

I giudici ausiliari delle Corti di appello, secondo la Consulta, sono "fuori sistema" ex art. 106 cost.

di Giuseppe Di Genio*

24 aprile 2023

*“spesso si pensa che la giustizia sia la più importante delle virtù,
e che né la stella della sera né la stella del mattino siano altrettanto
degne di ammirazione” (Aristotele)*

Sommario: 1. Una additiva di principio (temporale) a valenza monitoria come zona franca di illegittimità costituzionale latente. – 2. Il seguito giudiziario e legislativo della decisione della Corte Costituzionale sui giudici ausiliari nelle Corti di Appello.

1. Una additiva di principio (temporale) a valenza monitoria come zona franca di illegittimità costituzionale latente

La sentenza della Corte Costituzionale n. 41 del 2021 (Pres. Coraggio, rel. Amoroso)¹ proveniente, con ordinanza di rimessione, da un giudizio in materia di

* Professore associato di Diritto Pubblico Comparato nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Salerno.

¹ Tra i primi autorevoli costituzionalisti a commentarla, in senso critico, V. ONIDA, Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?, in Osservatorio AIC, 2/2021; A. RUGGERI, *Vacatio sententiae* alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo “bilanciamento” tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all’art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021), in Giustizia Insieme, 13 aprile 2021; R. PINARDI, Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte Costituzionale sent. n. 41 del 2021), in Consulta online, 1/2021.

responsabilità civile² per la verifica di un sinistro stradale e la quantificazione dei conseguenti danni sanitari patiti, risulta interessante sotto molteplici profili, anche in esito al periodo pandemico,³ e pone una serie di dubbi e perplessità sulla reale portata, in termini di bilanciamento ex art. 2 Cost., e di seguito (giudiziario e legislativo),⁴ delle fondamentali determinazioni assunte nella decisione, alla luce del valore costituzionale della certezza del diritto⁵.

Si pensi, infatti, a tutte le controversie decise in appello (con la presenza dei giudici ausiliari relatori nel collegio) sulle materie c.d. sensibili, che incidono sulle situazioni giuridiche soggettive dell'individuo, come quelle in materia sanitaria e di tutela della salute ex art. 32 Cost., le cui conseguenze economiche, soprattutto se sfavorevoli, risultano dirompenti sul piano della tutela dei diritti inviolabili della persona.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale della normativa di riferimento (artt. dal 62 al 72 del d.l. n. 69 del 2013, come convertito nella legge n. 98 del 2013) sui giudici ausiliari nelle Corti di Appello può essere definita come una additiva di principio⁶ con monito a scadenza temporale (in realtà, a seconda delle prospettive, si può definire anche una additiva di valori a valenza monitoria-temporale o di valore monitorio)⁷, perchè con essa la Corte non solo slarga ulteriormente ed accorpa, nella fattispecie, la variegata tipologia delle decisioni della Consulta,⁸ già ampiamente nota nel dibattito della dottrina costituzionalistica,⁹ attribuendo alla additiva di principio-valore una valenza monitoria temporale (31 ottobre 2025), pro riforma (della magistratura onoraria), ma opera un bilanciamento sfalsato dei diritti e dei principi coinvolti e compressi, pubblici e privati, prevalenti e soccombenti, che crea una zona franca di illegittimità (costituzionale) latente.

La Corte omette, in particolare, ex art. 2 Cost. qualsiasi valutazione, in termini di solidarietà politica, economica e sociale, nella disarticolata salvaguardia finale degli

² G. CANZIO, L'evoluzione storico giuridica della responsabilità medica: un quadro di sintesi, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2020, 319 ss.

³ F. LAUS, La natura caleidoscopica delle linee guida: tra responsabilità medica, lotta alla pandemia e regolazione del diritto dei contratti pubblici, in *Corti Supreme e Salute*, 3/2020, 687 ss.

⁴ E. LAMARQUE, Il seguito delle decisioni interpretative e delle additive di principio della Corte Costituzionale presso le autorità giurisdizionali, in www.cortecostituzionale.it/documenti.

⁵ F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, *passim*

⁶ Su cui A. ANZON, Un'additiva di principio con termine per il legislatore, in *Giur. Cost.*, 1993, 1785 ss.

⁷ Sulla funzione monitoria sia consentito rinviare a G. DI GENIO, Moniti al legislatore ed esigenze di normazione delle sentenze di rigetto della Corte Costituzionale, in *Giur. It.*, 2004, 1346 ss.

⁸ Per ripercorrere il dibattito e gli scritti della migliore dottrina costituzionalistica v. *Le tipologie decisorie della Corte Costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, a cura di D. DIACO, in www.cortecostituzionale.it/documenti

⁹ A. ANZON, Nuove tecniche decisorie della Corte Costituzionale, in *Giur. Cost.*, 4/1992, 3199 ss.; M. C. GRISOLIA, Alcune osservazioni sulle "sentenze comandamento" ovvero il "potere monitorio" della Corte Costituzionale, in *Giur. Cost.*, 2004, 1346 ss.; V. ONIDA, Problemi e falsi problemi in tema di efficacia temporale delle pronunce di incostituzionalità delle leggi, in *Giur. Cost.*, 1988, 2420 e ss.; R. PINARDI, *La Corte, il giudice e il legislatore*, Milano, 1983, 80 ss.

effetti prodotti, sul dato economico sfavorevole (risarcimenti, danni, tutela della salute, recupero crediti, compensi legali, condanna alle spese etc.) inevitabilmente subito dai privati, dai cittadini, dai contribuenti e dalle imprese coinvolte nei giudizi pendenti e/o definiti con la partecipazione dei giudici ausiliari, come "dichiarati incostituzionali".

I giudici ausiliari nelle Corti di Appello risultano, addirittura, come relatori delle sentenze per cui di prassi, nella frequenza delle aule giudiziarie, come è noto, sono divenuti decisori sia pure sotto l'egida e la vigilanza del giudice togato che corregge la bozza di sentenza, sottoposta all'attenzione del collegio di appello.

Seguendo il percorso logico argomentativo scelto dalla Corte (relatore e redattore del testo il giudice Giovanni Amoroso, proveniente proprio dai ranghi della Corte di Cassazione, remittente della q.l.c. con le ordinanze nn. 84 e 96/2020), esso appare di taglio, inizialmente, didascalico e meramente ricostruttivo dell'impatto e dell'impianto della magistratura¹⁰ onoraria non ordinaria (dal conciliatore ai GOA ai GOT e ai GOP) sul nostro sistema giurisdizionale disegnato negli artt. 101 e segg. della Costituzione, per cui l'esito, pur apprezzabile e rinforzato storicamente da un uso incessante della magistratura onoraria nella tipologia dei processi, complessivamente intesi, non risulta appieno convincente.

Invero, il primo vulnus della sentenza in esame risiede proprio dal mancato richiamo iniziale ai baluardi degli artt. 24 e 25 Cost., termini lapidei di garanzia nel sistema giurisdizionale di riferimento, collocati nella parte più nobile della Costituzione.

Infatti, sono proprio i giudici ausiliari nelle Corti di Appello, alla luce del granitico quadro costituzionale, che non possono rientrare in una nozione più ampia, prevalente ed iniziale di giudice naturale precostituito per legge ex art. 25 Cost., non essendo quella la loro destinazione, costituzionalmente corretta ed adeguata, così come, nella fattispecie *sub condicione* temporale, attraverso una sentenza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata negli effetti,¹¹ vengono compressi i diritti di difesa, complessivamente intesi, ex art. 24 Cost., resi inutili ed inefficaci nella prestazione giudiziaria, ma non revocabili (se non prospettando un auspicabile ma difficile giudizio di revocazione ex artt. 395 e 396 c.p.c., esteso anche alla sentenze della Corte Costituzionale), all'interno di un giudizio di appello, di per sé troppo lungo, incerto, difficoltoso e dispendioso, e divenuto di fatto, con efficacia sostanziale, "costituzionalmente illegittimo" o a "costituzionalità provvisoria".¹²

E' nei Tribunali, invece, che i giudici onorari assumono la veste singolare di giudici naturali precostituiti per legge ex art. 25 Cost.

¹⁰ A. D'ALOIA, L'autogoverno delle magistrature "non ordinarie" nel sistema costituzionale della giurisdizione, Napoli, 1995.

¹¹ F. POLITI, Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale, Padova, 1997, 250 ss.

¹² A. PISANESCHI, Le sentenze di "costituzionalità provvisoria" e di "incostituzionalità non dichiarata": la transitorietà nel giudizio costituzionale, in Giur. Cost., 1989, 683 ss.

Risulta, infatti, paradossale, irragionevole ed imprevedibile che, in una logica sequenza giudiziaria e/o giurisdizionale, alla luce del valore costituzionale della certezza del diritto, la parte processuale (*rectius*: il cittadino) debba chiedere giustizia onoraria e non ordinaria (o speciale), al netto delle competenze e del valore della controversia, in primo grado al giudice onorario (giudice di pace) o al giudice ordinario (Tribunale, con udienze e prove assunte anche dai GOT), in appello al giudice ordinario divenuto, poi, anche improvvisamente (in molti casi senza preventiva comunicazione alle parti processuali), come singolo e singolare relatore, onorario, all'interno del collegio di appello.

Sono proprio i parametri invocati dalla Corte di Cassazione, molto attenta e scrupolosa sulla complessità della vicenda, in sede di ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale, a delineare il perimetro della contestazione, generata in sede civile per una vertenza ereditaria assicurativa (con la difesa dell'avv. Carlo Testa del foro di Roma che ha patrocinato le parti private innanzi alla Corte di Cassazione e alla stessa Corte Costituzionale).

Essi attengono proprio all'art. 106, secondo comma, Cost., la cui lettura impone l'attribuzione al magistrato onorario delle funzioni di "giudice singolo" e non di giudice collegiale, quale ausiliario di Corte di appello.

La Corte Costituzionale segue tale assunto e stabilisce che la previsione ad opera delle disposizioni censurate dello svolgimento di funzioni nient'affatto di giudici singoli, ampiamente sperimentata nel nostro sistema giudiziario, ma di giudici collegiali presso le Corti di appello, dove i giudici ausiliari sono strutturalmente inseriti, risulta essere del tutto "fuori sistema" e si pone in radicale contrasto con i parametri costituzionali invocati nei giudizi a quibus. I giudici ausiliari di appello non sono riconducibili a figure di giudici singoli, perché chiamati a esercitare la giurisdizione in composizione stabilmente collegiale, qual è la Corte di appello, e in giudizi di regola di secondo grado.

Come, giustamente, sottolinea la Corte Costituzionale nella decisione in esame, nel nostro sistema giuridico, si evince ex artt. 102 e 106 Cost. un'ineludibile scelta del Costituente per l'affidamento, in via generale, dell'esercizio della giurisdizione ai magistrati professionali togati.

La Corte Costituzionale, tuttavia, non utilizza appieno la formula aperta dell'art. 2 Cost.,¹³ e non distingue in maniera precisa tra parametri che sono principi e valori

¹³ È interessante notare che dal punto di vista dei diritti fondamentali l'art. 2 Cost. è stato visto in due chiavi distinte: a) come *fattispecie chiusa* (BARILE, PACE) che non consente l'ingresso di altri diritti oltre quelli previsti costituzionalmente; b) come *fattispecie aperta* (BARBERA) che consente l'ingresso di altri diritti fondamentali all'interno della Costituzione. MODUGNO non sembra propendere per nessuna delle due ipotesi in quanto la Costituzione Italiana qualifica in maniera ricchissima ed esaustiva questo ambito, in modo che non esiste praticamente possibilità che entrino diritti nuovi in Costituzione. E', invece, possibile creare: a) *diritti impliciti*, rispetto a quelli costituzionalmente stabiliti; b) *diritti strumentali*, che si rendono necessari per dare concretezza ed efficacia a quelli stabiliti; c) *diritti trasversali*, che nascono dalla combinazione di diversi disposti costituzionali. Al centro della elaborazione di Modugno v'è la considerazione per cui l'interpretazione costituzionale e

costituzionali, prevalentemente non scritti, che sono il fondamento giuridico dei principi e dei diritti fondamentali, anche in una lettura sinottica e combinata ex artt. 1-54 Cost.

Infatti, nella sentenza in esame, si opera una forzatura¹⁴ perché si bilanciano valori innominati, non ben definiti (il primo doveva essere la certezza del diritto): la Consulta non bilancia specificamente i principi fondamentali coinvolti nella fattispecie e richiama numerosi precedenti giurisprudenziali ad hoc relativi a disposizioni programmatiche della Costituzione, in primis l'art. 81 Cost. (C. Cost. n. 10 del 2015), con un cenno molto timido agli artt. 2 e 3 Cost.

In questa direzione, al di là della tempistica e dell'inammissibilità, non sarebbe stato inutile, per arricchire la decisione additiva di (salvaguardia della) prestazione giudiziaria, sentire l'opinione dei giudici ausiliari intervenuti nel processo costituzionale come *amici curiae*,¹⁵ così come evidenziare la *dissenting opinion* di qualche giudice costituzionale sul modello anglosassone, come emerso in un altro caso, sul tema della prescrizione.

2. Il seguito giudiziario e legislativo della decisione della Corte Costituzionale sui giudici ausiliari nelle Corti di Appello

Vieppiù, è auspicabile, in esito giudiziario alla presente decisione della Consulta, una maggiore attenzione ri-organizzativa e procedurale, con la guida ministeriale e il contributo fattivo e collaborativo del CSM e del CNF, nei Distretti di Corte di Appello fino alla data del 31 ottobre 2025.

La Corte Costituzionale, laddove afferma, scultoreamente, che in tale periodo rimane, anche con riguardo ai giudizi a *quibus*, legittima la costituzione dei collegi delle Corti di appello con la partecipazione di non più di un giudice ausiliario a collegio e nel rispetto di tutte le altre disposizioni che garantiscono l'indipendenza e la terzietà anche di questo magistrato onorario, in realtà crea un segmento normativo fondante che blinda la futura disciplina normativa sulla magistratura onoraria.

I Presidenti delle Corti di Appello, non solo nelle rituali relazioni annuali, dovranno dare conto reale della partecipazione onoraria ai collegi di appello, con regole

l'interpretazione per valori non si contrappongono ma si integrano in pieno: la prima, qualitativamente diversa, è interpretazione che ha a che fare con i principi-valori individuati ed individuabili nella Costituzione. L'interpretazione costituzionale non può che muovere dal testo degli atti giuridici normativi e ritornare al medesimo testo, ma con al centro il valore del soggetto interprete, la libertà del soggetto interprete. Sul punto, specificamente, sempre F. MODUGNO, Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori, in Id., Scritti sull'interpretazione costituzionale, Napoli, 2008, 27.

¹⁴ L. ANTONINI, Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2015.

¹⁵ M. MANETTI, I "falsi amici" del giudice costituzionale, in Giur. Cost., 1/2020, 5050 ss.

interne certe, dettagliate e chiare, nel contraddittorio delle parti processuali, con appositi protocolli sul riordino e le funzioni, sulla composizione dei collegi e le conseguenti modalità decisorie, anche al fine di evitare forme di responsabilità non solo di tipo disciplinare ed erariale e forme di ricusazione ex art. 52 c.p.c. fino al 31 ottobre 2025 nei giudizi di appello in corso.

D'altronde, già sul piano della tecnica di redazione delle sentenze della magistratura,¹⁶ proprio laddove vi è una partecipazione onoraria, la firma in calce della sentenza (e in alto nella composizione del collegio) dovrebbe essere sempre completa e complessiva dei tre giudici e dovrebbe essere uniforme nel titolo (dott. e/o solo nome e cognome) omettendo titoli diversi quali avvocato, professore o altro, che ingenerano solo confusione nel lettore medio, anche se non direttamente interessato, della sentenza stessa (e della sua condivisione).

Le sentenze di appello, poi, ai fini della prevalenza dei togati, sono rese solo con la firma del Presidente di Sezione e del giudice ausiliario (che si firma come avvocato) e non anche del terzo componente togato, in violazione dell'art. 68, comma 1, dello stesso d.l. n. 69 del 2013, come convertito, ora dichiarato temporalmente illegittimo, laddove prevede che i giudici togati costituiscono la maggioranza del collegio, attestata senza dubbio dalle relative firme (in molti casi manchevoli della triade collegiale, come già sottolineato), del quale può far parte un solo giudice ausiliario.

Tra l'altro, la violazione dell'art. 68 suindicato, in realtà, senza scomodare la Corte Costituzionale, sarebbe stata già sufficiente in sede di giudizio di legittimità, anche in veste nomofilattica, per dichiarare la illegittimità formale delle decisioni assunte in grado di appello con la partecipazione-relazione dei giudici ausiliari.

Ciò si riverbera, di riflesso, anche nel processo tributario, strutturalmente riconducibile al Ministero dell'Economia e delle Finanze, dove la Commissioni Tributarie Regionali (ora Corti di Giustizia di II grado), nel giudizio di appello tributario, dovranno essere sempre composte da due giudici togati e uno di estrazione non togata.

Proprio sul piano della tecnica legislativa, il termine "ausiliario" e non togato appare fin troppo indicativo di una funzione di aiuto, supporto, di ricerca giuridica, di analisi, discussione e condivisione del caso concreto, senza generare materie di serie A e materie di serie B, relativo, al più, alla mera composizione del collegio (che è, in realtà, il *decisum* finale della Consulta nella sentenza n. 41 del 2021) e non anche alla prevalenza decisoria, suppletiva e sostitutiva dei deficit e delle carenze della magistratura, rese ancora più impellenti nel contesto pandemico di questi anni, su cui la c.d. Riforma Cartabia e il *Recovery Plan* dovrebbe dare risposte concrete, proprio in vista della auspicata riforma onoraria e non togata del 2025.

La stessa Ministra della Giustizia Marta Cartabia, nelle linee programmatiche sulla giustizia del 14 marzo 2021, ha definito il processo civile lento e malato, ha

¹⁶ R. BALDUZZI, Il (disturbo da) gioco d'azzardo tra politica emagistratura, in Corti Supreme e Salute, 1/2021, 207 ss.

richiamato il capitolo della magistratura onoraria alla prova della Consulta, ha valorizzato alcuni modelli comparati di giustizia e di mediazione, ha evidenziato i necessari correttivi da apportare in futuro ai diversi processi, come quello penale e tributario (in fieri).

Il dato più interessante che emerge nella sentenza è proprio questo: la Cortepur dichiarando i giudici ausiliari "fuori sistema" ex art. 106 Cost. non ha potuto farsi carico ex art. 1 Cost. di tranciare in toto, tra esigenze pubbliche di bilancio e tutela del privato (e delle sue libertà),¹⁷ la situazione di evidente illegittimità costituzionale della figura, palesemente estranea al sistema giudiziario delineato nel quadro costituzionale, del giudice ausiliario nei collegi di appello, che renderebbe nulli gli appelli resi, sancendo un principio di tolleranza o tollerabilità costituzionale valevole fino al compimento della auspicata riforma della magistratura onoraria, già all'attenzione, da tempo, della sede parlamentare.

La stessa Corte di Cassazione, in sede di giudizio di legittimità conseguenti alla declaratoria della Consulta in esame, dovrà ulteriormente bilanciare gli effetti economici sfavorevoli alle parti prodotto dalla mancata dichiarazione di incostituzionalità ad efficacia immediata ex art. 136 Cost., nell'esame attento delle fattispecie di appello (di fatto già illegittimo) proposte alla sua attenzione, integrando (anche utilizzando il merito), nel dialogo delle Corti, l'azione della Corte Costituzionale che ha salvaguardato solo le esigenze di bilancio e il grave pregiudizio del sistema giustizia nelle Corti di appello.

In tale prospettiva, sperando che il monito non sia inascoltato nei rapporti controversi tra Corte e Parlamento, il tempo (31 ottobre 2025) nel diritto costituzionale,¹⁸ pur non avendo una dimensione valoriale (di qui l'additiva di valori o di valore monitorio), diventa un principio (temporale) dirimente e determinante rendendo prevalente, nella separazione dei poteri, il potere giudiziario (senza scomodare la *bouche de la loi* nelle visioni di Montesquieu) sul potere esecutivo e sul potere legislativo.

Ma vi è di più. Proprio l'art. 32 del d. lgs. n. 116 del 2017 segna un principio temporale e assume la veste di "norma interposta", quale parametro ordinario sotteso ma taciuto, che consente lo slittamento degli effetti temporali della decisione assunta, senza il vincolo stringente e determinante di efficacia formale ex art. 136 Cost.

Ciò rende ulteriormente evidente, alla luce del valore fondante della certezza del diritto, e non tollerabile, nelle more, fino al 31 ottobre 2025, il sacrificio irragionevole e non proporzionale dei diritti (a questo punto non solo economici) dei privati rispetto al diritto pubblico (*rectius*: al sistema giustizia in generale) per mere esigenze di bilancio, burocratiche e napoleoniche, e di riforma della giustizia, tra l'altro solo onoraria e non togata.

¹⁷ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970.

¹⁸ L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009.

Tale riforma organica della magistratura onoraria, poi, nella sentenza in esame, non è definita neanche indispensabile (C. Cost. n. 120 del 2018) e/o necessaria (C. Cost. n. 20 del 2019), come in altri casi, per così dire, meno importanti (il diritto di associazione sindacale dei militari e il diritto di accesso civico).

In definitiva, spetterà alle stesse Corti di Appello, in diversa composizione, e alla Corte di Cassazione, non esclusa la sede nomofilattica, integrare il bilanciamento anche in termini economici, laddove sfavorevoli (ad esempio, sui danni) alle parti processuali (di un appello invero nullo), temperando (ad esempio, con la compensazione delle spese dei tre gradi di giudizio) tutte le componenti negative del sacrificio subito dai privati cittadini e dalle imprese, voluto e valutato dalla Consulta, in esito al giudizio di incostituzionalità temporanea (o temporale) della figura legislativa dei giudici ausiliari non singoli ma collegiali.

Non dovrà essere eliso, nel seguito intertemporale dello scrutinio, un ri-esame duttile del merito, complessivamente inteso, secondo il sistema delle rispettive competenze, con una scrupolosa analisi delle questioni sottoposte al vaglio di riferimento (rinvio, merito e legittimità), altrimenti destinate ad avere esiti ed effetti dirompenti e nefasti (il sacrificio finanziario del pubblico prevale sul sacrificio finanziario del privato che ha chiesto giustizia) nel sistema della certezza del diritto e dei diritti fondamentali, nel quadro più ampio di una forma di Stato di democrazia pluralista, in cui la giustizia e il giusto processo, complessivamente inteso, ha il suo peso e contrappeso fondamentale.