

GIULIANO SCARSELLI

Note sulla c.d. “degiurisdizionalizzazione”

(Una proposta di modifica dell’art. 102, 2° comma Cost. per deflazionare il contenzioso civile)

Sommario: 1. La c.d. degiurisdizionalizzazione introdotta con il d.l. 19 settembre 2014 n. 132; 2. Il divieto di “degiurisdizionalizzare” di cui al 2° comma dell’art. 102 Cost. 3. Brevi cenni sul dibattito in assemblea costituente circa il 2° comma dell’art. 102 Cost. 4. Brevi cenni sui nostri precedenti storici e sulla disciplina di altri paesi europei in tema di “degiurisdizionalizzazione” e di giudici speciali. 5. La proposta di modificare il divieto di “degiurisdizionalizzazione” di cui al 2° comma 102 Cost. al fine di deflazionare il contenzioso civile.

“Nel sistema delineato nella costituzione della Repubblica, la giustizia viene esercitata dal giudice ordinario, dalla sezione specializzata e dal giudice speciale, perché, fermo restando il comune denominatore dell’indipendenza, la quale ci appare davvero l’essenziale della funzione giurisdizionale, criteri eminentemente ed esclusivamente tecnici presiedono alla scelta”.

ANDRIOLI, *Le giurisdizioni speciali nella costituzione della Repubblica*, in *Studi sulla giustizia costituzionale*, Milano, 1992, 502.

1. L’attuale Governo ha realizzato, come è noto, una prima riforma del processo civile con il d.l. 19 settembre 2014 n. 132, che ha titolato “*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile*”.

L’idea che sta alla base di quella riforma, e che ha dato vita a questo neologismo “degiurisdizionalizzazione”, è quella che il sistema, per recuperare efficienza e consentire tanto la definizione dell’arretrato quanto la celebrazione dei processi civili entro tempi che possano definirsi “ragionevoli”, deve poter far conto su metodi alternativi di risoluzione delle liti, tra i quali vi è anche quello di evitare che tutte le controversie debbano necessariamente essere decise da giudici ordinari, ben potendo contribuire alla definizione del contenzioso altri operatori del diritto.

Degiurisdizionalizzare significa infatti proprio questo: togliere “qualcosa” alla giurisdizione, ovvero ai giudici ordinari, ed affidarlo ad altri soggetti, che giudizi ordinari non sono, ma che egualmente possono essere in grado di decidere una lite, o comunque risolverla.

Sotto altro profilo il fenomeno può esser visto nel senso che per definire l’enorme contenzioso esistente e soddisfare le richieste di giustizia che provengano dai cittadini, il sistema deve poter far conto di soluzioni diverse dall’ordinario, non essendo pensabile che tutto il contenzioso sia affidato e deciso dalla magistratura riconducibile all’ordinamento giudiziario.

Potrebbe essere auspicabile, allora, provvedere, con regole e condizioni precise, a degiurisdizionalizzare il sistema, ovvero ad affidare la risoluzione delle liti anche a operatori giuridici non riconducibili alla magistratura ordinaria.

Questa, nella sostanza, l’idea che sta alla base del dl. 132/32014, ovvero, se si vuole, della degiurisdizionalizzazione.

E io credo che l'idea sia interessante, perché se da una parte è vero che ai cittadini deve essere assicurato la tutela dei loro diritti attraverso il giusto processo che rispetti in primo luogo il diritto costituzionale di azione e difesa, dall'altra è anche vero che non è pensabile, con i numeri attuali, che a tutta la domanda di giustizia debbano necessariamente provvedere i giudici ordinari, né degiurisdizionalizzare deve significare necessariamente compromettere il giusto processo, poiché è possibile invece immaginare riforme che, pur "degiurisdizionalizzando" il processo civile, rispettino tuttavia gli artt. 3, 24 e 111 Cost.

2. Il problema, però, (o se si vuole, l'ostacolo che impedisce una vera e propria degiurisdizionalizzazione) sta nell'art. 102, 2° comma, Cost., il quale recita che "la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari" e "non possono essere istituiti giudici speciali".

In base a questa disposizione è impensabile (*rectius*: è incostituzionale) che alla definizione delle liti possano provvedere autorità o soggetti diversi dai giudici ordinari.

Non a caso, il dl 132/2014, seppur rubricato "*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione*", in realtà non ha degiurisdizionalizzato niente.

I nuovi istituti che tale riforma ha introdotto, dal trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti pendenti, alla negoziazione assistita, alla semplificazione dei procedimenti di separazione e divorzio, si basano tutti su un dato comune, che è quello del consenso delle parti.

Ci vuole infatti il consenso delle parti per trasferire una lite dal giudice all'arbitro, così come ci vuole il consenso delle parti per negoziare, ed anche per semplificare i procedimenti di separazione e divorzio, atteso che il dl 312/2014, e non a caso, prende in considerazione le sole separazioni e i soli divorzi consensuali.

In verità, poi, parlare di degiurisdizionalizzazione dinanzi ad ipotesi fondate sul consenso delle parti non è nemmeno corretto, poiché se vi è consenso delle parti, lì in realtà siano dinanzi ad una soluzione stragiudiziale e/o consensuale della controversia, non ad una degiurisdizionalizzazione.

Se, infatti, degiurisdizionalizzare significa togliere qualcosa alla giurisdizione rappresentata dai giudici ordinari per affidarla ad altri soggetti, va da sé che questa operazione di sottrazione deve poter essere effettuata dal legislatore a prescindere dal consenso delle parti; altrimenti cadiamo in forme atipiche di arbitrato, che sono sempre esistite, e che poco o niente hanno a che vedere con la degiurisdizionalizzazione.

Le regole della materia, dunque, stante la nostra costituzione, sembrano queste: degiurisdizionalizzare, nel senso proprio di questa espressione, è impossibile; in tanto si può degiurisdizionalizzare, in quanto su ciò vi sia il consenso delle parti; se detto consenso non vi è, la degiurisdizionalizzazione è sempre in contrasto con l'art. 102 Cost.

Nessuna critica, allora, sotto questo profilo, può esser fatta al dl 132/2014.

Esso non poteva fare di più a costituzione invariata, poiché appunto l'art. 102 Cost. impedisce la degiurisdizionalizzazione che non si fondi sul consenso delle parti.

V'è da chiedersi, però, se il divieto dell'istituzione di nuovi giudici speciali, che di fatto è il divieto di degiurisdizionalizzare, è ancor oggi un valore insopprimibile, oppure se il processo riformatore in atto potrebbe trovare nuova forza immaginando un superamento (e/o un riadattamento) del limite di cui all'art. 102, 2° comma, Cost.

3. Per rispondere a questa domanda siano consentiti brevi cenni dei momenti che portarono i nostri costituenti a disegnare i rapporti tra giudici ordinari e non ordinari, ricordando subito come senz'altro quel dibattito fu fortemente condizionato dall'appena venuto meno regime fascista, che aveva trasformato quella che oggi viene etichettata come "degiurisdizionalizzazione" in strumento di deroga al principio della separazione dei poteri e veicolo per l'attribuzione al governo di poteri giurisdizionali.

In particolare, proprio per impedire che deroghe alla giurisdizione dei giudici ordinari potessero dar vita a violazioni del principio di separazione dei poteri con l'affidamento all'esecutivo di poteri giurisdizionali, Piero Calamandrei e Giovanni Leone, presso la Commissione dei settantacinque,

proposero l'abolizione totale dei giudici diversi dall'ordinario (V. *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei deputati, 1976, VIII, 1890).

La proposta, però, non trovò particolare consenso in seno alla sottocommissione, e già nella seduta di prima discussione sull'argomento del 17 dicembre 1946 si espressero in senso contrario Uberti e Targetti, cui seguì la relazione dell'onorevole Bozzi, anch'egli contrario in massima parte al progetto Calamandrei, e ancora quella dell'onorevole Laconi, cui seguirono gli interventi di Cappi, Targetti, Bulloni e Porzio, che svilupparono tutti ulteriori argomenti in contrasto con l'impostazione rigida di Calamandrei.

Gli argomenti contrari alla proposta di Calamandrei e Leone si fondavano tutti su due rilievi di base: a) si deve decidere la questione guardando al futuro e senza farsi eccessivamente condizionare dalla passata esperienza fascista; b) è impensabile che a tutta la tutela dei diritti debba necessariamente provvedere il giudice ordinario, atteso che in nessun momento storico il principio dell'unità della giurisdizione ha avuto concretezza.

La discussione portò all'approvazione di un testo comune nella seduta del 20 dicembre 1946, che si trasformò prima nell'art. 95 del progetto di costituzione del 31 gennaio 1947, e poi nel nuovo art. 102 Cost.

E' bene precisare che il testo in questione da una parte non accoglieva il principio dell'unità della giurisdizione, ovvero ammetteva che la giurisdizione potesse essere esercitata anche da giudici non ordinari, e da altra parte, e soprattutto, non riteneva affatto vi potesse essere una correlazione necessaria tra l'indipendenza della funzione giurisdizionale e attribuzione del suo esercizio ai soli giudici ordinari.

Ed anzi, può sostenersi che per i nostri costituenti si trattava di due aspetti completamente diversi tra loro, e che la doverosa scelta di assicurare al nuovo sistema costituzionale l'indipendenza della magistratura non doveva affatto necessariamente comportare di dover unitamente ed esclusivamente attribuire ai giudici ordinari l'esercizio esclusivo della funzione giurisdizionale.

In Assemblea costituente Calamandrei e Mortati chiesero garanzie per l'indipendenza dei giudici non ordinari, e puntualmente dette garanzie furono assicurate dal Presidente Terracini; il tutto a dimostrare come per tutte le forze politiche di quel momento "indipendenza della magistratura" non significasse affatto "esercizio esclusivo di essa da parte dei giudici ordinari".

4. Se poi noi diamo uno sguardo al fenomeno oggi denominato di "degiurisdizionalizzazione" prima della costituzionalizzazione del principio di cui all'art. 102 Cost., noi vediamo come far svolgere funzioni di risoluzione delle liti a chi non è giudice può essere giustificato da due diversi obiettivi: a) può esser giustificato dalla volontà di attribuire funzioni giurisdizionali ad organi non indipendenti, o a pubbliche amministrazioni, se non direttamente ad organi di Governo, in violazione del principio di separazione dei poteri, e al preciso scopo di invadere sfere proprie della giurisdizione trasferendole al potere esecutivo; b) o può essere semplicemente giustificato dall'esigenza di sgravare il lavoro dei giudici ordinari, oppure di affidare la risoluzione di certe controversie ad organi specializzati, che godano comunque di terzietà e indipendenza.

La prima tecnica di degiurisdizionalizzazione fu propria, come detto, del fascismo, che sottrasse attività giurisdizionali alla magistratura ordinaria proprio e solo allo scopo di assegnarle al potere governativo in violazione del principio di divisione dei poteri.

Ricordo qui, solo a titolo di esempio, la legge 7 gennaio 1929 n. 4 che attribuiva al Ministro dell'economia poteri giurisdizionali per la repressione delle leggi finanziarie; o il r.d. 18 giugno 1931 n. 733 che attribuiva al Ministro dell'interno e ai prefetti poteri giudiziari relativi alla pubblica sicurezza; od ancora il r.d. 17 novembre 1938 n. 1728 per la difesa della razza italiana, che attribuiva ancora al Ministro dell'interno funzioni giudiziarie; od infine il r.d. 30 marzo 1942 n. 327, con il quale veniva approvato il codice della navigazione, che attribuiva al potere esecutivo più funzioni giudiziarie con disposizioni di legge dichiarate poi incostituzionali dalla nostra Corte.

Cosa completamente diversa accadde invece nell'Italia monarchico-liberale, ove numerose liti erano sì affidate a giudici non ordinari, ma pur sempre giudici terzi e indipendenti, non riconducibili

al potere esecutivo, e il tutto senza alcuna volontà di infrangere il principio della separazione dei poteri.

In questo ambito ricordo i vecchi tribunali di commercio (cap. V, artt. 52 e ss. legge sull'ordinamento giudiziario del 12 dicembre 1865 n. 2626), i comitati forestali di cui alla legge 20 giugno 1877 n. 3617, i probiviri in materia di lavoro di cui alla legge 15 giugno 1893 n. 295, la commissione in materia di canoni daziali di cui alla legge 2 febbraio 1894 n. 339, le istituzioni pubbliche di beneficenza di cui alla legge 17 luglio 1890 n. 6972, ecc.....

Peraltro, il divieto tassativo di utilizzare giudici non ordinari per la risoluzione di talune controversie non mi risulta esistere negli altri paesi europei, che non hanno disposizioni costituzionali corrispondenti al nostro art. 102.

Sempre brevemente, e sempre a titolo di esempio, ricordo la Germania, che ha una costituzione la quale pone il divieto dell'istituzione di tribunali straordinari, ma non anche quello della impossibilità di utilizzare tribunali speciali o diversi dall'ordinario (art. 101, GG), e tali possono essere considerati, tra i tanti, infatti, i tribunali che decidono sui brevetti industriali (*Die Patentgerichtsbarkeit*), quelli che hanno ad oggetto il diritto della navigazione (*Die Schifffahrtsgerichtsbarkeit*), i tribunali sociali (*Die Sozialgerichtsbarkeit*), quelli tributari (*Die Finanzgerichtsbarkeit*), i giudici delle professioni (*Die Berufsgerichtsbarkeiten*), ecc....

Lo stesso vale per la Francia, che ha sempre fatto uso delle c.d. giurisdizioni di eccezione, tra le quali i *Tribunaux de commerce*, composti di commercianti eletti dalle categorie professionali, i *Conseils de prud'hommes*, composti di membri laici in rappresentanza paritetica delle categorie sociali, ai quali sono attribuite le controversie di lavoro, i *Tribunaux paritaires de baux ruraux*, che si occupano delle controversie agrarie, e ancora le *Commissions de sécurité sociale*, anch'esse composte di giudici estranei alla magistratura ordinaria.

E lo stesso vale anche per l'esperienza inglese, seppur in un ordinamento giudiziario completamente diverso dal nostro. Ed infatti il sistema inglese tende a non porre separazioni rigide tra le funzioni di amministrazione e quelle di giurisdizione, e quindi è impensabile che, in un sistema così congegnato, esista un divieto di attribuire la risoluzione di controversie a soggetti e/o organi non riconducibili alla magistratura ordinaria in senso stretto.

Le giurisdizioni speciali in Inghilterra, sono di tre tipi, e tra queste si ricordano le corti di giurisdizione speciale in senso stretto, ovvero le *Courts of special Jurisdiction*, i tribunali amministrativi, *Administrative Tribunals*; e infine i tribunali interni o riservati, c.d. *Domestic Tribunals*, che hanno competenza per la giustizia interna degli ordini professionali, per certe associazioni e sindacati, e per taluni casi di giurisdizione volontaria.

5. Dunque, la proposta che qui si va a formulare è semplice: l'art. 102 Cost., nell'intento di assicurare il principio di indipendenza della funzione giurisdizionale, ha posto un limite più ampio di quello necessario. In sede costituente v'era soprattutto da dar risposta all'uso dei Tribunali speciali del regime fascista, ma oggi tale norma, che non trova facili riscontri in altri paesi della comunità europea, non ha più una giustificazione stringente, perché per assicurare l'indipendenza e l'autonomia della funzione giurisdizionale non è necessario porre il divieto assoluto di "degiurisdizionalizzare".

Peraltro, se da una parte si tratta di un divieto non strettamente necessario, dall'altra si tratta di un divieto già venuto meno nella realtà quotidiana dei nostri tribunali.

Se è vero, come è vero, infatti, che oggi due terzi dei giudici ordinari sono onorari e non togati, e quindi se è vero, come è vero, che il cittadino che si rechi in tribunale ha 2/3 di probabilità che la sua lite venga decisa da un avvocato che fa il giudice onorario, va da sé che l'idea dei nostri padri costituenti si è già persa nei fatti, e non esiste già più.

Si potrebbe allora immaginare una modifica dell'art. 102, 2° comma Cost., che faccia venir meno il divieto assoluto di degiurisdizionalizzare, consentendo l'attribuzione di funzioni giurisdizionali a soggetti non riconducibili all'ordinamento giudiziario come fenomeno di eccezione, e (ovviamente) con le garanzie del giusto processo.

Rimarrebbe, cioè, incostituzionale utilizzare giudici speciali nel senso autoritario dello Stato fascista, ovvero rimarrebbe incostituzionale, per violazione degli artt. 3, 24, 102, 104, e 111 Cost., l'attribuire funzioni giurisdizionali ad organi non indipendenti, o a pubbliche amministrazioni, se non direttamente ad organi di Governo; ma sarebbe al contrario lecito e possibile affidare una serie di liti ad organi giudicanti indipendenti, da individuare sulla falsariga delle esperienze straniere o della nostra Italia pre-fascista, come scelta semplicemente giustificata dall'esigenza di sgravare il lavoro dei giudici e/o di affidare la risoluzione di certe controversie ad organi specializzati.

Il tutto, comunque, nel più stretto rispetto dell'art. 102, 1° comma Cost., per il quale "la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario"; cosicché, è bene precisarlo, anche *de iure condendo*, ed anche a seguito della proposta di modifica del 2° comma dell'art. 102 Cost. per come qui avanzata, la giurisdizione rimarrebbe, e *deve rimanere*, attribuzione della magistratura ordinaria, che solo in via subordinata e di eccezione può essere attribuita ad altri soggetti.

L'art. 102 Cost., quindi, manterrebbe la c.d. "riserva di giurisdizione", ma ciò non più in assoluto come oggi, ma solo in modo relativo.

Rimarrebbero sotto riserva di giurisdizione le controversie da considerare di particolare rilevanza e/o importanza, che appunto andrebbero sotto la cura esclusiva della magistratura togata, mentre su tutte le altre la riserva di giurisdizione non esisterebbe più.

E, a mio parere, tre potrebbero essere le liti sotto riserva di giurisdizione (e quindi da considerare di particolare rilevanza e/o importanza): 1) quelle aventi ad oggetto diritti fondamentali della persona (ad esempio: *status*); 2) quelle aventi ad oggetto diritti tecnicamente complessi (ad esempio: procedure concorsuali); 3) e quelle aventi ad oggetto entità economiche rilevanti.

Tutte le altre liti, fuori dalla riserva di giurisdizione, potrebbero essere decise, con criteri da stabilire, e sempre nel rispetto dei principi del giusto processo di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost., da soggetti non riconducibili all'ordinamento giudiziario.

E i settori potrebbero essere i più vari: a) controversie commerciali o bancarie non concorsuali e di minore importanza; b) controversie di lavoro e previdenziali di minore importanza; c) responsabilità extracontrattuale ove la richiesta di risarcimento danni non sia elevata; d) alcune controversie relative a "casa e territorio", nonché le controversie in materia di condominio; ecc.... Soprattutto in questo ambito potrebbero essere ricondotti i processi di esecuzione forzata, e alcuni procedimenti sommari e/o camerali non aventi ad oggetto diritti o interessi della persona.

Le loro decisioni dovrebbero poter essere impugnate con l'appello e con il ricorso per cassazione al pari di quelle emanate dai giudici ordinari, e il processo dovrebbe svolgersi con il pieno rispetto di tutte le norme del c.p.c., stando l'unica differenza nel giudice: speciali in questi casi, ordinario negli altri.

Ne' si ponga infine la questione del costo per i compensi dovuti a questi nuovi giudici speciali.

Abbiamo un contributo unificato talmente alto che non sarebbe difficile organizzare un sistema di giurisdizione mista quale quello qui proposto con costi non (sostanzialmente) differenti dagli attuali.

Peraltro il vantaggio di una simile riforma sarebbe anche quello (indiretto) che a questo punto la magistratura togata, liberata da gran parte delle controversie minori e bagatellari, potrebbe tornare ad occuparsi, con il dovuto tempo e con i necessari approfondimenti, delle sole controversie di "particolare rilevanza e/o importanza".

Questa riforma, non difficile a farsi, provvederebbe veramente a "degiurisdizionalizzare" il sistema, e costituirebbe la naturale prosecuzione di quella oggi realizzata solo nominalmente con il d.l. 19 settembre 2014 n. 132.

