



IL GOVERNO. PROSPETTIVE ORGANIZZATIVE E FUNZIONALI
12 OTTOBRE 2020

Commistioni “consentite” ma pericolose tra magistratura e politica

di Francesco Dal Canto

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Pisa

Commistioni “consentite” ma pericolose tra magistratura e politica*

di Francesco Dal Canto

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università di Pisa

Abstract [It]: Il saggio esamina i delicati rapporti tra Magistratura e Potere politico con particolare riguardo a due questioni di grande attualità. La prima concerne la prassi di attribuire ai magistrati incarichi extra-giudiziari in numerosi organi pubblici; la seconda riguarda invece la partecipazione diretta dei magistrati alle attività in senso stretto politiche, ovvero il loro coinvolgimento nella vita dei partiti politici o la loro candidatura alle competizioni elettorali per il rinnovo di organi politico-amministrativi.

Abstract [En]: The essay examines the delicate relations between the judiciary and political power with particular regard to two highly topical issues. The first concerns the practice of assigning extra-judicial positions to magistrates in numerous public bodies; the second concerns the direct participation of judges in strictly political activities, or their involvement in the life of political parties or their candidacy in electoral competitions for the renewal of political-administrative bodies.

Sommario: 1. Premessa. 2. L'articolata disciplina sugli incarichi extragiudiziari e sul fuori ruolo dei magistrati... 3. ...e l'esigenza di un suo complessivo ripensamento. 4. La partecipazione diretta dei magistrati alle attività politiche... 5. ...e alcuni spunti in vista di una sua necessaria razionalizzazione.

1. Premessa

I delicati equilibri che caratterizzano le relazioni tra potere giudiziario e potere politico si snodano su molteplici piani.

Nel presente contributo vorrei affrontare due questioni distinte attinenti a tale problematica.

La prima, solitamente poco esaminata e tuttavia assai delicata, è quella della prassi dell'affidamento ai magistrati di incarichi extragiudiziari all'interno di numerosi organi, costituzionali o di rilevanza costituzionale, autorità di garanzia, enti pubblici, ecc.

La seconda, marginale dal punto di vista numerico e tuttavia connotata di un'evidente rilevanza simbolica per la sua capacità di condizionare la messa a fuoco dell'immagine dei magistrati nell'opinione pubblica, è quella della partecipazione diretta di essi alle attività in senso stretto politiche, con il coinvolgimento nella vita di un partito oppure con la candidatura alle elezioni per il rinnovo di organi di natura politica.

Si tratta di tematiche all'evidenza differenti ma unite dal fatto di rappresentare entrambe occasione di potenziale commistione, peraltro entro certi limiti consentita dal legislatore, tra magistratura e politica. Questione divenuta oggi di drammatica attualità alla luce delle note e sconcertanti cronache degli ultimi

* Articolo sottoposto a referaggio.

mesi, che hanno riferito, com'è ormai a tutti noto, di contatti indebiti tra alcuni esponenti del C.S.M. e alcuni attori politici in vista di nomine di spettanza di tale organo.

2. L'articolata disciplina sugli incarichi extragiudiziari e sul fuori ruolo dei magistrati...

Ai magistrati ordinari, come anticipato, sono sovente conferiti, seppure in misura più ridotta rispetto ai colleghi delle magistrature speciali, incarichi extragiudiziari, ovvero aggiuntivi rispetto a quelli che sono riconducibili al loro stato giuridico. È ovvio che l'aspetto più delicato di tale fenomeno attiene alle eventuali ricadute che tali incarichi possono comportare sull'esercizio indipendente della funzione giurisdizionale.

La disciplina vigente, stratificatasi nel tempo, è piuttosto disorganica.

Innanzitutto, si applica ai magistrati la normativa generale sulle incompatibilità dei dipendenti pubblici, di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001¹. Inoltre, ai sensi dell'art. 16 del r.d. n. 12/1941, come modificato dalla legge n. 97/1979, “i magistrati non possono assumere pubblici o privati impieghi od uffici, ad eccezione di quelli di senatore, di consigliere nazionale o di amministratore gratuito di istituzioni pubbliche di beneficenza. Non possono nemmeno esercitare industrie o commerci, né qualsiasi libera professione”. Ancora, i magistrati non possono “accettare incarichi di qualsiasi specie né possono assumere le funzioni di arbitro senza l'autorizzazione del C.S.M. In tal caso, possono assumere le funzioni di arbitro unico o di Presidente del collegio arbitrale ed esclusivamente negli arbitrati nei quali è parte l'Amministrazione dello Stato ovvero aziende o enti pubblici”.

Pertanto, la legge n. 190/2012 (c.d. legge anticorruzione) ha disposto, all'art. 1, comma 18, che “ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie è vietata, pena la decadenza dagli incarichi e la nullità degli atti compiuti, la partecipazione a collegi arbitrali o l'assunzione di incarico di arbitro unico”².

Da notare che, per il C.S.M.³, l'autorizzazione non è necessaria per alcune attività considerate “libere” (partecipazione gratuita a convegni, collaborazioni con testate giornalistiche e riviste, ecc.) e per gli incarichi conferiti per legge a “magistrati individuati e considerati non fungibili”, come ad esempio l'incarico di componente di una commissione di concorso o di idoneità professionale della quale devono

¹ Ove si prevede, in generale, che “resta ferma per tutti i dipendenti pubblici la disciplina delle incompatibilità dettata dagli articoli 60 e seguenti del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3” e, in particolare, che “le pubbliche amministrazioni non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati”.

² Già a partire da una delibera del C.S.M. del 1999, in realtà, ai magistrati ordinari non era consentito assumere funzioni arbitrali nelle controversie in materia di pubblici appalti.

³ Cfr. la circolare n. 22581/2015 e successive modificazioni.

necessariamente far parte dei magistrati; mentre, per gli incarichi di docenza conferiti da soggetti pubblici che rientrano entro un certo impegno orario e non superano un certo compenso lordo, l'organo di governo segue una procedura semplificata di autorizzazione. Sempre per il C.S.M., non possono essere mai autorizzati alcuni incarichi come quelli nella giustizia sportiva o nell'ambito di scuole private per la preparazione di concorsi pubblici.

Il d.lgs. n. 35/2006, inoltre, ha stabilito che il C.S.M. debba rendere noto ogni sei mesi, mediante inserimento in apposita sezione del proprio sito *internet*, l'elenco degli incarichi extragiudiziari conferiti nel semestre ai magistrati ordinari, autorizzati dal Consiglio medesimo. Nel citato elenco devono essere indicati, per ciascun incarico, l'ente che lo ha conferito, l'eventuale compenso percepito, la natura, la durata ed il numero degli incarichi precedentemente svolti dal magistrato nell'ultimo triennio.

Per il tipo di impegno che richiedono, alcuni incarichi extra-funzionali presuppongono poi che il magistrato sia collocato fuori ruolo organico (cfr. art. 276, comma 3, r.d. n. 12/1941). Sono questi, com'è evidente, i casi che possono comportare le maggiori criticità, anche in considerazione del fatto che negli ultimi anni essi hanno assunto una dimensione ragguardevole e ciò soprattutto in conseguenza di alcune discutibili scelte del legislatore⁴.

Ciò, per inciso, può apparire curioso: in una fase storica ove si registrano da parte della classe politica numerosi segnali di insofferenza dinanzi a fenomeni di presunta supplenza giudiziaria - ovvero di invadenza dei giudici e delle loro pronunce in ambiti ritenuti riservati alla discrezionalità delle scelte politiche - quella stessa classe politica stimola poi, per altra via, un fenomeno diverso ma per certi aspetti analogo, affidando a magistrati una molteplicità di incarichi che inevitabilmente avvicinano loro alla sfera della politica⁵.

La definizione normativa dell'istituto del fuori ruolo si rinviene, in particolare, nell'art. 58 del Testo unico sugli impiegati civili dello Stato (d.P.R. n. 3/1957), che si applica anche ai magistrati in forza del rinvio operato da citato art. 276, comma 3, del r.d. n. 12/1941; in tale articolo si prevede che "il collocamento fuori ruolo può essere disposto per il disimpegno di funzioni dello Stato o di altri enti pubblici attinenti all'interesse dell'amministrazione che lo dispone e che rientrano nei compiti istituzionali dell'amministrazione stessa". Dunque, il principale presupposto che deve sussistere per il collocamento fuori ruolo è il contestuale interesse dell'amministrazione giudiziaria e di quella di destinazione, in osservanza del principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.⁶

⁴ Il riferimento è al d.lg. n. 217/2001, sul quale si tornerà più avanti nel testo. In argomento cfr. R. FUZIO, *Le funzioni fuori ruolo*, in *Dieci anni di riforme dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2016, V, p. 182.

⁵ Cfr., in senso analogo, G.M. FLICK, *Magistratura, incarichi extragiudiziari e politica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016.

⁶ Cfr. M. ATELLI, *Collocamento fuori ruolo*, in *Enc.giur.*, Roma, 1998, p. 1.

L'ordinamento giudiziario del 1941 contemplava due sole previsioni dedicate al fuori ruolo dei magistrati, tuttora vigenti, figlie di una fase storica in cui il Ministero della Giustizia era titolare del complesso delle funzioni di amministrazione della magistratura: si tratta dell'art. 196, che riguarda la specifica destinazione di magistrati al solo Ministero della Giustizia, e dell'art. 210, relativo al collocamento fuori ruolo di magistrati ai quali, nel numero massimo di sei, siano conferiti incarichi "speciali" che comportino la sospensione dal servizio per più di due mesi.

Più tardi, l'art. 15 della legge n. 195/1958, istitutiva del C.S.M., ha previsto, pur senza innovare molto rispetto al passato, due tipi di collocamento fuori ruolo: a) la destinazione dei magistrati al ministero della Giustizia (art. 15, comma 1); b) il conferimento ai magistrati di incarichi, estranei alle loro funzioni, che risultino previsti dalle norme vigenti (art. 15, comma 3).

Una svolta, come anticipato, si è realizzata ben più di recente, con il d.lg. n. 217/2001 (convertito con legge n. 317/2001), che ha esteso le possibilità di attribuire ai magistrati incarichi da parte di amministrazioni pubbliche di fatto a prescindere dal tradizionale presupposto della sussistenza di un raccordo con gli interessi dell'amministrazione giudiziaria; in particolare, l'art. 13, comma 1, del citato testo stabilisce che sono attribuibili a magistrati "gli incarichi di diretta collaborazione con il Presidente del Consiglio dei Ministri, con il Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, con il Segretario del Consiglio dei Ministri, con i singoli Ministri, anche senza portafoglio" e che, "in tali casi, essi, su richiesta degli organi interessati, sono collocati, con il loro consenso, in posizione di fuori ruolo o di aspettativa retribuita, per l'intera durata dell'incarico, anche in deroga ai limiti di carattere temporale previsti dai rispettivi ordinamenti di appartenenza e in ogni caso non oltre il limite di cinque anni consecutivi". Al comma 3 del medesimo articolo si precisa poi che gli organi competenti deliberano in tali casi il collocamento fuori ruolo "fatta salva per i medesimi la facoltà di valutare motivate e specifiche ragioni ostative al suo accoglimento".

Sembra evidente, dunque, come il C.S.M. possa negare in questi casi il fuori ruolo solo in circostanze sostanzialmente eccezionali. Da notare, pertanto, come la previsione del 2001 abbia di fatto contribuito all'aggiornamento della tradizionale *ratio* dell'istituto del fuori ruolo, che risiede, come anticipato, nel consentire ad una diversa amministrazione la possibilità di avvalersi delle competenze di un magistrato per lo svolgimento di attività che, pur non rientrando tra i compiti tipici di quest'ultimo, siano in qualche modo con gli stessi connesse, sul presupposto che tale soluzione soddisfi gli interessi di entrambi i soggetti istituzionali coinvolti.

Successivamente, la citata legge n. 190/2012, all'art. 1, comma 66, modificato con legge n. 114/2014, ha stabilito che "tutti gli incarichi presso istituzioni, organi ed enti pubblici, nazionali ed internazionali attribuiti in posizioni apicali o semi-apicali, compresi quelli, comunque denominati, negli uffici di diretta

collaborazione, ivi inclusi quelli di consulente giuridico, nonché quelli di componente degli organismi indipendenti di valutazione, a magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, avvocati e procuratori dello Stato, devono essere svolti con contestuale collocamento in posizione di fuori ruolo, che deve permanere per tutta la durata dell'incarico".

A rendere il quadro normativo ancora più articolato hanno poi contribuito una serie di specifiche previsioni normative - talora in attuazione della normativa internazionale o di quella dell'Unione europea - con le quali sono state previste svariate ipotesi di fuori ruolo collegate ad incarichi presso autorità indipendenti o enti internazionali e sovranazionali di varia natura, alcuni dei quali, peraltro, comportanti l'esercizio di funzioni giurisdizionali.

Il fuori ruolo viene concesso con delibera autorizzatoria del C.S.M., ai sensi del citato art. 15 della legge n. 195/1958. Prima di autorizzare il fuori ruolo, l'organo di governo della magistratura deve valutare - salvo quanto detto sopra con riferimento alle previsioni introdotte dal d.lg. n. 217/2001 - che tale decisione non si ponga in contrasto con l'interesse al buon andamento della giustizia, soprattutto in relazione al rischio che si determinino carenze di organico; per questa ragione, del resto, e anche per impedire che possano svilupparsi delle vere e proprie "carriere parallele", nel 2006 è stato fissato il periodo massimo di fuori ruolo in dieci anni nell'arco dell'intero servizio - limite poi ribadito con il citato intervento legislativo del 2012 - con esclusione, tuttavia, dei membri di Governo, delle cariche elettive, anche presso gli organi di autogoverno, e dei componenti delle Corti internazionali comunque denominate (cfr. art. 50 del d.lgs. n. 160/2006 e art. 1, commi 68 e 70, legge n. 190/2012)⁷.

Il Consiglio di Stato ha precisato che, prima di autorizzare un incarico che presuppone il fuori ruolo, il C.S.M. dovrebbe verificare che lo stesso non sia idoneo a compromettere l'indipendenza e la terzietà del magistrato nonché "la percezione dei cittadini in ordine ad uno svolgimento indipendente (da parte dello stesso magistrato) della funzione giurisdizionale"⁸.

Per gli incarichi presso la Presidenza della Repubblica, la Corte costituzionale e il C.S.M., inoltre, il termine decennale viene fatto decorrere dalla data di entrata in vigore della stessa legge, ovvero a partire da 28 novembre 2012 (cfr. art. 1, comma 71, legge n. 190/2012).

Il limite massimo di magistrati destinati a svolgere "funzioni diverse da quelle giudiziarie" è fissato, dal 2008, in 200 (art. 1 *bis* della legge n. 181/2008), ma in tale tetto non rientrano coloro che svolgono il proprio incarico presso la Presidenza della Repubblica, la Corte costituzionale o il C.S.M., nonché i magistrati in aspettativa per mandato elettorale. Si tratta all'evidenza di un numero piuttosto alto,

⁷ Cfr. R. FUZIO, *Le funzioni fuori ruolo*, cit., p. 180 ss.

⁸ Così Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 2486/2012.

considerato l'organico complessivo della magistratura ordinaria (meno di diecimila unità) e la scoperta ricorrente di molti uffici giudiziari.

3. ... e l'esigenza di un suo complessivo ripensamento

La complessa e disorganica disciplina appena richiamata, integrata da numerosi interventi para-normativi del C.S.M.⁹, meriterebbe un ripensamento complessivo, tanto più in un periodo storico nel quale, come detto, le potenziali commistioni tra magistratura e politica sono giustamente osservate con particolare attenzione¹⁰.

I profili critici sono diversi.

In linea generale, appare almeno in parte destituita di fondamento l'idea - implicitamente accolta dal legislatore con le scelte compiute nel 2001, con l'indiscriminata apertura alla possibilità del fuori ruolo, e nel 2008, con la fissazione del numero massimo di magistrati destinabili al fuori ruolo - secondo la quale la professionalità dei magistrati sarebbe insostituibile e addirittura "strategica" per tutta una serie di organi non giudiziari¹¹. Occorre, in particolare, superare la tendenza a ritenere che le competenze tecnico-giuridiche, certamente necessarie all'interno di un ministero o di una autorità di garanzia, appartengano in via esclusiva al corpo dei magistrati.

Inoltre, è un fatto che l'amministrazione della giustizia spesso non trae alcun vantaggio dalla concessione del fuori ruolo ad un magistrato: oltre alle ovvie conseguenze in termini di riduzione dell'organico e di sottrazione di energie lavorative agli uffici giudiziari, il fuori ruolo, tanto più se prolungato nel tempo, può determinare una diminuzione del sapere professionale che si riverbera negativamente sul sistema giustizia al momento del ritorno alla giurisdizione.

⁹ Cfr. circolare n. 13778/2014 e successive modifiche.

¹⁰ Si tenga inoltre conto - come segnalano N. ZANON - F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V Edizione, Bologna, 2019, p. 132 - che il C.S.M., negli ultimi anni, ha talora consentito l'aggiornamento dei limiti riguardanti il fuori ruolo ricorrendo all'art. 23 *bis* del d.lgs. n. 165/2001, laddove si prevede che "i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ivi compresi gli appartenenti alle carriere diplomatica e prefettizia, e, limitatamente agli incarichi pubblici, i magistrati ordinari, amministrativi e contabili e gli avvocati e procuratori dello Stato sono collocati, salvo motivato diniego dell'amministrazione di appartenenza in ordine alle proprie preminenti esigenze organizzative, in aspettativa senza assegni per lo svolgimento di attività presso soggetti e organismi, pubblici o privati, anche operanti in sede internazionale, i quali provvedono al relativo trattamento previdenziale".

L'aspettativa senza assegni è un istituto diverso dal fuori ruolo, nel senso che esso prescinde dall'attinenza degli interessi dell'amministrazione di appartenenza a quelli dell'ente di destinazione; prima dell'entrata in vigore dell'art. 23 *bis* citato, l'aspettativa senza assegni era prevista per mandato parlamentare (elezioni al Parlamento italiano ed europeo), per assumere alcune funzioni di governo (sottosegretari di Stato), per mandato amministrativo (nello specifico per elezioni regionali o comunali), per effetto di nomina ad assessore esterno, infine per ricongiungimento con il coniuge all'estero.

¹¹ Cfr., ad esempio, la nota del Comitato direttivo centrale dell'Associazione nazionale magistrati del 22 dicembre 2012 (consultabile in www.associazionemagistrati.it), ove si sottolinea che "i magistrati fuori ruolo costituiscono infatti una risorsa indispensabile e strategica sia per il miglioramento dell'efficienza di importanti settori della Pubblica amministrazione sia per l'accrescimento del prestigio che la magistratura nel suo complesso riceve per la qualità dell'opera che la professionalità dei magistrati sa rendere anche al di fuori dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali".

E ancora, la circostanza che dei magistrati occupino posizioni di rilievo all'interno di istituzioni eminentemente politiche, come ad esempio i ministeri, per lo svolgimento di compiti di natura giuridico-amministrativa ai più vari livelli, pone, sempre in vista del loro ritorno in ruolo, un potenziale pregiudizio sulla loro indipendenza e imparzialità; e ciò sia in senso oggettivo, perché essi conoscono come amministratori ciò che un giorno potrebbero essere chiamati a giudicare come magistrati, sia in senso soggettivo, in quanto i compiti svolti porteranno loro inevitabilmente a coltivare rapporti e relazioni che potrebbero favorire, talora anche aldilà delle intenzioni, dinamiche indebite di vario tenore¹².

Per inciso, il gran numero di magistrati tradizionalmente impegnati presso il Ministero della Giustizia - circostanza che si sostanzia in gran parte in un retaggio del passato¹³ - se a prima vista può apparire giustificabile dato il tipo di competenze assegnate allo stesso, rischia invece, qualora si vada oltre il carattere della eccezionalità¹⁴, di ingenerare confusione tra due aree che la Costituzione ha inteso separare con nettezza: da una parte l'amministrazione della giurisdizione, riservata ad un organo di garanzia quale il Consiglio superiore della magistratura, dall'altra "l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia", riservata in via esclusiva alla responsabilità politica del Ministro, ai sensi dell'art. 110 Cost. Certamente non tutti gli incarichi extragiudiziari comportano gli stessi problemi: una cosa è esercitare la funzione giurisdizionale in un organo giudiziario di natura internazionale o sovranazionale¹⁵, altro è svolgere il ruolo di assistente di studio presso la Corte costituzionale, entrambe esperienze che, seppur in modo diverso, possono certamente assicurare una proficua osmosi tra le diverse realtà; altra cosa, senza dubbio, è fare il Capo di gabinetto di un Ministero o l'incaricato presso una Commissione parlamentare¹⁶. A tale proposito, non dovrebbe essere troppo difficile per il legislatore, in attuazione della riserva di legge prevista all'art. 108 Cost., operare una distinzione puntuale tra le diverse situazioni, ovviamente tornando indietro rispetto a quella generalizzata apertura inaugurata con la citata legge del 2001.

E tuttavia, finora, i tentativi in tale direzione, tra i quali tre richieste di *referendum* abrogativo, nel 1997, nel 2000 e nel 2013, e molteplici dibattiti all'interno sia del corpo dei magistrati sia della classe politica, sono

¹² A mero titolo di esempio, nel maggio 2020 il dott. Fulvio Baldi, magistrato fuori ruolo e Capo di Gabinetto del Ministero della Giustizia, si è dimesso per "ragioni personali" immediatamente dopo che si era diffusa la notizia che in alcune intercettazioni telefoniche, disposte nell'ambito dell'inchiesta di Perugia nella quale risulta indagato, tra gli altri, l'ex Presidente della A.N.M., dott. Luca Palamara, erano emerse delle conversazioni telefoniche tra i due nelle quali sembra si discutesse proprio di prospettive di collocazione in fuori ruolo di altri colleghi.

¹³ Cfr. G. SOBRINO, *Il Ministro della Giustizia e i poteri dello Stato, Vicende e prospettive di una collocazione problematica*, Napoli, 2015, p. 288.

¹⁴ Cfr. A. PIZZORUSSO, *L'incerto ruolo costituzionale del Ministero della Giustizia*, ora in ID., *L'ordinamento giudiziario*, II, Napoli, 2019, p. 561, secondo il quale il ricorso ai magistrati da parte del Ministero della Giustizia dovrebbe avere "carattere eccezionale".

¹⁵ Incarichi ai quali, anzi, sarebbe probabilmente opportuno non applicare la medesima disciplina dei collocamenti fuori ruolo, trattandosi comunque di "giurisdizione", per quanto esercitata fuori dall'ambito degli uffici giudiziari previsti dalle norme dell'ordinamento giudiziario.

¹⁶ L'elenco degli incarichi fuori ruolo è pubblicato e costantemente aggiornato sul sito del C.S.M. (www.csm.it).

tutti inesorabilmente falliti. Da ultimo può richiamarsi la stessa citata legge n. 190/2012, laddove, all'art. 1, comma 67, si era prevista una delega al Governo per l'adozione di un decreto legislativo volto ad individuare gli incarichi per i quali fosse previsto l'obbligatorio collocamento in posizione di fuori ruolo, tenendo conto di una serie di principi e criteri direttivi: a) tener conto delle differenze e specificità dei regimi e delle funzioni connessi alla giurisdizione ordinaria, amministrativa, contabile e militare, nonché all'Avvocatura dello Stato; b) durata dell'incarico; c) continuità e onerosità dell'impegno lavorativo connesso allo svolgimento dell'incarico; d) possibili situazioni di conflitto di interesse tra le funzioni esercitate presso l'amministrazione di appartenenza e quelle esercitate in ragione dell'incarico ricoperto fuori ruolo.

Si sarebbe trattato di un passo rilevante, anche se non sufficiente, per assicurare una maggiore chiarezza e una più equilibrata regolamentazione della materia. Tuttavia, com'è noto, tale delega non è stata esercitata.

Si noti, infine, che, mentre si scrive, è in corso di presentazione al Parlamento, su iniziativa del Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede, un disegno di legge per la riforma dell'ordinamento giudiziario¹⁷: all'art. 19 di tale testo si prevede, significativamente, che i magistrati collocati fuori ruolo per l'assunzione di incarichi di capo e vicecapo di un ufficio di diretta collaborazione e di capo e vicecapo di dipartimento presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e i Ministeri nonché presso i consigli e le giunte regionali, “non possono fare domanda per accedere a incarichi direttivi per un periodo di due anni decorrente dal giorno di cessazione dell'incarico, fatto salvo il caso in cui l'incarico direttivo sia stato ricoperto in precedenza”.

4. La partecipazione diretta dei magistrati alle attività politiche ...

Passando ad esaminare la seconda tematica, è palese che i rischi di contatto tra politica e magistratura si manifestano in modo più evidente nelle ipotesi di coinvolgimento diretto di un magistrato nelle attività politiche.

A tale proposito, conviene prendere avvio dalla tradizionale questione della partecipazione del magistrato alle attività dei partiti politici. È noto, innanzi tutto, che l'art. 98, comma 3, Cost., prevede che “si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici” per alcune categorie di dipendenti pubblici, tra i quali, oltre ai militari di carriera in servizio attivo, i funzionari e agenti di polizia e i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero, anche i magistrati.

¹⁷ *Disegno di legge recante delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario nonché norme in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura*, approvato dal Consiglio dei Ministri nell'agosto 2020.

L'opzione del rinvio al legislatore ordinario emerse in Assemblea costituente quale soluzione di compromesso tra due opposte visioni¹⁸. Da una parte chi - soprattutto nell'area dei comunisti e dei socialisti - vedeva con favore, anche come segno di discontinuità *sostanziale* con il regime fascista¹⁹, l'ipotesi che i magistrati potessero partecipare attivamente alla vita democratica, a partire dall'iscrizione ad un partito, anche avvertendo il rischio (già allora) che l'eventuale divieto potesse indirettamente comprimere i diritti di elettorato passivo degli stessi magistrati²⁰ e comunque precisando come tale partecipazione dovesse mantenersi nei "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"²¹. Dall'altra coloro che - soprattutto nell'area di conservatori, democristiani e liberali - ritenevano al contrario inopportuna tale prospettiva, in ragione della prevalente esigenza di assicurare l'imparzialità e l'indipendenza della magistratura, anche con riguardo alla sua immagine esterna, atteso che "i magistrati debbono essere non soltanto superiori ad ogni parzialità, ma anche ad ogni sospetto di parzialità" e devono essere messi in condizione di "poter obbedire soltanto all'imperativo della propria coscienza"²².

La non scelta del Costituente ha favorito, negli anni successivi, l'originarsi di interpretazioni opposte sullo stesso art. 98, comma 3, Cost., tra chi ha letto tale previsione come un implicito invito al legislatore a procedere all'introduzione del divieto²³, per alcuni addirittura rafforzato dal possibile richiamo all'art. 54, comma 2, Cost.²⁴, e coloro che, al contrario, hanno desunto dalla stessa un chiaro *favor* verso la libertà di iscrizione, che poteva essere superato, in una logica strettamente derogatoria, soltanto dinanzi al rivelarsi di "concrete ragioni in contrario"²⁵.

Il legislatore, peraltro, ha regolato la situazione soltanto con la legge n. 150/2005: in realtà, una prima formulazione, più ambigua e restrittiva - ove in particolare si precludeva l'adesione a "centri politici" - è

¹⁸ Cfr., di recente, S. ARU, *La discussa partecipazione dei magistrati alla politica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, p. 457ss. e G.E. POLIZZI, *Il magistrato al Parlamento*, Padova, 2017, p. 80 ss.

¹⁹ In realtà il riferimento al Fascismo venne utilizzato nel dibattito in Assemblea costituente in modo ambivalente, dal momento che durante il regime si pretese, con legge n. 1482/1940, l'iscrizione al partito come condizione imprescindibile per la progressione in carriera, ma si trattava, ovviamente, del partito unico nazionale fascista; cfr. G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in AA.VV., *Fascismo e società italiana*, Torino, 1973, p. 127ss.

²⁰ Cfr. *Intervento* di F. Musotto (Partito socialista) in Assemblea costituente nel corso della seduta del 8 novembre 1947.

²¹ Cfr. Circolare n. 1941/1945 del Ministro della Giustizia Palmiro Togliatti che ben esprime un chiaro orientamento di apertura che in seguito sarebbe stato riproposto da numerosi Costituenti nel corso dei lavori in Assemblea costituente.

²² Cfr. *Intervento* di A. Moro (Democrazia cristiana) in Assemblea costituente nel corso della seduta del 7 novembre 1947.

²³ Cfr. V. FALZONE - F. PALERMO - F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Roma, 1948, p. 180.

²⁴ Ai sensi del quale chi è chiamato a svolgere funzioni pubbliche è tenuto ad "adempiarle con disciplina ed onore"; in tale senso R. MANFRELLOTTI, *La moglie di Cesare e l'uomo ragno. Brevi note sulla partecipazione dei magistrati alla competizione politica*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016, p. 308.

²⁵ S. SENESE, *Magistrati e iscrizione*, cit., 9. In senso analogo cfr. anche N. PIGNATELLI, *Il divieto di iscrizione*, cit., 34; A. SAITTA, Art. 98, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1921 e L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, p. 107.

stata sostituita, con legge n. 269/2006, con una più stringata ai sensi della quale risulta vietata al magistrato sia l'iscrizione sia la "partecipazione sistematica e continuativa" ai partiti politici, oltre al "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" (cfr. art. 3, comma 1, lett. h, del d.lgs. n. 109/2006).

Numerosi i dubbi sollevati dalla dottrina su tale previsione, giunta al cospetto della Corte costituzionale in ben due occasioni.

Nel primo caso, definito con sent. n. 224/2009, si è chiesto al Giudice delle leggi di valutare la legittimità costituzionale sia del divieto in sé considerato sia della sua applicazione nei confronti di un magistrato all'epoca collocato fuori ruolo per lo svolgimento di un incarico tecnico; ad avviso della Sezione disciplinare, in particolare, il divieto formale ed assoluto per il magistrato di iscrizione ai partiti politici, rafforzato da una sanzione per la sua violazione, sarebbe andato oltre la nozione giuridica di "limitazione" prevista nella Carta costituzionale, ponendosi in collisione sia con il principio costituzionale della parità dei diritti politici in capo a tutti i cittadini (art. 51 Cost) sia con il ruolo riservato dalla Costituzione ai partiti politici, qualificati come essenziale luoghi di partecipazione democratica (art. 49 Cost.).

Com'è noto, la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione: pur riconoscendo che i magistrati debbano godere in linea di principio degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino e possano dunque non soltanto condividere un'idea politica ma anche manifestare espressamente le proprie opinioni al riguardo, la stessa ha tuttavia ribadito, sulla scia del precedente rappresentato dalla sent. n. 100/1981, che "le funzioni esercitate e la qualifica rivestita dai magistrati non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale", come peraltro si desume dalla disciplina costituzionale, che, "da un lato, assicura [ai magistrati] una posizione peculiare, e dall'altro, correlativamente, comporta l'imposizione di speciali doveri".

Per il Giudice costituzionale, l'imparzialità e l'indipendenza dei magistrati sono valori che vanno 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 e imparzialità". E' in questa prospettiva - sottolinea ancora il Giudice delle leggi - che la Costituzione consente al legislatore di introdurre il divieto dei magistrati d'iscrizione ai partiti politici, così da evitare che "l'esercizio delle loro delicate funzioni sia offuscato dall'essere essi legati ad una struttura partitica che importa anche vincoli gerarchici interni"; e ciò anche allo scopo di "rassicurare"

il cittadino “sul fatto che l’attività del magistrato, sia esso giudice o pubblico ministero, non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica”²⁶.

Tale orientamento si riferisce sia al magistrato in servizio sia a quello che non esercita le funzioni giudiziarie, dal momento che il dovere di imparzialità riguarda anche il suo “operare da semplice cittadino, in ogni momento della sua vita professionale”.

È quest’ultimo l’aspetto più originale, e anche controverso, della pronuncia del 2009. Com’è stato a tale proposito notato, infatti, “altro è essere iscritti a un partito mentre si esercitano funzioni giudiziarie, altro è essere iscritti quando, pur appartenendo all’ordine giudiziario, non si esercitano tali funzioni”; mentre nel primo caso, infatti, i vincoli derivanti dall’appartenenza al soggetto politico potrebbero, in determinate circostanze, influire direttamente sulla libertà e indipendenza di giudizio, nell’altro caso tale rischio sembra escluso in radice, o meglio, esso pare degradare in un pericolo ben diverso, assai più aleatorio, quello per cui la pregressa appartenenza partitica potrebbe essere in grado, al momento del rientro del magistrato in ruolo, e pur essendo nel frattempo venuta meno ogni formale adesione, di produrre una sorta di “macchia indelebile” su tutta la sua carriera, passata e futura, appannandone irrimediabilmente l’immagine d’imparzialità²⁷.

Si pone in evidenza, dunque, la tradizionale alternativa, che discende dallo stesso art. 98 Cost., se la *ratio* del divieto debba essere individuata esclusivamente nell’obiettivo di scongiurare potenziali problemi di “doppia fedeltà” del magistrato oppure se essa vada estesa anche all’ulteriore esigenza di assicurare la percezione esterna d’indipendenza e imparzialità dello stesso²⁸. E la Corte sceglie senza indugio la lettura più comprensiva, considerando sovrapponibili l’interesse a garantire l’imparzialità del magistrato e quello a salvaguardare la mera apparenza di essa²⁹.

Più di recente la Corte è tornata in argomento con la sent. n. 170/2018.

²⁶ Si tratta - come può vedersi - di un indirizzo coerente con l’orientamento più generale, in più occasioni ribadito nella giurisprudenza costituzionale, per il quale i valori dell’indipendenza e dell’imparzialità dei magistrati non sono posti a tutela soltanto dell’ordine giudiziario “riduttivamente inteso come corporazione professionale”, bensì essi “appartengono “alla generalità dei soggetti” e si pongono come “presidio dei diritti dei cittadini” (cfr., tra le altre, Corte cost., sent. n. 497/2000).

²⁷ Cfr. 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. 139ss.; in senso adesivo rispetto a questo passaggio della pronuncia costituzionale cfr. invece 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.*, 2009, p. 5125 ss. e R. CHIEPPA, *Il divieto di attività politica dei magistrati: meglio tardi che mai (ricordi storici delle tesi dell’associazione dei magistrati)*, in *Giur.cost.*, 2009, p. 2855.

²⁸ Cfr. 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. 255s.

²⁹ Sulla distinzione tra imparzialità e apparenza di imparzialità sia consenti il rinvio a F. DAL CANTO, *Magistrati e impegno politico: problemi e prospettive a partire dalla recente definizione della vicenda Emiliano*, in *Giustizia Insieme*, luglio 2020.

La novità principale, rispetto al caso del 2009, stava tutta nella circostanza che il magistrato interessato dalla vicenda - il dott. Michele Emiliano, già sindaco di Bari e segretario regionale del Partito democratico - risultava questa volta collocato fuori ruolo proprio per ragioni politico-elettorali; e ciò, quanto meno a prima impressione, faceva suonare il suddetto divieto ancora più irragionevole.

La Corte, nel confermare il precedente del 2009, ha modo di precisare che le due fattispecie disciplinari dell'iscrizione e della partecipazione organica alle attività del partito, pur accomunate dalla medesima *ratio*, rilevano in modo diverso: non tutte le forme di partecipazione, infatti, sono idonee a compromettere l'“integrità” del magistrato ma soltanto quelle che comportano “legami di natura stabile”, oltre che “manifesti all'opinione pubblica”. Da ciò consegue che l'atto di iscrizione al partito politico è in sé rivelatore “di una stabile e continuativa adesione del magistrato ad un partito politico, il cui oggettivo disvalore non è suscettibile di attenuazioni”; in altre parole, per il Giudice delle leggi l'iscrizione ad un partito costituisce un dato oggettivo, “di significato certo”, che manifesta uno schieramento organico del magistrato con una delle parti politiche in gioco: ciò vale allo stesso modo sia per il magistrato che svolge assiduamente attività politica sia per il collega che, pur titolare di una tessera, non partecipa ad alcun tipo di iniziativa.

Diverso è il discorso con riguardo alla seconda fattispecie contemplata dal d.lgs. n. 109/2006, laddove essa colpisce soltanto la partecipazione “continuativa e sistematica” alle attività di partito, ovvero quel tipo di partecipazione organica che, a prescindere dal dato formale dell'iscrizione, potrebbe effettivamente comportare l'insorgere di legami suscettibili di condizionare l'esercizio delle funzioni giurisdizionali.

A tale proposito la Corte sottolinea, in primo luogo, che il suddetto divieto riguardi anche il magistrato impegnato in politica, e ciò per due principali ragioni: a) da un lato, perché svolgere la campagna elettorale e, in caso di elezione, esercitare un mandato politico-elettivo non comporta, per il Giudice delle leggi, l'assunzione di vincoli stringenti assimilabili a quelli che discendono dalla partecipazione organica ad un partito politico; b) dall'altro, perché ci si trova 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” e pertanto “va preservato il significato dei principi di indipendenza e imparzialità, nonché della loro apparenza, quali requisiti essenziali che caratterizzano la figura del magistrato”.

Si tratta, in verità, di considerazioni piuttosto opinabili. È opinabile, infatti, che l'indipendenza e l'imparzialità di un magistrato siano messe in discussione dal suo coinvolgimento organico nelle attività di un partito e non dall'assunzione di un incarico politico-elettivo, tenuto conto che ciò può realizzarsi (quasi) esclusivamente grazie al sostegno di quel partito. La Corte, del resto, riconosce che “nessun cittadino, nemmeno il cittadino-magistrato, si candida da solo”, dal momento che la sua candidatura deve

trovare spazio (nella stragrande maggioranza dei casi) all'interno di liste di partito, e che, una volta eletto, il suo incarico politico si svolgerà abitualmente all'interno di una "dialettica dominata dal confronto tra i partiti politici".

Sembra che la Corte immagini, poco realisticamente, che un magistrato possa svolgere la campagna elettorale e, in caso di elezione, il successivo mandato politico, passando necessariamente attraverso i partiti, ma rimanendo, in osservanza di un (peraltro malinteso) divieto di mandato imperativo, rispetto ad essi libero e svincolato³⁰. Difficile non registrare la contraddizione insita nel ragionamento, ovvero la sua artificiosità, o, com'è stato detto, il suo "fragile formalismo"³¹.

Senza contare, come prima s'è accennato, che i divieti di iscrizione e di partecipazione organica inducono di fatto il magistrato che intende impegnarsi in politica a sviluppare i rapporti con il proprio partito, che necessariamente precedono la candidatura, in modo indiretto o "occulto", in omaggio alla sola apparenza³². Apparenza che, prima o poi, finisce comunque per essere anch'essa pregiudicata, dal momento che l'appartenenza al partito diviene inevitabilmente palese al momento dell'inserimento del magistrato nelle liste elettorali e, in caso di elezione, dell'iscrizione al gruppo parlamentare corrispondente al partito di riferimento.

In secondo luogo, la Corte costituzionale sottolinea come la valutazione sui requisiti di "sistematicità e continuità" della partecipazione del magistrato alla vita di un partito escluda ogni "automatismo sanzionatorio", essendo possibili "soluzioni adeguate alla peculiarità dei casi", nel senso che sono consentite al giudice disciplinare "le ragionevoli distinzioni richieste dalla varietà delle situazioni che la vita politico-istituzionale presenta". Si tratta di un'affermazione rilevante, arricchita per giunta dall'ulteriore, seguente precisazione del Giudice costituzionale: "se tale rilievo vale, in generale, per tutti i magistrati, vale particolarmente per coloro, tra di essi, che siano collocati in aspettativa per soddisfare i diritti fondamentali garantiti dall'art. 51 Cost."

Se ne ricava che, a parte l'iscrizione formale, sempre vietata, per il resto il livello di coinvolgimento nella vita di un partito politico che può essere considerato "tollerabile" varia a seconda di una serie di circostanze concrete; tra di esse, particolare rilevanza assume la situazione in cui si trova un magistrato in aspettativa per mandato elettorale. In altre parole, sebbene il divieto di partecipare organicamente alla

³⁰ Cfr., di recente, G.E. POLIZZI, *L'incandidabilità del magistrato: profili di legittimità costituzionale e questioni di opportunità politica*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2019, p. 13 e G. SOBRINO, *Magistrati "in" politica: dalla Corte costituzionale un forte richiamo all'indipendenza (ed alla sua immagine esteriore)*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 8 agosto 2018, 6, il quale in proposito osserva, da una diversa prospettiva, che la contraddittorietà insita nella legislazione vigente finisce in realtà per "marginalizzare" ulteriormente il ruolo dei partiti politici nel sistema costituzionale.

³¹ S. CURRERI, *Magistrati e politica: un equilibrio quasi impossibile*, in *laCostituzione.info*, 2018, p. 2 ss.

³² Cfr. N. PIGNATELLI, *Il divieto di iscrizione*, cit., 347s., G.E. POLIZZI, *Il "caso Emiliano". I nodi ancora irrisolti del divieto di iscrizione ai partiti politici dopo la sentenza n. 170/2018*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2018, p. 62 e L. PEPINO, *Costituzione, giustizia, giudici*, in *Questione giustizia*, 2008, p. 230.

vita del partito valga anche per il magistrato fuori ruolo impegnato in politica, tuttavia, nei suoi confronti, tale divieto è suscettibile di essere applicato con un'intensità inferiore rispetto a quanto sia possibile nei confronti degli altri suoi colleghi, sia quelli in ruolo sia quelli fuori ruolo per ragioni diverse³³. Considerazione che rende ancora più evidente quanto sia impervio il crinale sui cui si muove il ragionamento della Corte: con una mano si nega che il sistema contenga una disarmonia, con l'altra si pone una sorta di "puntello" che ha come unico obiettivo sostanziale quello di temperare tale disarmonia.

5. ... e alcuni spunti in vista di una sua necessaria razionalizzazione

La Corte costituzionale ha ritenuto dunque non contraddittoria la scelta del legislatore di vietare al magistrato il coinvolgimento organico nelle attività di un partito politico e, al contempo, di riconoscergli il diritto di candidarsi ad una carica politico-elettiva ai sensi dell'art. 51 Cost. Tale conclusione è frutto di un complesso bilanciamento che, malgrado gli sforzi profusi dal Giudice delle leggi, non appare del tutto convincente perché, di fatto, finisce per giustificare una scissione tra due situazioni che sono nella realtà inscindibilmente collegate.

Più in generale, le pronunce appena esaminate, pur partendo dall'esigenza di assicurare i cittadini sulla netta separazione tra sfera della politica e sfera della giurisdizione, finiscono per eludere le questioni sostanziali collegate a tale obiettivo, che oggi attengono non tanto alla partecipazione dei magistrati alla vita dei partiti politici ma al fenomeno, più diffuso, della titolarità da parte degli stessi di cariche elettive o politico-amministrative (anche non elettive) ai più vari livelli dell'ordinamento³⁴.

Ciò precisato, è ovvio che l'angolo visuale dal quale la Corte costituzionale ha potuto esaminare il problema non poteva che essere parziale, nel senso che essa si è potuta confrontare soltanto con singole disposizioni di un contesto normativo assai più ampio e articolato, dove le diverse previsioni fanno sistema l'una con l'altra. Tale sorta di "impotenza" è percepibile quando, ad esempio, nella sent. n. 170/2018, la Corte costituzionale, nel ritenere legittima l'applicazione del divieto disciplinare anche ai magistrati fuori ruolo per ragioni politico-elettorali, precisa che ciò vale in particolare "in un contesto normativo che consente al magistrato di tornare alla giurisdizione".

È pertanto utile, in conclusione, collocarsi in una prospettiva più ampia, allargando lo sguardo al complesso delle disposizioni applicabili ai magistrati che assumono incarichi di natura politico-elettiva,

³³ Tale "flessibilità" è stata peraltro disconosciuta dalla Corte di cassazione (Cass. civ., Sezioni unite, sent. n. 8906/2020), laddove essa, nel chiudere in via definitiva la vicenda Emiliano, confermando la sua condanna all'ammonimento per aver partecipato all'attività di un partito politico, precisa come, allorquando la condotta di partecipazione ad un partito politico sia connotata dai caratteri di sistematicità e continuatività, "essa assume rilievo per tutti i magistrati, senza che possa distinguersi tra magistrati che svolgono funzioni giudiziarie e magistrati fuori ruolo e senza che possano rilevare le ragioni per le quali questi ultimi sono stati collocati fuori ruolo".

³⁴ Cfr. G. FERRI, *I magistrati e la politica*, cit., p. 147.

nella consapevolezza che la ragionevolezza che il legislatore è chiamato a perseguire riguarda non soltanto le scelte sui singoli istituti ma l'insieme delle regole dedicate al problema più generale.

A tale proposito, nel tornare brevemente sulle previsioni costituzionali rilevanti sul punto, merita innanzi tutto sgombrare il campo da un ricorrente equivoco: quello secondo cui la Costituzione consentirebbe al legislatore, ai sensi dell'art. 98, comma 3, Cost., di introdurre delle limitazioni al diritto del magistrato di partecipare alle attività di un partito politico mentre, invece, la stessa non permetterebbe in alcun modo di limitare il suo accesso alle cariche elettive³⁵. E' vero, al contrario, che la Carta costituzionale, pur con formule non espressamente mirate sui magistrati, lascia al decisore politico un'ampia discrezionalità di incidere anche sull'elettorato passivo³⁶, ovviamente nei limiti della ragionevolezza; in particolare, ciò si evince sia dall'art. 51, comma 1, Cost., ove si stabilisce che l'accesso alle cariche elettive viene garantito "secondo i requisiti stabiliti dalla legge", sia, con specifico riferimento al mandato parlamentare, dall'art. 65, comma 1, Cost., ai sensi del quale "la legge determina i casi di ineleggibilità e incompatibilità con l'ufficio di deputato o di senatore". Per fare soltanto un esempio, è sulla base della discrezionalità concessa da tali disposizioni costituzionali che il legislatore ha ritenuto di introdurre, all'art. 7 del d.P.R. n. 361/1957, l'ineleggibilità assoluta, tra gli altri, dei "funzionari di pubblica sicurezza" e, al successivo art. 8, la mera ineleggibilità relativa dei magistrati.

Ciò precisato, merita soffermarsi più in dettaglio sulle regole previste in tema di ineleggibilità e di rientro in ruolo dei magistrati.

Quanto al primo ambito, l'art. 8 del d.P.R. n. 361/1957, che si applica alle elezioni al Parlamento nazionale ed europeo, stabilisce che i magistrati, con esclusione di quelli in servizio presso le giurisdizioni superiori, anche in caso di scioglimento anticipato delle Camere 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" e che gli stessi "non sono in ogni caso eleggibili se, all'atto

³⁵ In tale senso, di recente, L. LONGHI, *Il divieto di iscrizione a partiti politici per i magistrati collocati fuori ruolo per motivi elettorali*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2018, p. 47.

³⁶ Del resto, la stessa Corte costituzionale, nella citata sent. n. 224/2009, ha avuto modo di sottolineare che il diritto di elettorato passivo, *ex art.* 51, comma 1, Cost., "non è senza limitazioni".

dell'accettazione della candidatura, non si trovano in aspettativa³⁷. Si noti, per inciso, che l'obbligo di aspettativa degrada ad una mera facoltà del magistrato per i mandati negli enti territoriali³⁸.

Al rientro in ruolo è dedicato invece l'art. 50, comma 1, del d.lgs. n. 160/2006, ai sensi del quale il ricollocamento avviene, nel caso di cessato esercizio di una funzione elettiva extragiudiziaria e ad eccezione dei magistrati della Corte di cassazione, della Procura generale presso la stessa o della 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".

Per quanto riguarda il rientro in ruolo dei magistrati candidati alla Camera e al Senato e risultati non eletti, l'art. 8, comma 2, del d.P.R. n. 361/1957 stabilisce che essi "non possono esercitare per un periodo di cinque anni le loro funzioni nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni"³⁹. Nessun limite è invece previsto per il magistrato che sia stato candidato in una circoscrizione diversa da quella in cui esercitava la giurisdizione - ciò che avviene tendenzialmente sempre - il quale, dunque, in caso di mancata elezione, può tornare immediatamente nella sede di provenienza.

³⁷ Il citato art. 8 del d.P.R. n. 361/1957, come modificato con legge n. 13/1997, si applica alle elezioni del Senato in forza dell'art. 5 del d.lgs. n. 533/1993 e alle elezioni al Parlamento europeo ai sensi dell'art. 51 della legge n. 18/1979. Sul fronte delle cariche elettive negli enti territoriali, pur tenendo conto che ai sensi dell'art. 122, comma 1, Cost. le cause di ineleggibilità e incompatibilità dei Presidenti di regione, assessori e consiglieri sono disciplinate con legge regionale, nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge statale, si richiamano le seguenti disposizioni: a) art. 2 della legge n. 165/2004, che prevede che le leggi regionali debbano stabilire una causa di ineleggibilità qualora le attività e le funzioni svolte dal candidato "possano turbare o condizionare in modo diretto la libera decisione di voto degli elettori"; b) art. 2, comma 1, della legge n. 154/1981 - disposizione che si applica in assenza di una disciplina regionale e alla quale, in ogni caso, rinviano numerose leggi regionali approvate - ove si stabilisce che non sono eleggibili alla carica di consigliere regionale, limitatamente al territorio nel quale esercitano le loro funzioni, i magistrati addetti alle corti d'appello, ai tribunali, alle preture ed ai tribunali amministrativi regionali; c) art. 60 del d.lgs. n. 267/2000, laddove si stabilisce che sono ineleggibili 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".

³⁸ Si dubita, innanzi tutto, che sia applicabile ai magistrati l'art. 68 del d.lgs. n. 165/2001, che impone a tutti i "dipendenti delle pubbliche amministrazioni" il collocamento in aspettativa senza assegni per la durata del mandato se eletti al Parlamento nazionale, al Parlamento europeo e nei Consigli regionali.

Inoltre, l'art. 81 del d.lgs. n. 267/2000 stabilisce la *possibilità*, per tutti i "lavoratori dipendenti" che siano stati eletti "sindaci, presidenti delle province, presidenti dei consigli comunali e provinciali, presidenti dei consigli circoscrizionali dei comuni di cui all'articolo 22, comma 1, presidenti delle comunità montane e delle unioni di comuni, nonché membri delle giunte di comuni e province", di *chiedere* l'aspettativa non retribuita per tutto il periodo di espletamento del mandato.

³⁹ La Corte costituzionale, con sent. n. 172/1982, nel dichiarare infondata la questione di costituzionalità di tale disposizione in relazione all'art. 51 Cost., ha precisato che "non può ritenersi arbitraria e irrazionale una norma che vieta al magistrato di esercitare le funzioni giurisdizionali nella medesima circoscrizione in cui, avendovi svolto una campagna elettorale, ha verosimilmente potuto contrarre, secondo *l'id quod plerumque accidit*, rapporti della più diversa natura (di amicizia, di contrapposizione, di riconoscenza, di risentimento, ecc.), rapporti che potrebbero far apparire dubbia la correttezza delle sue decisioni".

Alla luce di questa sommaria ricognizione, appare evidente che, a fronte di un quadro costituzionale che offre al decisore politico un'ampia possibilità di intervento sia sul fronte della partecipazione del magistrato alla vita dei partiti sia su quello della sua candidatura ad incarichi di natura elettiva e successivo rientro in ruolo, ci troviamo di fronte, come più volte ribadito, a scelte legislative piuttosto schizofreniche: ad una disciplina abbastanza restrittiva sul primo profilo corrisponde un regime in definitiva blando, frammentario e a tratti irrazionale, sul secondo⁴⁰.

Questa disarmonia, ritenuta tollerabile dalla Corte costituzionale, non deve impedire al legislatore - che ovviamente agisce su un piano diverso e può beneficiare concretamente di una visione d'insieme della complessiva tematica - di intervenire per ricondurre ad una maggiore efficacia e coerenza l'intero sistema, in modo tale che la disciplina dei singoli istituti risulti espressione del medesimo punto di equilibrio tra esigenze della politica ed esigenze della giurisdizione⁴¹.

De iure condendo, e in linea teorica, tale coerenza potrebbe essere perseguita con soluzioni alternative.

Una prima ipotesi potrebbe essere quella di lasciare inalterata la disciplina riguardante l'ineleggibilità e il rientro in ruolo e, al contempo, mettere mano alla normativa disciplinare, in particolare abrogando il divieto di iscrizione al partito politico, nell'ottica, da un lato, di assicurare una più effettiva tutela ai diritti politici di cui anche il magistrato, al pari di ogni altro cittadino, deve godere e, dall'altro, di evitare che lo stesso possa contrarre, in caso di candidatura, relazioni occulte con la politica che potrebbero mettere a rischio la sua imparzialità più di quanto non possa fare una pubblica assunzione di responsabilità dinanzi all'opinione pubblica⁴². Peraltro, quanto meno in linea di principio, tale prospettiva, seppur in modo meno esplicito, potrebbe essere colta anche *de iure condito*, accedendo alla tesi di chi ha proposto un'interpretazione restrittiva della formula "partecipazione sistematica e continuativa all'attività dei partiti" proprio allo scopo di non precludere forme di "contatto" del magistrato con i partiti politici, così da "non dar luogo ad una contraddizione insuperabile"⁴³.

Una seconda ipotesi, diametralmente opposta, sarebbe invece quella di non modificare la disciplina vigente sul divieto di coinvolgimento organico nei partiti politici e intervenire sull'altro fronte,

⁴⁰ Nessuna norma, come si è visto, impedisce al magistrato, candidato alle elezioni e non eletto, di tornare immediatamente ad esercitare la funzione giurisdizionale nel suo vecchio ufficio; né è prevista l'aspettativa obbligatoria per le cariche politiche presso gli enti territoriali (sindaco, presidente di provincia o regione, consigliere comunale, provinciale o regionale); né, ancora, è stabilito alcunché, a livello di normazione primaria, per il rientro in ruolo dei magistrati che hanno partecipato alle elezioni negli enti territoriali.

⁴¹ Il C.S.M., a dire il vero, è intervenuto in più occasioni, con una serie di circolari, a colmare le carenze della normativa di rango primario, ma ciò, ovviamente, non fa venire meno l'esigenza di un intervento legislativo, anche in considerazione della riserva di legge posta dall'art. 108, comma 1, Cost. Sul c.d. potere para-normativo del C.S.M. e sulle problematiche collegate al suo esercizio, cfr. F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, cit., 66ss.

⁴² In questo senso, di recente, G.E. POLIZZI, *Il "caso Emiliano"*, cit. 63, che auspica anche l'introduzione, per via legislativa, di un obbligo per il magistrato di dichiarare pubblicamente l'eventuale iscrizione.

⁴³ Cfr. G. TARLI BARBIERI, *La partecipazione dei magistrati*, in *Criminalia*, 2009, p. 80.

introducendo un regime più rigoroso con riguardo all'accesso dei magistrati alle cariche pubbliche. Ciò potrebbe essere realizzato, in linea di principio, ampliando le ipotesi d'ineleggibilità⁴⁴, ovvero, più verosimilmente, inibendo l'esercizio delle funzioni giudiziarie per un periodo congruo di tempo sia prima della candidatura che dopo la campagna elettorale, nonché, in caso di elezione, successivamente alla fine del mandato parlamentare⁴⁵.

Una soluzione ancora più netta, ma sempre nel senso di tenere del tutto separate le due sfere, sarebbe senza dubbio quella di considerare la scelta del magistrato di candidarsi e di scendere nell'agone politico come "irreversibile"⁴⁶. A tale proposito, degna di interesse appare senz'altro la delibera approvata dal C.S.M. lo scorso 21 ottobre 2015, rimasta peraltro senza seguito, nella quale si era formulata una proposta tesa perseguire, come ha avuto modo di sottolineare l'allora Vice-Presidente Giovanni Legnini, "non tanto un effetto di disfavore all'accesso dei magistrati agli incarichi elettivi" bensì un limite volto ad assicurare che "l'indipendenza della magistratura possa essere messa in discussione dalla militanza a qualunque titolo"⁴⁷. Tale proposta, in particolare, prevedeva che, dopo un periodo "prolungato" di attività politica, il magistrato non potesse rientrare nei ruoli della magistratura ma dovesse transitare nei ranghi dell'Avvocatura dello Stato e/o della dirigenza pubblica, anche alla luce della constatazione per la quale la conservazione del posto di lavoro, garantita dall'art. 51, comma 3, Cost., non coincide con il diritto di continuare ad esercitare le stesse funzioni espletate in precedenza⁴⁸.

Il già citato progetto di riforma elaborato dal Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede, approvato nell'agosto 2020 dal Consiglio dei Ministri, sembra andare in una direzione simile a quella richiamata da ultimo⁴⁹: in esso si intende prevedere, in particolare, che il magistrato che ha svolto un mandato politico per almeno sei mesi in un organo politico elettivo (Parlamento nazionale, Parlamento europeo, Consiglio regionale) o di governo (ministro, assessore regionale) debba essere ricollocato, alla fine dell'esperienza politica, in un ruolo autonomo del Ministero della Giustizia o di altro Ministero (art. 16).

Non è possibile in questa sede diffondersi sulla bontà delle singole proposte.

⁴⁴ Si noti, a tale proposito, che le cause di ineleggibilità del magistrato rispondono in linea di massima ad una duplice esigenza: da un lato quella, tradizionale, di impedire fenomeni di *captatio benevolentiae* o di *metus publicae potestatis*, che possano incidere sulla libertà del voto degli elettori, dall'altro quella di assicurare il buon andamento della stessa funzione giurisdizionale. In argomento cfr. F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al Parlamento*, in *Giur.it.*, 1985, IV, p. 27 ss. e N. LUPO - G. RIVOSECCHI, *LA disciplina di ineleggibilità e incompatibilità a livello europeo, nazionale e locale*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 15s.

⁴⁵ Cfr. G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, p. 149 s.

⁴⁶ Si tratta di un'opinione piuttosto diffusa anche tra i magistrati. In dottrina, per tutti, cfr. G.M. FLICK, *Magistratura, incarichi extragiudiziari e politica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016, p. 4.

⁴⁷ Cfr. G. LEGNINI, *C.S.M. approva stretta su magistrati in politica. Legnini: «Parola chiara dopo 70 anni»*, in *Ilsole24ore*, 21 ottobre, 2015.

⁴⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 172/1982, ove si precisa che la formula "conservare il posto" significa "mantenere il rapporto di lavoro o di impiego, ma non già continuare nell'esercizio delle funzioni espletate dall'impiegato interessato".

⁴⁹ *Disegno di legge recante delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit.



A chi scrive sembra peraltro che, alla luce delle progressive trasformazioni che ha conosciuto la funzione giurisdizionale nelle società contemporanee, sempre più “compartecipe” della definizione delle regole derivanti dalle scelte politiche⁵⁰, ma anche tenuto conto della grave crisi di immagine e credibilità che sta attraversando la magistratura negli ultimi mesi, sia oggi necessario adottare scelte radicali, trasparenti e, per quanto possibile, prive di ambiguità, tese a sgombrare il campo da ogni dubbio circa possibili indebite commistioni tra sfera politica ed esercizio della giurisdizione.

⁵⁰ Cfr., tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1991, p. 1ss., M. DOGLIANI, *La formazione dei magistrati*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, C.S.M. e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, p. 140 e R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Torino, 2006, p. 1ss.