



Ordinamento giudiziario

Magistrati e impegno politico: problemi e prospettive a partire dalla recente definizione della vicenda Emiliano

di [Francesco Dal Canto](#)

21 luglio 2020

Magistrati e impegno politico: problemi e prospettive a partire dalla recente definizione della vicenda Emiliano

di Francesco Dal Canto

Sommario: 1. Premessa - 2. Le tappe della vicenda giudiziaria - 3. L'esercizio tardivo dell'azione disciplinare - 4. Il divieto di iscrizione ai partiti politici nel quadro costituzionale - 5. Il d.lgs. n. 109/2006 e la successiva giurisprudenza costituzionale: l'imparzialità del magistrato tra forma e sostanza - 6. La sentenza della Corte cost. n. 170/2018 e il paradosso del divieto di fare politica imposto al magistrato collocato fuori ruolo per fare politica - 7. La sentenza delle Sezioni Unite, tra continuità e discontinuità con la giurisprudenza costituzionale - 8. Prospettive di riforma legislativa, per ricondurre il sistema ad una maggiore coerenza.

1. Premessa

La pronuncia delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione n. 8906/2020 segna l'ultima tappa, prevedibile nei suoi esiti ma non priva di tratti originali, di un tortuoso caso giudiziario che ha visto come protagonista il dott. Michele Emiliano, magistrato in aspettativa per mandato politico-elettorale e noto esponente del Partito democratico[1].

Si tratta di una decisione per alcuni aspetti coraggiosa, laddove essa trae delle conseguenze non scontate dai principi indicati nella precedente decisione della Corte costituzionale n. 170/2018, che, com'è noto, aveva rigettato una questione di costituzionalità promossa nell'ambito dello stesso giudizio. Tuttavia, può anticiparsi fin d'ora, la vicenda lascia nel suo complesso un senso di incompiutezza e insoddisfazione, ovvero la sensazione che il problema effettivo sia stato soltanto lambito.

Al centro della questione vi è il controverso divieto per i magistrati, contemplato nella normativa disciplinare, di iscriversi ad un partito politico o di partecipare organicamente alle sue attività, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. h) del d. lgs. n. 109/2006; la questione si inserisce peraltro, inevitabilmente, in una prospettiva più ampia, ovvero quella della partecipazione diretta dei magistrati alle attività politiche, all'interno della quale si colloca anche l'ipotesi della partecipazione degli stessi alle competizioni elettorali per il rinnovo sia del Parlamento nazionale sia degli organi elettivi di enti territoriali.

Si tratta, in entrambi i casi, di un fenomeno marginale dal punto di vista numerico e tuttavia - a prescindere dallo scarso pregio di tale rilievo sul piano dei principi costituzionali - connotato di un'evidente rilevanza simbolica per le sue potenziali ricadute sulla collocazione della magistratura nell'ordinamento costituzionale e per la sua capacità di condizionare la messa a fuoco dell'immagine dei magistrati nell'opinione pubblica.

Tematica ampia e assai delicata, divenuta oggi, alla luce delle note e sconcertanti cronache degli ultimi mesi[2] - che peraltro niente hanno a che fare con la vicenda che offre lo spunto per queste note - di drammatica attualità.

2. Le tappe della vicenda giudiziaria

Il caso giudiziario prende avvio dal procedimento disciplinare promosso in data 30 ottobre 2014 dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione nei confronti del dott. Emiliano, al quale venivano mossi i seguenti addebiti disciplinari: dalla circostanza che egli fosse titolare di una serie di cariche all'interno del Partito democratico si deduceva la sua formale iscrizione a quel

partito politico, inoltre i numerosi incarichi dallo stesso assunti provavano quanto meno la sua partecipazione sistematica e continuativa al medesimo raggruppamento politico, in entrambi i casi in violazione sia dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 109/2006, ai sensi del quale “il magistrato esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio ...”, sia del successivo art. 3, comma 1, lett. h), in forza del quale costituisce illecito disciplinare “l’iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ...”[\[3\]](#).

Il procedimento disciplinare viene sospeso nel luglio del 2017 per il promovimento, da parte della sezione disciplinare del C.S.M., della questione di costituzionalità del citato art. 3, comma 1, lett. h), in riferimento agli artt. 2, 3, 18, 49 e 98 Cost., in ragione della ritenuta illegittimità di tale previsione nella parte in cui la stessa non escludeva dal novero dei magistrati destinatari del divieto coloro che erano stati collocati fuori ruolo proprio per espletare un mandato elettorale di natura elettiva[\[4\]](#).

Con sent. n. 170/2018[\[5\]](#) la Corte costituzionale respinge tale ricostruzione, rigettando ancora una volta la questione di legittimità. Per il Giudice delle leggi, l’accesso ad un ufficio pubblico di natura politico-elettiva non poteva costituire una scrinante rispetto all’applicazione del divieto disciplinare in questione, atteso che “un conto è l’iscrizione o comunque la partecipazione sistematica e continuativa alla vita di una partito politico, che la fattispecie disciplinare vieta, altro è l’accesso alle cariche elettive e agli uffici pubblici di natura politica”, che, a determinare condizioni, la legislazione vigente consente loro.

Dopo la pronuncia del 2018 il procedimento disciplinare riprende il suo corso, concludendosi con la sent. n. 30/2019 della Sezione disciplinare del C.S.M., con la quale il dott. Emiliano viene dichiarato colpevole degli illeciti disciplinari ascrittigli e condannato alla sanzione dell’ammonimento.

Detta pronuncia viene a propria volta impugnata dinanzi alle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, che, con la sentenza poc’anzi citata, respinge in via definitiva il ricorso.

3. L’esercizio tardivo dell’azione disciplinare

Partiamo da una questione di natura processuale piuttosto rilevante.

Il procedimento disciplinare nei confronti del dott. Emiliano viene promosso a distanza di sette anni (ottobre 2014) dalla sua investitura a segretario regionale del Partito democratico (ottobre 2007) e di dieci anni dalla sua elezione a sindaco di Bari (giugno 2004).

A tale proposito, la difesa del magistrato ricorrente deduce, tra i diversi motivi di ricorso, la nullità della sentenza di condanna della Sezione disciplinare per non avere quest'ultima rilevato l'intervenuta decadenza del Procuratore generale dall'azione disciplinare, ai sensi dell'art. 15, comma 1, del d.lgs. n. 109/2006, dal momento che la stessa era stata esercitata quando il termine annuale dall'acquisizione della notizia dei fatti contestati era già abbondantemente spirato.

Le Sezioni Unite, respingendo tale assunto, osservano che il suddetto termine annuale inizia a decorrere soltanto dall'acquisizione di una notizia "circostanziata" di illecito disciplinare, ossia "dalla conoscenza certa di tutti gli elementi costitutivi dello stesso", potendo solo da quel momento procedersi ad "un'esauriente formulazione del capo di incolpazione". Per la Cassazione, peraltro, tale conclusione si pone in linea con la pregressa giurisprudenza per la quale il termine decadenziale deve essere computato non da quando giunge alla Procura generale un generico esposto, nel quale vengono indicati presunti illeciti commessi dal magistrato, bensì dal momento in cui l'illecito trova "concretezza e certezza", anche a seguito delle indagini svolte dall'autorità giudiziaria^[6]. In particolare, si ricorda come la Procura generale presso la Corte di cassazione avesse avuto piena notizia dei fatti contestati soltanto a seguito dell'acquisizione di un circostanziato articolo di stampa, pubblicato nel dicembre 2013, e dal ricevimento, nel marzo 2014, di un esposto nel quale i fatti erano stati descritti in modo "molto particolareggiato".

In realtà, a partire dal 2007, erano stati pubblicati numerosi articoli di stampa, diligentemente prodotti dalla difesa del ricorrente, dai quali poteva agilmente dedursi la circostanza che il dott. Emiliano era divenuto un autorevole esponente del Partito democratico; per la Suprema Corte, tuttavia, tali elementi non avevano compiutamente integrato la notizia di illecito sia in quanto difettavano di specificità sia perché dagli stessi non poteva evincersi né l'iscrizione del magistrato al partito politico né la sua partecipazione sistematica e continuativa ad esso. Ancora, per la Cassazione il coinvolgimento organico di Emiliano al Partito democratico non poteva essere qualificato tra i "fatti notori", trattandosi di circostanze in realtà conosciute soltanto dalle persone vicine al magistrato; in termini diversi - pare di capire - si sarebbe posta la questione se ad assumere rilievo fosse stata la candidatura di Emiliano all'incarico di segretario nazionale del Partito democratico, circostanza che, per il Giudice disciplinare, avrebbe effettivamente potuto "in ipotesi presentare i caratteri del notorio", ma che, nondimeno, si era concretizzata in un tempo successivo all'esercizio dell'azione disciplinare.

È dunque ferma la volontà della Suprema Corte di non accogliere la tesi dell'intervenuta decadenza dall'azione. E tuttavia, non tutti gli argomenti utilizzati appaiono davvero persuasivi.

Suscita perplessità, in primo luogo, la netta affermazione secondo la quale l'adesione del dott. Emiliano al Partito democratico non potesse qualificarsi come "fatto notorio". Difficile, infatti, convincersi che al titolare dell'azione disciplinare potesse risultare "incerta" o "non concreta" la circostanza, di assoluto dominio pubblico, che Emiliano fosse divenuto, nel 2007, segretario regionale di un partito politico di rilievo nazionale.

Peraltro, i precedenti che le Sezioni Unite richiamano a supporto di tale conclusione non potevano dirsi propriamente in termini rispetto al caso di specie, perché diversi erano i fatti contestati. Emblematica, a tale proposito, la pronuncia più recente tra quelle richiamate^[7], che giudica sulle accuse mosse ad un magistrato di reiterato ritardo nel deposito delle sentenze: in tale occasione la Cassazione, respingendo un'analogia eccezione di decadenza dall'esercizio dell'azione, ricorda che tale imputazione tocca "variegati aspetti dell'agire professionale" e che "i dati preliminari vanno, poi, necessariamente individualizzati e contestualizzati rispetto ad altri significativi riferimenti circa i vari versanti d'impegno giudiziario del magistrato"; sulla base di tali rilievi, il Supremo giudice deduce che in quella circostanza la mera segnalazione dei ritardi, in mancanza di elementi di contesto, non poteva essere sufficiente a integrare in modo esauriente il capo di incolpazione.

Ma è evidente la differenza tra le due situazioni: una cosa è richiedere che la notizia di illecito sia circostanziata nel caso in cui la fattispecie presenti in sé evidenti profili di indeterminatezza, data l'esigenza, come appunto nell'ipotesi del ritardo lavorativo, di tenere conto di innumerevoli fattori di contesto; altra cosa è richiamare la medesima esigenza qualora, come nel caso di specie, si contesti al magistrato di essere iscritto ad un partito politico, circostanza che certamente non presenta analoghi margini di ambiguità.

Suscita poi qualche dubbio che possa considerarsi fatto notorio, come pare ritenere la Cassazione, la mera "candidatura" di un magistrato all'incarico di segretario nazionale di un partito politico e, allo stesso tempo, debba escludersi tale conclusione con riguardo all'avvenuta "elezione" dello stesso magistrato alla carica di segretario regionale di quel partito. E ancora meno persuade l'affermazione secondo la quale la Procura non avrebbe potuto presumere, dalla titolarità di tale carica, la circostanza che il magistrato in questione risultasse iscritto a tale partito politico o, quanto meno, avesse partecipato in modo organico alle sue attività. A tale proposito, peraltro, poteva essere richiamata una precedente pronuncia della Sezione disciplinare che aveva condannato un magistrato configurando quale illecito disciplinare, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettera h) del d. lgs. n. 109/2006, l'aver assunto l'incarico di segretario (soltanto) provinciale di un partito politico^[8].

La sensazione, in definitiva, è che la Corte di cassazione abbia inteso mettere una pezza alla scarsa reattività della Procura generale nell'avviare l'azione e che, d'altra parte, il procedimento disciplinare sia stato in effetti promosso non quando il fatto è divenuto concreto e certo ma quando concreta e certa è divenuta la sua rilevanza mediatica e politica.

4. Il divieto di iscrizione ai partiti politici nel quadro costituzionale

La vicenda Emiliano suggerisce di tornare brevemente sui limiti che la Costituzione impone all'esercizio dei diritti politici dei magistrati. Al centro, com'è noto, vi è l'art. 98, comma 3, Cost., laddove si stabilisce che “si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'iscriversi 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.

Assai interessante fare almeno un cenno ai lavori dell'Assemblea costituente, per rendersi conto di come quasi tutti gli argomenti che sarebbero stati oggetto di discussione negli anni successivi, e che sono giunti fino ad oggi, fossero ben presenti fino dal 1947.

L'opzione del rinvio al legislatore ordinario emerse in Assemblea costituente quale soluzione di compromesso tra due opposte visioni [9]. Da una parte chi - soprattutto nell'area dei comunisti e dei socialisti - vedeva con favore, anche come segno di discontinuità sostanziale con il regime fascista [10], 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 magistrati [11] 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” [12]. 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” [13].

Ciascuno dei due indirizzi, ora come allora, poteva vantare dei buoni argomenti e dei tratti di innegabile debolezza. La tesi favorevole alla previsione del divieto si scontrava contro

l'obiezione non tanto di comportare una compressione dei diritti politici dei magistrati, perché ciò poteva essere considerato ragionevole sulla base di un bilanciamento con l'interesse contrapposto a preservarne l'imparzialità e l'indipendenza, ma soprattutto perché poteva apparire una soluzione del tutto inadeguata rispetto all'obiettivo perseguito; infatti, data l'impossibilità di pretendere dai magistrati un'effettiva neutralità politico-ideologica, essa costringeva questi ultimi in una “condizione di isolamento” fine a se stesso, imponendoli un dovere di agnosticismo soltanto formale, che poteva rivelarsi, per gli stessi interessi che si volevano preservare, perfino più pericoloso di una professione di fede fatta alla luce del sole[\[14\]](#).

La tesi contraria al divieto, d'altro canto, faceva leva, in particolare, sulla circostanza che lo *status* di iscritto avrebbe potuto esercitare, in molte situazioni concrete in cui si sarebbe potuto trovare il magistrato, sia nell'esercizio della funzione giurisdizionale sia fuori da tale esercizio, in modo cosciente o anche incosciente, un’“innegabile influenza”; e anche quando il magistrato fosse riuscito a sottrarsi ad essa, quest'ultimo avrebbe potuto divenire bersaglio di critiche capaci di incrinare la fiducia nei suoi confronti e il prestigio dell'intero corpo dei magistrati[\[15\]](#).

Nella situazione incerta e difficilmente riducibile ad una sintesi appena richiamata, a conclusione di un dibattito piuttosto acceso, ben si comprende il motivo per cui venne prontamente accolto dall'Assemblea costituente l'emendamento di mediazione, presentato dall'on. Clerici[\[16\]](#), che poi divenne l'attuale formula dell'art. 98 Cost.: nel chiaro tentativo di favorire una conciliazione tra le opposte visioni, si rinviava al legislatore ogni scelta, rendendo peraltro facoltativo non tanto l'introduzione di un divieto di iscrizione ma, più genericamente, la possibilità di introdurre “limiti” a tale iscrizione[\[17\]](#).

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 divieto[\[18\]](#), per alcuni addirittura rafforzato dal possibile richiamo all'art. 54, comma 2, Cost.[\[19\]](#), 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”[\[20\]](#).

La complessità del quadro costituzionale di riferimento, la presenza di numerose e concorrenti ipotesi interpretative sul tappeto e l'assenza di una casistica rilevante che potesse fornire l'occasione per intervenire, hanno favorito la lunga latitanza del legislatore su questa materia [\[21\]](#).

Peraltro, occorre ricordare che il C.S.M., utilizzando le larghe maglie fornite dall'art. 18 della c.d. legge sulle guarentigie (r.d. lgs. n. 511/1946), con il conforto indiretto della Corte costituzionale [22], ben prima della riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006 aveva inaugurato una giurisprudenza disciplinare piuttosto cauta, e nel complesso equilibrata, rispetto alla definizione dei limiti alla libertà di espressione dei magistrati[23]. Lo stesso C.S.M., del resto, già nel 1986 si era espresso a favore dell'introduzione del divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici [24].

Così come è utile ricordare che, pur su un piano diverso da quello disciplinare[25], il Codice etico approvato dall'Associazione nazionale dei magistrati nel 1993 prevedeva, all'art. 8, con una formula nella sostanza ripresa nel testo oggi vigente, approvato nel 2010, che "il magistrato garantisce e difende l'indipendente esercizio delle proprie funzioni e mantiene una immagine di imparzialità e indipendenza. Evita qualsiasi coinvolgimento in centri di potere partitici o affaristici che possono condizionare l'esercizio delle sue funzioni o comunque appannarne l'immagine. Non accetta incarichi né espleta attività che ostacolino il pieno e corretto svolgimento della propria funzione o che per la natura, la fonte e le modalità del conferimento, possano condizionarne l'indipendenza".

5. Il d.lgs. n. 109/2006 e la successiva giurisprudenza costituzionale: l'imparzialità del magistrato tra forma e sostanza

L'inerzia del legislatore si conclude con l'entrata in vigore della riforma Castelli dell'ordinamento giudiziario (legge n. 150/2005): una prima formulazione, più ambigua e restrittiva - ove in particolare si precludeva l'adesione a "centri politici" - viene 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'imparzialità^[27].

Torna, 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 stesso^[28]. 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 essa.

Si tratta di un indirizzo non scontato. Imparzialità e apparenza di imparzialità, sostanza e forma, sebbene spesso unite in una sorta di macro-valore unitario, sono concetti ontologicamente diversi. L'imparzialità ha a che fare con l'idea stessa di giudice e di funzione giurisdizionale^[29], è coessenziale alla loro natura, in stretto collegamento con l'egualanza di tutti i cittadini dinanzi alla legge; essa si accerta nel momento in cui il magistrato forma il suo convincimento e rende giustizia, per escludere che egli abbia subito condizionamenti in relazione a interessi esterni alla controversia^[30]. L'apparenza di imparzialità rileva, invece, al diverso scopo di salvaguardare l'immagine esterna della magistratura nel suo complesso, per non pregiudicare il rapporto di fiducia che deve sussistere tra il corpo dei magistrati e l'insieme dei cittadini, atteso che, pur non trovando la funzione giurisdizionale una diretta legittimazione nella sovranità popolare e più in particolare nel consenso dei consociati, la democrazia resta il fondamento ultimo anche del potere giudiziario, nel cui nome, d'altra parte, è amministrata la giustizia ai sensi dell'art. 101 Cost.^[31].

Apparenza e sostanza d'imparzialità sono principi di indiscutibile pregio ma posti a presidio di interessi costituzionali diversi la cui lesione non determina il medesimo disvalore, essendo indubbio che sia prioritario l'obiettivo di salvaguardare l'imparzialità del giudice nel momento della decisione^[32]. Non è escluso, dunque, in linea di principio, che l'intento di tutelare uno dei due valori possa andare a discapito dell'altro: entra qui in gioco, tornando alla questione decisa dalla Corte costituzionale, la nota obiezione secondo la quale dichiarare pubblicamente una certa inclinazione politica comporta un'assunzione di responsabilità dinanzi all'opinione

pubblica tale che l'imparzialità, forse incrinata nella sua parvenza esteriore, può in verità risultare rafforzata nella sua sostanza, ovverosia con riguardo all'esercizio concreto della giurisdizione[33].

Si tratta di un delicato gioco di equilibri. Certo è che, seguendo questo ordine di idee, il Giudice delle leggi avrebbe potuto ritenere ragionevole, come veniva prospettato nell'ordinanza di rimessione, differenziare tra il magistrato iscritto al partito mentre esercita la funzione giurisdizionale, soggetto a vincoli oggettivi di appartenenza potenzialmente idonei a pregiudicarne l'imparzialità di giudizio, dal magistrato fuori ruolo, in ipotesi disposto a lasciare la tessera al momento del ritorno alla giurisdizione, la cui imparzialità, data l'assenza di contestualità tra adesione al partito ed esercizio della funzione, non avrebbe potuto essere messa in discussione se non nella sua sola percezione esteriore[34].

In definitiva, ciò che lascia parzialmente insoddisfatti della richiamata giurisprudenza costituzionale non sono tanto gli esiti cui essa giunge, perché non vi è dubbio che, specie in determinati periodi storici, sia essenziale che la magistratura operi in un clima di fiducia nei rapporti con l'opinione pubblica, bensì il ragionamento un po' semplicistico dalla stessa seguito, che non sembra operare troppe distinzioni, né valutare sufficientemente la natura disomogenea degli interessi costituzionali da porre in equilibrio.

6. La sentenza della Corte cost. n. 170/2018 e il paradosso del divieto di fare politica imposto al magistrato collocato fuori ruolo per fare politica

La vicenda Emiliano costituisce dunque la seconda occasione nella quale la Corte costituzionale si trova ad esaminare direttamente il dubbio di costituzionalità del divieto di partecipazione “organica” ai partiti politici. La novità principale, rispetto al caso del 2009, sta tutta nella circostanza che il magistrato in questione, come detto, risulta 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, con la nota sent. n. 170/2018, coglie comunque l'occasione per rimettere a fuoco l'intera problematica. In primo luogo, il Giudice delle leggi precisa che l'art. 98, comma 3, Cost., lungi dall’“imporre” alcunché, demanda al legislatore la mera “facoltà” di intervenire nel delicato bilanciamento tra diritti politici ed esercizio indipendente della funzione giurisdizionale, allo scopo di “impedire condizionamenti all’attività giudiziaria che potrebbero derivare dal legame stabile che i magistrati contrarrebbero iscrivendosi ad un partito o partecipando in misura

significativa alla sua attività”.

In secondo luogo, viene confermato dal Giudice costituzionale l’indirizzo, ormai consolidato, secondo il quale, pur godendo i magistrati in linea di principio degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni cittadino, la peculiarità delle funzioni dagli stessi esercitate comporta che la loro indipendenza deve essere garantita non soltanto con specifico riferimento all’esercizio delle funzioni giudiziarie ma anche “in ogni aspetto della vita pubblica”. La Corte dunque ribadisce, ancora una volta senza perdersi in troppi distinguo, che “sostanza e apparenza” sono valori entrambi “alla base della fiducia di cui deve godere l’ordine giudiziario in una società democratica”. E tanto l’iscrizione al partito politico quanto la partecipazione continuativa alla vita dello stesso incidono sia sull’imparzialità del magistrato sia sulla sua apparenza: ciò che la norma disciplinare vuole evitare, infatti, è che si creino vincoli e “legami suscettibili di condizionare (anche per il futuro) l’esercizio delle funzioni, oltre che di offuscare l’immagine del magistrato presso l’opinione pubblica”.

Per la Corte, peraltro, 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”. È il carattere di “stabilità” del legame, quindi, che viene posto dalla Corte costituzionale sulla linea di confine tra partecipazione legittima e partecipazione illegittima alla vita di un partito.

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”. Dunque, 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; la Corte lo sottolinea espressamente quando ricorda che è ben “configurabile un’iscrizione che non segua una partecipazione assidua e costante alla vita del partito”. L’idea, in definitiva, è quella secondo cui l’adesione formale ad un partito politico comporta sempre dei precisi vincoli interni, incompatibili con l’esercizio della funzione giurisdizionale; neppure un cenno viene fatto alle trasformazioni subite dai partiti politici negli ultimi decenni, che, com’è noto, hanno determinato il progressivo e sensibile allentamento di tali vincoli[35], né al fatto che il magistrato iscritto potrebbe cancellare la sua iscrizione al momento

di rientrare nella giurisdizione e dunque far venir meno ogni presunto legame oggettivo con il partito.

Ancora una volta, forma e sostanza d'imparzialità vanno a braccetto, ma è la forma cui la Corte sembra prestare una speciale attenzione, onde scongiurare il rischio che il magistrato possa apparire “ideologicamente orientato” o, peggio, “di parte”; e in questo senso, l’iscrizione al partito è sanzionata come atto simbolico, “solenne e formale”, dal quale si desume un disvalore a prescindere da ogni altra considerazione.

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.

Sono due i passaggi della motivazione che meritano di essere sottolineati a tale proposito.

In primo luogo, la Corte ritiene che il divieto di partecipazione organica alle attività di partito debba essere mantenuto anche nei confronti del 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 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 svincolato^[36]. Difficile non registrare la contraddizione insita nel ragionamento, ovvero la sua artificiosità, o, com'è stato detto, il suo “fragile formalismo”^[37].

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 apparenza^[38]. 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 sottolinea come la valutazione sui requisiti di “sistematicità e continuatività” 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 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 diverse.

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.

7. La sentenza delle Sezioni Unite, tra continuità e discontinuità con la giurisprudenza costituzionale

All'indomani della sent. n. 170/2018 della Corte costituzionale, come anticipato, il giudizio disciplinare riprende il suo corso, per giungere, in seguito alla condanna della Sezione disciplinare, dinanzi alle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione: quest'ultima, nel rigettare il ricorso, riprende nella motivazione la maggior parte degli argomenti utilizzati dal Giudice delle leggi, anche se non mancano passaggi originali.

Da segnalare, innanzi tutto, la questione di costituzionalità che il ricorrente chiede alla Corte di promuovere avverso l'art. 3, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 109/2006 [[39](#)]. Per affrontare nel merito il prospettato dubbio di costituzionalità, dichiarato poi manifestamente infondato, la Corte di cassazione si diffonde in una lunga disamina sulla posizione costituzionale della Magistratura e sui principi di autonomia, indipendenza e soggezione soltanto alla legge (p.to 8 delle *Ragioni della decisione*), i quali, lungi dal costituire privilegi dell'ordine giudiziario, sono funzionalmente necessari per assicurare l'imparzialità del magistrato nel momento in cui è chiamato ad esercitare la funzione giurisdizionale, “con obiettività e senza preconcetti, seguendo soltanto la propria coscienza [...], senza aspettative di vantaggi e senza timore di pregiudizi (*sine spe, sine metu*)”.

Anche la Cassazione si sofferma sui concetti di imparzialità e di apparenza d'imparzialità, ma con sfumature diverse da quelle registrate nella pronuncia costituzionale. “Il giudice” - ricordano le Sezioni Unite - “ha il dovere non soltanto di essere imparziale ma anche di apparire tale”, ovvero essere “al di sopra di ogni sospetto di parzialità”; con la differenza che, mentre l’essere parziale si declina in relazione al concreto processo, “l’apparire imparziale costituisce, invece, un valore immanente alla posizione istituzionale del magistrato, indispensabile per legittimare, presso la pubblica opinione, l’esercizio della giurisdizione come funzione sovrana” (p.to 8.1 delle *Ragioni della decisione*). La Corte conclude su questo punto osservando che, “proprio il dovere del magistrato di assicurare la propria immagine pubblica di imparzialità, rende particolarmente critico il rapporto tra il giudice e la politica ed oltremodo delicata la sua partecipazione alla vita politica del paese” (p.to 8.3 delle *Ragioni della decisione*).

Si tratta di un passaggio che segna un primo elemento di discontinuità con la pronuncia del Giudice costituzionale del 2018. La Cassazione, a tale proposito, precisa che “la condivisione di

un'idea politica, di per sé incomprimibile, e persino la manifestazione espressa di appartenenza ad un partito politico non sono, in quanto tali, incompatibili con l'esercizio imparziale dell'ufficio pubblico ricoperto"; tuttavia, il legislatore ordinario, in attuazione di un precetto costituzionale, ha voluto che il magistrato "non abbia tessere di partito" affinché egli "non sia percepito come uomo di parte, affinché l'esercizio della giurisdizione non possa essere inteso come strumento di lotta politica".

La differenza appare evidente. Mentre la Corte costituzionale individua, quanto meno formalmente, il fondamento delle due fattispecie disciplinari nell'esigenza di salvaguardare, al contempo, l'imparzialità del magistrato e la sua immagine esteriore, al contrario la Cassazione, più schiettamente, sembra presumere che la *ratio* di tali limitazioni consista soprattutto nell'esigenza di preservare l'"immagine pubblica di imparzialità" del magistrato, precisando poi - e non è difficile immaginare che in questo richiamo il pensiero sia andato alla difficile situazione italiana di questi ultimi mesi - che tale esigenza è tanto più avvertita nelle società moderne sovente "caratterizzate da tensioni nei rapporti tra poteri dello Stato" (p.to 8.2 delle *Ragioni della decisione*).

La Cassazione torna, poi, sulla questione riguardante la presunta contraddizione tra divieto di partecipare in modo organico alla vita di un partito e diritto di candidarsi alle elezioni politiche e di svolgere, eventualmente, il mandato politico elettorale. In motivazione si richiamano i medesimi argomenti, non del tutto convincenti, già utilizzati dalla Corte costituzionale per confutare tale lettura, compresa una particolare attenzione a negare, in considerazione della loro diversa natura giuridica, la sussistenza di una contraddizione tra il divieto di iscrizione al partito politico e la possibilità, per il magistrato eletto, di iscriversi invece al gruppo parlamentare (p.to 4 delle *Regioni della decisione*).

Meritevole di considerazione è anche il punto nel quale la Cassazione confuta la tesi del ricorrente secondo cui il giudice disciplinare avrebbe dovuto tenere conto delle previsioni dello Statuto del Partito democratico ove si prevede - analogamente, peraltro, a quanto avviene per molti partiti politici - che l'iscrizione al partito costituisce un presupposto indispensabile per poter essere candidati alle cariche politico-istituzionali; tale constatazione, in effetti, per quanto non decisiva, rendeva la richiamata disarmonia del sistema ancora più evidente, o meglio la connotava di un aspetto formale, dato che il solo modo per Emiliano di esercitare il suo diritto costituzionale di accedere alle cariche elettive, ai sensi dell'art. 51 Cost., era quello di iscriversi al partito. La Cassazione respinge tale rilievo, sottolineando che la normativa interna dei partiti politici, in quanto associazioni private, non poteva essere qualificata alla stregua di una fonte del

diritto, né poteva integrare il preceitto disciplinare “immettendovi nozioni che la legge non prevede”; non è ammissibile, per la Cassazione, “che la normativa interna di un partito politico possa scriminare, rendendole lecite, condotte che la legge vieta e configura come illeciti disciplinari”, anche perché la tesi propugnata dal ricorrente avrebbe irragionevolmente condotto a “mutare, di volta in volta, il significato della norma disciplinare, a seconda di quanto previsto dagli atti interni dei singoli partiti”.

Difficile contestare gli argomenti sviluppati dalle Sezioni Unite ma, ancora una volta, si manifesta in tutta la sua evidenza lo iato tra il piano formale e il piano sostanziale del problema: nel caso specifico, la sola alternativa che di fatto si presenta al magistrato è quella tra candidarsi come iscritto al partito, lasciando la magistratura, oppure abbandonare ogni velleità politica.

Riguardo poi alla distinzione tra le due fattispecie contemplate all’art. 3, comma 1, lettera h), del d.lgs. n. 109/2006, di particolare interesse le considerazioni svolte dalla Cassazione in merito alla seconda. Come detto, qui la pronuncia costituzionale aveva lasciato alle Sezioni unite uno spazio di manovra in linea di principio piuttosto ampio: il Giudice delle leggi, infatti, come le stesse sottolineano, aveva fornito una “interpretazione garantista, in *bonam partem*”, di tale illecito, rimarcando la necessità di valutare “caso per caso”, precisando altresì come tale rilievo valesse a maggior ragione per i magistrati “collocati in aspettativa per soddisfare i diritti fondamentali garantiti dall’art. 51 Cost.”.

E proprio qui si registra la maggiore distanza tra Corte costituzionale e Corte di cassazione [\[40\]](#).

Laddove la prima incentivava il Giudice disciplinare a percorrere la (impervia) strada delle distinzioni tra magistrato in ruolo, magistrato fuori ruolo per ragioni tecniche e magistrato fuori ruolo per ragioni politiche, prospettando la possibilità di operare bilanciamenti differenziati, la Cassazione sottolinea, senza infingimenti, 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”.

La Cassazione rifiuta, dunque, la logica dei distinguo fondata sulle differenze soggettive.

Si tratta di un indirizzo improntato ad una interpretazione più rigida, e tendenzialmente più restrittiva, dell’illecito disciplinare, che conduce a condannare il dott. Emiliano anche in relazione alla seconda fattispecie, dal momento che i numerosi incarichi dallo stesso ricoperti e la sua candidatura alla carica di segretario nazionale costituivano, per le Sezioni unite, un

“indice sicuro dell’organica partecipazione” alla vita del partito.

La Corte, in altre parole, rifiuta la prospettiva di condannare Emiliano per la sola iscrizione al partito politico, circostanza certa e insuscettibile di valutazioni differenziate, e al contempo assolverlo per l’atro capo di imputazione, ritenendo la sua partecipazione alla vita del partito “tollerabile” all’esito di un bilanciamento “mirato” dei valori costituzionali coinvolti.

Troppo alto, forse, il rischio che tale indirizzo potesse essere letto, fuori e dentro la magistratura, come una sorta di pur blanda apertura nei confronti dell’ingresso dei magistrati in politica.

8. Prospettive di riforma legislativa, per ricondurre il sistema ad una maggiore coerenza

Sia la Corte costituzionale sia la Cassazione, pur con alcune differenze, hanno dunque ritenuto 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 da entrambe le Corti, 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 rassicurare 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’ordinamento[\[41\]](#).

Ciò precisato, è ovvio che l’angolo visuale dal quale le due Corti, ovviamente con ruoli ben diversi, hanno potuto esaminare il problema non poteva che essere parziale, nel senso che esse si sono trovate a confrontarsi 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[42], 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 elettive [43]. 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 passivo[44], 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 dell'accettazione della candidatura, non si trovano in aspettativa"[45]. Si noti, per inciso, che l'obbligo di aspettativa degrada ad una mera facoltà del magistrato per i mandati negli enti territoriali[46].

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"[\[47\]](#). 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.

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 secondo[\[48\]](#).

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 giurisdizione[\[49\]](#).

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 pubblica[50]. 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”[51]

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, 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'ineleggibilità[52], 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 parlamentare[53].

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”[54]. 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”[55]. 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 precedenza[56].

Proprio mentre si scrive è in corso di predisposizione un progetto di riforma elaborato dal Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede che sembra andare in una direzione simile a quella richiamata da ultimo: 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.

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

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 politiche^[57], 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.

Se è vero, come si è detto, che sostanza e apparenza d’imparzialità sono valori distinti, è pur vero che viviamo in tempi assai delicati, nei quali appare indispensabile non offrire argomenti a coloro che, magari strumentalmente, vorrebbero accreditare l’idea pericolosa che la giustizia sia amministrata a servizio di una parte.

[1] Sindaco di Bari per due mandati, dal giugno 2004 al giugno 2014, poi assessore del comune di San Severo e infine Presidente della Regione Puglia, a partire dal giugno 2015; segretario regionale del Partito democratico dall’ottobre 2007 all’ottobre 2009 e dal febbraio 2014 al maggio 2016, Presidente regionale del medesimo partito dal novembre 2009 al gennaio 2014 e, nel marzo 2017, candidato come segretario nazionale per la stessa formazione politica.

[2] Il riferimento, quasi scontato, è ai gravi casi, rilanciati dalle cronache degli ultimi mesi e sui quali sono in corso delle inchieste giudiziarie, di commistione tra politica e magistratura in vista di alcune nomine di competenza del C.S.M. Su tali vicende il Presidente della Repubblica (G. Mattarella, *Intervento in occasione della cerimonia commemorativa dell’anniversario di alcuni magistrati uccisi per l’impegno nel contrasto alla violenza terroristica e mafiosa*, Roma, 18 giugno 2020, disponibile in www.quirinale.it) ha recentemente sottolineato come il fenomeno faccia intravedere “un’ampia diffusione della grave distorsione sviluppatasi intorno ai criteri e alle decisioni di vari adempimenti nel governo autonomo della Magistratura” e abbia rilevato una “modestia etica” capace di minare il prestigio e l’autorevolezza dell’intero ordine giudiziario.

[3] Sulla questione della sottoponibilità al procedimento disciplinare del magistrato in aspettativa parlamentare, da ultimo, cfr. G. Campanelli, *Il magistrato parlamentare: la rilevanza disciplinare dei suoi comportamenti alla luce del d.lgs. n. 109/2006 tra scelte legislative e problemi aperti*, in *Consulta online*, 18 luglio 2020.

[4] Cfr. ord. n. 111/2017, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, prima serie speciale, n. 45/2017.

[5] Da cui sono tratti i virgolettati che seguono (cfr., in particolare, p.ti 5 e 6 del *Considerato in diritto*).

[6] Nella motivazione vengono richiamate le seguenti pronunce della Cass. civ., Sez. unite: 8 febbraio 2001, n. 50, 24 novembre 2010, n. 23780 e 9 giugno 2017, n. 14430.

[7] Cfr. la già citata Cass. civ., Sez. unite, 9 giugno 2017, n. 14430.

[8] Cfr. Sez. disc. C.S.M., sent. 15 giugno 2010, n. 100.

[9] Cfr., di recente, S. Aru, *La discussa partecipazione dei magistrati alla politica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 457ss. e G. E. Polizzi, *Il magistrato al Parlamento*, Padova, 2017, 80ss.

[10] 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, 127ss.

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

[12] 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.

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

[14] Cfr. *Intervento* di C. Ruggiero (Partito socialista) in Assemblea costituente nel corso della seduta del 7 dicembre 1947.

[15] Cfr. *Intervento* di A. Bozzi (Unione democratica nazionale-Partito liberale) in Assemblea costituente nel corso della seduta del 6 novembre 1947.

[16] Cfr. *Intervento* di E. Clerici (Democrazia cristiana) in Assemblea costituente nel corso della seduta del 5 dicembre 1947.

[17] Cfr. S. Senese, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, in *Quaderni della giustizia*, n. 61/1986, 9. Di formulazione “agnostic” parla N. Pignatelli, *Il divieto di iscrizione ai partiti politici: un cavallo di troia*, in AA.VV., *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, 343.

[18] Cfr. V. Falzone-F. Palermo-F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Roma, 1948, 180.

[19] Ai sensi del quale chi è chiamato a svolgere funzioni pubbliche è tenuto ad “adempierle con disciplina ed onore”; in tale senso R. Manfrelli, *La moglie di Cesare e l'uomo ragno. Brevi note sulla partecipazione dei magistrati alla competizione politica*, in *La dis-euguaglianza nello Stato costituzionale*, a cura di M. Della Morte, Napoli, 2016, 308.

[20] 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 *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, 1921 e L. Carlassare, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, 107.

[21] In realtà vi sono stati alcuni tentativi, il principale dei quali fu quello realizzato dal Governo, nei primi anni Novanta, con l’approvazione del d.lg. n. 141/1991, evidentemente approvato in considerazione della straordinaria necessità e urgenza di tale intervento, intitolato “divieto di iscrizione ai partiti politici per gli appartenenti alle categorie indicate nell’art. 98, comma 3, Cost.”; gli effetti di tale decreto - ove peraltro non erano previste sanzioni in caso di inosservanza del divieto - si esaurirono tuttavia ben presto a causa della non conversione dello stesso da parte del Parlamento.

Qualche anno più tardi, con legge n. 276/1997 si è previsto, all’art. 2, comma 8, che non potevano essere nominati giudici onorari aggregati coloro che ricoprivano o avevano ricoperto, nel triennio precedente alla nomina, “incarichi direttivi o esecutivi nei partiti politici”

[22] Cfr. Corte cost. n. 100/1981, nella quale il Giudice costituzionale, dopo aver riconosciuto che i magistrati “debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino”, precisa che “deve pur ammettersi che le funzioni esercitate e la qualifica da essi rivestita non sono indifferenti e prive di effetto per l’ordinamento costituzionale”.

[23] La Sezione disciplinare aveva qualificato come illecito la partecipazione attiva alla lotta politica (sent. 6 febbraio 1965, proc. n. 43) e, più in generale, quelle manifestazioni di pensiero dalle quali poteva evincersi un’organica appartenenza del magistrato ad una determinata parte politica, ma non aveva sanzionato la pubblica manifestazione di simpatia per un partito nell’imminenza delle elezioni (sent. 18 luglio 1964, proc. n. 83) o la pubblica adesione ad un documento di propaganda elettorale presentato da un partito politico (sent. 3 giugno 2004, proc. n. 16); sul punto cfr. G. Tarli Barbieri, *La partecipazione dei magistrati*, cit., 76 e 83s. e L. Imarisio, *La libertà di espressione dei magistrati*, cit., 245ss.

[24] Cfr. Cfr. G. Borrè, *Art. 98, comma 3*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 452.

[25] Sulla differenza tra il piano disciplinare e quello deontologico sia consentito il rinvio a F. Dal Canto, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, II edizione, Torino, 2020, 288.

[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, 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, 5125 ss. e R. Chieppa, *Il divieto di attività politica dei magistrati: meglio tardi che mai (ricordi storici delle tesi dell’associazione dei magistrati)*, ivi, 2009, 2855.

[28] Cfr. L. Imarisio, *La libertà di espressione dei magistrati tra responsabilità disciplinare, responsabilità deontologica ed equilibri del sistema informativo*, in *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, a cura di S. Sicardi, Napoli, 2010, 255s.

[29] N. Bobbio, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in *Quale giustizia*, 1971, 268.

[30] Cfr., tra le altre, Corte cost., sent. n. 155/1996.

[31] Cfr., per tutti, G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 175ss.

[32] Inoltre, le norme poste al servizio della loro tutela non sono pienamente fungibili: l'imparzialità viene salvaguardata attraverso previsioni che impediscono al giudice di decidere questioni riguardanti interessi cui egli, per varie ragioni, è oggettivamente legato, l'apparenza si assicura sanzionando quello stesso giudice quando tiene comportamenti esteriori che possono far dubitare del suo equilibrio e della sua misura. Da notare che, per la giurisprudenza della Corte di cassazione, la circostanza che il magistrato manifesti pubblicamente il proprio orientamento politico non incide, di per sé, sulla sua capacità di decidere con imparzialità, mentre, in casi particolari, esso può certamente influire sulla fiducia dei cittadini nei suoi confronti, segnatamente quando si registrano eccessi o sovraesposizioni; cfr. Cass., sez. VI, sent. n. 3499/2008 e, in dottrina, N. Zanon-F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V Edizione, Bologna, 2019, 215.

[33] Cfr. per tutti S. Senese, *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, a cura di F. Dal Canto e R. Romboli, Torino, 2004, 25ss.

[34] Tale conclusione, per inciso, poteva trovare una sponda in quell'orientamento dottrinario secondo cui il divieto di iscrizione al partito politico è suscettibile di “graduazioni”, tenendo conto che l'art. 98 Cost. parla di “limitazioni” al diritto di iscrizione. Se è vero, infatti, che è ben difficile immaginare delle graduazioni rispetto al diritto di iscrizione dal punto di vista del singolo magistrato, dal momento che tale diritto o è riconosciuto o non è riconosciuto, è altrettanto vero che tale soluzione sarebbe stata invece praticabile distinguendo tra le diverse categorie di magistrati, ovvero valorizzando le loro differenze di *status* (in ruolo, fuori ruolo, in aspettativa, ecc.); cfr. F. Biondi, *Può un magistrato essere legittimamente eletto con il simbolo di un partito e, nel contempo, essere processato disciplinarmente per essersi iscritto a quel partito? Nota a margine del caso Emiliano*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 luglio 2017, 3

[35] Cfr. G. Tarli Barbieri, *La partecipazione dei magistrati*, cit., 74 e L. Gori, *Sull'iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa dei magistrati a partiti politici, ovvero sui rapporti perennemente irrisolti fra magistratura e politica*, in *Giur cost.*, 2018, 1806.

Pare eccessivo ritenere che l'atto di iscrizione manifesti, di per sé, un’“appartenenza organica” al partito (come ritiene, invece, F. Biondi, *La Corte di cassazione chiude il caso Emiliano e sbarra la strada ai magistrati in politica*, in corso di pubblicazione in *Quaderni costituzionali*), ovviamente se con tale espressione si vuole intendere un effettivo coinvolgimento nelle sue attività; le ragioni che oggi muovono coloro che s’iscrivono ad un partito politico sono le più varie, compresa la nostalgia, e non è possibile desumere alcun automatismo tra tale atto formale e l’adesione piena

alla linea e, soprattutto, alle prescrizioni di quel partito.

[36] Cfr., di recente, E. Polizzi, *L'incandidabilità del magistrato: profili di legittimità costituzionale e questioni di opportunità politica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2019, 13 e G. Sobrino, *Magistrati "in" politica: dalla Corte costituzionale un forte richiamo all'indipendenza (ed alla sua immagine esteriore)*, in *Forum di Quad. cost.*, 8 agosto 2018, 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.

[37] S. Curreri, *Magistrati e politica: un equilibrio quasi impossibile*, in *lacostituzione.info*, 2018, 2ss.

[38] 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, 62 e L. Pepino, *Costituzione, giustizia, giudici*, in *Questione giustizia*, 2008, 230.

[39] Malgrado una questione sostanzialmente identica fosse già stata sollevata dalla Sezione disciplinare nel corso del medesimo giudizio, e dichiarata infondata proprio con richiamata la sent. n. 170/2018, le Sezioni Unite ritengono, condivisibilmente, che tale precedente non possa costituire una preclusione alla riproposizione, atteso che le due questioni non erano esattamente sovrapponibili con riguardo sia ai parametri di costituzionalità sia alle argomentazioni poste a fondamento della denunciata incostituzionalità.

[40] Cfr. F. Biondi, *La Corte di cassazione chiude il caso Emiliano*, cit., 2, che giustamente osserva come la Corte di cassazione non utilizzi tale discrezionalità, “imponendo al magistrato che eserciti il diritto garantito dall’art. 51 Cost. la stessa neutralità che è richiesta al magistrato in ruolo”.

[41] Cfr. G. Ferri, *I magistrati e la politica*, cit., 147.

[42] Sebbene il problema coinvolga anche questi, si omette in questa sede di richiamare la disciplina riguardante sia gli incarichi politico-elettorali negli enti territoriali sia quelli di natura politico-governativa non elettorali..... (ARU)

[43] 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, 47.

[44] 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”.

[45] 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”.

[46] Si dubita, innanzi tutto, che sia applicabile ai magistrati l’art. 68 del d.lgs. n. 165/2001, che impone a tutti i “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.

[47] 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”.

[48] 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.

[49] 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.

[50] 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.

[51] Cfr. G. Tarli Barbieri, *La partecipazione dei magistrati*, cit., 80.

[52] 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, 27ss. e N. Lupo-G. Rivosecchi, *La disciplina di ineleggibilità e incompatibilità a livello europeo, nazionale e locale*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 15s.

[53] Cfr. G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 149s.

[54] 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, 4.

[55] Cfr. G. Legnini, *Csm approva stretta su magistrati in politica. Legnini: «Parola chiara dopo 70 anni»*, in *Ilsole24ore*, 21 ottobre, 2015.

[56] 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”.

[57] Cfr., tra gli altri, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1991, 1ss., M. Dogliani, *La formazione dei magistrati*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, Roma-Bari, 1994, 140 e R. Romboli, *Il ruolo del giudici 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, 1ss.