

Rivista N°: 2/2017  
DATA PUBBLICAZIONE: 04/04/2017

AUTORE: Francesco Delù\*

## IL GIUDICE AUSILIARIO DI CORTE D'APPELLO: UNA FIGURA DI GIUDICE ONORARIO IN CONTRASTO CON LA COSTITUZIONE

*Sommario: 1. Introduzione – 2. La figura del Giudice ausiliario di Corte d'appello – 3. Le norme costituzionali in materia di partecipazione all'esercizio della giurisdizione di soggetti estranei all'ordine giudiziario e magistratura onoraria – 4. La giurisprudenza in tema di partecipazione dei giudici onorari ai collegi giudicanti – 5. Critica degli orientamenti giurisprudenziali – 6. Considerazioni di sintesi – 6.1. L'incompatibilità del Giudice ausiliario di Corte d'appello con l'art. 106 della Costituzione – 6.2. L'assenza di ragioni eccezionali che possano rendere costituzionalmente legittima la figura del Giudice ausiliario – 6.3. Possibilità che una questione di legittimità costituzionale giunga alla Corte e possibile impatto della pronuncia*

### 1. Introduzione

L'incessante succedersi, negli ultimi anni, di riforme della giustizia, e dell'organizzazione giudiziaria, ha forse distolto l'attenzione da un intervento, apparentemente marginale, ma suscettibile, in considerazione del rilievo costituzionale della materia, di avere un significativo impatto ordinamentale. Ci si riferisce all'introduzione, ad opera del Capo I del Tirolo III del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia" (c.d. "decreto del fare") convertito, con modificazioni, dalla l. 98 del 9 agosto 2013, di una nuova figura di giudice onorario, il Giudice ausiliario di Corte d'appello,<sup>1</sup> che va

---

\* Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche, *curriculum* Diritto amministrativo e Diritto costituzionale, presso l'Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> Sulla figura, v. i commenti generali di A. DONDI, «Nuova composizione del giudiziario in appello come soluzione dei problemi della giustizia civile», in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, n. 5, pp. 229–231; S. AGRIFOGLIO, «Una mancata mini riforma della giustizia: i giudici ausiliari di appello», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, n. 3, pp. 943–951.

ad affiancarsi ad altre categorie di magistrati onorari giudicanti: il Giudice onorario di Tribunale (GOT), il Giudice di pace<sup>2</sup> e il Giudice onorario aggregato (GOA).<sup>3</sup>

Nel presente lavoro si raffronterà la normativa istitutiva dei Giudici ausiliari con la normativa costituzionale in tema di magistratura onoraria, onde saggiarne la compatibilità, in considerazione della novità della figura del Giudice ausiliario nel nostro ordinamento. Si tratta, infatti, di un giudice onorario chiamato a partecipare all'esercizio della funzione giurisdizionale nell'ambito di un organo, la Corte d'appello, che, come noto, nella più parte dei casi decide in composizione collegiale.

Si procederà dunque ad una ricostruzione dei tratti salienti della nuova figura del Giudice ausiliario, ad una ricostruzione delle norme costituzionali in tema di magistratura onoraria, e ad una valutazione della giurisprudenza costituzionale in materia, per svolgere alcune considerazioni in merito alla conformità a Costituzione della figura del Giudice ausiliario. Può peraltro qui già anticiparsi che essa appare difficilmente compatibile con la pertinente normativa costituzionale, ostandovi l'art. 106, co. 2, Cost., anche nell'interpretazione datavi dalla Corte costituzionale che, come meglio si vedrà, ha in passato ammesso che giudici onorari incardinati presso uffici giudicanti monocratici potessero, in circostanze eccezionali, essere assegnati ad integrare i collegi giudicanti del Tribunale.

## 2. La figura del Giudice Ausiliario di Corte d'appello

La figura del Giudice Ausiliario di Corte d'appello è delineata dagli artt. 62-72 del "decreto del fare", come modificato in sede di conversione e come successivamente modificato dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016). Si tratta di una normativa sostanzialmente autosufficiente, che non trova la sua collocazione all'interno della legge sull'ordinamento giudiziario, dettata «al fine di agevolare la definizione dei procedimenti civili, compresi quelli in materia di lavoro e previdenza, secondo le priorità individuati dai presidenti delle Corti di appello nei programmi previsti dall'articolo 37, comma 1, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98»<sup>4</sup> (così l'art. 62 d.l. 69/2013), con la precisazione che le disposizioni in pa-

---

<sup>2</sup> Come noto, a seguito del processo di riforma della magistratura onoraria cui si è dato avvio con la legge 28 aprile 2016, n. 57 ("Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace"), si è previsto che le figure del GOT e del Giudice di pace siano fuse, con l'istituzione del Giudice onorario di pace. La delega, di durata annuale, può essere esercitata attraverso uno o più decreti legislativi: al dicembre 2016, è stato emanato unicamente il d.lgs. 31 maggio 2016, n. 92, recante "Disciplina della sezione autonoma dei Consigli giudiziari per i magistrati onorari e disposizioni per la conferma nell'incarico dei giudici di pace, dei giudici onorari di tribunale e dei vice procuratori onorari in servizio". Per quanto attiene all'argomento del presente lavoro, occorre segnalare che la riforma — che, sin dal titolo della legge di delegazione si è voluto definire "organica" — non ha inciso sul ruolo e sulle funzioni dei Giudici ausiliari, la cui disciplina può tuttora rinvenirsi unicamente nel d.l. 69/2013.

<sup>3</sup> La figura fu prevista dalla l. 22 luglio 1997, n. 276 recante "Disposizioni per la definizione del contenzioso civile pendente: nomina di giudici onorari aggregati e istituzione delle sezioni stralcio nei tribunali ordinari", per la celere definizione delle cause pendenti alla data del 30 aprile 1995.

<sup>4</sup> Trattasi di programmi che i capi degli uffici giudiziari, sentiti i presidenti dei consigli dell'ordine degli avvocati, debbono approvare entro il 31 gennaio di ogni anno, volti alla determinazione degli obiettivi di riduzione della durata dei procedimenti, degli obiettivi di rendimento dell'ufficio e dell'ordine di priorità nella trattazione dei procedimenti pendenti.

rola non si applicano ai procedimenti civili trattati dalla Corte d'appello in unico grado, fatta eccezione per il procedimento per l'ottenimento dell'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo, previsto dalla l. 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto).

La nomina dei Giudici ausiliari,<sup>5</sup> nel numero massimo di quattrocento, avviene, con decreto del Ministro della Giustizia, previa deliberazione del Consiglio Superiore della Magistratura, all'interno di alcune categorie particolarmente qualificate: magistrati, avvocati dello Stato, professori e ricercatori universitari, avvocati.<sup>6</sup> Si noti, comunque, che ex art. 65 «è riconosciuta preferenza ai fini della nomina agli avvocati iscritti all'albo».

L'incarico di Giudice ausiliario è conferito per la durata di cinque anni, prorogabile per non più di cinque anni, e soggetta a conferma annuale; l'incarico viene comunque meno al raggiungimento del settantottesimo anno di età e nelle ipotesi di decadenza, dimissioni, revoca e mancata conferma di cui all'art. 71. L'art. 64 d.l. 69/2013 prevede poi le cariche con cui l'incarico è incompatibile;<sup>7</sup> inoltre, si estendono al Giudice ausiliario le stesse incompatibilità ed ineleggibilità previste per i magistrati ordinari (art. 69, co. 1). Sono altresì previste, ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 69, limitazioni all'esercizio della professione forense nell'ambito del distretto presso cui è svolto l'incarico di Giudice ausiliario e con riferimento alle parti di procedimenti in relazione ai quali sono state svolte le relative funzioni. L'art. 70, relativo alle cause di astensione e ricusazione, richiama le ipotesi di cui agli artt. 51 e 52 c.p.c., estese tuttavia ai casi di associazione o collegamento, anche per l'interposizione del coniuge, dei parenti o di "altre persone", con lo studio professionale a cui è appartenuto o appartiene il difensore di una delle parti.

Quanto all'esercizio delle funzioni dei Giudici ausiliari, si prevede che essi siano assegnati, con provvedimento del Presidente della Corte d'appello, alle diverse sezioni dell'ufficio (art. 65, co. 4) e che in ciascun collegio non possa esservi più di un Giudice ausiliario, che ha l'incarico di definire (*rectius*, stendere le motivazioni delle pronunce di) almeno novanta procedimenti per anno (art. 68), con la precisazione che i decreti ex legge Pinto sono computati nella misura di un ottavo.

---

<sup>5</sup> Con d.m. 5 maggio 2014 del Ministro della Giustizia è stata istituita la pianta organica a esaurimento dei Giudici ausiliari; con d.m. 21 luglio 2014, pubblicato in G.U. il 9 settembre 2014, veniva successivamente bandita la procedura di nomina dei Giudici ausiliari, con termine per la presentazione della domanda a trenta giorni dalla pubblicazione del bando.

<sup>6</sup> In dettaglio: magistrati ordinari, contabili e amministrativi e avvocati dello Stato, a riposo da non più di tre anni (comunque sotto i settantacinque anni di età); magistrati onorari che abbiano esercitato per almeno cinque anni, comunque sotto i settantacinque anni di età; professori universitari in materie giuridiche anche a tempo definito, o a riposo da non più di tre anni, comunque sotto i settantacinque anni di età; ricercatori universitari in materie giuridiche; avvocati, anche cancellati dall'albo da non più di tre anni, con età minore di sessant'anni; notai, anche a riposo da non più di tre anni, con almeno cinque anni di iscrizione all'albo ed età minore di sessant'anni.

<sup>7</sup> In particolare, l'incarico di Giudice ausiliario di Corte d'appello è incompatibile con la carica di membro del Parlamento nazionale ed europeo, deputato e consigliere regionale, membro del Governo, presidente o membro della giunta regionale e provinciale; sindaco, assessore comunale, consigliere provinciale, comunale e circoscrizionale, nonché con la qualità di ecclesiastico o ministro di culto nonché con le funzioni direttive o esecutive esercitate nell'ambito di partiti politici

Concludendo questo sommario quadro relativo ai caratteri della nuova figura di magistrato onorario prevista dal d.l. 69/2013, pare opportuno soffermarsi brevemente sull'incidenza pratica dei giudici onorari sull'attività giurisdizionale delle Corti d'appello. Anzitutto, quanto al numero di Giudici ausiliari attualmente in funzione, dalle informazioni rese disponibili tramite il sito *web* del Consiglio Superiore della Magistratura, dei 400 posti in organico ne risultano coperti 375. In termini assoluti, si tratta di un numero piuttosto limitato di magistrati onorari, se rapportato ai 1349 Giudici di Pace attualmente in carica (peraltro rispetto ad una pianta organica di 3404) o ai 2174 (su 2685) GOT presenti nei Tribunali.<sup>8</sup> La dimensione del ruolo dei magistrati onorari va tuttavia raffrontata con l'organico dei magistrati addetti alle Corti d'appello. Invero, considerando anche quanti svolgano funzioni direttive o semi-direttive, l'organico delle Corti d'appello conta 1345 magistrati: i Giudici ausiliari rappresentano, pertanto, poco meno di un quarto dei magistrati addetti alle Corti.<sup>9</sup> Se poi si considera che i Giudici ausiliari, come sopra si notava, oltre alla trattazione di procedimenti di equa riparazione per irragionevole durata del processo, possono essere chiamati a comporre solamente i collegi civili, con l'eccezione di quelli che trattino procedimenti in unico grado, e, presumibilmente, di quelli trattati da sezioni specializzate, come la sezione minori, se ne può desumere che, all'atto pratico, non l'eccezione ma la norma sarà la presenza, nel collegio giudicante, di un giudice non professionale.

Tratteggiata la figura del Giudice ausiliario, è d'uopo soffermarsi sulla normativa costituzionale in materia di magistratura onoraria, giacché, discostandosi da un panorama comparato che raramente individua, in Costituzione, il procedimento di nomina dei magistrati,<sup>10</sup> la carta fondamentale italiana determina con precisione le modalità di reclutamento, nonché le forme di partecipazione all'amministrazione della giustizia di soggetti estranei all'ordine giudiziario.

### **3. Le norme costituzionali in materia di partecipazione all'esercizio della giurisdizione di soggetti estranei all'ordine giudiziario e magistratura onoraria**

La possibilità di nominare magistrati onorari trova il suo addentellato normativo a livello costituzionale nell'art. 106 Cost., che fissa la regola generale del concorso per la nomina dei magistrati: è, questa, una disposizione volta ad assicurare la qualificazione tecnica del magistrato, da riconoscersi quale uno dei presupposti dell'indipendenza dei giudici (e dei magistrati del pubblico ministero), e come fonte di legittimazione dell'intero potere giudiziale.

---

<sup>8</sup> I dati sono disponibili sul sito *web* del Consiglio Superiore della Magistratura alla pagina <http://appinter.csm.it/situffgiud/situffgiud.dll/EXEC/0/9CDB42035D0FAFAAD4D3E440?A&B> (consultata il 22 ottobre 2016).

<sup>9</sup> Si noti che i Giudici ausiliari non sono equamente distribuiti tra le Corti d'appello, ma sulla base di criteri individuati dall'art. 65, co. 1, d.l. 69/2013; le percentuali delle singole Corti variano dal 17% della Corte d'appello di Trento (e sezione distaccata di Bolzano) al 32% delle Corti d'appello di Bologna e Perugia.

<sup>10</sup> V. F. RIGANO, *Art. 106*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006, pp. 2044–2050: p. 2050.

rio.<sup>11</sup> I due successivi commi dell'articolo in discorso, tuttavia, introducono deroghe a tale principio, prevedendo, al comma secondo, che «la legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli» e, al comma terzo, la possibilità di nomina da parte del CSM di professori ed avvocati (aventi determinati requisiti) alla carica di Consigliere di cassazione.

La previsione del comma secondo va distinta dagli altri casi in cui la Costituzione ammette che la giurisdizione sia esercitata da soggetti estranei all'ordine giudiziario, vale a dire consente la presenza di “giudici non professionali” che non siano “magistrati onorari”.<sup>12</sup> Ci si riferisce, anzitutto, al già citato terzo comma dell'art. 106, che consente la chiamata all'ufficio di Consigliere di cassazione “per meriti insigni” di professori ordinari in materie giuridiche e avvocati con quindici anni di esercizio, abilitati al patrocinio avanti alle giurisdizioni superiori, e che ha trovato la propria (tardiva)<sup>13</sup> attuazione nella l. 5 agosto 1998, n. 303; ai “cittadini idonei estranei alla magistratura” che, ai sensi dell'art. 102, co. 2, Cost. possono integrare la composizione dei collegi giudicanti delle sezioni specializzate e, infine, alle altre ipotesi in cui, con la determinazione dei casi e delle forme da parte della legge, ex art. 102, co. 3, Cost., il popolo partecipa direttamente all'amministrazione della giustizia. La distinzione effettuata è rilevante, perché diverso è il ruolo attraverso il quale, volta a volta, si attua la partecipazione all'esercizio della giurisdizione di soggetti sprovvisti della qualifica di magistrato professionale. Approfondire le differenze tra le varie categorie consente di cogliere il *proprium* di quella del magistrato onorario di cui al secondo comma dell'art. 106.

La nomina di professori e avvocati all'ufficio di Consigliere di cassazione, ex art. 106, co. 3, Cost. si caratterizza, infatti, come *in nuce* può desumersi dal tenore della disposizione, e come è esplicitato dall'art. 2, co. 1, lett. e), l. 303/1998, per la cessazione dell'attività forense o dell'attività lavorativa, e per l'acquisizione da parte del nominato del medesimo stato giuridico dei magistrati ordinari (art. 3, co. 2, l. 303/1998). Deve dunque ritenersi che l'avvocato o il professore che, per meriti insigni, venga nominato Consigliere di cassazione divenga magistrato “di carriera”<sup>14</sup> (essendo anche soggetto alla valutazione di professionalità per il conferimento di funzioni direttive superiori): non si tratta pertanto di una speciale ipotesi di magistrato onorario, categoria caratterizzata, invece, per l'assenza di un rapporto di pubblico impiego, per la temporaneità dell'incarico e (almeno in linea teorica) per il disimpegno delle funzioni giudiziarie in via non esclusiva.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Art. 106*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1986, pp. 119-139: *passim*.

<sup>12</sup> S. SENESE, *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. 7, Torino, UTET, 1991, pp. 195-230: p. 221.

<sup>13</sup> Cfr. la critica di A. PIZZORUSSO, «Professori e avvocati in Cassazione: una misura intempestiva. Legge 5 agosto 1998, n. 303», in *Corriere giuridico*, 1998, n. 11, pp. 1249-1953 e quella, che dell'istituto ricostruisce gli antecedenti storici, concludendo per la sua natura anacronistica, di F. CIPRIANI, «La chiamata in Cassazione per meriti insigni (appunto per la bicamerale)», in *Il Foro Italiano*, 1997, n. 2, pp. 57-68.

<sup>14</sup> V. F. RIGANO, *Art. 106*, cit., p. 2049.

<sup>15</sup> Quanto alla non esclusività, si potrebbe obiettare che, come al Giudice ausiliario non è consentito l'esercizio dell'attività forense innanzi agli uffici giudiziari del distretto, così al Consigliere di cassazione nominato per meriti insigni non dovrebbe essere permesso il patrocinio avanti ad alcun giudice appartenente alla circoscrizione facente capo alla Corte di cassazione, vale a dire ad alcun giudice nazionale. Tale assimilazione dei due

Non è poi necessario diffondersi sulla differenza tra i magistrati onorari di cui all'art. 106, co. 2, Cost., e le forme di partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia, che, come noto, si sostanziano nella presenza di giudici popolari nei collegi delle Corti d'Assise e delle Corti d'Assise d'Appello, di cui alla l. 287 del 10 aprile 1951.<sup>16</sup>

Infine, per quanto riguarda i "cittadini idonei estranei alla magistratura", chiamati a integrare i collegi delle sezioni specializzate ex art. 102, co. 2, Cost., essi, per la particolarità delle materie trattate dalle sezioni specializzate, sono chiamati a fornire un apporto di natura tecnica. Si pensi, ad esempio, agli "esperti" delle sezioni specializzate agrarie, di cui alla l. 2 marzo 1963, n. 320, scelti tra gli iscritti negli albi professionali dei dottori in scienze agrarie, dei periti agrari, dei geometri e degli agrotecnici, o a quelli dei Tribunali Regionali delle Acque Pubbliche (artt. 138 ss. r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775) scelti tra gli ingegneri, o ancora ai componenti privati delle sezioni minorenni delle Corti d'appello (r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404) individuati fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia e benemeriti dell'assistenza sociale. Anche qui, dirimente, oltre alla competenza tecnica in ambito diverso da quello giuridico, che costituisce la *ratio* della stessa previsione dell'art. 102, co. 2, è il ruolo degli esperti che "partecipano" alle sezioni specializzate, integrandone i collegi giudicanti, ma non svolgono funzioni giudicanti monocratiche.

Procedendo dunque per differenza, si ricava che il *proprium* della previsione di cui al secondo comma dell'art. 106 Cost. è, invece, non solo la possibilità dell'elezione dei magistrati onorari che, come noto, non è stata colta dal legislatore ordinario, ma anche la possibilità che essi siano nominati «per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli». Invero, la previsione non ha mancato di suscitare contrasti interpretativi, che hanno visto contrapporsi la tesi, di stampo storico, che ritiene che la *ratio* del riferimento ai "giudici singoli" debba essere individuata sulla base del contesto normativo dell'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore (che affidava alla cognizione del giudice monocratico controversie di modestissima entità), a quella, evolutiva, che ammette che, al mutare delle disposizioni processualistiche sulla costituzione dei giudici, possa corrispondere un ampliamento (o, in ipotesi, anche una riduzione) delle funzioni per le quali è possibile la nomina di magistrati onorari. È noto infatti come l'abolizione della figura del pretore e l'istituzione del c.d. "giudice unico di primo grado" abbia comportato l'espansione delle materie affidate alla cognizione del giudice monocratico.

Secondo la prima tesi, indipendentemente dalla progressiva estensione del novero delle materie affidate alla cognizione del giudice monocratico, la nomina di magistrati onorari dovrebbe essere riservata alla trattazione delle cause meno complesse sulla base dell'assunto che «il significato sostanziale della locuzione ("funzione attribuite al giudice sin-

---

casi, tuttavia, non spiega perché al Consigliere di cassazione sia imposta la cancellazione dall'albo professione, posto che egli ben potrebbe patrocinare avanti ad organi giudiziari di altri stati europei, né, d'altra parte, perché al professore ordinario sia richiesta la cessazione dall'impiego.

<sup>16</sup> Essi, infatti, «devono ritenersi [...] non più "magistrati", e cioè facenti parte dell'organizzazione statutale, ma piuttosto "popolo" che direttamente partecipa all'amministrazione della giustizia», S. SENESE, *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, cit., p. 221. Cfr. anche N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, 4<sup>a</sup> ed., Bologna, Zanichelli, 2014, p. 17.

golo”) è proprio di circoscrivere la competenza alle controversie “di poco conto”<sup>17</sup> giacché «il modello sotteso all’art. 106, 2° co., [sarebbe] quello del magistrato delle questioni bagatelari, il cui intervento riduca il carico di lavoro del magistrato professionale e dia efficienza alla giustizia “maggiore”». <sup>18</sup> Siffatta interpretazione del riferimento alle funzioni attribuite a giudici singoli non pare tuttavia condivisibile, poiché l’escludere che possano essere nominati giudici onorari per la trattazione di cause che, nel 1948, non potevano esser loro affidate, implicherebbe, sostanzialmente, una costituzionalizzazione della riserva di collegialità per la trattazione delle materie “di maggiore importanza”. Peraltro, così opinando, il tenore precettivo della disposizione in discorso diverrebbe inafferrabile, tanto da rendere la norma niente più che un auspicio, difficilmente giustiziabile davanti alla Corte costituzionale. Deve tuttavia notarsi, indipendentemente dall’opzione prescelta, che la risoluzione della questione non incide sull’oggetto del presente lavoro, giacché alla figura di giudice onorario di cui trattasi viene affidata la cognizione di controversie che né al momento dell’entrata in vigore della Costituzione, né ad oggi, sono attribuite alla competenza di giudici singoli.

#### 4. La giurisprudenza in tema di partecipazione dei giudici onorari ai collegi giudicanti

Benché la Corte costituzionale abbia avuto varie occasioni di pronunciarsi sulla conformità a Costituzione di disposizioni ordinarie relative alla magistratura onoraria, essa, sulla tematica che qui più interessa — vale a dire la possibilità, per i magistrati onorari, di partecipare ai collegi giudicanti — è scarsa, ciò che, senza dubbio, è principalmente dovuto all’assenza, sino al d.l. 69/2013, di una categoria di magistrati onorari precipuamente istituita a tale scopo.<sup>19</sup>

Il primo caso in cui la Corte costituzionale ebbe ad occuparsi della questione fu deciso con la sent. 99 del 3 dicembre 1964.<sup>20</sup> Il Tribunale di Palermo aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 105 ord. giud. (r.d. 12/1941) che, nel testo allora vigente, consentiva al Presidente del Tribunale, nel caso di mancanza o impedimento di un giudice, (qualora non fosse possibile provvedere a norma dell’art. 97 ord. giud., nominando magistrati di altre sezioni) di costituire il collegio chiamando un vicepretore (di carriera, od onorario) del-

---

<sup>17</sup> F. RIGANO, *Art. 106*, cit., p. 2048.

<sup>18</sup> *Ibidem*. Analogamente, F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Art. 106*, cit., p. 106.

<sup>19</sup> Invero, come già si accennava, la riorganizzazione degli uffici giudiziari degli anni novanta del secolo scorso comportò l’abolizione delle figure del giudice conciliatore, magistrato onorario, e del pretore, magistrato professionale, che tuttavia poteva essere coadiuvato dai vicepretori onorari. A ciò corrispose l’istituzione degli Uffici del Giudice di pace, composti da magistrati onorari che giudicano sempre in composizione monocratica e la riorganizzazione dei Tribunali, con l’ampliamento delle materie attribuite alla cognizione del giudice monocratico. In sostituzione del vicepretore onorario, la legge 51 del 19 febbraio 1998 introdusse, intervenendo sul r.d. 12 del 30 gennaio 1941, il Giudice onorario di Tribunale, il cui ruolo, stante la previsione dell’art. 43 *bis* r.d. 12/1941, a tenore della quale i GOT «non po[teva] tenere udienza se non nei casi di impedimento o di mancanza dei giudici ordinari», fu correntemente definito “ancillare”.

<sup>20</sup> La sentenza è annotata, in senso critico, da S. BARTOLE, «Magistrati onorari e funzioni attribuite a giudici singoli», in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, pp. 1040–1045 e da G. BELLAVISTA, «Sulla illegittimità costituzionale dell’art. 105 dell’Ordinamento giudiziario», in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1965, pp. 180–183.

la stessa sede. La questione venne dichiarata infondata sul rilievo che l'art. 106, co. 2, Cost. non «tratt[asse] dell'esercizio delle funzioni giudiziarie e tanto meno della attribuzione di determinati organi» ma si riferisse solamente all'ufficio «nel quale i magistrati onorari possono essere ammessi ad esercitare funzioni giudiziarie», distinguendo la nomina, intesa quale "costituzione dello stato giuridico" dall'esercizio di «funzioni temporanee ed eccezionali derivanti da un incarico di supplenza», che, comunque, avrebbero dovuto essere ricomprese nell'espressione "tutte le funzioni" di cui all'art. 106, co. 2, Cost.<sup>21</sup> La Corte, peraltro, rilevò come la norma impugnata «rispond[esse] altresì ad esigenze eccezionali dell'amministrazione della giustizia, che si verificano soprattutto nei piccoli tribunali».<sup>22</sup>

La materia delle supplenze nei collegi giudicanti venne sottoposta alla Corte costituzionale nuovamente nel 1998. Con due diverse ordinanze di rimessione, il Tribunale di Lecce dubitava della conformità a Costituzione dell'art. 90, co. 5, l. 26 novembre 1990, n. 353, come modificato dall'art. 9 d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, convertito dalla l. 534 del 20 dicembre 1995, che, al fine di esaurire le controversie civili pendenti al 30 aprile 1995, consentiva al Presidente del Tribunale di disporre supplenze, anche in assenza delle condizioni di cui all'art. 105 r.d. 12/1941. Il giudice delle leggi si trovava dunque a giudicare della costituzionalità della medesima disposizione di cui si era occupato con la sent. 99/1964, individuando nella deroga all'art. 105 ord. giud. prevista dall'art. 90 un mutamento dell'ordine di precedenza dei supplenti.

A parere della Corte, occorre interpretare la disposizione scrutinata «alla luce dei canoni elaborati nella [...] sentenza n. 99 del 1964». Nell'interpretare di tale sentenza, afferma la Corte di «aver tenuto ben distinte la nomina dall'assegnazione precaria e occasionale, qual è nella sostanza la supplenza, che non può, e non deve, incidere sullo "stato" del magistrato tanto da trasformare l'incarico temporaneo in un sostanziale incardinamento in un ufficio; con il rischio dell'emergere di una nuova categoria di magistrati». Viene dunque fatta salva la conformità a Costituzione dell'art. 90 — o, meglio, si afferma che «così precisato l'ambito della norma denunciata, si dissolvono i prospettati dubbi di legittimità costituzionale».

---

<sup>21</sup> La questione di legittimità costituzionale dell'art. 105 ord. giud. rispetto all'art. 106, co. 2, Cost. viene poi, con analoghi argomenti, dichiarata manifestamente infondata dalla Corte di cassazione con sentenza della terza sezione civile n. 8518 del 19 ottobre 1994, ove si osserva che «non può fondatamente sostenersi che l'art. 105 R.D. 12-41, nel prevedere la possibilità di integrazione del Collegio giudicante, anche a mezzo di designazione di un Vice-pretore, contrasti con la norma dell'art. 106 Cost., relativa alla "nomina di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli", dal momento che il vice-pretore onorario, che è un giudice del pari istituito e regolato dalle norme sull'ordinamento giudiziario, essendo legittimato a sostituire il magistrato ordinario, che sia addetto ad un ufficio di Pretura, nell'espletamento di "tutte le sue funzioni", è da ritenere che del Pretore possa svolgere non soltanto le funzioni ordinarie, ma anche quelle temporanee ed eccezionali, derivanti da un incarico di supplenza, e che, quindi, possa partecipare, come componente, ad un Collegio giudicante, senza che ciò possa inficiare la costituzione e la capacità dello stesso».

<sup>22</sup> Con la successiva ord. 36 dell'8 aprile 1965 veniva dichiarata manifestamente infondata identica questione sollevata da altro ufficio giudiziario. Una questione simile, ma incentrata sull'asserita incostituzionalità della mancata limitazione dell'esercizio della professione forense avanti al Tribunale da parte del vicepretore onorario che sia chiamato ad integrarne il collegio, fu sottoposta all'esame della Corte costituzionale trentaquattro anni dopo, venendo dichiarata manifestamente inammissibile, in quanto perplessa, con ord. 265 del 1 giugno – 9 luglio 1998.

le»<sup>23</sup> — in quanto tale disposizione risultava volta a rispondere ad “esigenze eccezionali”, con un modulo procedurale peraltro in via di superamento a causa dell’entrata in vigore della l. 27 del 22 luglio 1997, che aveva istituito le “sezioni stralcio” e aveva previsto la nomina di giudici onorari aggregati. Con sentenza 103 del 26 marzo – 6 aprile 1998<sup>24</sup> venne dunque dichiarata l’infondatezza della questione.<sup>25</sup>

L’interpretazione delle due sentenze costituzionali deve tener conto del contesto normativo sul quale la Corte era stata chiamata a pronunciarsi: la figura di magistrato onorario cui esse si riferiscono, il vicepretore onorario, infatti, apparteneva ad un organo giudiziario (la pretura) che decideva unicamente in composizione monocratica. Con l’istituzione del giudice unico di primo grado, i Giudici Onorari di Tribunale risultano invece incardinati all’interno di un ufficio che, a seconda delle materie, può decidere tanto in composizione monocratica, quanto in composizione collegiale.

La problematica in discorso è stata oggetto anche di pronunce dei giudici comuni, tanto civili quanto penali, anche di recente. L’orientamento della Corte di cassazione, che sovente richiama le due citate sentenze della Corte costituzionale, è netto nell’escludere che la partecipazione al collegio di un giudice onorario possa essere causa di nullità.<sup>26</sup>

Di particolare interesse è la sentenza della seconda sezione penale della Cassazione n. 21831/2002, ove, premessa l’inapplicabilità, al caso di specie, dell’intervenuto art. 43 *bis* ord. giud., trattandosi di norma di natura processuale e dunque applicabile secondo il principio *tempus regit actum*, si afferma, in *obiter*, che la contemporanea abolizione dell’art. 105 r.d. 12/1941 «non esprime certamente la volontà legislativa di escludere categoricamente l’evenienza di una [...] partecipazione individuale [dei magistrati onorari] alla composizione del tribunale collegiale, fino al punto da doversi configurare una sorta di incapacità del collegio» — affermazione che, di per sé, potrebbe ritenersi condivisibile, anche alla luce della circolari del CSM che consentono la partecipazione dei magistrati onorari ai collegi<sup>27</sup> — giungendosi tuttavia alla conclusione, che si vorrebbe dire eccentrica, se non paradossale, secondo la quale un’eventuale esclusione dai collegi porrebbe «addirittura un problema di legit-

---

<sup>23</sup> Parrebbe dunque trattarsi di una pronuncia interpretativa c.d. “occulta”, stante l’assenza del classico dispositivo di infondatezza “nei sensi di cui in motivazione”, caratterizzante le sentenze interpretative di rigetto.

<sup>24</sup> La sentenza è annotata da E. BINDI, «Un caso di bilanciamento (mascherato) tra esigenze di efficienza della giustizia e principi costituzionali relativi alle garanzie giurisdizionali», in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 900–912.

<sup>25</sup> Identica questione viene dichiarata manifestamente infondata con ord. 400 del 10-12 dicembre 1998.

<sup>26</sup> V., tra le sentenze degli ultimi anni, Cass. pen., sez. II, sent. 21831 del 28 gennaio 2002, Cass. pen., sez. I, sent. 17449 del 2 aprile 2004, Cass. pen., sez. IV, sent. 9323 del 14 dicembre 2005, Cass. pen., sez. IV, sent. 41988 del 15 novembre 2006, Cass. pen., sez. II, sent. 8413 del 22 febbraio 2007, Cass. pen., Sez. I, sent. 13573 del 4 febbraio 2009, Cass. pen., sez. III, sent. 21772 del 16 febbraio 2011, Cass. pen., sez. III, sent. 4841 del 18 luglio 2012, Cass. pen., sez. VI, sent. 7200 dell’8 febbraio 2013, Cass. pen., sez. I, sent. 34141 del 15 luglio 2015, Cass. civ., sez. I, sent. 12014 del 26 novembre 1998, Cass. civ., sez. II, sent. 11871 del 25 giugno 2004, Cass. civ., sez. I, sent. 26812 del 7 novembre 2008.

<sup>27</sup> V., da ultimo, la circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2014/2016 (Circolare P. n. 19199 del 27 luglio 2011 - Delibera del 21 luglio 2011 e succ. mod.), disponibile sul sito del CSM (<http://astra.csm.it/circtabelle/pages/php/stampa2.php>, consultato il 25 ottobre 2016), che, al par. 61.2.3) prevede che «i giudici onorari [di tribunale] possono comunque essere destinati in supplenza dei giudici professionali anche nei collegi».

timità costituzionale in riferimento all'art. 106, co. 2, Cost., che invece ammette la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari "per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli"<sup>28</sup>. Si fa qui applicazione dell'assunto, che già si è visto espresso nella giurisprudenza costituzionale, che tra le "funzioni attribuite a giudici singoli" rientri anche la supplenza nei collegi giudicanti.

È peraltro dato riscontrare un caso in cui la Cassazione civile ha ritenuto che la presenza di un giudice onorario nel collegio giudicante determinasse un vizio di costituzione del giudice e, conseguentemente, la nullità della sentenza da questo pronunciata. Si tratta della sentenza n. 18002 del 2 agosto 2010 pronunciata dalla seconda sezione civile ove, tuttavia, alla conclusione si perviene facendo applicazione del disposto dell'art. 43 *bis* ord. giud., laddove si esclude che ai giudici onorari possa essere affidata «la trattazione di procedimenti cautelari e possessori, fatta eccezione per le domande proposte nel corso della causa di merito o del giudizio petitorio». Nel caso di specie, infatti, il collegio del Tribunale era chiamato a giudicare in grado di appello avverso sentenza pretorile emessa in procedimento *ex art.* 700 c.p.c., vale a dire in materia cautelare. Il difetto di costituzione del giudice, secondo la prospettazione della Cassazione, discende dunque non dalla mera partecipazione del magistrato onorario al collegio giudicante, ma dalla partecipazione di questi a un collegio chiamato a esercitare la giurisdizione cautelare, materia che, a mente del citato art. 43 *bis* ord. giud., non può essere trattata da magistrati onorari. La pronuncia in discorso contiene invece un *obiter* di particolare interesse, con riferimento alla questione di cui si tratta, perché dà una rappresentazione di quanto il tenore precettivo dell'art. 106 Cost. manchi di essere preso in considerazione dal giudice della legittimità. Afferma infatti la Corte che «il dato normativo consente [...] di ritenere che, in assenza di specifici divieti di ordine sistematico, i g.o.t. possano anche essere chiamati a fare parte dei collegi (eventualmente di appello), benché l'art. 106 Cost., comma 2, ne preveda la nomina per l'esercizio delle funzioni attribuite "a giudici singoli"».

Se, dunque, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha assunto una posizione sfumata, ammettendo la partecipazione dei magistrati onorari ai collegi, sulla base della normativa allora vigente, ove vi fossero "esigenze eccezionali", la giurisprudenza di legittimità ha preso posizioni più nette — come peraltro richiesto dalla sua funzione di giudice legittimità e della natura prevalentemente demolitoria del suo intervento — escludendo che la presenza di magistrati onorari nei collegi comporti un difetto di costituzione del giudice, attenendo la normativa in esame ad aspetti organizzatori, ed anzi, come si evince dall'*obiter* testé citato, negando di fatto valore precettivo al disposto dell'art. 106, co. 2, Cost., ed ignorando anche quel canone di interpretazione conforme a Costituzione, presente sotto traccia nella citata sent. 103/1998, che richiederebbe una lettura delle disposizioni ordinarie in esa-

---

<sup>28</sup> La soluzione è criticata da I. CAMINITI, «Questioni nuove in tema di incompetenza territoriale ed ipercapacità del giudice onorario componente di un Tribunale collegiale (nota a Cass. pen. Sez. II, 28 gennaio 2002, n. 21831)», in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 2, che ritiene che «in presenza di un collegio giudicante in cui uno dei componenti sia un giudice onorario, gli atti compiuti devono ritenersi affetti da nullità assoluta per carenza, in capo al giudice onorario, della capacità di esercitare la funzione giurisdizionale, derivante dalla violazione di norme di ordinamento giudiziario».

me che, per quanto reso possibile dal tenore letterale, sia compatibile con la regola contenuta nell'art. 106, co. 2, Cost.

## 5. Critica degli orientamenti giurisprudenziali

Dalla ricostruzione della giurisprudenza costituzionale e ordinaria sopra condotta si evince la centralità dell'interpretazione del richiamo alle "funzioni attribuite a giudici singoli" contenuto nell'art. 106, co. 2, Cost. Infatti, specie nella giurisprudenza costituzionale, emerge l'attenzione alla natura eccezionale delle supplenze di magistrati onorari nei collegi giudicanti, che, nella sent. 99/1964, esclude che possa essere viziata da incostituzionalità la supplenza nei collegi del tribunale di giudici onorari addetti alla pretura, quando non siano disponibili magistrati professionali, e nella sent. 103/1998 fa salva la deroga al presupposto da ultimo citato, data l'esistenza di un limite, individuato nelle cause pendenti al 30 aprile 1995. È tuttavia sulla definizione del tenore precettivo dell'art. 106, co. 2, che anche nella sent. 99/1964 si gioca la legittimità della partecipazione dei magistrati onorari ai collegi giudicanti. Anche la giurisprudenza di legittimità intervenuta in materia ha ammesso la partecipazione di un magistrato onorario al collegio giudicante ritenendo che poiché il vice-pretore onorario può sostituire il pretore in tutte le funzioni, «è da ritenere che del Pretore possa svolgere non soltanto le funzioni ordinarie, ma anche quelle temporanee ed eccezionali, derivanti da un incarico di supplenza».<sup>29</sup>

Ora, poiché il disposto del comma secondo dell'art. 106 Cost. consente la nomina di *magistrati* onorari per le funzioni attribuite a *giudici* singoli, e premesso che, secondo la definizione tradizionale, per "magistrati" s'intendono i soggetti «collocati istituzionalmente in posizione neutra rispetto agli interessi fatti oggetto delle loro attività»<sup>30</sup> che ricoprono gli organi che esercitano la funzione requirente o la funzione giudicante<sup>31</sup> occorre verificare in quale accezione, nella disposizione in esame, la carta costituzionale impieghi il termine "giudici". Invero, al di là dell'uso volgare che assimila "magistrato" e "giudice", in senso proprio con tale lemma può intendersi sia il soggetto (magistrato addetto a funzioni giudicanti) sia l'ufficio (organo collegiale o monocratico) che esercita la funzione giudicante.<sup>32</sup>

Orbene, a parere di chi scrive, alla risoluzione della questione, quantomeno ai limitati fini dell'interpretazione del disposto dell'art. 106, co. 2, Cost., soccorre il tenore della disposizione, che fa riferimento alle "funzioni attribuite a giudici singoli". Seguendo infatti la dicotomia testé segnalata, il riferimento potrebbe essere, da un canto, a "singoli magistrati addetti a funzioni giudicanti" (che si potrebbe dire interpretazione ampia) e, dall'altra a "organi giudicanti monocratici" (interpretazione stretta).

---

<sup>29</sup> Cass. civ., sent. 8518/1994 cit.

<sup>30</sup> G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, 6<sup>a</sup> ed., Padova, CEDAM, 2008, p. 618.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> È peraltro evidente come la distinzione, agevole laddove l'organo giudicante sia collegiale, tenda a sfumare quando la funzione giurisdizionale, come è avvenuto nel corso del tempo in Italia, venga crescentemente affidata a organi monocratici.

Seguendo l'interpretazione ampia dell'espressione "giudici singoli", la disposizione in commento darebbe fondamento costituzionale alla nomina di magistrati addetti a funzioni giudicanti: il riferimento alle "funzioni attribuite a giudici singoli", pertanto, comprenderebbe tutte le funzioni attribuite a (singoli) magistrati giudicanti.<sup>33</sup> Il riferimento fatto a "giudici singoli" risulterebbe, dunque, sostanzialmente pleonastico — l'espressione "giudice singolo" equivalendo, in tesi, a "giudice" — di guisa che sarebbe possibile nominare magistrati onorari in sostituzione di qualsiasi magistrato professionale giudicante, indipendentemente dal fatto che eserciti le sue funzioni singolarmente o nell'ambito di un organo collegiale.

Pare invece preferibile l'interpretazione stretta del riferimento ai "giudici singoli", che ritiene che ivi, per giudice, debba intendersi non il soggetto, ma l'ufficio, con ciò facendosi dunque riferimento a quello che, secondo l'espressione corrente, si definisce "giudice monocratico".<sup>34</sup> sarebbe dunque ammissibile la nomina di magistrati onorari per il disimpegno di tutte le funzioni affidate a organi giudicanti monocratici. La soluzione risulta peraltro confortata dall'esame degli atti dell'Assemblea Costituente<sup>35</sup> da cui emerge che, nonostante il rigetto di emendamenti riferentisi esplicitamente alle figure di magistrati onorari allora presenti (conciliatore e vicepretore onorario), il riferimento a "giudici singoli" era inteso come fatto alle figure di giudici monocratici allora esistenti.<sup>36</sup> Si noti peraltro come, tra le previsioni del d.d.l. costituzionale C. 4275 presentato il 7 aprile 2011 ("Riforma del Titolo IV della Parte II della Costituzione") vi fosse l'espunzione, dall'art. 106, co. 2, Cost. dell'inciso «per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli»<sup>37</sup>, ciò che costituisce ulteriore indice che a tale inciso debba annettersi un significato precettivo.

Da tale impostazione consegue non solo che la nomina di magistrati onorari requirenti sia priva di base costituzionale — come peraltro ebbe la Corte costituzionale a riconoscere con l'ordinanza n. 181/1998 — ma anche che al magistrato onorario debbano essere indefettibilmente attribuite funzioni monocratiche, giacché il componente del collegio giudicante, non investito singolarmente della funzione giurisdizionale, se pur può definirsi "giudice" (nel senso di magistrato giudicante), mai potrebbe definirsi "giudice singolo" (nel senso di organo giudicante monocratico). Inoltre, se, come riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale, la nomina di magistrati onorari requirenti, pur priva di "valorizzazione costituzionale", non è illegittima, ne discende che l'art. 106, co. 2, non costituisce unicamente titolo autorizzatorio alla

---

<sup>33</sup> Nota peraltro S. BARTOLE, «Magistrati onorari e funzioni attribuite a giudici singoli», cit., p. 1042, che «non pare agevole sostenere che la citata disposizione costituzionale, nella misura in cui ammette la nomina di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuiti a giudici singoli, si risolva in una mera equiparazione dei magistrati onorari ad una ipotetica categoria di magistrati ordinari qualificati come *giudici singoli*, riconoscendo ai primi la possibilità di essere investiti di tutte quelle funzioni cui possono essere preposti i secondi», non esistendo lo stato giuridico di "giudice singolo".

<sup>34</sup> L'opzione pare, peraltro, pacifica in dottrina: v., *ex plurimis*, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. 2, 9<sup>a</sup> ed., Padova, CEDAM, 1976, p. 1277.

<sup>35</sup> La discussione sull'art. 106 avvenne nella seduta antimeridiana del giorno 26 novembre 1947.

<sup>36</sup> In questo senso, cfr. E. BINDI, «Un caso di bilanciamento (mascherato) tra esigenze di efficienza della giustizia e principi costituzionali relativi alle garanzie giurisdizionali», cit., p. 902.

<sup>37</sup> Si veda il commento di M. NISTICÒ, «La magistratura onoraria (Il progetto di riforma del titolo IV della parte II della Costituzione nel d.d.l. costituzionale 7 aprile 2011 n. 4275)», in *Il Foro Italiano*, 2011, n. 10, pp. 300–302.

nomina di magistrati onorari giudicanti — che, analogamente, in assenza di tale disposizione, potrebbe ritenersi legittima, ancorché priva di “valorizzazione costituzionale” — ma individua anche dei limiti alla normativa ordinaria in materia, che può prevedere l’attribuzione ai giudici onorari unicamente delle funzioni attribuite a uffici monocratici.

In quest’ordine di idee, non pare del tutto condivisibile<sup>38</sup> l’interpretazione della Corte costituzionale, espressa nelle sentt. 99/1964 e 103/1998, per cui tra le funzioni attribuite a “giudici singoli”, vi è anche quella di supplire, ricorrendone le condizioni, ai magistrati professionali nei collegi giudicanti, per quanto giustificata dall’eccezionalità, che, con riferimento alla sent. 99/1964, era insita nel disposto dell’art. 105 ord. giud. allora vigente, che vedeva nel vicepretore onorario il supplente *di ultima istanza*, e, quanto alla sent. 103/1998, derivava dall’esigenza di definire i procedimenti pendenti ad una determinata data, peraltro nell’imminenza dell’entrata in vigore di un nuovo meccanismo di “smaltimento dell’arretrato”. Come si è notato in dottrina, infatti, la Corte, specie con la sent. 103/1998 «pare aver valutato positivamente il bilanciamento, operato dal legislatore, tra esigenze di efficienza della giustizia e principi costituzionali relativi alle garanzie giurisdizionali»,<sup>39</sup> così consentendo che la garanzia prevista dal comma secondo dell’art. 106 si affievolisse in presenza di esigenze eccezionali.

## 6. Considerazioni di sintesi

Le considerazioni sopra svolte e l’analisi della (pur scarsa) giurisprudenza costituzionale in tema inducono a ritenere che le disposizioni contenute nel d.l. 69/2013 che consentono la nomina dei Giudici ausiliari di Corte d’appello e ne regolano le relative funzioni, siano in gran parte incostituzionali, contrastando con il disposto del secondo comma dell’art. 106 Cost.

### **6.1. L’incompatibilità del Giudice ausiliario di Corte d’appello con l’art. 106 della Costituzione**

Anche in disparte ogni considerazione circa i valori di rilievo costituzionale<sup>40</sup> che il secondo comma dell’art. 106 Cost., consentendo una limitata eccezione al disposto del primo comma, intende garantire, la previsione di magistrati onorari appositamente istituiti per inte-

---

<sup>38</sup> In questo senso cfr. S. BARTOLE, «Magistrati onorari e funzioni attribuite a giudici singoli», cit.; G. BELLAVIDA, «Sulla illegittimità costituzionale dell’art. 105 dell’Ordinamento giudiziario», cit.; E. BINDI, «Un caso di bilanciamento (mascherato) tra esigenze di efficienza della giustizia e principi costituzionali relativi alle garanzie giurisdizionali», cit.

<sup>39</sup> E. BINDI, «Un caso di bilanciamento (mascherato) tra esigenze di efficienza della giustizia e principi costituzionali relativi alle garanzie giurisdizionali», cit., p. 906.

<sup>40</sup> *In primis* la professionalità del magistrato, come «capacità di saper assolvere al ruolo di garanzia che, attraverso l’applicazione della legge, la giurisdizione esercita» (F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Art. 106*, cit., p. 124), che rappresenta il sostrato su cui poggiano la soggezione del giudice alla legge e l’autonomia dell’ordine giudiziario.

grare i collegi giudicanti in grado di appello appare in palese contrasto con il limite delle “funzioni attribuite a giudici singoli”, sol che si voglia annettere a tale formulazione un valore pre-cettivo che non lo riduca al mero titolo abilitativo alla nomina di magistrati onorari con funzioni giudicanti.

Né pare che a questa conclusione osti la giurisprudenza costituzionale, qui peraltro criticata, che, in passato, ha evitato di dichiarare l'incostituzionalità di quelle disposizioni che consentivano la supplenza, nei collegi giudicanti del Tribunale, di magistrati onorari incardinati in un ufficio, la pretura, che indefettibilmente giudicava in composizione monocratica, peraltro con il *caveat* che la supplenza negli organi collegiali dovesse costituire una misura eccezionale, come chiaramente emerge dall'interpretazione della sent. 99/1964 che la stessa Corte costituzionale dà nella sent. 103/1998. Infatti, se nella sentenza del 1964 l'art. 106, co. 2, viene interpretato — in modo, come si è detto, non convincente — nel senso che esso si riferisce solamente all'ufficio (monocratico) «nel quale i magistrati onorari possono essere ammessi ad esercitare le funzioni giudiziarie»,<sup>41</sup> ben si vede come tale interpretazione dovrebbe escludere che magistrati onorari possano essere ammessi ad esercitare le funzioni giudiziarie nell'ambito di uffici, come le Corti d'appello che, con limitatissime eccezioni, giudicano in composizione collegiale. Analoghe considerazioni possono svolgersi con riferimento alla *ratio decidendi* della sent. 103/1998, laddove si ribadisce la necessità di distinguere la nomina dall'assegnazione occasionale che non può «trasformare l'incarico temporaneo in un sostanziale incardinamento in un ufficio; col rischio dell'emergere di una nuova categoria di magistrati». È pertanto di tutta evidenza come l'istituzione dei Giudici ausiliari — al di fuori dell'istituto della supplenza, sulla cui legittimità la Corte era chiamata a pronunciarsi — abbia proprio l'effetto di creare una nuova categoria di magistrati, incardinati in un ufficio non monocratico. Pertanto, anche a mente della giurisprudenza richiamata, deve ritenersi in contrasto col disposto costituzionale.

Bisogna peraltro rilevare che la previsione dei Giudici ausiliari di Corte d'appello non solo risulta in contrasto con l'art. 106, co. 2, ma si dimostra eccentrica rispetto all'intero impianto dell'articolo in parola, che, come sopra si è ricordato, individua la nomina di magistrati onorari e la chiamata a Consigliere di cassazione per meriti insigni quali (uniche) eccezioni alla regola del concorso. Da una parte, infatti, si consente la nomina di magistrati onorari, e dunque con incarico temporaneo — anche a prescindere dall'opzione tra l'interpretazione storica e quella evolutiva, di cui si è detto — per le funzioni di giudici (monocratici) di primo grado, e dall'altra, per l'integrazione dei collegi dell'organo di vertice della giustizia ordinaria si prevedono stringenti requisiti per una “chiamata” che determina una nomina non temporanea, ma comportante una definitiva inclusione tra i ranghi della magistratura professionale.

Con la previsione dei Giudici ausiliari, il legislatore del “decreto del fare” ha creato un ibrido che presenta alcuni aspetti del magistrato onorario del comma secondo dell'art. 106 (nomina temporanea, impegno non esclusivo, assenza di rapporto di servizio) ed altri del

---

<sup>41</sup> Si noti, peraltro, che un'applicazione rigida di tale principio potrebbe escludere la legittimità delle previsioni riguardanti i Giudici Onorari di Tribunale, che esercitano le proprie funzioni nell'ambito del Tribunale, ufficio non solamente monocratico.

consigliere nominato per meriti insigni di cui al comma terzo (requisiti di professionalità, quantomeno nel testo originario del decreto,<sup>42</sup> integrazione dei collegi giudicanti). Invero, la previsione di giudici onorari in appello reintroduce (si presume inavvertitamente) un istituto già noto all'ordinamento precostituzionale, giacché l'art. 122 ord. giud., nella formulazione originaria,<sup>43</sup> prevedeva la possibilità di ammettere in magistratura avvocati e professori ordinari in materie giuridiche col grado di consigliere di Corte d'appello, dopo quindici anni di esercizio. Si noti peraltro che l'istituto della nomina per meriti insigni, che trovava le sue radici nell'ordinamento sardo,<sup>44</sup> pur mantenuto dall'ordinamento Grandi, non aveva trovato applicazione sin dal 1902, nemmeno per la chiamata al ben più prestigioso incarico di Consigliere di cassazione, e fu introdotto nel testo Costituzionale limitatamente a tale ultima ipotesi. Alla luce del confronto tra l'art. 122 ord. giud. e l'art. 106, Cost., ed in particolare il suo comma terzo, appare evidente come fosse intenzione del Costituente limitare la partecipazione di soggetti estranei alla carriera giudiziaria all'attività delle Corti alla sola Corte di cassazione, in considerazione delle funzioni — *in primis*, la funzione nomofilattica — ad essa attribuite dall'ordinamento giudiziario, e del giovamento che queste avrebbero potuto trarre dal contributo di soggetti particolarmente qualificati.

## **6.2. L'assenza di ragioni eccezionali che possano rendere costituzionalmente legittima la figura del Giudice ausiliario**

Chiarito che l'istituto del Giudice ausiliario di Corte d'appello si appalesa non conforme a Costituzione occorre valutare se possano ricorrere quelle ragioni eccezionali che, in passato, hanno consentito alla Corte costituzionale di fare salve le varie ipotesi di supplenza dei magistrati onorari nei collegi del Tribunale.

Non pare possa pervenirsi ad una soluzione positiva, e ciò tanto sulla base delle specifiche previsioni in materia di Giudici ausiliari, quanto alla luce dell'ordito delle norme sulla magistratura onoraria in cui tale nuovo filo viene inserito. Invero, la misura in esame è caratterizzata dall'istituzione di un ruolo (pur ad esaurimento) di quattrocento Giudici ausiliari, nominati per cinque anni, e rinnovabili una sola volta: come si è visto, considerato l'organico delle Corti d'appello, si tratta di un aumento significativo del personale addetto alle Corti, che consentirebbe la partecipazione di giudici onorari ad una quota significativa dei collegi giudicanti, tanto in funzione di relatore, quanto di terzo componente del collegio.<sup>45</sup> Ciò assume

---

<sup>42</sup> Nota infatti S. AGRIFOGLIO, «Una mancata mini riforma della giustizia: i giudici ausiliari di appello», cit., p. 945 che nel decreto presentato per la conversione «il reclutamento sarebbe dovuto avvenire, in linea prioritaria, tra la *crème* degli operatori del diritto, tutti giunti al termine della loro carriera, e quasi tutti sollecitati a prolungare la vita lavorativa dalla nobile curiosità di vivere nuove esperienze», con l'estrazione dei Giudici ausiliari da categorie analoghe a quelle di cui all'art. 135, ma che l'ammissione anche dei giudici onorari cessati dall'incarico e la preferenza accordata agli avvocati, nonché la previsione di una retribuzione "a cottimo", abbia comportato, in sede di conversione, una svalutazione della figura.

<sup>43</sup> L'articolo è stato peraltro esplicitamente abrogato solamente dalla legge 13 febbraio 2001, n. 48 («Aumento del ruolo organico e disciplina dell'accesso in magistratura»).

<sup>44</sup> Vedi l'accurata ricostruzione compiuta da F. CIPRIANI, «La chiamata in Cassazione per meriti insigni (appunto per la bicamerale)», cit.

<sup>45</sup> Si può qui notare incidentalmente come la presenza nel collegio di un soggetto di status diverso dagli altri, e che tuttavia non sia portatore di una particolare *expertise*, come richiesto per gli esperti delle sezioni spe-

ancora maggior rilievo perché, benché l'art. 62 d.l. 69/2013 specifichi che l'istituzione dei Giudici ausiliari è finalizzata «al fine di agevolare le definizioni dei procedimenti civili», non viene individuata una data rispetto alla quale deve essere individuato l'arretrato da smaltire, come invece era avvenuto con il d.l. 432/1995 che, anche per questo, aveva superato lo scrutinio della Corte costituzionale.

La previsione in esame, nell'intenzione del legislatore, pare costituire, più che un rimedio eccezionale, una misura strutturale, volta a colmare le vacanze di organico della magistratura — che, nonostante l'ormai annuale succedersi di procedure selettive, non è stato ancora possibile superare — e ciò anche alla luce della durata potenzialmente decennale delle nomine. Né la durata decennale, già di per sé non breve, può lasciar l'interprete persuaso della transitorietà della disciplina, se la vicenda dei Giudici Onorari di Tribunale può insegnare qualcosa circa la tendenza alla proroga del temporaneo, e alla sua definitiva stabilizzazione, determinata, da un canto, dal comprensibile desiderio di non disperdere le competenze accumulate nel corso degli anni, di cui l'apparato giudiziario non sarebbe peraltro in grado di fare a meno, e, dall'altro, da spinte di natura sindacale o corporativa.

Volendo guardare il quadro generale, infatti, non si può non evidenziare come il sistema giudiziario italiano abbia visto, negli ultimi decenni, un continuo succedersi di interventi emergenziali, anche effettuati tramite decreto-legge, volti a far fronte, con misure eccezionali talora incentrate sulla nomina di magistrati onorari, alle inefficienze del sistema giudiziario<sup>46</sup> e ad una più celere definizione del contenzioso civile: prima i Giudici Onorari Aggregati, con ruolo oggi sostanzialmente esaurito, e poi i Giudici Onorari di Tribunale, con nomina di durata triennale, rinnovabile per una sola volta, che è stata tuttavia successivamente prorogata sino alla stabilizzazione con l'istituzione, nel 2016, del Giudice Onorari di Pace. Simili interventi, succedutisi a ritmo incessante<sup>47</sup> paiono rappresentare più la regola dell'intervento che l'eccezione e pertanto, comportando, nella ricerca dell'efficienza del sistema giudiziario, un sacrificio di durata potenzialmente indeterminabile di altri valori costituzionali, non dovrebbero essere avallati.

---

cializzate, rischi di alterare i rapporti interni all'organo, nel quale il componente "estraneo", anche (non pare irrilevante notarlo) per il modo in cui è retribuito il suo contributo, correrà il rischio di risultare marginalizzato e sottoposto all'influenza dei membri professionali.

<sup>46</sup> Rubricato "Misure per l'efficienza del sistema giudiziario e la definizione del contenzioso civile" è infatti il titolo III del d.l. 69/2013 ("Misure per la crescita economica"), che contiene le disposizioni relative ai Giudici ausiliari).

<sup>47</sup> Da ultimo, può ricordarsi la vicenda relativa a quello che sarebbe diventato il d.l. 31 agosto 2016, n. 168 ("Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa"), che, nel testo divulgato il giorno precedente la sua emanazione, prevedeva la possibilità di nominare settanta giudici ausiliari presso la Corte di cassazione tra i magistrati di Cassazione a riposo, e che, nel testo emanato e poi convertito in legge, comunque prevede l'applicazione temporanea dei magistrati del massimario ai collegi della Corte di cassazione.

### **6.3. Possibilità che una questione di legittimità costituzionale giunga alla Corte e possibile impatto della pronuncia**

Posto il valore precettivo dell'art. 106, co. 2, Cost. occorre domandarsi se un'eventuale questione di legittimità costituzionale delle disposizioni in materia di Giudici ausiliari possa pervenire alla Corte costituzionale e, nel caso di accoglimento, quali possano esserne gli effetti.

Non pare, anzitutto, che ostino delle ragioni giuridiche a che un giudice *a quo* sollevi questione di legittimità costituzionale, benché possano forse presentarsi ragioni di natura pratica, dato che, nell'ipotesi in cui la questione sia sollevata dalla Corte d'appello, il giudice collegiale dovrebbe denunciare delle norme che, attenendo allo *status* di uno dei suoi membri, influiscono sulla propria regolare costituzione: è infatti proprio con ordinanza di rimessione emanata dal collegio composto da un magistrato onorario che furono dal Tribunale ordinario sollevate le questioni decise dalla Corte costituzionale con le sett. 99/1964 e 103/1998. Inoltre, la questione, se dichiarata manifestamente infondata dalla Corte d'appello, potrebbe senza dubbio essere sollevata dalla Corte di cassazione in sede di impugnazione.

Quanto agli effetti di un'eventuale pronuncia di accoglimento, occorre distinguere il caso in cui la declaratoria di incostituzionalità intervenga mentre il giudizio pende avanti alla Corte d'appello — composta dunque anche da un Giudice ausiliario — da quello in cui avvenga in pendenza del giudizio di Cassazione, fermo restando che, passata in giudicato la pronuncia che definisce il giudizio, gli effetti della sentenza della Corte costituzionale non potranno esplicarsi.

Sulle cause che si trovano in grado di appello, e in cui il collegio sia integrato da un magistrato onorario, la pronuncia dell'incostituzionalità delle norme sui Giudici ausiliari determinerà un vizio di regolare costituzione del giudice che, *ex art. 158 c.p.c.*, è insanabile e deve essere rilevato d'ufficio. Ne consegue, in via generale, che il magistrato onorario dovrà essere sostituito da un magistrato professionale e che gli atti compiuti sino a quel momento dovranno essere rinnovati. Deve peraltro osservarsi che, tenuto conto delle ormai limitatissime possibilità di introdurre nuove prove nel giudizio di appello,<sup>48</sup> la rinnovazione degli atti di istruzione eventualmente compiuti non dovrebbe comportare un dispendio eccessivo di attività processuale. Inoltre non dovrebbero ritenersi travolti gli atti di istruzione compiuti dal giudice delegato<sup>49</sup> ove, s'intende, questi non sia un magistrato onorario.

Nel caso in cui la pronuncia della Corte costituzionale intervenga durante la fase avanti alla Corte di cassazione di un giudizio che, in secondo grado, sia stato deciso da un

---

<sup>48</sup> Ai sensi dell'art. 345, co. 3, c.p.c., come da ultimo modificato dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83 ("Misure urgenti per la crescita del Paese") convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, infatti, nel giudizio di appello «non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile».

<sup>49</sup> Si noti, infatti, che l'art. 350, co. 1, c.p.c., come modificato dalla l. 12 novembre 2011, n. 183 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato"), prevede che «davanti alla corte di appello la trattazione dell'appello è collegiale ma il presidente del collegio può delegare per l'assunzione dei mezzi istruttori uno dei suoi componenti».

collegio composto anche da un magistrato onorario, bisogna nuovamente distinguere: se, infatti, il vizio di regolare costituzione del giudice non è stato denunciato in sede di ricorso per cassazione,<sup>50</sup> sul punto si è formato il giudicato interno, e la pronuncia di incostituzionalità troverà un limite ai propri effetti; se, invece, la sentenza di appello è stata impugnata per nullità, dovuta a vizio di regolare costituzione del giudice, la Corte di cassazione, decidendo la questione alla luce del quadro normativo, mutato a seguito dell'intervento del giudice delle leggi, dovrà annullare la sentenza con rinvio alla Corte d'appello.

Se la ricostruzione dei possibili effetti di una sentenza di incostituzionalità che si è proposta è corretta, gli effetti di una eventuale sentenza della Corte costituzionale, che *prima facie* parrebbero avere un impatto potenzialmente dirompente sui giudizi in corso, anche considerando l'incidenza numerica dei Giudici ausiliari sull'organico delle Corti d'appello, debbono essere ridimensionati. Non può tuttavia nascondersi che, stante la rilevanza della componente onoraria all'interno degli organici, siffatta pronuncia, se non sui giudizi in corso, sarebbe suscettibile di avere un significativo impatto sull'organizzazione delle attività dei giudici di gravame, cui tuttavia si potrebbe far fronte tramite la tempestiva adozione di misure (realmente) emergenziali — e, si auspica, di misure strutturali conformi a Costituzione — volte a consentire una efficiente gestione del contenzioso pendente avanti alle Corti d'appello.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Opera qui infatti il principio per cui i vizi di nullità si convertono in motivi di gravame, su cui v. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. 1, 23<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2014, pp. 563–567.

<sup>51</sup> Per far fronte a tali inconvenienti, si potrebbe anche ipotizzare un bilanciamento tra esigenze di efficienza degli uffici giudiziari e rispetto della ragionevole durata del processo, da un canto, e rispetto delle norme costituzionali in materia di magistratura onoraria, d'altro canto, che non si giochi sulla fondatezza/infondatezza della questione, e che pertanto, valorizzando le due prime istanze, faccia premio sul tenore precettivo del comma secondo dell'art. 106. La Corte costituzionale, in effetti, potrebbe compiere il bilanciamento dei valori in questione per il tramite della modulazione degli effetti temporali della sentenza — facendo quindi uso di una tecnica non ignota alla giurisprudenza costituzionale anche risalente, ma riportata in auge dalla Corte costituzionale con la sent. 10/2015 — al fine di evitare che il ristabilimento della legalità costituzionale «determini, paradossalmente, "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione" (sentenza n. 13 del 2004) di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa» (par. 7 del *diritto*).