**Il magistrato amministrativo e la dimensione etica** (Saluti introduttivi Corso di formazione per neo referendari e neo consiglieri di Stato – Webinar 10 gennaio 2022 )

1 – Il corso di formazione organizzato dal nostro Ufficio studi .al quale deve andare il nostro ringraziamento per l’intensa attività di formazione, svolta a un notevole livello qualitativo- presenta oggi due tratti salienti: ai neoreferendari Tar, che ho avuto personalmente il piacere di salutare e conoscere in occasione del primo incontro, si uniscono oggi i consiglieri di Stato di recente nomina governativa, e quindi di estrazione e provenienza tra loro diversa; il corso non ha ad oggetto “nozioni” e problematiche tecnico-giuridiche, ma riguardano un aspetto centrale del ruolo e della figura del magistrato in generale, del magistrato amministrativo per alcune peculiarità, e, in definitiva, dell’immagine e della collocazione istituzionale della magistratura amministrativa nella società; anzi nella comunità, termine che ritengo dia meglio l’idea di un luogo di persone che *vogliono* vivere insieme, nell’accezione sociologica della nota contrapposizione di Ferdinand Tonnies tra *Gesellschaft* e *Gemeischaft* (1887)[[1]](#footnote-1).

La riflessione di oggi, infatti, mira, in ultima analisi, alla maturazione progressiva e comune di una cultura della giurisdizione e delle istituzioni, intesa come imprescindibile elemento del bagaglio culturale *tout court* di un magistrato. In una società, tendenzialmente “deculturizzata” quando non “incolta”, è alto il rischio che anche i magistrati, e mi riferisco a quelli bravi, tendano a chiudersi nelle tecnicalità del “mestiere” senza guardare a quella che ho definito la collocazione istituzionale della magistratura. Tendenza particolarmente grave se riferita alla “nostra” magistratura, che trae la sua stessa ragion d’essere dal collocarsi nello snodo tra individuo e potere, uno snodo cruciale nello Stato di diritto, a maggior ragione nella sua declinazione “sociale” di Stato del Welfare, in cui i diritti dichiarati nella Costituzione si fanno diritti concreti grazie all’intermediazione del potere pubblico; la posizione di preminenza a questo riconosciuta rispetto agli individui si giustifica solo se funzionale al perseguimento, nel rispetto del diritto, del benessere collettivo e quindi nella misura in cui si fa servizio e si traduce in prestazioni amministrative. Effettività della tutela vuol dire dunque effettività degli interessi tutelati, e quindi dei “diritti”, tradizionali e di nuova generazione, sociali e inerenti al mercato e all’economia.

Purtroppo la situazione sanitaria in atto ci consiglia di vederci da lontano, a differenza del primo incontro, ma io spero che presto potranno essere ripresi gli incontri in presenza, i quali, tra l’altro, hanno il grande pregio di farci conoscere di persona: e gli incontri da remoto, per quanto di grande ausilio in questi due anni nel tener vivo il dibattito e il confronto tra noi, non potranno mai sostituire gli incontri in presenza.

La riflessione sulla “dimensione etica” del giudice amministrativo deve muovere dalla considerazione che questi è il giudice dei pubblici poteri a tutela dei diritti e degli interessi degli individui e delle imprese; garante indiretto della legalità nell’ordinamento in una prospettiva che –come mi è sembrato di poter paradossalmente dire- vede la tutela dell’individuo, singolo o associato, in primo piano e vede indirettamente tutelata, “in occasione” della tutela delle situazioni soggettive, la legittimità dell’azione amministrativa.

Noi sappiamo che il giudice amministrativo nasce, nel 1889, per colmare una lacuna, originata dal sistema di giurisdizione unica del 1865, nella tutela delle situazioni soggettive non riconducibili ai “diritti civili o politici”. Nasce dunque da un’esigenza di maggior tutela, frutto della ostinazione di Minghetti e Spaventa a non rassegnarsi alla sostanziale “riserva di amministrazione” sui non-diritti. E così prima la giurisprudenza consultiva del Consiglio di Stato sui ricorsi al re e poi quella della Quarta Sezione creano delle situazioni legittimanti al ricorso e un sindacato per clausole generali sull’eccesso di potere da cui trae origine la vicenda di tutela che giunge a noi. Si è venuto così progressivamente delineando uno statuto del cittadino nei confronti del potere pubblico, uno statuto che gli ha consentito e gli consente di opporsi all’amministrazione a tutela dei propri diritti –e dico diritti, perché diritti erano quelli poi “degradati” dal potere amministrativo- o delle proprie pretese nei confronti dell’amministrazione, ogniqualvolta un proprio “diritto” (ancora una volta) abbisogni dell’intermediazione amministrativa per poter essere concretamente esercitato, per potersi “espandere”.

Non è il caso di indugiare sul passato, perché oggi la collocazione istituzionale della giurisdizione amministrativa, e quindi del giudice, è profondamente mutata. In realtà, però, è mutato significativamente il contesto istituzionale, forte di un quadro fondativo costituzionale, ed è cambiata evidentemente la società.

2 - Il giudice amministrativo, dalla Costituzione in poi, vive una ben diversa realtà; ed è questa realtà, ancor più che l’evoluzione “interna” alla giustizia amministrativa, che ne determina l’attuale collocazione istituzionale e ne disegna il ruolo.

Questo ruolo è colto dalla lettura del testo costituzionale che daranno prima la dottrina (Bachelet, Nigro) e poi la Corte costituzionale (sent. n. 204 del 2004 e altre che seguiranno), in cui si pone il fondamento costituzionale della giurisdizione amministrativa: il giudice amministrativo non più come giudice “speciale”, ma come giudice ordinario degli interessi legittimi e talvolta dei diritti soggettivi (Nigro) o meglio (C.cost.) come giudice della pubblica amministrazione quando agisce nell’esercizio del potere; in altre parole, viene a configurarsi il giudice amministrativo come giudice del potere pubblico, anche quando questo incroci diritti fondamentali. Questa ricostruzione pone il giudice amministrativo al centro dei rapporti tra poteri pubblici e soggetti di diritto; una collocazione “centrale”, perché il giudice intercetta tutte le situazioni in cui vi sia esercizio di un potere pubblico, che varia a seconda della latitudine consentita dall’ordinamento positivo ai poteri pubblici.

E, nel contesto attuale, il giudice amministrativo:

è un giudice pluralista in un mondo plurale.

è un giudice che si trova a dialogare dentro coordinate nuove con le altre dimensioni istituzionali, *in primis* legislazione e amministrazione.

è un giudice che si trova inserito in un circuito di “formazione del diritto”, nazionale e sovranazionale. Insieme con altri attori, insieme con altri giudici, svolge la sua parte in un processo di costruzione dell’ordinamento significativamente definito “diritto giurisprudenziale” che, per rimanere appannaggio di un giudice che voglia continuare a essere tale, deve districarsi tra i poli opposti del creativismo giudiziario, che in ultima analisi lo priva della legittimazione che gli è propria, non politica, e della esigenza di fornire una tutela effettiva e piena a ogni situazioni giuridica, secondo legge o perfino contro la legge, quando questa non sia conforme alla Costituzione o al diritto europeo.

3 Noi giudici siamo soggetti “soltanto” alla legge. Il che indica un “metodo” nel decidere i casi che ci vengono sottoposti. Ma il “soltanto” costituisce anche il chiaro fondamento di ogni forma di garanzia di indipendenza interna ed esterna nonché dell’autonomia della magistratura; e, al tempo stesso, l’avverbio “soltanto” si rivolge anche al magistrato, imponendogli una specifica regola deontologica: evitare di assumere comportamenti che possano minare la sua libertà di coscienza. E in questa dimensione anche le condotte private possono rilevare ai fini deontologici, se e in quanto esse possano refluire in interessi o pregiudizi in grado di incidere sulla libertà di coscienza e sull’onestà intellettuale del decidente.

Abbiamo sottolineato l’ampiezza dei poteri del giudice, e di quello amministrativo, in un sistema in cui il diritto giurisprudenziale va assumendo, fisiologicamente o patologicamente che sia, un ruolo determinante nella formazione dell’ordinamento. A tali poteri non può non corrispondere un’assunzione diresponsabilità, che, non potendo, ovviamente, ricadere nel circuito di legittimazione politica, deve trovare altrove la sua fonte di legittimazione. E tale fonte va individuata, da un lato, nell’affinamento e nella padronanza della tecnica, dall’altro, nella seria costruzione di un sistema di riferimento etico e deontologico, capace di arginare ogni forma di arbitrio che possa derivare dall’esercizio della discrezionalità giudiziaria e, soprattutto, ogni forma di condizionamento, o di apparente condizionamento, che possa offuscare l’immagine di terzietà, o più semplicemente di serietà, del giudice.

C’è un tema di fondo in ogni società, cui nessuna “parte” della comunità che vi vive può sottrarsi: è il discorso dell’etica pubblica.

Max Weber, nel celebre saggio *L’etica protestante e lo spirito del capitalismo* (1905), evidenzia come l’etica pubblica della civiltà capitalistica si basi sul concetto di dovere professionale, dunque sul legame che l’individuo sente nei confronti della sua professione, come inserita nella comunità.

John Rawls, nel suo noto saggio *Una teoria della giustizia* (1971), in una prospettiva neocontrattualista, nel considerare la “giustizia come il primo requisito delle istituzioni sociali”, sottolinea il rapporto tra etica pubblica e uguaglianza nel godimento delle libertà fondamentali e dei beni essenziali e sostiene che alla base della società vi è un accordo diretto a tal fine, che deve essere salvaguardato dalle istituzioni fondamentali, tenendo conto –per seguire il pensiero dell’autore statunitense Robert Nozick in *Anarchia, Stato e utopia* (1974)- della centralità della tutela dei diritti individuali che siano considerati inalienabili e non negoziabili all’interno della comunità.

Per quel che ci riguarda e con formula sintetica, l’etica pubblica può dirsi caratterizzata dal rapporto che lega l’interesse del singolo individuo a quello generale della sua comunità politica. Nasce dall’incontro tra l’etica e la sfera pubblica e denota, in qualche modo, “la moralità delle istituzioni” (per parafrasare il libro di Sebastiano Maffettone, che parla di etica pubblica come “forma di autocomprensione critica e collettiva” di una società o meglio di una comunità).

Per il giudice l’etica pubblica è cultura della giurisdizione. L’imparzialità del giudice richiede un processo di neutralizzazione delle proprie concezioni (soggettive e sostanziali) del bene morale, un distacco dalle proprie esperienze vitali, una terzietà, una indipendenza sostanziale di conciliare, nel proprio comportamento, universale e particolare, soggettivo e oggettivo. Riguardata sotto tale profilo, l’etica pubblica non è altro che un superamento delle concezioni soggettive del bene, una ricerca spassionata ed appassionata insieme, del fondamento del bene comune in una società caratterizzata da pluralismo dei valori.

C’è quindi un discorso etico di fondo, cari Colleghi, che ci riguarda, oggi più che mai, e riguarda tutte le magistrature, che dobbiamo avere il coraggio di porre al centro della nostra riflessione di oggi e della nostra azione di domani. Consapevoli che la magistratura, e la nostra in particolare, ha il dovere, che risiede in capo a ogni singolo componente di essa, di mantenere alto quel prestigio che la giustizia amministrativa ha progressivamente acquisito nella storia delle tutele del nostro Paese, ma che non costituisce una rendita scontata di posizione, oggi meno che mai, ma richiede piuttosto un’attenzione e un impegno serio e costante in ciascuno di noi.

In quest’ottica terzietà e imparzialità più che connotare la funzione o il servizio del giudicare, in un’ottica troppo autoritaria o efficientistica, costituiscono un vero e proprio bene pubblico che il giudice ha il dovere di salvaguardare; il che richiede tuttavia una profonda maturazione etica che ci metta in grado di affrontare le sfide che abbiamo davanti.

E l’abito etico del giudice amministrativo, e mi rivolgo in questo ai neo consiglieri di Stato, non solo non va dismesso ma nemmeno va modificato, nell’esercizio della funzione consultiva, che ha progressivamente assunto la natura di consulenza nell’interesse obiettivo dell’ordinamento, in funzione neutra e di garanzia, e che quindi richiede il medesimo *habitus* di terzietà proprio del giudicare. E nemmeno va dismesso –e torno a rivolgermi a tutti- quando si espleta una funzione “esterna” alla giurisdizione, che qualifico del pari istituzionale perché attiene alla collocazione del magistrato amministrativo nelle istituzioni: un magistrato che non smette di essere tale per essere chiamato, in virtù del proprio essere magistrato, a forme di collaborazione istituzionale che mai andrebbero cercate e chieste.

Come si declina nella vita quotidiana del giudice il senso dell’etica pubblica? Nessuno ha ricette, meno che mai io. Ma è necessario riflettere e confrontarsi su questo, senza accantonare o sottovalutare il tema come astratto. Perché così non è. E lo si vedrà bene nel dibattito odierno

La prima declinazione è la consapevolezza degli odierni contenuti del nostro lavoro. Siamo chiamati a confrontarci con diritti di ogni specie: diritti fondamentali, diritti civili, sociali, diritti di nuova generazione, situazioni giuridiche soggettive variamente poste come limite ai poteri pubblici e situazioni legittimanti a pretese e prestazioni nei confronti dei poteri pubblici, diritti che si incrociano con la tecnica e con i nodi cruciali della post-modernità costituzionale.

La seconda declinazione è nella responsabilità di una solida e proficua formazione professionale, cui nessun giudice dovrebbe sottrarsi. Quando si dice che c’è sempre qualcosa da imparare, non si dice una banalità. La formazione professionale costituisce un dovere per il magistrato responsabile, senza cadere nella supponenza di chi ritenga che il collega più giovane per esempio, abbia poco da insegnarli, perché questo, in primo luogo, non è vero: il collega più giovane è più sensibile a cogliere le trasformazioni del diritto; in secondo luogo, l’atteggiamento di supponenza non mi pare “eticamente responsabile” in un contesto in cui la condivisione del sapere migliora la nostra capacità di rendere giudizi e incrementa il tasso di appartenenza al corpo della magistratura.

E siamo alla terza declinazione dell’etica pubblica. Il rapporto con le parti del processo e quindi, nel nostro sistema, con la difesa. I rapporti tra magistrati e avvocati devono essere improntati a comuni princìpi di etica professionale nel processo. Il giudice è chiamato alla decisione. E il presidente di un collegio deve garantire la speditezza del processo e prendere in considerazione le sole istanze strettamente funzionali all’andamento “giusto” del processo. E’ nella sua responsabilità; ma tale responsabilità implica, ancor più, il dovere del massimo rispetto, anche formale, dei difensori in udienza, perché avvocati e giudici stanno insieme nel processo; richiede uniformità di prassi all’interno degli uffici giudiziari, ciascuno dei quali non può costituire una monade.

Si è parlato di cultura giuridica, formazione professionale, confronto corretto con l’avvocatura. In sintesi, la figura di un giudice umanista, colto, umile, aperto, empatico, studioso, capace di coltivare il dubbio, un giudice all’altezza dei tempi. Ma anche un giudice affidabile per la società che viene, che sia tale ma anche appaia tale. Un giudice –come dicevo- pluralista in un mondo plurale, che abbia la consapevolezza di essere protagonista di una società aperta, nel senso immaginato da Bergson e poi sviluppato da Karl Popper, in cui sia garantita la partecipazione di tutti ai processi decisionali e in cui non vi sia spazio quindi per tendenze autoritarie o più semplicemente personalistiche. Ma un giudice che sappia coniugare, nel proprio giudicare, distacco e passione: passione e attenzione per la vicenda portata al suo giudizio, un distacco da essa che gli consenta di essere immune da condizionamenti e convincimenti personali.

Un giudice all’altezza dei tempi che sappia accettare, proprio in ossequio a un’etica pubblica collegata alla funzione, alcune limitazioni anche alla propria sfera di libertà: non può avere un proprio pensiero che non sia in linea con i valori fondamentali posti alla base della Costituzione su cui ha giurato e delle Carte europee che oramai ne fanno parte; non può liberamente manifestare il proprio pensiero, se questo pensiero sia riferibile alla propria attività giudiziaria o se possa essere letto, o anche strumentalizzato, in modo che ne risulti appannata la sua terzietà; non può frequentare abitualmente chiunque, tutte le volte in cui queste frequentazioni possano ripercuotersi negativamente sulla sua attività giudiziaria o possano dare oggettivamente la sensazione che un appannamento della terzietà possa verificarsi.

E una riflessione etica va condotta anche sull’associazionismo sindacale in magistratura. E’ un fenomeno positivo, perché favorisce il dibattito, pone a confronto visioni anche diverse della professione, dell’etica, della giurisdizione, funge da elemento di aggregazione tra colleghi in una realtà in cui il lavoro tende a essere prevalentemente solitario. Ma i magistrati devono perseguire gli interessi sindacali senza trasformare il mezzo in fine. L’associazionismo non può condurre alla sindacalizzazione di ogni aspetto della vita del magistrato, dalle carriere agli incarichi, esterni e interni alla giurisdizione, ai profili disciplinari. E l’associazionismo deve saper guardare al governo autonomo della magistratura con il distacco e il rispetto che devono reciprocamente riconoscersi due realtà istituzionali che devono restare tra loro distinte, ciascuna nel proprio ruolo, al fine di evitare sempre possibili degenerazioni, quali l’assunzione di decisioni fondate sulla logica dell’appartenenza, sugli interessi di parte, su rapporti meramente personali. Una degenerazione del genere comporta, per esempio, un uso improprio dei *social* –meritoriamente regolamentati di recente dal CPGA- che, da momento utile per il confronto di idee si trasformano in un veicolo di risentimenti, critiche esacerbate, anche nel linguaggio, riflessioni svolte con la pancia anzi che con lo strumento proprio della testa: il che, lungi dal costituire e rafforzare l’abito etico, del magistrato avvelena il clima tra colleghi e mina l’immagine della magistratura ogniqualvolta –e succede- quei “dibattiti” in *chat* siano conosciuti all’esterno.

Il governo autonomo della magistratura è un “privilegio” di noi magistrati che deve assicurare il fine istituzionale per cui la Costituzione lo contempla: garantire l’indipendenza interna ed esterna, della magistratura nel suo complesso e del singolo magistrato. E dobbiamo evitare il rischio, che fu già denunciato da Mortati e Nigro, che si trasformi in un governo “corporativo” della magistratura.

Concludo. La magistratura (e non solo quella amministrativa, ovviamente) è tradizionalmente stata e tale veniva considerata una riserva di eccellenza, una *élité* (*absit iniuria verbis*…). Ma una riserva di eccellenza che voglia rimanere tale e che tale voglia essere riconosciuta – non da se stessa - è tenuta a ricercare nella competenza, e non nell’appartenenza, la propria legittimazione istituzionale. Una competenza fatta di conoscenze tecniche, di sensibilità istituzionale, di apertura verso le diverse culture e i diversi saperi, di capacità di cogliere nel punto di vista dell’altro un fattore di arricchimento. In altre parole, l’autoreferenzialità, il pensare di essere al centro dei meccanismi istituzionali, e in questo crogiolarsi, è un errore di superbia che trasforma qualsiasi *élite* in una casta.

Le competenze maturano nel confronto con il collega, quello più giovane e quello più esperto per ragioni di età, il diversamente giovane. La competenza non si traduca in supponenza, perché così non si trasmette e non si condivide il sapere.

Noi abbiamo la fortuna .certo, meritata con i nostri sforzi- di appartenere a un’istituzione fondamentale della democrazia, non siamo soltanto dei “semplici” professionisti. Uno o ci crede in questo lavoro, e allora l’orientamento dei comportamenti all’etica del magistrato viene da sé; o non ci crede, ed è un vero peccato.

Evitiamo che il giudice diventi quella sorta di incubo che Adam Smith paventava nella sua *Lecture on jurisprudence* del 21 marzo 1763: “Il giudice è necessario; e tuttavia di tutte le cose è la più terribile”.

Filippo Patroni Griffi

1. F. Tonnies, *Gemeischaft und Gesellschaft*, Leipzig 1887, trad.it. Bari 2011 [↑](#footnote-ref-1)