisce, da un lato, la possibilità di accesso alla magistratura ordinaria a tutti i cittadini, in aderenza al disposto dell'art. 3 Cost., evitando ogni discriminazione, anche di genere (sentenza n. 33 del 1960) e, da un altro, assicura la qualificazione tecnico-professionale dei magistrati, ritenuta condizione necessaria per l'esercizio delle funzioni giudiziarie. Mira infatti a verificare un iniziale standard uniforme di sapere giuridico, destinato ad affinarsi nel tempo, quale garanzia minima, ma essenziale, dell'esercizio della giurisdizione in modo neutrale.

Questa Corte ha sottolineato in proposito che «la funzione della interpretazione ed applicazione della legge richiede il possesso della tecnica giuridica» da parte dei giudici togati (sentenza n. 76 del 1961).

13.– Il Costituente non ha, però, previsto in termini assoluti l'esclusività dell'esercizio della giurisdizione in capo alla magistratura nominata a seguito di pubblico concorso.

Da una parte, ha contemplato la possibilità, con riserva assoluta di legge, di forme di partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia (art. 102, terzo comma, Cost.); possibilità che ha trovato attuazione, nel processo penale, con la previsione dei giudici popolari nelle corti di assise. Altresì possono istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura (art. 102, secondo comma, Cost.), purché sia garantita l'indipendenza dell'organo (sentenza n. 108 del 1962).

Dall'altra, il Costituente si è dovuto confrontare con una situazione di fatto che, all'epoca e da lungo tempo, vedeva l'esercizio della giurisdizione anche da parte di una magistratura non già ordinaria, intesa come professionale nominata a seguito di concorso pubblico, ma onoraria, nominata diversamente, come si è sopra descritto.

Il sistema dell'epoca era delineato dall'art. 4 ordin. giud. che, nella sua formulazione originaria, differenziava la magistratura onoraria da quella professionale, perché considerava come "appartenenti" all'ordine giudiziario, quali magistrati onorari, i giudici conciliatori, i vice conciliatori ed i vicepretori onorari (secondo comma), mentre "costituivano" l'ordine giudiziario gli uditori, i giudici di ogni grado delle preture, dei tribunali e delle corti, e i magistrati del pubblico ministero (primo comma).

La scelta del Costituente fu essenzialmente conservativa. Si ritenne che una magistratura onoraria – che già esisteva da lungo tempo e che, nella cosiddetta giustizia minore, aveva dato un apporto normalmente valutato in termini positivi – potesse essere compatibile con la regola generale della giurisdizione esercitata da una magistratura professionale alla quale si accede mediante pubblico concorso.

Tale ritenuta compatibilità si tradusse nella formulazione del secondo comma dell'art. 106 Cost.: «La legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli».

E tali erano – come si è già sopra ricordato – i magistrati onorari all'epoca della Costituente: il giudice conciliatore, comprensivo del vice-conciliatore, e il vicepretore onorario (art. 4, secondo comma, ordin. giud. nella formulazione originaria).

Entrambi esercitavano funzioni solo monocratiche e quindi ben potevano qualificarsi come «giudici singoli». Il Codice di procedura civile, da poco entrato in vigore, distingueva appunto, quanto al

potere di direzione dell'udienza, tra giudice singolo e giudice collegiale (art. 127 cod. proc. civ.). Anche nella legge sull'ordinamento giudiziario, a quel tempo, si distingueva tra il ruolo dei pretori, ossia di giudici monocratici di primo grado, e quello della magistratura collegiale; distinzione netta tanto che il passaggio da un ruolo (di giudice singolo) all'altro (di giudice collegiale) avveniva per concorso (art. 143 ordin. giud.).

All'identificabilità del "giudice singolo" in un magistrato monocratico di primo grado conduceva anche la considerazione che i magistrati onorari dell'epoca (e tali sono stati in seguito per lungo tempo fino agli anni Novanta del secolo scorso) fossero il conciliatore e il vicepretore onorario, tipici giudici (esclusivamente) monocratici di primo grado, addetti alla giustizia minore.

Come anche netta era la distinzione tra magistratura professionale e magistratura onoraria, che poi è stata costante nella giurisprudenza della Corte.

Anche recentemente (sentenza n. 267 del 2020), con riferimento al giudice di pace, la Corte ha affermato: «La differente modalità di nomina, radicata nella previsione dell'art. 106, secondo comma, Cost., il carattere non esclusivo dell'attività giurisdizionale svolta e il livello di complessità degli affari trattati rendono conto dell'eterogeneità dello status del giudice di pace, dando fondamento alla qualifica "onoraria" del suo rapporto di servizio, affermata dal legislatore fin dall'istituzione della figura e ribadita in occasione della riforma del 2017». Altresì in precedenza la Corte (ordinanza n. 174 del 2012) ha sottolineato l'impossibilità di assimilare le posizioni dei giudici onorari e dei magistrati che svolgono professionalmente e in via esclusiva funzioni giudiziarie, e l'impossibilità di comparare tali posizioni ai fini della valutazione del rispetto del principio di uguaglianza, a causa dello svolgimento a diverso titolo delle funzioni giurisdizionali, connotate dall'esclusività solo nel caso dei magistrati ordi-

nari di ruolo che svolgono professionalmente le loro funzioni (sentenza n. 60 del 2006, ordinanze n. 479 del 2000 e n. 272 del 1999).

14. Il secondo comma dell'art. 106 Cost., però, fa riferimento a «tutte» le funzioni attribuite a giudici singoli; espressione questa che concorre a definire la figura del magistrato onorario a fronte del magistrato togato professionale.

Per un verso, la norma esprimeva la volontà del Costituente di limitare le funzioni dei magistrati onorari alla giustizia minore, tale essendo considerata quella amministrata dai «giudici singoli» dell'epoca, escludendoli volutamente dai collegi.

Per altro verso, vi era anche che il giudice onorario dell'epoca (segnatamente, il vicepretore) poteva far qualcosa di più delle funzioni di «giudice singolo». Poteva talvolta svolgere funzioni giurisdizionali in un collegio, ossia funzioni attribuite non a un «giudice singolo», ma a un giudice collegiale (di norma) di primo grado, qual era il tribunale. Infatti, l'art. 105 ordin. giud. sulla supplenza nelle sezioni del tribunale prevedeva che, se in una sezione mancava o era impedito il presidente o alcuno dei giudici necessari per costituire il collegio giudicante, il presidente del tribunale, quando non poteva provvedere con magistrati di altre sezioni, delegava, nell'ordine, un pretore, un aggiunto giudiziario o un vicepretore. Sicché era possibile che un giudice onorario, qual era il vicepretore, svolgesse funzioni di componente di un collegio in via eccezionale e di supplenza quando non era in concreto possibile il ricorso ad alcun magistrato ordinario togato. In ogni caso si trattava di supplenza nell'attività collegiale di un giudice di primo grado, qual era il tribunale, e giammai di una corte (d'appello o di cassazione).

Si è posto allora il problema se l'esercizio – da parte di un magistrato onorario, seppur in via eccezionale e transitoria – di attività giurisdizionale collegiale fosse compatibile, o no, con la prescrizione dell'art. 106, secondo comma, Cost., che – come già detto – limita il riconoscimento della

magistratura onoraria all'esercizio di funzioni di «giudice singolo», essendo dubbio che, se un «giudice singolo» ordinario togato poteva esercitare, temporaneamente ed eccezionalmente, le funzioni di componente di un collegio giudicante, ciò potesse fare anche un magistrato onorario.

Questa Corte è stata investita della questione di legittimità costituzionale solo alcuni anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione e solo quando si è ritenuto esaurito il periodo transitorio entro cui doveva essere revisionata, anche parzialmente, la legge sull'ordinamento giudiziario per renderla conforme alla Costituzione (sentenza n. 156 del 1963).

Le pronunce di questa Corte da cui emerge la delimitazione della figura del magistrato onorario, rientrando nel paradigma del secondo comma dell'art. 106 Cost., sono essenzialmente le sentenze n. 99 del 1964 e n. 103 del 1998.

15.– Dapprima la questione di legittimità costituzionale dell'art. 105 ordin. giud. – nella sua formulazione originaria tenuta in vita dell'art. 42 della legge 24 marzo 1958, n. 195 (Norme sulla Costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura), che ha previsto in generale la sopravvivenza delle norme dell'ordinamento del 1941 non incompatibili con la nuova legge – è stata sollevata in riferimento proprio all'art. 106, secondo comma, Cost.

Questa Corte (sentenza n. 99 del 1964) ha innanzi tutto premesso che le funzioni che possono essere esercitate da magistrati onorari sono quelle del «giudice singolo (pretore e conciliatore)», così confermando la piana lettura secondo cui il «giudice singolo» è un giudice monocratico di primo grado.

Ha poi precisato che il riferimento, contenuto nel secondo comma dell'art. 106 Cost., a «tutte le funzioni attribuite a giudici singoli» deve «intendersi come indicazione generica dell'ufficio nel quale i magistrati onorari possono essere ammessi ad esercitare funzioni giudiziarie». Quindi, se un «giudice

singolo”, qual era il pretore, poteva essere chiamato – ricorrendo le condizioni della supplenza di cui all’art. 105 ordin. giud. – a integrare la composizione di un collegio del tribunale, giudice appunto collegiale, ciò poteva legittimamente fare anche un magistrato onorario, quale il vicepretore onorario, trattandosi di «funzioni temporanee ed eccezionali derivanti da un incarico di supplenza», senza che per questo fosse alterato lo status di quest’ultimo che, anche nell’esercizio di queste funzioni, rimaneva un magistrato onorario. Tale particolarissimo esercizio di funzioni giurisdizionali di giudice collegiale è stato ritenuto compatibile con il parametro evocato, perché rispondente a «esigenze eccezionali dell’amministrazione della giustizia».

Il risultato complessivo di questa interpretazione – funzionale, piuttosto che rigorosamente “originalista” – è stato quello di configurare una magistratura onoraria che, seppur non confinata alle sole funzioni monocratiche di primo grado, come avrebbe indotto una lettura testuale del parametro, poteva, in via eccezionale e temporanea, svolgere anche funzioni collegiali, partecipando a collegi del tribunale.

16.– A questa giurisprudenza ha dato continuità la sentenza n. 103 del 1998, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 90, comma 5, della legge n. 353/1990, come modificato dall’art. 9 del d.l. n. 432/1995, come convertito; disposizione questa che prevedeva la possibilità, per tutti gli affari pendenti alla data del 30 aprile 1995, di disporre la supplenza dei magistrati professionali chiamati a comporre il collegio giudicante del tribunale in materia civile con vice pretori onorari, «anche in assenza delle condizioni [...] previste» dall’art. 105 ordin. giud. (ossia la disposizione in precedenza sottoposta a scrutinio della Corte con la citata sentenza n. 99 del 1964).

In questa pronuncia la Corte ha accolto un’interpretazione adeguatrice della disposizione censurata ritenendo che il suo testuale carattere derogatorio in realtà «attinge soltanto all’ordine delle precedenze» nella supplenza.

In tal modo questa Corte ha segnato una linea di confine ben precisa.

Quello che testualmente avrebbe potuto essere un allargamento della figura e del ruolo del magistrato onorario, insito nella previsione che l’assegnazione ai collegi di tribunale poteva avvenire «anche in assenza delle condizioni [...] previste» dall’art. 105 ordin. giud. – e quindi potenzialmente anche in mancanza del requisito della supplenza di un magistrato togato – è risultato precluso proprio dall’interpretazione adeguatrice della Corte che ha molto circoscritto la portata dell’innovazione. Deve trattarsi pur sempre di un’«assegnazione precaria e occasionale», riferita a «singole udienze o singoli processi», per essere compatibile con il dettato del secondo comma dell’art. 106 Cost.

Sono l’eccezionalità e la temporaneità dell’incarico di supplenza, al quale è chiamato il magistrato onorario, a scongiurare «il rischio dell’emergere di una nuova categoria di magistrati». Infatti – è detto con molta chiarezza – «la supplenza, retamente intesa, non trasforma i magistrati onorari addetti a un ufficio monocratico, impiegati eccezionalmente, in magistrati appartenenti a un organo collegiale».

17.– Si è meglio delineata così la figura di magistrato onorario già prevista dalla Costituzione (art. 106, secondo comma), compatibile con la regola generale che vuole che le nomine dei magistrati abbiano luogo per concorso (art. 106, primo comma): è quella di un giudice singolo, perché monocratico di primo grado, che solo in via eccezionale e transitoria, può comporre i collegi di tribunale.

Le disposizioni, portate all’esame di questa Corte nelle due citate pronunce – sia l’art. 105 ordin. giud., sia l’art. 90, comma 5, della legge n. 353/1990 – hanno infatti previsto come eccezionale e temporanea l’assegnazione di un giudice onorario a svolgere funzioni collegiali e solo in collegi di tribunale.

18. Dopo l’istituzione del giudice di pace, quale magistrato onorario esclusivamente monocratico

tico di primo grado, in sostituzione del giudice conciliatore (su cui vedi la sentenza n. 150 del 1993), la disciplina della supplenza in collegi di tribunale anche ad opera di un giudice onorario è stata riformulata nell'art. 43-*bis* ord. giud., introdotto dall'art. 10 del d.lgs. n. 51/1998, che ha previsto che i giudici onorari svolgono presso il tribunale ordinario il lavoro giudiziario loro assegnato dal presidente del tribunale o, se il tribunale è costituito in sezioni, dal presidente o da altro magistrato che dirige la sezione.

Essi possono tenere udienza solo nei casi di impedimento o di mancanza dei giudici ordinari.

Tale disposizione è stata abrogata dall'art. 33, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 116/2017, in occasione dell'avvio della riforma della magistratura onoraria. Però una disciplina analoga è stata posta dall'art. 12 dello stesso decreto legislativo, secondo cui i giudici onorari di pace, che sono inseriti nell'ufficio per il processo, possono essere destinati a comporre i collegi civili e penali del tribunale, quando sussistono le condizioni di cui al precedente art. 11 e quando, per situazioni straordinarie e contingenti, non si possono adottare misure organizzative diverse. Ossia occorre che il tribunale (o una sua sezione) presenti vacanze di posti in organico, assenze non temporanee di magistrati o esoneri parziali o totali dal servizio giudiziario, tali da ridurre di oltre il trenta per cento l'attività dei giudici professionali assegnati al tribunale o alla sezione. Oppure è necessario, a giustificare tale impiego dei giudici onorari, che il numero dei procedimenti civili e penali pendenti superi determinate soglie, puntualmente calcolate secondo i criteri del citato art. 11.

Inoltre, ai giudici onorari di pace, destinati a comporre i collegi, possono essere assegnati esclusivamente procedimenti pendenti a tale scadenza e del collegio non può far parte più di un giudice onorario di pace.

Vi sono poi delle esclusioni: in ogni caso, il giudice onorario di pace non può essere destinato,

per il settore civile, a comporre i collegi giudicanti dei procedimenti in materia fallimentare e i collegi delle sezioni specializzate e, quanto alla competenza nella materia penale, non può comporre i collegi del tribunale del riesame ovvero qualora si proceda per i reati indicati nell'art. 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale.

19. In definitiva, la lettura che, del secondo comma dell'art. 106 Cost., ha dato questa Corte nelle richiamate pronunce, corroborata nel tempo dalla stessa normativa ordinaria appena indicata, sulla possibilità solo eccezionale di assegnazione di magistrati onorari a un collegio di tribunale, ha tracciato un perimetro invalicabile della magistratura onoraria, identificata nella figura di un giudice monocratico di primo grado, il quale, unicamente a determinate condizioni e in via di supplenza, può anche partecipare allo svolgimento di funzioni collegiali di tribunale.

L'esistenza di questo limite ha trovato conferma anche nella circostanza che, quando si è pensato di ampliare il ruolo della magistratura onoraria, vi è stata un'iniziativa parlamentare di legge costituzionale – il disegno di legge costituzionale n. 4275, presentato alla Camera dei deputati il 7 aprile 2011, avente ad oggetto la riforma del Titolo IV della Parte II della Costituzione – che prevedeva appunto l'eliminazione dal testo dell'art. 106, secondo comma, Cost. proprio dell'inciso «per tutte le funzioni attribuite ai giudici singoli», lasciando così la sola previsione della possibilità per la legge sull'ordinamento giudiziario di ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari, sì da consentirla anche per funzioni collegiali.

L'iniziativa non ha sortito effetto.

Non di meno, due anni dopo, il legislatore ordinario (d.l. n. 69/2013) – seppur per una ragione apprezzabile, ossia «[a]l fine di agevolare la definizione dei procedimenti civili, compresi quelli in materia di lavoro e previdenza» – ha introdotto, a Costituzione invariata (quanto all'art. 106, secondo comma), la nuova e inedita figura di magistrato

onorario, oggetto delle disposizioni censurate – il giudice ausiliario d'appello – con l'assegnazione di funzioni attribuite a giudici – non già «singoli», come ancora richiedeva, e tuttora richiede, l'art. 106, secondo comma, Cost. – ma tipicamente collegiali e di secondo grado, quali erano, e sono, quelle esercitate dalle corti d'appello.

La previsione ad opera delle disposizioni censurate dello svolgimento di funzioni (nient'affatto di giudici singoli, ma) di giudici collegiali presso le corti d'appello, dove i giudici ausiliari sono strutturalmente inseriti, come già sopra descritto, risulta essere – per quanto finora esposto – del tutto fuori sistema e si pone in radicale contrasto con tale parametro, congiuntamente all'art. 106, primo comma, Cost.

I giudici ausiliari d'appello non sono riconducibili a figure di «giudici singoli», perché chiamati a esercitare la giurisdizione in composizione stabilmente collegiale, qual è la corte d'appello, e in giudizi di regola di secondo grado.

Tale vizio di illegittimità costituzionale non è eliso dalle prescrizioni dettate dalle disposizioni censurate, quanto alla disciplina dell'incompatibilità, nonché dell'astensione e della ricsuzione (artt. 69 e 70 del d.l. n. 69/2013), per assicurare, comunque, l'indipendenza e la terzietà del giudice, le quali operano sul diverso piano della concreta realizzazione della tutela giurisdizionale.

Né rileva che la recente riforma della magistratura onoraria, avviata con il d.lgs. n. 116/2017, nel disegnare la figura di giudice onorario di pace riconducibile a quella di un giudice singolo, in quanto monocratico, che solo in via eccezionale e transitoria, può comporre i collegi del tribunale, non ripropone più, né affatto considera, quella del giudice ausiliario d'appello.

20.– Conclusivamente, sussiste pertanto la denunciata illegittimità costituzionale degli articoli da 62 a 72 del d.l. n. 69/2013, come convertito.

21.– Si pone, infine, l'esigenza di tener conto dell'innegabile impatto complessivo che la deci-

sione di illegittimità costituzionale è destinata ad avere sull'ordinamento giurisdizionale e sul funzionamento della giustizia nelle corti d'appello.

L'apporto dei giudici ausiliari finora è stato significativo e apprezzato nelle relazioni dei Presidenti delle corti d'appello sullo stato della giustizia nei singoli distretti. Il loro contributo allo smaltimento o al contenimento dell'arretrato del contenzioso civile è stato assicurato anche dall'espressa previsione dell'art. 68, comma 2, del d.l. n. 69/2013, che richiede che ogni giudice ausiliario debba definire, nel collegio in cui è relatore, almeno novanta procedimenti per anno, peraltro computando nella misura di un ottavo di provvedimento i decreti in materia di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo.

È di tutta evidenza che il venir meno di tale apporto recherebbe, nell'immediato, un grave pregiudizio all'amministrazione della giustizia, tanto più nella situazione attuale, che vede come urgente l'esigenza di riduzione dei tempi della giustizia, e quindi anche di quella civile, dove hanno operato e operano i giudici ausiliari presso le corti d'appello.

22.– In generale, a fronte della violazione dei parametri evocati nel sindacato di legittimità costituzionale – quale, nella fattispecie, il contrasto di questa nuova figura di magistrato onorario con l'art. 106, primo e secondo comma, Cost. – è possibile che sussistano altri valori costituzionali di pari – e finanche superiore – livello, i quali risulterebbero in sofferenza ove gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale risalissero (retroattivamente, come di regola) fin dalla data di efficacia della norma oggetto della pronuncia.

Il bilanciamento di questi valori è stato operato dalla Corte in varie pronunce, anche eccezionalmente modulando nel tempo gli effetti della decisione; possibilità questa non preclusa dall'eventualità che, in un giudizio incidentale, una dichiarazione di illegittimità costituzionale, la quale di ciò tenga conto, risulti non essere utile, in

concreto, alle parti nel processo principale, atteso che la rilevanza della questione va valutata, al fine della sua ammissibilità, al momento dell'ordinanza di rimessione.

Ciò la Corte ha fatto proprio con riferimento all'amministrazione della giustizia nel caso della nomina dei giudici militari (sentenza n. 266 del 1988) e della pubblicità delle udienze nel processo tributario (sentenza n. 50 del 1989).

La pronuncia che maggiormente ha segnato tale percorso giurisprudenziale è la sentenza n. 10 del 2015 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione che prevedeva un'imposizione tributaria (un'addizionale IRES sugli extra-profitti delle imprese energetiche e petrolifere) a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica. Ha affermato la Corte che «l'applicazione retroattiva della presente declaratoria di illegittimità costituzionale determinerebbe anzitutto una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost.» e cagionerebbe «un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.».

In seguito, la Corte (sentenza n. 246 del 2019) ha dato continuità a tali principi ribadendo che può «eccezionalmente presentarsi l'esigenza di bilanciamento con altri valori e principi costituzionali, i quali in ipotesi risulterebbero gravemente in sofferenza ove tali effetti risalissero, come di regola, retroattivamente fino alla data di efficacia della norma censurata» (da ultimo, sentenza n. 152 del 2020).

In epoca più risalente questa Corte (sentenza n. 13/2004) – nel dichiarare l'illegittimità costituzionale sopravvenuta di una disposizione di una legge statale, a seguito del mutamento delle competenze dopo la revisione del Titolo V della Seconda Parte della Costituzione, relativamente alle attribuzioni di una figura di dirigente scolastico regionale – ha finanche ritenuto che la norma censurata «deve [...] continuare ad operare», essen-

do destinata a venir meno solo quando le regioni, nel proprio ambito territoriale e nel rispetto della continuità del servizio di istruzione, avessero attribuito, con legge regionale, a propri organi la definizione delle dotazioni organiche del personale docente delle istituzioni scolastiche.

23.– Anche nel contesto ora in esame è rilevante la circostanza, del tutto peculiare in questa fattispecie, che l'interazione dei valori in gioco evidenzia, nell'immediato, il già richiamato pregiudizio all'amministrazione della giustizia e quindi alla tutela giurisdizionale, presidio di garanzia di ogni diritto fondamentale, essendo alla Corte ben presente l'esigenza di «evitare carenze nell'organizzazione giudiziaria» (sentenza n. 156 del 1963).

Occorre allora – come soluzione, nella specie, costituzionalmente adeguata alla protezione di tali valori – che la declaratoria di illegittimità delle disposizioni censurate lasci al legislatore un sufficiente lasso di tempo che assicuri la «necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale», segnatamente dell'art. 106, secondo comma, Cost., come e ancor più che nella ricordata pronuncia relativa alla magistratura militare (sentenza n. 266 del 1988). A tal fine la *reductio ad legitimitatem* può invece farsi, con la sperimentata tecnica della pronuncia additiva, inserendo nella normativa censurata un termine finale entro (e non oltre) il quale il legislatore è chiamato a intervenire.

A tal fine rileva – come dato normativo già presente nell'ordinamento, utile ad orientare ora la decisione nella fattispecie in esame – la previsione, dettata all'epoca per le (nuove) figure di giudice onorario introdotte dal d.lgs. n. 51 del 1998, secondo cui le modifiche dell'ordinamento giudiziario, in forza delle quali tali magistrati onorari potevano essere addetti al tribunale ordinario e alla procura della Repubblica presso il tribunale ordinario, si sarebbero applicate «fino a quando non sarà attuato il complessivo riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria a nor-

ma dell'art. 106, secondo comma, della Costituzione» (art. 245 di tale decreto legislativo).

Un'analoga prescrizione limitativa – allo scopo di evitare, nell'immediato, un pregiudizio all'amministrazione della giustizia – è possibile anche nell'attuale contesto normativo, che vede una riforma in progress della magistratura onoraria (d.lgs. n. 116 del 2017), la cui completa entrata in vigore è già differita per vari aspetti al 31 ottobre 2025 (art. 32 di tale decreto legislativo) e che è attualmente oggetto di iniziative di ulteriore riforma, all'esame del Parlamento (d.d.l. n. S1516, testo unificato dei d.d.l. numeri 1438, 1555, 1582 e 1714). Sicché l'illegittimità costituzionale della normativa censurata può essere dichiarata nella parte in cui non prevede che essa si applichi fino al completamento del riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi contemplati dal citato art. 32 del d.lgs. n. 116 del 2017, così riconoscendo ad essa – per l'incidenza dei concorrenti valori di rango costituzionale – una temporanea tollerabilità costituzionale, rispetto all'evocato parametro dell'art. 106, primo e secondo comma, Cost.

In tale periodo rimane – anche con riguardo ai giudizi *a quibus* – legittima la costituzione dei collegi delle corti d'appello con la partecipazione di non più di un giudice ausiliario a collegio e nel rispetto di tutte le altre disposizioni, sopra richiamate, che garantiscono l'indipendenza e la terzietà anche di questo magistrato onorario. Può ripetersi in proposito – *mutatis mutandis* – quanto già affermato da questa Corte nella citata sentenza n. 103 del 1998 in riferimento ad altra figura di magistrato onorario del quale comunque è stata garantita «l'imparzialità della funzione giudicante attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione, rimedi bastevoli a questo proposito».

24.– Va pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71 e 72 del d.l. n. 69/2013, convertito in legge, con modificazioni, nella legge n. 98/2013, nella parte in cui non prevedono che essi si applichino fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall'art. 32 del d.lgs. n. 116/2017.

(*Omissis*)

La riforma (ancora in cantiere) della magistratura onoraria e la decisione della Consulta n. 41/2021: la partecipazione degli ausiliari ai collegi d'appello "sarà" costituzionalmente illegittima*

SOMMARIO: 1. Premesse e inquadramento normativo. – 2. Le ordinanze di rimessione della Corte di cassazione. – 3. La lettura della Corte costituzionale: le funzioni del «giudice singolo» si identificano con quelle esercitate dal giudice monocratico. – 3.1. Il carattere additivo della pronuncia in relazione agli effetti temporali: la «provvisoria costituzionalità» dell'inserimento dell'ausiliario nei collegi d'appello. – 4. L'ulteriore contesto giurisprudenziale. – 5. Qualche considerazione finale... «provvisoriamente tollerabile».

* Le opinioni dell'Autrice sono espresse in questo scritto a titolo personale senza alcun coinvolgimento dell'amministrazione di appartenenza.

Partendo dalla sentenza della Corte costituzionale n. 41/2021, che ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa che ha introdotto i giudici ausiliari in corte d'appello, l'Autore riflette sull'attuale ruolo della magistratura onoraria, in un clima di generale fermento normativo e giurisprudenziale sul tema; e anche sulla tecnica decisoria adottata dalla Corte che ha portato alla "manipolazione" degli effetti temporali della pronuncia di accoglimento della questione di legittimità costituzionale.

Taking into account the outcomes of the sentence no. 41/2021 of Italian Constitutional Court, which declared the incostitucionality of the legislation that introduced the "auxiliary judges" in the appeal courts, the Author reflects on the current role of the non professional judges, in a general context of law-making's and case-law's interest on the subject. The Author analyzes also the decision-making process adopted by the Court which led to the "manipulation" of the temporal effects of the decision upholding the question of constitutional inconsistency.

1. Premesse e inquadramento normativo.

Con la sentenza in epigrafe n. 41 del 17 marzo 2021¹, la Consulta ha dichiarato incostituzionali gli artt. da 62 a 72 del d.l. n. 69/2013², convertito, con modificazioni, in l. n. 98/2013, per aver introdotto, in contrasto con l'art. 106 Cost., la possibilità che magistrati onorari integrino in maniera stabile e duratura i collegi delle corti d'appello.

La pronuncia in nota offre degli interessanti spunti di riflessione per il processualcivile, in relazione all'attuale ruolo della magistratura onoraria, in un clima di generale fermento normativo e giurisprudenziale sul tema; ma anche per il costituzionalista, in relazione alla tecnica decisoria – parzialmente inedita – adottata dalla Corte che ha portato alla "manipolazione" degli effetti temporali della pronuncia di accoglimento della questione di legittimità costituzionale, differendoli di (almeno) quattro anni.

Gli argomenti verranno esaminati partitamente: prima ci sembra necessario fornire le coordinate generali per l'inquadramento normativo della fattispecie.

¹ Vedi già le note di: RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un omonimo "bilanciamento" tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sentenza n. 41 del 2021)*, in *Giustiziansieme.it*, 3 aprile 2021; ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio costituzionale*, 6 aprile 2021; PINARDI, *Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta*, in *www.giurcost.org*, 6 aprile 2021; FIANO, *Una nuova frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. Cost. n. 41 del 2021*, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, 9 giugno 2021; CAVALLINI, *Una battuta d'arresto (con efficacia differita) per i giudici ausiliari di Corte d'appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 909 ss.; BARTOLE, *A proposito di una troppo lunga e confusa sentenza*, in *Riv. dir. cost.*, 2021, 534 ss.; POLITI, *Una Fristsetzung Italian style?*, in *Riv. dir. cost.*, 2021, 538 ss.; CALVANO, *Giudici onorari tra art. 106 Cost., diritto UE ed eccezionalità perpetua*, in *Riv. dir. cost.*, 546 ss.; TOMASSINI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale delle norme sulla partecipazione dei giudici ausiliari alla Corti d'appello civili, ma solo da una certa data*, in *Riv. Corte dei conti*, 2021, 253 ss.; ABBAMONTE, *Sulla incompatibilità costituzionale del giudice ausiliario in Corte d'appello*, in *Studium Iuris*, 2021, 1170 ss.

² Recante «Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia».

Con l'intento – ormai connaturato ad ogni intervento normativo in materia di processo civile – di ridurre la durata dei giudizi (in particolare, di impugnazione), il d.l. n. 69/2013, convertito con l. n. 98/2013, agli artt. da 62 a 72, ha istituito l'inedita figura di «giudici ausiliari» da destinare alle corti d'appello, aventi il compito di integrare i collegi e di redigere un certo numero di decisioni per ciascun anno, ai quali è attribuito «lo stato giuridico di magistrati onorari» (art. 72, comma 1). I giudici onorari (magistrati ordinari appartenenti all'ordine giudiziario: artt. 1 e 4 ord. giud.) possono essere nominati, anche elettivamente (ma, com'è noto, a simile previsione non è stata data attuazione), «per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli», come chiarisce l'art. 106, comma secondo, Cost.³

Più nello specifico, l'art. 63 del d.l. n. 69/2013 ha previsto la nomina, con decreto del Ministro della giustizia, previa deliberazione del Consiglio superiore della magistratura (CSM), di giudici ausiliari (selezionati tra magistrati e avvocati dello Stato a riposo, professori, ricercatori universitari e avvocati) in base ad alcuni titoli, tra i quali ha assunto rilievo preferenziale, in sede di conversione, quello di avvocato, con prevalenza dei candidati più giovani, purché iscritti all'albo da almeno un quinquennio. I giudici ausiliari, distribuiti tra le diverse corti d'appello operanti sul territorio nazionale, in virtù di una pianta organica ad esaurimento determinata con decreto del Ministro della giustizia, sentito il CSM, con l'indicazione dei posti disponibili per ciascuna di esse ed entro il limite massimo di 40 per ufficio (art. 65, comma 1, del decreto), sono nominati per cinque anni, prorogabili una sola volta per il medesimo periodo (art. 67, commi 1 e 2, del decreto).

In virtù di queste disposizioni, si è creato un sistema per cui:

a) il magistrato onorario è istituzionalmente assegnato al collegio della corte d'appello (per la durata di anni cinque prorogabile di altri cinque), esercitando le relative funzioni giurisdizionali ed essendo chiamato a «definire nel collegio in cui è relatore (...) almeno novanta procedimenti per anno» (art. 68, comma 1);

b) l'assegnazione del magistrato onorario ai procedimenti civili in appello non incontra alcun limite per materia o valore, con la sola eccezione dei «procedimenti trattati dalla Corte d'appello in unico grado» (art. 62, comma 2);

c) il magistrato onorario interviene in maniera stabile e duratura a comporre i collegi, con le funzioni di relatore, secondo la pianta organica definita presso ciascuna corte d'appello.

Su questo assetto normativo è intervenuta qualche anno dopo la l. n. 57/2016⁴, con la quale è stata conferita delega per una riforma organica della magistratura cui ha fatto seguito il d.lgs. n. 116/2017⁵, c.d. Riforma Orlando. Gli artt. 1-3 della legge di delega del

³ In generale, sul sistema di giustizia previsto dal testo costituzionale, si rinvia a ANDOLINA, VIGHERÀ, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1990, spec. 22 ss. Si veda anche A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974; ID., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1982; SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti Giannini*, III, Milano, 1988, 707 ss.; VILLECCO, *Giudice (ordinamento del)*, in *Dig. it.*, 1° agg., 2000; CAPPONI, TISCINI, *Introduzione al diritto processuale civile*, 2° ed., Torino, 2018, spec. 61 ss.

⁴ Recante «Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace».

⁵ Recante «Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa

2016 hanno disegnato una figura unica di magistrato onorario (almeno in primo grado), denominato «giudice onorario di pace» (GOP), che dovrebbe essere inserito, con funzioni varie, in un unico ufficio non più autonomo, ma alle strette dipendenze del tribunale (cfr. gli artt. 3 e 8-17 del d.lgs. n. 116/2017).

In particolare, l'intervento intende(va?) unificare le attuali tipologie di magistrati onorari, prevedendo la figura del suddetto GOP e del «vice procuratore onorario», attribuendo, al primo, funzioni giurisdizionali proprie dell'ufficio giudiziario del Giudice di Pace o, alternativamente, funzioni giurisdizionali nell'ambito della struttura organizzativa denominata «ufficio per il processo». Tra le modifiche più importanti, vi è una significativa ridefinizione della competenza del giudice di pace (per tutte le materie previste dall'art. 2, comma 15, della citata legge)⁶, che dovrebbe rendere residuale il ruolo dei giudici onorari di pace nei tribunali, se non per l'inserimento nell'ufficio per il processo. Infine, i GOP dovrebbero essere destinati a compiti di «supplenza» anche nella composizione di collegi, ma solo in ipotesi di assenza temporanea del magistrato togato ed in presenza di «specifiche esigenze di servizio» (art. 13 d.lgs. n. 116/2017)⁷.

Con il d.lgs. n. 116/2017, quindi, il legislatore si è mosso in senso contrario rispetto alle modifiche del 2013: questo nuovo intervento è incentrato sull'idea che la presenza del magistrato onorario nei collegi debba avere carattere di eccezionalità e debba essere motivata da esigenze meramente episodiche e temporanee di supplenza in caso di vacanze di organico o per agevolare il complessivo carico di lavoro dell'ufficio e dei singoli giudici professionali.

Da ultimo, sembra utile segnalare che l'art. 256 del d.l. n. 34/2020⁸, convertito, con modificazioni, in l. n. 77/2020, ha aumentato l'organico dei giudici ausiliari⁹ sino a 850 unità e, contestualmente, ha previsto la possibilità per i presidenti delle corti di destinare gli ausiliari ai collegi in materia penale.

ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57.

⁶ Si tratta dei procedimenti di volontaria giurisdizione in materia di condominio negli edifici; procedimenti di volontaria giurisdizione in materia possessoria e di comunione, connotati da minore complessità quanto all'attività istruttoria e decisoria; cause in materia di diritti reali e di comunione connotate da minore complessità quanto all'attività istruttoria e decisoria; cause relative a beni mobili di valore non superiore a € 30.000; cause di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli e di natanti di valore non superiore a € 50.000; altri procedimenti di volontaria giurisdizione connotati da minore complessità quanto all'attività istruttoria e decisoria; procedimenti di espropriazione mobiliare presso il debitore e di espropriazione di cose del debitore che sono in possesso di terzi. Inoltre, il giudice di pace deciderà secondo equità le cause il cui valore non ecceda € 2.500.

⁷ Come è stato efficacemente rilevato, il nuovo modello unitario di magistratura onoraria è destinato ad incidere non poco sul tradizionale ruolo del giudice di pace, il quale sembra perdere le sue peculiarità storiche ed ordinamentali per porsi come ufficio di mera deflazione a vantaggio del tribunale ordinario: CAPPONI, *Il giudice di pace dopo la l. 28 aprile 2016, n. 57*, in *Corr. giur.*, 2017, 101 ss.

⁸ Recante «*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*».

⁹ Inizialmente fissato in 400, poi, per effetto dell'art. 1, comma 701, della l. n. 205/2017 (di bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020), era stato ridotto a 350. Come si ricorderà, peraltro, la l. n. 205/2017 ha introdotto, con l'art. 1, commi da 961 a 981, alcune misure volte ad agevolare la definizione dei procedimenti civili in materia tributaria pendenti presso la Corte di cassazione. È stata prevista, nei commi 962 e 963, la nomina – con decreto del Ministro della giustizia, previa deliberazione del CSM, su proposta formulata dal consiglio direttivo della Corte di cassazione – in via straordinaria e non rinnovabile, per un triennio, di magistrati ausiliari nel numero massimo di cinquanta, per lo svolgimento di servizio onorario presso la sezione tributaria della Corte di cassazione.

2. Le ordinanze di rimessione della Corte di cassazione.

Arriviamo, così, al doppio intervento della Corte di cassazione che, nel 2019, ha sottoposto al giudice delle leggi la questione di legittimità costituzionale in merito alla presenza dei giudici ausiliari (onorari) nei collegi delle corti d'appello.

Con le ordinanze n. 32032 e 32033 del 2019¹⁰, la Suprema Corte ha ritenuto l'intervento normativo realizzato nel 2013 contrario al parametro di cui all'art. 106, comma secondo, Cost. (anche alla luce della suddetta riforma realizzata con d.lgs. n. 116/2017), a partire dal quale si è tradizionalmente dedotto che il giudice onorario non potesse occuparsi di quel contenzioso particolarmente delicato e qualificato tradizionalmente di competenza del tribunale in composizione collegiale. Ha ricordato la Corte che, nella giurisprudenza costituzionale, la partecipazione di giudici onorari ai collegi è stata ritenuta legittima solo in via temporanea o a fronte di circostanze di carattere eccezionale. Diversamente, con il suddetto intervento, il legislatore ha concepito un sistema per cui il giudice ausiliario d'appello è di fatto incardinato *naturaliter* presso un organo collegiale, all'interno del quale esercita direttamente le relative funzioni giurisdizionali.

Assai criticabile è, secondo i supremi giudici, la circostanza che l'ausiliario sia tenuto a definire, anche in qualità di relatore, almeno novanta procedimenti per anno, senza peraltro incontrare, almeno sul piano normativo, alcun limite, di materia e di valore, nell'assegnazione dei procedimenti civili, con l'eccezione del solo contenzioso tratto dalla corte d'appello in unico grado.

La non manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale deriverebbe dalla impossibilità di giustificare – salvo ritenere pleonastico l'utilizzo da parte dell'art. 106, secondo comma, Cost. del termine «singoli» accanto a quello di «giudici» – uno stabile esercizio di funzioni collegiali, totalmente assimilabili a quelle dei consiglieri di corte d'appello, da parte dei giudici onorari. Si legge incisivamente nell'ordinanza Cass. n. 32032/2019, *sub* § 9: «Non nega il Collegio che una interpretazione per così dire ampia dell'art. 106 Cost., comma secondo, consentirebbe di riferire il limite di compatibilità costituzionale all'assegnazione di tutte quelle “funzioni” che ciascun magistrato togato può esercitare in quanto tale, in tal modo potendo riconoscersi al magistrato onorario le stesse funzioni che vengono riconosciute al singolo magistrato professionale in qualità di “componente” di un organo collegiale: ma così operando più che un superamento in via di interpretazione evolutiva si determinerebbe un aggiramento del principio affermato nelle precedenti sentenze della Corte costituzionale, secondo cui il limite di compatibilità con l'art. 106 Cost., comma secondo, è stato storicamente identificato con l'assegnazione al giudice onorario

¹⁰ VALERINI, *La norma sui giudici ausiliari della Corte d'Appello rimessa alla Consulta: tutti i processi a rischio nullità?*, in *Diritto e Giustizia*, 10 dicembre 2019; FARINA, *Sulla (dubbia costituzionalità della) composizione del collegio di appello cui ha partecipato un giudice ausiliario*, in *Giustiziavivile.com*, 2019, n. 20; CARPI, *Sull'incostituzionalità del giudice onorario ausiliario in Corte d'Appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1379 ss.

delle competenze giurisdizionali proprie dell'ufficio giudiziario che poteva essere assegnato ad un singolo Giudice». Sottolinea la Cassazione, inoltre, che la funzione di *revisio prioris instantiae* riservata al giudice d'appello, quale momento di controllo di merito di una precedente decisione giurisdizionale, in quanto funzione attribuita originariamente ad un organo collegiale, impedirebbe tanto di comporre il collegio unicamente con magistrati onorari, quanto un impiego generalizzato e stabile del singolo magistrato quale membro del collegio.

Le due pronunce interlocutorie ricostruiscono, poi, la giurisprudenza di legittimità che si è occupata del tema sotto il profilo del vizio di nullità della sentenza «per la illegittima composizione del collegio giudicante» in violazione degli artt. 158 e 161 c.p.c., riconoscendo la legittimità dei provvedimenti adottati dal magistrato onorario “supplente” destinato ad integrare il collegio giudicante¹¹, ma – al contempo – ribadendo il citato limite delle funzioni esercitabili dal giudice monocratico. In buona sostanza, la nullità della sentenza per vizio relativo alla costituzione del giudice, nelle ipotesi riconducibili alla “supplenza”, non può dirsi ravvisabile, a meno che gli atti processuali siano posti in essere da soggetto del tutto estraneo all'ufficio, ossia in alcun modo investito della funzione esercitata.

Giova infine segnalare che, entrambe le ordinanze, ritengono la questione manifestamente infondata in relazione agli artt. 3, 24, 25 e 111, secondo comma, Cost., poiché tali doglianze sottointendevano, in buona sostanza, una “qualità inferiore” del servizio giurisdizionale reso nel caso di collegio composto con un membro onorario. Non si tratta, infatti, di assicurare un collegio “di qualità”, quanto di verificare che la composizione dell'organo giudicante sia conforme alla Costituzione.

3. La lettura della Corte costituzionale: le funzioni del «giudice singolo» si identificano con quelle esercitate dal giudice monocratico.

Richiamando, in parte, gli argomenti esposti dalla Cassazione nelle sopra citate ordinanze, la Corte costituzionale ha dichiarato la questione fondata per contrasto con l'art. 106, comma secondo, Cost. e ha affermato che solo eccezionalmente e temporaneamente i giudici onorari possono svolgere funzioni collegiali presso i tribunali, ma non anche presso le Corti (d'appello e di cassazione).

Tale risultato ermeneutico è l'approdo di un lungo percorso motivazionale con il quale la Corte ha fornito un inquadramento costituzionale della magistratura professionale, di quella non togata ma, più in generale, della funzione giurisdizionale contemplata dall'art.

¹¹ Cfr. Cass., sez. lav., 14 dicembre 1996, n. 11178; Cass., sez. lav., 7 novembre 2008, n. 26812; Cass., Sez. I, 9 novembre 2016, n. 22845. Conforme Cass., sez. II, ord., 24 gennaio 2019, n. 2047.

102 Cost. Più nel dettaglio, la Corte ha anzitutto ricordato che le prime figure di giudici onorari, introdotte dal R.d. 6 dicembre 1865, n. 2626, furono il vicepretore onorario ed il conciliatore¹². Al momento della redazione della Costituzione, queste due figure erano inserite nell'ambito di uffici giudiziari monocratici, mentre i tribunali decidevano esclusivamente in composizione collegiale ed il collegio era formato da magistrati professionali.

Per vari motivi, sia strutturali che legati ad una certa sfiducia nei confronti del conciliatore, il legislatore ordinario ha iniziato un lungo percorso di riforma dell'ufficio giudiziario: ha dapprima istituito con l. 21 novembre 1991, n. 374 il giudice onorario per le controversie di minore entità, il c.d. «giudice di pace». A tale introduzione hanno fatto seguito altri interventi caratterizzati già «dall'urgenza» (poi diventata la cifra degli interventi normativi in materia di processo civile), volti alla riduzione dell'arretrato dinanzi ai tribunali: si tratta della l. 26 novembre 1990, n. 353 e dalla l. 22 luglio 1997, n. 276, la quale ha istituito il «giudice onorario aggregato» (GOA).

Sul finire degli anni Novanta, poi, il d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 ha completato la riorganizzazione dell'ufficio giudiziario, abolendo le preture e trasferendone le competenze ai tribunali, dotando gli uffici di due nuove figure di magistrati onorari, il «giudice onorario di tribunale (GOT)» e, negli uffici requirenti, il «viceprocuratore onorario» (VPO). Il GOT e il VPO – introdotti per esigenze contingenti – di fatto continuano ancora ad operare, con l'importante differenza che i giudici ausiliari sono destinati ad integrare sempre un organo collegiale che, peraltro, decide in grado di impugnazione.

Dall'*excursus* normativo la Corte è poi passata al profilo più specifico dell'interpretazione dell'art. 106 Cost., richiamando i lavori preparatori che hanno preceduto l'introduzione del precetto costituzionale. La disposizione, dice la Corte, è il punto di arrivo di un complesso dibattito, svoltosi in seno all'Assemblea Costituente, riguardo alle modalità più idonee di assunzione dei magistrati in coerenza con le scelte fondamentali in ordine all'autonomia e all'indipendenza dell'ordine giudiziario da ogni altro potere (art. 104, primo comma, Cost.) e alla soggezione del giudice solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), nonché al divieto di istituzione di giudici straordinari o giudici speciali (art. 102, secondo comma, Cost.). In questo contesto, la regola generale del pubblico concorso è stata individuata come quella più idonea a concorrere ad assicurare la separazione del potere giurisdizionale dagli altri poteri dello Stato e, per questo, strumentale all'indipendenza della magistratura.

¹² In particolare, il vicepretore onorario era un funzionario non togato escluso dalla carriera giudiziaria, in origine abilitato solo a tentare la conciliazione delle controversie, al quale successivamente è stata attribuita un'area di competenza in materia contenziosa civile e penale limitata alla cosiddetta «giustizia minore». La funzione caratterizzante, già all'epoca, tale giudice onorario – reclutato fra i laureati in giurisprudenza che avevano compiuto ventuno anni, i notai ed i procuratori esercenti nominati con decreto reale – era quella di coadiuvare il pretore nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali. Il giudice conciliatore era nominato dal Re su proposta dei consigli comunali tra cittadini che, a prescindere da qualificazioni di tipo giuridico, avevano compiuto i venticinque anni di età ed erano residenti nel Comune. L'incarico, di durata triennale, era onorario e svolto a titolo gratuito, ma utile ai fini del successivo accesso al pubblico impiego.

Il Costituente non ha, però, affidato in modo esclusivo l'esercizio della giurisdizione alla magistratura nominata a seguito di pubblico concorso e la successiva evoluzione nel senso della c.d. "degiurisdizionalizzazione" del nostro sistema rende ancor più attuale un'impostazione già presente *in nuce* nella Carta fondamentale e, cioè, quella per cui il potere di *ius dicere* può essere esercitato, entro determinati limiti, anche da soggetti diversi dai magistrati vincitori di concorso.

Il punto centrale è, evidentemente, stabilire quali sono i limiti delle funzioni attribuibili al magistrato onorario.

Come anticipato, il secondo comma dell'art. 106 Cost. fa testualmente riferimento a «tutte» le funzioni attribuite a giudici singoli ed il punto centrale è proprio come interpretare tale periodo e, cioè, se il magistrato onorario possa solo svolgere compiti assegnati al tribunale in composizione monocratica (come sostenuto anche dalla Cassazione) o, diversamente, se possa svolgere le stesse attività di un "giudice singolo" ordinario togato che viene chiamato anche a comporre un collegio giudicante.

La questione non è del tutto nuova: la Corte se ne era già occupata con la sentenza n. 99/1964¹³, con la quale era stato chiarito che: a) le funzioni che possono essere esercitate da magistrati onorari sono quelle del «giudice singolo», inteso come giudice monocratico di primo grado; b) «tutte le funzioni attribuite a giudici singoli» deve «intendersi come indicazione generica dell'ufficio nel quale i magistrati onorari possono essere ammessi ad esercitare funzioni giudiziarie». Quindi, se un "giudice singolo", qual era il pretore, poteva essere chiamato – ricorrendo le condizioni della supplenza di cui all'art. 105 ord. giud. – a integrare la composizione di un collegio del tribunale, ciò poteva legittimamente fare anche un magistrato onorario, quale il vicepretore onorario, trattandosi di «funzioni temporanee ed eccezionali derivanti da un incarico di supplenza», senza che per questo fosse alterato lo *status* di quest'ultimo che, anche nell'esercizio di queste attività, rimaneva un magistrato onorario.

A questa giurisprudenza ha dato continuità la sentenza n. 103/1998¹⁴, con la quale la Corte ha ribadito che la differenza tra «nomina» ed «assegnazione precaria» rendeva compatibile l'istituto della "supplenza" – ricondotta alla seconda ipotesi – con l'art. 106 Cost., evidenziando come il limite di tenuta della norma dovesse dirsi superato laddove si fosse invece operata la trasformazione dell'incarico in un sostanziale incardinamento nell'ufficio e il magistrato addetto ad un ufficio monocratico fosse stato trasformato in magistrato appartenente ad un organo collegiale.

¹³ La sentenza Corte cost. 7 dicembre 1964 n. 99 e la successiva ordinanza dichiarativa di manifesta infondatezza Corte cost. 23 aprile 1965 n. 36.

¹⁴ Corte cost. 6 aprile 1998 n. 103 (e la successiva ordinanza Corte cost. 12 dicembre 1998 n. 400), che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 90, comma 5, della l. n. 353/1990, come modificato dall'art. 9 del d.l. n. 432/1995; disposizione questa che prevedeva la possibilità, per tutti gli affari pendenti alla data del 30 aprile 1995, di disporre la supplenza dei magistrati professionali chiamati a comporre il collegio giudicante del tribunale in materia civile con viceprocuratori onorari.

A conclusione dell'impianto motivazionale tracciato, in piena coerenza con i propri precedenti, la Consulta può così affermare: l'interpretazione che «del secondo comma dell'art. 106 Cost., ha dato questa Corte nelle richiamate pronunce, corroborata nel tempo dalla stessa normativa ordinaria appena indicata, sulla possibilità solo eccezionale di assegnazione di magistrati onorari a un collegio di tribunale, ha tracciato un perimetro invalicabile della magistratura onoraria, identificata nella figura di un giudice monocratico di primo grado, il quale, unicamente a determinate condizioni e in via di supplenza, può anche partecipare allo svolgimento di funzioni collegiali di tribunale» e che, pertanto, i giudici ausiliari «non sono riconducibili a figure di “giudici singoli”, perché chiamati a esercitare la giurisdizione in composizione stabilmente collegiale, qual è la corte d'appello, e in giudizi di regola di secondo grado».

3.1. Il carattere additivo della pronuncia in relazione agli effetti temporali: la “provvisoria costituzionalità” dell’inserimento dell’ausiliario nei collegi d’appello.

La lettura dell'art. 106 Cost., che riteniamo condivisibile, si sgretola però sotto il peso della “manipolazione” operata dal giudice delle leggi con la tecnica delle decisioni additive dell'efficacia della norma, non nel suo ambito oggettivo, ma in quello temporale.

Nel caso in esame, infatti, la dichiarazione di incostituzionalità non ha gli effetti *ex art.* 136 Cost., il quale prevede che quando è dichiarata l'illegittimità costituzionale di una norma, questa cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Diversamente, sulla scia di diversi precedenti¹⁵, la Consulta ribadisce la possibilità di modulare nel tempo l'efficacia delle decisioni di accoglimento, ove ciò sia funzionale al bilanciamento con altri valori costituzionali. Tuttavia, se nella maggior parte delle precedenti decisioni tale esigenza – assecondabile solo a fronte della necessità di tutelare uno

¹⁵ Tra i più recenti, sicuramente merita attenzione Corte cost. 11 febbraio 2015, n. 10 (con note di AULETTA, *La Robin tax, la Corte costituzionale e il processo civile: omnis actor post iudicium tristis*, in *Judicium.it*, 21 marzo 2015; PADULA, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, in *www.federalismi.it*, 14 ottobre 2015; ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Forum Quaderni Costituzionali*; D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum Quaderni Costituzionali*; PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum Quaderni Costituzionali*; ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum Quaderni Costituzionali*; RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, in *Forum Quaderni Costituzionali*), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione che prevedeva un'imposizione tributaria a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza in *Gazzetta Ufficiale*, così eliminando l'efficacia retroattiva tipica delle sentenze di accoglimento. Secondo la Corte, «così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell'intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo». Gli studiosi del diritto costituzionale ricordano, però, che le discussioni circa la disponibilità degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento della questione di legittimità costituzionale erano già fitte sul finire degli anni Ottanta, a seguito di due pronunce della Corte, la n. 266 del 9 marzo 1988 e la n. 50 del 16 febbraio 1989, che hanno previsto la salvezza dei rapporti disciplinati dalle norme dichiarate incostituzionali prima della pronuncia della Corte.

o più principi costituzionali che potrebbero risultare irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento – aveva portato a limitare gli effettivi retroattivi tipici delle pronunce di accoglimento, in questa ipotesi quegli effetti vengono “posticipati” (non al momento pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale, ma) ad un momento futuro, che allo stato risulta finanche incerto nell'*an*¹⁶.

Più in particolare, la Corte rileva che, nel caso sottoposto alla sua attenzione «l'interazione dei valori in gioco evidenzia, nell'immediato, il (...) pregiudizio all'amministrazione della giustizia e quindi alla tutela giurisdizionale, presidio di garanzia di ogni diritto fondamentale, essendo alla Corte ben presente l'esigenza di “evitare carenze nell'organizzazione giudiziaria”». Pertanto, ritiene che la soluzione migliore consista nel lasciare al legislatore un sufficiente lasso di tempo che assicuri la «necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale» (*i.e.*, dell'art. 106, secondo comma, Cost.), mediante «la tecnica della pronuncia additiva, inserendo nella normativa censurata un termine finale entro (e non oltre) il quale il legislatore è chiamato a intervenire». Questo termine finale è, poi, individuato nel momento in cui verrà ultimata la «riforma *in progress* della magistratura onoraria (d.lgs. n. 116/2017), la cui completa entrata in vigore è già differita per vari aspetti al 31 ottobre 2025 (art. 32 di tale decreto legislativo)». Fino ad allora, la «temporanea tollerabilità costituzionale» dell'attuale assetto sarà funzionale a non privare, nell'immediato, le Corti d'appello dell'apporto dei giudici onorari nella definizione del contenzioso civile arretrato.

È evidente, però, che in questo modo le situazioni soggettive che dovrebbero essere tutelate nella dinamica del giudizio incidentale di costituzionalità escono invece fortemente compromesse da una pronuncia di “provvisoria legittimità costituzionale”. Tale sacrificio è giustificato, nell'impostazione della Consulta, dalla superiore esigenza di evitare il rischio di “collasso” del sistema giudiziario ma, più concretamente (aggiungiamo noi), di evitare il rischio di invalidità di tutte le sentenze emesse in appello da un collegio composto con la partecipazione del giudice ausiliario, a maggior ragione quando questi fosse stato relatore. Del resto, la Cassazione nelle ordinanze interlocutorie del 2019 si era già posta il problema dell'applicabilità dell'art. 158 c.p.c.¹⁷ a questa fattispecie, qualificando la partecipazione del giudice ausiliario al collegio come un vizio relativo «alla costituzione del giudice», che

¹⁶ Cfr. sul punto RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un omonimo “bilanciamento” tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sentenza n. 41 del 2021)*, cit., § 1, secondo il quale il giudice costituzionale si sarebbe sostituito al legislatore. Aggiunge l'A., § 2, in tono critico che: «la Corte fa qui luogo ad un'anomala *vacatio sententiae*, peraltro dalla durata stupefacentemente lunga, non prevista (e, per ciò stesso, non consentita) dal disposto costituzionale sopra richiamato, mostrando in tal *modo factis* di ritenere “bilanciabile” la norma sul processo costituzionale in parola con altra norma, di cui all'art. 106 Cost., relativa all'amministrazione della giustizia (e, dunque, ad un bene costituzionalmente protetto da cui dipende il fisiologico ed ottimale esercizio della giurisdizione, con tutto ciò che esso rappresenta per i diritti e gli interessi in genere tutelati dalla Carta), malgrado si tratti di materiali del tutto eterogenei e, come tali, non confrontabili». Vedi, in termini parzialmente diversi, BARTOLE, *A proposito di una troppo lunga e confusa sentenza*, cit., 536, secondo il quale «in tal modo si assegna un termine preciso alla conservazione degli effetti di eventuali inserimenti di magistrati onorari in collegi giudicanti» in appello.

¹⁷ Sull'art. 158 c.p.c., tra le tante *ex multis*, Cass., sez. III, 19 settembre 2014, n. 19741.

comporterebbe una nullità “insanabile” e rilevabile d’ufficio¹⁸. È innegabile che l’efficacia retroattiva propria delle declaratorie di illegittimità costituzionale avrebbe potuto creare un corposo filone di contezioso volto alla dichiarazione di nullità di quelle sentenze emesse dall’ausiliario, così frustrando massimamente lo scopo per il quale i magistrati ausiliari erano stati introdotti nel nostro sistema.

Il timore può dirsi condivisibile; resta, come si dirà in chiusura, la criticità dell’operazione compiuta dal giudice delle leggi, che non sta tanto nella manipolazione in sé, quanto nel “termine finale” di costituzionalità individuato.

4. L’ulteriore contesto giurisprudenziale.

La Corte costituzionale non è l’unico organo di vertice che recentemente si è occupato della magistratura onoraria. Partendo dalla questione dell’inquadramento retributivo del giudice di pace, anche la Corte di giustizia dell’Unione Europea – con decisione del 16 luglio 2020 (causa C-658/18, Governo italiano)¹⁹ – ha fornito una chiave di lettura “europea” dello *status* ordinamentale del giudice non togato e del suo trattamento economico²⁰.

La pronuncia è interessante sotto un duplice profilo.

In primo luogo, la Corte ha dovuto stabilire se il giudice di pace costituisca un giudice nazionale abilitato ad investire la Corte del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TUE* (come nel caso di specie, trattandosi di rinvio pregiudiziale effettuato dal Giudice di pace di Bologna). In particolare, accanto ai requisiti dell’assegnazione per legge delle funzioni al giudice di pace e dell’applicazione da parte del giudice di pace di norme giuridiche, la Corte ha ritenuto sussistente anche l’ulteriore requisito perché si possa parlare di giurisdizione nazionale e, cioè, l’indipendenza dell’ufficio, garantita dalle concrete disposizioni della l. n. 374/1991 (istitutiva dell’ufficio del giudice di pace) che assicura l’indipendenza e l’imparzialità del magistrato sia sotto un profilo interno che esterno.

In secondo luogo, i giudici europei hanno dovuto risolvere la questione relativa all’inquadramento del giudice di pace, stabilendo, cioè, se si possa parlare di un rapporto di

¹⁸ Vedi, per tutti, BALENA, *Sulla pretesa inesistenza della sentenza resa dal giudice irregolarmente costituito*, in *Foro it.*, 1986, I; CHIARLONI, *Giudice unico e giudice collegiale nella riforma del processo civile (Ancora contro il formalismo delle garanzie)*, in *Giur. it.*, 1993, IV; LA CHINA, *Disciplina della supplenza e profili di nullità ex art. 158 c.p.c. nei giudici collegiali*, in *Gius. civ.*, 1973, I, 1; POLI, *Sulle nullità per vizi relativi alla costituzione del giudice e all’intervento del pubblico ministero*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, Padova, 1997; TEDOLDI, *Il «non vizio» di costituzione del giudice (ovvero, della inosservanza delle disposizioni sulla composizione del tribunale nel processo civile)*, in *Giur. it.*, 2000.

¹⁹ La decisione è consultabile integralmente e in lingua italiana all’indirizzo <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0658&qid=1603293754330>. Tra i primi commenti, v. PESCE, *Il giudice di pace italiano al vaglio della Corte di giustizia UE. Nota a sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea del 16 luglio 2020, causa C-658/18, Governo della Repubblica italiana*, in *Eurojus.it*, 17 settembre 2020.

²⁰ Vedi in proposito RUSSO, *Breve storia degli extranei nella magistratura. Giudici onorari, avvocati e professori universitari immessi nella magistratura dall’Unità d’Italia al d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116*, Roma, 2019.

lavoro subordinato tra il giudice onorario e il Ministero della giustizia analogo a quello esistente tra magistrato professionale (vincitore di concorso) e Ministero della giustizia. Da tale inquadramento, discende l'applicabilità all'attività dei giudici di pace della direttiva 2003/88/CE sulle prescrizioni minime cui devono attenersi gli stati membri nel disciplinare l'organizzazione del lavoro subordinato, anche in relazione alle ferie retribuite. La Corte, alla luce della sua giurisprudenza sviluppata sulla nozione di lavoratore e lavoro subordinato ai sensi dell'art. 7 della direttiva 2003/88/CE e dell'art. 31, § 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ha ritenuto che il giudice di pace possa ritenersi un lavoratore subordinato a tempo determinato. Secondo il giudice europeo, la circostanza che le funzioni del giudice di pace siano qualificate come «onorarie» non significa che le prestazioni percepite dal giudice di pace debbano essere considerate prive di carattere remunerativo, ma solo che il trattamento retributivo può essere diverso a seconda delle mansioni che il legislatore nazionale assegna al magistrato onorario rispetto a quelle assegnate al magistrato professionale²¹.

Ma non è finita qui.

La Corte costituzionale, infatti, si era già pronunciata su una questione di legittimità costituzionale relativa allo *status* del magistrato onorario qualche mese prima della sentenza n. 41/2021: con la sentenza 9 dicembre 2020, n. 267, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 18, comma 1, d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modificazioni, nella l. 23 maggio 1997, n. 135, «nella parte in cui non prevede che il Ministero della giustizia rimborsi le spese di patrocinio legale al giudice di pace». Nel caso di specie è stata ritenuta irragionevole l'esclusione del giudice onorario dal beneficio, considerata l'identità della funzione del giudicare e la sua primaria importanza costituzionale²².

Il giudice delle leggi è poi nuovamente intervenuto su un profilo per certi versi attiguo a quello esaminato, ma ancora più specifico perché di rilievo esclusivo per la magistratura non togata. Si tratta del tema del diverso trattamento retributivo assicurato dalla legislazione italiana al giudice onorario del tribunale, da una parte, ed al vicepretore onorario. Con la sentenza 23 luglio 2021, n. 172²³, la Consulta ha dichiarato la non fondatezza, in riferimento agli artt. 3 e 97, comma secondo, Cost., delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3-bis, comma 1, lett. a), del d.l. 2 ottobre 2008, n. 151, convertito, con modifica-

²¹ La legislazione discriminatoria è stata ritenuta oggetto di infrazione da parte della Commissione Europea che, con lettera formale del 15 luglio 2021, ha concesso all'Italia due mesi per allinearsi alla legislazione UE. Secondo la Commissione tali categorie non sono sufficientemente protette contro gli abusi derivanti da una successione di contratti a tempo determinato e non hanno la possibilità di ottenere un adeguato risarcimento per tali abusi. La lettera di contestazione è consultabile sul sito della Commissione Europea, al link <http://ec.europa.eu/commission/presscorner/data/it>.

²² Si legge nella sentenza: «La differente modalità di nomina, radicata nella previsione dell'art. 106, secondo comma, Cost., il carattere non esclusivo dell'attività giurisdizionale svolta e il livello di complessità degli affari trattati rendono conto dell'eterogeneità dello status del giudice di pace, dando fondamento alla qualifica "onoraria" del suo rapporto di servizio, affermata dal legislatore fin dall'istituzione della figura e ribadita in occasione della riforma del 2017. Questi tratti peculiari non incidono tuttavia sull'identità funzionale dei singoli atti che il giudice di pace compie nell'esercizio della funzione giurisdizionale».

²³ Vedi la nota di TRAPUZZANO, *Indennità al GOT per le sole attività connesse allo svolgimento dell'udienza*, in *Quotidianogiuridico.it*, 28 luglio 2021.

zioni, in l. 28 novembre 2008, n. 186²⁴. Secondo la Corte, il giudice rimettente, muovendo da un'erronea premessa interpretativa circa la disciplina riferita al compenso dei viceprocuratori onorari, ha messo a confronto situazioni non comparabili e non omogenee: la differenza dei criteri di determinazione dell'indennità troverebbe, infatti, giustificazione nel più ampio ventaglio di funzioni attribuite ai viceprocuratori onorari, al quale possono essere delegate anche attività indipendenti dalla partecipazione alle udienze.

5. Qualche considerazione finale... “provvisoriamente tollerabile”.

Si è visto che la questione del ruolo e *status* del giudice onorario è recentemente balzata agli onori della cronaca per l'attenzione dedicata dalla giurisprudenza interna e sovranazionale, nonché dagli ultimi Ministri della Giustizia²⁵. Tuttavia, non servono luci della ribalta per comprendere che una riorganizzazione strutturale della magistratura non è più posticipabile²⁶, perché, nell'attuale momento storico, senza i giudici non togati la giustizia civile (di primo grado, in particolare) difficilmente potrebbe funzionare²⁷.

In questo contesto, vale la pena osservare che l'art. 1, comma 7, della legge delega di riforma del processo civile n. 206/2021, approvata da entrambi i rami del Parlamento, da poco pubblicata in Gazzetta Ufficiale²⁸, si occupa del «giudice di pace», fissando due principi e criteri direttivi:

²⁴ In particolare, la disposizione è censurata nella parte in cui prevede che ai GOT spettino un'indennità di euro 98 per le attività di udienza svolte nello stesso giorno e un'ulteriore indennità di euro 98 ove il complessivo impegno lavorativo per le suddette attività superi le cinque ore, impedendo così di corrispondere un compenso anche per le funzioni svolte fuori udienza, diversamente dal trattamento riservato ai VPO. La Corte costituzionale ha ritenuto errato il presupposto al quale è stata agganciata la q.l.c., e cioè l'omogeneità delle funzioni esercitate dalle due figure di magistrato onorario. Vero è che la riforma Orlando, nelle intenzioni, aveva come obiettivo quello di eliminare le differenze di compenso riconosciuto alle tre categorie di magistrati onorari operanti in primo grado, anche grazie all'unificazione dello *status* ordinamentale. Tuttavia, la circostanza non incide sulla rilevanza delle questioni sollevate, perché le pretese avanzate nel giudizio principale concernono crediti maturati prima di tale data.

²⁵ Si veda, ad esempio, l'intervento del Ministro Cartabia, riportato nell'articolo giornalistico *Cartabia: Sui giudici onorari intervento non più eludibile*, in <http://ntplusdiritto.ilsole24ore.com>, 19 maggio 2021.

²⁶ Si veda CAVALLINI, *Le trasformazioni in atto nella gestione degli uffici giudiziari e le novità della circolare sulle tabelle 2017-2019*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1111, secondo la quale: «vi è stato un cambio di prospettiva nella gestione degli uffici giudiziari che ha segnato il passaggio da un'organizzazione statica a un'organizzazione dinamica, basata non solo sulla gestione dell'esistente, ma anche sulla programmazione di risultati e obiettivi. Si è quindi pienamente affermata la convinzione, già da tempo sostenuta dagli studiosi di organizzazione giudiziaria, che il recupero di efficienza e produttività degli uffici giudiziari, e più in generale il miglioramento del rendimento della giustizia, non possono che passare anche attraverso il miglioramento dell'organizzazione del lavoro».

²⁷ OSSERVA SASSANI, *Il Codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Judicium.it*, 2013, § 7, «la gestione del primo grado in tribunale è sostanzialmente affidata ad un giudice monocratico (troppo spesso professionalmente inadeguato, come l'esperienza dei vari GOA e GOT insegna), senza quindi alcuna possibilità di controllo interno soprattutto quanto all'ammissione delle prove (o comunque alla gestione dell'istruttoria)».

²⁸ La l. 26 novembre 2021, n. 206, recante «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata», pubblicata in G.U. n. 292 del 9 dicembre 2021.

a) da un lato, si prevede che il giudizio di cognizione in primo grado venga unificato, così immaginando un unico procedimento sia per le cause dinanzi al magistrato onorario, sia per quelle dinanzi al magistrato togato (lett. a);

b) dall'altro, il legislatore delegato è tenuto ad effettuare una «rideterminazione della competenza del giudice di pace in materia civile, anche modificando le previsioni di cui all'articolo 27 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116» (lett. b).

Del resto, il d.lgs. n. 116/2017 – di riforma, più annunciata che attuata, della magistratura onoraria – ha lasciato fortemente insoddisfatte le associazioni di categoria dei magistrati non togati, così portando il legislatore a rimeditare in parte le soluzioni adottate con i provvedimenti del 2016 e 2017. Attualmente, infatti, all'esame del parlamento vi sono una sfilza di d.d.l. di modifica del d.lgs. n. 116/2017 (cfr. S. 1438²⁹, S. 1516³⁰, S. 1555³¹, S. 1582³², S. 1714³³). Peraltro, con il D.M. 23 aprile 2021 è stata istituita una Commissione di studio (c.d. Commissione Castelli) per elaborare proposte di interventi in materia di magistratura onoraria³⁴. Tra i citati d.d.l, campeggia il più recente S. 1714, che – nel testo presentato l'11 febbraio 2020 – modifica incisivamente la disciplina relativa alle funzioni e ai compiti affidati ai magistrati onorari e il trattamento retributivo di questi ultimi³⁵.

In buona sostanza, sul tavolo del legislatore vi sono varie questioni da risolvere: quella del rapporto tra il giudice togato e il giudice non togato; quella della definizione della competenza del giudice onorario, entro i paletti messi dalla Corte costituzionale n. 41/2021; quella – all'interno della magistratura onoraria – della definizione delle varie funzioni dei giudici onorari e del conseguente trattamento economico, entro i paletti messi dall'Unione europea. L'importanza di tali interventi legislativi sarà cruciale per tutto il processo civile, tenuto in considerazione il fatto che ormai da anni il giudice non togato

²⁹ Recante «*Modifiche alla disciplina sulla riforma organica della magistratura onoraria*», adesso all'esame della 2° Commissione giustizia, nel testo proposto il 29 luglio 2019. L'iter è consultabile al link: <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/52128.htm>.

³⁰ Recante «*Modifiche al decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116, recante riforma organica della magistratura onoraria ed altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio e introduzione delle relative tutele previdenziali*», adesso all'esame della 2° Commissione giustizia, nel testo proposto il 2 ottobre 2019. L'iter è consultabile al link: <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/52311.htm>.

³¹ Recante «*Modifiche alla legge 28 aprile 2016, n. 57 e al decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116, in materia di tutele dei magistrati onorari ed efficienza degli uffici giudiziari del giudice di pace e del tribunale*», adesso all'esame della 2° Commissione giustizia, nel testo proposto il 16 ottobre 2019. L'iter è consultabile al link <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/52394.htm>.

³² Recante «*Modifiche al decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116, in materia di riforma della magistratura onoraria e attuazione del principio di ragionevole durata del processo*», adesso all'esame della 2° Commissione giustizia, nel testo proposto il 29 ottobre 2019. L'iter può essere seguito al link <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/52468.htm>.

³³ Recante «*Modifiche alla disciplina sulla riforma organica della magistratura onoraria*», adesso all'esame della 2° Commissione Giustizia, nel testo proposto l'11 febbraio 2020. L'iter può essere seguito qui: <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/52765.htm>.

³⁴ La Commissione ha concluso i propri lavori con l'elaborazione di una relazione finale, resa pubblica il 21 luglio 2021, che è consultabile al link https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_CASTELLI_relazione_finale_21lug21_1.pdf.

³⁵ Va pure precisato che l'art. 17-ter (rubricato «*Disposizioni in materia di magistratura onoraria*») del d.l. 9 giugno 2021, n. 80 – c.d. decreto Pubblica amministrazione – convertito con l. 6 agosto 2021, n. 113, ha modificato l'art. 32 del d.lgs. 116/2017, così differendo al 31 dicembre 2021 l'applicabilità del nuovo regime di attribuzione dell'indennità ai magistrati onorari in servizio, e al 31 ottobre 2025, l'applicabilità delle disposizioni in materia di processo civile telematico per i procedimenti introdotti dinanzi al giudice di pace.

è una risorsa “*jolly*”, cui è affidata una missione che – come nel nostro caso – non sembra essere in linea con il dettato costituzionale.

Sicuramente la soluzione data dalla Consulta nella sentenza n. 41/2021 è da salutare con favore, non essendosi i giudici delle leggi trincerati dietro interpretazioni di vedute largheggianti che avrebbero permesso di salvare una disciplina poco compatibile con i principi della magistratura consacrati nella nostra Costituzione³⁶. Tuttavia, il perdurante stato di *work in progress* della riforma della magistratura non professionale ha reso in concreto del tutto disponibile la data di scadenza dei magistrati ausiliari in appello, e ha così realizzato una manipolazione degli effetti temporali gravata da imprevedibilità³⁷ che poco è piaciuta agli operatori del diritto³⁸.

Ci auguriamo, quindi, che il legislatore faccia buon uso di questo “periodo di tolleranza”, intervenendo con un programma di “ristrutturazione ordinamentale” di ampio respiro, e non con il solito approccio emergenziale a costo zero, posticcio nel dettato normativo e improvvido nei risultati.

GIUSEPPINA FANELLI

³⁶ Anche se, va evidenziato che gli studiosi di diritto costituzionale hanno accostato la sentenza in esame a quelle di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, differenziandosi da queste solo perché la Corte costituzionale ha aggiunto un termine di scadenza della provvisoria costituzionalità: in termini POLITI, *Una Fristsetzung Italian style?*, cit, 543.

³⁷ Si condividono le considerazioni di RUGGERI, *Vacatio legis*, cit., § 3: «Di qui all'ottobre 2025 possono, infatti, accadere molte cose, tali da rendere, per un verso, materialmente impossibile o, diciamo pure, non necessaria la produzione dell'effetto ablativo – ed è proprio ciò che, in fondo, la stessa Corte si augura –, in conseguenza del complessivo rifacimento della disciplina della materia da parte del legislatore. Per un altro verso, è però pure da mettere in conto la evenienza che, non riuscendosi a portare a termine la riforma della magistratura onoraria, si avverta il bisogno di prolungare ulteriormente la vigenza della normativa oggi dichiarata costituzionalmente illegittima. La qual cosa, francamente, non vedo come possa farsi, se non tornando ad investire la Corte della medesima questione già decisa nel senso... dell'annullamento. Una ipotesi, chiaramente, impraticabile, semplicemente assurda. Si conoscono, infatti, molti casi di questioni dapprima rigettate e poi accolte, ma non ovviamente di questioni accolte e poi rigettate». Cfr. anche POLITI, *Una Fristsetzung Italian style?*, cit, 545, il quale – oltre a prefigurare scenari futuri anche in questo caso poco confortanti – pone l'accento sul perdurante diniego di tutela che una siffatta tecnica decisoria implica, riconoscendo la possibilità di applicare un dettato incostituzionale ancora per molti anni.

³⁸ Che continuano, anche a distanza di mesi, a sollevare la questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 102 e 106 Cost. della normativa che ha introdotto il giudice ausiliario: cfr., da ultimo, le sentenze Cass., sez. I, (ud. 13 ottobre 2021) 30 novembre 2021, n. 37640 e n. 37641, nelle quali la Suprema Corte afferma che nel periodo di tollerabilità resta «anche con riguardo ai giudizi pendenti legittima la costituzione dei collegi delle corti d'appello con la partecipazione di non più di un giudice ausiliario a collegio e nel rispetto di tutte le altre disposizioni, sopra richiamate, che garantiscono l'indipendenza e la terzietà anche di questo magistrato onorario».