



19 DICEMBRE 2018

La spinosa questione della
partecipazione dei magistrati alla vita
politica. Considerazioni alla luce del
“caso Emiliano”

di Jessica De Vivo

Dottore di ricerca in Diritto pubblico
Università degli Studi di Milano Bicocca

La spinosa questione della partecipazione dei magistrati alla vita politica. Considerazioni alla luce del “caso Emiliano”^{*}

di **Jessica De Vivo**

Dottore di ricerca in Diritto pubblico
Università degli Studi di Milano Bicocca

Sommario: 1. Premessa. 2. L'esercizio del diritto di elettorato passivo: la partecipazione dei magistrati alle elezioni politiche. 3. La partecipazione (e i suoi limiti) dei magistrati ai partiti politici: il quadro costituzionale. 4. L'art. 3, lett. h), del d.lgs. n. 109/2006: l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici. 5. Gli elementi costitutivi della sistematicità e della continuità della partecipazione ai partiti politici tra giurisprudenza disciplinare e giurisprudenza di legittimità. 6. Il procedimento disciplinare a carico del dott. Michele Emiliano e la sent. n. 170/2018 della Corte costituzionale. 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La Corte costituzionale, con sentenza n. 170 del 2018, ha ritenuto infondate le questioni di legittimità sollevate dalla Sezione disciplinare del C.S.M. sulla presunta incostituzionalità dell'illecito disciplinare a carico del magistrato che si iscrive o partecipa in maniera continuativa all'attività politica.

Ancora una volta, dopo le celebri sentenze n. 224 del 2009 e n. 100 del 1981, la Corte torna sullo spinoso tema della partecipazione dei magistrati alla vita politica, negando che il divieto di iscrizione o di partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici possa compromettere quei valori fondamentali di natura politica che spettano al magistrato in quanto cittadino. Secondo il Giudice delle leggi, un conto è l'iscrizione o comunque la partecipazione sistematica e continuativa alla vita di un partito politico, che la fattispecie disciplinare in questione vieta, un altro è l'accesso alle cariche elettive e agli uffici pubblici di natura politica che, con determinati accorgimenti, deve essere garantito anche al magistrato in quanto cittadino. Dunque, è lecito candidarsi ma non partecipare alla vita politica con quella stabilità e quella pregnanza che vengono sanzionate disciplinarmente dalla normativa primaria, il cui tenore «*si sottrae a censure d'illegittimità costituzionale proprio perché consente al giudice disciplinare le ragionevoli distinzioni richieste dalla varietà delle soluzioni che la vita politico-istituzionale presenta*»¹.

Ecco, dunque, la reale portata della sentenza in commento, che non esaurisce i suoi effetti nel caso di specie, ma si inserisce nel più ampio quadro del delicato rapporto tra magistratura e politica e nella

^{*} Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Punto 6 cons. dir. della sentenza n. 170/2018.

partecipazione attiva della prima nella seconda. Infatti, in tempi di conflittualità sempre più aspra tra politica e magistratura, sembra opportuna una riflessione che si focalizzi proprio su questi temi. Come sottolineato da più parti, diventa predominante «l'esigenza di una distensione dei rapporti tra sfera politica e sfera giudiziaria, evitando gli evidenti rischi di una reciproca delegittimazione»², estremamente dannosa per entrambi i protagonisti. Tale auspicabile distensione, tuttavia, non sembra percorribile senza un “raffreddamento” del confronto intorno alle questioni attinenti alla giustizia³; sotto tale profilo, risulta fondamentale la necessità di porre confini più marcati nel rapporto tra magistratura e politica, soprattutto con riferimento alla possibilità per un magistrato di intraprendere la carriera politica, in maniera più o meno definitiva⁴. Tale esigenza non è di poco conto, posto che la questione della regolazione delle attività politiche svolte dai magistrati intreccia diversi temi che spaziano dal diritto di partecipazione politica dei magistrati, ai limiti all'elettorato passivo per l'elezione ai vari livelli di governo, attraversando il delicato tema della separazione dei poteri⁵.

Peraltro, non si può non rilevare come non esista una disciplina unitaria sul punto⁶; è necessario, dunque, ricostruire le fondamenta del problema prendendo in considerazione il quadro costituzionale (per vero alquanto laconico) e legislativo, senza trascurare gli interventi della giurisprudenza del Consiglio superiore della magistratura e, soprattutto, della Corte costituzionale. La vaghezza che impronta il sistema italiano sul punto, inoltre, è stata recentemente messa in luce anche nell'ambito del Consiglio d'Europa e, in particolare, dal GRECO (Gruppo di stati contro la corruzione)⁷, che ha osservato che «i magistrati [...] dovrebbero astenersi dallo svolgere attività politica pubblica e la disciplina nazionale dovrebbe limitare in modo netto l'esercizio delle attività politiche dall'esercizio delle proprie funzioni, così da garantire non solo la reale indipendenza dei magistrati, ma anche che essi siano percepiti come tali»⁸.

È, dunque, proprio dal dettato costituzionale e da quello normativo che è necessario prendere le mosse per cercare di fornire una risposta all'interrogativo che è insito nell'annosa questione della partecipazione

² L. IMARISIO, *La libertà di espressione dei magistrati tra responsabilità disciplinare, responsabilità deontologica ed equilibri del sistema informativo*, in S. SICARDI (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, 2010, p. 263.

³ Cfr. G. MOSCHELLA, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano, 2009, p. 103 e ss.

⁴ G.M. FLICK, *Magistratura, incarichi extragiudiziari e politica*, in *Rivista AIC*, n.1/2016, p. 2, parla di un problema più vivo che mai, «anzi, si potrebbe dire che è peggiore nonostante gli sforzi del CSM, a causa dell'enorme quantità di incarichi di vario tipo che ormai caratterizza la magistratura». Con riferimento all'entità del fenomeno dei magistrati in politica si rimanda a F. VENTURINI, *I magistrati eletti al Parlamento italiano, 1861-2013: dati e metodologia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.1/2017, p. 175 e ss. Per una panoramica generale si veda anche G. PECORELLA, *Il giudice politico*, in *parolaalladifesa.it*, n.6/2017, p. 701 e ss.

⁵ V. DE SANTIS, *Iscrizione ai partiti politici, elettorato passivo e regime delle ineleggibilità per i magistrati nel (poco democratico) sistema dei partiti*, in *Nomos*, n.2/2017, p. 1.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Si veda la Relazione del 21 ottobre 2016, in particolare pp. 39-41.

⁸ V. DE SANTIS, *Iscrizione ai partiti politici, elettorato passivo e regime delle ineleggibilità per i magistrati nel (poco democratico) sistema dei partiti*, cit. p. 2.

dei magistrati alla vita politica: i limiti che il Costituente e, in seconda battuta, il legislatore pongono per i magistrati con riferimento ai rapporti con la politica, devono essere intesi come ostacoli al pieno e completo esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti anche al magistrato, in quanto cittadino, o, piuttosto, debbono essere interpretati come un necessario corollario all'indipendenza e all'imparzialità della delicata funzione che i magistrati sono chiamati a svolgere, anche e soprattutto per la percezione di giustizia in cui si imbattono i cittadini?

2. L'esercizio del diritto di elettorato passivo: la partecipazione dei magistrati alle elezioni politiche

Un aspetto rilevante che è necessario prendere in considerazione con riferimento al rapporto tra magistratura e politica è, sicuramente, la questione della partecipazione diretta dei magistrati alle elezioni politiche. Anche in questo caso è imprescindibile bilanciare due beni di rilievo costituzionale: da una parte il diritto del cittadino-magistrato di partecipare alla vita politica direttamente, ai sensi dell'art. 51 Cost.; dall'altra l'esigenza di garantire la sua indipendenza esterna funzionale, che è garanzia non solo per il magistrato, ma anche, e soprattutto, per i cittadini che alla magistratura si rivolgono⁹. Non è ultroneo ricordare, a tal proposito, quanto affermato dalla Corte costituzionale nella già rammentata sentenza n. 100 del 1981, per cui «*le funzioni esercitate e la qualifica da essi rivestita non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale*»¹⁰. Proprio alla luce di tali considerazioni, è sempre più avvertita l'esigenza di individuare un rigoroso confine tra le funzioni giurisdizionali e l'attività di rappresentanza politica o di governo che i magistrati hanno diritto di perseguire e assumere in quanto espressione del diritto universalmente riconosciuto a tutti i cittadini di partecipare alla vita politica. La materia deve essere poi affrontata tenendo in debito conto la recente evoluzione della giurisdizione nella società contemporanea e delle relative implicazioni sul piano delle relazioni istituzionali.

Sul punto la Costituzione fornisce un'indicazione di principio che riconosce la particolarità del ruolo istituzionale dei magistrati, laddove affida espressamente alla legge la possibilità di limitarne il diritto di iscrizione ai partiti politici¹¹. Nulla dice, invece, in ordine alla possibilità di limitare il diritto dei magistrati di partecipare attivamente alle elezioni politiche e/o amministrative o di assumere incarichi di governo a livello nazionale o locale. L'art. 51, comma 1, Cost. si limita a prevedere che tutti i cittadini (uomini e donne) possano accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i

⁹ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2014 (IV Ed.), p. 97.

¹⁰ Punto 7 cons. dir.

¹¹ Cfr. par. 3.

requisiti stabiliti dalla legge¹². È dunque la normativa primaria ad occuparsi del tema. Attualmente, per quanto concerne l'elezione dei magistrati al Parlamento, l'art. 8, comma 1, del d.P.R. 30 marzo 1957 n. 361¹³ (*Testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati*) stabilisce 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 in ogni caso eleggibili se, all'atto dell'accettazione della candidatura, non si trovino in aspettativa»¹⁴.

Non è dunque possibile parlare di ineleggibilità assoluta, ma solo di ineleggibilità relativa¹⁵, in quanto limitata a quella parte del territorio in cui, in ragione della carica pubblica che rivestono, essi potrebbero influenzare il voto popolare¹⁶. La limitazione dell'ineleggibilità alla circoscrizione non può ovviamente applicarsi anche ai magistrati delle giurisdizioni superiori, essendo la loro competenza estesa a livello nazionale. Tale previsione trova la propria *ratio* nell'esigenza di garantire la parità di condizione tra tutti i concorrenti, ai sensi dell'art. 51, comma 1 Cost., e, conseguentemente, la genuinità del risultato elettorale¹⁷; inoltre, tale disposizione è preordinata a tutelare il buon andamento e l'imparzialità della funzione giudiziaria, affinché i magistrati non agiscano seguendo il criterio del consenso popolare¹⁸. Conseguentemente tale disposizione ha il chiaro scopo di assicurare la libertà di voto dei cittadini, ossia di «evitare che il magistrato, grazie alla posizione che ricopre, possa esercitare la propria influenza e così coartare il libero convincimento dell'elettore, [...] proprio per il fatto stesso di ricoprire o aver ricoperto un incarico di tale importanza»¹⁹.

La seconda limitazione contemplata dall'art. 8, comma 1, è la previsione che il magistrato non sia in ogni caso eleggibile se, all'atto dell'accettazione della candidatura, non si trovi in aspettativa²⁰. Il collocamento

¹² Parimenti è l'art. 65, comma 1, Cost., che demanda alla legge il compito di determinare i casi di ineleggibilità all'ufficio di deputato o senatore. *Ex multis*, si veda G.E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, Milano, 2001.

¹³ Si rimanda alla completa analisi proposta da G.E. POLIZZI, *Il magistrato in Parlamento*, Padova, 2018, p. 143 e ss.

¹⁴ Tali previsioni possono essere estese anche al Senato in forza dell'art. 5 del d.lgs. 20 dicembre 1993 n. 533 (*Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica*), che dispone che sono eleggibili al Senato gli elettori che non si trovino in alcuna condizione di ineleggibilità previste dagli articoli 7, 8, 9, e 10 del Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati.

¹⁵ F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al Parlamento*, in *Giurisprudenza italiana*, n.4/1985, pp. 34-35.

¹⁶ G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, in *Rassegna Parlamentare*, n.2/2013, p. 320.

¹⁷ *Ivi*, p. 321.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 100.

²⁰ È proprio in tema di aspettativa che si coglie maggiormente la diversità con la disciplina per le cariche amministrative presso gli enti locali territoriali. È da ricordare, peraltro, che nella materia elettorale regionale, la potestà legislativa è concorrente. Il d.lgs. n. 267/2000 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*) dispone,

in aspettativa deve essere deliberato dal C.S.M., dopo la presentazione della richiesta da parte del magistrato intenzionato a candidarsi; trattandosi dell'esercizio di un diritto individuale, il Consiglio si limiterà a prendere atto della volontà del magistrato, senza esercitare il proprio potere discrezionale²¹. Lo scopo della norma è quello di tutelare il prestigio dell'ordine giudiziario e, al contempo, l'indipendenza e l'imparzialità dei magistrati, impedendo che il magistrato, chiamato a svolgere tale funzione in modo imparziale, possa partecipare alla vita politica con l'intento di candidarsi, assumendo, inevitabilmente, un ruolo parziale.

Venendo poi al cd. rientro in ruolo del magistrato candidatosi ad un'elezione politica, le limitazioni che possono porsi sono sostanzialmente di natura territoriale o di natura funzionale. Con riferimento al primo

all'art. 60, che: «non sono eleggibili a sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, 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 ai giudici di pace». Il terzo comma della medesima norma stabilisce che la riportata causa di ineleggibilità non ha effetto se il magistrato «cessa 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». Pertanto, la causa di ineleggibilità in commento non sussiste quando la candidatura sia presentata per cariche amministrative presso enti locali situati fuori dal territorio in cui il magistrato esercita le funzioni. In tal caso, l'assenza della causa di ineleggibilità, unitamente alla previsione stabilita in sede di normazione primaria di un obbligo di aspettativa, rende possibile per il magistrato il contemporaneo svolgimento delle funzioni politiche amministrative e di quelle giudiziarie sia pure in diversi ambiti territoriali. Situazione analoga si verifica per le cariche elettive regionali (cfr. V. DE SANTIS, *Iscrizione ai partiti politici, elettorato passivo e regime delle ineleggibilità per i magistrati nel (poco democratico) sistema dei partiti*, cit., p. 32 e ss.). Infatti, la legge n. 165/2004 (*Disposizioni di attuazione dell'articolo 122, primo comma, della Costituzione*) stabilisce, all'art. 2, comma 1, lett. a), la «sussistenza delle cause di ineleggibilità quando 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»; al comma 1, lett. b), invece, viene stabilita «l'inefficacia delle cause di ineleggibilità qualora 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». Pertanto, anche per le cariche elettive regionali, per le quali manca in sede di normazione primaria un obbligo di aspettativa, risulta possibile che il magistrato svolga contemporaneamente funzioni politico-amministrative e funzioni giudiziarie, sia pure in ambiti territoriali diversi. La descritta situazione di simultaneo esercizio si ripropone, nei medesimi termini, anche nei casi in cui i magistrati assumano l'incarico di assessore comunale, provinciale e regionale cosiddetto "esterno". In questa prospettiva, appare più che mai opportuno e necessario che, indipendentemente dalla localizzazione dell'ente territoriale, sia introdotta, a livello di fonte primaria, la previsione di un obbligo di collocamento in aspettativa per il magistrato, per svolgere le funzioni di sindaco, presidente della Provincia, presidente della Regione, consigliere regionale, provinciale o comunale. Sul punto di veda anche la risoluzione del 28 aprile 2010 del C.S.M. – *Partecipazione dei magistrati al governo degli enti locali (comuni, province, regioni) – Esercizio di Uffici politico-amministrativi da parte di magistrati che svolgono o non svolgono funzioni giurisdizionali*.

²¹ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 100. Cfr. A. ZACCARIA, *Le "chiamate" dirette dei magistrati allo svolgimento di funzioni politiche: inopportunità (certa) e (discutibile) inquadramento giuridico*, in *forumcostituzionale.it*, 13 gennaio 2015.

limite, occorre riferirsi all'art. 8, comma 2²², del d.P.R. n. 361/1957²³, che stabilisce: «I magistrati che sono stati candidati e non sono stati eletti non possono esercitare per un periodo di cinque anni²⁴ le loro funzioni nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni». La norma risponde almeno a due esigenze. Da un lato, garantire la parità di *chances* tra i candidati, evitando così che gli elettori, con il solo timore di una ripercussione sull'amministrazione della giustizia, possano essere indotti a votare per il magistrato e non per gli altri candidati²⁵. Dall'altro, preservare la funzione giurisdizionale, mettendola al riparo dall'agone politico: «vietare al magistrato (non eletto) di esercitare le funzioni giurisdizionali in quella medesima circoscrizione, significa impedirgli di svolgere la funzione giudiziaria in una condizione che potrebbe far apparire dubbia la correttezza delle sue decisioni»²⁶. In altre parole, la giustizia, oltre a dover essere imparziale, deve anche apparire tale²⁷.

Parallelamente, però, non è stato tenuto in debito conto anche un altro elemento fondamentale, ossia la possibilità per i candidati, consentita ad esempio dalla legge elettorale previgente²⁸, di presentarsi in tutte le circoscrizioni; in questo caso potrebbe risultare molto difficoltosa l'individuazione di una sede in cui ricollocare il magistrato²⁹.

²² Sul rapporto tra primo e secondo comma dell'art. 8 si veda G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, cit., p. 323, secondo il quale vi è sicuramente un legame; *contra* G.E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, cit., p. 148.

²³ Cfr. delibera del C.S.M. del 21 maggio 2014 – *Parere ai sensi dell'art. 10 legge n. 195/58 in materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative e in relazione alla assunzione di incarichi di governo nazionali e territoriali*.

²⁴ Sul limite quinquennale la Corte costituzionale ha espressamente escluso che si tratti di un limite arbitrariamente fissato dalla legge, «rientrando nel potere discrezionale del legislatore, qui quanto mai ampio, stabilire il termine entro cui possono ritenersi eliminate le possibili implicazioni personalistiche di una campagna elettorale» (sent. n. 172/1982, punto 4 cons. dir.).

²⁵ G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, cit., pp. 322-323.

²⁶ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 101. Cfr. G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, p. 145.

²⁷ In questo senso si veda la sentenza C. Cost., 19 ottobre 1982, n. 172

²⁸ È il caso, ad esempio, della legge elettorale n. 270 del 2005, che, peraltro, consentiva l'elezione alla Camera dei deputati mediante l'indicazione di "capo della forza politica o della coalizione" candidatasi a governare. Si rimanda a G. FERRI, *La "semplificazione" del sistema politico italiano e la modifica della legge sull'elezione dei parlamentari europei*, in *Diritto pubblico*, n.3/2009, p. 813 e ss. e R. BALDUZZI, M. COSULICH, *In margine alla nuova legge elettorale politica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.6/2005, p. 5179 e ss.; a tal proposito, G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, cit., p. 324 si domanda se, in casi simili, «l'appartenenza dell'imparzialità possa essere pienamente salvaguardata impedendo che il magistrato non eletto eserciti l'attività professionale nella circoscrizione dove si è candidato».

²⁹ È proprio quello che è avvenuto, vigente la legge elettorale n. 270/2015 che non poneva limiti alle pluricandidature, a seguito delle elezioni politiche del 2013, nel caso del dott. Antonio Ingroia, candidatosi come *leader* della lista elettorale in tutte le circoscrizioni elettorali della Camera dei deputati, ad eccezione del collegio uninominale della Valle d'Aosta. Non essendo stato eletto, venne ricollocato dal Consiglio superiore della magistratura proprio ad Aosta con funzioni giudicanti. Sulle critiche alla decisione si veda N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 102. Ad oggi, è bene ricordarlo, l'attuale legge elettorale pone dei limiti alle pluricandidature.

Con riferimento al secondo limite di natura funzionale, occorre fare riferimento alla circolare del C.S.M. n. 12046 dell'8 giugno 2009 (*Disposizioni in tema di tramutamenti e di assegnazione per conferimento di funzioni*): in particolare, il par. XXIX prevede che, se il magistrato non può essere riassegnato al posto di provenienza, perché compreso nella circoscrizione elettorale o perché non più vacante, sarà assegnato al distretto più vicino con l'esercizio di funzioni giudicanti. La legittimità di questo ulteriore criterio, nel silenzio del legislatore, potrebbe essere interpretata *contra legem*, tuttavia è la stessa giurisprudenza amministrativa³⁰ a riconoscere al Consiglio superiore della magistratura un ruolo di integrazione della normativa primaria, laddove sia in pericolo l'immagine di indipendenza e imparzialità del magistrato; in questo contesto, l'assegnazione a funzioni requirenti esporrebbe senza dubbio il fianco ad una maggiore e ben più ampia personalizzazione.

Tuttavia, nonostante l'avallo del giudice amministrativo, in una nuova circolare del 24 luglio 2014 (P-13378), sostitutiva della poc'anzi ricordata circolare del 2009, il Consiglio ha consentito il ricollocamento del magistrato anche a funzioni requirenti. Tale modifica trova la propria *ratio* nel nuovo assetto ordinamentale dell'ufficio del pubblico ministero: «*in specie con il nuovo assetto degli uffici di procura [...], caratterizzato da una più forte impronta gerarchica e conseguentemente da una accentuazione dei meccanismi di controllo interno degli uffici, l'esigenza di evitare che tra i consociati si diffonda il dubbio di "forzature personalistiche" sussiste soprattutto con riferimento alle funzioni giudicanti che, anche nel settore penale, sono quelli realmente investite di poteri processuali fortemente incidenti sui diritti fondamentali delle persone. In questa prospettiva appare preferibile che l'introduzione di eventuali caveat riguardi specificamente le funzioni giudicanti [...], con la previsione dell'obbligo di destinazione a funzioni collegiali*»³¹.

Diversa è la disciplina riguardante i magistrati eletti, al momento del loro rientro in ruolo. La normativa di riferimento è l'art. 50 del d.lgs. n. 160/2006: «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» il ricollocamento in ruolo deve avvenire «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».

³⁰ Sentenza Tar Lazio, Roma, Sez. I, 11 ottobre 2013, n. 8779.

³¹ Delibera del 21 ottobre 2015 del C.S.M.

3. La partecipazione (e i suoi limiti) dei magistrati ai partiti politici: il quadro costituzionale

La libertà di associazione è garantita ampiamente dalla Costituzione dall'art. 18, che non prevede particolari limitazioni se non nei fini. La titolarità del diritto di associazione spetta a tutti i cittadini; tuttavia, per alcune categorie di essi, la Costituzione ammette che tale libertà possa essere soggetta a limitazioni, in ragione del particolare ruolo e della peculiare funzione che sono chiamati a svolgere proprio quei soggetti³².

Il riferimento è, in particolare, ai magistrati, per i quali l'art. 98, terzo comma, Cost.³³, prevede espressamente la possibilità per il legislatore di introdurre limitazioni al diritto di iscrizione ai partiti politici³⁴. Ancora una volta, dunque, si pone il problema di bilanciare il più correttamente possibile il diritto di ogni cittadino-magistrato di associarsi liberamente in partiti politici e l'esigenza che l'esercizio di tale libertà, per il contesto, per i contenuti o per le modalità³⁵, non faccia sorgere dubbi sull'indipendenza e l'imparzialità del magistrato stesso. L'art. 98, comma terzo, Cost. è l'unica disposizione costituzionale a statuire espressamente dei limiti all'esercizio di un diritto fondamentale da parte dei magistrati e ha carattere eccezionale, «*perché fa eccezione, per l'appunto, al diritto garantito a "tutti i cittadini" dell'art. 49 Cost.*»³⁶.

È necessario, dunque, approdare ad una corretta lettura dell'art. 98, comma terzo, Cost.³⁷, affinché non sia interpretato in maniera estensiva, trattandosi, appunto, di una norma-eccezione rispetto all'art. 49 Cost. e, più in generale, all'art. 18 Cost.³⁸ In primo luogo, dal dettato letterale emerge la possibilità per il legislatore di limitare unicamente l'iscrizione al partito politico, non anche l'appartenenza ideologica ad

³² E. TIRA, *Libertà di associazione e indipendenza/imparzialità del magistrato: un bilanciamento tra valori costituzionali*, in *forumcostituzionale.it*, pp. 3-4.

³³ Si rimanda a G. MICALI, *La politicizzazione del giudice e l'esegesi dell'art. 98, 3° comma, della Carta costituzionale*, in *Documenti giustizia*, n.9/1995, p. 1236 e ss. Sul punto, si veda anche N. PIGNATELLI, *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici: un "cavallo di Troia"*, in AA.VV., *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, p. 342 e ss.

³⁴ Cfr. A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.2/1966, p. 1918.

³⁵ E. TIRA, *Libertà di associazione e indipendenza/imparzialità del magistrato: un bilanciamento tra valori costituzionali*, cit., p. 4.

³⁶ R. PINARDI, *Quando «l'immagine» del magistrato si «appanna»*, in *forumcostituzionale.it*; afferma l'A. che, trattandosi di disposizione eccezionale, non può in alcun modo essere suscettibile di interpretazione analogica. Cfr. E. TIRA, *Libertà di associazione e indipendenza/imparzialità del magistrato: un bilanciamento tra valori costituzionali*, cit., p. 9.

³⁷ Per la genesi dell'art. 98 Cost. si veda l'approfondita analisi proposta da G.E. POLIZZI, *Il magistrato in Parlamento*, cit., p. 80 e ss. Cfr. V. DE SANTIS, *Iscrizione ai partiti politici, elettorato passivo e regime delle ineleggibilità per i magistrati nel (poco democratico) sistema dei partiti*, cit. pp. 6-8.

³⁸ In questo senso I. NICOTRA, *Riforma dell'ordinamento giudiziario: diritto di associazione e libertà di opinione dei magistrati*, in *Quaderni costituzionali*, n.1/2004, p. 131.

esso³⁹, coerentemente con la tutela dei diritti fondamentali, che sono assicurati a tutti i cittadini e, dunque, anche ai magistrati⁴⁰.

In secondo luogo, la limitazione di cui all'art. 98, comma terzo, Cost., si focalizza unicamente sui partiti politici e non anche su altre organizzazioni o associazioni aventi carattere politico⁴¹. Questo perché solo i partiti politici sono, per loro natura, tendenti alla “conquista del potere” mediante la via elettorale e trovano, dunque, nella formazione delle candidature alle elezioni politiche uno dei propri momenti fondamentali⁴²; «*ne deriva che tra candidati e partiti debba esservi un legame piuttosto solido: per queste ragioni, l'iscrizione potrebbe far venire meno la separazione del magistrato rispetto ai soggetti titolari del potere politico, e appannare l'immagine della sua indipendenza agli occhi dell'opinione pubblica*»⁴³.

Infine, è opportuno segnalare come l'art. 98, comma terzo, Cost. non prescriva una totale soppressione del diritto per mano del legislatore, ma solo delle limitazioni⁴⁴, lasciando alla legge la discrezionalità del contenuto. Si tratta infatti di una formulazione aperta, che demanda al legislatore la possibilità di regolare in maniera varia l'iscrizione dei magistrati ai partiti politici⁴⁵.

4. L'art. 3, lett. h), del d.lgs. n. 109/2006: l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici

A livello di normazione primaria, il legislatore è intervenuto nei primi anni 2000 con il d.lgs. n. 109/2006, che qualifica come illecito disciplinare l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa⁴⁶ ai partiti politici (art. 3, lett. h)⁴⁷.

³⁹ L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, p. 108.

⁴⁰ Secondo S. BELTRANI, *Come (ri)cambia l'illecito disciplinare*, in *Diritto e giustizia*, n.41/2006, p. 92, «*il prestigio dell'ordine giudiziario non è né lesa né messo in pericolo dal fatto che un magistrato faccia parte di un partito politico, ovvero abbia idee politiche e le esprima, purché ciò avvenga correttamente*».

⁴¹ E. TIRA, *Libertà di associazione e indipendenza/imparzialità del magistrato: un bilanciamento tra valori costituzionali*, cit., p. 10.

⁴² G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., p. 148.

⁴³ E. TIRA, *Libertà di associazione e indipendenza/imparzialità del magistrato: un bilanciamento tra valori costituzionali*, cit., p. 11.

⁴⁴ A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*, cit., p. 1920.

⁴⁵ Secondo V. DE SANTIIS, *Iscrizione ai partiti politici, elettorato passivo e regime delle ineleggibilità per i magistrati nel (poco democratico) sistema dei partiti*, cit. p. 8, «*la disposizione [...] esclude il divieto, ma ammette che il legislatore possa operare in futuro scelte diverse*».

⁴⁶ Prima dell'intervento della l. n. 269/2006 non era previsto il carattere sistematico e continuativo.

⁴⁷ Per completezza è bene ricordare che l'art. 3, lett. h) individua come illecito disciplinare anche il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato. Benché si tratti di due disposizioni non omogenee, le suddette ipotesi sembrano avere in comune la volontà di garantire l'apparenza di imparzialità del magistrato; così N. ZANON, *Azione disciplinare e modello di giudice*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici? (cosa, chi, come, perché?)*, Torino, 2008, p. 135.

Come emerge dal dettato letterale, la nuova disciplina va ben oltre quanto disposto dalla Costituzione, che non parla di partecipazione ai partiti politici, ma solo di iscrizione, e ammette unicamente limitazioni, non anche divieti⁴⁸. La disposizione in commento, invece, non si limita a vietare (dunque non solo limitare) l'iscrizione ai partiti politici, ma punisce disciplinarmente anche la partecipazione, sistematica e continuativa, alle loro attività, rimanendo "libera" la sola adesione ideologica, anche apertamente manifestata⁴⁹.

Da qui il dubbio se l'art. 3, lett. h) del d.lgs. n. 109/2006 violi l'art. 98 Cost. Tutto dipende dall'interpretazione che se ne vuole dare. Infatti, se si ritiene che l'art. 98 Cost. risponda all'esigenza di assicurare non la sola indipendenza esterna, ma anche l'imparzialità (e la conseguente apparenza di imparzialità), «*intesa come garanzia di neutralità politica del magistrato che in concreto esercita le proprie funzioni*»⁵⁰ si dovrebbe ritenere che il legislatore possa andare oltre la limitazione per il magistrato di iscriversi al partito politico, prevedendo che possa essere punita disciplinarmente anche la sola partecipazione. Se, invece, si abbraccia l'orientamento secondo cui l'art. 98 Cost. sarebbe preposto alla sola tutela dell'indipendenza, impedendo i possibili condizionamenti che potrebbero derivare da un'iscrizione del magistrato ad un partito, allora si deve concludere che il legislatore possa punire disciplinarmente la sola iscrizione al partito, non anche la partecipazione all'attività partitica⁵¹.

Il Consiglio superiore della magistratura (in particolare la Sez. disciplinare), con ordinanza dell'11 novembre 2008⁵², si è attestato sulla prima posizione, sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lett. h) del d.lgs. n. 109/2006 con riferimento agli artt. 2, 3, 18, 49 e 98 della

⁴⁸ Parla di dilatazione ulteriore rispetto alla previsione dell'art. 98, terzo comma, Cost., 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. 137. Contra F. BIONDI, *Considerazioni di ordine costituzionale sui limiti, per i magistrati, alla partecipazione alla vita politica (a margine di una questione di costituzionalità)*, in *forumcostituzionale.it*, 7 aprile 2009, secondo la quale è difficile ritenere che la facoltà di iscrizione ai partiti politici possa essere graduata, e dunque, limitata: «*o ci si può iscrivere o non si può; non esiste una terza possibilità*».

⁴⁹ L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., p. 108. Se così non fosse, «*i magistrati sarebbero spinti ad allontanarsi non solo dalla politica partitica ma dalla politica tout court: con pregiudizio, ancora una volta, per l'esercizio del diritto di riunione, oltre che per quello di associazione, che la Costituzione riconosce a tutti i cittadini e, quindi, anche ai magistrati*». Così in G. FERRI, *I magistrati e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza n. 224 del 2009*, cit., p. 138. Dev'essere rifiutata, perché contraria a Costituzione, una lettura eccessivamente restrittiva dell'art. 98, terzo comma, Cost. che pretenda che il magistrato non intervenga per esprimere critiche rispetto all'operato del Governo o alle leggi del Parlamento (G. E. POLIZZI, *Se un magistrato può partecipare al dibattito sul referendum confermativo di riforma costituzionale*, in *Rivista AIC*, n.1/2017).

⁵⁰ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., pp. 98-99.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Su cui si veda F. BIONDI, *Considerazioni di ordine costituzionale sui limiti, per i magistrati alla partecipazione alla vita politica (a margine di una questione di costituzionalità)*, cit. Cfr. V. M. CAFERRA, *Il processo al processo. La responsabilità dei magistrati*, Bari, 2015, p. 94.

Costituzione⁵³. Ad avviso dei consiglieri, la norma denunciata introdurrebbe un vero e proprio divieto, formale ed assoluto, di iscrizione ai partiti politici per i magistrati, rafforzato da una sanzione per la sua violazione. E ancora, la norma imporrebbe un divieto che va ben oltre la nozione giuridica della mera limitazione, ovvero di una regolamentazione che contemperì il diritto politico del singolo con l'esigenza di imparzialità del giudice.

La Corte costituzionale, rigettando la questione con la celebre sentenza n. 224 del 2009⁵⁴, ha inteso abbracciare il secondo degli orientamenti poc'anzi prospettati: dopo aver ribadito ciò che aveva già cristallizzato con la rammentata sentenza n. 100 del 1981⁵⁵, ossia che «*i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino e che, quindi, possono, com'è ovvio, non solo condividere un'idea politica, ma anche espressamente manifestare le proprie opinioni al riguardo*»⁵⁶, giunge ad affermare che il legislatore possa prevedere un divieto, e non solo delle limitazioni, al diritto dei magistrati di iscriversi ai partiti politici. Tale divieto può trovare la luce «*per rafforzare la garanzia della loro soggezione soltanto alla legge e per evitare che*

⁵³ È bene precisare che, in questo caso, a differenza di quello affrontato dalla Corte con sent. n. 170/2018, si trattava di un magistrato collocato fuori ruolo per incarico tecnico. Le due situazioni sono parzialmente differenti: nel caso di collocamento fuori ruolo per motivi politici, infatti, il collocamento costituisce un atto dovuto del C.S.M., perché si tratta dell'esercizio di un diritto fondamentale. Da ciò derivano una serie di conseguenze: solo per l'espletamento di incarichi extra-giudiziari non elettivi esiste un numero massimo di magistrati collocabili fuori ruolo e solo per questo tipo di incarico (non elettivo, quindi), sussiste l'obbligo da parte del magistrato di presentare una relazione annuale sulle attività svolte, ai fini delle valutazioni di professionalità. Per una panoramica più completa sul punto, si rimanda a 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 *forumcostituzionale.it*, 10 luglio 2011.

⁵⁴ Per un commento alla decisione si vedano i contributi di S. PRISCO, *Una nuova sentenza della Corte costituzionale sull'esercizio delle libertà politiche da parte dei magistrati*, in *federalismi.it*, 26 agosto 2009; L. PEPINO, *I giudici, la politica, la Costituzione*, in *Questione giustizia*, n.4/2009, p. 213 e ss.; 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 *Giurisprudenza costituzionale*, n.6/2009, p. 5121 e ss.; R. CHIEPPA, *Il divieto di attività politica dei magistrati: meglio tardi che mai (ricordi storici della tesi dell'associazione dei magistrati)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.4/2009, p. 2584 e ss. Cenni anche in S. LEONE, *La libertà di opinione del magistrato: riflessioni sul «caso Ingroia»*, in *Quaderni costituzionali*, n.2/2012, p. 411; V. ACCATTATIS, *La difficile lotta per una magistratura democratica*, in *Il Ponte*, settembre 2009.

L'importanza della pronuncia in commento viene colta da V. M. CAFERRA, *Il processo al processo. La responsabilità dei magistrati*, cit., pp. 93-94, secondo il quale la sentenza «*può costituire una svolta nella disciplina dell'attività politica di chi riveste lo status di magistrato: si tratta di un intervento che [...] entra nel vivo dell'attuale momento storico-politico contrassegnato da una evidente confusione di ruoli*».

⁵⁵ Per un commento alla sentenza si vedano, per tutti, R. PINARDI, *La libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati nella giurisprudenza costituzionale e disciplinare*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, p. 296 e ss.; F. DAL CANTO, *La giurisprudenza disciplinare del magistrato nella giurisprudenza costituzionale*, in M. VOLPI (a cura di), *La responsabilità dei magistrati*, Napoli, 2009, p. 156 e ss. Cfr. anche G. FERRI, *Gli illeciti disciplinati fuori dall'esercizio delle funzioni*, in M. VOLPI (a cura di), *La responsabilità dei magistrati*, cit., p. 88 e ss.

⁵⁶ Punto 2 cons. dir. della sent. n. 224/2009.

l'esercizio delle loro funzioni sia offuscato dall'essere essi legati ad una struttura partitica che importa anche vincoli gerarchici interni»⁵⁷.

Il Giudice delle leggi perviene a tale assunto ricordando che sugli esponenti dell'ordine giudiziario, a differenza della generalità dei cittadini, gravano particolari oneri, dato che essi, per dettato costituzionale, debbono essere imparziali e indipendenti; tali valori, dunque, devono essere tutelati «*non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità*»⁵⁸.

Così ragionando, i giudici costituzionali giungono dunque alla conclusione che il legislatore, con l'art. 3, lett. h) del d.lgs. n. 109/2006, ha legittimamente esercitato la facoltà che gli è concessa dalla stessa Costituzione⁵⁹, che gli permette di sanzionare disciplinarmente non solo l'eventuale iscrizione ad un partito politico, ma anche la partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici, in quanto è anch'essa suscettibile «*al pari dell'iscrizione, di condizionare l'esercizio indipendente ed imparziale delle funzioni e di compromettere l'immagine*»⁶⁰.

Come si può facilmente intuire, la Corte, ed è evidente anche con la sentenza n. 170 del 2018 sul “caso Emiliano”, propende per un'interpretazione estensiva dell'art. 98, comma terzo, Cost.⁶¹, «*posto che finisce per inibire ai magistrati una condotta che, per facta concludentia, equivalga o sia comunque sintomatica di una sorta di iscrizione di fatto ad un partito politico*»⁶².

5. Gli elementi costitutivi della sistematicità e della continuità della partecipazione ai partiti politici tra giurisprudenza disciplinare e giurisprudenza di legittimità

La l. n. 269/2006 ha introdotto i caratteri della sistematicità e della continuità della partecipazione ai partiti politici quali elementi costitutivi della fattispecie disciplinare; l'immediata conseguenza è che la partecipazione occasionale a una riunione organizzativa non costituisce più illecito disciplinare⁶³.

Cosa si intende, però, per sistematicità e continuità? In un primo momento, la Sez. disciplinare (sentenza n. 32 del 2013⁶⁴) aveva ritenuto che non si intendesse in alcun modo richiamare limiti temporali

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ Cfr. 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. 5125-5126.

⁶⁰ Punto 2 cons. dir. della sent. n. 224/2009.

⁶¹ Secondo N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 98 questa lettura sarebbe più aderente alla lettera del dettato costituzionale e alle intenzioni originarie dei costituenti.

⁶² 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., p. 5126.

⁶³ G. FERRI, *I magistrati e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza n. 224 del 2009*, cit., p. 138.

⁶⁴ Sul punto si vedano anche N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 308.

predeterminati né si richiedesse che la condotta si fosse protratta per un certo arco temporale; se così fosse stato, il legislatore avrebbe quantificato il tempo necessario a determinare l'avveramento delle condizioni poste. Secondo il Consiglio, la disposizione riferiva i concetti di stabilità e continuità «*non tanto ad un dato quantitativo ma qualitativo, desumibile dalla tipicità della condotta rispetto all'attività politica*»; ciò con l'obiettivo di preservare l'autorevolezza dell'immagine della magistratura, impedendo che essa si appanni per effetto di una distorsione del comportamento di uno dei suoi componenti.

Così, nel caso di specie, la Sezione disciplinare aveva sanzionato con la censura il magistrato che aveva «*partecipato attivamente e continuativamente all'attività di una formazione politica, in occasione della campagna elettorale per le elezioni amministrative del comune [...] nel corso delle quali egli si era ripetutamente e pubblicamente schierato*» a favore del candidato sindaco, «*unitamente al quale si era reiteratamente presentato pubblicamente all'elettorato, quale "designato" alla carica di vicesindaco*». In questo caso, ad avviso del C.S.M., la condotta del magistrato aveva oltrepassato i limiti dell'occasionalità e si era sostanziata «*in una spendita della qualità di appartenente all'ordine giudiziario non per qualificarsi ma per sfruttare l'immagine della categoria ai fini di propaganda elettorale a sostegno di una o più liste e candidati a cariche amministrative, allora si deve ritenere che ci si trovi in presenza di una stabile e non occasionale adesione all'attività di un partito politico*».

La sentenza del Consiglio, però, è stata impugnata di fronte alle Sezioni Unite della Cassazione. La pronuncia n. 27987 del 16 dicembre 2013 del Giudice di legittimità⁶⁵ può essere considerata un importante *leading case* in tema di sistematicità e continuità della partecipazione ai partiti politici; infatti, a partire da questa importante sentenza, la giurisprudenza disciplinare del C.S.M. ha iniziato a subire una rilevante inversione di rotta. Nel caso in esame, infatti, i giudici della Cassazione avevano evidenziato come la «*mera partecipazione alla campagna elettorale amministrativa in qualità di candidato vicesindaco indicato da una lista civica e non dal partito non concreta la fattispecie disciplinare della partecipazione stabile e continuativa all'attività di un partito politico*»; né risultava essere lesa l'imparzialità del magistrato in caso di presentazione di una candidatura e comunque di assunzione di incarichi amministrativi degli enti locali fuori dal territorio in cui il magistrato esercita le proprie funzioni. Affinché assuma rilievo disciplinare la condotta del magistrato, dunque, è necessario che la partecipazione all'attività del partito politico non possa essere limitata temporalmente ed essere dunque circoscritta a singoli ed isolati episodi, ma debba richiedere un'attività ulteriore, che si caratterizzi per costanza e ripetizione. A questa interpretazione si è adeguata la Sez. disciplinare che, con sentenza n. 83 del 2014, ha disposto l'assoluzione del magistrato incolpato.

Ad oggi, dunque, i caratteri della sistematicità e della continuità non si possono limitare ad una partecipazione del magistrato del tutto sporadica e caratterizzata da singoli ed isolati episodi, ma è

⁶⁵ Si rimanda a F. BIONDI, *Le attività politiche dei magistrati: alcune indicazioni dai giudici disciplinari*, in *Quaderni costituzionali*, n.2/2014, p. 412 e ss.

necessario un *quid pluris* dato dalla costanza e della ripetizione dei comportamenti posti in essere dal magistrato. Peraltro, è alquanto difficile che una persona non iscritta al partito possa partecipare con continuità alla vita del partito e, quindi, che possa esservi una partecipazione duratura disgiunta dall'iscrizione; la previsione dell'illecito consistente nella partecipazione sistematica e continuativa potrebbe allora risultare piuttosto problematica con riferimento alla stessa definizione dei concetti di continuità e sistematicità.⁶⁶

6. Il procedimento disciplinare a carico del dott. Michele Emiliano e la sentenza n. 170/2018 della Corte costituzionale

Venendo al recente “caso Emiliano”⁶⁷, questo trae origine dal procedimento disciplinare (n. 161/2014) promosso dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione nei confronti, appunto, del dott. Michele Emiliano, al quale viene contestato l'illecito disciplinare di cui agli artt. 1, comma 1, e 3, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 109/06. Il magistrato, collocato fuori ruolo, aveva svolto il mandato amministrativo di sindaco dal Comune di Bari (dal 2004 al 2009 e dal 2009 al 2014), il ruolo di assessore “esterno” del Comune di S. Severo e, infine, il mandato elettivo di Presidente della Regione Puglia (da giugno 2015 fino ad oggi).

In particolare, al dott. Emiliano è stato contestato, in primo luogo, di aver ricoperto, nel corso del periodo che va dal 2009 al 2015 (durante gli incarichi di cui sopra) gli ulteriori incarichi di: segretario regionale del Partito Democratico della Puglia (dall'ottobre 2007 all'ottobre 2009); presidente del Partito Democratico della Puglia (dal novembre 2009 al gennaio 2014); una seconda volta segretario regionale del Partito Democratico della Puglia (dal febbraio 2014 al maggio 2016).

In seconda battuta, al magistrato è stato contestato di aver presentato nel marzo 2017 la propria candidatura per l'elezione a Segretario nazionale del Partito Democratico, carica che prevede anch'essa l'iscrizione al partito.

È stato sostenuto dal titolare dell'indagine disciplinare che tali cariche dirigenziali, pur non essendo coesenziali con l'espletamento dei mandati amministrativi, presuppongono l'iscrizione al partito politico

⁶⁶ G. FERRI, *I magistrati e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza n. 224 del 2009*, cit., p. 138.

⁶⁷ Per un commento alla vicenda si rimanda a G. SOBRINO, *Magistrati “in” politica: dalla Corte Costituzionale un forte richiamo all'indipendenza (ed alla sua immagine esteriore)*, in *forumcostituzionale.it*, 8 agosto 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 *Osservatorio costituzionale*, n.3/2018, p. 55 e ss.; 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 *Osservatorio costituzionale*, n.3/2018, p. 43 e ss.; V. DE SANTIS, *Indipendenza e imparzialità del magistrato fuori ruolo tra disciplina sul rientro dei magistrati e democraticità interna dei partiti*, in *federalismi.it*, 21 novembre 2018; S. CURRERI, *Magistrati e politica: un equilibrio quasi impossibile*, in *laCostituzione.info*, 28 luglio 2018.

di riferimento, in quanto direttamente previsto dallo Statuto dello stesso partito. Così facendo il dott. Emiliano, ad avviso del Procuratore generale, avrebbe violato l'art. 3, comma 1, lett. h) del d.lgs. n. 109/06, norma attuativa direttamente dell'art. 98, comma 3, Cost., posto a diretto presidio dell'esercizio indipendente e imparziale della funzione giudiziaria.

Il Consiglio superiore della magistratura, però, solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lett. h) del d.lgs. n. 109 del 2006 in riferimento agli artt. 2, 3, 18, 49 e 98 Cost. «*nella parte in cui prevede quale illecito disciplinare l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici anche per i magistrati fuori del ruolo organico della magistratura perché collocati in aspettativa per motivi elettorali*»⁶⁸. L'intervento dei giudici costituzionali viene ritenuto fondamentale, sotto il profilo della rilevanza, «*essendo tale via l'unica per poter discernere tra attività politica svolta fuori ruolo per incarico elettivo ed attività politica che viceversa viene svolta in condizioni senz'altro diverse quali erano quelle tra l'altro da cui originò la questione di legittimità costituzionale rigettata per effetto della sentenza n. 224/2009*»⁶⁹. È dunque proprio sulla distinzione tra la condizione di fuori ruolo per attività elettiva e fuori ruolo per incarico tecnico che si fonda la questione di legittimità sollevata dai giudici disciplinari e decisa dalla Corte con sent. n. 170/2018.

La Sez. disciplinare del C.S.M., infatti, dopo aver ripercorso la strada segnata dalla Corte costituzionale attraverso la celebre sentenza n. 224 del 2009, si premura di evidenziare le peculiarità del caso di specie⁷⁰. Il dott. Emiliano, infatti, era stato collocato fuori ruolo per svolgere funzioni elettive, che possono determinare, per loro stessa natura, una sospensione dalle funzioni giudiziarie non definibili temporalmente⁷¹. In secondo luogo, le funzioni elettive si caratterizzano per pregnanza politica. Le suddette considerazioni, ad avviso dei giudici disciplinari, comportano un'inevitabile conseguenza: le funzioni elettive, atteggiandosi in maniera notevolmente differente rispetto a quelle consultive, devono essere lette in riferimento all'art. 3, comma 1, lett. h), alla luce di una prospettiva differente, ossia quella della tutela dei diritti politici riconosciuti ai magistrati dalla Costituzione⁷².

⁶⁸ P.Q.M. dell'ordinanza di rimessione in commento (n. 155 del 28 luglio 2017). «*Secondo la Sezione remittente, mentre è ragionevole sottoporre a procedimento disciplinare un magistrato collocato fuori ruolo per ragioni diverse dal mandato elettorale, non lo sarebbe nel caso Emiliano, ove è prevalente l'esercizio del diritto elettorale passivo*» (G.E. POLIZZI, *Il "caso Emiliano". I nodi ancora irrisolti del divieto di iscrizione ai partiti politici dopo la sentenza n. 170 del 2018*, cit., p. 59).

⁶⁹ Punto 7 in fatto e in diritto dell'ordinanza *de qua*.

⁷⁰ Più approfonditamente si veda G.E. POLIZZI, *Il "caso Emiliano". I nodi ancora irrisolti del divieto di iscrizione ai partiti politici dopo la sentenza n. 170 del 2018*, cit., p. 59 e ss.

⁷¹ A differenza del caso oggetto della sent. n. 224/2009, in cui il magistrato al quale era stato contestato l'illecito disciplinare si trovava fuori ruolo per svolgere un compito di natura tecnica (nello specifico una consulenza a favore di una Commissione parlamentare), in questo caso il magistrato si trovava fuori ruolo per esercitare un mandato elettivo.

⁷² Secondo F. BIONDI, *Le attività politiche dei magistrati: alcune indicazioni dai giudici disciplinari*, cit., p. 413, «*le questioni più complesse sono nate dalla necessità di interpretare sistematicamente la fattispecie disciplinate con le norme costituzionali, primarie e secondarie (contenute in circolari del CSM) che regolano il diritto di elettorato passivo dei magistrati o la possibilità, a loro concessa, di assumere incarichi di natura politica*».

Il riferimento è, dunque, all'art. 51 Cost. e alla normativa primaria, che regola la partecipazione dei magistrati alla vita politica prevedendo limiti con riferimento all'ineleggibilità e all'aspettativa. Secondo l'organo di autogoverno della magistratura, se, quindi, l'ordinamento consente al magistrato, sebbene con alcune limitazioni, lo svolgimento di un compito che è intrinsecamente pregno di dinamiche politico-partitiche, ciò deve avere conseguenze sulla corretta interpretazione del divieto disciplinare di cui all'art. 3, comma 1, lett. h) del d.lgs. n. 109 del 2006, che porterebbe ad escludere la rilevanza disciplinare in tutti quei casi in cui la partecipazione del magistrato ad aspetti e momenti della vita politico-partitica siano proporzionalmente e ragionevolmente collegati alla funzione legittimamente ricoperta dal magistrato fuori ruolo. Ad avviso dei consiglieri, sembra irrazionale e contraddittorio consentire, da una parte, l'assunzione di tali ruoli e, dall'altra, sostanzialmente vietare – ed anzi sanzionare disciplinarmente – alcune manifestazioni e situazioni, ritenute strettamente legate all'essenza di quei ruoli.

D'altra parte, proseguono i giudici rimettenti, la libertà di associazione politica in capo ad ogni cittadino costituisce un cardine essenziale dello stesso sistema democratico, al punto che possono essere previste limitazioni, ma queste ultime non possono completamente annichilire tale libertà.

La Corte costituzionale interviene sulle questioni sollevate con una pronuncia che non può e non deve essere letta isolatamente, ma necessita di una lettura più ampia, che tenga conto delle precedenti prese di posizione del Giudice delle leggi, inaugurate dalla sentenza n. 100 del 1981 e cristallizzate ancor più con la sentenza n. 224 del 2009. È infatti ribadendo quanto detto in queste occasioni che la Corte rigetta le questioni sollevate dal Consiglio superiore della magistratura perché infondate.

Partendo proprio dal dettato costituzionale, i giudici ribadiscono che la facoltà concessa al legislatore di cui all'art. 98, comma 3, Cost., risponde ad una precisa *ratio*, che è quella di «*impedire i condizionamenti all'attività giudiziaria che potrebbero derivare dal legame stabile che i magistrati contrarrebbero iscrivendosi ad un partito o partecipando in maniera significativa alla sua attività*»⁷³. È proprio con questa limitazione, ad avviso della Corte, che i costituenti hanno espresso il loro «*sfavore nei confronti di attività o comportamenti idonei a creare tra i magistrati e i soggetti politici legami di natura stabile [...], con conseguente compromissione, oltre che dell'indipendenza e dell'imparzialità, anche della apparenza di queste ultime*»⁷⁴.

Secondo i giudici, si tratta di capire se l'esercizio del diritto di elettorato passivo o l'accesso ad un ufficio pubblico di natura politica possa costituire una scriminante rispetto all'applicazione dell'illecito disciplinare e, conseguentemente, se tale disposizione possa essere censurata nella parte in cui non riconosce l'operatività di tale scriminante. Secondo la Corte, non vi è «*alcuna irrazionale discrasia, in pretesa violazione dell'art. 3 Cost., né alcuna lesione dei diritti fondamentali di natura politica di cui agli artt. 2, 18 e 49 Cost., e*

⁷³ Punto 4 cons. dir. della sent. n. 170/2018.

⁷⁴ *Ibidem*.

neppure alcun abuso della facoltà che l'art. 98, terzo comma, Cost. demanda al legislatore, nella circostanza per cui il divieto in esame si applica anche ai magistrati fuori ruolo perché collocati in aspettativa per lo svolgimento di un mandato elettivo o di un incarico politico»⁷⁵.

Occorre infatti distinguere, secondo i giudici costituzionali, tra l'iscrizione o comunque la partecipazione sistematica e continuativa alla vita di un partito politico, vietate dalla disposizione disciplinare, e l'accesso alle cariche elettive e ai pubblici uffici di natura politica, che la normativa primaria consente, pur con determinati limiti; così ragionando “*non è irragionevole [...] operare una distinzione tra le due ipotesi, e perciò considerare non solo lecito, ma esercizio di un diritto fondamentale la seconda ipotesi [l'accesso alle cariche elettive e ai pubblici uffici], mantenendo al contempo quale illecito disciplinare la prima [l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa]*”⁷⁶.

Nell'ottica del ragionamento dei giudici, tale distinzione non ha alcuna finalità punitiva o limitativa nei confronti dei diritti costituzionali dei magistrati almeno per due ragioni. In primo luogo, è riconosciuto il diritto del magistrato di partecipare alla vita politica ma, al contempo, è proprio quella «*particolare natura della competizione e della vita politica*»⁷⁷ ad imporre delle limitazioni, anche alla luce del peculiare *status* in cui si trovano i rappresentanti della funzione giudiziaria. In secondo luogo, la formulazione dell'illecito disciplinare *de quo* «*si sottrae a censure d'illegittimità costituzionale proprio perché consente al giudice disciplinare le ragionevoli distinzioni richieste dalla varietà di situazioni che la vita politico-istituzionale presenta*»⁷⁸. Sembra, dunque, che la chiave di lettura della disposizione, ossia lo strumento che pone al riparo l'art. 3, comma 1, lett. h) del d.lgs. n. 109/2006 dall'essere tacciato di incostituzionalità, sia proprio l'ampia discrezionalità di cui dispone il giudice disciplinare. In altre parole, il giudice disciplinare è chiamato, con il suo prudente apprezzamento, a cogliere tutte le sfumature dell'attività politica e a stabilire, in concreto, se la condotta del magistrato possa legittimamente essere inquadrata nell'alveo della vita politica o se, al contrario, costituisca illecito disciplinare.

7. Considerazioni conclusive

La sentenza n. 170/2018, come poc'anzi ricordato, non può essere letta e interpretata in maniera isolata ma deve essere ricondotta nel quadro della giurisprudenza costituzionale pregressa, adottando uno sguardo più ampio e cercando di cogliere il significato più profondo, che va oltre il dato letterale⁷⁹.

⁷⁵ Punto 5 cons. dir.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Punto 6 cons. dir.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ In questo senso si veda G. SOBRINO, *Magistrati “in” politica: dalla Corte Costituzionale un forte richiamo all'indipendenza (ed alla sua immagine esteriore)*, cit., p. 5.

Così ragionando, è indubbiamente apprezzabile il forte richiamo, che percorre tutto il ragionamento della Corte, all'indipendenza della magistratura intesa nel suo insieme come potere dello Stato ma, soprattutto, all'immagine e all'apparenza di indipendenza e di imparzialità⁸⁰ che sono richieste a tutti i magistrati. Ed è proprio in questa prospettiva che si deve leggere il tentativo, esplicitato più volte dagli stessi giudici nella sentenza *de qua*, di operare un "giusto" bilanciamento tra due opposte esigenze, che poi è «*il filo rosso che attraversa e tiene insieme [...] le diverse argomentazioni della Corte costituzionale*»⁸¹.

Pur apprezzando questi aspetti e condividendone il merito, la sentenza non appare completamente convincente. In primo luogo, la Sezione disciplinare del Consiglio aveva messo in luce la contraddittorietà di una disciplina che consente ai magistrati di candidarsi alle elezioni collocandosi fuori ruolo per motivi elettorali e, al contempo, li sanziona disciplinarmente se aderiscono ad un partito. Tale contraddittorietà non è stata affatto risolta dalla Corte, la quale si è limitata a statuire in maniera apodittica che «*il magistrato ben può [...] svolgere una campagna elettorale o compiere atti tipici del suo mandato [...] senza necessariamente assumere, al contempo, tutti quei vincoli [...] che normalmente discendono dalla partecipazione organica alla vita di un partito politico*»⁸².

Dunque, i magistrati possono "fare" politica, con attività che vi rientrano a pieno titolo, ma non possono iscriversi ad un partito e, soprattutto, parteciparvi in maniera stabile e continuativa; non sono forse anche (e soprattutto?) questi aspetti parte integrante dell'attività politica⁸³?

Sembra alquanto irragionevole sostenere che 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. In tal senso «*l'uscita di sicurezza indicata dalla Corte*» (fare campagna elettorale o esercitare il proprio incarico, ma senza iscriversi o assumere vincoli con il partito politico di riferimento) «*è così stretta [...] da costringere ad esercizi di non facile equilibrio sia lo stesso magistrato, sia la stessa sezione disciplinare del Csm*»⁸⁴.

Dunque, certamente i giudici costituzionali non avrebbero potuto ridisegnare la lacunosa disciplina della partecipazione dei magistrati all'attività politica, ma non si può non evidenziare come nella pronuncia in esame manchi un vero e proprio monito al legislatore, che sarebbe stato utile ai fini di una migliore

⁸⁰ In questo senso *ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Punto 6 cons. dir. sent. n. 170/2018.

⁸³ Secondo S. CURRERI, *Magistrati e politica: un equilibrio quasi impossibile*, cit., per altro verso, la via suggerita dai giudici costituzionali è forse quella di "fare politica" al di fuori dei partiti politici, in scia a quell'indirizzo giurisprudenziale «*che confina il ruolo dei partiti sul piano sociale ed elettorale*»?

⁸⁴ *Ibidem*.

interpretazione del divieto in oggetto; in altre parole, «*manca quell'invito a disciplinare in modo sistematico ed organico il rapporto tra magistratura e politica*»⁸⁵.

In secondo luogo, viene in rilievo la delicata questione del rientro in ruolo dei magistrati, una volta terminata l'esperienza politica. È indubbiamente vero che tale aspetto non costituisce il “*focus*” della decisione della Corte, ma è altrettanto vero che non si tratta di una questione di poco conto, perché investe lo stesso concetto della separazione dei poteri e, alla luce di tale pregnanza, ben avrebbe potuto il Giudice delle leggi intervenire in maniera più significativa, anche in questo caso, magari attenzionando il legislatore sul delicato tema⁸⁶.

Dunque, alla luce delle considerazioni poc'anzi esposte, sarebbe stato auspicabile un intervento magari più incisivo sul controverso tema della partecipazione dei magistrati alla vita politica da parte dei giudici costituzionali; un intervento, in altre parole, che potesse fungere, appunto, da monito per il legislatore nazionale, anche a seguito del significativo intervento del Consiglio d'Europa⁸⁷. La Corte, invece, sembra aver percorso una strada “più sicura”, delegando al singolo magistrato, ma soprattutto del giudice disciplinare, il difficile compito di statuire la linea di demarcazione tra attività disciplinarmente lecite e attività illecite, in un quadro normativo tutt'altro che organico e chiaro. Ciò dovrebbe essere fatto lasciando all'interpretazione del giudice disciplinare i concetti di “sistematicità” e “continuità”, che, come si è tentato di rilevare poc'anzi, sfuggono a definizioni chiare e univoche⁸⁸.

La questione più complessa, probabilmente, investe proprio la compatibilità dell'illecito disciplinare con l'apparato di nome costituzionali, primarie e secondarie sul diritto di elettorato passivo dei magistrati⁸⁹, come sottolineato anche dagli stessi consiglieri del C.S.M. È proprio l'organo di autogoverno della magistratura, peraltro, ad aver sollevato la problematicità del tema, già nel 2010, con la risoluzione del 28 aprile, volta a sollecitare l'intervento del legislatore in materia di limiti alle candidature dei magistrati alle elezioni politiche e amministrative⁹⁰ e, successivamente, con una delibera del 2015⁹¹. La preoccupazione

⁸⁵ V. DE SANTIS, *Indipendenza e imparzialità del magistrato fuori ruolo tra disciplina sul rientro dei magistrati e democraticità interna dei partiti*, cit., p. 15.

⁸⁶ I giudici si limitano a ribadire che il contesto normativo «*consente al magistrato di tornare alla giurisdizione, in caso di mancata elezione oppure al termine del mandato elettivo o dell'incarico politico*» (punto 5 cons. dir. della sent. n. 170/2018).

⁸⁷ Si veda la premessa di questo lavoro.

⁸⁸ Si rimanda al par. 5 del presente lavoro.

⁸⁹ Sul punto si rimanda all'attenta analisi proposta da F. BIONDI, *Le attività politiche dei magistrati: alcune indicazioni dai giudici disciplinari*, cit., p. 413 e ss.

⁹⁰ Si tratta della Risoluzione del 28 aprile 2010, “*Partecipazione dei magistrati al governo degli enti locali comuni, province, regioni) – esercizio di Uffici politico-amministrativi da parte di magistrati che svolgono o non svolgono funzioni giurisdizionali?*”, su cui si rimanda a E. TIRA, *Il CSM invita il legislatore a porre dei limiti alle candidature dei magistrati alle elezioni politiche e amministrative*, in *Rivista AIC*, n.1/2011.

⁹¹ Delibera del 21 ottobre 2015 del C.S.M. – *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. Candidabilità*

maggiormente sentita, per vero non solo dal Consiglio superiore della magistratura, è che l'autonomia e l'indipendenza della magistratura possano risultare appannate nella loro immagine, soprattutto in quelle situazioni in cui vi è contestuale esercizio di funzioni giudiziarie e funzioni di governo locale da parte dei magistrati.

È necessario che la fattispecie disciplinare di cui all'art. 3, comma 1, lett. h) sia interpretata secondo Costituzione, ossia nel rispetto del diritto costituzionale di elettorato passivo e altresì delle norme che consentono ai magistrati di assumere cariche politiche. È altrettanto indispensabile, però, che tale interpretazione rimanga ancorata «al dato “formale”, se non si vuole correre il rischio di diluire la portata precettiva della norma»⁹², che, come sottolineato a più riprese dalla Corte, mira a salvaguardare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, ma soprattutto la percezione di queste agli occhi dei cittadini, che devono essere rassicurati sul fatto che l'attività giurisdizionale non sia guidata da alcun desiderio di far prevalere una parte politica⁹³.

In conclusione, per cercare di fornire una risposta all'interrogativo con il quale si è aperta questa riflessione, anche alla luce del timido intervento della Corte costituzionale, i limiti (peraltro vaghi) posti dal Costituente e dal legislatore non possono e non debbono essere interpretati come limitazioni dei diritti costituzionali dei magistrati, ma necessitano di una lettura più ampia, che tenga in debito conto la percezione, oggi più che mai necessaria, dell'imparzialità della magistratura⁹⁴. Ciò per almeno due ragioni. In primo luogo, quando ci si interroga sul “giusto” bilanciamento tra diritto del cittadino-magistrato di partecipare attivamente alla vita politica e il dovere di quest'ultimo di apparire (e, conseguentemente, di essere) indipendente, si dovrebbe essere guidati da un principio cardine, ossia la soggezione del magistrato alla sola legge. Non è ammissibile, quindi, che vi possa essere una soggezione (formale o no) ad un partito politico che, per definizione, persegue ideali, scopi, posizioni “di parte”⁹⁵. Anzi, le garanzie poste dal Costituente e dal legislatore alla delicatezza del ruolo rivestito dal magistrato hanno come contraltare una

e, successivamente non ricollocamento in ruolo dei magistrati che siano candidati ad elezioni politiche od amministrative, ovvero che abbiano assunto incarichi di governo nazionale, regionale e negli enti locali.

⁹² F. BIONDI, *Le attività politiche dei magistrati: alcune indicazioni dai giudici disciplinari*, cit., p. 415.

⁹³ Il riferimento è nuovamente alla sent. n. 224/2009.

⁹⁴ Vi è addirittura chi sostiene, come 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*, cit., p. 50, che è proprio in forza dell'attività professionale esercitata dai magistrati, che essi potrebbero ricavare delle occasioni di notorietà precluse ad altri soggetti.

⁹⁵ In questo senso *ivi*, p. 49. Aggiunge opportunamente G.E. POLIZZI, *Il “caso Emiliano”. I nodi ancora irrisolti del divieto di iscrizione ai partiti politici dopo la sentenza n. 170 del 2018*, cit., p. 62, che, anche se il magistrato non avesse alcun rapporto con il partito politico e la candidatura fosse il frutto di meriti derivanti dalle funzioni giudiziarie, ciò sarebbe ancora più grave e aprirebbe la strada a una riflessione sull'opportunità di utilizzare al fine di una candidatura ciò che è stato fatto esercitando la funzione giudiziaria.

sua maggiore responsabilizzazione rispetto al *quisque de populo*⁹⁶, senza che ciò possa apparire lesivo dei diritti di ogni cittadino e, quindi, anche del magistrato.

In secondo luogo, il tema della “visibilità”. La partecipazione costante, negli ultimi anni, di molti magistrati alla vita politica (per vero stimolata, il più delle volte, dagli stessi attori dell’agone politico), oltre a fare emergere la problematica questione della politicizzazione della magistratura, sembra porsi in aperta collisione proprio con quel delicato potere che deve essere esercitato senza protagonismi e che, pertanto, mal si concilia con la scelta di sottoporsi al corpo elettorale candidandosi a cariche elettive. L’apparenza di imparzialità è equiparabile, sotto questo specifico proprio, all’essenza stessa di imparzialità.

In quest’ottica due appaiono le scelte più plausibili. Da un lato, occorre una seria riassunzione di responsabilità da parte del legislatore⁹⁷: la disciplina di questa delicata materia deve essere trattata in maniera ampia e compiuta dalla legislazione ordinaria, l’unico strumento in grado di recuperare la distanza tra i poteri, rispettando i principi di un sistema democratico⁹⁸. Occorre che il legislatore si occupi di pervenire ad una disciplina organica in materia di partiti⁹⁹, anche alla luce della valorizzazione del ruolo dei partiti politici nelle democrazie contemporanee operata dalla Corte nella sentenza in commento. In questo senso, né la giurisprudenza del C.S.M., né quella della Corte costituzionale sono in grado colmare le lacune e le incongruenze di un legislatore disattento.

Dall’altro, è necessario rimettere mano alla cruciale questione del rientro in ruolo dei magistrati al termine dell’esperienza politica. Gli spazi riservati all’intervento del legislatore non sono affatto ampi¹⁰⁰, posto che l’art. 51 Cost., quarto comma, dispone che «Chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro». Occorre allora domandarsi: l’art. 51 Cost., quarto comma, impone necessariamente che il magistrato, una volta terminato l’espletamento delle funzioni pubbliche elettive che è stato chiamato a svolgere, abbia diritto a tornare a fare il magistrato oppure impone solamente che il magistrato debba conservare il suo posto, ma in un altro settore della pubblica amministrazione?

⁹⁶ 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*, cit., p. 48.

⁹⁷ G.M. FLICK, *Magistratura, incarichi extragiudiziari e politica*, cit., p. 4. Sull’analisi dei progetti di legge in materia, si rimanda a V. DE SANTIS, *Iscrizione ai partiti politici, elettorato passivo e regime delle ineleggibilità per i magistrati nel (poco democratico) sistema dei partiti*, cit., p. 27 e ss.

⁹⁸ *Ivi*, pp. 40-41.

⁹⁹ Secondo ID., *Indipendenza e imparzialità del magistrato fuori ruolo tra disciplina sul rientro dei magistrati e democraticità interna dei partiti*, cit., p. 16 «*finché il legislatore non interverrà in modo sistematico, i divieti di iscrizione e di partecipazione all’attività di partito continuano ad essere ragionevoli*».

¹⁰⁰ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 101.

La lettura preferibile è senza dubbio la seconda¹⁰¹: il magistrato che decide di candidarsi, ha il diritto di conservare il proprio posto di lavoro, ma il concetto di “posto” non deve necessariamente coincidere con le funzioni concretamente svolte in precedenza¹⁰². Ciò risponde all’esigenza che l’immagine di imparzialità, che deve sempre accompagnare un magistrato, non sia in alcun modo compromessa¹⁰³: il magistrato che si è candidato a favore di una parte politica, infatti, potrebbe venir sempre percepito come uomo “di parte”, anche nell’esercizio della sua attività professionale, «con la conseguenza che la funzione pubblica, se non compromessa sul piano sostanziale, lo sarebbe sul piano dell’immagine, non apparendo credibile agli occhi del cittadino»¹⁰⁴. In altre parole, la tutela costituzionale della permanenza del posto di lavoro può essere intesa quale garanzia del mantenimento delle funzioni pubbliche esercitate prima dell’impegno politico nella misura in cui per qualità, quantità e durata di esso non sembri essere stato reciso il legame professionale e, forse prima ancora, culturale con l’attività giurisdizionale.

È dunque necessario immaginare limiti più stringenti, che prevedano per i magistrati l’approdo ad altri incarichi, ad esempio l’Avvocatura dello Stato o il Consiglio di Stato, una volta terminata l’esperienza politica¹⁰⁵. Infatti, si potrebbe sempre annidare un sospetto di mancanza di imparzialità, non solo con riferimento ai processi futuri ma anche, e soprattutto, a quelli svolti in precedenza; tale dubbio non sembra vincibile neppure con lo strumento del “fuori ruolo”, decisamente troppo debole per riuscire ad abbracciare l’apparenza di indipendenza e imparzialità richiesta ad ogni rappresentante dell’ordine giudiziario¹⁰⁶.

Occorre, poi, prendere in considerazione il piano dell’opportunità. Ogni magistrato dovrebbe essere ispirato al *self restraint* che è imposto dal suo delicato e importante ruolo, disponendo di un bagaglio di indipendenza e di preparazione tecnico-giuridica che lo mette in condizione di rendere decorosamente

¹⁰¹ Tale lettura non troverebbe ostacoli di natura costituzionale; ciò sarebbe confermato anche dalla Corte costituzionale che, con sentenza n. 172/1982, riafferma quanto già stabilito negli anni ’60 (sent. n. 6/1960): «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». Per completezza, è bene ricordare che, nel caso specifico, la Corte si era pronunciata su un mutamento di funzioni di natura giudiziaria.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ G. FERRI, *L’elezione dei magistrati al Parlamento e l’imparzialità della funzione giurisdizionale*, cit., p. 334.

¹⁰⁴ *Ibidem*. «I magistrati debbono essere non soltanto superiori ad ogni parzialità, ma anche al di sopra di ogni sospetto di parzialità; condizione, questa, difficilmente, compatibile con quella ricerca del consenso che fisiologicamente caratterizza l’agone politico» (punto 3, delibera del 21 ottobre 2015 del C.S.M. – *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. Candidabilità e, successivamente non ricollocamento in ruolo dei magistrati che siano candidati ad elezioni politiche od amministrative, ovvero che abbiano assunto incarichi di governo nazionale, regionale e negli enti locali*).

¹⁰⁵ Si veda, in questo senso, il recente intervento del Ministero della Giustizia Bonafede al *Plenum* del C.S.M. del 27 giugno scorso; al contempo, si vedano le proposte di intervento del C.S.M. nella delibera del 21 ottobre 2015.

¹⁰⁶ In questo senso G.M. FLICK, *Magistratura, incarichi extragiudiziari e politica*, cit., p. 3.



giustizia nei casi concreti¹⁰⁷, per far sì che non possa esistere tutela dei diritti dove non vi è separazione dei poteri. Così ragionando, la limitazione della partecipazione per il magistrato all'agone politico non priva costui di un diritto ma, anzi, lo arricchisce, permettendogli di «coltivare [...] quella vocazione al dovere»¹⁰⁸ che si accompagna inevitabilmente allo *status* e alle funzioni in concreto esercitate dal giudice e che è insita in quel dovere di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio a cui è chiamato ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. 109/2006.

¹⁰⁷ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., p. 169.

¹⁰⁸ 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*, cit., p. 51.