

RIFORMA DELLA GIUSTIZIA TRIBUTARIA ANNO ZERO.

FIRENZE 4 FEBBRAIO 2023

**Di Antonio Damascelli
presidente UNCAT**

Alexis de Toqueville affermò lo stretto legame dell'idea dei diritti e del diritto con la forza e l'indipendenza del potere giudiziario. Il potere giudiziario, in quanto tutelava i diritti soggettivi, era un potere semipolitico e per tutti questi caratteri (sommamente l'obbligo di motivare o di notificare i provvedimenti con determinate forme), che egli riteneva radicati nell'ancien regime, poté affermare che *“questa è la sola parte dell'educazione di un popolo libero che l'antico regime ci abbia dato”*. I tratti distintivi del potere giudiziario erano individuati nella inamovibilità sulla quale si fondava la tendenza alla stabilità, fondamentale per l'idea dei diritti.

Toqueville intuì i caratteri del potere giudiziario come *istituzione umana* e così distinse questi caratteri:

- 1) esso giudica solo quando insorga una controversia e non sulla legge
- 2) pronuncia su casi particolari
- 3) pronuncia solo quando è adito

L'istituto dei giudici rappresenta storicamente la stessa idea dei diritti e del diritto. Questa idea e la forza del potere giudiziario stanno in rapporto di interdipendenza: là dove il potere giudiziario è forte lo è l'idea del diritto e dei diritti; là dove questa idea è debole lo è

anche il potere giudiziario se nel costume non è sentito il diritto come norma e come diritto soggettivo.

Mentre nella democrazia il potere giudiziario è la salvaguardia del popolo, nello Stato moderno post rivoluzionario la tendenza è quella di indebolire il potere giudiziario, quale conseguenza della decadenza dell'idea del diritto e dei diritti. Per T. il problema del diritto, come problema dell'accentramento assorbente, era il problema del potere giudiziario. L'indebolimento del diritto soggettivo richiede l'intervento del potere giudiziario per la sua difesa contro l'invadenza del potere statale che lo mette in pericolo. L'inficiamento dei diritti soggettivi ed il loro disprezzo tanto da parte del potere centrale che dei cittadini si riverbera sull'abito dei giudici: la decadenza del potere giudiziario consegue all'ampliamento delle funzioni dello stato moderno.

T. colse la tendenza dello Stato moderno sotto due aspetti: la prepotenza del potere esecutivo o amministrativo e quella del potere legislativo. Quanto al primo aspetto, la tendenza dello Stato moderno ad indebolire il potere giudiziario si traduceva nell'istituto dei tribunali amministrativi, sottraendo ai giudici la cognizione delle controversie tra lo Stato e i cittadini.

Ma è il secondo aspetto che disvela i problemi più gravi: il predominio, la tirannia del potere legislativo sul giudiziario, che si riflette nel suo corpo interno (nomine, promozioni, trasferimenti etc). L'altra ragione sta nell'affermazione del diritto statale, cioè la volontà illuminata e razionale del legislatore avviata con le codificazioni. I giudici erano i depositari del diritto extrastatale, la sacra maestà della legge, che lo Stato non poteva toccare. Lo Stato moderno sovverte quel rapporto e con l'ampliamento del potere legislativo, con l'affermazione della volontà generale, razionale e illuminata determinerà la

confusione dei poteri a scapito del giudiziario. Si può dire che la divisione dei poteri più che garantire l'indipendenza dei giudici fu escogitata per garantire l'indipendenza dell'esecutivo e del legislativo dalle invadenze estranee.

Per queste ragioni il problema dell'indipendenza dei giudici è un problema che sorge nel mondo moderno e non si poneva nell'antico regime poiché i giudici erano e si sentivano indipendenti, anzi *invadenti*. In tal modo T. potè dire che *l'idea dell'indipendenza dei giudici è moderna*.

Saltiamo ai giorni attuali ed alla legge 130/2022, che ha riformato i criteri di reclutamento dei magistrati tributari attraverso pubblico concorso ma ha mantenuto la dipendenza dal MEF dell'amministrazione della giustizia tributaria. Giudici e personale di segreteria dipendenti del MEF.

Ci troviamo nella stessa situazione storica e politica? La riforma lede effettivamente la indipendenza del giudice, prima ancora che compaia nelle aule di udienza la nuova figura, si da rendere prioritaria ed assorbente la rimessione della questione alla Corte Costituzionale?

Il trasferimento ad altro organo dell'esecutivo, segnatamente alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, è stata richiesta da Uncat.

A mio parere e dell'Unione il tema esiste, ribadisco l'opportunità che il trasferimento dal MEF sia necessario ma questo tema è un prisma che va osservato fuori dagli schemi interpretativi correnti.

A fronte della permanenza del rapporto di dipendenza diretta dal MEF si sono, infatti, già sollevate le reazioni dei giudici tributari attraverso due ordinanze, con le quali la questione

della falsa indipendenza dei giudici e del personale amministrativo è stata rimessa al vaglio della Corte Costituzionale.

Non intendo entrare nel merito delle ordinanze ma desidero fare delle osservazioni generali.

Prima osservazione:

Sorprende che il tema dell'indipendenza della magistratura tributaria sia stata sollevata nell'immediatezza dell'entrata in vigore della riforma mentre sia rimasta sopita per circa trent'anni, se si fa eccezione per l'ordinanza della CTP di Reggio Emilia, sulla quale nel 2016 con l'ordinanza n. 227 la Corte Costituzionale si è pronunciata per l'inammissibilità.

Sorprende che nella legge 130/2022 siano state rinvenute disposizioni volte a privare l'indipendenza del giudice tributario, anche per effetto del mancato esercizio del potere di vigilanza sul personale amministrativo (sottratto al giudice ed affidato al MEF), potere di controllo già venuto meno sin dal 2015 e, quindi, in epoca già suscettiva del sindacato di costituzionalità.

La tempestività/intempestività della denuncia induce a chiederci perché non prima ma solo adesso?

Seconda osservazione:

Da parte dei giudici veneti (ord. n. 408/2022 del 31.10.2022) si fa un'affermazione preoccupante. Essi scrivono, infatti, che *“La persistenza di tali dubbi di contrarietà alla Costituzione delle menzionate norme ordinarie appare a questa Corte del tutto idonea a sottrarre a questa Corte medesima quella serenità che deve imprescindibilmente presiedere e preesistere all'atto del giudicare e ne determina – sino al momento di*

scioglimento di tali dubbi da parte del Giudice delle Leggi – la paralisi della funzione decisoria, non più libera di esprimersi in autonomia perché viziata dalla consapevolezza dell'esistenza di norme che sono idonee ad incidere sullo status dei giudicanti in modo tale da condizionarne decisamente l'imparzialità”.

In disparte l'argomento che l'assetto denunciato, con la diversa prospettazione dei futuri giudici che entreranno organicamente nell'amministrazione, non si discosta nella sostanza dalla disciplina normativa ante riforma, il che ripropone gli stessi dubbi di intempestività del rinvio alla Corte, viene da chiedersi come possa quel giudice continuare ad amministrare giustizia se non si sente sereno.

Il tema della garanzia e dell'imparzialità della magistratura dal potere esecutivo, per venire all'ordinanza dei giudici lombardi (ord. 1481/2022) si pose nell'assemblea costituente. In particolare si pose il problema di contemperare le guarentigie dell'indipendenza del potere giudiziario, che erano volte a parificarlo, quanto a posizione, a quello legislativo e all'esecutivo, con la necessità di non renderlo un corpo separato con gli altri poteri dello Stato (fu il caso scatenato dal Procuratore Generale Massimo Pilotti, messo sotto accusa dalla Costituente per offesa al capo dello Stato, che determinò anche le regole di composizione del CSM). Vicende contingenti condizionarono i lavori che fecero sorgere diverse remore sull'opportunità di sottrarre al Guardasigilli il potere di controllo sulla magistratura e sulla necessità di un collegamento tra magistratura e altri poteri dello Stato. Di qui la necessità di menzionare in Costituzione il Ministro della Giustizia rendendolo l'unico tra gli organi legislativi, oltre il Presidente del Consiglio e i singoli Ministri, ad assumere rilievo costituzionale.

Quindi, il canone interpretativo dell'art. 110 Cost. quale parametro per il passaggio della giustizia tributaria dal MEF al Ministero della Giustizia, mi appare non corretto attesa la sua genesi formativa ed inutilizzabile fondamento ermeneutico rivolto alla Corte Costituzionale dai giudici rimettenti.

L'approdo della questione nell'assemblea costituente fu di delineare in parallelo il ruolo del Ministro della Giustizia (art. 110) e quello del CSM (art. 105) e si giunse a costituzionalizzare alcuni profili di organizzazione della giustizia attribuendo gran parte di quelle funzioni al CSM, a fronte di una definizione dei poteri del Ministro come poteri non incidenti sull'attività giurisdizionale ma sull'attività amministrativa funzionale all'esercizio della giurisdizione.

Il Ministro della Giustizia rimaneva il collante dei rapporti tra magistratura e gli altri poteri allo scopo di evitare scollamenti tra l'esercizio della funzione giurisdizionale e delle altre statuali.

Terza osservazione:

La questione, per come è stata sollevata, presenta troppi dubbi in ordine alla rilevanza. Basterà accennare che l'incidente di costituzionalità è stato sollevato con riguardo alla figura di un giudice che ancora non esiste nel processo, in quanto non esiste la figura di un giudice immesso nelle sue funzioni giurisdizionali dopo aver vinto il concorso pubblico previsto dalla legge 130/2022.

Manca in maniera evidente la rilevanza della questione nei processi dai quali la q/c si è dipartita.

Il che porta a ritenere che tanto la velocità con la quale è stata proposta quanto la prognosi della sua inammissibilità non aiutino la riforma a decollare.

Ma ciò non toglie che si debba lavorare per farla partire e avviarla, al pari di quel che avvenne per l'attuale decreto legislativo che, approvato nel 1992, mosse i primi passi nel 1996.

Appare, invece, rafforzato il ruolo incidente del CPGT, il quale:

- sceglie i magistrati affidatari, le modalità di affidamento, detta i criteri per il conseguimento del giudizio di idoneità;
- assicura la formazione e l'aggiornamento;
- delibera la nomina dei magistrati;
- bandisce gli interPELLI per il trasferimento dei giudici e sceglie gli aspiranti;
- esprime il giudizio di demerito;
- regge l'ufficio del massimario, ne nomina il direttore e i componenti;
- entro due mesi dall'entrata in vigore della legge, previa individuazione dei posti vacanti con priorità per quelli delle Corti di secondo grado, dovrebbe aver bandito l'interpello;
- entro il 31 dicembre 2023 dovrà individuare le sedi nelle quali non sia possibile assicurare l'esercizio della giurisdizione per applicare d'ufficio giudici tributari appartenenti al ruolo unico;

- individua, infine, le misure ed i criteri di attribuzione della maggiorazione dell'indennità di amministrazione e della retribuzione della parte variabile in godimento del personale dirigenziale e non.

Ferma la nostra insistente richiesta di passaggio di consegne alla Presidenza del Consiglio, ritengo che la priorità non sia quella di bloccare i processi a causa della sospensione ex lege ma di avviare la riforma e bandire i concorsi al più presto.

Ogni riforma, e quale riforma è questa, ha bisogno di tempo; è importante crederci ed è importante attendere che vada a maturazione.

Non è vero che si rischia di affidare la giustizia tributaria a mani inesperte e giovani.

E' un argomento capzioso che non si solleva, invece, allorquando si manda un giovane vincitore di concorso a svolgere le funzioni di inquirente nei territori ad alta criminalità, laddove occorre sì esperienza, la conoscenza del territorio, dell'ambiente. Eppure molti di quei giovani l'hanno desiderato, l'hanno voluto.

Del pari manca di esperienza anche il magistrato che assuma funzioni nelle magistrature superiori o passi a svolgere le funzioni magistratuali in altri settori dell'ordinamento processuale.

Piuttosto sono due i gravissimi vulnera alla funzionalità del sistema, che rischiano veramente di affossare la riforma, senza che nessuno se ne sia reso conto, pur avendo gli affossatori un nome e un cognome.

Il primo è la mancata previsione che i vincitori di concorso possano progredire in carriera e giungere in Cassazione.

Questo deficit inconcepibile, inammissibile, che getta ombre sul sistema, va colmato mercè la modifica della norma, che consenta quel diritto.

Il secondo vulnus è l'accesso al concorso ai laureati in economia, che impedirà in blocco a tutti i vincitori di concorso di progredire in carriera fino ad arrivare in Cassazione.

Si può immaginare che la giustizia predittiva renderà tutto più facile ma qui si apre uno scenario, al quale possiamo solo accennare senza avere il tempo per un esame diffuso.

Vale a dire che l'esercizio della giurisdizione non può essere isolata alla lex mettendo da parte il diritto. Ha scritto Gustavo Zagrebelsky del giudice apatico, del giudice che appare e vuole apparire moralmente apatico limitandosi ad applicare formalmente la legge ma questi, osserva il prof. Zagrebelsky, dà un'immagine di sé sgradevole. La coscienza di un giudice potrebbe annullarsi trincerandosi a quella del legislatore solo se fosse possibile ridurre il diritto alla legge ma la storia millenaria del diritto dimostra che questa riduzione non è possibile.

Si è spesso indotti a ritenere che l'applicazione meccanica del diritto sia la miglior prova dell'autonomia e dell'indipendenza del giudice e che ciò legittimi l'apertura a figure professionali diverse dai giuristi puri. Se cambiamo prospettiva, attualizzando il concetto di indipendenza in un contesto storico di trasparenza delle decisioni, in condivisione del pensiero di illustri giuristi, direi che le contraddizioni della giurisprudenza, entro gli stessi gradi, nello stesso processo, lungi dall'esser prova di leggerezza o di parzialità oppure esercizio di discrezionalità, sono l'onesto sforzo di trovare soluzioni conformi al diritto, al di là delle lacune della legge, purchè non si oltrepassi il limite della creatività.

Le ragioni del primato del diritto e della rivendicazione della specialità dell'accesso alla magistratura tributaria sono tutte qui, di carattere storico, culturale e, se vogliamo, di antropologia giuridica. Ogni altra questione spicciola si rivela falsa e tendenziosa.

Firenze, 4 febbraio 2023