

25 APRILE 2018

A proposito del persistente divieto di
iscrizione ai partiti politici per i
magistrati eletti

di Matteo Giannelli

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico – Diritto urbanistico e dell'ambiente
Università degli Studi di Firenze

A proposito del persistente divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati eletti *

di Matteo Giannelli

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico – Diritto urbanistico e dell'ambiente
Università degli Studi di Firenze

1. Con ordinanza del 28 luglio 2017, n. 111¹, la sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 109 del 2006, in riferimento agli articoli 2, 3, 18, 49 e 98 della Costituzione, 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 dell'ordine giudiziario perché collocati in aspettativa per motivi elettorali.

La questione ha origine nel giudizio a carico del dott. Michele Emiliano, già sindaco di Bari e ora Presidente della Regione Puglia², incolpato di aver violato la disposizione citata nel momento in cui ha assunto, alternativamente, la carica di Segretario regionale e di Presidente del Partito Democratico pugliese, a partire dall'ottobre 2007 e fino alla data odierna, e si è candidato alle elezioni primarie per la carica di Segretario nazionale dello stesso partito nella primavera del 2017.

Si tratta, infatti, di cariche dirigenziali che presuppongono per statuto l'iscrizione al partito politico di riferimento e che, come si legge nella formulazione dei capi di incolpazione, «per converso, non sono coesistenti all'espletamento dei mandati e dell'incarico presso i suddetti enti territoriali».

Per questi motivi, ritenendo violata la disposizione di cui all'art. 3, comma 1, lett. h), la Procura generale presso la Corte Suprema di Cassazione aveva chiesto la sanzione dell'ammonizione³. All'esito del dibattimento, tuttavia, la sezione disciplinare, ritenendo la questione rilevante e non manifestamente infondata, ha disposto la sospensione del giudizio e rimesso la questione al giudizio della Corte costituzionale.

* Nota a sentenza sottoposta a referaggio.

¹ Pubblicata nella G.U., 1^a serie speciale, n. 45 del 8 novembre 2017 ed iscritta nel registro degli atti di promovimento del giudizio della Corte costituzionale al n. 155 del 2017.

² Tra il giugno 2014 e giugno 2015, rispettivamente fine del mandato di Sindaco di Bari e Presidente della Regione, il dott. Emiliano ha mantenuto l'aspettativa in virtù del ruolo di assessore alla legalità del Comune di San Severo (FG).

³ Si tratta, come noto, della sanzione di minore entità tra quelle previste nel d.lgs. n. 109 del 2006, concretizzandosi, ex art. 6, in «un richiamo, espresso nel dispositivo della decisione disciplinare, all'osservanza, da parte del magistrato, dei suoi doveri, in rapporto all'illecito commesso».

2. Il nucleo della questione di legittimità costituzionale risiede nella valutazione della natura assoluta del divieto posto dall'art. 3, comma 1, lett. h), del d.lgs. 109 del 2006, recante la disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati. Tale problematica si inserisce, innanzitutto, nel più ampio tema concernente l'idoneità o meno della medesima disposizione ad attuare la riserva di legge "facoltizzante" contenuta nell'art. 98, comma 3, in tema di limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici⁴.

Nella sistematica dell'art. 98, comma 3 la posizione dei magistrati, rispetto alle altre categorie ivi indicate, è quella che presenta aspetti di maggiore delicatezza proprio per il grado di più elevato pluralismo e di diffusione che caratterizza il potere giudiziario e le tendenze alla personalizzazione della funzione, anche al di fuori dell'ordine di appartenenza⁵. La formulazione finale del testo, frutto della mediazione tra le varie sensibilità emerse nel dibattito costituente, portò a rimettere al legislatore ordinario e alla sua discrezionalità l'individuazione del punto di equilibrio, anche in considerazione «di "sopravvenienze fattuali" o di "nuovi elementi valutativi" tali da giustificare una norma limitativa volutamente non dettata dalla carta fondamentale»⁶.

Dal quadro costituzionale si desume, inoltre, che le funzioni pubbliche non debbano subire una interferenza partitica stretta, costituendo l'art. 98 il «logico completamento» dell'art. 97 Cost. in tema di imparzialità dell'amministrazione⁷.

Infine, come sostenuto da parte della dottrina, essendo il magistrato un pubblico impiegato, sebbene di tipo particolare, assume rilievo anche il dovere di fedeltà di cui all'art. 54 Cost., da intendersi non solo in senso generale come fedeltà nei confronti della Repubblica, ma soprattutto come fedeltà verso gli obblighi connessi alla propria funzione e fatti propri con il giuramento. Tali obblighi impedirebbero ai componenti dell'ordine giudiziario di assumere impegni o vincoli incompatibili con lo svolgimento di detta funzione⁸.

⁴ R. GUASTINI, *Art. 101*, in G. BRANCA (fondato da), A. PIZZORUSSO (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1994, p. 141.

⁵ G. BORRÈ, *Il 3° comma dell'art. 98*, in G. BRANCA (fondato da), A. PIZZORUSSO (continuato da), *op. cit.*, p. 464 ss.

⁶ *Ivi*. Per una recente ricostruzione del dibattito in senso all'Assemblea Costituente si veda anche G. E. POLIZZI, *Il Magistrato al Parlamento*, Padova, 2017, p. 80 ss.

⁷ V. CARUSI, *Art. 98*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, 1990, p. 619 ss., il quale ricostruisce anche la diversa genesi del comma 3, il cui inserimento avvenne in sede di coordinamento finale, «per forza di attrazione, data la connessione dei principi affermati». La stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 172 del 1982 ha riconosciuto un «comune dovere di imparzialità» alle categorie di funzionari pubblici, con la espressa precisazione, allo stesso tempo, della peculiarità della funzione giudiziaria.

⁸ Per i cittadini investiti di funzioni pubbliche sussiste un "dovere di fedeltà qualificata" in quanto l'esercizio di tali funzioni è doveroso e deve essere adempiuto con disciplina ed onore (art. 54, co. 2, Cost.) v. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 173 ss. Tuttavia si rinvia anche alla diversa posizione di L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984, p. 125 ss., e di A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, p. 236 ss., in cui comunque si riconosce la particolare rilevanza del contenuto positivo del

Pronunciandosi sul sistema atipico di responsabilità disciplinare antecedente alla riforma del 2006⁹ la Corte costituzionale ha precisato, in una storica sentenza, che «deve riconoscersi - e non sono possibili dubbi in proposito - che i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino ma deve del pari ammettersi che le funzioni esercitate e la qualifica da essi rivestita non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale. [...] I magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, comma secondo, e 104, comma primo, Cost.), debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità nell'adempimento del loro compito»¹⁰. La Corte nel respingere la questione proposta ha chiarito che le ambigue, talvolta assai critiche, formulazioni contenute nell'art. 18 del r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511, quali il decoro, la fiducia, la considerazione o il prestigio, non si traducono in valori formali di esterioresità, di prestigio sociale del magistrato e del gruppo in cui è organizzato ma si «concretano nella fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa». Sul tema sia consentito anche ricordare la copiosa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo che ha riconosciuto, sulla base dell'art. 6, par. 1, della Convenzione, valore primario al concetto di imparzialità in senso oggettivo, inteso innanzitutto come garanzia di apparenza della stessa in capo a tutti i magistrati¹¹.

dovere di fedeltà a carico di coloro cui sono affidate pubbliche funzioni. Si veda, infine, G. TARLI BARBIERI, *La partecipazione dei magistrati all'attività politica*, in *Criminalia*, 2009, p. 75, ove si ricorda come il richiamo all'art. 54, co. 2 possa «essere invocato al fine di sanzionare anche la non espressa adesione a determinati principi ideologici», e sul punto rinvia a P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 426 ss.

⁹ Su cui si veda, anche in termini generali, G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in Onore di Costantino Mortati*, 1977, IV, p. 827 ss.

¹⁰ Corte cost. sentenza 8 giugno 1981, n. 100, punto 7, *Cons. in diritto*, che si pronunciò, nel senso della non fondatezza, sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511, nella parte in cui sottoponeva a sanzione disciplinare il magistrato che tenga, «in ufficio o fuori, condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'Ordine giudiziario», per assunto contrasto con gli artt. 21, primo comma, 25, secondo comma, 101, secondo comma e 108, primo comma, della Costituzione.

¹¹ La Corte di Strasburgo ha ricordato che, per pronunciarsi sull'esistenza, in una determinata causa, di un motivo legittimo per ritenere che un giudice manchi di imparzialità, il punto di vista dell'interessato deve essere tenuto in considerazione, ma non svolge un ruolo decisivo. L'elemento determinante consiste nello stabilire se le preoccupazioni dell'interessato possano essere considerate oggettivamente giustificate. Sul punto cfr. *ex multis* Corte Edu, sentenza 24 maggio 1989, *Hauschildt v. Denmark*, par. 48, «under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge's personal conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. In this respect even appearances may be of a certain importance. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public». Per un'applicazione recente v. sentenza 7 luglio 2015, *Lorenzetti c. Italia*, par. 44 e ss.

La prima attuazione dell'art. 98, comma 3, si ebbe con il decreto legge 3 maggio 1991 n. 141, i cui effetti, peraltro non accompagnati dalla previsione di sanzioni in caso di violazioni¹², vennero meno a causa della mancata conversione e successiva reiterazione¹³. Solo con la riforma degli illeciti disciplinari realizzata con il d.lgs. n. 109 del 2006, attuatrice di una delle deleghe conferite al governo dalla legge di riforma dell'ordinamento giudiziario n. 150 del 2005, meglio nota come legge "Castelli", si giunse ad una prima definizione per la quale costituiva illecito disciplinare «l'iscrizione o la partecipazione ai partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici». Tale previsione, che come si è notato era piuttosto rivelatrice dello spirito dell'intera legge di riforma, palesando una sfiducia nell'intera categoria dei magistrati, «se non un vero e proprio intento vessatorio»¹⁴, fu modificata dalla successiva legge n. 269 del 2006¹⁵; in particolare la formula concernente il divieto di partecipazione a partiti e centri politici venne sostituita con quella, più morbida, ma, come si vedrà, anche più ambigua, in forza della quale costituisce illecito «l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possano condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato».

Su tale formulazione, che non si è limitata al dato della sola formale iscrizione, si è assestato il bilanciamento operato dal legislatore tra, da un lato, la libertà di associazione, anche politica, del magistrato (art. 18 e 49 Cost.) e, dall'altro, la esigenza di garantire, anche a livello di immagine, la imparzialità e l'indipendenza dell'ordine giudiziario (art. 101 e 104).

¹² Il cui articolo 1 disponeva «Ai magistrati, ai militari di carriera in servizio attivo, agli appartenenti alle Forze di polizia, ai pubblici dipendenti accreditati all'estero come agenti diplomatici o funzionari consolari è fatto divieto di iscrizione ai partiti politici».

¹³ Per una riflessione sul «senso comune, che tende a concepire la introduzione delle limitazioni (e addirittura del divieto) come *attuazione* della norma costituzionale» v. G. BORRÉ, in G. BRANCA (fondato da), A. PIZZORUSSO (continuato da), *Commentario della Costituzione*, cit., p. 446.

¹⁴ Cfr. F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, in *Quadro cost.*, 2017, p. 683, che parallelamente ricorda anche la vicenda del tentativo di introduzione del divieto di *interpretazione creativa*, di cui rimase, fino alle modifiche di cui alla legge n. 269 del 2006, la previsione per cui non poteva «dar luogo a responsabilità disciplinare l'attività di interpretazione di norma di diritto in conformità all'art. 12 della disposizioni sulla legge in generale» (art. 2, comma 2).

¹⁵ Rubricata «sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario», cd. legge Mastella. Su cui vedi S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 383-4. Risulta inoltre di particolare rilievo l'inserimento di una clausola generale sull'irrilevanza della condotta illecita come quella contenuta nel nuovo art. 3 *bis* nel d.lgs. n. 109 del 2006, in cui si prevede che «l'illecito non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza». Come evidenziato da F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, cit., p. 687, «si tratta di una previsione assai innovativa, il cui obiettivo è chiaramente quello di introdurre nel sistema, irrigidito dalla combinazione tra tipizzazione degli illeciti ed obbligatorietà dell'azione disciplinare, un elemento di flessibilità, allo scopo di scongiurare il rischio, da più parti paventato, di una proliferazione eccessiva degli esposti disciplinari».

3. Con la sentenza n. 224 del 2009 il Giudice delle leggi si era già espresso sulla legittimità costituzionale della disposizione oggi nuovamente impugnata¹⁶. In quella sede si era ritenuta, con riferimento ai medesimi parametri costituzionali, la questione infondata in quanto la Costituzione, se non impone, tuttavia consente che il legislatore ordinario introduca, a tutela e salvaguardia dell'imparzialità ed indipendenza dagli appartenenti all'ordine giudiziario un divieto, anche di natura assoluta, di iscrizione «per rafforzare la garanzia della loro soggezione soltanto alla Costituzione e alla legge e per evitare che l'esercizio delle loro delicate funzioni sia offuscato dall'essere legati ad una struttura partitica che importa anche vincoli gerarchici interni»¹⁷.

Dirimente risultava l'argomentazione contenuta nel punto 2, *Considerato in diritto*, per cui «in particolare, non contrasta con quei parametri l'assolutezza del divieto, ossia il fatto che esso si rivolga a tutti i magistrati, senza eccezioni, e quindi anche a coloro che, come nel caso sottoposto all'attenzione della Sezione disciplinare rimettente, non esercitano attualmente funzioni giudiziarie. Infatti, l'introduzione del divieto si correla ad un dovere di imparzialità e questo grava sul magistrato, coinvolgendo anche il suo operare da semplice cittadino, in ogni momento della sua vita professionale, *anche* quando egli sia stato, temporaneamente, collocato fuori ruolo per lo svolgimento di un compito tecnico»¹⁸.

In sede di commento si era giustamente criticata l'eccessiva sinteticità della motivazione, specie con riferimento all'incerta formulazione della disposizione impugnata, osservando come la Corte avesse solo lambito la sfumata consistenza del concetto di partecipazione sistematica e continuativa ai partiti, sorvolando in particolare sulla difficoltà di delineare una condotta di questo tipo che il legislatore accosta al dato formale dell'iscrizione¹⁹.

¹⁶ Corte cost. 17 luglio 2009, n. 224, in *Giur. Cost.*, 2009, p. 2580, con nota adesiva di R. CHIEPPA, *Il divieto di attività politica dei magistrati: meglio tardi che mai (ricordi delle tesi delle associazioni dei magistrati)*. Inoltre si vedano i contributi di, 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 *Invi*, p. 5121 ss.; G. FERRI, *I magistrati e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza 224/2009 della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2010, p. 136 ss.; S. PRISCO, *Una nuova sentenza della Corte costituzionale sull'esercizio delle libertà politiche da parte dei magistrati*, in *federalismi.it*, n. 16/2009; G. TARLI BARBIERI, *La partecipazione dei magistrati all'attività politica*, cit., p. 57 ss.

¹⁷ Punto 2, *Considerato in diritto*.

¹⁸ Corsivo nostro.

¹⁹ Per la Corte la partecipazione sistematica e continuativa si identifica con «l'organico schieramento con una delle parti politiche in gioco, essendo anch'esso suscettibile, al pari dell'iscrizione, di condizionare l'esercizio indipendente ed imparziale delle funzioni e di comprometterne l'immagine». Sul punto si veda D. PICCIONE, *La partecipazione dei magistrati all'attività politica (riflessioni sul tema dell'appartenenza all'associazionismo magistratuale e sul rapporto partiti componenti associative)*, in S. MERLINI (a cura di), *Magistratura e politica*, Firenze, 2016, p. 198 ss. e G. TARLI BARBIERI, *La partecipazione dei magistrati all'attività politica*, cit., p. 74 ss. Inoltre si vedano, fin da ora, i riferimenti giurisprudenziali e le osservazioni di N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2014, pp. 98-99 e 310, su cui si tornerà più avanti nel testo.

4. I dubbi, in ordine al significato della disposizione, lasciati aperti dalla sentenza del 2009 sembrano esser riproposti pienamente nella nuova ordinanza di rimessione della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura. Sulla base di quel precedente, tuttavia, la questione potrebbe esser rapidamente definita, ma da più parti, a partire dalla medesima ordinanza, si sottolineano i possibili elementi di novità.

È la stessa sezione disciplinare a sottolineare, nella motivazione del proprio provvedimento, come, a differenza del caso che ha originato la sentenza n. 224 del 2009, nella situazione odierna vi siano alcuni elementi di specificità. In particolare si rileva che il dott. Emiliano sia stato collocato fuori ruolo non per svolgere funzioni tecniche di consulenza a favore di una Commissione parlamentare²⁰, quanto piuttosto «funzioni elettive che determinano una fase di sospensione delle funzioni giudiziarie per un arco temporale non definibile e che potrebbe finanche superare il periodo di appartenenza del magistrato all'ordine giudiziario». Su questo presupposto si sostiene «che le problematiche in ordine alla compatibilità delle dinamiche tipiche della politica – e dei movimenti che in esso agiscono – con i divieti di cui all'art. 3 lett. h) devono essere valutate in un'ottica diversa, che è quella propria di tutela dei diritti politici riconosciuti dalla Costituzione».

Ritorna, in particolare, l'obiezione per cui sarebbe difficilmente sostenibile, in termini di ragionevolezza e logicità, una scissione tra due fattispecie diverse, ma strettamente collegate, quali l'esercizio dell'attività politica, vietata se sistematica e continuativa in un partito o in caso di iscrizione, e la candidabilità alle competizioni elettorali, in linea di principio ammessa²¹.

A tal proposito, la sentenza n. 224 del 2009 aveva specificato che non «vi è contraddizione con il diritto di elettorato passivo spettante ai magistrati, e ciò sia per la diversità delle situazioni poste a raffronto (un conto è l'iscrizione o comunque la partecipazione sistematica e continuativa alla vita di un partito politico, altro è l'accesso alle cariche elettive), sia perché quel diritto non è senza limitazioni».

Sulla base di questo *dictum* del Giudice delle leggi si potrebbe, dunque, plausibilmente argomentare che «mentre è ragionevole sottoporre a procedimento disciplinare per la fattispecie di cui si discute il magistrato collocato in aspettativa per ragioni diverse dal mandato elettorale, non lo sarebbe intraprendere l'azione nei confronti di colui che sia già in aspettativa per l'espletamento di un mandato politico, dovendosi ritenere prevalente l'esercizio del diritto di elettorato passivo, secondo le regole

²⁰ Era questa la posizione del dott. Luigi Bobbio, già senatore della Repubblica, nel momento in cui aveva assunto la carica di segretario per la provincia di Napoli di Alleanza Nazionale. Per il seguito della vicenda, dopo la sentenza della Corte, si veda CSM, sez. disciplinare, n. 100 del 2010. Tutte le pronunce della sezione disciplinare del CSM sono reperibili in *Italgire web*, www.italgire.giustizia.it.

²¹ Per questa osservazione G. TARLI BARBIERI, *La partecipazione dei magistrati all'attività politica*, cit. p. 79 ss. e da ultimo, con riferimento al caso in oggetto, F. BIONDI, *Può un magistrato essere eletto e, nel contempo, essere processato disciplinarmente per essersi iscritto ad un partito?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2017, 3, p. 606 ss.

dettate dalle fonti primarie. D'altro canto, l'aspettativa per mandato elettorale si connota in modo peculiare rispetto alle altre ipotesi di collocamento fuori ruolo, a partire dalla decisiva ragione che essa non è rimessa alla discrezionalità del Csm, ma è dovuta, proprio poiché costituisce l'esercizio di un diritto fondamentale»²².

A sostegno di questa tesi si sottolinea come nel caso degli incarichi extragiudiziali elettivi non esista alcun numero massimo di magistrati collocabili fuori ruolo, né si dia un limite temporale all'aspettativa²³.

Tuttavia, chi scrive ritiene che sia difficilmente configurabile quella che potrebbe esser definita una sorta di quiescenza, di sospensione dallo *status* di magistrato nel caso di collocamento in aspettativa per mandato elettorale. Tale condizione si basa sulla garanzia che la tutela dell'immagine di imparzialità sia assicurata dalla disciplina dall'art. 50, comma 1 del d.lgs. n. 160 del 2006, quando dispone che il ricollocamento in ruolo avvenga «nel caso di cessato esercizio di una funzione elettiva extragiudiziaria, salvo che il magistrato svolgesse le sue funzioni presso la Corte di cassazione o la Procura generale presso la Corte di cassazione o la Direzione nazionale antimafia, in una sede diversa vacante, appartenente ad un distretto sito in una regione diversa da quella in cui è ubicato il distretto presso cui è posta la sede di provenienza nonché in una regione diversa da quella in cui, in tutto o in parte è ubicato il territorio della circoscrizione nella quale il magistrato è stato eletto»²⁴.

Attribuire, infatti, alla disciplina del ricollocamento la funzione di ripristino dell'immagine di imparzialità del magistrato dopo la sua partecipazione alla contesa politica costituisce operazione senza dubbio opinabile: è, innanzitutto, la funzione stessa dell'istituto ad esser diversa, in quanto riferibile solo al periodo successivo allo svolgimento dell'incarico istituzionale²⁵.

Quando un magistrato esercita il diritto di elettorato passivo e accede alla gestione della cosa pubblica, non può esserci una inconfigurabilità dell'illecito disciplinare per una sorta di principio di non contraddizione. La possibilità che l'aspettativa superi i limiti di età per arrivare al pensionamento è, quindi, meramente astratta e assolutamente non idonea a giustificare tale eccezione.

Non è quindi illogico consentire l'ingresso nelle istituzioni e poi fare divieto di iscrizione sul presupposto che questa non sia essenziale allo svolgimento delle proprie funzioni istituzionali. L'opposto ragionamento porta ad equiparare in misura eccessiva la vita partitica a quella istituzionale sul presupposto

²² *Ivi*, p. 608. In termini generali per questa posizione vedi anche N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., pp. 307-310.

²³ Art. 50, comma 2, d. lgs. 5 aprile 2006, n. 160.

²⁴ P. FIMIANI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni*, in P. FIMIANI, M. FRESA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, cit., p. 307.

²⁵ Nel corso della XVII legislatura si segnala il disegno di legge, approvato dalla Camera, in materia di eleggibilità, candidabilità e ricollocamento in ruolo che sembra aprire interessanti prospettive sul tema in oggetto nei casi di ricollocamento in ruolo al di fuori delle funzioni giudiziarie, v. AC n. 2188 approvato il 30 marzo 2017.

che la prima sia coesistente alla seconda. Si può essere amministratore, locale o regionale²⁶, senza dover essere necessariamente coinvolto nella vita di partito come si può essere iscritto a un gruppo consiliare regionale o parlamentare senza essere direttamente dipendente dal partito nelle cui liste si è stati eletti. Ad esempio si ricordi che l'art. 14 del Regolamento della Camera, come riformato nel 2012, respinge ogni tentativo di assicurare forme di corrispondenza tra gruppi parlamentari e partiti organizzati nel paese e sancisce la separazione tra il partito politico e il gruppo parlamentare inteso come «associazione di deputati»²⁷, analogamente per i gruppi consiliari regionali la Corte costituzionale ha chiarito come questi siano organi dell'istituzione e non mere articolazioni della forma partito²⁸.

In sintesi, la soluzione ai problemi di compatibilità tra lo *status* di magistrato e l'esercizio di una funzione pubblica elettiva non può consistere nel relativizzare il divieto posto dall'art. 3, comma 1, lett. h), quanto, piuttosto, nell'individuare alcuni limiti alle modalità di esercizio di quella stessa funzione. Si vuole in altri termini sostenere che alla qualifica di magistrato, che rappresenta la condizione di partenza attraverso la quale avviene l'ingresso nella vita pubblica²⁹, sia necessariamente connotata una specialità nel *modus agendi*. Ad esempio, in presenza di una disciplina di partito fortemente restrittiva delle modalità di formalizzazione del dissenso da parte dei propri rappresentanti nelle istituzioni sarebbe lecito porsi il problema dell'adesione al gruppo parlamentare, espressione di quello stesso partito. Sulla base di questo enunciato, un caso di difficile conciliabilità tra l'elezione come magistrato e la partecipazione senza limiti alla vita partitica è offerto dai recenti Statuto e Codice Etico del MoVimento 5 Stelle: la lettura di questi

²⁶ Si veda CSM, sez. disciplinare, sentenza n. 15 del 2014 che ha assolto il magistrato con funzioni di assessore regionale nel caso in la presunta partecipazione sistematica e continuativa, oltre ad essere rimasta legata ad «aspetti e momenti della vita politico-partitica [...] all'interno di un quadro di riferimento strettamente regionale», si sia concretizzata «a maggior ragione [...] in comportamenti e vicende sostanzialmente attinenti all'ambito della sanità regionale, cioè al settore di amministrazione cui l'assessore risultava assegnato».

²⁷ L'art. 14, comma 01, del Regolamento della Camera che dispone che «I Gruppi parlamentari sono associazioni di deputati la cui costituzione avviene secondo le disposizioni recate nel presente articolo. Ai Gruppi parlamentari, in quanto soggetti necessari al funzionamento della Camera, secondo quanto previsto dalla Costituzione e dal Regolamento, sono assicurate a carico del bilancio della Camera le risorse necessarie allo svolgimento della loro attività». Per l'osservazione secondo cui si tratta «di una definizione del gruppo parlamentare "difensiva", funzionale, cioè, ad assicurare un'organizzazione interna al fine di affermare "l'autonomia del gruppo rispetto a eventuali disposizioni contenute negli statuti dei partiti che si proponessero di regolare i rispettivi gruppi parlamentari", evidentemente al fine di porre limiti a ogni forma di controllo del giudice comune e del giudice contabile (per quanto riguarda i finanziamenti)» v. G. RIVOSECCHI, *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, pp. 11-12 che rinvia, nel virgolettato a F. BIONDI, *Disciplina dei gruppi parlamentari e controlli sui bilanci: osservazioni alle recenti modifiche ai regolamenti di Camera e Senato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2012. Si segnala, tuttavia, una crescente difficoltà nell'operare questa distinzione sulla base di quanto disposto dalle modifiche approvate il 20 dicembre 2017 al Regolamento del Senato. In particolare, l'art. 14, comma 4, pensato per ridurre la proliferazione di gruppi parlamentari nel corso della legislatura, pone alcuni stringenti requisiti di collegamento tra gruppi parlamentari e partiti o movimenti politici che abbiano preso parte alla competizione elettorale.

²⁸ Da ultimo Corte cost. n. 39 del 2014 che, sul punto rinvia a Corte cost. 1130 del 1988.

²⁹ Sulla spendita della qualifica di magistrato in campagna elettorale e sulla possibilità che questo integri il diverso illecito disciplinare di cui all'art. 3, comma 1, lett. a) si veda *infra* nota 31.

instaura il fondato dubbio che un appartenente all'ordine giudiziario, durante il suo mandato, possa iscriversi al relativo gruppo parlamentare, senza compromettere irrimediabilmente la sua immagine in termini di indipendenza ed imparzialità, specie sotto il profilo dell'apparenza³⁰.

A ben vedere, l'obiezione di fondo relativa alla difficile, se non impossibile, scissione tra candidabilità e esercizio dell'attività politico-partitica risulterebbe fondata in un'unica ipotesi, relativa alle attività di propaganda elettorale poste in essere dal magistrato al *momento* della candidatura e durante tutto il periodo relativo. Il problema fu posto con chiarezza già nel dibattito in Assemblea Costituente relativo all'emendamento che divenne poi l'art. 98, comma 3 quando l'On. Targetti obiettò al proponente, On. Clerici, che «se da una parte si ammette che il magistrato possa diventare deputato o senatore, è strano che dall'altra una legge gli possa vietare l'unica strada che può battere per essere portato candidato. La strada maestra»³¹.

Sul punto, tuttavia, si deve ricordare che, fino ad oggi, il giudice disciplinare, nei casi in cui a un magistrato era contestata la partecipazione sistematica e continuativa all'attività dei partiti, ha ritenuto che la condotta relativa alle attività di propaganda fosse scriminata dall'esercizio del diritto di elettorato passivo *ex* art. 51 della Costituzione, sottraendola così al campo di applicazione dell'incolpazione disciplinare³².

5. Durante il dibattito in Assemblea Costituente, l'On. Clerici sottolineò che nella formulazione proposta, e poi approvata, della disciplina costituzionale si rinveniva il principio per cui un limite alla libera iscrizione ai partiti per alcuni particolari funzionari, investiti dello «*jus imperii*» fosse «possibile nell'ambito e nelle forme che il legislatore futuro crederà del caso, adattandole alle condizioni ambientali e storiche». Egli proseguiva ammonendo che la «Costituzione è fatta — speriamo — per un periodo di molti decenni:

³⁰ Lo Statuto e il Codice Etico del MoVimento 5 Stelle sono reperibili sul sito <http://www.beppegrillo.it>, in particolare di quest'ultimo si vedano le penali connesse alle modalità di espressione del dissenso di cui agli artt. 2, 3 e, soprattutto, 5 ultimo comma.

³¹ Queste le parole pronunciate nel dibattito svoltosi durante la seduta antimeridiana del 5 dicembre 1947 rinvenibile in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati – Segretariato generale, Roma, 1970, Vol. V., p. 4412.

³² Cass. Sez. Un. Civ., 16 dicembre 2013, n. 27987 che accoglie il ricorso avverso la sentenza CSM, sez. disciplinare, n. 32 del 2013, annullando con rinvio e sottolineando «la divaricazione concettuale tra l'attività di propaganda elettorale nell'esercizio del diritto di elettorato passivo, che è consentita e legittima, e quella - potenzialmente rilevante sul piano disciplinare - di partecipazione ad un partito politico. Infatti la preclusione per il magistrato di svolgere di svolgere un'attività "sistematica e continuativa" di partecipazione ad un partito politico non infirma né limita il diritto di elettorato passivo né quello di propaganda politica in occasione di una competizione elettorale ed è pienamente compatibile con tale diritto di rilievo costituzionale». Su tale si rinvio si è poi pronunciata la sentenza CSM, sez. disciplinare, n. 83 del 2014, che riconosce il *discrimen* tra partecipazione sistematica e continuativa, da un lato, e accesso alle cariche elettive, dall'altro. Tale sentenza appare criticabile nella parte non ritiene rilevante «la spendita della qualifica di magistrato in campagna elettorale», potendo, in astratto, integrare il differente illecito di cui all'art. 3, comma 1, lettera a) del medesimo d.lgs., che sanziona "l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri".

in tutto questo tempo si andranno trasformando le condizioni che suggeriranno limitazioni più o meno ampie col variare del tempo. Queste limitazioni noi rimetteremo perciò alla legge futura. Noi per ora affermiamo il principio; e ritengo sia necessario affermarlo, perché se dicessimo nulla in proposito e ferma restando la norma generale della libertà del cittadino, per cui ciascuno può iscriversi a qualsiasi partito, domani potrebbe ritenersi illegittima ed anticostituzionale qualsiasi legge che stabilisse questo divieto per i carabinieri e le guardie di questura»³³.

Con riferimento al caso oggi in esame sembra evidente come il complesso rapporto tra magistratura e politica, che ha trovato il suo apice nella cd. Seconda Repubblica³⁴, abbia condotto, realizzando un aspetto prefigurato dalla lungimiranza del costituente, alla formulazione della disposizione oggi impugnata che pone, come già sottolineato, un divieto di natura assoluta.

Tale soluzione, anche se indubbiamente estrema, è pienamente consentita dalla disciplina costituzionale. Come abbiamo visto è stato lo stesso giudice delle leggi, nella sentenza n. 224 del 2009 a chiarirne la legittimità non solo con riferimento al caso concreto ma in via generale. Senza ridursi a una mera esegesi di quella pronuncia è utile notare che nel punto 2 *Considerato in diritto* è presente un *anche* che dal punto di vista ermeneutico lascia pochi margini³⁵.

In via generale del resto si fatica a comprendere come possa non essere di natura assoluta il divieto posto dalla norma attuativa dell'art. 98, comma 3, visto che ad un partito politico o ci si iscrive o non ci si iscrive, non essendo possibili vie di mezzo, salvo il caso delle ipotesi, non rilevanti ai fini di questa trattazione, che consentono a esterni, professionalmente qualificati, di partecipare a organi di garanzia o speciali commissioni tematiche.

Allo stesso modo non sembra possibile mitigare, specie per via giurisprudenziale, questo tipo di divieto dal punto di vista dell'ambito di applicazione soggettiva della norma, come nel caso dei magistrati fuori dall'ordine giudiziario perché collocati in aspettativa elettorale: come si è cercato di sottolineare nel paragrafo precedente può, e deve, esistere un discrimine tra vita istituzionale e vita di partito, specie per una particolarissima categoria di funzionari pubblici come i magistrati.

Nell'ordinanza in commento l'addebito disciplinare riguarda, infatti, non l'assunzione delle cariche istituzionali elettive ma di cariche rivestite all'interno di un partito, che, nel caso in esame, la candidatura a segretario nazionale esprime al massimo livello. Sotto il profilo di integrazione della fattispecie di cui

³³ *Ult. op. cit.*, 4413.

³⁴ Sul tema, e sulle sue numerose implicazioni, si rinvia a S. MERLINI (a cura di), *Magistratura e politica*, Firenze, 2016.

³⁵ Si riporta, nuovamente, il passaggio della sentenza già richiamato nel testo a cui si riferisce la nota 18: «Infatti, l'introduzione del divieto si correla ad un dovere di imparzialità e questo grava sul magistrato, coinvolgendo anche il suo operare da semplice cittadino, in ogni momento della sua vita professionale, *anche* quando egli sia stato, temporaneamente, collocato fuori ruolo per lo svolgimento di un compito tecnico».

all'art. 3, comma 1, lett. h) il fatto storico risulta del tutto nitido e vede la coesistenza di entrambe le forme previste dal codice, a partire dal dato formale dell'iscrizione che per questo può essere considerato assorbente e che, in questa sede, può far venir meno la discussione sull'incerto significato dell'alternativa formula «partecipazione sistematica e continuativa»³⁶.

Per rispondere al quesito iniziale, dunque, la scelta di imporre un divieto di natura assoluta appare idonea a tutelare il bene costituzionalmente protetto dell'indipendenza e della imparzialità della magistratura. La *ratio* di ciò risiede nella considerazione che l'efficace funzionamento della responsabilità disciplinare sia, non solo il primo presidio contro i rischi di una giustizia domestica, incline a indulgenze corporative, ma, in termini generali, intimamente connesso all'intero sistema di governo autonomo della magistratura, garantito dalla Costituzione, sulla base della considerazione che «ogni scelta sul terreno della responsabilità è dunque così anche una scelta sulla posizione della magistratura in generale»³⁷. L'obiettivo della sanzione disciplinare è quello di preservare il magistrato, in ruolo o fuori ruolo, dal pregiudizio di un'appartenenza partitica che sarebbe capace di ledere l'autonomia e l'indipendenza di tutta la magistratura: per questo motivo già in passato si era prospettato che il divieto conseguente all'art. 98 della Costituzione «ove fosse effettivamente sancito dal legislatore ben potrebbe essere sanzionato in sede disciplinare»³⁸.

Una interpretazione costituzionalmente conforme del divieto come relativo, e non assoluto, da cui deriverebbe l'inoperatività della disposizione impugnata in relazione all'espletamento dei mandati elettivi sembrerebbe possibile sulla base del tenore testuale della norma, ma non lo sarebbe di certo a fronte di un bilanciamento con gli altri valori costituzionali in gioco, a partire dall'indipendenza e imparzialità dell'ordine giudiziario che emerge in maniera netta dall'intero Titolo IV della Costituzione.

Resta ferma la considerazione finale per la quale si renderebbe necessario un intervento del legislatore capace di chiarire al meglio i contorni di questa fattispecie problematica, specie nel quadro di una legislazione attuativa dell'art. 49 della Costituzione.

³⁶ V. *supra* nota 19.

³⁷ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, in *Giur. Cost.*, 1982, p. 780 ss. Cfr., in via generale, il fondamentale testo di P. FIMIANI, M. FRESA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino, 2013, p. 1 ss.

³⁸ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali*, cit., p. 864 ss.