

LA DISCUSSA PARTECIPAZIONE DEI MAGISTRATI ALLA POLITICA

Sommario: 1. Il difficile equilibrio tra l'esigenza di imparzialità della magistratura e l'esercizio dei diritti di partecipazione politica del magistrato. – 2. Alle origini del dibattito: la scelta di non scegliere dei Costituenti. – 3. Dilemmi interpretativi sull'art. 98 Cost. e primi indirizzi della Corte costituzionale sulla figura del magistrato. – 4. L'applicabilità del divieto di iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici per i magistrati collocati fuori ruolo per incarico tecnico. – 5. I "limiti all'accesso" all'assunzione di incarichi politici per i magistrati. – 6. Sulla legittimità del divieto di iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici per i magistrati collocati fuori ruolo per l'espletamento di incarichi politici. – 7. La lacunosità della normativa primaria sul ricollocamento in ruolo dei magistrati. – 8. La necessità di un intervento equilibrato del legislatore.

1. Il difficile equilibrio tra l'esigenza di imparzialità della magistratura e l'esercizio dei diritti di partecipazione politica del magistrato

In un recente sondaggio è stato chiesto agli italiani¹, suddividendoli anche per appartenenza partitica, di esprimersi in merito al livello di fiducia riposto nella magistratura. Da tale indagine sono emersi due dati di estremo interesse. Anzitutto, il fatto che, ad oggi, soltanto il 35% degli italiani dichiara di avere fiducia in essa, mentre il 55% si esprime in senso opposto². In secondo luogo, il fatto che l'indice di fiducia, calcolato escludendo coloro che non esprimono un giudizio, si attesta a soli 39 punti, il valore più basso di sempre, con una flessione di 8 punti rispetto alla precedente rilevazione e un calo di ben 30 punti «rispetto al picco più elevato raggiunto nel 2011». Se si eccettuano, poi, gli elettori del Partito Democratico (considerati assieme agli elettori di +Europa e dei Verdi), il dato disaggregato relativo alle diverse forze politiche mostra, inequivocabilmente, come la sfiducia nei confronti della magi-

* Ricercatore t.d. di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Cagliari.

¹ I dati del sondaggio "IPSOS per il Corriere della Sera" sono stati pubblicati sulla pagina online del quotidiano il 21 giugno 2019, con un commento di Nando Pagnoncelli dal titolo *Magistrati, la fiducia è ai minimi:35%. E per il 61% degli italiani è uno scandalo che avrà delle conseguenze.*

² *Ibidem.*

struttura sia un fenomeno trasversale. Tanto gli elettori della Lega (73%), infatti, quanto quelli di FI (62%) e del M5S (64%), dichiarano di non avere fiducia nell'ordine giudiziario³.

Ora, se è vero che sui dati richiamati avranno senz'altro inciso le più recenti vicende giudiziarie che hanno investito il CSM⁴, è altresì vero che, rispetto al passato, la caduta del livello di fiducia è stata progressiva. Un sondaggio poco più risalente mostra, infatti, come quest'ultimo si attestasse al 49% nel 2002, al 48% nel 2007, al 44% nel 2012 e al 37% nel 2017⁵.

Se poi dai dati generali ci si sposta a quelli più strettamente attinenti al rapporto tra politica e magistratura, l'orientamento non cambia, anzi. Si pensi, a conferma di ciò, che il 72% degli intervistati ritiene che certi settori della magistratura perseguano fini politici⁶. A ciò si aggiunga, poi, il fatto che il 73% del campione ritiene inopportuno che il magistrato possa candidarsi alle elezioni politiche⁷ e che il 67% consideri parimenti inopportuno che un magistrato, una volta terminato il mandato, possa tornare a svolgere le precedenti funzioni giurisdizionali⁸.

Osservati nel loro complesso, dunque, i dati mostrano come agli occhi dell'opinione pubblica quello tra politica e magistratura sia un legame inscindibile, quasi come se tra le due dimensioni insistesse un rapporto di reciproco sostegno, di compenetrazione⁹. Sennonché i dati sulla composizione del Parlamento, nella XVIII legislatura, restituiscono un quadro diverso, rivelando come il numero dei magistrati eletti sia davvero esiguo: se ne contano, infatti, due alla Camera e due al Senato¹⁰. L'irrilevante portata quantitativa induce, quindi, a ritenere che dietro alla sfiducia verso la magistratura non si celi tanto il magistrato che si presta alla politica, quanto quello accusato di "fare politica" nell'esercizio delle sue funzioni. Al fondo della *vulgaris opinio* vi sarebbe, insomma, più che l'effettiva partecipazione dei magi-

³ Come è noto, l'art. 104 Cost. stabilisce che la magistratura «costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere». Sulle ragioni per cui la Costituzione definisce la magistratura un ordine e non un potere si v. le acute riflessioni di G.U. RESCIGNO, *Note sulla indipendenza della magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2007, pp. 5 ss.

⁴ Mi riferisco, evidentemente, al cosiddetto "scandalo nomine" che ha di recente investito il Consiglio Superiore della Magistratura.

⁵ Il riferimento è al sondaggio "Giustizia e politica" della SWG, pubblicato nella pagina online della medesima società in data 28 luglio 2017. Si v., in particolare, la tabella nella quale vengono riportati i dati relativi al quesito "Quanta fiducia ha nella magistratura italiana?".

⁶ Di assoluto interesse è il dato suddiviso per appartenenza partitica, che mostra come tale percezione, oltre ad essere estremamente diffusa, sia anche trasversale. Ritengono, infatti, che certi settori della magistratura italiana perseguano obiettivi politici l'81% degli elettori della Lega, l'82% degli elettori di Forza Italia, il 76% degli elettori del PD e il 70% degli elettori del M5S.

⁷ Anche rispetto al quesito se sia o meno opportuno che un magistrato possa candidarsi alle elezioni politiche, il dato, suddiviso per appartenenza partitica, si mantiene sostanzialmente equilibrato. Ritiene, infatti, che non sia opportuno l'83% degli elettori della Lega, il 79% degli elettori di Forza Italia, il 73% degli elettori del PD e il 75% degli elettori del M5S.

⁸ Equilibrato, anche in questo caso, il dato suddiviso per appartenenza partitica. Difatti, ritengono che non sia opportuno che un magistrato, una volta terminato il mandato elettorale, torni a svolgere l'attività giurisdizionale il 71% degli elettori della Lega, il 70% degli elettori di Forza Italia, il 70% degli elettori del PD e il 74% degli elettori del M5S.

⁹ Sulla percezione dei fenomeni e sulla logica del "come se" si vedano le acute riflessioni di P. CIARLO, *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 1995, pp. 123 ss.

¹⁰ I numeri riportati sono facilmente reperibili nella sezione dedicata alle statistiche del sito della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

strati alla politica, il diffuso convincimento che tra i primi e la seconda intercorrano legami occulti, la cui percezione è talmente forte da incidere, erodendola, sulla legittimazione dell'ordine giudiziario.

È da tali considerazioni che occorre muovere per osservare, dalla giusta prospettiva, il tema della partecipazione dei magistrati alla politica e, più in particolare, del divieto, loro imposto dalla normativa vigente, di *iscrizione* e partecipazione *sistematica e continuativa* ai partiti. È il tema, dunque, del rapporto tanto complesso quanto conflittuale tra i diritti di partecipazione politica, che devono essere riconosciuti, in quanto cittadini, anche ai magistrati, e l'esigenza non meno rilevante, fissata nell'art. 104 Cost., di assicurare la loro autonomia e indipendenza.

Rispetto a tale tematica, che sottende anche quella relativa ai poteri "normativi" del CSM¹¹, si fronteggiano, in dottrina, due diverse linee di pensiero.

Da un lato, infatti, aderendo all'indirizzo che vede con favore la partecipazione dei magistrati alla politica, si è sostenuto che ad essi dovrebbe essere sempre riconosciuta tale facoltà¹², imponendo loro, tutt'al più, in ossequio al principio di trasparenza, l'obbligo di palesare l'iscrizione al partito¹³. Dall'altro lato, invece, assumendo la prospettiva che vede con estremo disfavore tale partecipazione, si è detto che, ove il magistrato decida di intraprendere un'esperienza politica, sarebbe opportuno che, al suo termine, esso *cambi mestiere*¹⁴,

¹¹ Per una panoramica in chiave storica sul CSM si v., oltre alla risalente voce di A. TORRENTE, *Il Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. Dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 327 ss., anche, più di recente, G. VOLPE, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 380 ss. Sui c.d. poteri normativi del CSM e, più in particolare, sulla riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario, v. N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2019, pp. 49 ss.; F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, B. CARAVITA (a cura di), Laterza, Roma, 1994, pp. 44 ss.; G. SERGES, *La potestà normativa*, in *Il Consiglio superiore della Magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, S. MAZZAMUTO (a cura di), Giappichelli, Torino, 2001, p. 63; A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, in *Rivista Aic*, 2010, p. 10; A. DEFFENU, *Articolo 105 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G.E. VIGEVANI (a cura di), Vol. II, Mulino, Bologna, 2018, pp. 278 ss.

¹² Basti pensare che, secondo una parte della dottrina, le misure volte a limitare l'attività politica dei magistrati rappresenterebbero, addirittura, un ostacolo alla crescita professionale del magistrato. È la posizione sostenuta, per esempio, da P. ONORATO, *La partecipazione dei magistrati alla attività politica. I magistrati in Parlamento e il loro ruolo politico professionale. L'elettorato passivo dei magistrati e il loro ritorno all'attività giurisdizionale*, in *Magistratura e politica*, S. MERLINI (a cura di), Firenze, 2016, pp. 189 ss., secondo cui le esperienze «nelle istituzioni parlamentari e nella sfera politica» consentono di «riprendere l'attività giurisdizionale con più acuta coscienza del suo limite funzionale, [...] con più maturo senso dello Stato e delle sue articolazioni pluralistiche». La conclusione è, insomma, che «la cultura giuridica, e in particolare la cultura della giurisdizione, giova alla funzione parlamentare; così come la cultura politica, quale quella che si può acquisire nelle aule parlamentari, arricchisce e depura l'esercizio della funzione giurisdizionale, liberandola dalla tentazione dell'onnipotenza».

¹³ Si tratta della posizione sostenuta da G.E. POLIZZI, *L'incandidabilità del magistrato: profili di legittimità costituzionale e questioni di opportunità politica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2019, pp. 1 ss., secondo cui, considerato che il divieto rappresenta «una scelta di politica legislativa, non incostituzionale, [...], ma non obbligata», si potrebbe «ragionare su altri strumenti che possano preservare i beni che il divieto si pone di tutelare, quali ad esempio sottoporre, consentendole, l'iscrizione e la partecipazione sistematica e continuativa a un obbligo di pubblicità». Nella medesima direzione si v. S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, in *Quaderni della giustizia*, n. 61, 1986, p. 13, ad avviso del quale «l'iscrizione funziona come un fatto di trasparenza e come un'assunzione di pubblica responsabilità che induce a un'accresciuta vigilanza sulla propria imparzialità».

¹⁴ Così G.M. FLICK, *Magistratura, incarichi extragiudiziari e politica*, in *Rivista Aic*, n. 1, 2016, pp. 4 ss., secondo cui «al magistrato compete la verifica ex post di ciò che è successo; alla politica, alla legislazione e

poiché «il pregiudizio alla “moglie di Cesare” [...] è troppo forte perché ci si possa accontentare di continuare ad utilizzare l’istituto del fuori ruolo», secondo prospettive e tecniche che sarebbero «oramai superate»¹⁵. Si dovrebbe riflettere, dunque, sulla possibilità che il magistrato, al termine del mandato, anziché tornare all’esercizio delle sue precedenti funzioni, venga inserito d’ufficio «all’Avvocatura dello Stato o presso altri plessi della pubblica amministrazione»¹⁶. In tal modo, si ridurrebbe il rischio che le relazioni instaurate e le attività svolte durante l’esperienza politica possano incidere sull’esercizio delle nuove funzioni.

Ebbene, osservati dalla prospettiva che sostiene la necessità di un giusto bilanciamento tra i diritti di partecipazione politica dei magistrati e la loro imparzialità, entrambi gli orientamenti suscitano talune perplessità.

Il primo orientamento, infatti, nel ritenere che i magistrati non solo possano ma addirittura debbano svolgere attività politica, poiché questa restituirebbe un «più maturo senso del diritto e dello Stato»¹⁷, potrebbe determinare, nel rapporto tra i diritti di partecipazione politica dei magistrati e l’esigenza della loro indipendenza, un eccessivo sbilanciamento della prima istanza sulla seconda. Viceversa, il secondo orientamento, nel ritenere che, una volta espletato l’incarico, il magistrato debba essere assegnato d’ufficio ad altro pur prestigioso ruolo, sebbene volta a tutelare l’imprescindibile esigenza di indipendenza, potrebbe comportare un’eccessiva erosione dei diritti di partecipazione politica del magistrato. Peraltro, è la stessa formulazione dell’art. 98, c. 3, Cost., che *consente*, ma *non impone*, al legislatore di *limitare* il diritto di iscrizione ai partiti per i magistrati, a suggerire una certa prudenza, sconsigliando soluzioni che, fondandosi su una prospettiva troppo recisa, rischiano di porsi in contrasto con lo spirito stesso sotteso alla disposizione in esame.

Appare preferibile, dunque, in linea con tale approdo, una tesi intermedia, cioè quella della necessità di un intervento legislativo che, nel soddisfare la riserva di legge prevista in Costituzione¹⁸, sia volto a meglio definire le cause di ineleggibilità e incompatibilità, l’istituto

all’amministrazione compete la elaborazione *ex ante* e l’applicazione delle norme sulla base delle quali il magistrato giudicherà successivamente».

¹⁵ *Ivi*, p. 3.

¹⁶ *Ivi*, p. 5. Nell’ambito del medesimo orientamento, seppur con posizioni non coincidenti, si v. J. DE VIVO, *La spinosa questione della partecipazione dei magistrati alla vita politica. Considerazioni alla luce del “caso Emiliano”*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2018, p. 23, secondo cui è «necessario immaginare limiti più stringenti, che prevedano per i magistrati l’approdo ad altri incarichi, ad esempio l’Avvocatura di Stato o il Consiglio di Stato, una volta terminata l’esperienza politica». Si v., altresì, S. CURRERI, *Magistrati e politica: un equilibrio quasi impossibile*, in *Iacostituzione.info*, 28 luglio 2018, p. 3, secondo cui «la tutela della indipendenza e dell’imparzialità della magistratura, così come ha portato la Corte costituzionale a tenere fermo il divieto d’iscrizione e di partecipazione sistematica e continuativa alla vita dei partiti dei magistrati anche già in aspettativa, dovrebbe impedire loro, se non di assumere cariche elettive o politiche, quantomeno di poter al loro termine ritornare ad esercitare le funzioni, come se nulla fosse accaduto».

¹⁷ Si v., in questi termini, P. ONORATO, *La partecipazione dei magistrati alla attività politica. I magistrati in Parlamento e il loro ruolo politico professionale. L’elettorato passivo dei magistrati e il loro ritorno all’attività giurisdizionale*, cit., p. 192, secondo cui l’orientamento opposto «vuole tenere i magistrati lontani dalla politica, anche correttamente intesa, condannandoli a una pericolosa separazione, e vuole impedire ai magistrati che hanno svolto funzioni nelle istituzioni rappresentative di tornare a fare i magistrati con più maturo senso del diritto e dello Stato. Se ciò avviene, è soprattutto perché si assume, o semplicemente si subisce, una deleteria concezione della politica come rapporto amico-nemico, ovvero sia [...] una concezione antagonista piuttosto che agonista».

¹⁸ Come è noto, l’art. 108 Cost. stabilisce che «le norme sull’ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge». Sull’art. 108 Cost. v. H. SIMONETTI, *Art. 108*, in *Commentario alla Costituzione*, R.

dell'aspettativa, nonché la disciplina sul rientro in ruolo dei magistrati una volta espletato l'incarico, sia esso di natura tecnica o politica¹⁹. Ciò, tuttavia, bilanciando correttamente le esigenze coinvolte e, soprattutto, scongiurando il rischio che «l'emotività di un momento contingente e la pressione dell'opinione pubblica» possano indurre il legislatore ad intervenire «senza la necessaria lucidità»²⁰.

2. Alle origini del dibattito: la scelta di non scegliere dei Costituenti

Prima di riflettere su quali possano essere le più idonee soluzioni normative, occorre ricostruire il dibattito che ha condotto alla formulazione dell'art. 98, c. 3, Cost., per come tutt'ora lo conosciamo. Ciò, infatti, consentirà di mostrare come la diversità di vedute emersa in sede di stesura della Costituzione suggerisca di affrontare il tema del rapporto tra politica e magistratura rifuggendo da approcci troppo *tranchant*.

Per la verità, le radici del dibattito sono ancor più risalenti. Già durante il fascismo, infatti, il rilievo di tale rapporto emergeva dal fatto che l'obbligo di iscrizione al partito, precedentemente previsto per l'immissione in carriera dei pubblici dipendenti²¹, venne esteso *de facto* anche ai magistrati, dal momento che l'appartenenza al partito risultava condizione imprescindibile per la progressione di carriera del personale dell'amministrazione dello Stato e di ogni altro ente pubblico²².

Era facilmente presagibile, dunque, come in un contesto caratterizzato dalla progressiva erosione sia delle libertà politiche dei magistrati che della loro indipendenza, potessero maturare, a seconda della prospettiva di osservazione prescelta, orientamenti divergenti tra loro. Così, coloro che risultavano particolarmente sensibili alle ragioni dell'imparzialità e dell'indipendenza vedevano con assoluto disfavore l'ipotesi della partecipazione dei magistrati alla politica. Mentre, coloro che risultavano più inclini alla tutela dei diritti politici vedevano di buon grado il riconoscimento ai magistrati del diritto di partecipare attivamente alla politica.

BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Utet, 2006, pp. 2063 ss. V. inoltre, A. PIZZORUSSO, *Art. 108*, in *Commentario alla Costituzione* (fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO), Zanichelli, Bologna, pp. 1 ss.

¹⁹ Sul punto v. F. DONATI, *L'impegno in politica dei magistrati*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2019, p. 3, secondo cui l'attuale disciplina in materia «appare sotto vari profili non idonea a bilanciare in maniera corretta il diritto dei magistrati di partecipare alla vita politica e l'esigenza di preservare la loro indipendenza».

²⁰ È la condivisibile raccomandazione rivolta, ancorché al legislatore “penale”, da A. DEFFENU, *Ergastolo ostativo e principio di proporzionalità tra reato e pena: spunti dalle vicende francesi*, in *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), in *Forum di Quad. cost.*, 2019, p. 91.

²¹ Difatti, il requisito dell'iscrizione al PNF, per lo svolgimento dei concorsi per l'assunzione di personale statale, era stato già stabilito con il Decreto del Capo del Governo del 17 dicembre del 1932 e ulteriormente esteso con il r.d.l. n. 641 del 1933, recante «*Norme per l'ammissione agli impieghi presso gli Enti locali e parastatali*».

²² Ciò è accaduto con la legge 28 settembre 1940, n. 1482, che recava «*Obbligo dell'appartenenza al Partito Nazionale Fascista per l'avanzamento in carriera dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*». Sul punto v. G. NEPPI MODONA, *La Magistratura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, in G. QUAZZA, V. CASTRONOVO, G. ROCHAT, G. NEPPI MODONA, G. MICCOLI e N. BOBBIO (a cura di), Torino, Einaudi, 1973, pp. 127 ss.

È in linea con questo secondo orientamento la scelta operata, a circa un anno dalla caduta del regime, da Arangio Ruiz, Ministro della giustizia del secondo Governo Badoglio, il quale, nel dichiarare «lecita» l'iscrizione dei magistrati a «quelle associazioni e partiti politici che si sono formati o vengono formando in Italia»²³, precisò che «se moventi diversi da quello del compimento del dovere potessero influire sulle pronunzie dei magistrati italiani, non basterebbe impedire loro la iscrizione ai partiti, perché dentro o fuori di questi, il giudice non potrebbe non avere le sue opinioni e relazioni, tanto più efficaci quanto più nascoste»²⁴. Decisione confermata, successivamente, da Palmiro Togliatti, Guardasigilli del «Governo Parri», il quale, con la circolare n. 1941 del 18 agosto 1945, dopo aver argomentato che «la partecipazione alla vita politica rientra tra i doveri civici» anche dei «componenti dell'ordine giudiziario», ebbe a precisare che tale partecipazione dovesse mantenersi «in quei limiti di serenità, elevatezza e senso di responsabilità, i quali è necessario accompagnino sempre qualsiasi esplicazione dell'attività di coloro che appartengono all'ordine giudiziario»²⁵.

Insomma, pur con l'invito ad evitare atteggiamenti non consoni alla delicata funzione svolta, sembrava che la prospettiva più diffusa, all'indomani della caduta del fascismo, fosse quella di consentire ai magistrati non solo di partecipare alla vita politica, ma anche di iscriversi ai partiti politici.

Non tardò, però, a palesarsi anche l'indirizzo opposto. Difatti, all'interno della magistratura uscita dal regime, l'esigenza di «apoliticità»²⁶ era così tanto sentita da indurre il Comitato direttivo dell'Associazione dei magistrati ad indire un *referendum* consultivo sul tema. Il suo esito non lasciò spazio a dubbi²⁷: al quesito se le funzioni del magistrato dovessero ritenersi incompatibili con l'iscrizione ad un partito politico, 1318 risposero favorevolmente, mentre 180 si dichiararono contrari²⁸.

²³ Si v. la circolare 6 giugno 1944, n. 285.

²⁴ *Ibidem*. Sul punto si v. S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 356.

²⁵ Si v. la circolare 18 agosto 1945, n. 1941, recante «Partecipazione della Magistratura alla vita politica». Secondo A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Mulino, Bologna, 2012, p. 260, tale misura rientra tra le più significative «aperture» del Guardasigilli, «rivelatrici di uno spirito nuovo nei rapporti tra giudici e politica, in particolare rispetto al diritto dei magistrati di partecipare alla vita politica».

²⁶ Da intendersi secondo E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, Laterza, 1967, p. 114, come «la mancanza di intervento attivo del magistrato nella politica», risultando così «il valore reciproco dell'indipendenza».

²⁷ Sull'esito del referendum v. le puntuali considerazioni di G. E. POLIZZI, *Il magistrato al Parlamento*, Cedam, Padova, 2017, pp. 73 ss., secondo cui «furono soprattutto le magistrature inferiori a esprimersi», poiché osservavano il fenomeno «da una posizione esterna rispetto a quel circuito politico rappresentativo che fino ad allora le aveva tenute a distanza». In linea con ciò, la richiesta di referendum «parve assumere i toni vendicativi di una parte della magistratura, quella inferiore, rispetto a quella superiore. I magistrati degli uffici inferiori probabilmente compresero che, dopo tanti anni di assoggettamento, la transizione costituzionale, dove si avviava il dibattito tra continuità o cesura con l'ordinamento liberale, rappresentava l'occasione per superare la tradizione consolidata sui rapporti tra magistratura e politica».

²⁸ In realtà, i quesiti sottoposti ai magistrati furono molteplici. Venne, infatti, chiesto loro: a) se ritenessero che la incompatibilità fosse da estendersi, oltretutto ai partiti politici, anche alle associazioni aventi carattere politico; b) se ritenessero che l'incompatibilità dovesse riferirsi anche alle associazioni segrete. Rispetto al primo quesito i favorevoli furono 1278 e i contrari 187; quanto al secondo, i favorevoli furono 1378 e i contrari 113. Occorre evidenziare, peraltro, che ciascuno dei tre quesiti era accompagnato da una postilla tramite la quale si chiedeva, a chi avesse espresso un voto favorevole sulla domanda principale, se il divieto dovesse essere sancito direttamente dalla Costituzione. Con riferimento al quesito sulla incompatibilità delle funzioni di magistrato con

Si sbaglierebbe, però, se si pensasse che, anche alla luce degli esiti della consultazione, il dibattito in Seconda sottocommissione prima, e in Assemblea poi, sia stato pacifico nel ritenere opportuno l'inserimento del divieto di iscrizione ai partiti nel testo costituzionale. Le cose, infatti, non sono andate affatto così. Per rendersene conto è sufficiente soffermarsi brevemente sul dibattito svoltosi nelle due sedi richiamate.

Quanto al dibattito in Seconda sottocommissione, giova anzitutto richiamare la posizione assunta da Calamandrei, il quale, pur rilevando la presenza di valide ragioni a supporto della tesi contraria, manifestava il suo favore al divieto affermando che la giustizia dovesse «dare ai giudicabili un senso di assoluta tranquillità; ed essa non potrà esistere invece in chi, appartenendo ad un partito politico, si troverà, specie nei centri minori, di fronte ad un giudice iscritto a un partito diverso»²⁹. A esiti simili pervenne anche l'onorevole Leone, il quale, però, fondava la sua opinione sull'assunto secondo cui «non basta che il giudice sia indipendente, ma occorre che tale egli sempre appaia»³⁰.

Non mancarono, però, le posizioni contrarie. L'onorevole Ravagnan, per esempio, muovendo dalla convinzione che l'iscrizione al partito fosse un atto meramente formale, argomentava che «se si suppone che un magistrato sia influenzabile, egli potrà esserlo tanto se sia iscritto quanto se non lo sia; dipenderà solo dalla sua onestà e dalla sua coscienza l'essere o meno suscettibile alle influenze esterne»³¹. Ma l'occasione in cui emerse, con più evidenza, la profonda diversità di vedute fu la votazione che si svolse il 20 dicembre 1946, all'esito della quale venne licenziato, con otto voti favorevoli, sei contrari e due astenuti³², il testo che imponeva l'obbligo per i magistrati di non essere *iscritti ad alcun partito politico*.

Insomma, dal dibattito svoltosi in seconda Sottocommissione non emerse una posizione unitaria. Da una parte, infatti, vi era chi «sosteneva il divieto per assicurare l'indipendenza e l'imparzialità dell'ordine giudiziario»; dall'altra, invece, vi era chi, al contrario, propugnava la sua inutilità, adducendo che «in positivo avrebbe leso la libertà di pensiero dei giudici e in negativo non avrebbe assicurato una effettiva indipendenza della magistratura»³³.

l'iscrizione ad un partito politico i favorevoli all'inserimento in Costituzione furono 1219, mentre i contrari 201; per quanto riguarda il secondo quesito, i favorevoli furono 1156 e i contrari 253; infine, con riferimento al terzo quesito i favorevoli alla formalizzazione del divieto in Costituzione furono 1258, mentre i contrari 181. Per un quadro approfondito sul punto v. E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, cit., pp. 113 ss.

²⁹ Si v. il resoconto della seduta della Seconda sottocommissione (seconda sezione) di giovedì 5 dicembre 1946, p. 5. Oltretutto, proseguiva Calamandrei, «in un ordinamento come il nostro, in cui la politica deve sfociare negli organi legislativi, che sono incaricati di trasformarla in diritto, il diritto stesso, quando viene affidato al magistrato per la sua applicazione, deve essere da lui visto solamente come tale e non come era prima di divenirlo, quando cioè era politica».

³⁰ Si v. il resoconto della seduta della Seconda sottocommissione (seconda sezione) di giovedì 5 dicembre 1946, p. 9.

³¹ Si v. il resoconto della seduta pomeridiana della Seconda sottocommissione (seconda sezione) di venerdì 20 dicembre 1946, p. 76.

³² Dal resoconto della seduta pomeridiana della Seconda sottocommissione (seconda sezione) di venerdì 20 dicembre 1946, p. 78, risulta che votarono a favore: Ambrosini, Bozzi, Bulloni, Cappi, Castiglia, Leone Giovanni, Mannironi, Uberti. Votarono contro: Bocconi, Di Giovanni, Farini, Laconi, Ravagnan, Targetti. Si astennero: Calamandrei, Conti.

³³ È questa la puntuale sintesi del dibattito formulata da G. E. POLIZZI, *Il Magistrato al Parlamento*, cit., p. 92.

Tutt'altro che pacifico fu, ugualmente, il dibattito in Assemblea. È estremamente significativa, al riguardo, la discussione svoltasi nelle sedute di giovedì 6 e venerdì 7 novembre 1947.

Dalla seduta pomeridiana di giovedì 6 novembre, in particolare, pareva emergere un sostanziale accordo sulla inopportunità che i magistrati si iscrivessero ai partiti politici. Se non può discutersi il fatto che il giudice «abbia una sua opinione politica», affermava l'onorevole Bozzi, tuttavia «lo *status* di iscritto, [...], potrebbe esercitare sulla sua coscienza o sulla sua subcoscienza un'innegabile influenza»³⁴. E se anche riuscisse, nell'adempimento del suo dovere, a «sottrarsi» ad essa, soggiungeva l'onorevole Ciampitti, esso si presterebbe comunque ad essere «bersaglio di critiche, di mormorazioni, di malignazioni, il che certo non influisce al suo decoro e al suo prestigio, né determina o consolida la fiducia del popolo nei suoi giudici»³⁵.

Sembrava, dunque, dal susseguirsi degli interventi, che stesse man mano maturando il convincimento di procedere all'introduzione del divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati. Senonché, nella seduta del mattino seguente emerse, con decisione, la posizione contraria dell'onorevole Ruggiero. A suo avviso, infatti, la previsione del divieto, oltre ad essere «offensiva per i partiti politici»³⁶, avrebbe relegato «una classe di cittadini ai margini della vita, in una condizione di isolamento», sulla base di un «aprioristico ed astratto principio di eventuale lesione delle regole della giustizia»³⁷. Occorreva, al contrario, secondo l'onorevole Ruggiero, rendersi conto del fatto che sarebbe stato più «pericoloso il giudice costretto ad una forma di agnosticismo formale, che il giudice il quale abbia fatto una pubblica professione di fede. Perché il primo può valersi della apparente neutralità politica, mentre

³⁴ Si v. il verbale della seduta pomeridiana di giovedì 6 novembre 1947, pp. 1803 ss. E quand'anche «il giudice riuscisse a rendersi immune, con la sua dirittura, da simili debolezze», aggiungeva l'onorevole Bozzi, «chi potrebbe mai togliere il dubbio, il sospetto alla pubblica opinione che il magistrato, in quella o in altra controversia, si sia regolato in quel modo e non in altro perché l'imputato o la parte era di quel certo partito e non di altro?».

³⁵ Si v. il verbale della seduta pomeridiana di giovedì 6 novembre 1947, p. 1815. Egli potrà, certo, «coltivare nel suo intimo le sue opinioni politiche e liberamente [...] esprimerle con la segretezza del voto», tuttavia, soggiungeva l'onorevole Ciampitti, «è bene per lui e per l'amministrazione della giustizia che egli non sia sospettato di asservire l'alta e nobile funzione affidatagli di giudicare delle libertà e dei beni del proprio simile sotto l'influenza della passione di parte».

³⁶ Si v. il verbale della seduta antimeridiana di venerdì 7 novembre 1947, p. 1828. Secondo l'onorevole Ruggiero, infatti, una disposizione che introducesse tale divieto, presupponendo del tutto arbitrariamente che l'attività politica «tenda a deformare la coscienza del giudice», opererebbe «una sconsecrazione aprioristica della democrazia [...], una svalutazione immanente della nostra democrazia, un giudizio preventivo e negativo dell'opera dei partiti».

³⁷ Si v. il verbale della seduta antimeridiana di venerdì 7 novembre 1947, p. 1828. Il giudice, soggiunge l'onorevole Ruggiero, «non è un'astrazione umana, ma è un uomo come tutti gli altri. È assurdo pensare che per effetto di questo divieto ad un certo momento il giudice diventi essere completamente avulso dalla vita comune, destituito di ogni convincimento, insensibile agli impulsi della storia che si muove intorno a lui, inestetizzato nella speculazione dei principi giuridici, inteso solo alla interpretazione astratta ed all'applicazione automatica delle norme. Non mi sembra che il giudice possa vivere in questo ambiente di rarefazione metafisica. Il giudice non è la *tabula rasa* in cui è possibile incidere semplicemente il geroglifico non sempre decifrabile della formula di legge. Il giudice è un uomo come gli altri e, come tale, ha le sue passioni che gli vengono dal cuore, e i suoi interessi, che gli vengono dalla sua posizione di cittadino che vive nella umana società, e le sue opinioni, che gli vengono dalla sua facoltà raziocinante» (p. 1829).

l'altro che ha fatto professione di fede politica mi sembra che sia legato e condizionato da quella professione di fede»³⁸.

Benché sia risultata fortemente minoritaria³⁹, sono convinto del fatto che la posizione da ultimo richiamata sia stata decisiva nella scelta in favore di una formulazione «agnostica»⁴⁰ dell'art. 98, c. 3, della Costituzione. Si fece largo, infatti, pur velatamente, il convincimento che l'introduzione del divieto nel testo costituzionale avrebbe avuto «tutto il sapore di una lezione di buon costume» ai magistrati⁴¹. Fu così che si giunse, anche a seguito del mutamento di posizione dei democristiani⁴², alla decisione di evitare di cristallizzare il divieto di iscrizione in Costituzione, lasciando invece al legislatore – come si legge nell'art. 98, c. 3, Cost. – la facoltà, se del caso, di «stabilire limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati».

La volontà dei Costituenti, insomma, si inverò nella scelta di non scegliere, non avendo «sufficienti elementi per tagliare il nodo»⁴³ sul se vietare e a chi vietare. Una scelta che, a

³⁸ *Ibidem*. Difatti, aggiunge l'onorevole Ruggiero, se «un giudice, notoriamente democristiano, debba domani giudicare un imputato comunista, io penso che questo giudice metterà forse maggiore obiettività e cura e diligenza in quel caso che in altri casi; e così viceversa, se un giudice comunista dovesse giudicare un imputato democristiano».

³⁹ Basti pensare che l'onorevole Crispo, intervenuto subito dopo, pur ritenendo «innegabilmente interessanti» le ragioni prospettate dall'onorevole Ruggiero, rilevava come le stesse non riuscissero, «in alcun modo, a persuadere chiunque abbia un elementare concetto della necessaria obbiettività del giudice, quale condizione dell'esercizio della sua funzione, e chiunque si renda conto della asprezza della lotta dei partiti, in un mondo completamente dominato da essi». Ogni conflitto tra gruppi o individui di opposte tendenze, infatti, «porrebbe il giudice partecipe di questo o quel partito, in una evidente difficoltà morale nel dirimere il contrasto delle ragioni e degli interessi contrapposti, difficoltà che non potrebbe non influenzare la coscienza del giudice, onde sarebbero frequenti e innumerevoli i casi di astensione e, più spesso, quelli di ricusazione» (si v. il verbale della seduta antimeridiana di venerdì 7 novembre 1947, p. 1831). Nella medesima direzione l'onorevole Bettiol, il quale, pur considerando «intelligenti» le argomentazioni del collega Ruggiero, si diceva favorevole all'introduzione del divieto «perché l'appartenenza ad un partito rappresenta pur sempre una situazione psicologica nell'anima del giudice, dalla quale egli difficilmente può prescindere e che può essere influenzata dal di fuori» (si v. il verbale della seduta pomeridiana di venerdì 7 novembre 1947, p. 1851). Sempre con una posizione favorevole al divieto intervenne, infine, l'onorevole Carboni, secondo cui «quando si dice divieto di appartenenza ai partiti, non si stabilisce che il magistrato non debba avere idee politiche e non debba interessarsi di problemi politici (questa sarebbe una norma innaturale); si dice soltanto che il magistrato non deve partecipare attivamente alla vita dei partiti». Il magistrato, insomma, «deve fare soltanto il magistrato: deve cioè fare soltanto istruttorie, requisitorie, sentenze. Cessi la corsa agli incarichi, ai comandi, cessino le applicazioni fuori dal ruolo della Magistratura. Come è proposto in diversi emendamenti, vedrei volentieri allargato il divieto all'accettazione di cariche ed uffici pubblici e d'incarichi presso Commissioni od organi di carattere politico» (si v. il verbale della seduta pomeridiana di venerdì 7 novembre 1947, p. 1854).

⁴⁰ Così N. PIGNATELLI, *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici: un cavallo di troia*, in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, AA.VV., Torino, Giappichelli, 2005, p. 343.

⁴¹ V. il verbale della seduta pomeridiana di venerdì 7 novembre 1947, p. 1841.

⁴² Sul punto si v. la puntuale sintesi di F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982, pp. 137 ss., secondo cui «le sinistre furono paladine di ideali e principi liberali, mentre la democrazia cristiana e il partito liberale si trincerarono dietro posizioni conservatrici, che ebbero il consenso della maggioranza in seno alla Commissione per la Costituzione, dove, respinte le proposte socialiste, fu approvata la norma che conteneva il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici. I democristiani mutarono opinione in Assemblea plenaria, indotti forse dalla considerazione che oramai non vi fosse spazio per un adeguato approfondimento della questione e che il rinvio alla legge ordinaria non ne avrebbe compromesso la soluzione. A difesa della norma del progetto di Costituzione rimasero solo i liberali e i qualunque».

⁴³ Si v., in questi termini, S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, cit., p. 9, il quale argomenta ulteriormente che «il punto di equilibrio venne trovato su di una formulazione per così dire *cautelativa*, nella quale

ben riflettere, rispecchia fedelmente l'andamento del dibattito svoltosi in Seconda sottocommissione prima, e in Assemblea poi, i cui esiti mi pare mostrino, con evidenza, come sia sconsigliabile affrontare il tema della partecipazione dei magistrati alla politica muovendo da approcci troppo orientati, sia che si prediliga l'impostazione favorevole alla loro partecipazione, sia che si propenda, invece, per una lettura "intransigente" del principio di indipendenza e imparzialità della magistratura. Il rischio, infatti, è che da un approccio "ideologico" al tema possano scaturire soluzioni normative in grado di determinare un'irrimediabile compressione di una delle due, parimenti rilevanti, istanze coinvolte.

3. Dilemmi interpretativi sull'art. 98 Cost. e primi indirizzi della Corte costituzionale sulla figura del magistrato

La ricostruzione operata ha permesso di evidenziare, condividendole nel loro complesso, le ragioni per cui, all'esito della discussione, il Costituente abbia preferito rimettere al legislatore la decisione sul se prevedere limitazioni al diritto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati. Senonché tale scelta, anziché risolvere il problema, lo ha in qualche modo posto, per la ragione molto semplice che una formulazione siffatta non poteva che prestare il fianco a interpretazioni divergenti tra loro. Se per taluni, infatti, quello previsto dall'art. 98, c. 3, sarebbe da intendersi come un «invito al legislatore»⁴⁴ a procedere all'introduzione del divieto – con l'ovvia conseguenza che una scelta siffatta non «possa essere graduata: o ci si può iscrivere, o non si può; non esiste una terza possibilità»⁴⁵ –, per altri, invece, la disposizione sarebbe da interpretarsi, tutt'al contrario, come una tendenziale scelta, operata dal Costituente, «a favore della libertà di partecipazione», ammettendo semmai la reversibilità di tale scelta «qualora l'esito della sperimentazione storica avesse rivelato concrete ragioni in contrario»⁴⁶. Anche perché, a voler interpretare diversamente, non sarebbe agevole com-

la contrapposizione tra differenti e spesso opposte ideologie e culture si componeva su uno dei terreni tipici della democrazia, quella della sperimentazione, della verifica in concreto delle rispettive tesi».

⁴⁴ In questo senso si v. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Roma, Colombo, 1948, p. 180.

⁴⁵ Così F. BIONDI, *Considerazioni in ordine costituzionale sui limiti, per i magistrati, alla partecipazione alla vita politica (a margine di una questione di costituzionalità)*, in *air.unimi.it*, 2009, p. 2. Semmai, argomenta condivisibilmente l'autore, «le "limitazioni" potranno riguardare l'ambito soggettivo di applicazione della norma (alcuni soggetti sì e altri no, pur appartenendo al medesimo ordine)». Nella medesima direzione si v. G. TARLI BARBIERI, *La partecipazione dei magistrati all'attività politica*, in *Criminalia*, 2009, p. 71, secondo cui «di fronte ad un atto in linea di principio formale, quale quello dell'iscrizione, non sembrano possibili, in linea di principio, particolari graduazioni».

⁴⁶ Si v., in questi termini, S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, cit., p. 9, il quale soggiunge che «la crisi della democrazia, di cui pure tanto si discorre, non può essere affrontata riesumando antichi timori, che la saggezza dei costituenti ha avuto il merito di non irrigidire; che ad essa occorre piuttosto dare risposta scavando all'interno delle novità che si sono prodotte e leggendo tali novità con occhi esenti da preconcetti, senza lenti di rassicuranti ma fuorvianti luoghi comuni; che insomma l'indicazione sicuramente desumibile dall'art. 98, 3° comma Cost. è quella che invita ad un confronto spregiudicato col reale, scevro da pigrizie intellettuali» (p. 12). Così pure A. SAITTA, *Art. 98*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), cit., p. 1921, secondo cui «appare preferibile proprio ciò che fu esplicitamente suggerito in Assemblea costituente, che la Costituzione consente, ma non impone le misure limitative alla libertà di iscriversi ai partiti politici per

prendere la ragione, «se già fossero esistiti gli elementi per decidere», di rimettere il «problema al legislatore»⁴⁷.

L'impossibilità di sciogliere il nodo interpretativo per il tramite del dato testuale ha indotto, quindi, una parte della dottrina a intraprendere altre vie. Così, coloro che ritengono che l'art. 98, c. 3, Cost., abbia natura derogatoria rispetto agli articoli 18, 49 e 51 Cost., hanno sostenuto che la disposizione in esame debba essere interpretata in senso restrittivo, in virtù del fatto che «non solo nella Costituzione non vi è alcuna norma che imponga la sterilizzazione politica dei singoli funzionari, ma, anche a prescindere dalle chiare indicazioni che provengono dai lavori preparatori, le disposizioni espresse sono tali da escluderla»⁴⁸. La disposizione *de qua*, allora, andrebbe interpretata «in armonia col più generale enunciato dell'art. 49 Cost.», vale a dire tenendo conto del fatto che «il principio ispiratore è il pluralismo ideologico, già di per sé garanzia di imparzialità, e, insieme freno alla tendenza della burocrazia ad esprimersi come blocco unitario»⁴⁹.

Ma vi è anche chi, seguendo sempre la via dell'interpretazione sistematica, è giunto ad approdi opposti. Secondo un altro orientamento, infatti, l'ancoraggio interpretativo non andrebbe rinvenuto negli articoli dianzi richiamati, bensì nell'art. 54, c. 2, Cost., il quale, come è noto, dispone che «i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore». Già questo, allora, «costituirebbe un parametro normativo sufficiente»⁵⁰ in grado di giustificare l'introduzione, da parte del legislatore, del divieto di iscrizione ai partiti per i magistrati.

quelle determinate categorie di funzionari pubblici, lasciando però all'esperienza del legislatore di valutare cosa, ed in che misura, sarebbe più opportuno».

⁴⁷ In questi termini G. BORRÉ, *Il 3° comma dell'art. 98*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1994, pp. 464 ss.

⁴⁸ Così L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974, p. 107, secondo la quale resterebbe «pertanto libera l'adesione ideologica anche apertamente manifestata». Nella medesima direzione si v. N. PIGNATELLI, *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici: un cavallo di troia*, cit., p. 345, secondo cui la disposizione in esame «anche a volerla intendere come legittimante un divieto assoluto di iscrizione, per la sua natura speciale e derogatoria rispetto all'art. 49 Cost., secondo la comune logica dei canoni ermeneutici, non può subire un'interpretazione analogica che si risolva in un divieto di associazione (politica) e più in generale in un divieto di attività politica, organica e non organica dei partiti».

⁴⁹ In questi termini L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., p. 107.

⁵⁰ Così R. MANFRELLOTTI, *La moglie di Cesare e l'uomo ragno. Brevi note sulla partecipazione dei magistrati alla competizione politica*, in *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, M. DELLA MORTE (a cura di), Editoriale scientifica, 2016, p. 308, il quale ha altresì aggiunto che i pubblici funzionari, nel rispetto di quanto stabilito nell'art. 54 Cost., «debbono rispettare l'apparato al quale appartengono evitando di lederne il prestigio, in particolare evitando comportamenti che, quando anche non espressamente vietati, possano danneggiare l'immagine (tale è il significato che deve attribuirsi all'obbligo di "disciplina"), e debbono orientare la loro attività al servizio dei supremi principi dell'ordinamento costituzionale». In direzione opposta si v. A. SAITTA, *Art. 98*, cit., pp. 1921 ss., secondo cui «in un sistema costituzionale maturo, che ha nella libertà dell'uomo uno dei pilastri fondativi (se non, "il" fondamento *tout court*), l'attività politica non dovrebbe essere considerata aprioristicamente e necessariamente incompatibile con il precetto di imparzialità che deve assistere l'esercizio delle funzioni pubbliche estranee al circuito determinativo dell'indirizzo politico. L'imparzialità è dell'esercizio della funzione, così come il dovere di fedeltà alla Repubblica ed alla Costituzione ed anche l'esclusività del rapporto di servizio alla Nazione sono propri delle figure dei dipendenti pubblici, qualunque sia il settore in cui prestano la propria opera concretando l'interesse pubblico. La condivisione di un'idea politica, o la manifestazione espressa di appartenenza ad un partito, sono compatibili con l'esercizio imparziale e *fedele* dell'ufficio pubblico ricoperto, purché, ovviamente, l'attività politica avvenga al di fuori del servizio e senza possibili contaminazioni tra gli interessi perseguiti nell'esercizio dell'ufficio pubblico e quelli privatamente coltivati».

Ora, impregiudicate nel merito le tesi testé riportate, a me pare che, così come dal dibattito in Assemblea Costituente anche da quello su come interpretare l'art. 98, c. 3, Cost., emerga la necessità che il tema della partecipazione dei magistrati alla vita politica venga affrontato con cautela, evitando così il rischio che un approccio troppo orientato al tema possa rappresentare il fondamento di soluzioni normative in grado di incidere irreparabilmente su diritti, principi e libertà tutelati dalla Costituzione.

Non credo, tuttavia, che sia stata solo un'esigenza siffatta a determinare la riluttanza del legislatore a intervenire in materia. Si pensi, a tal proposito, che fino agli anni novanta l'unico provvedimento che in qualche modo incidesse sul tema della partecipazione dei magistrati alla vita politica risaliva al lontano 1946, quando il legislatore, con l'art. 18 del r. d.lgs. n. 511⁵¹, stabilì che sarebbe stato destinatario di sanzioni disciplinari il magistrato che avesse mancato «ai suoi doveri» o avesse tenuto «in ufficio o fuori una condotta tale» da renderlo «immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere» o da compromettere «il prestigio dell'ordine giudiziario»⁵². Tale disposizione, che a uno sguardo sommario potrebbe apparire liminare rispetto al tema di indagine, in realtà assume un rilievo decisivo perché fornisce l'occasione alla Corte di tratteggiare la figura del magistrato nel nostro ordinamento o, ancora meglio, nella società.

Con la sentenza n. 100 del 1981⁵³, infatti, la Corte è stata chiamata a vagliare la conformità della disposizione in esame, anzitutto, con il principio di legalità e di tipicità dei comportamenti sanzionabili, di cui all'art. 25 Cost., ma soprattutto, per quanto rileva in questa sede, con l'art. 21 Cost., il quale, secondo la ricostruzione della ricorrente (CSM), escluderebbe limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero, sia pure in contemperamento con l'art. 54 Cost., che impone ai cittadini cui siano affidate funzioni pubbliche di adempierle «con disciplina e onore», e con l'art. 104 Cost., il quale sancisce, invece, il principio di autonomia e indipendenza della magistratura. Ebbene, dopo aver ritenuto insussistente la lesione dell'art. 25 Cost.⁵⁴, il Giudice costituzionale si è espresso negli stessi termini anche con rife-

⁵¹ L'art. 18 del r. d.lgs. n. 511 del 1946 recava «*Guarentigie della Magistratura*».

⁵² Sul punto si v. F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, in *Rivista AIC*, 2007, p. 12, secondo cui «almeno all'apparenza, dunque, veniva accolta una nozione di illecito disciplinare prevalentemente funzionale all'esigenza di tutela del prestigio dell'ordine giudiziario, in continuità con il passato, ma in contrasto [...] con i nuovi principi nel frattempo fissati dalla Costituzione».

⁵³ Su cui si v. S. CANTISANI, *Il «buon giudice» ed i suoi censori*, in *Il Foro italiano*, 1981, I, pp. 2362 ss.

⁵⁴ Secondo la Corte, infatti, il principio di tipicità dei comportamenti sanzionabili in via disciplinare, sotteso all'art. 25 Cost., è da intendersi riferibile «solo alla materia penale e non è di conseguenza estendibile a situazioni, come gli illeciti disciplinari, estranee all'attività del giudice penale, pur se con questa possono presentare, per determinati aspetti, una qualche affinità» (si v. Corte costituzionale, sentenza n. 100 del 1981, Punto 3 del *Considerato in diritto*). Oltretutto, precisava ulteriormente la Corte, i valori sottesi alla disposizione impugnata, quali sono «da un lato la fiducia e considerazione di cui deve godere ciascun magistrato e dall'altro il prestigio dell'ordine giudiziario», mal si prestano alla tipizzazione dei comportamenti che possono violarli. Difatti, il loro contenuto implica l'impossibilità di «prevedere tutti i comportamenti che possono lederli; si tratta, infatti, di principi deontologici che non consentono di essere ricompresi in schemi preordinati, non essendo identificabili e catalogabili tutti i possibili comportamenti con essi contrastanti e che potrebbero provocare una negativa reazione dell'ambiente sociale» (così Corte costituzionale, sentenza n. 100 del 1981, Punto 5 del *Considerato in diritto*). Ciò, dunque, giustifica «la latitudine della previsione e l'ampio margine della valutazione affidata a un organo, che, operando con le garanzie proprie di un procedimento giurisdizionale, è, per la sua strutturazione, particolar-

rimento all'art. 21 Cost. Più in particolare, nel replicare alla doglianza secondo cui la genericità della norma impugnata avrebbe potuto «risolversi in una indebita restrizione»⁵⁵ della libertà del magistrato, la Corte, dopo aver ribadito «la piena compatibilità» della norma con il complesso delle libertà tutelate dalla Costituzione, ha affermato che se è vero che i magistrati «debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino», è parimenti vero «che le funzioni esercitate e la qualifica da essi rivestita non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento»⁵⁶. I magistrati, infatti, argomentava ulteriormente la Corte, debbono essere, «per dettato costituzionale», «imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità nell'adempimento del loro compito»⁵⁷. In definitiva, dunque, concludeva la Corte, «l'equilibrato bilanciamento degli interessi tutelati non comprime il diritto alla libertà di manifestare le proprie opinioni ma ne vieta soltanto l'esercizio anomalo e cioè l'abuso, che viene ad esistenza ove risultino lesi gli altri valori sopra menzionati»⁵⁸.

Dalla sentenza richiamata emergono, a mio avviso, due aspetti utili a meglio definire il perimetro dei diritti e dei doveri e, più in generale, lo *status* dei magistrati nel nostro ordinamento. Il primo riguarda il fatto che le funzioni da essi esercitate, per il loro riflesso su altri e rilevanti principi costituzionali, non consentono di equipararli *sic et simpliciter* agli altri cittadini. Il secondo, invece, concerne il fatto che il loro *status* non possa comunque consentire al legislatore di comprimere, al punto di annullarli, i diritti fondamentali che anche ad essi, in

mente qualificato per apprezzare se i comportamenti di volta in volta considerati siano o meno lesivi dei valori tutelati» (*ibidem*).

La disposizione, inoltre, non può ritenersi neppure lesiva del principio di legalità, poiché quest'ultimo, secondo la Corte, «si attua non soltanto con la rigorosa e tassativa descrizione di una fattispecie ma, in talune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta l'abbia o meno violato» (si v. Corte costituzionale, sentenza n. 100 del 1981, Punto 6 del *Considerato in diritto*).

⁵⁵ Si v. Corte costituzionale, sentenza n. 100 del 1981, *Ritenuto in fatto*.

⁵⁶ Si v. Corte costituzionale, sentenza n. 100 del 1981, Punto 7 del *Considerato in diritto*. Sull'esercizio delle libertà costituzionali da parte dei magistrati si v. A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, Einaudi, 1982, p. 180, secondo cui «non sembra contestabile che i magistrati possano esprimere le loro opinioni al pari di qualunque altro soggetto e che le valutazioni di opportunità che in talune circostanze possono rendere consigliabile per un magistrato astenersi dal partecipare ad iniziative di carattere politico o culturale, quando tale partecipazione possa offrire pretesti ad accuse di parzialità, pur se in concreto ingiustificate, con conseguente pericolo di attenuazione del suo prestigio, non determinano loro un obbligo di astensione la cui inosservanza sia censurabile sul piano disciplinare».

⁵⁷ V. Corte costituzionale, sentenza n. 100 del 1981, Punto 7 del *Considerato in diritto*. I principi richiamati, insomma, argomenta la Corte, sono «volti a tutelare anche la considerazione di cui il magistrato deve godere presso la pubblica opinione; assicurano, nel contempo, quella dignità dell'intero ordine giudiziario, che la norma denunziata qualifica prestigio e si concreta nella fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa».

⁵⁸ Si v. Corte costituzionale, sentenza n. 100 del 1981, Punto 8 del *Considerato in diritto*. Tuttavia, argomenta ulteriormente la Corte, «in questa sede non può precisarsi – e ciò non rientra del resto nei compiti della Corte – quali possano essere i comportamenti di cui si è fatto cenno. Dovrà l'organo chiamato a valutare i singoli comportamenti stabilire se essi possano o meno essere riprovati dalla coscienza sociale e se siano o meno conformi alla valutazione che comunque possono fare di essi gli stessi consociati in relazione alla natura e rilevanza degli interessi tutelati ed in funzione del buon andamento dell'attività giudiziaria».

quanto cittadini, devono essere riconosciuti. Il richiamo della Corte è, insomma, all'*equilibrato bilanciamento degli interessi*, principio che dovrebbe permeare di sé qualsiasi intervento normativo che sia volto a rivedere il rapporto tra i diritti e i doveri del magistrato. Ne consegue, dunque, a voler seguire fino in fondo il ragionamento della Corte, il rigetto di tutte quelle soluzioni normative che, ponendosi in contrasto con tale principio, rischiano di collidere con lo spirito stesso che pervade la Costituzione.

4. L'applicabilità del divieto di iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa ai partiti per i magistrati collocati fuori ruolo per incarico tecnico

Per rinvenire un provvedimento che incida direttamente sulla sfera della partecipazione dei magistrati alla vita politica, occorre attendere, come anticipato, la seconda metà degli anni novanta, quando, con la l. n. 276 del 1997⁵⁹, il legislatore ha stabilito che non potessero essere nominati giudici onorari aggregati coloro che ricoprivano o avessero ricoperto, nel triennio precedente alla nomina, «incarichi direttivi o esecutivi nei partiti politici»⁶⁰. In realtà, un ulteriore tentativo in tal senso era già stato fatto, ma la mancata conversione del d.l. n. 141 del 1991⁶¹ aveva impedito l'entrata in vigore del divieto, destinato tra gli altri anche ai magistrati, di iscrizione ai partiti politici⁶².

È necessario, dunque, giungere fino all'approvazione del d.lgs. n. 109 del 2006⁶³, per trovare una disciplina organica in materia. Con tale provvedimento, come è noto, oltre all'abrogazione del richiamato art. 18 del r. d.lgs. n. 511 del 1946, si è stabilito di ricondurre tra gli illeciti disciplinari al di fuori dell'esercizio delle funzioni «l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o operativi nel settore finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato»⁶⁴. Si trattava, a ben osservare, dei medesimi contenuti previsti

⁵⁹ La legge 22 luglio 1997, n. 276, reca «*Disposizioni per la definizione del contenzioso civile pendente: nomina dei giudici onorari aggregati e istituzione delle sezioni stralcio nei tribunali ordinari*».

⁶⁰ Così l'art. 2, c. 8, della l. n. 276 del 1997. Peraltro, il d.l. n. 328 del 1998, convertito con modificazioni dalla l. n. 399 del 1998, ha stabilito, nell'art. 1, c. 15, che «le disposizioni della legge 22 luglio 1997, n. 276, come modificata dal presente articolo, si applicano anche ai giudici onorari aggregati già nominati».

⁶¹ Il d.l. 3 maggio 1991, n. 141, reca «*Divieto di iscrizione ai partiti politici per gli appartenenti alle categorie indicate nell'art. 98, terzo comma, della Costituzione*».

⁶² Così l'art. 1 del d.l. n. 141 del 1991. È interessante rilevare come nel preambolo del decreto non convertito si stabilisse che a fondamento della sua approvazione ci fosse «la straordinaria necessità ed urgenza, in attuazione dell'art. 98, terzo comma, della Costituzione, di emanare disposizioni in materia di divieto di iscrizione ai partiti politici per gli appartenenti alle categorie indicate nella predetta norma costituzionale, al fine di garantirne l'imparzialità nell'esercizio delle loro peculiari funzioni».

⁶³ Con l'art. 1, c. 1, lett. f), della l. n. 150 del 2005, recante «*Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, per il decentramento del Ministero della giustizia, per la modifica della disciplina concernente il Consiglio di presidenza, della Corte dei conti e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, nonché per l'emanazione di un testo unico*», il Parlamento ha delegato il Governo a «individuare le fattispecie tipiche di illecito disciplinare dei magistrati, le relative sanzioni e la procedura per la loro applicazione, nonché modificare la disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento d'ufficio». Sulla normativa in esame, si v. F. DAL CANTO, *La responsabilità disciplinare: aspetti sostanziali*, in *Il Foro italiano*, V, 2006, pp. 43 ss.

⁶⁴ Così l'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 109 del 2006. Sulla tale disposizione si v. il rilievo critico di G. TARLI BARBIERI, *La partecipazione dei magistrati all'attività politica*, cit., p. 65, secondo cui «tale previsione, nella sua estrema vaghezza e genericità [...] si prestava ad una applicazione tanto estensiva da compromettere l'esercizio di

nella legge di delega⁶⁵, a testimonianza della volontà del legislatore di non lasciare alcun margine di discrezionalità al Governo⁶⁶.

È tuttavia intervenuta, successivamente, la l. n. 269 del 2006⁶⁷, con la quale il legislatore, modificando la normativa precedente, ha previsto che integrasse illecito disciplinare al di fuori dell'esercizio delle funzioni non più la sola "partecipazione", ma la "partecipazione sistematica e continuativa" ai partiti politici⁶⁸. A fondamento di tale modifica vi era, evidentemente, la necessità di meglio precisare un precetto normativo che, per la sua estrema vaghezza, avrebbe consegnato al giudice disciplinare una forma di controllo troppo incisiva, con il rischio, paventato da una parte della dottrina, di una «omologazione ideologica dei magistrati»⁶⁹.

Tuttavia, nonostante lo sforzo compiuto, permanevano ancora numerose zone d'ombra, soprattutto con riferimento alla reale portata applicativa della disposizione in esame. Lacuna dalla quale sono originate due diverse questioni di legittimità costituzionale davanti alla Corte.

Nel primo caso, si è trattato per il Giudice delle leggi di valutare la legittimità, oltretutto del divieto di per sé considerato, anche della sua applicazione nei confronti dei magistrati collocati fuori ruolo per lo svolgimento di un incarico tecnico; nel secondo, invece, come si vedrà più avanti (§ 6), si è trattato di vagliare la legittimità dell'estensione del medesimo divieto anche ai magistrati collocati fuori ruolo per l'espletamento di un incarico politico.

libertà fondamentali la cui titolarità, come si è detto, non può non spettare anche ai magistrati. Probabilmente alla base di tale discutibile disposizione probabilmente vi è stata anche la gran fretta nella quale è stato redatto il d.lgs. n. 109/2006, per l'imminente fine della legislatura e la prospettiva (poi concretamente realizzatasi) della vittoria del centro-sinistra nelle successive elezioni politiche».

⁶⁵ Difatti, già nell'art. 2, c. 6, lett. d), punto 8, della legge di delega, si prevedeva che integrasse illecito disciplinare al di fuori dell'esercizio delle funzioni «l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque appannare l'immagine del magistrato».

⁶⁶ Occorre precisare, tuttavia, che i contenuti della disposizione in esame non rappresentavano certo una novità. Si pensi, infatti, che già nei primi anni '90, il Comitato direttivo dell'Associazione Nazionale Magistrati aveva adottato un "Codice etico", nel cui art. 8, recante «*l'indipendenza del magistrato*», si prevedeva che «il magistrato garantisce e difende l'indipendente esercizio delle proprie funzioni e mantiene una immagine di imparzialità e indipendenza. Evita qualsiasi coinvolgimento in centri di potere partitici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle sue funzioni o comunque appannarne l'immagine. Non accetta incarichi né espleta attività che ostacolino il pieno e corretto svolgimento della propria funzione o che per la natura, la fonte e le modalità del conferimento, possano comunque condizionarne l'indipendenza».

⁶⁷ La legge 24 ottobre 2006, n. 269, recante «*Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario*», ha disposto, con l'art. 1, c. 3, lett. d), la modifica dell'art. 3, c. 1, lett. h), del d.lgs. n. 109 del 2006. Per un commento sulla disciplina in esame si v., tra gli altri, F. SORRENTINO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati*, in *Questione giustizia*, n. 1, 2007, pp. 54 ss. Si v., altresì, F. DAL CANTO, *La responsabilità disciplinare: aspetti sostanziali*, in *Il Foro italiano*, V, 2008, pp. 117 ss.

⁶⁸ Sulla scelta del legislatore si v. le considerazioni critiche di G. FERRI, *I magistrati e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza n. 224 del 2009*, in *Studium iuris*, n. 2, 2010, p. 138, secondo cui risulta difficile «vedere come una persona non iscritta possa partecipare con continuità alla vita del partito e, quindi, come possa esservi una partecipazione duratura disgiunta dall'iscrizione. La previsione dell'illecito consistente nella partecipazione "sistematica e continuativa" potrebbe allora essere superflua e anche problematica per la difficoltà di stabilire in concreto quando vi siano la continuità e la sistematicità».

⁶⁹ Si v., in questi termini, R. PINARDI, *Quando l'«immagine» del magistrato si «appanna»*, in *Forum di Quad. cost.*, 2004, p. 2, secondo cui vi sarebbe una evidente incompatibilità tra la previsione in esame e gli articoli 98, c. 3, e 21 della Costituzione.

Con la sentenza n. 224 del 2009⁷⁰, la Corte, nel rigettare la tesi secondo cui il divieto di iscrizione ai partiti fosse lesivo della sfera dei diritti del magistrato⁷¹, ha argomentato che «l'estraneità del magistrato alla politica dei partiti e dei suoi metodi è un valore di particolare rilievo e mira a salvaguardare l'indipendente e imparziale esercizio delle funzioni giudiziarie, dovendo il cittadino essere rassicurato sul fatto che l'attività del magistrato, sia esso giudice o pubblico ministero, non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica»⁷². Con il che, peraltro, si giustifica la circostanza per cui, accanto al dato formale dell'iscrizione, rilevi, e sia parimenti precluso al magistrato, «l'organico schieramento con una delle parti politiche in gioco, essendo anch'esso suscettibile, al pari dell'iscrizione, di condizionare l'esercizio indipendente ed imparziale delle funzioni e di comprometterne l'immagine»⁷³. Tale misura, insomma, si correla a un dovere di imparzialità che grava sul magistrato in ogni momento della sua vita professionale, a prescindere che egli sia stato o meno collocato fuori ruolo per lo svolgimento di un incarico tecnico, e non collide in alcun modo con il diritto di elettorato passivo ad esso spettante, «e ciò sia per la diversità delle situazioni poste a raffronto (un conto è l'iscrizione o comunque la partecipazione sistematica e continuativa alla vita di un partito politico, altro è l'accesso alle cariche elettive), sia perché quel diritto non è senza limitazioni»⁷⁴.

Dai passaggi richiamati affiora, dunque, come l'intento della Corte sia quello di rafforzare ulteriormente l'immagine di indipendenza del magistrato, la quale potrebbe essere posta in pericolo «tanto dall'essere il magistrato politicamente impegnato e vincolato da una struttura di partito, quanto dai condizionamenti, anche sotto il profilo dell'immagine, derivanti dal coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario»⁷⁵.

⁷⁰ Sulla sentenza n. 224 del 2009 della Corte costituzionale si v. R. CHIEPPA, *Il divieto di attività politica dei magistrati: meglio tardi che mai (ricordi storici delle tesi dell'associazione dei magistrati)*, in *Giur. cost.*, n. 4, 2009, pp. 2854 ss. V., inoltre, S. DE NARDI, *L'art. 98, terzo comma, Cost. riconosce al legislatore la facoltà non solo di "limitare" bensì di "vietare" l'iscrizione dei magistrati a partiti politici (anche se sono collocati fuori ruolo per svolgere un compito tecnico)*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2009, p. 5122, secondo cui tale decisione «dichiarando infondata la *quaestio legitimatis* prospettata dal giudice *a quo* appare condivisibile nella sua impostazione di fondo e nella sostanza: fermo restando, però, che la motivazione addotta a supporto è stata a tratti un po' troppo sbrigativa e potrebbe essere foriera di un equivoco».

⁷¹ Secondo la Sezione disciplinare del CSM, che ha sollevato la questione, il *punctum dolens* risiedeva nel fatto che il divieto «formale ed assoluto di iscrizione ai partiti politici per il magistrato, rafforzato da una sanzione per la sua violazione, andrebbe oltre la nozione giuridica della mera limitazione, ovvero di una regolamentazione che contemperi il diritto politico del singolo con l'esigenza di imparzialità, anche percepita, del giudice» (si v. Corte costituzionale, sentenza n. 224 del 2009, Punto 1 del *Considerato in diritto*).

⁷² V. Corte costituzionale, sentenza n. 224 del 2009, Punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁷³ *Ibidem*. Per una lettura contraria all'orientamento della Corte, si v. G. FERRI, *Il diritto di elettorato passivo e il divieto per i magistrati di partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici*, in *Rass. Parl.*, n. 1, 2015, pp. 151 ss., secondo cui «l'art. 98, comma 3, Cost., dando al legislatore ordinario la possibilità di introdurre per i magistrati limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici, mira a tutelare l'indipendenza e l'imparzialità – e, dunque, il corretto esercizio – della funzione giurisdizionale, che non può essere minacciata dalla semplice partecipazione, quand'anche essa fosse sistematica e continuativa».

⁷⁴ V. Corte costituzionale, sentenza n. 224 del 2009, Punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁷⁵ *Ibidem*. Sulla scelta della Corte di accomunare, ritendendole parimenti rilevanti, le due fattispecie, si v., criticamente, G. TARLI BARBIERI, *La partecipazione dei magistrati all'attività politica*, cit., p. 66, secondo cui se è vero «che entrambe le fattispecie minano l'immagine di indipendenza del magistrato, è altresì vero che non è possibile una assimilazione *tout court* tra le limitazioni derivanti dallo svolgimento di un'attività politica e quelle derivanti dall'esercizio di un'attività economica, essendo assai diversi i principi costituzionali sottesi ad esse».

Un itinerario argomentativo siffatto, però, non poteva che suscitare reazioni opposte tra la dottrina. Alcuni, infatti, non condividendo tale orientamento, hanno argomentato che «altro è, però, essere iscritti a un partito mentre si esercitano le funzioni giudiziarie, altro è essere iscritti quando, pur appartenendo all'ordine giudiziario, non si esercitano tali funzioni, essendo intervenuto [...] un provvedimento di collocamento fuori ruolo. Mentre nel primo caso l'indipendenza del magistrato e l'imparzialità della funzione esercitata potrebbero talvolta risentire dei vincoli derivanti dall'appartenenza dello stesso magistrato a un'associazione partitica [...], nel secondo caso nessun pregiudizio per i valori dell'indipendenza e dell'imparzialità potrebbe esservi perché non vi è esercizio delle funzioni giurisdizionali»⁷⁶. Ne deriva, allora, che, comportando un'ingiustificata restrizione del diritto di associarsi in partiti, la Corte avrebbe dovuto caducare la disposizione in esame «quanto meno nella parte in cui non esclude dal novero dei magistrati destinatari del divieto di iscrizione quelli che sono collocati fuori ruolo»⁷⁷.

Di tutt'altro avviso, invece, un'altra parte della dottrina, secondo cui la sentenza della Corte deve essere salutata con favore. Quest'ultima, infatti, accogliendo un'interpretazione estensiva dell'art. 98, c. 3, Cost., non solo soddisferebbe l'esigenza «di tutelare l'indipendenza del singolo magistrato (che sarebbe all'evidenza compromessa nell'ipotesi in cui egli sia iscritto ad un partito politico [...])», ma anche quella, «ulteriore (e non secondaria)», «di salvaguardare la stessa apparenza di imparzialità»⁷⁸. E ciò sarebbe fondamentale sia quando il magistrato svolga le sue funzioni, sia quando si trovi «in posizione di fuori ruolo con compiti tecnico-giuridici, in quanto destinato a rientrare per svolgere funzioni giurisdizionali»⁷⁹.

⁷⁶ Così G. FERRI, *I magistrati e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza n. 224 del 2009*, in *Studium iuris*, n. 2, 2010, pp. 139 ss., secondo cui tale impostazione ha un senso «a meno di sostenere [...] che l'iscrizione a un partito politico per il periodo durante il quale il magistrato è privo delle funzioni giurisdizionali si ripercuoterebbe negativamente sull'immagine del magistrato stesso nel corso della carriera, gettando delle ombre sulla sua imparzialità o comunque non garantendola pienamente, quanto meno sotto il profilo dell'apparenza. Lo stesso dovrebbe dirsi, però, anche per il magistrato non iscritto a un partito che, dopo essere stato eletto e aver concluso il mandato parlamentare, ritorni – com'è più volte accaduto – a esercitare le funzioni giurisdizionali».

⁷⁷ *Ivi*, p. 140.

⁷⁸ Si v. S. DE NARDI, *L'art. 98, terzo comma, Cost. riconosce al legislatore la facoltà non solo di "limitare" bensì di "vietare" l'iscrizione dei magistrati a partiti politici (anche se sono collocati fuori ruolo per svolgere un compito tecnico)*, cit., pp. 5125 ss., secondo cui la Corte, per un verso finisce per giustificare la previsione non già di mere "limitazioni" ma addirittura di un divieto assoluto di iscrizione ai partiti politici; e, per altro verso, si spinge ancor più oltre: reputando che il legislatore possa sanzionare anche la mera partecipazione sistematica e continuativa all'attività propria di partiti politici, ancorché ciò avvenga in mancanza di formale iscrizione agli stessi».

⁷⁹ Si v., in questi termini, R. CHIEPPA, *Il divieto di attività politica dei magistrati: meglio tardi che mai (ricordi storici delle tesi dell'associazione dei magistrati)*, in *Giur. cost.*, n. 4, 2009, p. 2855. Si v., altresì, R. CHIEPPA, *Le testimonianze nell'Associazione magistrati: una guida per un futuro migliore per la Giustizia in Italia*, in *Giornale di Storia costituzionale*, n. 17, 2009, p. 243, il quale ricorda che «l'atteggiamento della Associazione magistrati, nel periodo degli inizi del fascismo successivi al 1922, fu di concentrare l'attenzione sulla indipendenza, cercando di interrompere e troncare di netto qualsiasi nascente tentativo di asservimento od utilizzazione da parte della politica, di fronte anche ad alcune velleità di trasformazione in sindacato fascista. L'unico mezzo fu di rimanere assolutamente apolitici, ciò non nel senso che il magistrato individualmente non possa avere convinzioni ed opinioni in tale campo, ma il magistrato, che vuole rimanere effettivamente indipendente, deve essere ed anche mostrarsi all'esterno distaccato dai partiti politici e quindi non iscritto, né partecipante all'azione di partiti politici o all'assunzione di etichetta di schieramento».

Che si accolga l'una o l'altra tesi, a me pare che la sentenza in esame abbia avuto il merito di riaprire, ancorché indirettamente, il dibattito sugli incarichi extragiudiziari di natura tecnica svolti dai magistrati. Tematica che, nonostante il suo rilievo, non è mai stata affrontata organicamente dal legislatore. Se si eccettua, infatti, la l. n. 181 del 2008⁸⁰, con la quale si è previsto il tetto massimo di 200 unità di magistrati da destinare, per non più di dieci anni⁸¹, a funzioni non giudiziarie⁸², il resto della disciplina è rinvenibile nelle delibere del CSM.

È, infatti, la circolare n. 13778 del 24 luglio 2014, e le sue successive modificazioni, ad integrare la scarsa disciplina legislativa, stabilendo talune condizioni da soddisfare affinché il CSM possa deliberare il collocamento fuori ruolo dei magistrati⁸³. Una volta autorizzati, essi possono svolgere funzioni, per citarne solo alcuni, presso il Ministero della Giustizia e gli altri Ministeri, la Presidenza del Consiglio, la Camera dei Deputati, le Autorità indipendenti, nonché presso le Commissioni Parlamentari⁸⁴. A questi si aggiungono, inoltre, gli incarichi presso gli organi costituzionali o di rilievo costituzionale, come la Corte costituzionale, il Consiglio Superiore della Magistratura o la Presidenza della Repubblica, per i quali, tuttavia, non si applicano i limiti, sia di natura tecnica che temporale, previsti per gli incarichi più sopra richiamati⁸⁵.

Ora, è del tutto evidente il fatto che tale materia, per i suoi potenziali risvolti problematici, meriterebbe di essere disciplinata compiutamente a livello primario, in quanto l'intervento legislativo, oltre a soddisfare la riserva di legge in materia, garantirebbe, quale esito della composizione degli interessi, il raggiungimento di un ragionevole bilanciamento tra il diritto dei magistrati a contribuire all'espletamento di funzioni pubbliche e la loro autonomia e indipendenza.

5. I "limiti all'accesso" all'assunzione di incarichi politici per i magistrati

Se pongono già dei problemi gli incarichi tecnici, ne pongono senz'altro maggiori gli incarichi politici. Aspetti problematici che si manifestano, a ben osservare, tanto con riguardo alla fase antecedente quanto a quella successiva l'espletamento dell'incarico.

⁸⁰ La legge 13 novembre 2008, n. 181, reca «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, recante interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario».

⁸¹ Ciò, ai sensi dell'art. 1-bis, c. 3, fermo restando quanto previsto «dall'articolo 13 del decreto legge 12 giugno 2001, n. 217, [...] e successive modificazioni» e «fatto salvo il maggior termine stabilito per gli incarichi la cui durata è prevista da specifiche disposizioni di legge».

⁸² In realtà, ai sensi dell'art. 1-bis, c. 4, i limiti indicati «non si applicano ai magistrati destinati a funzioni non giudiziarie presso la Presidenza della Repubblica, la Corte costituzionale, il Consiglio superiore della magistratura ed agli incarichi elettivi».

⁸³ Queste sono: a) la sussistenza di un interesse per l'amministrazione di appartenenza del magistrato rispetto alle attività da svolgere fuori ruolo; b) il conseguimento, da parte dello stesso, quanto meno della II valutazione di professionalità; c) la presenza, ancora, nell'ufficio di provenienza dell'interessato, di una scopertura non superiore al 20%; d) la circostanza che il magistrato non sia impegnato nella trattazione di procedimenti, processi o affari tali che il suo allontanamento possa nuocere gravemente agli stessi.

⁸⁴ Come risulta nell'elenco pubblicato nel sito istituzionale del CSM, aggiornato al 21 novembre 2019, sono attualmente 143 i magistrati collocati fuori ruolo presso gli uffici richiamati.

⁸⁵ Risultano, invece, 44, al 21 novembre 2019, i magistrati collocati fuori ruolo presso organi costituzionali o di rilievo costituzionale.

È d'uopo segnalare, tuttavia, che, diversamente dagli incarichi di natura tecnica, la cui disciplina a livello legislativo, come si è visto, è pressoché assente, sul versante degli incarichi politici, soprattutto elettivi, gli interventi del legislatore sono stati molteplici.

Rispetto alle elezioni per la Camera dei Deputati, ad esempio, l'art. 8 del d.P.R. n. 361 del 1957⁸⁶, come modificato dalla l. n. 13 del 1997⁸⁷, prevede che «i magistrati – esclusi quelli in servizio presso le giurisdizioni superiori –, anche in caso di scioglimento anticipato della Camera dei deputati e di elezioni suppletive, non sono eleggibili nelle circoscrizioni sottoposte, in tutto o in parte, alla giurisdizione degli uffici ai quali si sono trovati assegnati o presso i quali hanno esercitato le loro funzioni in un periodo compreso nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura». Non sono comunque eleggibili se, «all'atto dell'accettazione della candidatura, non si trovino in aspettativa»⁸⁸. Tale disciplina, peraltro, deve ritenersi applicabile anche alle elezioni per il Senato, grazie al rinvio operato dall'art. 5 del d.lgs. n. 533 del 1993⁸⁹, e alle elezioni per il Parlamento europeo, in virtù di quanto stabilito dall'art. 51 della l. n. 18 del 1979⁹⁰. Per quanto riguarda, invece, gli incarichi di governo, sempre a livello nazionale, l'art. 47 della l. n. 146 del 1980⁹¹ prevede l'obbligo di collocamento in aspettativa per coloro che siano chiamati a svolgere il ruolo di Ministro o Sottosegretario⁹².

Spostandoci sul versante regionale, l'art. 2, c. 1, p. 6), della l. n. 154 del 1981⁹³ stabilisce che non siano eleggibili alla carica di Consigliere regionale, *nel territorio nel quale eser-*

⁸⁶ Il decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, reca «*Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati*».

⁸⁷ La l. 3 febbraio 1997, n. 13, reca «*Modifica all'articolo 8 del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di ineleggibilità dei magistrati in caso di scioglimento anticipato delle Camere e di elezioni suppletive*».

⁸⁸ Secondo G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 145, con tale normativa «si mira a proteggere l'immagine e la sostanza dell'imparzialità della giustizia su due versanti: su quello della stridente contraddizione tra il magistrato *super partes*, che improvvisamente si trasforma in uomo di parte e partecipa ad una campagna elettorale che lo vede schierato, a favore o contro, persone che potrà essere chiamato a giudicare o indagare in un secondo momento, e su quello della possibile animosità del magistrato non eletto verso coloro che lo hanno appoggiato nella sua aspirazione elettorale».

⁸⁹ Difatti, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 533 del 1993, «sono eleggibili a sentori gli elettori che, al giorno delle elezioni, hanno compiuto il quarantesimo anno di età e non si trovano in alcuna delle condizioni d'ineleggibilità previste dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361».

⁹⁰ Difatti, l'art. 51 della l. n. 18 del 1979, come modificato dalla l. n. 78 del 2004, stabilisce che per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia si applichino le previsioni richiamate per le elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

⁹¹ La legge 24 aprile 1980, n. 146, reca «*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 1980)*».

⁹² Difatti, nell'art. 47, c. 2, della legge richiamata si prevede che «i dipendenti dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni, nonché i dipendenti degli enti e di altri istituti di diritto pubblico, sottoposti alla vigilanza dello Stato, che non siano membri del Parlamento e siano chiamati all'Ufficio di Ministro o di Sottosegretario, sono collocati in aspettativa per il periodo durante il quale esercitano le loro funzioni, conservando per intero il trattamento loro spettante, in misura comunque non superiore a quella dell'indennità percepita dai membri del Parlamento».

⁹³ La l. 23 aprile 1981, n. 154, reca «*Norme in materia di ineleggibilità e incompatibilità alle cariche di consigliere regionale, provinciale, comunale e circoscrizionale e in materia di incompatibilità degli addetti al Servizio sanitario nazionale*».

citano le loro funzioni, «i magistrati addetti alle corti di appello, ai tribunali, alle [preture]⁹⁴ ed ai tribunali amministrativi regionali nonché i vice pretori onorari e i giudici conciliatori»⁹⁵. Anche in questo caso, però, la causa di ineleggibilità è destinata a venir meno laddove l'interessato cessi «dalle funzioni per dimissioni, trasferimento, revoca dell'incarico», nonché per «collocamento in aspettativa non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature»⁹⁶.

Occorre segnalare, tuttavia, che le disposizioni richiamate sono da intendersi applicabili solo in via transitoria⁹⁷, in attesa che intervengano le leggi regionali di attuazione dell'art. 122 Cost., chiamate a disciplinare, nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dallo Stato⁹⁸, i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente della Regione, dei componenti la Giunta, nonché dei Consiglieri regionali. Ne deriva, dunque, che mentre la disciplina relativa alle cause di incompatibilità e di ineleggibilità rispetto alle elezioni europee, parlamentari, provinciali, comunali e circoscrizionali è da intendersi, ai sensi dell'art. 117, c. 2, Cost., di competenza esclusiva statale⁹⁹, quella relativa alle medesime cause, ma a livello regionale, risulta, invece, di competenza legislativa concorrente, potendo le Regioni intervenire nel rispetto, però, dei principi stabiliti con legge dello Stato.

⁹⁴ A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 51 del 1998, e successive modificazioni, tale parte della disposizione è da intendersi sostituita dalla formula «tribunali ovvero sezioni distaccate dei tribunali».

⁹⁵ È necessario ricordare che l'art. 271, lett. h), del d.lgs. 267 del 2000, nell'abrogare la l. n. 154 del 1981, ha fatto salve le disposizioni ivi previste per i consiglieri regionali.

⁹⁶ Così l'art. 2, c. 2, della l. n. 154 del 1981.

⁹⁷ Difatti, ai sensi dell'art. 5, c. 1, della l. cost. n. 1 del 1999, recante «*Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni*», fino alla data di entrata in vigore «dei nuovi Statuti regionali e delle nuove leggi elettorali ai sensi del primo comma dell'art. 122 della Costituzione, come sostituito dall'art. 2 della presente legge costituzionale, l'elezione del Presidente della Giunta regionale è contestuale al rinnovo dei rispettivi Consigli regionali e si effettua con le modalità previste dalle disposizioni di legge ordinaria vigenti in materia di elezione dei Consigli regionali».

⁹⁸ Con la l. n. 165 del 2004, recante «*Disposizioni di attuazione dell'art. 122, primo comma, della Costituzione*», il legislatore statale ha stabilito «i principi fondamentali concernenti il sistema di elezione e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale, nonché dei consiglieri regionali». Quanto alle cause di ineleggibilità, nell'art. 2, c. 1, della legge in esame, si è previsto che le Regioni si informino ai seguenti principi: a) sussistenza delle cause di ineleggibilità qualora le attività o le funzioni svolte dal candidato, anche in relazione a peculiari situazioni delle Regioni, possano turbare o condizionare in modo diretto la libera decisione di voto degli elettori ovvero possano violare la parità di accesso alle cariche elettive rispetto agli altri candidati; b) inefficacia delle cause di ineleggibilità laddove gli interessati cessino dalle attività o dalle funzioni che determinano l'ineleggibilità, non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature o altro termine anteriore altrimenti stabilito, ferma restando la tutela del diritto al mantenimento del posto di lavoro, pubblico o privato, del candidato. Quanto, invece, alle cause di incompatibilità, nell'art. 3, c. 1, della legge in esame, si è stabilito che le Regioni fissino tali cause avendo riguardo, per ciò che rileva in questa sede, ai seguenti principi: a) sussistenza di cause di incompatibilità, in caso di conflitto tra le funzioni svolte dal Presidente o dagli altri componenti della Giunta regionale o dai consiglieri regionali e altre situazioni o cariche, comprese quelle elettive, suscettibile, anche in relazione a peculiari condizioni delle regioni, di compromettere il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione ovvero il libero espletamento della carica elettiva; b) fissazione di un termine dall'accertamento della causa di incompatibilità, non superiore a trenta giorni, entro il quale, a pena di decadenza dalla carica, deve essere esercitata l'opzione o deve cessare la causa che determina l'incompatibilità, ferma restando la tutela del diritto dell'eletto al mantenimento del posto di lavoro, pubblico o privato.

⁹⁹ Infatti, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. f), Cost., è da intendersi di potestà esclusiva statale la materia «organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo». È, altresì, di potestà esclusiva statale la materia, di cui all'art. 117, c. 2, lett. p), Cost., «legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane».

A livello locale, infine, l'art. 60, c. 1, p. 6), del T.U. degli Enti locali, nel disciplinare le cause di ineleggibilità, stabilisce che «non sono eleggibili a sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, consigliere metropolitano, provinciale e circoscrizionale», *nel territorio nel quale esercitano le loro funzioni*, «i magistrati addetti alle corti di appello, ai tribunali, ai tribunali amministrativi regionali, nonché i giudici di pace»¹⁰⁰. Tuttavia, ai sensi del comma terzo del medesimo articolo, si stabilisce, in linea con quanto previsto per il livello statale e regionale, che tali cause sono destinate a cadere allorché l'interessato cessi «dalle funzioni per dimissioni, trasferimento, revoca dell'incarico o del comando, collocamento in aspettativa non retribuita non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature»¹⁰¹.

Se per quanto riguarda il piano nazionale non vi sono particolari punti critici, altrettanto non può valere con riferimento al piano regionale e locale, la cui disciplina mostra un limite evidente. Difatti, nello stabilire i casi di ineleggibilità e incompatibilità, la normativa si riferisce esclusivamente agli ambiti in cui i magistrati esercitano le proprie funzioni¹⁰². Ciò implica, dunque, che, allorché si tratti di svolgere un incarico in un ambito territoriale differente, non essendo previsto l'obbligo di aspettativa, il magistrato può contestualmente espletare le funzioni giudiziarie e quelle annesse al suo incarico politico. Detto più esplicitamente, sulla base della normativa vigente, i magistrati possono assumere incarichi politici, quali quello di Sindaco, Presidente della Provincia o della Regione, Consigliere o Assessore comunale, provinciale e regionale, proseguendo contemporaneamente nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, a patto che ciò avvenga in ambiti territoriali differenti¹⁰³.

Non vi è chi non veda come tale possibilità possa effettivamente «inquinare l'immagine del magistrato»¹⁰⁴, per due ordini di ragioni: anzitutto, per l'estrema difficoltà di coniugare due attività così diverse tra loro; in secondo luogo, per il sospetto che, benché in ambiti territoriali diversi, i canali delle due funzioni ad un tempo espletate possano potenzialmente incrociarsi.

6. Sulla legittimità del divieto di iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici per i magistrati collocati fuori ruolo per l'espletamento di incarichi politici

Analizzati i limiti (o i mancanti limiti) all'accesso, occorre ora verificare se il divieto di iscrizione e partecipazione *sistematica* e *continuativa* ai partiti, oltre ai magistrati impegnati

¹⁰⁰ La Corte di cassazione, con la sentenza sez. I civ., 14 febbraio 2003, n. 2195, ha ritenuto che i giudici onorari addetti ai tribunali, ai sensi dell'art. 42-bis dell'ordinamento giudiziario, devono ritenersi destinatari della disposizione in esame.

¹⁰¹ Così l'art. 60, c. 3, del d.lgs. n. 267 del 2000.

¹⁰² Limite perpetuo, a ben riflettere, anche dalla l. n. 165 del 2004, la quale, nello stabilire i principi fondamentali in materia di ineleggibilità e incompatibilità, non ha introdotto l'obbligo di aspettativa per lo svolgimento di funzioni politiche in ambiti differenti.

¹⁰³ Si tratta di un aspetto problematico evidenziato anche dal CSM nella delibera del 21 ottobre 2015, recante «Rapporto tra politica e giurisdizione, con particolare riferimento al tema del rientro nel ruolo della magistratura di coloro i quali abbiano ricoperto incarichi di Governo ed attività politica e parlamentare [...]», p. 4.

¹⁰⁴ Si v., in questi termini, la delibera del 21 ottobre 2015 del Consiglio superiore della Magistratura, p. 4.

temporaneamente nello svolgimento di un incarico tecnico, sia da intendersi applicabile anche a coloro che siano stati collocati fuori ruolo per l'espletamento di un incarico politico.

Sul punto, come è noto, è intervenuta la sentenza n. 170 del 2018 della Corte¹⁰⁵, la quale ha ritenuto che tale previsione, impedendo i condizionamenti che potrebbero derivare dal legame che i magistrati contrarrebbero iscrivendosi o partecipando in maniera significativa all'attività di un partito¹⁰⁶, sia da ritenersi pienamente compatibile con l'art. 98, c. 3, Cost. Una misura, dunque, rispettosa della facoltà, attribuita al legislatore dalla richiamata disposizione costituzionale, «di bilanciare la libertà di associarsi in partiti, tutelata dall'art. 49 Cost., con l'esigenza di assicurare l'indipendenza del magistrato»¹⁰⁷. Per quest'ultimo, infatti, «deve restar fermo che il riconoscimento della particolare natura della competizione e della vita politica, alla quale gli è consentito a certe condizioni di partecipare, non può tradursi nella liceità né della sua iscrizione, né della sua partecipazione stabile e continuativa all'attività di un determinato partito»¹⁰⁸. In altri termini, il fatto che il magistrato possa svolgere una campagna elettorale o compiere gli atti tipici del suo incarico non significa che esso possa «assumere, al contempo, tutti quei vincoli (a partire dallo stabile schieramento che l'iscrizione testimonia) che normalmente discendono dalla partecipazione organica alla vita di un partito»¹⁰⁹.

Sciolto il primo nodo nel senso della non illegittimità della misura, la Corte si è poi soffermata sul profilo relativo alla vaghezza semantica della disposizione *de qua*. Ebbene, quello che in ipotesi avrebbe potuto rappresentare un argomento a sostegno della declaratoria di incostituzionalità, si è invece tramutato, nel dire della Corte, in una «ulteriore ragione che depone per l'inesistenza di contraddizione tra l'essere ammessi a partecipare alla vita politi-

¹⁰⁵ Sulla sentenza in esame si vedano, tra gli altri, i commenti di G. SOBRINO, *Magistrati "in" politica: dalla Corte costituzionale un forte richiamo all'indipendenza (ed alla sua immagine esteriore)*, in *Forum di Quad. cost.*, 8 agosto 2018; L. LONGHI, *Il divieto di iscrizione a partiti politici per i magistrati collocati fuori ruolo per motivi elettorali. Riflessioni a margine del cd. caso Emiliano*, in *Oss. cost.*, 3, 2018; G.E. POLIZZI, *Il "caso Emiliano". I nodi ancora irrisolti del divieto di iscrizione ai partiti politici dopo la sentenza n. 170 del 2018*, in *Oss. cost.*, 3, 2018; V. DE SANTIS, *Indipendenza e imparzialità del magistrato fuori ruolo tra disciplina sul rientro dei magistrati e democraticità interna dei partiti*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2018.

¹⁰⁶ V. Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 2018, Punto 4 del *Considerato in diritto*. La Costituzione, in tal modo, argomenta il Giudice delle leggi, «mostra il proprio sfavore nei confronti di attività o comportamenti idonei a creare tra i magistrati e i soggetti politici legami di natura stabile, nonché manifesti all'opinione pubblica, con conseguente compressione, oltre che dell'indipendenza e dell'imparzialità, anche della apparenza di queste ultime: sostanza e apparenza di principi posti alla base della fiducia di cui deve godere l'ordine giudiziario in una società democratica».

¹⁰⁷ Così Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 2018, Punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁸ *Ibidem*. In linea con l'orientamento della Corte si v. il commento di M. GIANNELLI, *A proposito del persistente divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati eletti*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2018, p. 12, secondo il quale «una interpretazione costituzionalmente conforme del divieto come relativo, e non assoluto, da cui deriverebbe l'inoperatività della disposizione impugnata in relazione all'espletamento dei mandati elettivi sembrerebbe possibile sulla base del tenore testuale della norma, ma non lo sarebbe di certo a fronte di un bilanciamento con gli altri valori costituzionali in gioco, a partire dall'indipendenza e imparzialità dell'ordine giudiziario che emerge in maniera netta dall'intero Titolo IV della Costituzione».

¹⁰⁹ *Ibidem*. Da questo punto di vista, soggiunge la Corte, «non è senza significato che il divieto disciplinare in questione sia inserito all'interno di una disposizione che attrae nell'area del disciplinarmente rilevante altri comportamenti (come "il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario") che, allo stesso modo della fattispecie qui in esame, possono implicare l'insorgere di legami suscettibili di condizionare (anche per il futuro) l'esercizio delle funzioni, oltre che di offuscare l'immagine del magistrato presso l'opinione pubblica».

ca attiva in una realtà dominata dalla competizione partitica, da un lato, e l'essere soggetti al divieto disciplinare censurato, dall'altro»¹¹⁰. La formulazione della disposizione, infatti, secondo la Corte, permette «al giudice disciplinare le ragionevoli distinzioni richieste dalla varietà delle situazioni che la vita politico-istituzionale presenta»¹¹¹, in funzione del fatto che non ogni partecipazione a manifestazioni politiche o a iniziative di partito assume «significato disciplinarmente rilevante»¹¹². Viene, dunque, rimessa «al prudente apprezzamento del giudice disciplinare»¹¹³ la valutazione sui requisiti della sistematicità e continuità della partecipazione alla vita di un partito, con l'obiettivo di accertare se la condotta del magistrato «fuori ruolo possa legittimamente incontrare la vita di un partito o se costituisca invece illecito disciplinare, meritando appropriata sanzione»¹¹⁴.

In definitiva, dunque, l'itinerario argomentativo della Corte si fonda, in primo luogo, sull'assunto che non vi sia alcun legame necessitato tra lo svolgimento di un incarico politico e il vivere organicamente la vita di partito. In secondo luogo, sul fatto che la disposizione in esame, prevedendo una valutazione sui requisiti di sistematicità e continuità, rifiuti «ogni automatismo sanzionatorio permettendo, al contrario, soluzioni adeguate alle peculiarità dei singoli casi»¹¹⁵. Ma ad essere stata decisiva risulta, a mio avviso, la preoccupazione manifestata dalla Corte rispetto al fatto che «in un contesto normativo che consente al magistrato di tornare alla giurisdizione, in caso di mancata elezione oppure al termine del mandato elettivo o dell'incarico politico, va preservato il significato dei principi di indipendenza e imparzialità, nonché della loro apparenza, quali requisiti essenziali che caratterizzano la figura del magistrato in ogni aspetto della sua vita pubblica»¹¹⁶.

Un'impalcatura argomentativa che, però, lascia spazio ad alcuni rilievi critici.

Anzitutto, non è così pacifico il fatto che si consenta al magistrato di “fare politica”, nelle piazze prima e nelle istituzioni poi, senza però “fare politica” nei partiti¹¹⁷. L'art. 49

¹¹⁰ Così Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 2018, Punto 6 del *Considerato in diritto*.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ V. Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 2018, Punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁷ Si v., sul punto, G. SOBRINO, *Magistrati “in” politica: dalla Corte costituzionale un forte richiamo all'indipendenza (ed alla sua immagine esteriore)*, cit., pp. 5 ss. Si pone in termini critici anche J. DE VIVO, *La spinosa questione della partecipazione dei magistrati alla vita politica. Considerazioni alla luce del “caso Emiliano”*, cit., p. 19, secondo cui è difficile spiegare come «l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato siano messe a repentaglio solo quando quest'ultimo si iscrive ad un partito politico o vi partecipa in maniera stabile e continuativa, ma non anche quando assume un incarico elettivo politico, proprio grazie al sostegno di quel partito». Si v., anche, S. CURRERI, *Magistrati e politica: un equilibrio quasi impossibile*, cit., pp. 2 ss., secondo cui «è difficile scacciare l'impressione che la Corte, in scia all'indirizzo giurisprudenziale che confina il ruolo dei partiti sul piano sociale ed elettorale, sia caduta in un fragile formalismo allorquando, separando aspetti di fatto strettamente collegati, ritiene che ad infrangere l'indipendenza e l'imparzialità della magistratura sia l'iscrizione ad un partito e non il ricoprire la carica politica o elettiva per la quale lo stesso partito l'ha designato o candidato. È difficile, sinceramente, ritenere ragionevole che il magistrato perda la propria aurea d'indipendenza ed imparzialità quando s'iscrive ad un partito e non quando assume un incarico elettivo politico grazie al sostegno del partito medesimo». Si v., infine, F. BIONDI, *Può un magistrato essere legittimamente eletto con il simbolo di un partito e, nel contempo, essere processato disciplinarmente per essersi iscritto a quel partito? Note a margine del caso Emiliano*, in *Forum di Quad. cost.*, 10 luglio 2017, p. 3, secondo cui «o si sostiene – in modo un po' paradossale – che un magi-

Cost., infatti, rinviene nei partiti politici lo strumento attraverso il quale i cittadini concorrono, con metodo democratico, a determinare la politica nazionale. La scelta, dunque, di non consentire ai magistrati, neppure quando collocati fuori ruolo per incarico politico, di vivere organicamente la vita di partito, rischia di collidere con l'indiscusso principio secondo cui il partito politico rappresenta, pur tra mille difficoltà, il principale strumento di invero della rappresentanza politica. Il pericolo, in altri termini, è quello, quanto meno a livello di messaggio esteriore, di «marginalizzare ulteriormente il ruolo dei partiti politici nel sistema costituzionale»¹¹⁸.

Il secondo profilo critico riguarda, invece, la scelta della Corte di rimettere direttamente al «prudente apprezzamento» del giudice disciplinare stabilire, caso per caso, se la condotta del magistrato possa «legittimamente incontrare la vita di un partito, o se costituisca invece illecito disciplinare», meritando così apposita sanzione. Secondo una parte della dottrina la Corte, oltre a valorizzare maggiormente questo argomento nella motivazione, avrebbe dovuto definire, «almeno in via minimale, i requisiti della «sistematicità» e della «continuatività» della partecipazione di un magistrato ad un partito, in modo tale da dare alla Sezione disciplinare del C.S.M. un criterio orientativo di valutazione»¹¹⁹.

Ora, se è vero che sarebbe necessario consegnare al giudice disciplinare un armamentario interpretativo più definito¹²⁰, mi pare che tale onere non possa e non debba ricadere sulla Corte, bensì sul legislatore. Occorre evitare, infatti, che anche in questo caso sia la Corte, svolgendo un ruolo suppletivo, ad assumere decisioni che spettano invece al legislatore. Se è indubbio che neppure «il legislatore più fantasioso può tenere il passo con la realtà»¹²¹, è ora che quest'ultimo riprenda ad assumersi le sue responsabilità, evitando di «scaricare» sui giudici il peso delle decisioni più difficili. E questa, per i molteplici interessi coinvolti, rientra senz'altro in tale categoria.

7. La lacunosità della normativa primaria sul ricollocamento in ruolo dei magistrati

Come si è visto, tra gli argomenti che hanno indotto la Corte a giustificare l'estensione del divieto di iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa ai partiti an-

strato può candidarsi solo in una lista civica, oppure, ragionevolmente, è difficile sostenere che egli possa candidarsi nelle liste di un partito, partecipare alla campagna elettorale e, dunque, alle iniziative politiche di quel partito e che, nel contempo, gli sia negata la possibilità di iscriversi ad esso».

¹¹⁸ Così G. SOBRINO, *Magistrati "in" politica: dalla Corte costituzionale un forte richiamo all'indipendenza (ed alla sua immagine esteriore)*, cit., p. 6. E ciò, soggiunge l'autore, «in un contesto, come quello italiano (ma non solo), in cui i partiti sono in grave crisi, tanto sul piano del funzionamento concreto quanto (prima ancora) su quello della legittimazione presso i cittadini. Questo è probabilmente il principale nodo critico della decisione in commento – di cui peraltro la Corte mostra, nella motivazione, di rendersi perfettamente conto – al di là dell'«irrealismo pratico» di cui si è detto».

¹¹⁹ Così G. SOBRINO, *Magistrati "in" politica: dalla Corte costituzionale un forte richiamo all'indipendenza (ed alla sua immagine esteriore)*, cit., pp. 8 ss.

¹²⁰ Peraltro, che sia difficile valutare in concreto se la condotta di un magistrato possa o meno essere ricondotta all'alveo della partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici, è mostrato, in maniera palmare, dalla sentenza delle Sezioni Unite civ. della Cassazione n. 27987 del 2013. Si v., sul punto, F. BIONDI, *Le attività politiche dei magistrati: alcune indicazioni dai giudici disciplinari*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2014, p. 414.

¹²¹ Così C. SALAZAR, *La magistratura*, Laterza, 2002, p. 25.

che ai magistrati collocati fuori ruolo per lo svolgimento di un incarico politico, vi è il fatto che tale misura sia necessaria per preservare i principi di autonomia e indipendenza “in un contesto normativo che consente al magistrato di tornare alla giurisdizione al termine del mandato”.

Che sia necessaria una disciplina legislativa organica volta a regolamentare tale fenomeno è considerazione oggettivamente inconfutabile. Si pensi, infatti, che l'unico riferimento legislativo al riguardo, sia per quanto concerne gli incarichi tecnici che politici, è rappresentato dall'art. 50, c. 1, del d.lgs. n. 160 del 2006¹²², a norma del quale il ricollocamento in ruolo «avviene nella medesima sede, se vacante, o in altra sede, e nelle medesime funzioni, ovvero, nel caso di cessato esercizio di una funzione elettiva extragiudiziaria, salvo che il magistrato svolgesse le sue funzioni presso la Corte di cassazione o la Procura generale presso la Corte di cassazione o la Direzione nazionale antimafia, in una sede diversa vacante, appartenente ad un distretto sito in una regione diversa da quella in cui è ubicato il distretto presso cui è posta la sede di provenienza nonché in una regione diversa da quella in cui, in tutto o in parte è ubicato il territorio della circoscrizione nella quale il magistrato è stato eletto». La disciplina legislativa in materia risulta, quindi, piuttosto lacunosa, lasciando alla “supplenza” del CSM la regolamentazione di importanti profili che invece meriterebbero di trovare cittadinanza a livello primario.

È, infatti, la circolare n. 13378 del 2014¹²³ del CSM a disciplinare, ad esempio, le tempistiche necessarie affinché un magistrato che abbia svolto un incarico elettivo possa essere nuovamente trasferito nel suo ambito territoriale “originario”. Il suo art. 124, c. 7, prevede che, «nel caso di elezione, il trasferimento del magistrato a sedi del distretto o dei distretti nell'ambito dei quali è stato eletto [...] non può avvenire prima del termine di cinque anni decorrente dalla scadenza del mandato». Tale disciplina, però, coerentemente con quanto previsto dalla normativa primaria, non si applica nel caso in cui il magistrato provenga da un posto, anche di merito, della Corte di Cassazione o della Procura generale presso la Corte di Cassazione, oppure ancora dalla Direzione Nazionale Antimafia¹²⁴.

È allo stesso modo la circolare del CSM a disciplinare i casi di rientro del magistrato a seguito di mancata elezione. Per la verità, una disciplina legislativa in materia esiste, ma riguarda solamente i casi di mancata elezione alla Camera o al Senato. Difatti, ai sensi dell'art. 8, c. 2, del d.P.R. n. 361 del 1957, «i magistrati che sono stati candidati e non sono stati eletti non possono esercitare per un periodo di cinque anni le loro funzioni nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni»¹²⁵. Il limite di tale disciplina è, a ben riflet-

¹²² Il d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, reca «Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150».

¹²³ La circolare n. 13778, approvata con delibera del 24 luglio 2014, reca «Disposizioni in tema di trasferimenti dei magistrati, conferimento di funzioni e destinazione a funzioni diverse da quelle giudiziarie».

¹²⁴ In questi casi, infatti, il magistrato, ai sensi dell'art. 124, c. 8, della circolare, «è restituito all'ufficio di appartenenza, se vacante, previa revoca, eventuale, della pubblicazione nelle more intervenute. Se il posto non sia vacante, il magistrato è assegnato, con concorso virtuale, a un altro posto disponibile».

¹²⁵ Chiamata a pronunciarsi sulla conformità di tale disposizione con l'art. 51, c. 3, Cost., che stabilisce il diritto a conservare il posto di lavoro per coloro che sono chiamati allo svolgimento di funzioni pubbliche, la Corte,

tere, quello di non riuscire ad attrarre sotto il suo ombrello il caso, nient'affatto inverosimile, in cui il magistrato si sia candidato in una circoscrizione differente rispetto all'ambito territoriale in cui esercita le sue funzioni. Se si considera, infatti, la previsione che impone l'ineleggibilità del magistrato nella circoscrizione in cui ha esercitato le sue funzioni «nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura», è facile avvedersi di come la scelta sulla circoscrizione nella quale presentare la candidatura potrebbe non ricadere sulla medesima circoscrizione in cui il magistrato esercitava le funzioni al momento della consultazione elettorale¹²⁶. *Rebus sic stantibus*, possono darsi casi in cui il magistrato non eletto, essendosi candidato in una circoscrizione differente da quella in cui opera, torni, subito dopo la consultazione elettorale, ad esercitare le sue funzioni nella sede di provenienza. Ancorché non implichi alcuna violazione di legge, tale circostanza sembra allontanarsi dalla *ratio* della disposizione più sopra richiamata, la quale parrebbe innestarsi, invece, sull'esigenza che intercorra un periodo cuscinetto tra la tornata elettorale e il ritorno del magistrato all'esercizio delle proprie funzioni.

Non basta. Se quanto previsto per le elezioni politiche non può dirsi, per i profili richiamati, del tutto soddisfacente, deve rilevarsi che a livello territoriale una disciplina sul punto è addirittura assente, consentendo così – per usare l'esempio addotto dal CSM¹²⁷ – che un magistrato in servizio presso il Tribunale di Roma possa candidarsi alle elezioni del Consiglio provinciale di Roma e rientrare, in caso di mancata elezione, presso il medesimo ufficio. Alla lacunosità o addirittura assenza della normativa primaria in materia viene in soccorso, anche in questo caso, la più volte richiamata circolare n. 13378/2014 del CSM. Quest'ultima, infatti, introducendo una serie di limitazioni stabilisce, tra le altre cose¹²⁸, che il magistrato «che sia stato candidato alle elezioni politiche, amministrative ed europee, nel caso in cui non sia stato eletto non può essere destinato, per il periodo di cinque anni, decor-

dopo aver osservato che la misura prevista è utile a neutralizzare i rapporti che, avendo svolto una campagna elettorale, il magistrato ha «verosimilmente potuto contrarre», ha precisato che l'espressione «conservare il posto» «vuol dire soltanto mantenere il rapporto di lavoro o di impiego, ma non già continuare nell'esercizio delle funzioni espletate dall'impiegato interessato». Così Corte costituzionale, sentenza n. 172 del 1982, Punti 4 e 5 del *Considerato in diritto*. Dalla pronuncia richiamata possono trarsi almeno due considerazioni. Anzitutto, il fatto che il legislatore sia abilitato a prevedere dei termini temporali prima dei quali il magistrato che non sia stato eletto non possa essere trasferito nell'ambito territoriale nel quale è stato candidato. In secondo luogo, il fatto per cui il diritto al mantenimento del posto di lavoro non riguarderebbe la sfera specifica delle funzioni ma quella, più ampia e formale, del rapporto di lavoro.

¹²⁶ È un aspetto evidenziato anche nella delibera del 21 ottobre 2015 del Consiglio superiore della Magistratura, p. 6.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Nell'art. 124, c. 2, della Circolare n. 13778/2014 del CSM, si prevede, infatti, che il magistrato non eletto possa rientrare nella sede di provenienza soltanto quando si sia candidato nell'ambito di una circoscrizione elettorale non compresa nel territorio del distretto di appartenenza. Nel medesimo articolo, ma al comma terzo, si prevede, ancora, che il magistrato non eletto, ove il posto non sia disponibile, debba essere assegnato, con concorso virtuale, previo interpello e nel rispetto dei limiti indicati, ad altro posto vacante di ufficio di pari livello della stessa sede, di altri uffici del medesimo distretto o di distretto viciniore. Si prevede, infine, al quarto comma, che, nel caso in cui la candidatura sia stata presentata nella circoscrizione compresa nel territorio del distretto di provenienza, si proceda, con concorso virtuale, all'assegnazione a un posto vacante in distretto viciniore, purché diverso da quello competente ex art. 11 c.p.p.

renti dalla data delle elezioni, a sedi del distretto o dei distretti in cui erano ricomprese la circoscrizione o le circoscrizioni elettorali ove è stato candidato»¹²⁹.

È la delibera del CSM, dunque, ad estendere i limiti previsti dalla disciplina legislativa per le sole elezioni politiche anche alle elezioni relative agli altri livelli di governo. E tale ruolo suppletivo è valso, a ben osservare, anche per quanto riguarda gli incarichi politici non elettivi. Rispetto agli incarichi di governo, infatti, la normativa primaria si limita a statuire che «il ricollocamento in ruolo, senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato, avviene nella medesima sede, se vacante, o in altra sede, e nelle medesime funzioni»¹³⁰. Ne deriva, dunque, che laddove un magistrato ricopra un incarico nel governo nazionale, come quello di Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro, Viceministro o Sottosegretario, o a livello locale, come quello di Assessore regionale, provinciale o comunale “esterno”, questo potrà, al termine del mandato, rientrare nel luogo in cui precedentemente ha svolto le funzioni.

Anche in questo caso, però, come si è anticipato, è il CSM ad introdurre delle limitazioni, prevedendo, nell’art. 125 della Circolare n. 13778, l’applicabilità dei limiti previsti per gli incarichi elettivi – a livello amministrativo, nazionale ed europeo – anche ai casi di rientro in ruolo al termine del mandato di amministratore a livello regionale o locale. Ne risulta, dunque, che il magistrato che abbia svolto tale incarico non possa essere destinato, né vi possa essere trasferito prima che siano trascorsi cinque anni¹³¹, al distretto o ai distretti ove si trova la circoscrizione territoriale nella quale abbia ricoperto la carica pubblica.

In definitiva, se si può dare atto al CSM di aver parzialmente colmato le lacune sopra rilevate, si deve altresì osservare come la riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario resti, così, insoddisfatta. Assumendo, infatti, che la «scelta costituzionale è nel senso che le decisioni normative fondamentali circa l’assetto dell’ordinamento giudiziario debbano essere compiute dal legislatore»¹³² – escludendo, così, «che atti normativi del C.S.M possano “coprire” settori non previamente disciplinati dalle fonti primarie»¹³³ – ne deriva un’evidente dilatazione di ruolo del Consiglio Superiore, il quale, «per quanti sforzi [...] possa compiere»¹³⁴, non risulta probabilmente il soggetto più adatto a occuparsi di questioni che, per i loro potenziali effetti sull’equilibrio tra i poteri, dovrebbero essere rimesse al legislatore. D’altronde, la riserva di legge in materia deve intendersi non solo come garanzia del magistrato nei confronti dell’esecutivo, ma anche come garanzia rispetto al potere del CSM¹³⁵. In ogni caso, anche a non voler assumere una posizione definitiva sulla sua natura¹³⁶, vi è un

¹²⁹ Così l’art. 124, c. 6, della Circolare n. 13778/2014 del CSM.

¹³⁰ Si v. l’art. 50, c. 1, del d.lgs. n. 160 del 2006.

¹³¹ Così l’art. 125, c. 2, della Circolare n. 13778/2014 del CSM.

¹³² Si v. N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 53.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ G.M. FLICK, *Magistratura, incarichi extragiudiziari e politica*, cit., p. 2.

¹³⁵ Si v., in questi termini, N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 53.

¹³⁶ Come è noto, sono state tre le tesi avanzate: quella della riserva assoluta (cfr. N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., pp. 49 ss.; F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., pp. 44 ss.); quella della riserva relativa (si v. G. SERGES, *La potestà normativa*, in *Il Consiglio superiore della Magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, cit., p. 63); quella che ritiene trattarsi di una riserva a “geometria variabile”, ovvero assoluta nei confronti del Governo e relativa nei

dato che, invece, appare oggettivo e inconfutabile: «non esiste in Costituzione una riserva in favore del Csm»¹³⁷.

Sarebbe auspicabile, dunque, un intervento del legislatore che, nel soddisfare la riserva di legge, preveda strumenti in grado di mantenere in equilibrio la tutela dei diritti di partecipazione politica dei magistrati con l'irrinunciabile esigenza della loro imparzialità e indipendenza.

8. La necessità di un intervento equilibrato del legislatore

Dai sondaggi richiamati nell'*incipit* del lavoro è emerso come sia presente nel Paese il diffuso convincimento che tra politica e magistratura insista un legame inscindibile. Un'opinione, però, che non pare fondarsi tanto sull'effettiva partecipazione dei magistrati alla politica, quanto sull'idea che tra ordine giudiziario e politica intercorrano rapporti occulti, al punto di ritenere che parte dei magistrati "faccia politica" nell'esercizio delle proprie funzioni.

Ora, la circostanza per cui l'opinione pubblica sembri più preoccupata del magistrato che "fa politica" nell'esercizio delle proprie funzioni piuttosto che da quello formalmente coinvolto nell'agone politico, nulla toglie alla necessità di un intervento legislativo volto a meglio disciplinare la partecipazione dei magistrati alla politica. Un'esigenza, questa, che trova un solido fondamento nel principio secondo cui ai «giudici, per goder la fiducia del popolo, non basta che siano giusti, ma occorre anche che si comportino in modo da apparire tali»¹³⁸.

Perché tale principio trovi effettivo invero non basta, dunque, un controllo ancora più incisivo sui presunti legami tra politica e magistratura, ma occorre anche affrontare il tema della partecipazione dei magistrati alla politica: in primo luogo, per evitare che siano (ancora) soggetti preposti ad altre attività, e non il legislatore, ad occuparsi della sua disciplina; in secondo luogo, perché è anche rispetto a questo versante che si gioca la legittimazione della magistratura agli occhi dell'opinione pubblica.

In linea con tale assunto, il primo obiettivo di questo lavoro è stato dimostrare la necessità di un intervento del legislatore che, nel soddisfare la riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario, risponda alle lacune dell'attuale disciplina legislativa sulla partecipazione dei magistrati alla politica. L'attività deliberativa del CSM, infatti, benché abbia meritoriamente colmato parte del vuoto derivante dall'inerzia del legislatore, parrebbe stridere con l'art. 25 del Regolamento interno, così come modificato nel 2016, il quale stabilisce che le circolari e le direttive sono emanate «per dare esecuzione o interpretazione alla legge» e non, dunque, per integrarla¹³⁹.

confronti del CSM (così A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, cit., p. 10; A. DEFFENU, *Articolo 105 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, cit., pp. 278 ss.).

¹³⁷ Si v. G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in *Questione Giustizia*, n. 4, 2017, pp. 26 ss.

¹³⁸ Così P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, XII ristampa 2015, Ponte alle Grazie, p. 239.

¹³⁹ L'art. 25 del Regolamento interno del CSM reca «*Circolari e direttive. Criteri di buona redazione degli atti consiliari*».

In continuità con ciò, si è evidenziato come l'intervento legislativo dovrebbe prevedere strumenti che, rifuggendo da approcci troppo orientati, siano in grado di garantire l'autonomia e l'indipendenza dei magistrati senza erodere, però, eccessivamente, i loro diritti di partecipazione politica. Dal dibattito in Assemblea Costituente, e da quello sull'interpretazione dell'art. 98 Cost., è emersa la necessità che il tema della partecipazione dei magistrati alla politica venga affrontato con prudenza, evitando approcci che, in quanto troppo *tranchant*, non appagano l'esigenza di pervenire a un giusto equilibrio tra gli interessi coinvolti.

Mi riferisco, in particolare, a quelle tesi che propendono per una «tendenziale irreversibilità delle scelte»¹⁴⁰, le quali, muovendo dall'assunto secondo cui il diritto del magistrato «ad entrare in politica» dovrebbe avere «come porta d'ingresso quella che è la porta d'uscita della magistratura»¹⁴¹, mi pare comportino un eccessivo sacrificio da sopportare per i diritti di partecipazione politica del magistrato. Si tratta, tutt'al più, di una soluzione prefigurabile per quelle residuali e pertanto marginali ipotesi nelle quali l'allontanamento dall'ufficio «sia stato radicale e persistente» tanto da far perdere al magistrato «la traccia intellettuale dell'impegno nella giurisdizione»¹⁴².

Il mancato accoglimento di tale impostazione non si traduce, però, automaticamente, nella adesione alla tesi opposta, la quale, nel ritenere che debba essere sempre consentita ai magistrati l'iscrizione e la partecipazione sistematica e continuativa ai partiti, mostra a sua volta di non tenere in debita considerazione né le preoccupazioni dei Costituenti, né la formulazione dell'art. 98 Cost., di cui si finisce per fornire un'interpretazione svalutativa.

La strada da percorrere, allora, sarebbe quella di una rinnovata assunzione di responsabilità da parte del legislatore, che interrompendo la "supplenza normativa" del CSM, voglia individuare «il punto di equilibrio tra i valori di libertà e di imparzialità»¹⁴³. Ciò, tuttavia, evitando di trascurare il fatto che gli incarichi politici non sono tutti uguali tra loro. Sotto que-

¹⁴⁰ Si tratta della posizione sostenuta da G.M. FLICK, *Magistratura, incarichi extragiudiziari e politica*, cit., p. 3, secondo cui è da condividere «l'impostazione che richiede una tendenziale irreversibilità delle scelte: sia quelle di opzione per la politica; sia quelle di svolgere incarichi extragiudiziari». Si v., nella medesima direzione, S. DE NARDI, *L'art. 98, terzo comma, Cost. riconosce al legislatore la facoltà non solo di "limitare" bensì di "vietare" l'iscrizione dei magistrati a partiti politici (anche se sono collocati fuori ruolo per svolgere un compito tecnico)*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2009, p. 5129, secondo cui il necessario intervento normativo «dovrebbe ispirarsi al seguente principio: e cioè che, qualora un magistrato decida – com'è suo diritto fare – di candidarsi in una competizione elettorale o di espletare un mandato politico (schierandosi dunque *coram populo* con un partito o comunque con uno schieramento politico), non gli sia più consentito il rientro nel ruolo organico della magistratura (avendo egli compiuto una scelta da reputare irreversibile); nel contempo sarebbe altresì opportuno (anzi: costituzionalmente doveroso) prevedere che costui maturi il diritto di essere destinato all'espletamento di (prestigiose) funzioni non giudiziarie in senso all'amministrazione dello Stato».

¹⁴¹ Così G.M. FLICK, *Magistratura, incarichi extragiudiziari e politica*, cit., p. 8.

¹⁴² Si v., in questi termini, la delibera del 21 ottobre 2015 del Consiglio superiore della Magistratura, p. 8. Sulla medesima linea si v. M. VOLPI, *La indipendenza della magistratura e l'equilibrio con gli altri poteri dello Stato tra modello costituzionale e ipotesi di riforma*, in *Magistratura e politica*, S. MERLINI (a cura di), Firenze, Passigli, 2016, p. 106, secondo cui «il diritto alla conservazione del posto di lavoro di chi abbia assunto funzioni pubbliche elettive ex Art. 51, 3° comma Cost., non deve comportare necessariamente che il magistrato che è stato titolare di cariche politiche sia ricollocato in magistratura anziché in altri ruoli pubblici operanti in materia di giustizia, soprattutto se la permanenza nelle cariche politiche è stata prolungata e può aver allontanato il magistrato dalla sua originaria vocazione culturale e professionale».

¹⁴³ Si v. G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., p. 149.

sto punto di vista, l'attuale disciplina legislativa è sicuramente più attenta a regolamentare il versante degli incarichi elettivi. In realtà, nel rinnovato rapporto tra potere legislativo ed esecutivo, un conto è svolgere una funzione rappresentativa, altro conto, invece, è ricoprire un incarico di governo. La marginalizzazione delle Assemblee rappresentative nel processo decisionale ha comportato, infatti, a tutti i livelli, una vistosa riduzione di ruolo dei rappresentanti e una sempre più marcata concentrazione di poteri in capo agli organi di governo. Sarebbe opportuno, dunque, riflettere sulla possibilità di introdurre misure più restrittive soprattutto con riferimento agli incarichi di governo.

Parimenti importante risulta, poi, il contesto in cui siffatti incarichi vengono svolti: un conto, infatti, è ricoprire la carica di Sindaco in un piccolo Comune, altro conto è, invece, rivestire il ruolo di Assessore comunale in una grande Città o addirittura quello di Presidente della Giunta regionale o di Ministro della Repubblica. Si potrebbe ipotizzare, insomma, una graduazione delle misure che sia coerente con la tipologia e la "rilevanza" dell'incarico svolto.

Non si tratta di un compito facile per il legislatore, non foss'altro perché è stata la stessa classe politica, ora chiamata ad intervenire, a sollecitare i magistrati a un ruolo più attivo in politica, ritenendo che una loro maggiore presenza avrebbe potuto contribuire a restituire credibilità alle istituzioni rappresentative, aiutandole a superare quella crisi di legittimazione dalla quale sembrano oggi irrimediabilmente afflitte. Tuttavia, è giunto il momento che il legislatore si risvegli dal torpore e riprenda a svolgere il suo ruolo di mediatore dei conflitti e interprete delle «correnti profonde che attraversano il corpo sociale»¹⁴⁴. Solo così si potrà evitare l'ulteriore dilatazione di ruolo di poteri che, in realtà, sarebbero preposti ad altre non meno importanti funzioni.

¹⁴⁴ Così M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, n. 2, 2006, p. 1656.