

I magistrati*

Raffaele Sabato

1. *Premessa: la diversità di problematiche per ciascuna magistratura*

Una riflessione in ordine ai profili di etica pubblica, in funzione della prevenzione dei fenomeni corruttivi e di conflitto di interessi, non può avere ad oggetto, ad un tempo ed entro un unico orizzonte giuridico-politico, tutte le magistrature del nostro Paese.

Le caratteristiche differenziali di ciascuna delle diverse magistrature professionali, ordinaria e speciali, da un lato, e dall'altro dei magistrati onorari, quanto ai profili – rilevanti per il tema deontologico - delle procedure di accesso alla funzione, dello svolgimento della «carriera», dei (più o meno intensi) controlli preventivi (di carattere autorizzativo) o successivi (di carattere disciplinare), dell'effettività di un'autoregolamentazione a mezzo di «codici etici» condivisi e delle prassi relative allo svolgimento di incarichi successivi allo svolgimento della funzione impongono infatti, senza dubbio, trattazioni separate; ciò nell'attesa di un effettivo avvicinamento di *status* tra le diverse magistrature a più riprese prospettato.

Ai magistrati onorari¹ ed alle magistrature speciali², il cui ordinamento invero pone problematiche più pregnanti ai fini che ne occupano, le quali depongono nel senso di riforme, non potrà essere dedicato, stanti i limiti della presente trattazione, altro che qualche breve cenno.

* Il saggio è in corso di pubblicazione nel Volume ASTRID, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Passigli, 2010

¹ Trattasi di figure assai eterogenee, tutte astrattamente, e necessariamente, con funzioni *ad tempus*, prima tra esse quella dei giudici di pace (magistrati onorari questi oramai assai numerosi – più di quelli ordinari – che, in virtù di successive proroghe di funzioni, hanno visto un limitato ricambio); ma debbono aggiungersi ad essi i magistrati onorari di tribunale ed i vice procuratori onorari, i non togati chiamati ad integrare, come esperti, le sezioni specializzate agrarie, i tribunali dei minorenni, ed altri organi giudiziari specializzati; inoltre, devono ricordarsi i giudici onorari aggregati, che hanno costituito le c.d. sezioni «stralcio» per la definizione dell'arretrato civile, sezioni queste in via di definitiva soppressione.

² Il complesso Consiglio di Stato-Tribunali amministrativi regionali, la Corte dei Conti (oggi operante su basi regionali) e gli organi di giustizia militare (in virtù di recente riforma ridimensionati, invece, nella loro articolazione territoriale) sono le magistrature speciali che sono state espressamente conservate dalla Costituzione (artt. 103 e 125 Cost.). Accanto ad esse si pongono le Commissioni tributarie, oggetto di due principali riforme normative, che sopravvivono alla Costituzione in virtù di una interpretazione della VI disp. trans. Cost. secondo cui potrebbero essere tenute in vita, se adeguatamente revisionate, magistrature speciali costituite in epoca antecedente il 1948. A determinati fini, poi, può essere considerata magistratura speciale, pur se con sue peculiarità, l'Avvocatura dello Stato.

Sempre nei limiti del presente abbozzo di riflessione, per quanto riguarda la magistratura ordinaria, invece, si prenderà atto della sufficienza del quadro ordinamentale, per invocare un lavoro sulla cultura deontologica della professione.

Sul tema dei «codici etici», infine, si tratteggeranno dei dati di carattere internazionale e comparatistico, utili a fondare future proposte.

2. *La magistratura onoraria*

In rapporto alle magistrature onorarie, le principali problematiche si pongono, senza dubbio, in merito all'assetto del giudice di pace.

Dall'istituzione di tale magistratura onoraria - avvenuta in virtù della legge fondamentale del 1991 n. 374, attuata però solo nel 1995 quanto alla competenza civile, e seguita da decreto legislativo del 2000 n. 274 attuativo della competenza penale – il funzionamento della stessa è stato accompagnato, da un lato, da pressanti istanze di detta magistratura tese alla stabilizzazione, tradottesì in proroghe dei termini di durata massima degli incarichi; dall'altro, da conflitti istituzionali con l'avvocatura, i cui organismi hanno sovente posto in luce i profili di criticità del quadro normativo in materia.

In estrema sintesi, gli aspetti maggiormente negativi sono ravvisati:

- nel reclutamento – in virtù delle disposizioni dell'art. 4 della legge del 1991 - per soli titoli, senza alcuna forma di esame, attraverso un tirocinio di soli sei mesi, sotto la responsabilità di un unico magistrato affidatario;
- nell'abbassamento a soli 30 anni, ad opera di novellazione del 1999, della soglia di età prevista dall'art. 5 della legge del 1991 per la partecipazione al concorso, ciò che ha comportato una vera e propria «mutazione genetica» dell'originario profilo di tale giudice non togato, dapprima giudice «della terza età», ciò che ne rafforzava le doti di imparzialità e di indipendenza economica rispetto allo svolgimento della funzione, oltre a garantirne una seppur generica esperienza professionale e una qual certa distanza dai ranghi dell'avvocatura; oggi, invece, talvolta anche proveniente dalle schiere di neo-laureati che non hanno potuto fruire di sufficiente formazione sul campo, e quasi sempre – per il resto dei casi – avvocato non privo di un inserimento sul territorio, in virtù, come si dirà subito, di labili incompatibilità;
- nella riduzione delle incompatibilità, dapprima alquanto rigorose, ad opera dell'art. 8 della legge del 1991, sempre a seguito della novella del 1999; in particolare, gli avvocati non possono esercitare le funzioni di giudice di pace nel solo circondario in cui esercitano la professione forense, ciò che però preclude ad essi, se iscritti ad altro albo, stante l'efficacia nazionale dell'iscrizione, di patrocinare nella zona, solo ciò essendo vietato dinanzi all'ufficio cui sono addetti, e nei gradi superiori di giudizio dei processi iniziati in quell'ufficio (v. co. 1 *ter* di detto art. 8);
- nel sistema di indennità – previsto dall'art. 11 di detta legge del 1991, e solo in parte rivisto – basato sul numero di provvedimenti emessi (c.d. «cottimo» giudiziario);
- nell'esenzione dal pagamento del contributo unificato (per iscrizione a ruolo) per le cause di minore entità economica.

Il coacervo di tali aspetti ha dato luogo, in particolare nel meridione del Paese, a fenomeni di scarsa trasparenza nello svolgimento delle funzioni del giudice di pace, con inchieste sia

amministrative del Consiglio Superiore della Magistratura, sia penali da parte di più Procure della Repubblica. Tra gli altri, sono emersi fenomeni di:

- proposizione di cause, soprattutto seriali, in funzione della moltiplicazione delle indennità spettanti al giudice di pace, grazie anche all'esonazione – obiettivamente costituente un *moral hazard* – delle cause di minor valore dal contributo unificato;³
- frazionamento della domanda di giustizia in domande plurime, sia ai fini dell'incremento delle indennità ai giudici non professionali, sia ai fini della moltiplicazione delle spettanze dei difensori; il contenzioso separato ha dato luogo a «filoni» di cause di minima entità soprattutto nei confronti della pubblica amministrazione, di aziende erogatrici di servizi pubblici, delle compagnie di assicurazioni, ecc.; il fenomeno è stato tanto rilevante da dar luogo a interventi legislativi⁴ ed alla statuizione, da parte delle sezioni unite della Cassazione, dell'abusività dei processi artatamente frazionati, da dichiararsi improcedibili anche nei gradi successivi;⁵
- condotte, ritenute penalmente rilevanti, di interessi di giudici non togati in contenzioso da loro medesimi trattato e deciso, con aggiramento delle disposizioni in tema di incompatibilità.

Andrebbe altresì approfondito, nella sua natura ed entità, il fenomeno della formazione di una vera e propria «giurisprudenza separata» del giudice non togato, in opposizione talvolta conclamata con principi interpretativi consolidati o comunque diffusi, soprattutto in occasione di contenzioso seriale, in quanto tale dante luogo all'erogazione di cospicue indennità a favore dei giudicanti, contenzioso che avrebbe visto meno *chances* di sviluppo in caso di adozione di indirizzi giurisprudenziali diversi.

Le proposte da formularsi al riguardo, e che non possono svilupparsi adeguatamente, dovrebbero muovere nel senso di eliminare ogni profilo di rischio morale insito nell'attuale sistema, attraverso un integrale ripensamento della giustizia di pace, che non dovrebbe più svolgersi – come in atto - in uffici separati dai Tribunali, sotto il coordinamento di un magistrato anch'egli onorario ed una solo blanda sorveglianza del Presidente del Tribunale, ma inserirsi – in futuro - in una visione di un «ufficio del giudice» composto da un magistrato togato, che ne avrebbe la responsabilità, e di uno o più referendari, anche onorari, cui verrebbe affidato il contenzioso più semplice, con rigide incompatibilità e con indennità fisse, salvo il controllo di produttività successivo. Un progetto del genere, a costi assai limitati, potrebbe essere avviato attraverso una fusione nei Tribunale degli attuali uffici dei giudici di pace, nel contesto di una razionalizzazione della distribuzione territoriale che anch'essa potrebbe accrescere la trasparenza, rendendo meglio comparabili i prodotti giurisprudenziali dal punto di vista qualitativo e quantitativo.

³ La legge 23 dicembre 2009, n. 191 all'art.1 comma 212 ha previsto opportunamente l'abolizione dell'esonazione dei ricorsi al giudice di pace in materia di opposizione a sanzioni amministrative (per violazioni del Codice della strada). Una proposta di rimodulazione del contributo con finalità anti-distorsive, alla luce di un'apposita analisi economico-giuridica, potrebbe formare oggetto di ulteriore studio.

⁴ Può ricordarsi, in proposito, la modifica introdotta al co. 2 dell'art. 113 c.p.c. ad opera del decreto legge n. 18 del 2003 (c.d. «salvacompagnie») teso a sottrarre al giudizio di equità, rendendo dunque appellabili le decisioni, all'epoca solo suscettibili di cassazione, le cause aventi ad oggetto contratti di massa, ed in particolare quelli assicurativi; e la modifica dell'art. 151 disp. att. c.p.c., ad opera del decreto legislativo n. 40 del 2006, nel senso di imporre ai giudici di pace come obbligatoria la riunione della cause anche riguardanti solo le medesime questioni; di tale norma sarebbe da valutarsi l'effettiva attuazione.

⁵ V. Cass. SS. UU. n. 23726 del 15 novembre 2007, con statuizione ribadita, a sezione semplice, da Cass. n. 24539 del 20 novembre 2009 e, a sezioni unite, da Cass. n. 26961 del 22 dicembre 2009.

Quanto all'accesso alle funzioni, la procedura di reclutamento (al pari di quelle relative agli altri magistrati onorari di cui, per brevità, non è qui possibile occuparsi) appare eccessivamente localistica (traducendosi in un parere del Consiglio giudiziario del distretto, valutatore non distante dall'ambiente da cui promana l'istanza dell'interessato, normalmente un avvocato o un ex funzionario, cui il Consiglio Superiore della Magistratura nella massima parte dei casi si adegua), nonché troppo fondata sui soli titoli (posto che l'efficacia selettiva del tirocinio è assai ridotta). Potrebbe, sull'argomento, pensarsi ad una procedura abilitativa nazionale, anche sulla base di *test* selettivi, ed ad un colloquio concorsuale in sede locale, che responsabilizzi gli stessi magistrati togati cui i "referendari" dovrebbero affiancarsi; linee operative, queste, che del resto sono seguite in numerosi Paesi esteri.⁶

Analoghe criticità si riscontrano nei procedimenti disciplinari, svolti innanzi ai locali Consigli giudiziari e solo formalmente recepiti dal CSM.

3. *Le magistrature speciali*

L'argomento della prevenzione di conflitti di interessi e dell'incentivazione di comportamenti corretti in riferimento alla posizione delle magistrature speciali è tra i più delicati, in funzione delle alte funzioni affidate, in particolare, al Consiglio di Stato ed alla Corte dei conti. La posizione di imparzialità e di trasparenza di tali magistrature speciali, dunque, non può essere affrontata con piglio esclusivamente giornalistico⁷; neppure, però, può sottacersi che «*tradizionalmente proprio su questi due organi si appunt[ino] i sospetti (se non di dipendenza, certo) di legami molto stretti con i vertici del potere esecutivo, anche a cagione della tradizione storica dei due istituti, di cui è rimasta traccia nella nomina governativa di una parte dei loro componenti*».⁸

La riforma di cui alla legge n. 205 del 2000 ha – al fine di accrescere l'indipendenza della giurisdizione del complesso Consiglio di Stato/TAR – inserito membri laici, eletti separatamente dalle due Camere, nel Consiglio di Presidenza istituito, quale organo di garanzia, dalla legge n. 186 del 1982 e successive modificazioni; tale Consiglio è sentito in tema di assegnazioni di nuovi

⁶ Sul punto, si v. il § 65 del Parere n. 6 (2004) del Consiglio Consultivo dei Giudici Europei (CCJE) al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sul tema de *Il processo equo di durata ragionevole ed il ruolo del giudice nel processo, tenuto conto delle modalità alternative di risoluzione delle controversie*, che afferma che «*Il CCJE nota che un'autentica riduzione dei compiti non appropriati oggi affidati al giudice può aversi soltanto fornendo al giudice assistenti, con adeguato curriculum di studi giuridici ("clerks" o "referendari"), a cui il giudice possa delegare, sotto il controllo e la responsabilità dello stesso giudice, lo svolgimento di attività specifiche quali ricerche di legislazione e giurisprudenza, la redazione di documenti semplici o standardizzati, nonché le relazioni con gli avvocati o il pubblico*»; si v. altresì i §§ 14 e 19 del Parere n. 11 (2008) del CCJE, sul tema de *La qualità delle decisioni giudiziarie*; entrambi i Pareri sono consultabili su www.coe.int/ccje.

⁷ Un esempio del recente dibattito giornalistico può considerarsi l'articolo dell'8 ottobre 2009 *Consiglio di Stato e di casta*, di E. Fittipaldi, leggibile ancora in <http://espresso.repubblica.it/dettaglio/consiglio-di-stato-e-di-casta/2111881>.

⁸ Così S. Bartole, *Il potere giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 32.

consiglieri al Consiglio di Stato, anche sulla base di nomine governative, e sull'effettuazione dei concorsi anche relativi al reclutamento nei TAR.

Un analogo Consiglio di Presidenza è stato creato – seppur con competenze principalmente concentrate sui profili disciplinari – per la Corte dei Conti con legge n. 117 del 1988, anche in tale consesso essendo inseriti alcuni membri laici prescelti dai Presidenti delle Camere.

In riferimento alla Corte dei Conti e, soprattutto, al Consiglio di Stato, il dibattito critico si incentra, oltre ai predetti profili concernenti il reclutamento soprattutto dei consiglieri di Stato⁹ (dibattito sopito, ma non superato, a seguito dell'introduzione del parere del Consiglio di Presidenza) anzitutto, sul cumulo, negli stessi organi, di funzioni anche diverse da quelle giurisdizionali; problematica che permane anche se, ad es., le funzioni consultive del Consiglio di Stato, aventi ad oggetto spesso provvedimenti poi oggetto di sindacato giurisdizionale, sono affidate a sezioni diverse da quelle giudicanti.

Assai liberale, poi, è stato tradizionalmente l'indirizzo dell'organo autorizzante i magistrati speciali a svolgere, pendenti le funzioni, incarichi di componenti di organi amministrativi e di controllo di enti e società, di comitati e consigli inseriti nell'amministrazione, di componenti o, più spesso, presidenti di collegi arbitrali.¹⁰

Ancora, può menzionarsi il forte interscambio tra posizioni negli organi giurisdizionali e posizioni nella pubblica amministrazione, spesso in posizioni apicali o di diretta collaborazione con i ministri; parimenti, si registra un rilevante accesso di alti dirigenti dell'amministrazione al Consiglio di Stato, sulla base delle cennate previsioni di legge che consentono l'accesso stesso su nomina governativa.

Quanto, infine, ai fenomeni di vera e propria devianza, taluni procedimenti penali relativi a fatti collegati all'obiettiva vicinanza tra mondo degli affari ed amministrazione hanno riguardato, purtroppo, anche esponenti delle giurisdizioni speciali.

Se nella presente sede non pare plausibile, per la limitatezza dell'oggetto dell'indagine, neppure abbozzare proposte concrete di miglioramento dell'attuale assetto – proposte che dovrebbero comunque contemplare significativi interventi legislativi, forse, ma non necessariamente, anche di livello costituzionale – pare comunque opportuno menzionare che la linea vettoriale dovrebbe essere quella della sostanziale «separazione» delle carriere dei *grands commis* dai cui ranghi (che eventualmente potrebbero accorparsi a quelli dell'Avvocatura dello Stato) possano e debbano trarsi

⁹ Si richiama, per la manifestazione di un atteggiamento prudente della Corte costituzionale, la sentenza n. 177 del 6-19 dicembre 1973. Sul punto S. Bartole, op. cit., p. 22, richiama le conclusioni dell'indagine a suo tempo svolta da Harold Laski circa la preferenza goduta in Gran Bretagna da coloro che avevano affiancato il governo ai fini della nomina «politica» a giudice.

¹⁰ Il Consiglio superiore della magistratura ordinario invece – anche quando la legge prevedeva la possibilità per i magistrati di quel plesso giurisdizionale di assumere incarichi arbitrali – dagli anni '80 ha costantemente contrastato l'assunzione di tali incarichi, denegando le autorizzazioni in proposito richieste (per una sorta di «storia» delle posizioni assunte dal CSM, fino a prefigurare il conflitto di attribuzioni col legislatore, v. la Risoluzione del CSM 12 marzo 1997, in www.csm.it). Pari atteggiamento negativo il CSM ancor oggi manifesta nei confronti di incarichi in enti che comportino scelte di mediazione o di diretta amministrazione, ovvero di risoluzione di controversie.

energie professionali da utilizzarsi in posizioni di consulenza, arbitrali e anche di diretta collaborazione con i vertici amministrativi, da un lato, e di coloro che, entro organi separati e non «comunicanti», siano chiamati ad amministrare giustizia in via indipendente ed imparziale. Solo a questi ultimi, da reclutarsi esclusivamente per concorso, dovrebbe riservarsi l'accesso anche agli organi giurisdizionali di appello, senza influenze del potere esecutivo; agli stessi andrebbe precluso lo svolgimento di incarichi suscettibili di menomare l'indipendenza e l'imparzialità, sotto l'ègida di un Consiglio Superiore prevalentemente formato su basi elettive.¹¹

Misure quali quelle in questione potrebbero rappresentare un passo intermedio nell'ambito della realizzazione dell'unicità della giurisdizione quale voluta, secondo alcuni teorici, dai costituenti.

Mentre può, da altro punto di vista, prescindersi da considerazioni in merito alla giurisdizione militare (per la quale l'art. 2, co. 603, della legge finanziaria n. 244 del 2007 ha previsto una sostanziale riduzione di sedi e di organico, con assorbimento degli esuberanti nella magistratura ordinaria), posto che ciò pare preludere ad una successiva, piena unificazione delle giurisdizioni, qualche considerazione deve svolgersi in merito alle Commissioni tributarie, le quali come detto sono sopravvissute alla Costituzione in virtù di una tendenza interpretativa largheggiante e sono state dotate anch'esse dal legislatore di un organo esponenziale, il Consiglio di Presidenza della giustizia tributaria, di cui agli artt. 17 ss. del decreto legislativo n. 545 del 1992.

Al riguardo, al di là della cennata questione di natura giuscostituzionalistica, deve osservarsi che il profilo critico fondamentale riguarda la presenza nelle Commissioni – ancor oggi e nonostante veementi dibattiti pubblici¹² - di avvocati e dottori commercialisti (oltre che di soggetti, quali ex dipendenti dell'amministrazione delle finanze, che conservano stretti legami con essa, anche per l'assenza della previsione di un periodo di intervallo). Solo a far tempo dal 2001, in virtù di una modifica apportata all'art. 8 del decreto n. 545 dalla L. n. 342 del 2000, in astratto sarebbero incompatibili con le funzioni giudicanti tributarie le posizioni di coloro che, tra i dottori commercialisti e gli avvocati, esercitano la consulenza o la rappresentanza in giudizio nella stessa materia. Da detto momento, la polemica si è, però, come prevedibile, spostata sul sussistere di detta incompatibilità a mezzo di soggetti collegati.¹³

Anche tali problematiche paiono risolvibili solo in un approccio di fusione della giurisdizione tributaria nella giurisdizione ordinaria, di cui sono essere segni premonitori, da un lato, la soppressione – salvo che per i giudizi pendenti – della Commissione tributaria centrale, con la costituzione di una sezione tributaria della S.C., dall'altro, l'approccio restrittivo adottato dalla

¹¹ Sui requisiti di un Consiglio superiore, sia consentito rinviare al Parere n. 10 (2007) del CCJE su *I consigli di giustizia al servizio della società*, in www.coe.int/ccje. Può essere opportuno menzionare che ai lavori preparatori ha partecipato l'associazione europea dei giudici amministrativi.

¹² Il dibattito pubblico sulle commistioni tra attività di consulenza tributaria da parte di professionisti, anche per il tramite di soggetti collegati, e la loro presenza nella Commissioni, ha indotto il Consiglio di presidenza ad adottare risoluzioni prevedenti un monitoraggio delle incompatibilità, allo stato ancora *in itinere*; significativo sul punto è il contenzioso avverso i relativamente pochi provvedimenti di decadenza pronunciati, v. ad es. Consiglio di Stato, sez. IV, n. 3366 del 29 maggio 2009 e n. 466 del 2 febbraio 2010.

¹³ A fattispecie come quella descritta sono riconducibili le decisioni del Consiglio di Stato ultt. citt., opportunamente rigorose.

Corte costituzionale di fronte all'ampliamento da parte del legislatore della competenza delle Commissioni, competenza che – si afferma - in tanto può ritenersi conforme a Costituzione in quanto limitata alle sole controversie di natura tributaria.¹⁴

4. *La magistratura ordinaria*

La legge n. 150 del 2005 di riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto n. 12 del 1941 - come attuata dai decreti delegati che ad essa seguivano, ed il tutto poi quale risultante dalle modificazioni di cui alla legge n. 111 del 2007 - ha profondamente inciso sui profili normativi rilevanti ai fini della trattazione, in riferimento alla magistratura ordinaria, dei temi relativi alla prevenzione dei comportamenti in conflitto di interessi e corruttivi in generale.

In particolare, aderendo in parte alle sollecitazioni dell'avvocatura penale, veniva realizzata una netta separazione delle funzioni requirente e giudicante; se a ciò corrispondeva un effetto di miglioramento dell'immagine di imparzialità, si realizzava nel 2009 – per l'impedimento a trasferimenti – una sostanziale «desertificazione» delle procure della Repubblica, ora ampiamente carenti in organico, tanto da doversi prevedere norme in tema di trasferimento d'ufficio e deroghe nelle assegnazioni di giovani magistrati. Venivano poi riviste le procedure di progressione di carriera, rese molto più rigorose, e le procedure disciplinari, in particolare prevedendosi la tipizzazione degli illeciti, l'«obbligatorietà» dell'azione disciplinare e la possibilità per il Ministro della giustizia di sottoporre, in dissenso con la Procura generale presso la S.C., atti disciplinari al CSM. Veniva, ancora, istituita – allo stato senza esiti concreti - la Scuola Superiore della Magistratura, retta da un comitato direttivo composto anche di esperti giuridici esterni.

Tale contesto di riforme, ancora in ampia parte da mettersi alla prova dei fatti, e già oggetto di annunci di ulteriori revisioni, si inserisce in un quadro in cui il profilo etico della magistratura italiana è scosso dal coinvolgimento, nell'ambito di alcuni dei principali procedimenti penali balzati agli onori delle cronache nell'ultimo ventennio, di magistrati indagati (e talora condannati).

Dall'analisi relativa a tali fattispecie si evince che – essendo rimossi, per la magistratura ordinaria, in virtù della legge o della prassi amministrativa del Consiglio Superiore della Magistratura, numerosi dei fattori generatori di prossimità tra il ruolo giudiziario ed il mondo degli affari (essendo previsto un concorso pubblico di accesso, ed essendo sostanzialmente vietati, per i magistrati ordinari, incarichi arbitrari, di componenti di organi o commissioni aventi funzioni anche

¹⁴ In tal senso, non possono essere attribuiti alle Commissioni controversie relative ad entrate di natura non tributaria, pur se il relativo atto sia adottato dall'Amministrazione finanziaria. Per richiamare solo alcuni degli arresti recenti, può menzionarsi che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 36 del 2006, ha stabilito che la giurisdizione tributaria, “*deve ritenersi imprescindibilmente collegata*” alla “*natura tributaria del rapporto*” e non può essere ancorata “*al solo dato formale e soggettivo, relativo all'ufficio competente ad irrogare la sanzione*”. Sulla scia di siffatta interpretazione, ribadita nelle successive sentenze della Corte Costituzionale n. 64 e 130 del 2008, anche le Sezioni Unite della S.C. hanno ridefinito il proprio orientamento stabilendo che se il “*... necessario ancoraggio alla natura tributaria del rapporto è il fondamento della legittimità costituzionale della giurisdizione tributaria ... bisogna affermare che in tanto il giudice tributario potrà conoscere delle relative controversie in quanto le stesse siano attinenti ad una pretesa tributaria.*” (Cfr. Cass., S.U. 5 giugno 2008, n. 14831).

solo consultive, se connesse alla diretta amministrazione o alla soluzione di controversie, ecc., ed essendo consentiti, in pratica, i soli distacchi presso la pubblica amministrazione e gli incarichi di insegnamento, oltre poche altre tipologie di funzioni extragiudiziarie) – la possibile devianza si annida o in comportamenti individuali o «nelle maglie» del sistema ordinamentale, il cui strumentario preventivo non viene messo in grado di funzionare per assenza di meccanismi di sensibilizzazione e di *early warning*.

Va parimenti richiamato che il sistema disciplinare, anche alla luce delle statistiche degli ultimi anni, pare davvero efficiente, posto che i casi all'esame della sezione disciplinare del CSM hanno registrato un notevole incremento.

Ne deriva che i profili su cui pare ancora possibile intervenire sono non già quelli di carattere normativo, ma quelli afferenti alla cultura deontologica. Ciò non equivale, ovviamente, a dire che non siano, in astratto, possibili messe a punto anche dei profili ordinamentali; ma tali messe a punto non potrebbero essere che secondarie.¹⁵

Piuttosto, rappresentando il lavoro sulla cultura deontologica – quale creazione di un *habitus* volto a prevenire, nelle apparenza ancor prima che nell'effettività, occasioni di cadute etiche – una riflessione avanzata, la stessa potrà valere per tutti i plessi giurisdizionali, anche per quelli – e massime per la magistratura onoraria – per i quali, come detto, le riforme ordinamentali sono un *prius*.

Al tema deontologico, dunque, ed in particolare alla necessità di rafforzare, per ciascuna magistratura, il ruolo svolto dal «codice etico» o da comitati di etica, può dedicarsi la parte finale di questo intervento.

5. *Un profilo comune: un ruolo per i «codici etici»¹⁶*

La prima categoria ad adottare, in Italia, un codice etico¹⁷ fu quella dei magistrati ordinari, soli – almeno all'epoca, nel 1994 - fra i magistrati dei Paesi europei di tradizione romano-germanica.

¹⁵ Ed infatti il dibattito pubblico attualmente concernente la magistratura ordinaria, lungi dall'appuntarsi – al di là dei casi singoli segnalati – sui profili di incompatibilità per contiguità di interessi di natura economica, normalmente di rilievo penale, si appunta su altri profili, e massimamente su quello – in nessun modo collegato con il tema in esame – della partecipazione del magistrato alla vita politica, attraverso l'assunzione di funzioni amministrative o parlamentari. Sul punto, può segnalarsi il recente comunicato del 17 febbraio 2010 (su www.associazionemagistrati.it) con cui la Giunta dell'Associazione Nazionale Magistrati, in occasione di candidature di magistrati nelle recenti competizioni amministrative, ha ritenuto che il tema della credibilità della magistratura non possa essere disgiunto da quello dell'inopportunità della partecipazione alla vita politica dei magistrati nei luoghi dove abbiano esercitato la giurisdizione, per evitare il rischio di indebite strumentalizzazioni dell'attività svolta. Se il diritto all'elettorato passivo non può essere negato ai magistrati, la Giunta ha tuttavia auspicato una seria riflessione, anche attraverso la programmata revisione del codice deontologico (v. *infra*), sulle modalità di accesso del magistrato alla vita politica e amministrativa e sul rientro in servizio di coloro che abbiano svolto un mandato elettorale.

¹⁶ Il testo riprende, di qui innanzi, con aggiornamenti, talune argomentazioni sviluppate in R. Sabato, *Il codice etico dei magistrati italiani: un esempio per l'Europa*, in AA.VV., *Cento anni di Associazione Magistrati*, Milano, IPSOA, 2009, pp. 106 ss.

La redazione di tale codice si ricollega ad una vicenda normativo-istituzionale del tutto peculiare, in quanto con la nota legge n. 421 del 1992 il Parlamento delegava il governo ad emettere un decreto legislativo che abilitasse la Presidenza del Consiglio dei Ministri, sentito il parere dei sindacati, ad adottare un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, destinato ad essere pubblicato, consegnato al dipendente al momento dell'assunzione e recepito nei contratti collettivi; senonché con decreto legislativo n. 546 del 1993¹⁸, integrativo del decreto legislativo n. 29 del 1993, veniva introdotta una disposizione secondo la quale anche le associazioni di categoria delle magistrature e dell'Avvocatura dello Stato avrebbero dovuto adottare un «codice etico», da sottoporre all'adesione degli appartenenti alla magistratura interessata.

La previsione di un siffatto obbligo di redazione di un codice etico suscitò subito perplessità di ordine costituzionale: la legge di delegazione del 1992, infatti, non prevedeva l'adozione di codici etici per i magistrati, per i quali anzi la legge ribadiva l'assoggettamento alla normativa vigente, prevista dai rispettivi ordinamenti. Il governo aveva dunque ecceduto rispetto alla delega. Da altro punto di vista, poi, si poteva notare che, visto che la nostra Costituzione, all'art. 108, prevede una riserva di legge in tema di norme sull'ordinamento giudiziario, un codice etico simile a quello previsto per i dipendenti per la pubblica amministrazione non poteva assumere, per i magistrati, significato paragonabile a quello assunto dai codici per i pubblici impiegati.

L'Associazione Nazionale Magistrati, peraltro avente natura privata e quindi indebitamente avvicinata ad organi pubblici tenuti al medesimo adempimento, decideva di adottare comunque un codice etico,¹⁹ utilizzando l'occasione «offerta» da un quadro normativo che pur poneva tanti dubbi. Invero, agli inizi degli anni '90 la questione della moralità negli affari pubblici era esplosa in Italia con grande forza ed i magistrati ritenevano di non potersi sottrarre all'onere di indicare, dinanzi all'opinione pubblica, le regole minime di comportamento nelle quali si riconoscevano.

La discussione sull'individuazione di tali regole – si riteneva - poteva essa stessa contribuire alla crescita della consapevolezza dei magistrati dei loro doveri nei confronti della collettività.

Infine, l'elaborazione di un codice etico dei magistrati poteva costituire stimolo per l'adozione di regole deontologiche anche delle altre professioni legali, che all'epoca ne erano sfornite.²⁰

¹⁷ Il testo del codice può leggersi in www.associazionemagistrati.it.

¹⁸ Per i «codici di comportamento» per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, v. poi l'art. 54 del decreto legislativo n. 165 del 2001 (già art. 27 del decreto legislativo n. 80 del 1998, che sostituiva il decreto n. 29 del 1993).

¹⁹ N. Rossi, *L'elaborazione del codice etico dell'ANM*, in L. Aschettino, D. Bifulco, H. Epineuse, R. Sabato (a cura di), *Deontologia giudiziaria – Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 206 ss.

²⁰ Ad es. il Codice deontologico forense – con valenza disciplinare – fu approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 17 aprile 1997. Le magistrature speciali si dotavano di codici sulla falsariga di quello dei magistrati ordinari.

L'impatto del codice etico adottato dall'ANM nel 1994 è stato rilevante anche sulle altre magistrature europee, prive, all'epoca, di analoghi testi deontologici.

La diffusione del codice etico si deve essenzialmente alla circostanza che il Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) dedicava il suo Parere n. 3, nel 2002, sempre in www.coe.int/ccje, ai problemi della deontologia e

È sicuramente rilevante notare che il codice etico consta di 14 articoli che, come è stato notato, “ricomprendono la totalità dei comportamenti dei giudici e dei P.M., inclusi i capi degli uffici.”²¹ E’ stato altresì notato che la denominazione di codice è essa stessa non appropriata, trattandosi per lo più dell’espressione di principi, talvolta generali.

Oltre all’enunciazione, nel preambolo, della separatezza di piani su cui operano le norme deontologiche, prive di efficacia giuridica e che esprimono solo le regole etiche cui, secondo il “comune sentire” dei magistrati, deve ispirarsi il loro comportamento, il testo contiene alcuni

della responsabilità dei giudici. Il Parere si basava su un rapporto del magistrato francese Denis Salas , nominato specialista sul tema da parte del Consiglio d'Europa, assistito da Harold Épineuse.

Il rapporto approfondiva, con un apposita ricognizione basata anche sulle risposte a questionari predisposti dal CCJE, le molte differenziazioni esistenti in Europa in materia di deontologia giudiziaria semplificando, si distingueva tra Paesi in cui l'attenzione alla deontologia giudiziaria era di tipo prevalentemente disciplinare, ove esistevano codici deontologici, adottati al fine di fornire la norma sostanziale da applicare ai giudici disciplinari, e Paesi in cui non esistevano codici, traendosi la norma disciplinare prevalentemente dalla giurisprudenza dell'organo preposto all'applicazione delle sanzioni disciplinari ai giudici.

Caso a parte era quello italiano, espressamente considerato, ove coesisteva - con una impostazione del secondo tipo - un codice etico, nato entro la nota vicenda giuridico-istituzionale assai peculiare, adottato dall'Associazione dei Magistrati, che espressamente dichiarava che il codice si poneva su un piano diverso da quello giuridico-disciplinare.

Su questo retroterra, in sintesi, si inseriva il Parere n. 3 del CCJE che, deliberato dal Plenum del CCJE e poi oggetto di presa d’atto da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, affermava che:

- il rispetto da parte del giudice di principi deontologici rigorosi è una contropartita naturale dei poteri importanti di cui dispone il giudice nella società di oggi;
- anche se accavallamenti e interazioni sono incontestabili, le norme deontologiche e disciplinari devono rimanere distinte; le prime norme, quelle deontologiche, esprimono la capacità della professione di riflettere sulla sua funzione; sono delle «norme di autocontrollo» che implicano il riconoscimento che l'applicazione della legge non ha niente di meccanico e che necessita di un reale potere di apprezzamento, che però pone i giudici in un rapporto di responsabilità nei confronti di loro stessi e dei cittadini;
- i principi deontologici devono essere emanazione degli stessi giudici.

Il Consiglio consultivo dei giudici europei col proprio Parere incoraggiava, in questa prospettiva, la costituzione in seno al corpo giudiziale di «comitati di etica», cui sia riconosciuto un ruolo consultivo, ai quali i giudici potrebbero rivolgersi in caso di dubbio sulla compatibilità di un comportamento o di un'attività con la loro posizione di giudice. Questi organi potrebbero essere stabiliti, per esempio, sotto l'egida dell'Associazione dei magistrati. Dovrebbero essere in ogni caso distinti e dovrebbero perseguire obiettivi diversi dagli organi incaricati di sanzionare le violazioni disciplinari.

Il Parere n. 3 del Consiglio Consultivo, ed il codice etico italiano con esso, riceveva attenzione pubblica in molti Paesi europei. In particolare, in Francia venivano organizzate iniziative di diffusione da parte dell'*École Nationale de la Magistrature (ENM)* e dell'*Institut des Hautes Études sur la Justice (IHEJ)*. Al codice etico italiano si sono richiamati, sempre in Francia, i lavori della “*Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature*” (denominata “*Commission Cabannes*” dal nome del suo presidente, M. Jean Cabannes, Primo Avvocato generale onorario presso la Corte di Cassazione), istituita dal Ministero della giustizia nel maggio 2003.

²¹ Così D. Salas, *Le renouveau du débat sur l'éthique du juge*, in D. Salas – H. Epineuse (sous la direction de), *L'éthique du juge: une approche européenne et internationale*, Paris, Dalloz, 2003, p. 11; per la situazione in Francia, v. anche G. Canivet, J. Joly-Hurard, *La déontologie des magistrats*, Paris, Dalloz, 2004.

principi e, poi, regole relative ai rapporti del magistrato con i cittadini e con gli utenti della giustizia, con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione di massa, ai doveri di operosità e di aggiornamento professionale, di buon utilizzo delle risorse dell'amministrazione, di non utilizzazione delle informazioni d'ufficio a fini non istituzionali. Esso prosegue con la regolamentazione dell'adesione dei magistrati ad associazioni, dei doveri di indipendenza, imparzialità e correttezza; della condotta da tenersi nell'esercizio delle funzioni, sia quanto al giudice che quanto al pubblico ministero, che infine quanto ai capi degli uffici.

Per espressa previsione del codice, è possibile un suo adeguamento nel tempo; e sul punto è opportuno segnalare che, all'esito di un dibattito concernente anche recenti vicende coinvolgenti magistrati, in data 7 aprile 2010 si è riunita, per la prima volta, una commissione dell'Associazione con il compito di proporre un adeguamento, tra l'altro, del testo deontologico

In merito all'applicazione concreta (e quindi alla rilevanza) assunta dal codice etico predisposto dall'ANM è opportuno, sottolineare che il codice stesso dichiara espressamente di collocarsi «su un piano diverso rispetto alla regolamentazione giuridica degli illeciti disciplinari». In molti casi, l'inosservanza delle norme contenute nel codice non raggiungerà la soglia dell'illecito disciplinare; in altri casi, potrà costituire addirittura l'indice della violazione di norme penali.

Il fatto che a volte si intersechino i piani etico, da un lato, e disciplinare o penale, dall'altro lato, a volte invece i due piani restino separati, non significa che il codice sia irrilevante.²²

Una diversa sovrapposizione di piani si verificava in quanto il codice assumeva una vitalità – per così dire – «indesiderata» dai suoi autori nella stagione della riforma dell'ordinamento giudiziario, cristallizzatasi, in materia di procedimento disciplinare relativo ai magistrati, con il d.lgs. n. 109 del 2006, coordinato con le leggi n. 269 del 2006 e 111 del 2007. In estrema sintesi, il codice etico è servito da base (talvolta, anche eccessivamente, testuale) per la redazione delle nuove norme disciplinari, ispirate, almeno teoricamente, dalla finalità di raggiungere una «tipicità» degli illeciti disciplinari dei magistrati. Così, molte delle disposizioni che dovevano stimolare verso comportamenti «eccellenti» venivano utilizzate impropriamente per porre degli obiettivi disciplinari, invece da regolarsi secondo un metro di «minimo» etico.²³ Le problematiche, non del tutto eliminate dal legislatore del 2007, poste da tale commistione tra deontologia e disciplina, sono affidate in vista di una soluzione alla giurisprudenza della Sezione disciplinare del CSM e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, attraverso l'interpretazione sul punto, potrà sceverare fino a che punto l'originaria funzione «propulsiva» delle norme del codice possa formare la base di un addebito disciplinare.

²² Per un inquadramento giuridico-filosofico delle norme deontologiche per i magistrati, D. Bifulco, *Deontologia giudiziaria, disciplina ed interpretazione della legge: territori (limitrofi) da recintare con cura!*, in *Politica del diritto*, n. 4, 2004, pp. 617 ss.; per un richiamo, v. anche L. Aschettino – D. Bifulco, *Introduzione*, in L. Aschettino, D. Bifulco, H. Epineuse, R. Sabato (a cura di), op. cit., p. 3.

²³ Per condivisibili critiche all'operato del legislatore, a partire dalla legge delega n. 150 del 2005, v. ad es. L. Chieffi, *Discrezionalità interpretativa e regole deontologiche*, e A. Patrono, *La riflessione dell'ANM sulla deontologia*, entrambi in L. Aschettino, D. Bifulco, H. Epineuse, R. Sabato (a cura di), op. cit., rispettivamente, pp. 40 e 45. Per la necessità di tracciare confini rigorosi tra etica giudiziaria e disciplina v., anche per richiami teorici e comparatistici, E. Bruti Liberati, *Responsabilità, imparzialità, indipendenza dei giudici in Europa*, in op. ult. cit., pp. 137 s.

Invero, il codice è essenzialmente uno strumento di autocontrollo, destinato ad operare in primo luogo all'interno della categoria, con esiti per loro natura non manifesti. Pur trattandosi di «norme effettive», esse esprimono nella sostanza come la categoria professionale intende gestire i comportamenti dei propri appartenenti.

Il codice si assegnava, altresì, e storicamente ha avuto, una funzione di *benchmark*, di strumento cioè di controllo da parte dei cittadini e degli altri operatori professionali, che – facendo riferimento al codice - hanno la possibilità di distinguere il giudice laborioso, corretto, preparato, imparziale e indipendente, vitalizzando la credibilità della magistratura, ovvero anche stimolando la presentazione di doglianze contro lo Stato o lo stesso giudice, anche solo ai fini della sua valutazione di professionalità, in caso di mancanze.²⁴ E' evidente, dunque, la funzione anche di *early warning* che la diffusione del documento può avere.

Va poi riconosciuto che, nella vigenza dell'ordinamento giudiziario dell'epoca, il codice etico intendeva avere, ed ha avuto, una funzione «interpretativa» di norme giuridiche. Se costituiva illecito disciplinare - come era previsto dalla disciplina «elastica» dell'art. 18 della c.d. legge sulle guarentigie di cui RDL n. 511 del 1946 - la violazione dei doveri o la condotta che renda il magistrato non meritevole della considerazione di cui deve godere o che leda il prestigio dell'ordine giudiziario, è evidente che le regole di deontologia, che esprimevano la nozione collettiva dei concetti di «prestigio», «considerazione», «doveri» del magistrato, potevano e dovevano essere utilizzate al fine di interpretare le regole disciplinari, anche se i livelli di deontologia e disciplina restano separati.²⁵

Il CSM, dal canto suo, nella convinzione che la sensibilità ai problemi di etica professionale dovesse e potesse svilupparsi attraverso la formazione iniziale e continua sui temi deontologici, dedicava alla formazione alla deontologia – parallelamente a quanto operato dalle altre istituzioni europee di formazione giudiziaria - numerosi incontri di studio destinati tanto ai magistrati in tirocinio che a quelli in carriera. A questo sforzo di «formazione alla deontologia» si affiancava, così, la visione di una «deontologia della formazione», nel senso che il codice stesso favoriva una considerazione del CSM come propulsore delle necessarie attività di aggiornamento professionale e formazione dei magistrati, gestite in maniera indipendente, la partecipazione alle quali deve percepirsi come obbligo etico, anzi uno dei principali obblighi etici unitamente a quelli dell'imparzialità e correttezza.

Una proposta ulteriore che può formularsi in questa sede, anche ai fini di stimolare la funzione di *early warning* del codice, è l'istituzione da parte dei magistrati associati di uno o più comitati di etica, preposti a diffondere tra i cittadini il contenuto del codice, a stimolare le riflessioni in materia ed a trattare in via consultiva e preventiva problematiche deontologiche.

Analoghe proposte possono formularsi per le magistrature speciali e per quella onoraria.

²⁴ Sia consentito, sul punto, rinviare a R. Sabato, *Le Code éthique italien entre déontologie et discipline*, in D. Salas – H. Epineuse (sous la direction de), op. cit., p. 99.

²⁵ Per una esemplificazione, sia consentito rinviare a R. Sabato, *Il codice etico dei magistrati italiani: un esempio per l'Europa*, cit., p. 109 s.

