



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

ISCRIZIONE AI PARTITI POLITICI, ELETTORATO PASSIVO E REGIME DELLE INELEGGIBILITÀ PER I MAGISTRATI NEL (POCO DEMOCRATICO) SISTEMA DEI PARTITI*

di Valeria De Santis**

SOMMARIO 1. Introduzione: il quadro sovranazionale della lotta alla corruzione del Consiglio d'Europa nella cornice della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - 2. La (possibile) limitazione del diritto dei magistrati di iscrizione ai partiti politici. *Ratio* e brevi indicazioni sulla genesi della disposizione costituzionale - 2.1. Segue: L'imparzialità e la sua "apparenza" come garanzia di tutela dei diritti dei cittadini - 3. Democraticità dell'organizzazione interna dei partiti e utilità della limitazione di iscrizione dei magistrati ai partiti politici - 4. La partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici - 5. L'elezione dei magistrati in Parlamento: assolutezza del diritto all'elettorato passivo e disciplina dell'ineleggibilità - 5.1. L'adeguatezza della disciplina dell'ineleggibilità e prospettive di riforma - 5.2. Ineleggibilità del magistrato nei casi di scioglimento anticipato ed elezioni suppletive - 6. L'elezione dei magistrati a livello regionale e locale e l'attribuzione degli incarichi esterni - 7. La questione del ricollocamento: magistrati non eletti, eletti e designati - 8. Brevi considerazioni finali

1. Introduzione: il quadro sovranazionale della lotta alla corruzione del Consiglio d'Europa nella cornice della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

La questione della regolazione delle attività politiche svolte dai magistrati tocca diversi aspetti che spaziano dal diritto di partecipazione politica dei magistrati, ai limiti all'elettorato passivo per l'elezione ai vari livelli di governo, attraversando il tema della separazione dei poteri. Non esiste in materia una disciplina unitaria e le questioni dei limiti all'elettorato passivo dei magistrati, delle incompatibilità e del rientro nell'esercizio delle funzioni giudiziarie vanno ricostruite prendendo in considerazione diverse disposizioni costituzionali, legislative, secondarie, fino alle decisioni della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura (di seguito CSM).

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Professore aggregato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli studi Parthenope di Napoli.

Le incoerenze del sistema italiano, di seguito illustrate, sono evidenti ed anche nella dimensione sovranazionale, in particolare nell'ambito del Consiglio d'Europa, vengono percepite come un elemento di arretramento e di rischio. Serie preoccupazioni per l'assenza di una disciplina organica dell'attività politica dei magistrati sono emerse, in particolare, nel recente Rapporto di valutazione sull'Italia adottato dal GRECO, il Gruppo di Stati contro la corruzione¹, durante il IV Ciclo di valutazione sulla prevenzione della corruzione dei parlamentari, dei giudici e dei pubblici ministeri. A conclusione della propria attività di monitoraggio della situazione italiana - nella 73^a riunione plenaria² - il gruppo di valutazione GRECO ha ribadito che deve essere consentito ai magistrati, in quanto cittadini, di partecipare alla vita politica e sociale del Paese, ma ha evidenziato l'assenza di equilibrio tra il diritto di partecipazione e la necessità di garantire la reale indipendenza ed imparzialità di chi esercita la funzione giudiziaria.

I magistrati, osserva il gruppo di valutazione del GRECO, dovrebbero astenersi dallo svolgere attività politica pubblica e la disciplina nazionale dovrebbe delimitare in modo netto l'esercizio delle attività politiche dall'esercizio delle proprie funzioni, così da garantire non solo la reale indipendenza dei magistrati, ma anche che essi siano percepiti come tali. La mancanza di una disciplina unitaria determina numerose incoerenze che si riflettono sull'effettiva separazione tra i poteri.

Il gruppo di valutazione del GRECO sofferma la propria attenzione su due fattori: l'assenza di disposizioni che impongano ai magistrati di prendere l'aspettativa per essere eletti o nominati negli organi di governo locali e la mancata disciplina del rientro dei

¹ Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con due Risoluzioni (98) 7 e (99) 5, adottate rispettivamente il 5 maggio 1998 e il 1 maggio 1999, ha istituito il GRECO (*Groupe d'États contre la corruption*) che svolge funzioni di controllo contro la corruzione nell'ambito del Consiglio d'Europa. Secondo il proprio Statuto il GRECO è istituito con l'obiettivo di «migliorare la capacità degli Stati membri nella lotta contro la corruzione assicurando l'attuazione dei loro impegni in questo settore, attraverso un processo dinamico di mutua valutazione e pressione reciproca» (art. 1). Il GRECO realizza un controllo di tipo non giurisdizionale volto a seguire, attraverso un processo di valutazione e di pressioni reciproche, l'applicazione delle indicazioni e dei principi per la lotta alla corruzione. Ogni Stato membro del GRECO designa una delegazione composta da due rappresentanti, il GRECO elegge dunque al proprio interno il Presidente, il Vice-presidente e l'Ufficio di Presidenza che hanno importanti funzioni concernenti l'organizzazione delle procedure di valutazione. Possono essere membri del GRECO non solo gli Stati che fanno parte del Consiglio d'Europa ma anche quelli che prendono parte agli accordi parziali allargati, facendone richiesta al Segretario generale del Consiglio. Gli Stati che invece ratificano la Convenzione penale e la Convenzione civile contro la corruzione (adottate a Strasburgo nel 1999) e che accettano di essere sottoposti alle procedure di valutazione entrano a far parte automaticamente del GRECO. Le procedure di valutazione del GRECO sono effettuate Paese per Paese e sono divise in cicli durante i quali il gruppo di valutazione raccoglie informazioni tramite questionari, visite, incontri con le autorità pubbliche e i gruppi locali anti-corruzione. Alla fine di questa fase viene redatta una relazione, esaminata e approvata dal GRECO, che contiene raccomandazioni rivolte allo Stato valutato, al fine di migliorare la propria legislazione e la prassi nella lotta alla corruzione. Successivamente, in una procedura separata di conformità, il GRECO valuta le misure adottate per attuare le raccomandazioni in quanto le procedure di monitoraggio sono volte anche alla condivisione e alla diffusione delle migliori pratiche adottate per la lotta alla corruzione. Sul funzionamento del GRECO, in part.: G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Ed. scientifica, 2005, 64 e ss.; S. BONFIGLI, *La dimensione sovranazionale dell'etica pubblica*, in F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Franco Angeli, 2009, 398 e ss. Sul primo rapporto sull'Italia del 2012 si vedano inoltre: E. DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 527 e ss.; F. DI MASCIO, *Una relazione della Commissione europea sulle politiche anti-corruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 548 e ss. In part. per l'influenza del primo rapporto del GRECO sulla disciplina dei partiti, realizzata dal legislatore italiano tra il 2012-2015, cfr. R. CALVANO, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma senza fermarsi...voyage au bout de la nuit?*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, 178-180.

² Strasburgo, 17-21 ottobre 2016.

magistrati, dopo la cessazione dell'incarico politico. A parte, dunque, la necessità di una disciplina organica che circoscriva l'esercizio delle funzioni e degli incarichi politici separandoli in modo rigoroso, il gruppo di valutazione del GRECO evidenzia soprattutto la necessità di regolare il rientro dei magistrati per evitare che tra le due funzioni, giudiziaria e politica, esista una comunicazione continua che incide negativamente sull'imparzialità, reale e percepita, del magistrato.

Il rapporto del gruppo di valutazione del GRECO individua le incongruità del sistema italiano che saranno di seguito analizzate, ma il quadro sovranazionale va completato tenendo presente che nell'ordinamento regionale di cui l'Italia è parte, non esistono tutele specifiche in tema di diritti politici dei magistrati. L'art. 11, co. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito CEDU) si limita a considerare legittime le restrizioni del diritto di associazione e di riunione stabilite dalla legge nei confronti di determinate categorie di funzionari pubblici o appartenenti alle forze dell'ordine³.

In termini generali, la possibilità di porre limiti all'elettorato attivo e passivo non è prevista esplicitamente dalla Convenzione, ma la Corte di Strasburgo la ricava dall'art. 3 del Protocollo 1 (di seguito P-1) che impegna le Alte Parti contraenti a garantire elezioni libere in modo da assicurare la libera espressione dell'opinione da parte del corpo elettorale. La disposizione, adottata nel 1952, si limita ad individuare il nucleo essenziale del sistema di democrazia rappresentativa, ovvero, la garanzia del voto uguale libero e segreto, finalizzato ad assicurare «la libera espressione del popolo sulla scelta del corpo legislativo». Solo in via interpretativa, la Commissione prima e la Corte poi hanno sviluppato il profilo soggettivo dell'art. 3, P-1, ritenendo immediatamente tutelabili i diritti fondamentali di votare e di essere eletti⁴.

Sono comunque gli Stati a dover stabilire le condizioni e i limiti di esercizio dei diritti politici, in quanto la materia costituisce oggetto di scelte riservate agli ordinamenti nazionali. Anche la legittimità delle condizioni e dei requisiti necessari per l'esercizio dei diritti politici va valutata in relazione allo scopo perseguito dallo Stato, pur nel rispetto dei principi di legalità, necessità, non discriminazione e proporzionalità⁵.

³ In altre convenzioni internazionali e regionali - come il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (artt. 20-21); la Carta sociale europea adottata dal Consiglio d'Europa del 1961 (artt. 5-6); la Convenzione americana sui diritti dell'uomo del 1969 (artt. 16, co. 3) - le limitazioni sono circoscritte ai militari e agli appartenenti alle forze dell'ordine. La maggiore estensione della Carta EDU ha condizionato lo sviluppo della giurisprudenza dalla Corte EDU, sul punto P. RIDOLA, *Art. 11. Libertà di riunioni e associazione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, 353; A. GUAZZAROTTI, *Art. 11*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, Padova, Cedam, 2012, 448; V. COUSSIRAT-COUSTERE, *Art. 11, § 2*, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, Economica, 1995, 432-433.

⁴ Commissione EDU, *W, X, Y e Z v. Belgium*, 1975; Corte EDU, *Mathieu-Mohin e Clerfayt v. Belgium*, 2.3.1987.

⁵ M. STARITA, *Il 'diritto al voto' secondo la Corte comunitaria e secondo la Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, 530; L. TRUCCO, *La democrazia elettorale tra margine di apprezzamento degli stati e tutela dei diritti individuali*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2011, 244 e ss.; F. SGRÒ, *Garanzie e preclusioni nei processi di riforma del sistema elettorale italiano*, in *Rass. parlam.*, 2013, in part., 35 e ss. Le limitazioni non devono essere tali da incidere sul contenuto essenziale del diritto, il loro scopo deve essere legittimo e, infine, si deve trattare di misure proporzionate, Corte EDU, *Mathieu-Mohin and Clerfayt c. Belgio*, cit., § 52-54; Corte EDU, GC, *Yumak e Sadak c. Turchia*, 8.7.2008, § 65; Corte EDU, GC, *Hirst c. Regno Unito*, 6.10.2005, § 62; Corte EDU, *Aziz c. Cipro*, 22.9.2004, §§ 28-30, da ultimo, Corte EDU, *Oran c. Turchia*, 8.9.2014, §§ 49-53.

Per quanto riguarda i soggetti che svolgono funzioni pubbliche, la Corte EDU afferma che l'art. 3, P-1 non preclude limitazioni dell'elettorato passivo, sottoponibile da parte degli Stati a determinate condizioni per raggiungere obiettivi legittimi e proporzionati. Il diritto dei singoli a candidarsi può dunque essere limitato se è prevalente l'interesse generale a che non partecipino soggetti in grado di coartare la libera espressione della volontà del corpo elettorale, oppure, se l'esercizio delle funzioni pubbliche sia oggettivamente incompatibile con il mandato politico. Le restrizioni devono essere caratterizzate da prevedibilità e sono soggette sempre a stretta interpretazione⁶. Infatti la Corte EDU considera convenzionalmente illegittima la disciplina nazionale che ritiene ineleggibili categorie ampie e imprecise; la disciplina nazionale può restringere i diritti elettorali solo di chi appartiene a categorie determinate, valutando attentamente se il coinvolgimento politico costituisca, nel caso specifico, un possibile pericolo per l'ordine democratico⁷.

Più precisamente la Corte EDU ha considerato legittima e proporzionata la disciplina della Costituzione greca che, con disposizioni estremamente dettagliate, vieta la candidabilità e l'eleggibilità di funzionari, militari e altre categorie di amministratori pubblici nelle circoscrizioni elettorali in cui abbiano svolto per almeno tre mesi le proprie funzioni nell'arco dei tre anni precedenti alle elezioni. L'incandidabilità assoluta, prevista dalla maggior parte degli ordinamenti nazionali, mira ad assicurare l'uguaglianza tra i candidati e la libertà del voto, preservando il corpo elettorale da indebite pressioni che i candidati potrebbero esercitare in considerazione della loro carica⁸. La Corte EDU traccia inoltre la differenza tra chi già ricopre incarichi politici, che risponde politicamente del proprio operato all'elettorato e chi, invece, sia ad esempio un funzionario pubblico o un appartenente alle forze dell'ordine, ovvero, in una posizione tale da poter condizionare o alimentare il sospetto, di possibili condizionamenti del voto⁹.

L'obiettivo di garantire l'imparzialità politica dei funzionari pubblici giustifica altresì, in base all'art. 3 P-1, l'adozione di un regolamento, previsto - ad esempio - nell'ordinamento britannico, di severa limitazione delle attività politiche di funzionari locali¹⁰. Nonostante la rigidità della disciplina - osserva la Corte EDU - il diritto all'elettorato passivo, nel suo contenuto essenziale, non è messo in discussione in quanto le limitazioni operano per il solo periodo in cui vengono svolte determinate funzioni pubbliche e chi intende partecipare

⁶ Corte EDU, *Comunist Party of Russia e altri c. Russia*, 19.6.2012; *Georgian Labour Party c. Georgia*, 8.10.2008.

⁷ Nella pronuncia della Corte EDU, *Seyidzade c. Azerbaijan*, 3.12.2009, in part. § 30 e ss., sebbene in merito ad una diversa ipotesi di incompatibilità, non riguardante magistrati e funzionari, la Corte EDU ha ravvisato una violazione dell'art. 3 P-1 della disciplina contenuta nella Costituzione dell'Azerbaijan che nega l'elettorato passivo per l'elezione al Parlamento ai ministri di culto. La genericità della disciplina che non distingue tra una attività religiosa professionale e il semplice esercizio di attività religiosa rende la disciplina non sufficientemente dettagliata e chiara per non integrare una violazione del diritto all'elettorato passivo.

⁸ Corte EDU, *Gitonas e altri c. Grecia*, 1.7.1997.

⁹ Infatti, a differenza dei magistrati, per Ministri e Sindaci la disciplina greca prevede il diritto all'elettorato passivo per le elezioni politiche a condizione di dimissioni prima dell'assunzione del nuovo incarico, in part. Corte EDU, *Gitonas c. Grecia*, cit., §§ 39-44. Sul punto, C. PINELLI, *Protocollo 1 - art. 3. Diritto a libere elezioni*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 855. Si veda anche C. MORRIS, *Parliamentary Elections, Representation and the Law*, Oxford and Portland - Oregon, Hart, 2012, 37.

¹⁰ Corte EDU, *Abmed e altri c. Regno Unito*, 2.9.1998.

alla competizione elettorale può comunque dimettersi¹¹. Il sindacato della Corte EDU appare piuttosto rigido, giustificando il rispetto delle regole democratiche e quelle limitazioni dell'elettorato passivo che possono ledere libertà ed uguaglianza del voto.

Gli Stati godono in materia di un ampio margine di apprezzamento; i diritti politici non sono certamente dotati di «assolutezza» e sono sottoposti a «limiti impliciti» che consentono agli Stati di condizionarne l'esercizio¹². L'esperienza che deriva dalla giurisprudenza EDU evidenzia la natura, per così dire, «ibrida» dei diritti politici che determina una stretta attinenza tra la loro disciplina e le modalità di organizzazione della stessa forma di democrazia rappresentativa, ampliando - di necessità - il margine di apprezzamento statale¹³. La stabilità del sistema democratico può essere garantita solo mediante misure specifiche, volte a proteggere la democrazia stessa, in quanto ogni sistema democratico deve essere in grado - afferma la Corte EDU - di «difendere se stesso».

Di conseguenza le regole elettorali devono essere calibrate attentamente non solo in relazione allo scopo che si intende perseguire, ma anche in base al contesto di riferimento. La legittimità delle scelte statali inerenti alle limitazioni relative all'esercizio dei diritti elettorali va valutata alla luce dell'evoluzione storico-constituzionale e della «*democratic vision*», sviluppata da ciascun Paese¹⁴. Per questa ragione le limitazioni che risultano irragionevoli in determinati contesti possono essere ammessi in altri in considerazione della stretta

¹¹ Corte EDU, *Abmed e altri c. Regno Unito*, cit., § 75.

¹² Corte EDU, GC, *Zdanoka c. Lettonia*, 16.3.2006, § 115 e §§ 103-106 Corte EDU, *Mathieu-Mobin and Clerfayt c. Belgio*, cit., § 52; Corte EDU, GC, *Yumak e Sadak c. Turchia*, cit., § 60; Corte EDU, GC, *Matthews c. Regno Unito*, 18.2.1999, § 63; Corte EDU, GC, *Hirst c. Regno Unito*, cit., § 61; Corte EDU, GC, *Sitaropoulos e Giakoumopoulos c. Grecia*, 15.3.2012, § 64; Corte EDU, GC, *Tanase c. Moldavia*, 27.04.2010, § 162; Corte EDU, Py c. *Francia*, 11.1.2005, § 45. Sul punto, in part., A. PECORARIO, *Il rovescio del giudizio della Grand Chambre, in tema di violazione dell'art. 3 primo protocollo e degli articoli 10 e 11 della convenzione, svela la complessità della transizione lettone*, in Archivio.rivistaaic.it, 2006; R. DICKMANN, *Rappresentanza vs governabilità. Rileggendo la sent. Corte EDU, Saccomanno vs Italia, del 13 marzo 2012, alla luce della sent. Corte cost. 1/2014*, in Forumcostituzionale.it, 29.1.2014; C. MARCHESE, *I diritti politici nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in C. BASSU, G.G. CARBONI (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2016, 185 e ss.

¹³ M. STARITA, *Il 'diritto al voto' secondo la Corte comunitaria e secondo la Corte europea dei diritti umani*, cit., 544; GC, *Zdanoka c. Lettonia*, cit., § 115. L'espressione tra virgolette è utilizzata in riferimento al contesto statunitense, da V. D. AMAR, A. BROWNSTEIN, *The Hybrid Nature of Political Rights*, in *Stanford Law Review*, 1993, 917. Sul punto occorre precisare che con riguardo alla legislazione elettorale di contorno e alle limitazioni relative al diritto di voto la giurisprudenza EDU ha elaborato criteri che - tendenzialmente - possono ricevere applicazione uniforme, sul punto, cfr. F. R. DAU, *La Corte europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto a elezioni libere. In merito alle pronunce Tanase c. Moldavia e Namat Aliyev c. Azerbaijan*, in Federalismi.it, n. 21/2012.

¹⁴ Corte EDU, *Mathieu-Mobin and Clerfayt c. Belgio*, cit., § 54; Corte EDU, *Vitrenko e altri c. Ucraina*, 16.12.2008; Py c. *Francia*, cit., § 46; Corte EDU, GC, *Zdanoka c. Lettonia*, cit., § 100 e § 115; Corte EDU, GC, *Hirst c. Regno Unito*, cit., § 61; Corte EDU, GC, *Sitaropoulos e Giakoumopoulos c. Grecia*, cit., § 66; Corte EDU, *Sacomanno e altri c. Italia*, cit., §§ 50-51; Corte EDU, GC, *Paksas c. Lituania*, 6.1.2011, § 96; Corte EDU, *Georgian Labour Party c. Georgia*, 8.10.2008, § 89. In dottrina, sulla «storicità» dei diritti politici, cfr. almeno: G. VOLPE, *Diritti politici*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1989, 1; S. SARTARELLI, *La Corte EDU e il diritto di voto dei condannati*, in Federalismi.it, *Focus on Human Rights*, n. 4/2013, 12; E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto*, Torino, Giappichelli, 2001, 1 e ss., in part. 2, osserva che la struttura del diritto politico «non si presta ad essere analizzata puramente in termini dogmatici» giacché se si facesse «si finirebbe per perdere di vista ciò che più ne caratterizza la natura: [...] la stretta connessione con l'evoluzione storica del sistema politico-rappresentativo». Sotto altro profilo, occorre tenere presente che in materia elettorale la specificità delle scelte statali deve essere salvaguardata anche in quanto espressione di un valore convenzionale fondamentale: il pluralismo, in tal senso, M. STARITA, *Convenzione europea dei diritti umani e problemi di costituzionalità della legge elettorale italiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 695. Più ampiamente, ID., *Il 'diritto di voto' secondo la Corte comunitaria e secondo la Corte europea dei diritti umani*, cit., 507 e ss.

attinenza della disciplina dei diritti politici rispetto al contesto storico e al grado di stabilizzazione e consolidamento delle istituzioni democratiche¹⁵.

In considerazione di quanto osservato, per quanto in materia di diritti politici la Corte EDU sia cauta, lasciando ampio spazio alle scelte statali, la lacunosità e l'intrinseca contraddittorietà della disciplina dei diritti politici dei magistrati, rilevata dal GRECO e che di seguito verrà illustrata, non sembra conforme a Convenzione per molti aspetti. Proprio la preoccupazione espressa dal GRECO per i rischi (effettivi e potenziali) di commistione tra poteri, nonché la stretta connessione emersa nella giurisprudenza EDU tra sviluppo democratico e disciplina dei diritti elettorali, induce a domandarsi in quale misura i diritti di partecipazione politica dei magistrati possano e debbano essere limitati per essere coerenti rispetto al contesto politico-democratico esistente e a quello che si intende realizzare in base alle indicazioni costituzionali e convenzionali.

2. La (possibile) limitazione del diritto dei magistrati di iscrizione ai partiti politici. *Ratio* e brevi indicazioni sulla genesi della disposizione costituzionale

La partecipazione politica dei magistrati intercetta una pluralità di diritti e libertà evidentemente intrecciati tra loro. Per quanto possibile, i limiti all'iscrizione ai partiti, il diritto di elettorato passivo e il regime delle incandidabilità vanno presi in considerazione disgiuntamente, prendendo le mosse dalle indicazioni costituzionali.

Il primo aspetto, nonché unico, sul quale la Costituzione introduce indicazioni specifiche sui diritti politici dei magistrati riguarda il divieto di iscrizione ai partiti politici che, invero, la Costituzione affronta, rimettendo al legislatore la decisione in ordine a possibili limitazioni. Il dibattito in Assemblea costituente, utile a comprendere il senso della disposizione, ha risentito di diverse e contrastanti istanze. Dopo l'esperienza autoritaria e le ingerenze politiche esercitate sui magistrati dall'esecutivo e dal regime nell'Italia statutaria e fascista, emergeva la necessità di proteggere l'indipendenza della magistratura. D'altra parte, i Costituenti avevano la diversa esigenza di aprire ogni settore dell'ordinamento repubblicano al pluralismo, nella consapevolezza che il formale divieto di iscrizione ai partiti politici non corrisponde in modo automatico e semplicistico ad una garanzia effettiva di imparzialità del giudice.

¹⁵ Sul punto appare di grande interesse la giurisprudenza della Corte EDU che riguarda la transizione democratica affrontata da molti Paesi ex-comunisti. In particolare per quanto concerne l'elettorato passivo in diversi casi si è posto il problema di coloro che avevano ricoperto importanti cariche politiche e militari negli ordinamenti autoritari pre-esistenti e che si trovano, nel passaggio al nuovo ordinamento democratico, ad esercitare il proprio diritto all'elettorato passivo. In questi casi la Corte EDU tende a dare particolare rilievo al tempo trascorso e alla notorietà rispetto al ruolo svolto e ritiene particolarmente importante che l'ineleggibilità fondata sull'attività svolta nel passato regime deve essere dettagliata in modo da individuare le precise responsabilità di ciascuna persona, evitando che tali cause di ineleggibilità vengano usate solo per vendetta o con scopi punitivi; cfr.: Corte EDU, GC, *Zdanoka c. Lettonia*, 16.3.2006, § 133; *Adamsons c. Lettonia*, 24.6.2008, § 116 e ss. In dottrina, in part., V. ZAGREBELSKY, *La transizione alla democrazia dei Paesi dell'ex blocco sovietico*, in A. BALDINELLI, A. MANEGGIA (a cura di), *Processi politici nel Mediterraneo: dinamiche e prospettive*, Perugia, Morlacchi, 2009, 114, ma anche, M. STARITA, *Il 'diritto al voto' secondo la Corte comunitaria e secondo la Corte europea dei diritti umani*, cit., 525-526.

La magistratura in Carta costituzionale non è considerata un'appendice esecutiva del Governo, ma costituisce un potere radicato nella società e aperto alle sue istanze pluralistiche¹⁶. L'autonomia della magistratura è tutelata limitando al minimo le ingerenze del potere esecutivo e, quindi, la subordinazione alla "sola" legge (art. 101 Cost.) rappresenta il modo per garantire la non interferenza tra il giudice e l'oggetto del proprio giudizio¹⁷. Così l'indipendenza segna l'estraneità del magistrato rispetto al circuito politico rappresentativo che lega - senza soluzione di continuità - partiti, Parlamento e Governo.

Proprio perché indipendente e irriducibilmente soggetto solo alla legge, il magistrato è "politico", ovvero, parte integrante del sistema di democrazia pluralista¹⁸. In tal senso la fedeltà alla legge non è più da intendere come fedeltà del giudice-burocrate ad una determinata maggioranza (liberal-borghese), bensì come garanzia di indipendenza, nonché di apertura dinamica alle evoluzioni dell'ordinamento politico¹⁹. In più sotto il profilo soggettivo, sulla spinta della liberazione dall'autoritarismo, la partecipazione politica è stata

¹⁶ L. PEPINO, *I giudici, la politica, la Costituzione*, in *Questione giustizia*, 2009, 218-219.

¹⁷ S. SENESE, *Il Governo della magistratura in Italia oggi*, in P.L. ZANCHETTA (a cura di), *Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale*, Milano, Franco Angeli, 1987, 20-21. La formulazione del co. 3 dell'art. 98 Cost. si deve ad un emendamento proposto da Clerici durante la complessa discussione in Assemblea. La Commissione, infatti, non era riuscita ad esprimere un parere univoco essendosi divisa tra i sostenitori della piena libertà di associazione partitica dei magistrati e coloro che, al contrario, ritenevano necessaria la soluzione opposta. In particolare, nella seduta antimeridiana del 5.12.1947, Clerici sottolineava che la limitazione di iscrizione del magistrato trova fondamento nella necessità di evitare l'insorgere del sospetto che le decisioni, sfavorevoli al singolo cittadino, possano essere condizionate da ragioni politiche e similmente che l'agente di pubblica sicurezza non rappresenti lo Stato, ma il partito di maggioranza al Governo. Lo «Stato» - affermava il relatore - «è superiore a tutte le maggioranze ed a tutti i Governi» e, di conseguenza, la disposizione limitatrice del diritto di iscrizione partitica per determinate categorie di funzionari pubblici è la più idonea a garantire la dignità dello Stato e la libertà dei cittadini. La posizione di Clerici fu sostenuta da Ambrosini, Bozzi, Calamandrei, Leone, Mannironi, Moro. Sui lavori in A.C., A. SAITTA, *Art. 98*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Utet, Torino, 2006, 1921-1922; Sui lavori in Assemblea costituente, in part., V. ACCATTATIS, *L'iscrizione dei magistrati ai partiti politici*, in Id., *Il giudice nello Stato liberaldemocratico*, Firenze, Il Ponte ed., 2003, 64; V. CARULLO, *La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori*, Bologna, Zuffi, 1950, 307-309. I lavori dell'Assemblea costituente si possono consultare sul sito della Camera dei deputati.

¹⁸ G. BORRÈ, *Indipendenza e politicità della magistratura*, in P.L. ZANCHETTA (a cura di), *Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale*, cit., p.145; C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, Il Mulino, 1992, 24 e ss. Sul punto A. PIZZORUSSO, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978, 139, sottolinea come la magistratura da corpo tecnico in posizione subordinata, si sia andata progressivamente delineando come «un potere costituzionale in posizione sovrana», consapevole del ruolo politico che la Costituzione le affida. Similmente, C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, Laterza, 1998, 3 e ss. Sotto altro profilo, D. PULITANÒ, *Le istituzioni giudiziarie: dal formalismo alle politiche del diritto*, in *Democrazia e diritto*, 1982, 50-51, sottolinea come la magistratura nel fronteggiare il terrorismo e nel disvelare la questione morale è stata «un soggetto attivo nella dialettica politica del Paese». In quest'ultimo senso occorre però distinguere (con G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladini*, Padova, Cedam, 2004, 241) tra «politicità intrinseca degli atti dei giudici» e «gli effetti politici dei processi giudiziari che non possono e non devono essere previsti e valutati». Più di recente si veda, L. VIOLANTE, *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, Carocci, 2016, 15 e ss.

¹⁹ G. BORRÈ, *Indipendenza e politicità della magistratura*, cit., 146-147. Sul passaggio dal fascismo alla democrazia, in part., L. PEPINO, *I giudici, la politica, la Costituzione*, cit., 216-217, sottolinea che in epoca liberale la magistratura, grazie alla struttura gerarchica del potere, costituiva di fatto «un'articolazione della classe politica di governo». Questa omogeneità tra magistratura e maggioranza politica ha consentito al fascismo di non intervenire e di lasciare inalterato il sistema giudiziario, in quanto la conformazione al regime avvenne in modo capillare e dall'interno. Si veda inoltre G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*, in *Diritto pubblico*, 2003, 327 e ss. in part. 331, sottolinea come la «moderata separazione dei poteri statutaria» ha ceduto ad una «identificazione del comando politico e dell'applicazione delle norme che non lasciava spazio ad una giurisdizione indipendente».

percepita come “dovere civico”, difficilmente riconducibile al solo diritto di esprimersi con il voto al momento delle elezioni²⁰.

Caduto il velo dell’“asetticità” del potere giudiziario, per garantire l’indipendenza e la trasparenza dell’operato dei magistrati si è deciso di introdurre una disposizione costituzionale che non impone alcun divieto di iscrizione ai partiti politici. Il comma 3 dell’art. 98 Cost., si limita, infatti, a stabilire che per determinate categorie, tra le quali i magistrati, la legge «può stabilire limitazioni al diritto di iscrizione ai partiti politici». La disposizione, adottata dopo un complesso e articolato dibattito, esclude il divieto, ma ammette che il legislatore possa operare in futuro scelte diverse. La Costituzione considera ammissibili le limitazioni che nell’esperienza storica e nella «verifica in concreto» delle diverse opzioni si sarebbero rese opportune²¹, affidando al successivo sviluppo degli equilibri di potere e del rapporto tra magistratura e politica la valutazione in ordine all’opportunità di introdurre limitazioni al diritto di iscrizione.

La nascita di un nuovo ordinamento in cui il principio pluralistico costituisce un valore fondante, implicava l’accettazione della mutevolezza degli equilibri tra poteri, influenzati dall’evoluzione del contesto sociale, storico ed economico. Questo aspetto è stato ben presente al Costituente che sulla questione della partecipazione politica dei magistrati ha considerato opportuno lasciare al futuro legislatore il compito di adottare le limitazioni «più o meno ampie» che con il passare del tempo si sarebbero rese necessarie²².

L’intrinseca storicità dei diritti politici, condizionati dall’evoluzione del sistema costituzionale e dal ruolo assunto dai partiti, ha indotto i Costituenti a rimettere al legislatore il compito di individuare limiti ragionevoli rispetto al contesto storico costituzionale. Similmente a quanto sarebbe emerso nella giurisprudenza EDU, si prende atto implicitamente della “relatività” dei diritti politici e del fatto che ogni democrazia deve sviluppare gli strumenti costituzionali, legislativi ed elettorali più adeguati per proteggere se stessa, per garantire l’equilibrio tra i poteri sovrani, attuando la forma di stato che l’ordinamento si è dato.

2.1. Segue: L’imparzialità e la sua “apparenza” come garanzia di tutela dei diritti dei cittadini

La necessità di bilanciare la libertà del magistrato quale cittadino, da una parte, e di tutelare il buon andamento della giustizia e il prestigio dell’ordine giudiziario, dall’altra,

²⁰ G. BORRÈ, *Il 3° comma dell’art. 98*, in *Commentario della Costituzione* (fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso), *La pubblica amministrazione. Art. 97-98*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, 1994, 443-444, sul punto ricorda le parole del Ministro della giustizia Arangio Ruiz che già nel 1944, quando la liberazione italiana non era ancora compiuta, rimosse il divieto che impediva al personale della magistratura e degli uffici giudiziari di fare pubblica professione di fede politica. Il guardasigilli considerava la partecipazione alla vita politica un dovere civico non limitabile al semplice atto di esercizio dell’elettorato attivo.

²¹ S. SENESE, *Magistrati e iscrizione*, in *Quaderni giust.*, n.61/1986, 9.

²² In part. Clerici, seduta antimeridiana del 5.12.1947. I lavori dell’Assemblea costituente si possono consultare sul sito della Camera dei deputati. Sul punto R. CHIEPPA, *Il divieto di attività politica dei magistrati: meglio tardi che mai (ricordi storici delle tesi dell’associazione dei magistrati)*, in *Giur. cost.*, 2009, 2584 e ss.

trovano composizione nella disposizione di cui all'art. 98, co. 3 Cost. che consente di subordinare il diritto di iscrizione ai partiti politici ai «valori coinvolti dallo *status* di magistrato»²³. La possibilità di limitare il diritto di iscrizione dei magistrati legittima l'intervento legislativo limitativo che, altrimenti, sarebbe incostituzionale alla luce della norma generale sulla libertà di associazione partitica. La soluzione costituisce un'eccezione, ma al contempo appare necessitata nell'ordinamento che intenda garantire l'estraneità del magistrato rispetto a relazioni e rapporti che potrebbero mettere in dubbio la correttezza delle sue decisioni²⁴.

La formulazione è aperta, non implica necessariamente l'adozione di un semplice divieto e lascia al legislatore la possibilità di regolare variamente l'iscrizione ai partiti politici per i magistrati e gli appartenenti alle forze dell'ordine. Il legislatore potrebbe introdurre, ad esempio, il divieto di accesso alle cariche direttive del partito²⁵, oppure, potrebbe imporre solo l'obbligo di rendere pubblica l'appartenenza partitica, come una forma di assunzione di responsabilità, volta ad evitare condizionamenti occulti, ancora più difficili da dimostrare²⁶.

Sembra peraltro che il legislatore non si possa limitare semplicemente ad escludere l'atto "formale" dell'iscrizione, in quanto i condizionamenti possono comunque essere realizzati in modo indiretto a prescindere dall'iscrizione partitica²⁷, tanto è vero che il legislatore - come si vedrà di seguito (al § 4.) - non si limita a porre il divieto di iscrizione, ma considera illecito disciplinare anche la partecipazione sistematica e continuativa all'attività di partito.

Il legislatore non può sopprimere i diritti di partecipazione politica del magistrato, ma è legittimato ad introdurre il divieto di iscrizione *tout court*²⁸ ed ha provveduto in questo senso solo con il d.lgs. n. 109 del 2006 che qualifica l'iscrizione dei magistrati come illecito disciplinare (art. 3, co. 1, lett. *b*). Prima di questo intervento era da tempo diffusa l'opinione della necessità della preclusione, tanto più che il codice etico dei magistrati includeva - all'art. 8 - tra i doveri del magistrato quello di «evitare qualsiasi coinvolgimento in centri di potere partitici o affaristici». Peraltro il legislatore aveva previsto il divieto per i giudici di pace (art. 8, lett. *c*), l. n. 374 del 1991) e per i giudici aggregati alle Sezioni Stralcio dei Tribunali civili per i quali aveva previsto un'ipotesi di incompatibilità per coloro che ricoprissero o avessero

²³ N. ZANON, F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2002, 48-49.

²⁴ A. D'ALOIA, *Questioni in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2004, Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, Cedam, 2008, 340-341. Sul punto ricorda la sent. n. 172 del 1982, punto n. 4 del considerato in diritto.

²⁵ A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*, in *Giur. cost.*, 1966, 1913.

²⁶ S. SENESE, *Magistrati e iscrizione*, cit., 13; N. PIGNATELLI, *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici: un "cavallo di Troia"*, in AA.VV., *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, Giappichelli, 2005, 344-345; F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*, in *Archivio.rivistaaic.it*, 2007, 10 e ss.; G. BORRÈ, *Il 3° comma dell'art. 98*, cit., 443.

²⁷ In tal senso, almeno: A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*, cit., 1919; G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, IV, *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, Giuffrè, 1977, 866; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974, 108.

²⁸ I. NICOTRA, *Riforma dell'ordinamento giudiziario: diritto di associazione e libertà di opinione dei magistrati*, in *Quad. cost.*, 2004, 131.

ricoperto nell'anno (o nel triennio) precedente alla nomina incarichi direttivi o esecutivi in partiti politici (art. 2, co. 8, lett. d) l.n. 276 del 1997).

L'iscrizione e l'assunzione di cariche politiche all'interno del partito sono dunque sanzionate come illecito disciplinare in quanto - secondo il giudice disciplinare, confermato dalla Corte costituzionale con la nota sent. n. 224 del 2009 - vulnerano l'indipendenza del magistrato che deve essere salvaguardata, quale valore primario della Costituzione.

La preclusione opera anche quando il magistrato non eserciti temporaneamente le funzioni giudiziarie, ma sia collocato fuori ruolo per l'espletamento di un compito tecnico²⁹. Tuttavia il divieto non opera qualora il magistrato sia posto fuori ruolo proprio per ricoprire un incarico politico, in quanto l'esercizio dell'elettorato passivo scrimina l'iscrizione e la partecipazione sistematica all'attività di partito³⁰. Peraltro, dopo lo svolgimento dell'incarico politico, con il ricollocamento del magistrato in ruolo, il divieto di iscrizione si ri-espande, riproponendo il rischio di appannare, anche sotto il profilo dell'immagine, l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato, tornato alla funzione giudiziaria.

In ogni caso, lasciando al prosieguo qualche ulteriore considerazione sul ricollocamento dei magistrati (§ 7.), la *ratio* del sacrificio imposto ai magistrati, ribadita chiaramente dalla Corte costituzionale nella nota sent. n. 224 del 2009, consiste nel garantire l'estraneità del magistrato rispetto agli interessi perseguiti dai partiti. Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie - ma anche quando il magistrato sia fuori ruolo per l'esercizio di funzioni tecniche - il cittadino deve essere rassicurato che le decisioni del magistrato non siano in qualche modo condizionate dalla volontà di far prevalere una determinata parte.

Nel bilanciamento con i principi di indipendenza e terzietà, il diritto di iscrizione partitica del magistrato può essere compresso non con il fine di "neutralizzare" la magistratura, ma per salvaguardare l'apparenza di estraneità che può far sorgere anche solo il sospetto di una decisione di parte³¹. Il magistrato non solo deve comportarsi in modo imparziale, ma deve apparire tale, costituendo l'imparzialità «la principale garanzia dei diritti dei cittadini»³².

Nello stesso senso, il giudice EDU sottolinea che il magistrato non deve solo essere imparziale in termini oggettivi, ma deve altresì apparire imparziale, anche nello svolgimento di funzioni non direttamente connesse all'esercizio delle funzioni giurisdizionali³³. Così il

²⁹ CSM, sent. 28.5.2008, n. 53; CSM, sent. 21.12.2001, n. 166; Corte cost. sent. n. 224 del 2009, punto n. 2 del considerato in diritto.

³⁰ 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, 5128-5129; F. BIONDI, *Le attività politiche dei magistrati: alcune indicazioni dai giudici disciplinari*, in *Quad. cost.*, 2014, 413-414.

³¹ Diversamente, L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, cit., 107, sostiene che le limitazioni di cui all'art. 98, co. 3, debbano essere interpretate restrittivamente, in quanto il pluralismo ideologico costituisce «di per sé garanzia di imparzialità». Di conseguenza, dalle limitazioni che il legislatore può imporre rimarrebbero fuori l'appartenenza al partito politico e «l'adesione ideologica anche apertamente manifestata».

³² P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, Ponte alle Grazie, 2008 (ristampa), 239, osserva che i magistrati «per goder della fiducia del popolo, non basta che siano giusti, ma occorre che si comportino in modo da apparire tali».

³³ G. FARLI BARBIERI, *La partecipazione politica dei magistrati all'attività politica*, in *Criminalia*, 2009, 60-61; S. ALOISIO, *La libertà di espressione ed il potere giudiziario nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza*

diritto fondamentale dei magistrati di manifestare il pensiero, direttamente collegato con l'esercizio dei diritti politici, trova un limite nel dovere di riserbo³⁴ per non minare la fiducia dei cittadini nei confronti dell'esercizio della funzione giudiziaria³⁵. Non a caso, nell'interpretazione del giudice EDU, assume rilievo specifico la capacità del giudice di comportarsi in modo da non compromettere la credibilità delle istituzioni giudiziarie e di meritare la fiducia dei cittadini³⁶.

Parallelamente, nell'ordinamento italiano, il divieto di iscrizione mira a conferire «evidenza» ad un dovere di imparzialità che grava sul magistrato, incidendo anche sull'esercizio dei propri diritti di cittadinanza³⁷. La preclusione del diritto di iscrizione partitica e le altre restrizioni previste dal legislatore (sulle quali ci si soffermerà di seguito §. 4 e ss.) costituiscono espressione dei doveri che gravano sul magistrato in ragione della peculiarità della funzione esercitata. La tutela dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura sono state previste in Costituzione non a vantaggio di un ordine (corporativo) e dei membri che vi appartengono, ma perché costituiscono il «presupposto della migliore e più effettiva tutela dei diritti dei cittadini»³⁸.

L'indipendenza della magistratura - osserva la Corte costituzionale - è posta a presidio non della tutela corporativa dell'ordine, ma della «correlazione tra il prestigio dell'ordine

costituzionale, Milano, Giuffrè, 2005, 454. F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 302, nota n. 217, rammenta che naturalmente il giudice è imparziale fino a prova contraria e solo nel corso dell'accertamento processuale si potrà valutare in concreto la sussistenza di tale requisito. Sul punto cfr. Corte EDU, 28.1.2003, *Dell'Utri c. Italia*.

³⁴ G.E. VIGEVANI, *Per la Corte di Strasburgo magistrati e politici pari non sono*, in *Quad. cost.*, 2003, 662; P. PALLARO, *La libertà di espressione dei pubblici funzionari nella giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 753 e ss.

³⁵ F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., 125-126; S. ALOISIO, *La libertà di espressione ed il potere giudiziario nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 453 e ss., sottolinea che nella giurisprudenza EDU emerge, in primo luogo, un dovere per il magistrato di esimersi dalle manifestazioni di pensiero da cui si evinca una sua militanza politica. Infatti questo comportamento di per sé contrasta con il dovere di imparzialità e indipendenza e contribuisce a ledere la fiducia dei cittadini nei confronti della giustizia. In secondo luogo, il giudice ha un preciso dovere di riservatezza; il giudice si deve astenere dall'esprimere convinzioni che possano far dubitare della sua imparzialità. Per tutte cfr., Corte EDU, 7.8.1996, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*. Si veda anche, R. PINARDI, *La libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati nella giurisprudenza costituzionale e disciplinare*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, cit., 293 e ss.

³⁶ In questa prospettiva il dovere di riserbo del magistrato viene in considerazione non tanto come violazione dell'art. 10, quanto dell'art. 6, par. 1 CEDU in cui si sancisce il diritto ad essere giudicati da un tribunale imparziale ed indipendente. Sul punto, M. CHIAVARO, *Art. 6* in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 184, nonché, A. TAMIETTI, *Art. 6*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 191, osserva che - ai fini della violazione dell'art. 6 - la valutazione di imparzialità deve riguardare, non solo la posizione soggettiva del giudice, ma anche che il giudizio offra delle «garanzie sufficienti ad evitare che il giudice possa essere considerato prevenuto» (in corsivo nell'originale). Sul punto: M. DE SALVIA, *Trasparenza della giustizia: equità del procedimento, presunzione di innocenza e informazione del pubblico. Dove collocare il punto di equilibrio?*, in *Riv. trim. diritti dell'uomo*, 1993, 610; D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, Cedam, 2011, 264 e ss. Più in generale, S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*, Napoli, Jovene, 2008, 451 e ss.; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2014, 35 e ss.

³⁷ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 148, in corsivo nell'originale.

³⁸ R. ROMBOLI, *La magistratura*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, III, *Le fonti del diritto e gli organi di garanzia giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2009, 297, sottolinea che autonomia, indipendenza e imparzialità del giudice costituiscono «valori fondanti il patto costitutivo»; «un patrimonio indisponibile di tutti i cittadini». Si veda anche, P. DAMIANI, *La nuova disciplina della ineleggibilità dei magistrati in caso di fine anticipata della legislatura (una occasione persa)*, in *Rass. parl.*, 1998, 889.

giudiziario e la credibilità dell'esercizio delle funzioni giudiziarie presso la pubblica opinione»³⁹. Delineata la *ratio* del divieto di iscrizione politica, occorre domandarsi se e quale utilità assuma il divieto in questione nell'attuale conformazione del sistema partiti.

3. Democraticità dell'organizzazione interna dei partiti e utilità della limitazione di iscrizione dei magistrati ai partiti politici

La limitazione della partecipazione politica dei magistrati mediante il divieto di iscrizione partitica è consentita dall'art. 98, co. 3 Cost. al legislatore ed è considerata legittima (Corte costituzionale sent. n. 100 del 1981 e n. 224 del 2009), ma non costituisce, come osservato, una soluzione obbligata. Peraltro, nell'attuale assetto partitico, c'è da domandarsi se il divieto di iscrizione costituisca una compressione di un diritto soggettivo ancora effettivamente utile e proporzionata, rispetto all'obiettivo di garantire che l'immagine di imparzialità dei magistrati non venga offuscata.

La fluidità del sistema dei partiti, la ridotta caratterizzazione ideologica, la "crisi" dei partiti derivante dallo sviluppo di forme dirette di decisioni organizzate su problemi specifici, la mobilitazione di gruppi attraverso la rete *internet* e la riduzione delle organizzazioni territorialmente (e fisicamente) diffuse, danno l'idea di partiti poco incisivi che instaurano legami "blandi" con i propri iscritti. La diminuzione della capacità recettiva dei partiti, quali interlocutori sociali e vettori effettivi di partecipazione, ne indebolisce il sistema affievolendone altresì la funzione di rappresentanza di interessi e valori⁴⁰.

Tutto ciò sembra in effetti rendere i legami interni ai partiti labili e non particolarmente incisivi. Non vi è dubbio del resto che attualmente si può essere iscritti ad un partito senza svolgere alcun ruolo decisionale, né dare alcun significativo apporto organizzativo. Inoltre la partecipazione attiva e significativa alla vita di partito prescinde evidentemente dall'iscrizione e, all'inverso, lo dimostra il semplice fatto che si può ricorrere a candidature indipendenti, ovvero, a candidare chi non sia "formalmente" iscritto al partito. Seguendo questo ragionamento, l'iscrizione - non traducendosi necessariamente in un apporto effettivo all'attività di partito - non sarebbe di per sé in grado di ledere l'immagine del magistrato⁴¹ mentre, in senso contrario, la possibilità di schierarsi apertamente potrebbe costituire un fattore di responsabilizzazione che, forse, darebbe maggiori garanzie rispetto alla mera "apparenza" di imparzialità⁴².

Tuttavia la considerazione che la partecipazione politica attiva e la candidatura siano indipendenti dall'iscrizione, non sembra argomento completamente sufficiente a

³⁹ Corte cost. sent. n. 497 del 2000, punto n. 5 del considerato in diritto. Sul punto, F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*, cit., 10-11.

⁴⁰ S. BARTOLINI, *Partiti politici e sistemi di partito*, in *Enc. delle scienze sociali*, VI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1996, 531-532.

⁴¹ In tal senso, da ultimo, I. NASSO, *Semel in anno... può un magistrato votare alle primarie di partito?*, in *Lacostituzione.info*, 27.3.2017.

⁴² S. SENESE, *Magistrati e iscrizione*, cit., 7; ID., *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, in F. DAL CANTO, R. ROMBOLI (a cura di), *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, Torino, Giappichelli, 2005, 15 e ss; F. DAL CANTO, *Responsabilità del magistrato*, cit. 18-19.

considerare del tutto inutile il divieto imposto dal legislatore. Se l'adesione pubblica ad un partito può essere garanzia di trasparenza, non di meno essa implica l'inserimento in una organizzazione partitica il cui grado di democraticità interna è tutto da verificare. Occorre quindi provare a domandarsi cosa comporti l'iscrizione e quali siano i doveri degli iscritti.

Gli statuti dei partiti anche laddove operino una distinzione tra semplici «elettori» e «iscritti» al partito⁴³, oppure tra «militanti» e «sostenitori»⁴⁴, impongono comunque ad entrambe le categorie il dovere di sostenere i candidati in modo leale e di essere coerenti con gli obiettivi del partito, favorendo la diffusione dei programmi politici e dei consensi verso il partito «negli ambienti sociali» e lavorativi in cui sono inseriti⁴⁵. Non esiste una categoria di iscritti che si limiti a sostenere la causa del partito senza che quest'ultimo non richieda, come è naturale, una forma di adesione e assunzione di un dovere di diffusione e ampliamento dei consensi.

In alcuni casi l'iscrizione ai movimenti viene legata alla necessità di una «presentazione» da parte di almeno un altro iscritto⁴⁶; una sorta di cooptazione che implica, di necessità, la creazione preliminare di relazioni personali, necessarie all'entrata nel partito. Se, di norma, l'iscrizione o l'adesione al partito è piuttosto trasparente ed è subordinata al possesso di semplici requisiti (età, cittadinanza, permesso di soggiorno e il non essere iscritti ad altri partiti politici), non mancano ipotesi in cui, invece, l'adesione viene subordinata ad una valutazione dei vertici dell'organizzazione, oppure, è rimessa a meccanismi non completamente chiari⁴⁷. In questi casi l'iscrizione sembra presupporre l'esistenza di una relazione tra i vertici del partito e l'interessato, nonché la valutazione della condotta di quest'ultimo da parte dei primi.

L'«opacità» dei meccanismi di selezione dei candidati⁴⁸ appartiene, talvolta, anche alla fase del tesseramento, ma - in generale - al complessivo funzionamento «privatistico» dei partiti caratterizzato, come noto, dalla mancanza di «evidenza pubblica»⁴⁹. È proprio la scarsa democraticità e trasparenza dell'attività dei partiti e movimenti⁵⁰, che non può non

⁴³ Statuto del Partito Democratico, art. 2 commi 2 e 3.

⁴⁴ Statuto della Lega Nord, art. 33.

⁴⁵ Statuto del Partito Democratico, art. 2, co. 6; Statuto del Movimento Fratelli d'Italia, art. 3.

⁴⁶ Nello Statuto del Movimento Forza Italia, l'art. 3 richiede che la domanda di iscrizione sia firmata da almeno un socio presentatore.

⁴⁷ Nel «Non Statuto» del Movimento 5 Stelle, l'art. 5 richiede pochi requisiti per l'iscrizione ma affida la valutazione della domanda di iscrizione alla rete; «attraverso la rete verrà portato a compimento l'iter di identificazione del richiedente, l'eventuale accettazione della sua richiesta e l'effettuazione delle relative comunicazioni». In effetti non viene spiegato in cosa consista il processo di identificazione del richiedente e non si precisa come «la rete» possa decidere di ammettere o meno il richiedente nel movimento.

⁴⁸ M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. del dir.*, Ann. III, Milano, Giuffrè, 2010, 593, evidenzia come la poca trasparenza nella selezione dei candidati costituisca uno degli elementi che «mortificano» le assemblee rappresentative, contribuendo a modificare in modo tacito la forma di governo. Sul punto G. TARLI BARBIERI, *La partecipazione politica dei magistrati all'attività politica*, cit., p.73-74, rammenta prassi come il «tesseramento gonfiato» che rendono difficile anche accertare l'iscrizione.

⁴⁹ R. BIN, *Rappresentanza e parlamento. I gruppi parlamentari e i partiti*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009, 1.

⁵⁰ Non si può non considerare la figura del capo politico del Movimento 5 Stelle che assume tutta una serie di decisioni dall'uso del simbolo per iniziative e manifestazioni, alle decisioni da sottoporre a votazione in rete, fino ai noti poteri di espulsione. Molti sono gli aspetti oscuri in merito al funzionamento del Movimento 5 Stelle. Innanzitutto non si comprende come si svolgano le votazioni degli iscritti, non si capisce chi e come stabilisca su cosa si debba votare, né sono previsti meccanismi esterni per il controllo della regolarità del voto. La complessità del funzionamento è peraltro

far sorgere qualche dubbio in ordine all'opportunità che i magistrati si iscrivano, in quanto l'adesione formale segna l'assunzione di un legame, la creazione di un vincolo⁵¹, evidente laddove l'iscrizione implichi - ad esempio - di dover essere presentati da chi è già iscritto.

In più, a seguito dell'iscrizione, l'associazione partitica valuta il comportamento dei propri iscritti e sanziona chi abbia assunto una condotta non leale o contrastante con i fini del partito. In tutti gli statuti il mancato rispetto dei doveri da parte degli iscritti comporta sanzioni che vanno, dal richiamo fino all'espulsione dal partito e non sempre l'adozione di tali misure è accompagnata da adeguate garanzie per gli iscritti⁵². Per quanto i partiti abbiano perso gran parte della propria strutturazione ideale e anche organizzativa, essi restano associazioni scarsamente trasparenti e strutturate in senso oggettivamente verticistico. La professionalizzazione dell'organizzazione partitica e l'affermazione di oligarchie interne⁵³, favorite da una partecipazione sempre più diradata e di limitata intensità, tendono a cristallizzare gli apparati partitici esistenti, riducendo la democraticità e la capacità di controllo da parte degli iscritti e degli elettori⁵⁴. L'iscrizione al partito, del resto, non sostanzia e non esaurisce di per sé il diritto di partecipazione. L'assenza di adeguate garanzie, rende difficile per il singolo iscritto avere gli strumenti per incidere in modo democratico sulle scelte del partito, mentre le decisioni vengono adottate nel ristretto ambito della

aggravata dalla confusione tra due associazioni omonime - denominate "Movimento 5 Stelle" - una fondata nel 2009 da Beppe Grillo e Gianroberto Casaleggio, cui sono iscritte più di centomila persone e un'altra fondata nel 2012 da Beppe Grillo, Enrico Grillo e Enrico Maria Nadasi. Questa seconda associazione è titolare del simbolo Movimento 5 Stelle e svolge tutte le funzioni tecnico-burocratiche necessarie per consentire la presentazione delle liste di candidati e trasmette i documenti necessari alla Commissione di garanzia degli statuti per il controllo dei rendiconti. L'aspetto interessante è, però, che lo Statuto di questa seconda associazione può essere modificato solo ed esclusivamente da parte dei soci fondatori - cui è stato successivamente aggiunto Gianroberto Casaleggio come socio ordinario - e, dunque, gli iscritti al movimento sono esclusi, non partecipano a tutta una serie di funzioni riservate ai vertici del movimento. In particolare è il Consiglio direttivo di quest'ultima associazione, formato solo dai tre soci fondatori, ad eleggere il presidente (Beppe Grillo), il quale svolge le funzioni di capo del Movimento, disponendo del simbolo e, di fatto, esercitando il potere di espulsione. Il capo del partito, in ultima analisi, non solo non è eletto dagli iscritti, ma la stessa modifica della disciplina statutaria e dei sistemi di funzionamento è sottratta agli iscritti al movimento. Sembra proprio precluso qualsiasi processo di democratizzazione interno che non sia anche voluto dai fondatori del Movimento stesso. Sulla scarsa trasparenza e democraticità dei processi decisionali interni, è emblematica la vicenda relativa all'annullamento del voto svolto in rete per la scelta del candidato Sindaco per la città di Genova (le cc.dd. "comunarie"), sul punto - che alla scelta dei candidati - si vedano di seguito le considerazioni svolte di seguito, in nota, al § 5.

⁵¹ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., 864.

⁵² Sul punto non si può non ricordare i numerosi procedimenti di espulsione dal Movimento 5 Stelle caratterizzati da scarsa trasparenza e da meccanismi decisionali complessi e sfuggenti, per una ricostruzione del fenomeno cfr. F. CHIUSI, *Critica della democrazia digitale. La politica 2.0 alla prova dei fatti*, Torino, Codice edizioni, 2014, 63 e ss.

⁵³ Cfr. almeno: P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 114; G. PASQUINO, *Art. 49*, in *Commentario della Costituzione* (fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso), *Rapporti politici*, Tomo I, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, 1992, 6; G.E. VIGEVANI, *Art. 49*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, Cedam, 2008, 497.

⁵⁴ A. OPPO, *Partiti politici*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di Politica*, Torino, Utet, 2016, 690-691; A. RUGGERI, *Note minime in tema di democrazia interna*, in *Rivistaic.it*, n.1/2010; G. RIZZONI, *Art. 49*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 990 ss. Sullo scarso ricambio e tendenza all'immobilismo dell'organizzazione dei partiti, in part., V. LIPPOLIS, *I partiti nelle istituzioni repubblicane*, in *Rass. parl.*, 2003, 933; R. BIN, *Rappresentanza e parlamento. I gruppi parlamentari e i partiti*, cit. Più ampiamente, sull'istituzionalizzazione dei partiti politici, sono sempre di grande interesse le considerazioni di G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, Cedam, 1994, in part. 99-102.

dirigenza di partito, spesso precludendo anche ai militanti un ruolo di effettiva (e regolata) partecipazione⁵⁵.

Lasciare la democraticità dei partiti alle regole privatistiche degli statuti e al limitato controllo realizzabile dalla giurisdizione ordinaria ha rafforzato le oligarchie dominanti, frustrando il ruolo di tramite tra la società e le istituzioni, affidato al partito dalla Costituzione⁵⁶. L'ambigua natura dei partiti politici, chiamati a svolgere funzioni concretamente pubblicistiche, ma secondo regole privatistiche⁵⁷, induce diffusamente a ritenere che sia necessaria una regolazione legislativa dell'organizzazione interna dei partiti⁵⁸. La disciplina di aspetti organizzativi minimi potrebbe migliorare la qualità della rappresentanza politica in quanto la garanzia dei diritti all'interno del partito non interessa solo i singoli aderenti, ma l'intera collettività⁵⁹ perché contrasta il dilagare dei movimenti populistici, organizzati in modo poco trasparente e, di fatto, dominati dalla figura del capo del partito⁶⁰. La regolazione, in definitiva, potrebbe limitare l'arbitrio dei partiti per dare più spazio decisionale (regolato) ai propri iscritti ed elettori.

⁵⁵ E. ROSSI, *La democrazia interna nei partiti politici*, in *Rivistaaic.it*, n.1/2011, 11; A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, in *Rivistaaic.it*, n.1/2017, 6.

⁵⁶ S. BARTOLE, *Partiti politici*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Agg., I, Torino, Utet, 2000, 398 e ss. in part. 404. La riconduzione del partito politico nell'ambito del diritto di associazione ha ostacolato l'introduzione di qualsiasi forma di regolazione legislativa. Come associazioni, i partiti difficilmente avrebbero sopportato l'imposizione di un modello democratico, in tal senso P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1964, 249 e ss. Anche la Corte costituzionale ha più volte affermato che i partiti «sono garantiti dalla Carta costituzionale - nella prospettiva del diritto dei cittadini di associarsi - quali strumenti di rappresentanza di interessi politicamente organizzati; diritto di associazione al quale si ricollega la garanzia del pluralismo», ord. n. 79 del 2006, si veda anche l'ord. n. 120 del 2009 e la precedente sent. n. 396 del 1988. Sul punto G. RIVOCCHI, *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorioaic.it*, n. 3/2016, 11, osserva che l'attrazione dei partiti al fenomeno associativo rispecchia «il compromesso costituzionale, ovvero il consapevole rifiuto dell'incorporazione dei partiti nei pubblici poteri, venendo a radicarne la collocazione nel pluralismo associativo su cui si fonda il processo politico, e riconducendoli correttamente alle organizzazioni proprie della società civile». Sul punto, in termini non dissimili, G. CERRINA FERONI, *Partiti politici: una regolazione giuridica?*, in *Rass. parl.*, 2007, 261, osserva che il ricondurre la garanzia dei partiti all'art. 18 Cost., assimilandoli alle altre associazioni che perseguono fini politici, finisce per annullare le specificità di cui all'art. 49 Cost.

⁵⁷ Sul punto rilevato da molti cfr. almeno: P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., 74 e ss.; P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, cit., in part., 255; S. CECCANTI, *Regolamentazione legislativa dei partiti ed elezioni primarie: un esempio del possibile ruolo del diritto comparato nell'iniziativa legislativa*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 1999, 1069; G. CERRINA FERONI, *Partiti politici: una regolazione giuridica?*, cit., 258. Sulla natura complessa del partito come associazione ed elemento integrante la forma di governo, in part., C. ROSSANO, *Democrazia e Stato di partiti*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesaurò nel quarantesimo anno dell'insegnamento*, II, Milano, Giuffrè, 1968, 685-690. Anche la Corte costituzionale riconosce che i partiti politici esercitano funzioni aventi rilevanza costituzionale, come la presentazione delle liste e la selezione dei candidati, ma nondimeno esclude che essi possano essere considerati poteri dello Stato e conferma, invece, la loro natura di organizzazioni della società civile (ord. n. 79 del 2006), il punto è evidenziato, in part., da G. RIZZONI, *Art. 49*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 985.

⁵⁸ Sulla necessità dell'intervento di regolazione dei partiti politici, cfr. almeno: A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1992, 363 e ss.; G. MARANINI, *Stato di partiti non partitocrazia*, in *Studi politici*, 1960, 278 e ss.; C. ROSSANO, *Democrazia e Stato di partiti*, cit., 693 e ss.; P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 254-255; F. LANCHESTER, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in *Quad. cost.*, 1988, 437 e ss.; P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., 66; S. CECCANTI, *Regolamentazione legislativa dei partiti ed elezioni primarie: un esempio del possibile ruolo del diritto comparato nell'iniziativa legislativa*, cit., 1071 e ss.; G. CERRINA FERONI, *Partiti politici: una regolazione giuridica?*, cit., 253 e ss.; F. DI MASCIÒ, D. R. PICCIO, *La disciplina della politica. La regolazione dei partiti*, in S. CASSESE (a cura di), *Riforme istituzionali e disciplina della politica*, Milano, Giuffrè, 2015, 379 e ss.; A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, cit.

⁵⁹ A. CATELANI, *Partiti politici e garanzie costituzionali*, in *Nomos. Le attualità nel diritto.it*, n. 2/2015, 4. Sul punto, Calamandrei che, nella seduta del 4.3.1947 in Assemblea costituente ha evidenziato che «l'organizzazione democratica dei partiti è un presupposto perché si abbia anche fuori di essi vera democrazia».

⁶⁰ Cfr. almeno: S. BONFIGLIO, *La disciplina giuridica dei partiti e qualità della democrazia. Profili comparativi e il caso italiano visto nella prospettiva europea*, in *Nomos. Le attualità nel diritto.it*, n. 2/2015, 2; R. CALVANO, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma*

Il legislatore, negli ultimi anni, ha operato un tentativo in questo senso, ma è intervenuto su alcuni aspetti specifici della vita dei partiti con disposizioni che, tentando perlopiù di indurre i partiti all'autoriforma, si rivelano formali e poco incisive⁶¹. Una disciplina organica, invece, tenendo conto dell'attuale conformazione del sistema dei partiti⁶², dovrebbe regolare gli aspetti fondamentali della vita del partito: l'iscrizione, la scelta dei candidati, la formazione delle maggioranze nelle assemblee, i procedimenti sanzionatori, la gestione dei finanziamenti⁶³, subordinando il funzionamento dei partiti al rispetto dei più basilari principi di trasparenza e democraticità.

Per quanto qui interessa, il legislatore potrebbe prendere atto del diverso ruolo che gli iscritti possono svolgere nei partiti, distinguendo tra coloro che partecipano o intendono partecipare attivamente alle decisioni e alla vita di partito e chi invece si limita a sostenerlo con la propria adesione, senza svolgere alcuna attività decisionale e di supporto. Solo in questo modo la *ratio* del divieto di iscrizione per i magistrati verrebbe meno. Si potrebbe consentire loro di partecipare al funzionamento (democratico) del partito, esercitando solo alcuni specifici diritti, magari di tipo consultivo e tecnico. In questo modo l'iscrizione sarebbe poco più che una estensione del diritto di manifestazione del pensiero che, superando lo schermo fittizio dell'apoliticità del magistrato, delimiterebbe in modo più netto funzioni e responsabilità.

Tuttavia nella (ben nota) difficoltà di percorrere la strada della regolazione dall'attività e dell'organizzazione interna dei partiti⁶⁴, in assenza di reali garanzie di democraticità, il divieto di iscrizione del magistrato sembra essere ancora opportuno. Del resto il partito per quanto delegittimato dalla polemica anti-partitica, nell'attuale contesto storico, non ha alternative credibili⁶⁵. In ultima analisi, tenendo conto della strutturazione assunta dal

senza fermarsi...voyage au bout de la nuit?, cit., 174-175. T.E. FROSINI, *È giunta l'ora di una legge sui partiti politici?* in *Dirittoestoria.it*, 2003.

⁶¹ Il d.l. n. 149 del 2013, convertito in legge n. 13 del 2014, subordina l'accesso dei partiti alla ripartizione dei fondi del finanziamento pubblico derivanti dal 2 per mille dell'Irpef all'adozione di statuti che devono rispettare alcune prescrizioni organizzative ed introduce obblighi di trasparenza e di certificazione sui bilanci. La legge n. 52 del 2015 (il c.d. *Italicum*) prevede - a decorrere dal 1 luglio 2016 - che i partiti o gruppi politici organizzati che intendono presentare liste di candidati per l'elezione per la Camera dei Deputati siano tenuti a depositare lo statuto, oltre che il contrassegno con cui intendono contraddistinguere le liste presso il Ministero dell'interno. Sul punto, qui solo accennato, cfr. almeno: R. CALVANO, *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma senza fermarsi...voyage au bout de la nuit?*, cit., 175 e ss.; A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, cit., 9; G. MAESTRI, *Simboli dei partiti, controllo degli statuti e registrazione: gli effetti delle nuove norme sul finanziamento*, in *Federalismi.it*, n. 5/2014; S. BONFIGLIO, *La disciplina giuridica dei partiti e qualità della democrazia. Profili comparativi e il caso italiano visto nella prospettiva europea*, cit., 30 e ss. Sui più recenti interventi normativi a livello nazionale ed europeo, cfr. G. GRASSO, *Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto.it*, n. 1/2017.

⁶² G. CERRINA FERONI, *Partiti politici: una regolazione giuridica?*, cit., 273, osserva che la disciplina regolativa dovrebbe tenere conto della trasformazione dei partiti per non rischiare di disciplinare qualcosa che non esiste più.

⁶³ G. U. RESCIGNO, *Potere politico e sistema dei partiti: limitare il sovrano*, in *Politica del diritto*, 1984, 92.

⁶⁴ Sul punto, G. RIVOSECCHI, *La disciplina della politica. Lo status degli esponenti politici e la crisi dei partiti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 339 e ss., osserva che la difficoltà del sistema politico di riformarsi ha spostato il fulcro della legislazione dalla disciplina dei partiti alla disciplina dei singoli esponenti di partito. Il legislatore si è occupato negli ultimi anni di rafforzare il regime di incandidabilità ed ineleggibilità ed ha introdotto una serie di obblighi in capo a determinati esponenti politici non parlamentari, imponendo - in ragione della funzione ricoperta all'interno del partito - specifici obblighi, soprattutto, di trasparenza dell'attività svolta.

⁶⁵ S. BARTOLINI, *Partiti politici e sistemi di partito*, cit., 532; P. RIDOLA, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in AA.VV., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, Jovene, 2009, 47 e ss. Sul punto A. ALGOSTINO, *Partiti, conflitto e potere: spunti di riflessione sulla trasformazione del partito politico*, in *Nomos. Le attualità*

partito, ma anche della sua “ineludibilità” (nell’attuale contesto storico-sociale) il divieto di iscrizione imposto ai magistrati sembra essere ancora ragionevole.

Tale conclusione viene ulteriormente rafforzata dalla considerazione che l’adesione pubblica del magistrato ad un partito in un contesto maggioritario o comunque polarizzato implicherebbe la possibilità di connotare il magistrato come “vicino” alla maggioranza che governa⁶⁶. Mentre nei Governi di coalizione tale identificazione appare meno immediata, in un sistema come quello attualmente esistente - sostanzialmente “tripolare” e caratterizzato da meccanismi maggioritari di funzionamento, almeno nella competizione - l’aperto schieramento del magistrato per il partito di maggioranza e di Governo continua a non sembrare opportuno.

4. La partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici

La preoccupazione del legislatore di salvaguardare la posizione di imparzialità del magistrato in termini sostanziali implica non solo il divieto di iscrizione partitica, ma una più ampia valutazione dell’attività politica del magistrato. Del resto, proprio il riferimento alle “possibili” limitazioni, contenuto al co. 3 dell’art. 98 Cost., sembra esprimere l’esigenza che il legislatore trovi, in concreto, soluzioni diverse e proporzionate rispetto all’obiettivo di garantire, per quanto possibile, l’indipendenza del magistrato da commistioni di interessi, sia reali che percepite.

Così il legislatore ha qualificato come illecito anche la «partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici», nonché il «coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico finanziario» (art. 3, co. 1, lett. *b*), d.lgs. n. 109 del 2006, modificato dalla l. n. 269 del 2006). La disposizione, nel suo complesso, unisce diverse fattispecie con lo scopo di rafforzare l’immagine di indipendenza del magistrato rispetto ai vincoli partitici o ai condizionamenti derivanti dal coinvolgimento in attività economiche. Per quanto non omogenee, le due diverse ipotesi sono accomunate dall’esigenza di garantire l’apparenza di imparzialità del magistrato⁶⁷.

L’indeterminatezza della disposizione, solo limitatamente temperata dalla l. n. 269 del 2006⁶⁸, è stata, ed è tutt’ora, al centro di forti critiche perché la valutazione in ordine a cosa debba intendersi per partecipazione sistematica e continuativa all’attività dei partiti politici,

nel diritto.it, n. 2/2015, 9, osserva che il partito appare in crisi rispetto ad un modello carico di ambizioni ideali, ma come meccanismo di gestione del potere non è affatto in crisi.

⁶⁶ A. ROSSI, *Democrazia maggioritaria e giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 1992, 525.

⁶⁷ N. ZANON, *Azione disciplinare e modello di giudice*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici? (cosa, chi, come, perché?)*, Torino, Giappichelli, 2008, 135.

⁶⁸ La lett. *b*) dell’art. 3, co. 1 nella sua originaria formulazione vietava: «l’iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o operativi nel settore finanziario che possono condizionare l’esercizio delle funzioni o comunque compromettere l’immagine del magistrato». La disposizione è stata modificata con la già menzionata l.n. 269 del 2006 che ha cercato di circoscrivere il concetto di partecipazione all’attività partitica, qualificandola come *sistematica e continuativa* ed eliminando il troppo generico riferimento ai *centri politici*. Sul punto, A. D’ALOIA, *Questioni in tema di responsabilità dei magistrati*, cit., 346-347; S. ERBANI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati*, in D. CARCANO (a cura di), *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, Milano, Giuffrè, 2009, 460-462.

in assenza di una qualsiasi ulteriore tipizzazione, finisce per conferire un ruolo centrale al giudice disciplinare nella qualificazione delle specifiche condotte vietate.

La Corte costituzionale ha però confermato la legittimità della disposizione, affermando che «accanto al dato formale dell'iscrizione» rileva lo schieramento con una delle parti politiche in gioco, che al pari dell'iscrizione è suscettibile di condizionare l'esercizio imparziale delle funzioni del magistrato e di «comprometterne l'immagine». Secondo l'interpretazione seguita dal legislatore e dalla stessa Corte costituzionale, il co. 3 dell'art. 98 Cost. è da interpretare in modo estensivo, così da sanzionare non solo la formale iscrizione ai partiti, ma la partecipazione continuativa e concreta alle attività di partito. In sostanza l'iscrizione e la partecipazione continuativa all'attività dei partiti vengono considerate equivalenti, anche se si tratta di fenomeni diversi⁶⁹.

L'iscrizione, infatti, non necessariamente coincide con lo svolgimento di attività specifiche o con l'assunzione di particolari decisioni (§ 3.) e, d'altra parte, non è detto che la semplice partecipazione si traduca in una assunzione di legami stabili. È complesso fissare il confine tra lecito e illecito in quanto l'art. 98, co. 3 Cost. non distingue tra iscrizione formale e partecipazione effettiva all'attività di partito⁷⁰. Nemmeno i lavori preparatori chiariscono l'intenzione del Costituente e, nella varietà di soluzioni prospettabili, sembra che il legislatore abbia voluto far ricadere il discrimine tra condotte consentite, o meno, nella valutazione della maggiore o minore intensità della partecipazione, nel suo tradursi, come afferma la Corte costituzionale, in un «organico schieramento» per una determinata parte politica⁷¹.

Anche sotto la vigenza del previgente art. 18 del r.d.l.n. 511 del 1946, il legislatore, pur in assenza di una qualsiasi tipizzazione degli illeciti disciplinari, faceva riferimento ad un criterio sostanziale, ovvero, alla necessità di proteggere «il prestigio dell'ordine giudiziario», individuando la responsabilità disciplinare nella condotta del magistrato che non si rendesse meritevole di «fiducia».

Certo, in quel momento, l'assenza di qualsiasi concreta determinazione dell'illecito lasciava al promotore dell'azione e all'organo di autogoverno della magistratura la delimitazione dell'illecito in via di concreta applicazione⁷². Si trattava di una soluzione

⁶⁹ G. FERRI, *I diritti politici garantiti dalla Costituzione e la responsabilità disciplinare dei magistrati per l'attività partitica (in margine alla sentenza della Corte di cassazione n. 27987 del 2013)*, in AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, I, *I diritti fondamentali fra concetti e tutela*, Napoli, Ed. scientifiche italiane, 2014, 242.

⁷⁰ C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1954, 224, sottolinea che non può escludersi semplicemente che la legge si limiti a vietare l'iscrizione ufficiale in partiti, oppure, che essa vieti la partecipazione di fatto alla vita dei partiti, anche senza che vi sia pubblica adesione ad un partito.

⁷¹ Corte cost. sent. n. 224 del 2009, punto n. 2 del considerato in diritto. Sul punto, in part., F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., 310.

⁷² F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*, cit., 12; N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in *Archivio.rivistaaic.it*, 2004, osserva che in base all'art. 18 del r.d. lgs. n. 511 del 1946, la punibilità dell'azione era subordinata alla ricaduta negativa sull'ordine e dunque l'illecito si configurava, in una visione corporativa, come un danno al prestigio dell'ordine. L'A. peraltro evidenzia come l'indeterminatezza della norma lasciasse interamente l'individuazione delle condotte illecite al giudice disciplinare. A tal proposito, l'A. ricorda la Cass. civile, sez. un., 18.1.2001, n. 5, che sul menzionato art. 18 afferma che esso «contiene, per la definizione delle condotte sanzionabili, concetti o categorie giuridiche indeterminati. Non fornendo la norma, per sua intrinseca natura, elementi tassativi per la definizione delle condotte disciplinarmente illecite, il sindacato di legittimità sulla sussunzione non può non tener conto del fatto che la categoria normativa impiegata finisce con l'attribuire al giudice di merito un compito di

incompatibile con l'affermazione dei principi costituzionali e in linea, invece, con una prospettiva di difesa corporativa dell'ordine. Emergeva però anche una nozione "sostanziale" di illecito, secondo la quale è disciplinarmente rilevante quel comportamento che è in grado di compromettere il «nesso tra giudice e comunità che si esprime nella fiducia»⁷³.

Con la pur limitata tipizzazione degli illeciti disciplinari, avvenuta con il d.lgs. n. 109 del 2006, la responsabilità disciplinare da responsabilità corporativa, verso l'ordine di appartenenza, viene delineata come responsabilità nei confronti dello Stato⁷⁴. L'individuazione legislativa di alcune condotte che integrano illecito disciplinare extrafunzionale è stata realizzata dal legislatore con l'obiettivo di separare la funzione giudiziaria dall'attività politica⁷⁵. Tuttavia la limitata tipizzazione degli illeciti lascia al giudice disciplinare e alla Corte di Cassazione (come giudice di secondo grado) il non semplice compito di chiarire cosa si debba intendere per «partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici».

Secondo la Corte costituzionale l'estraneità, non solo formale, all'attività dei partiti costituisce un «valore» di particolare rilievo che, mirando a tutelare l'autonomia e l'imparzialità nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, giustifica la limitazione dei diritti di libertà di chi svolge tali funzioni, così da evitare decisioni condizionate da legami e vincoli di natura politica⁷⁶.

In termini generali la disposizione dovrebbe consentire di sanzionare il significativo apporto del magistrato all'attività di partiti o movimenti che si pongono in concreto l'obiettivo di diventare maggioranza parlamentare, partecipando alla competizione elettorale. Il riferimento alla partecipazione continuativa ai partiti politici rimarca la necessità di operare un bilanciamento concreto tra i diritti di libertà garantiti a tutti i cittadini e la funzione peculiare svolta dal magistrato che - osserva la Corte costituzionale nella sent. n. 224 del 2009 - implica l'assunzione di specifici doveri⁷⁷.

Occorre quindi valutare - in relazione al contesto storico sociale - se la condotta del magistrato possa essere realisticamente condizionata da legami politici o possa compromettere la sua immagine di imparzialità. La necessità di fare una valutazione concreta della condotta è confermata dall'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 109 del 2008, in base al quale non sussiste illecito se il fatto è di «scarsa rilevanza». La tipizzazione e l'obbligatorietà dell'azione disciplinare vengono dunque temperate dalla concreta valutazione della

individuazione concreta delle condotte sanzionabili, rispetto al quale non può ammettersi una sostituzione da parte del giudice di legittimità». Sul punto, F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., 281-290.

⁷³ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., 842-843.

⁷⁴ N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, cit.

⁷⁵ G. FERRI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni*, in M. VOLPI (a cura di), *La responsabilità dei magistrati*, Napoli, Jovene, 2008, 83 e ss.; D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, Cedam, 2011, 207 e ss.

⁷⁶ Corte cost. sent. n. 224 del 2009, punto n. 2 del considerato in diritto.

⁷⁷ In tal senso si veda anche la precedente sentenza della Corte cost. n. 100 del 1981, punto n. 7 del considerato in diritto.

condotta⁷⁸, confermando l'approccio "sostanziale" alla nozione di illecito disciplinare. Peraltro la stessa Corte costituzionale, sebbene prima dell'adozione della menzionata disciplina del 2006, nella sent. n. 100 del 1981 ha affermato che in materia disciplinare non è applicabile la riserva di legge di cui all'art. 25, co. 2 Cost., essendo impossibile tipizzare esattamente le condotte vietate⁷⁹.

Rispetto agli interrogativi applicativi aperti dalla disciplina, il giudice disciplinare si è pronunciato invero in non moltissime occasioni, ma ha adottato soluzioni diverse e condizionate dalla valutazione del fatto concretamente verificatosi. Già prima dell'introduzione della disciplina del 2006⁸⁰, ha qualificato come illecito disciplinare quella particolare partecipazione politica attiva, qualificabile come «lotta politica». In tale caso, ormai risalente, la sezione disciplinare del CSM ha limitato la libertà di manifestazione del pensiero che si sovrappone indistinguibilmente all'esercizio dei diritti politici e che è destinata a subire una contrazione particolare perché il magistrato, in considerazione della «posizione nella società», è tenuto ad un «contegno particolarmente riservato in relazione alla delicatezza della sua funzione e all'esigenza» di meritare la fiducia da parte di tutti i consociati⁸¹. Al contrario è stata considerata lecita l'adesione pubblica del magistrato ad un documento di propaganda elettorale presentato da un partito in occasione della campagna elettorale⁸² o il partecipare ad un comizio, prendendo la parola⁸³.

Non basta la partecipazione in qualità di relatore ad un congresso di partito o ad un incontro elettorale a integrare l'illecito extrafunzionale in questione, perché deve sussistere una frequentazione assidua, non limitata nel tempo, alle attività dei partiti⁸⁴. Il giudice disciplinare ha ravvisato l'illecito anche nel caso in cui la partecipazione abbia riguardato l'attività di propaganda di una lista civica che viene equiparata a quella di un partito⁸⁵. Tale partecipazione precisa la Cassazione a sezione unite, quale giudice di secondo grado, deve comunque avere carattere di continuità e non bastano singoli episodi, racchiusi in un lasso di tempo limitato, per integrare l'illecito⁸⁶.

Inoltre qualora il magistrato sia candidato alle elezioni amministrative o sia eletto in un organo rappresentativo in un circondario diverso da quello in cui esercita le funzioni giudiziarie, non è punibile per la partecipazione continuativa all'attività di partito. Anche se in circondari diversi, il magistrato si trova a svolgere contemporaneamente funzioni giudiziarie e politiche, ma l'accesso al pubblico ufficio (su cui si veda di seguito § 5. e ss.) costituisce esercizio di un diritto politico, costituzionalmente garantito dall'art. 51 Cost. che

⁷⁸ F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*, cit., 21. Sul punto, in part., P. FIMIANI, *Scarsa rilevanza del fatto ed illeciti disciplinari*, in P. FIMIANI, M. FRESA (a cura di), *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino, Giappichelli, 2013, 373 e ss.

⁷⁹ Punto n. 3 del considerato in diritto. Questo aspetto è evidenziato, in part., da S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 2012, 69.

⁸⁰ A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, Giuffrè, 2009, 248 e ss.

⁸¹ CSM, sent. n. 43 del 1965.

⁸² CSM, sent. n. 16 del 2004.

⁸³ CSM, sent. n. 214 del 1977.

⁸⁴ CSM, sent. n. 83 del 2014 e n. 15 del 2014.

⁸⁵ CSM, sent. n. 32/2013.

⁸⁶ Cass. civile, sez. un., 16.12.2013, n. 27987.

scrimina la partecipazione continuativa alla vita di partito, evidenziando una delle anomalie più evidenti finora non risolte dal legislatore⁸⁷.

Anche l'assunzione da parte del magistrato dell'incarico di assessore esterno, pur non derivando da un'investitura popolare, costituisce esercizio di un diritto politico che scrimina la partecipazione all'attività di partito⁸⁸.

Qualche perplessità desta, invece, l'estensione della scriminante dell'esercizio dell'elettorato passivo all'attività di propaganda, svolta dal magistrato che "concorra" come vicesindaco. Secondo la Cassazione, il divieto di partecipare in modo continuativo ad un partito non infirma e non limita l'elettorato passivo del magistrato, né quello di propaganda in occasione della competizione elettorale. Se dunque il magistrato è stato "designato" pubblicamente a tale carica, la sua attività di propaganda è scriminata in quanto costituisce esercizio del diritto all'elettorato passivo. Il "fatto" di essere indicato e di concorrere a fianco del Sindaco, come possibile vicesindaco, costituisce - afferma la Cassazione - espressione del diritto all'elettorato passivo «in senso lato»⁸⁹ e non integra invece una partecipazione continuativa all'attività di partito.

In realtà il vicesindaco non viene eletto direttamente, ma è nominato dal Sindaco e non si comprende come possa operare la scriminante in assenza di una candidatura, ma sulla base di un semplice accordo politico che non poteva neanche essere formalizzato⁹⁰. L'assenza della candidatura, essendo la carica di vicesindaco non elettiva, non dovrebbe infatti consentire l'attivazione della scriminante dell'esercizio del diritto all'elettorato passivo. Tale pronuncia insieme alle altre, brevemente rammentate, mostrano la varietà delle soluzioni adottate dal giudice disciplinare, cui è rimesso integralmente l'apprezzamento della condotta del magistrato.

Di sicuro dalla giurisprudenza disciplinare emerge che la partecipazione occasionale, non abituale e non duratura - come la partecipazione ad un comizio o ad una riunione - non costituisce un illecito; la mera partecipazione, non continuativa, non è incompatibile con la funzione giudiziaria. Anche la partecipazione alle consultazioni primarie per la scelta del Segretario del partito, aperte peraltro anche ai non iscritti, non potrebbe integrare l'ipotesi di una partecipazione stabile e sistematica all'attività di partito⁹¹. Non sembra neanche ragionevole escludere in assoluto la partecipazione dei magistrati a specifiche attività all'interno dei partiti. Se infatti sembra necessario precludere ai magistrati la partecipazione agli organi interni di indirizzo politico, non si vede perché precludere loro la partecipazione,

⁸⁷ CSM, risoluzione del 28.4.2010; CSM, sent. n. 32 del 2013. Sul punto, F. BIONDI, *Le attività politiche dei magistrati: alcune indicazioni dai giudici disciplinari*, cit., 414; E. TIRA, *Il Csm invita il legislatore a porre dei limiti alle candidature dei magistrati alle elezioni politiche e amministrative*, in *Rivistaaic.it*, n. 1/2011.

⁸⁸ CSM, sent. n. 15 del 2014.

⁸⁹ Cass. civile, sez.un., 16.12.2013, n. 27987, punto 6 del considerato in diritto.

⁹⁰ G. FERRI, *Il diritto di elettorato passivo e il divieto per i magistrati di partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici*, in *Rass. parl.*, 2015, p.145.

⁹¹ G. TARLI BARBIERI, *La partecipazione politica dei magistrati all'attività politica*, cit., 77.

ad esempio, agli organi di controllo, che gli statuti dei partiti aprono anche ai non iscritti per svolgere funzioni tecniche, di controllo e garanzia⁹².

In definitiva, come il divieto di iscrizione ai partiti politici anche la partecipazione continuativa e sistematica potrebbe essere diversamente articolata dal legislatore, ripartendo dalla disciplina interna dei partiti. La regolazione essenziale del funzionamento di alcuni meccanismi decisionali o di alcuni organi (non “di governo”) potrebbe, in effetti, includere anche la partecipazione dei magistrati, perché oggettivamente non idonea a compromettere l’immagine di indipendenza del magistrato.

Le limitazioni dei diritti di partecipazione politica del magistrato si devono fondare su disposizioni di legge che individuino in modo specifico le condotte vietate così che l’accertamento in concreto della condotta del magistrato non sia interamente lasciato alla valutazione del giudice disciplinare e possa colpire solo l’organico schieramento con una parte politica, salvaguardando, invece, il diritto del magistrato a manifestare la propria posizione ed opinione politica⁹³. Tuttavia questo obiettivo non sembra realizzabile se non domandandosi in concreto come funziona al proprio interno il partito e fissando alcune regole (minime) di funzionamento.

5. L’elezione dei magistrati in Parlamento: assolutezza del diritto all’elettorato passivo e disciplina dell’ineleggibilità

Negli ordinamenti democratici, il principale obiettivo dei partiti e movimenti politici consiste nella massimizzazione del risultato elettorale per l’acquisizione della maggioranza parlamentare. Non vi è dunque dubbio che la partecipazione alla competizione elettorale costituisca il fulcro principale dell’attività partitica. Che il sistema elettorale sia maggioritario o proporzionale, la scelta dei candidati costituisce un momento fondamentale dell’attività del partito il cui ruolo principale e distintivo, rispetto a qualsiasi altra associazione, consiste appunto nel «determinare la politica nazionale» (art. 49 Cost.).

Peraltro l’eliminazione delle preferenze e il voto bloccato hanno rafforzato la centralità del momento della selezione dei candidati, affidando completamente ai vertici di partito la scelta dei candidati⁹⁴. La scarsa democraticità dei partiti, l’assenza di una disciplina interna

⁹² G. FERRI, *Il diritto di elettorato passivo e il divieto per i magistrati di partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici*, cit., 149, nota n. 28, ricorda, ad esempio, che il Responsabile della funzione di controllo interno, previsto all’art. 14 dello Statuto del Nuovo Centrodestra, non è scelto tra gli iscritti. Anche i componenti della Commissione di garanzia, secondo l’art. 39 dello Statuto del Partito Democratico, sono scelti non solo tra gli iscritti ma anche tra i semplici elettori del partito.

⁹³ F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., 303-304 e 311-312.

⁹⁴ La letteratura sul punto è molto ampia, sia dunque consentito un limitato rinvio a: G. TARLI BARBIERI, *I molti vizi e le poche virtù della nuova legge elettorale*, in *Democrazia e diritto*, 2006, 29 e ss.; C. DE FIORES, *Rappresentanza e sistemi elettorali*, in ID. (a cura di), *Rappresentanza politica e legge elettorale*, Torino, Giappichelli, 2007; 11 e ss.; C. FUSARO, *I limiti della legislazione elettorale vigente*, in C. FUSARO, R. D’ALIMONTE (a cura di), *La legislazione elettorale italiana*, Bologna, Il Mulino, 2008, 11 e ss.; G. MOSCHELLA, P. GRIMAUDDO (a cura di), *Riforma elettorale e trasformazione del “partito politico”*, Milano, Giuffrè, 2008, (si vedano in part. i contributi di S. GAMBINO, A. RUSSO, F. GIUFFRÈ, rispettivamente alle 1 e ss., 153 e ss., 193 e ss.); G. SCACCIA, *La legge elettorale “Italicum” fra vincoli sistemici ed equilibri costituzionali*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2015, 16 e ss.; A. RUGGERI, A. RAUTI (a cura di), *Forum sull’Italicum. Nove studiosi a confronto*, Torino, Giappichelli, 2015, in part. 73 e ss.; G. AZZARITI, *Legge elettorale e democrazia d’investitura. Quattro criticità costituzionali per un modello di*

che garantisca un minimo di trasparenza nella scelta dei candidati⁹⁵ estromette la scelta del cittadino, finendo per accentuare la sensazione che il Parlamento sia formato da “nominati”, più che da “eletti”⁹⁶.

Questi meccanismi elettorali, sovrapposti alla generale riduzione della pervasività del ruolo politico dei partiti, ha accentuato il professionismo politico, inducendo forme di cooptazione dall’alto di esperti e di personalità di spicco nelle varie sfere sociali e professionali⁹⁷. In questo senso non si può mettere in dubbio che, storicamente, il dissolvimento dei partiti politici costituenti - avvenuto a seguito delle inchieste dei primi anni Novanta del XX Secolo - ha sovra-esposto la magistratura⁹⁸, favorendo l’aumento delle candidature dei magistrati, “utilizzati” spesso per conferire credibilità e legittimazione a vecchi e nuovi protagonisti politici, sia nella competizione elettorale che, successivamente, mediante il conferimento di incarichi di governo⁹⁹.

A differenza dell’iscrizione ai partiti e della partecipazione politica attiva, limitabile in virtù della sopra esaminata disciplina contenuta al co. 3 dell’art. 98 Cost., nulla si stabilisce in Costituzione in merito al diritto di partecipazione dei magistrati alla competizione elettorale. Sembra dunque che l’elettorato passivo dei magistrati rientri nell’ambito del diritto fondamentale di tutti i cittadini di concorrere alle cariche elettive in condizioni di parità secondo i requisiti stabiliti dalla legge (art. 51, 1 co., Cost.).

democrazia, in *Nomos-Le attualità nel diritto.it*, n. 3/2015; M. VILLONE, *La legge 52/2015 ("Italicum"): da pochi voti a molti seggi*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2015; M. VOLPI, “Italicum”: un sistema anomalo e antidemocratico, ivi; A. LANZAFAME, *Le simmetrie necessarie. “Italicum”, forma di governo e disposizioni costituzionalmente consequenziali*, in *Rivistaaic.it*, n 4/2015.

⁹⁵ A tal proposito è emblematica la vicenda relativa all’annullamento del voto svolto in rete per la scelta del candidato Sindaco per la città di Genova (le cc.dd. “comunarie”). Nel caso, sottoposto al Trib. di Genova, sez. I, ord. del 10.04.2017, la candidata Cassimatis con la sua lista aveva vinto le consultazioni locali, svoltasi tra gli iscritti al movimento residenti a Genova, ma era stata successivamente esclusa dalla competizione con l’annullamento del voto avvenuto mediante una dichiarazione da parte del capo del partito, nonché garante del Movimento, Beppe Grillo. Il voto quindi veniva ripetuto, allargando la consultazione per la scelta del candidato Sindaco di Genova al livello nazionale, ma escludendo la lista vincitrice a livello locale. Nel ricostruire la vicenda il giudice di Genova mette in evidenza come le regole organizzative del Movimento non sono affatto di agevole ricostruzione essendo contenute in diversi regolamenti e atti. Nondimeno rileva l’illegittimità statutaria dell’annullamento disposta dal capo politico del movimento e garante del Movimento che non ha il potere di “veto” sulla selezione delle candidature. La selezione dei candidati è infatti rimessa - dal “Non Statuto” (art. 7) e dal Regolamento (art. 1.1 lett. d)) - alle assemblee telematiche locali e l’eventuale convalida che può essere richiesta dal capo del partito (art. 2, co. 5 Reg.), o da un quinto degli iscritti, consente di sottoporre il medesimo quesito già sottoposto all’assemblea locale. Nel caso di specie la lista Cassimatis è stata invece esclusa illegittimamente perché le deliberazioni delle assemblee elettive non possono essere poste nel nulla dal capo politico, né dal garante del partito che ha poteri di censura nei confronti dei portavoce o degli eletti e non dei semplici candidati, la cui selezione è rimessa alle assemblee elettive. Il Giudice di Genova sottolinea attentamente come la democraticità del Movimento 5 Stelle è garantita dall’equilibrio tra il momento assembleare e l’istanza dirigista riconosciuta alla figura di Beppe Grillo, il quale in seno all’organizzazione cumula sia la qualità di capo politico, come indica il Regolamento, sia la qualità di garante del Movimento, come indica il Codice etico. In giudice conclude evidenziando che le complesse procedure per le candidature e la sovrapposizione delle competenze, affidate al capo del partito-garante confermano la scarsa trasparenza e democraticità del funzionamento interno del Movimento.

⁹⁶ A. D’ALLOIA, *Una riforma da riformare: la legge elettorale 270/2005*, in C. DE FIORES (a cura di), *Rappresentanza politica e legge elettorale*, cit., 83; A. FLORIDIA, «Scendere in campo»: l’accesso alla competizione elettorale tra barriere formali e incentivi politici, in C. FUSARO, R. D’ALIMONTE (a cura di), *La legislazione elettorale italiana*, cit., 89.

⁹⁷ A. OPPO, *Partiti politici*, cit., 689.

⁹⁸ V. ZAGRELBELSKY, *Candidature di magistrati e credibilità della magistratura*, in *Cass. pen.*, 1994, 245.

⁹⁹ Per una ricognizione puntuale della presenza dei magistrati in Parlamento, F. VENTURINI, *I magistrati eletti al Parlamento italiano, 1861-2013: dati e metodologia* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 174 e ss. sottolinea che nella ricognizione dei magistrati che entrano in politica si deve tenere conto anche di tutti coloro che - per le più varie ragioni - hanno dato le dimissioni, scegliendo poi di candidarsi.

Il dibattito in Assemblea costituente è stato caratterizzato da una forte attenzione alla tutela dei diritti politici del cittadino, tanto è vero che nella discussione non è stata nemmeno profilata l'ipotesi di limitare l'elettorato passivo del magistrato. Era radicata l'idea che la sovranità del corpo elettorale non potesse essere in alcun modo interdetta¹⁰⁰, limitando l'elettorato passivo di chi - come i magistrati - avrebbe potuto dare un contributo significativo alla costruzione dell'ordinamento democratico. In definitiva, nel dibattito costituente è stata profilata solo la possibilità di limitare la partecipazione politica, ovvero, il diritto di iscrizione ai partiti politici dei magistrati, mentre non è stata prevista alcuna forma di restrizione specifica dell'elettorato passivo dei magistrati¹⁰¹.

Sotto diverso profilo, accantonata l'idea di diversificare la rappresentanza del Senato con una forma di rappresentanza organica dei vari raggruppamenti sociali ed economici¹⁰², nell'art. 56 del progetto di Costituzione comparivano, tra le varie categorie di eleggibili per la carica di senatore, anche i magistrati¹⁰³. Tuttavia in Assemblea, in una situazione di scontro e sostanziale stallo, è prevalsa la soluzione di non differenziare affatto sotto il profilo soggettivo gli eleggibili al Senato, evitando il rischio di riprodurre soluzioni che, in particolare secondo le sinistre, avrebbero rotto l'unità della volontà e della rappresentanza popolari¹⁰⁴.

Complessivamente il diritto dei cittadini di accedere alle cariche elettive, a livello nazionale e locale, costituisce un principio "fondante" per l'ordinamento in quanto l'esercizio dell'elettorato passivo consente, in modo circolare, di garantire e conservare la democraticità dell'ordinamento¹⁰⁵. È chiaro il collegamento tra la tutela della democraticità dell'ordinamento e l'elettorato passivo, inteso - *ex art. 51, co. 1, Cost.* - come diritto

¹⁰⁰ A tal proposito, A. RUIZ, *Eleggibili ed eletti*, Napoli, Jovene, 1885, 34-35, affermava che non si può interdire «al corpo elettorale di eleggere chi ad esso meglio talenti: elegga pure il magistrato, entri pure costui in Parlamento, sulla soglia però ponga la toga per sempre».

¹⁰¹ F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al Parlamento*, in *Foro it.*, 1985, IV, col. 33-34.

¹⁰² In part. questa soluzione fu proposta, come noto, da Mortati, Assemblea costituente, Seconda Sottocommissione, resoconto sommario, seduta del 7.9.1946, cit., 149. Sulla politicità e non corporatività della soluzione proposta, C. MORTATI, *Il potere legislativo nel progetto di costituzione*, in *Raccolta di Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 1972, 462. Sul punto cfr.: P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, Giappichelli, 2011, 67; ID., *Rappresentanza e pluralismo*, in G. PASQUINO (a cura di), *Rappresentanza e democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 1988, 101 e ss. F. BRUNO, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, II, *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1980, 114-115; F. LANCHESTER, *C. Mortati e la dottrina degli anni trenta* e D. SCHEFOLD, *Mortati e la «dottrina» tedesca*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1989, rispettivamente a 89 e 111; C. ANTONUCCI, *Il bicameralismo nell'opera di Costantino Mortati*, in M. GALIZIA (a cura di), *Forme di stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 2007, 103.

¹⁰³ Questo punto è messo in evidenza da F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al Parlamento*, cit., col. 34. Il progetto di Costituzione fu elaborato da un Comitato di redazione e fu presentato alla Presidenza dell'Assemblea costituente il 31. 1.1947. L'art. 56, al co. 1 stabiliva che: «sono eleggibili a Senatori gli elettori, nati o domiciliati nella Regione, che hanno compiuto trentacinque anni d'età, e sono o sono stati: [...] magistrati e funzionari dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni di gradi non inferiori o equiparati a quelli di consigliere di cassazione o direttore generale [...]».

¹⁰⁴ Cfr. almeno: P. AIMO, *Bicameralismo e Regioni. La camera delle autonomie: nascita e tramonto di un'idea. La genesi del Senato alla Costituente*, Milano, Ed. di Comunità, 1977, 112 e ss.; M. VILLONE, *Il bicameralismo: problemi vecchi e nuovi*, in *Pol. dir.*, 1992, 205.

¹⁰⁵ U. POTOTSCHNIG, *Art. 97 [e 51]*, in *Commentario della Costituzione* (fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorosso), *La pubblica amministrazione. Art. 97-98*, cit., 361, sottolinea che l'art. 51, 1 co., Cost. pur non essendo ricompreso «tra i primissimi articoli della Costituzione ha di sicuro valore di «principio fondamentale» dell'ordinamento costituzionale».

soggettivo ad essere eletti, o meglio, a candidarsi¹⁰⁶. Data la centralità conferita ai diritti politici, le limitazioni per l'elezione a livello nazionale devono essere previste dalla legge che disciplina, ex art. 65 Cost., i casi di ineleggibilità all'«ufficio di deputato o di senatore».

Per i magistrati il testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati - il d.p.r. n. 361 del 1957, all'art. 8, co. 1 - stabilisce che 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. A tale disposizione rinvia l'art. 5 del d.lgs. n. 533 del 1993 che per l'elezione al Senato della Repubblica stabilisce che sono eleggibili gli elettori che non si trovano nella condizione indicata all'art. 8 del d.p.r. n. 361 del 1957.

La disciplina introduce una forma di ineleggibilità relativa, ossia limitata ad una parte del territorio, quella nella quale il magistrato ha ricoperto la propria carica. L'ineleggibilità costituisce una forma di inidoneità, non di incapacità, all'assunzione della stessa candidatura¹⁰⁷, in questo caso specifico limitata territorialmente.

La finalità, evidentemente, consiste nella necessità di evitare che il magistrato possa influenzare il voto popolare, esercitando - in ragione della funzione ricoperta - una qualche forma di condizionamento¹⁰⁸. Sono esclusi da tale incompatibilità i magistrati delle giurisdizioni superiori per i quali non è possibile operare una delimitazione territoriale, essendo la loro competenza di livello nazionale. Inoltre in considerazione della loro competenza, è più difficile immaginare che sulle singole circoscrizioni i magistrati delle giurisdizioni superiori possano esercitare un'influenza determinante¹⁰⁹.

La seconda parte del comma 1 dell'art. 8, del d.p.r. n. 361 del 1957 precisa che tutti i magistrati, anche quelli delle magistrature superiori, non sono in ogni caso eleggibili se all'atto dell'accettazione della candidatura non sono in aspettativa¹¹⁰. A differenza

¹⁰⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1991, 479-480, rileva che «l'eleggibilità a cariche pubbliche forma il contenuto di un vero e proprio diritto subiettivo» che è autonomo rispetto a quello ad essere ammesso nell'ufficio dopo che l'elezione sia avvenuta. Sul punto, V. MESSERINI, *Eleggibilità e sistema democratico. Le limitazioni alle scelte dei rappresentanti del corpo elettorale nel Parlamento e nei Consigli regionali, provinciali, comunali*, Milano, Giuffrè, 1984, 110; G.E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, Milano, Giuffrè, 2001, 35; M. MIDIRI, *Art. 51*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 1016 e ss.;

¹⁰⁷ G. FERRARI, *Elezioni (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XIV, 1965, Milano, Giuffrè, 646, sottolinea che «è ineleggibilità qualsiasi causa che travolga l'atto [elettivo], è incompatibilità qualsiasi causa che, senza alcuna minima incidenza sull'atto, impedisca l'esercizio della funzione conseguente all'atto in contemporaneità all'esercizio di altra attività non riconducibile all'atto». Sul punto, cfr. almeno: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 477; F. MOHRHOFF, *Incompatibilità parlamentare*, in *Novissimo Dig. it.*, VII, Torino, Utet, 1962, 585; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1979, 650; A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna, Il Mulino, 2003, 229; L. ELIA, *Incertezze di concetti e pronunzie in tema di ineleggibilità nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, 1051.

¹⁰⁸ V. DI CIOLO, *Sulla eleggibilità dei magistrati nelle elezioni politiche*, in *Giur. cost.*, 1976, 329 e ss.; G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, in *Rass. parl.*, 2013, 320. In generale, G. RIVOSECCHI, *Art. 65*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, cit., 1254.

¹⁰⁹ Peralto, diversamente disponendo, si dovrebbe escludere proprio l'elettorato passivo per i magistrati delle giurisdizioni superiori. Cfr. G.E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, cit., 200, sul punto ricorda il pensiero espresso da Mortati nel dibattito in Assemblea costituente.

¹¹⁰ Per quanto concerne le elezioni al Parlamento europeo, la legge n. 18 del 1979 non prevede cause di ineleggibilità per i magistrati; è solo previsto che i lavoratori dipendenti di enti pubblici o privati che sono ammessi come candidati possano chiedere di essere messi in aspettativa (art. 52). Il magistrato eletto al Parlamento europeo è invece sempre collocato in aspettativa (art. 68 del d.lgs. n. 165 del 2001).

dell'ineleggibilità, prevista nella prima parte del menzionato art. 8, questa causa di incompatibilità mira ad impedire lo svolgimento della funzione giudiziaria dopo che sia stata ufficializzata la candidatura. Oggetto della tutela non è la salvaguardia della libertà del voto, ma consiste piuttosto nella tutela dell'imparzialità per evitare che venga svolta la funzione giudiziaria mentre si partecipa alla campagna elettorale.

Il collocamento in aspettativa viene disposto dal CSM, a seguito della domanda del magistrato che si intende candidare, così da evitare comportamenti non imparziali volti - ad esempio - a danneggiare altri concorrenti alla competizione elettorale¹¹¹. Complessivamente nelle sue due parti, la disposizione (di cui al citato art. 8) tutela, da un lato, la libertà di voto degli elettori e, dall'altro, mira ad evitare lo svolgimento di funzioni e attività tra loro incompatibili.

Sotto il profilo funzionale e seguendo l'indicazione proveniente anche dalla giurisprudenza costituzionale, l'incompatibilità è volta a tutelare il diritto di voto e il corretto svolgimento della competizione elettorale, per garantire l'uguaglianza effettiva tra i competitori. L'ineleggibilità, invece, è posta a salvaguardia della funzione pubblica ed è volta a prevenire possibili conflitti di interesse, derivanti dal cumulo di più uffici, per assicurare il libero esercizio del mandato parlamentare, nonché l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione¹¹².

Tuttavia - come è largamente noto - nella prassi applicativa, legislativa e giurisprudenziale, le due ipotesi sono state confuse tra loro in modo da ricondurre l'ineleggibilità all'incompatibilità. La soluzione ribadita sistematicamente nella giurisprudenza costituzionale più risalente, a ben vedere, è stata giustificata dalla duplice finalità assumibile dall'ineleggibilità che ha l'obiettivo di tutelare la regolarità della competizione elettorale ma che può, al contempo, essere finalizzata a garantire l'esercizio del pubblico ufficio ricoperto¹¹³. In questa prospettiva, pur rimanendo giustificati da finalità

¹¹¹ G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, cit., 322.

¹¹² Corte cost. sentt. nn.: 38 del 1971; 45 del 1971; 5 del 1978; 162 del 1985; 235 del 1988; 53 del 1990; 450 del 2000. Si vedano almeno: V. DI CIOLO, *Incompatibilità ed ineleggibilità (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 41 e ss.; C. DE CESARE, *Incompatibilità ed ineleggibilità parlamentari*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia, Italiana, 1989; C. PINELLI, *Diritto di elettorato passivo e libertà di voto «condizioni ambientali particolari»*, in *Giur. cost.*, 1990, 3109; G. LONG, *Ineleggibilità e incompatibilità*, in *Dig. discipl. pubbl.*, VIII, Torino, Utet, 1993, 274 e ss.; G. RIVOCCHI, *Art. 65*, cit., 1256; ID., *Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità con la carica di membro del Parlamento*, in *Rivistaiaic.it*, n.3/2011; M. MIDIRI, *Art. 51*, cit., 1015 e ss. Per una analisi dettagliata della giurisprudenza costituzionale, in part., E. GRIGLIO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di ineleggibilità, incandidabilità e incompatibilità* in G. MELONI (a cura di), *I sistemi di ineleggibilità e incompatibilità ai differenti livelli rappresentativi*, Roma, Formez, 2007, 71 e ss.

¹¹³ Corte cost. sentt. nn. 171 del 1984; 45 del 1977; 5 del 1978; 53 del 1990. U. POTOTSCHNIG, *Art. 97 [e 51]*, cit., 390-391, sottolinea che la giurisprudenza costituzionale ha insegnato che è necessario ricavare sempre la *ratio* di ogni ineleggibilità per verificare se la disciplina temporale è coerente, ovvero se - rispetto all'obiettivo perseguito - è ragionevole rilevare l'impedimento prima o dopo le consultazioni elettorali. Altrimenti il rischio è quello di applicare uno «schema rigido e non veritiero» secondo cui tutte le cause di illegittimità devono ritenersi rivolte ad impedire l'inquinamento del voto, mentre, le incompatibilità sarebbero rivolte a garantire il corretto esercizio del mandato. Invece può ben accadere che l'ineleggibilità risponda ad entrambe le finalità, oppure, che sia ispirata da ragioni diverse, in tutto o in parte. Sul punto, anche per una analisi della giurisprudenza costituzionale che ha ricondotto l'ineleggibilità ad ipotesi di incompatibilità, F. BERTOLINI, *Requisiti di eleggibilità e parametri di controllo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 569 e ss. Si vedano inoltre: L. ELIA, *Incertezza di concetti e di pronunzie in tema di ineleggibilità nella giurisprudenza più recente della Corte costituzionale*, cit., 1946; F. GABRIELE, *La Corte costituzionale fra ineleggibilità ed incompatibilità nelle elezioni amministrative*, in *Il Foro amm.*, 1976, I, 306 e ss.; R. SCARCIGLIA, *La ratio delle cause di ineleggibilità: profili ricostruttivi e rilievi critici*, in *Quad. cost.*, 1997, 345 e ss.

diverse e pur essendo accertabili in momenti diversi, i due istituti sono legati dal fatto di costituire strumenti necessari a garantire «una corretta realizzazione del rapporto rappresentativo»¹¹⁴, particolarmente evidente laddove siano dei magistrati a voler concorrere alla competizione elettorale.

5.1. L'adeguatezza della disciplina dell'ineleggibilità e prospettive di riforma

La disciplina sull'ineleggibilità per i magistrati alla carica di deputato o senatore, appena delineata, si limita a fissare regole piuttosto blande che precludono l'eleggibilità nella circoscrizione nella quale si è esercitata la funzione nei sei mesi precedenti alla candidatura e impone di essere comunque fuori ruolo al momento dell'accettazione. L'interrogativo è dunque se le misure adottate siano effettivamente adeguate e sufficienti rispetto all'obiettivo di garantire una equilibrata separazione tra la funzione giudiziaria e politica.

Uno dei problemi principali sorge in considerazione del fatto che l'accertamento della sussistenza di una causa di ineleggibilità non avviene al momento della presentazione della candidatura, ma - come noto - è rinviata al momento successivo della convalida. L'elezione può essere proclamata, anche in presenza di una causa di ineleggibilità che potrebbe essere successivamente accertata da parte delle Giunte per le elezioni. Nonostante le cause di ineleggibilità siano finalizzate, come osservato (al § 5.), a garantire la libertà del voto e pari opportunità nella competizione elettorale il loro accertamento può avvenire solo in un momento successivo quando, ormai, le elezioni si sono tenute¹¹⁵.

Anche la Corte costituzionale ha rilevato l'evidente incongruità del meccanismo che non assicura «la genuinità della competizione elettorale, nel caso in cui l'ineleggibilità sia successivamente accertata». Di più, le cause di ineleggibilità possono indurre il cittadino a candidarsi violando la norma che ne prevede l'ineleggibilità e, a differenza dell'incandidabilità, non consentono di far emergere l'ineleggibilità in sede di presentazione della liste agli uffici elettorali¹¹⁶. La Corte costituzionale non ha potuto pronunciarsi nel merito della questione perché è compito del legislatore disciplinare discrezionalmente i vari aspetti che riguardano i diritti politici ed elettorali, ma in due occasioni ha comunque ribadito la palese incoerenza del regime dell'ineleggibilità¹¹⁷.

Per completezza, occorre inoltre considerare che le Giunte - secondo prassi consolidata - interpretano le disposizioni in tema di ineleggibilità ed incompatibilità in modo restrittivo¹¹⁸ e discrezionale per favorire comunque l'eleggibilità e il cumulo delle cariche.

¹¹⁴ A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, Torino, Giappichelli, 2002, 141 e 150 e ss., osserva che, spesso, ineleggibilità e incompatibilità continuano ad essere confuse, ma sono giustificate da una diversa *ratio*: le incompatibilità sono un «*aliud*» piuttosto, che un «*minus*», rispetto all'ineleggibilità.

¹¹⁵ A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, cit., 152-157.

¹¹⁶ Corte cost., sent. n. 84 del 2006, punto n. 5 del considerato in diritto, in questo caso - in materia elettorale regionale - la Corte costituzionale ha dovuto dichiarare inammissibile la questione per carenza di incidentalità.

¹¹⁷ Corte cost., sent. n. 257 del 2010, punto n. 8 del considerato in diritto.

¹¹⁸ Cfr. almeno: N. LUPO, G. RIVOSACCHI, *La disciplina delle incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità con il mandato parlamentare*, in C. FUSARO, R. D'ALIMONTE (a cura di), *La legislazione elettorale*, cit., 276 e ss.; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 174 e ss.; V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, Giuffrè, 2013, 209 e ss.

Alla luce di questi elementi, *de jure condendo*, non sembra molto utile che il legislatore si limiti ad irrigidire i termini temporali o spaziali entro i quali la candidatura è preclusa, come hanno proposto diversi disegni di legge presentati nelle precedenti legislature¹¹⁹. Appare invece più opportuna la soluzione prospettata dal disegno di legge A.S. XVII Legislatura, n.116¹²⁰, trasmesso alla Camera dei Deputati il 4 aprile 2017, che trasforma l'ineleggibilità dei magistrati in incandidabilità, stabilendo che i magistrati non possano essere candidati per l'elezione alla carica di deputato, senatore e di membro del Parlamento europeo se prestano servizio, o lo hanno prestato, nei cinque anni precedenti la data di accettazione della candidatura, presso sedi o uffici giudiziari con competenza ricadente, in tutto o in parte, nella circoscrizione elettorale. Oltre ad irrigidire opportunamente il termine temporale, il disegno di legge in questione introduce un divieto di candidabilità. Nello stesso senso il progetto di legge costituzionale, approvato dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura (la c.d. Bicamerale), all'art. 125, co. 7, stabiliva che i magistrati non potessero partecipare alla competizione elettorale nella Regione in cui avessero esercitato le loro funzioni negli ultimi cinque anni¹²¹.

In entrambe le ipotesi di tratta di una preclusione limitata territorialmente e temporalmente che, scattando al momento della candidatura, è accertabile al momento della presentazione delle liste. Verrebbe dunque superata l'incertezza in ordine all'operatività dell'ineleggibilità che, invece, è accertabile solo dopo lo svolgimento delle elezioni quando - ipoteticamente - potrebbe già essere stato lesa l'interesse al corretto svolgimento della competizione elettorale.

Secondo il disegno di legge A.S. XVII Legislatura n. 116, la preclusione si applica a tutti i magistrati, ma non sono previste disposizioni specifiche per i magistrati delle giurisdizioni superiori. In questo caso l'incandidabilità dovrebbe però estendersi su tutto il territorio nazionale, impendendo in radice la candidatura, ma questa soluzione non si concilia con la previsione riguardante la ricollocazione dei magistrati che - agli artt. 5-6 del disegno - prende esplicitamente in considerazione i magistrati appartenenti alle giurisdizioni superiori. Sebbene il progetto non lo escluda esplicitamente, per i magistrati delle giurisdizioni superiori sembra non poter operare la preclusione in oggetto, ma un chiarimento in proposito sarebbe opportuno.

Il progetto - all'art. 1, co. 2 - prevede apprezzabilmente anche l'irrigidimento della disciplina che impone al magistrato di essere in aspettativa da almeno sei mesi all'atto dell'accettazione della candidatura. Allo stato dell'*iter* parlamentare, il progetto non solo

¹¹⁹ Ad esempio, per limitarsi alle legislature più recenti: A.S. XVI Legislatura, n. 2810; A.C. XVI Legislatura, n. 2323; A.S. XV Legislatura, n. 1119; A. C. XIV Legislatura, n. 4779.

¹²⁰ XVII Legislatura, A.S. 116, 273, 296, 394 e 546, approvato dalla Camera dei deputati con modificazioni il 30.3. 2017, recante «Disposizioni in materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale e negli enti territoriali».

¹²¹ L. BIANCHI, *Disciplina elettorale di contorno e conflitto di interessi*, in P. CARETTI (a cura di), *La riforma della costituzione nel progetto della bicamerale*, Padova, Cedam, 1998, 163 e ss.; O. ROSELLI, *Lo status di magistrato, il p.m. ed il problema dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 117.2 (rinvio), 3,120.1 (rinvio), 124,125,126.2 e 132)*, in V. ATRIPALDI, R. BIFULCO (a cura di), *La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura*, Torino, Giappichelli, 854 e ss.

consente di accertare subito l'esistenza di un impedimento che potrebbe alterare la competizione, ma interpreta in modo rigoroso l'esigenza di allontanare - fisicamente e temporalmente - il magistrato dalla sua attività giurisdizionale rispetto all'inizio dell'attività politica, in modo da limitare le ipotesi di commistione e sovrapposizione degli interessi in gioco.

5.2. Ineleggibilità del magistrato nei casi di scioglimento anticipato ed elezioni suppletive

La limitazione territoriale-temporale dell'elettorato passivo dei magistrati, prevista dal co. 1 dell'art. 8 del d.p.r. n. 361 del 1957, è stata estesa e rafforzata da una disposizione - introdotta con la l. n. 13 del 1997 - che estende il divieto di candidarsi (nella stessa circoscrizione cui si è assegnati nei sei mesi precedenti) anche in caso di scioglimento anticipato e di elezioni suppletive.

La disciplina originaria del t.u. del 1957, contemplava questa ipotesi (all'art.7) solo per altre categorie di pubblici funzionari¹²² e prevedeva che, nell'ipotesi di scioglimento anticipato, fosse possibile rimuovere la causa di ineleggibilità, cessando l'esercizio delle proprie funzioni entro sette giorni successivi alla data di pubblicazione del decreto di scioglimento, in Gazzetta ufficiale.

L'assenza di indicazioni per i magistrati aveva determinato l'insorgere del dubbio se, ricorrendo l'evenienza dello scioglimento anticipato, i magistrati fossero egualmente ineleggibili nelle circoscrizioni in cui avessero esercitato le funzioni nei sei mesi antecedenti la candidatura o se anche nei loro confronti si applicasse il disposto previsto al menzionato art. 7 secondo il quale è possibile rimuovere la causa di ineleggibilità, cessando l'esercizio delle funzioni entro sette giorni dallo scioglimento.

Le Giunte delle due Camere in qualche occasione, e non senza contrasti interni, si sono espresse nel senso dell'applicazione estensiva dell'art. 7 del d.p.r. n. 361 del 1957 in modo da rimuovere l'ostacolo dell'incandidabilità in un'ipotesi in cui, in considerazione della non prevedibilità dell'evento, si riteneva che il bene protetto - il regolare svolgimento della competizione elettorale - non potesse essere pregiudicato da una condotta pregressa del magistrato¹²³.

¹²² Si tratta di: presidenti delle Giunte provinciali; sindaci dei Comuni con popolazione superiore ai 20.000 abitanti; il capo e vice capo della polizia e gli ispettori generali di pubblica sicurezza; i capi di Gabinetto dei Ministri; il Rappresentante del Governo presso la Regione autonoma della Sardegna, il Commissario dello Stato nella Regione siciliana, i commissari del Governo per le regioni a Statuto ordinario, il commissario del Governo per la regione Friuli-Venezia Giulia, il presidente della Commissione di coordinamento per la regione Valle d'Aosta, i commissari del Governo per le province di Trento e Bolzano, i prefetti e coloro che fanno le veci nelle predette cariche; i viceprefetti e i funzionari di pubblica sicurezza; gli ufficiali generali, gli ammiragli e gli ufficiali superiori delle Forze armate dello Stato, nella circoscrizione del loro comando territoriale. La Corte costituzionale con la sent. n. 344 del 1993 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui l'art. 7, del d.p.r. n. 361 del 1957 prevedeva l'ineleggibilità di deputati e consiglieri regionali, si veda M. VOLPI, *L'ineleggibilità al Parlamento dei consiglieri regionali tra declaratoria di incostituzionalità e necessità di una nuova disciplina legislativa*, in *Giur. cost.*, 1993, 2695 e ss.

¹²³ Casi: Valiante, *Atti parl. Camera, comm.*, III Legislatura, Doc. X, n. 1; Rizzo, *Atti parl. Senato*, VI Legislatura, Doc. III, n. 4; Bonito, Magrone e Scermino, *Atti parl. Camera*, XII Legislatura, *Giunta delle elezioni*, sedute del 3.8.1994, 13.9.1994 e 20.9.1994. Si veda V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., 186.

D'altra parte la mancata previsione per i magistrati dei casi di scioglimento anticipato ed elezioni suppletive, era motivata dalla specialità della norma, derivante dalla particolare posizione istituzionale dei magistrati non equiparabile a quella di altri funzionari¹²⁴ che imponeva, nella volontà del legislatore, di evitare completamente ed in ogni caso la possibilità di candidature nell'ambito della propria circoscrizione. Peraltro lo scioglimento anticipato delle Camere non era certo un fatto infrequente e soprattutto - in particolare a partire dai primi anni Novanta - sono aumentate le candidature dei magistrati, ponendo il problema di regolare una situazione di possibile alterazione della competizione elettorale.

In quell'arco temporale cambiava anche la legge elettorale che, introducendo un sistema in prevalenza maggioritario, con collegi uninominali, creava per le candidature di magistrati - più o meno "eccellenti" e noti - una situazione di possibile alterazione della competizione elettorale e di condizionamento del voto. Estendendo la disciplina del citato art. 7, i magistrati si trovavano a poter competere nel collegio coincidente, in tutto o in parte, con l'ambito territoriale in cui le funzioni giudiziarie erano appena state svolte, conferendo magari particolare risalto all'immagine pubblica del magistrato.

Per queste ragioni, brevemente ricordate, ma utili a capire una disposizione di non facile lettura, il legislatore ha disposto, con legge n. 13 del 1997, l'ineleggibilità dei soli magistrati nelle circoscrizioni sottoposte, in tutto o in parte, alla giurisdizione dei loro uffici in un periodo compreso nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura anche in caso di scioglimento anticipato o di elezioni suppletive. In questo modo il legislatore ha irrigidito la disciplina, imponendo comunque il periodo definito di "sterilizzazione"¹²⁵ dei sei mesi, che si applica anche quando le elezioni non sono quelle ordinarie di fine legislatura.

A differenza degli altri funzionari pubblici, ai magistrati viene imposto un limite ulteriore e invalicabile; l'ineleggibilità diventa assoluta ed insanabile in quanto i magistrati, nelle ipotesi di scioglimento anticipato ed elezioni suppletive, non possono rimuovere la causa di ineleggibilità e possono candidarsi solo ed esclusivamente al di fuori della propria circoscrizione¹²⁶. L'ineleggibilità è posta dall'art. 65 della Costituzione non solo per tutelare l'esercizio della funzione parlamentare ma - è evidente soprattutto in questo caso - per garantire il «buon andamento della giustizia» ed «il prestigio dell'ordine giudiziario»¹²⁷.

Rimane tuttavia aperto un dubbio nell'ipotesi in cui le elezioni suppletive si svolgano solo nella circoscrizione dove presta servizio il magistrato perché in questa ipotesi sarebbe impedito in radice l'esercizio dell'elettorato passivo; infatti solo se le elezioni suppletive si tengono tutte insieme il magistrato potrebbe candidarsi in altra circoscrizione¹²⁸.

Il regime che si viene a creare non mette il magistrato che voglia competere alle elezioni a livello nazionale in una condizione di eleggibilità e crea, in definitiva, una situazione di

¹²⁴ V. DI CIOLO, *Sulla eleggibilità dei magistrati nelle elezioni politiche*, cit. 331-332; G.E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, cit., 202-203.

¹²⁵ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., 149.

¹²⁶ G. RIVOSACCHI, *Art. 65*, cit., 1260.

¹²⁷ In tal senso si veda Corte cost. sent. n. 172 del 1982, n. 4 del considerato in diritto. Sul punto, in part., N. LUPO, G. RIVOSACCHI, *La disciplina delle incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità con il mandato parlamentare*, cit., 269.

¹²⁸ G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, cit., 329-330.

vera incapacità elettorale¹²⁹. La disposizione speciale più rigida per i magistrati sembra dunque porsi in contrasto con l'interpretazione restrittiva delle cause di ineleggibilità ed incompatibilità che orienta la giurisprudenza costituzionale, e non solo, consentendo sempre a chi vuole candidarsi di mettersi in condizione di eleggibilità¹³⁰. La centralità conferita in Costituzione ai diritti politici comporta che chi ricopre uffici pubblici o cariche da cui deriva l'ineleggibilità deve poter rimuovere l'impedimento con atti e comportamenti propri¹³¹.

Il fatto che l'ineleggibilità sia limitata alla circoscrizione in cui vengono esercitate le proprie funzioni costituisce un bilanciamento, anche se non sempre efficace, rispetto alla preclusione imposta al magistrato che intenda concorrere alla competizione elettorale. Occorre infatti tenere presente che, a differenza delle elezioni di fine termine, le consultazioni suppletive e anticipate sono difficilmente prevedibili. La programmabilità delle elezioni naturali consente al magistrato di operare una scelta e consente al legislatore di imporre una separazione temporale e territoriale (volendo anche rigida) rispetto al progresso svolgimento della funzione giudiziaria. Al contrario ciò non è possibile per le elezioni suppletive e anticipate per le quali il divieto di candidarsi all'interno della circoscrizione elettorale potrebbe risultare eccessivo¹³². Essendo le elezioni suppletive ed anticipate difficilmente prevedibili, è peraltro difficile immaginare che il magistrato abbia potuto condizionare con le proprie decisioni il voto o abbia potuto danneggiare gli altri competitori in vista di una circostanza futura ed eventuale.

In definitiva sembra che la preclusione assoluta di potersi candidare nel luogo in cui si gode di maggiore visibilità costituisca - in questo caso specifico - un sacrificio eccessivo, secondo alcuni, non proporzionato di un diritto politico fondamentale¹³³. Complessivamente mentre la disciplina dell'ineleggibilità a deputato e senatore, prevista

¹²⁹ V. DI CIOLO, *Sulla eleggibilità dei magistrati nelle elezioni politiche*, cit. 334. Diversamente dall'ineleggibilità, l'incandidabilità rende nulla l'elezione, senza la possibilità per l'interessato di rimuovere l'impedimento.

¹³⁰ U. POTOTSCHNIG, *Art. 97 [e 51]*, cit., 385-386; G. RIVISECCHI, *Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità con la carica di membro del Parlamento*, cit., 3. La Corte costituzionale ha più volte ribadito che le cause di ineleggibilità devono essere indispensabili in modo da garantire l'esigenza primaria di assicurare una libera competizione elettorale. Per questo - afferma la Corte costituzionale sent. n. 344 del 1993, cons. in diritto n. 4 - «l'eleggibilità è la norma, l'ineleggibilità è l'eccezione». «Di modo che, ove la giustificazione dell'eccezione si rivelasse ragionevolmente priva di un legame necessario con l'esigenza di assicurare una corretta e libera concorrenza elettorale, non può non seguirne la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della disposizione che la prevede». In tal senso si vedano le sentt. nn. 388 e 310 del 1991; 539 del 1990; 510 del 1989; 1020 e 235 del 1988, nonché Cass. civile, sez. I, 29.11.2000, n. 15285.

¹³¹ Fin dalla sent. n. 46 del 1969 la Corte costituzionale ha affermato che le cause di ineleggibilità possono essere rimosse mediante le dimissioni e l'astensione del dimissionario da ogni attività di ufficio. Corte cost. sentt. nn.: 45 del 1977; 571 del 1989; 84 del 2006.

¹³² Quando la legge elettorale preveda collegi uninominali, con l'eventuale possibilità di esprimere preferenze appare evidente che il non potersi candidare dove si è conosciuti penalizza il candidato. Anche quando non sia previsto il collegio uninominale, ma se la lista è composta da un numero limitato di candidati, la conoscibilità di ogni singolo candidato costituisce un fattore importante nella dinamica della competizione.

¹³³ Dubitano della legittimità costituzionale di questa preclusione: G.E. VIGEVANI, *La legge 3 febbraio 1997, n. 13: si restringono gli spazi per i magistrati in politica*, in *Diritto pubblico*, 1998, in part., 234 e ss.; N. LUPO, G. RIVISECCHI, *La disciplina delle incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità con il mandato parlamentare*, cit., ivi; G. RIVISECCHI, *Art. 65*, cit., 1260; G. E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, cit., 203. In senso più restrittivo, invece, P. DAMIANI, *La nuova disciplina della ineleggibilità dei magistrati in caso di fine anticipata della legislatura (una occasione mancata)*, cit., 887-889, ritiene che al magistrato che intenda partecipare alla competizione elettorale dovrebbe essere imposto di abbandonare l'ordine giudiziario.

dall'art. 8, co. 1 del d.p.r. n. 361 del 1957 appare sostanzialmente piuttosto blanda (§ 5- 5.1), l'estensione del divieto di candidarsi anche ai casi di elezioni non programmabili, avvenuta con la novella del 1997, non convince pienamente per il suo eccessivo rigore che rischia di limitare in modo radicale l'elettorato passivo dei magistrati, quando lo svolgimento dell'elezione è difficilmente - se non affatto - prevedibile o programmabile.

Le incertezze e la difficoltà di lettura della disposizione in questione sono probabilmente alla base della soluzione adottata dal disegno di legge A.S. XVII Legislatura, n.116 che all'art. 1, co. 2 si limita a stabilire che in caso di scioglimento anticipato delle Camere o di elezioni suppletive non sono candidabili i magistrati che non siano in aspettativa all'atto dell'accettazione della candidatura. Certo la disposizione fa salvo quanto previsto nel comma precedente e si potrebbe anche ipotizzare una lettura secondo la quale i magistrati non sarebbero comunque candidabili nell'ambito della circoscrizione coincidente, in tutto o in parte, con quella in cui hanno espletato la propria funzione nei cinque anni precedenti, riproponendo così una lettura non dissimile da quella attualmente vigente. Tuttavia i rilevati dubbi di legittimità dovrebbero decisamente far optare per un'interpretazione ampia che renda possibile la candidatura dei magistrati nelle ipotesi di elezioni diverse da quelle di fine legislatura.

6. L'elezione dei magistrati a livello regionale e locale e l'attribuzione degli incarichi esterni

Per quanto concerne le elezioni locali, la disciplina contenuta all'art. 60 del d.l.gs. n. 267 del 2000 prevede che i magistrati non siano eleggibili nel territorio nel quale esercitano le loro funzioni. L'impedimento può essere rimosso dall'interessato che cessi dalle funzioni «per dimissioni, trasferimento, revoca dell'incarico o del comando, collocamento in aspettativa non retribuita non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature» (art. 60, co. 3). La medesima preclusione viene estesa all'assunzione della carica di assessore esterno¹³⁴.

Non esistono cause di ineleggibilità o di incompatibilità per il magistrato eletto Sindaco, consigliere comunale o nominato assessore al di fuori del territorio in cui esercita le proprie funzioni giudiziarie. Qualora sussista coincidenza tra l'ambito territoriale di svolgimento della funzione giurisdizionale e quello della circoscrizione elettorale, il magistrato è obbligato a mettersi in aspettativa. Nel caso contrario, invece, in virtù dell'art. 81 d.l.gs. n. 267 del 2000, il magistrato *può* chiedere di essere messo in aspettativa non retribuita per il periodo dell'espletamento del mandato; al di fuori del territorio in cui esercita le funzioni giudiziarie, il magistrato non ha l'obbligo, ma solo la facoltà di mettersi in aspettativa.

Teoricamente il magistrato eletto Sindaco, magari di una grande metropoli potrebbe continuare ad esercitare le funzioni giudiziarie semplicemente esercitando in una diversa

¹³⁴ Gli assessori esterni possono essere nominati dal Sindaco, nei Comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, fra i cittadini in possesso dei requisiti di eleggibilità, candidabilità e compatibilità alla carica di consigliere (art. 47, co. 3 del d.l.gs. n. 267 del 2000). Nei Comuni con popolazione inferiore è possibile se previsto espressamente dallo Statuto.

circoscrizione. Anche il CSM ha rilevato che l'assenza di cause di ineleggibilità, al di fuori del territorio di competenza, unita alla mancanza di una aspettativa obbligatoria è incongrua perché mette il magistrato eletto a livello locale in condizione di esercitare in contemporanea funzioni politico-amministrative e giudiziarie, anche se in territori diversi. In queste ipotesi, essendo l'aspettativa facoltativa, il CSM non è neanche in condizione di fare una ricognizione del numero di magistrati impegnati contemporaneamente anche nell'esercizio di funzioni politico-amministrative¹³⁵.

La situazione appare sostanzialmente analoga per le cariche elettive regionali. La legge n. 165 del 2004, all'art. 2, lett. b), in attuazione dell'art. 122, 1 co., Cost., stabilisce solo l'inefficacia dell'ineleggibilità qualora cessino le attività e le funzioni che determinano l'ineleggibilità, non oltre il giorno per la presentazione delle candidature o altro termine anteriore. Le Regioni *possono* dunque prevedere un termine precedente, ma la legislazione regionale si è di fatto conformata alla previsione legislativa statale¹³⁶, senza disporre soluzioni diverse.

Nel dare attuazione all'art. 122 Cost., le Regioni hanno anche esteso agli assessori regionali esterni le cause di incompatibilità previste per la carica di consigliere regionale con l'obbligo dell'aspettativa, qualora si assuma l'incarico nella stessa circoscrizione in cui si esercitano le funzioni giudiziarie. Del resto la mancata estensione sarebbe del tutto incongruente, in contrasto con il principio di uguaglianza (rispetto a quanto previsto per gli Enti locali)¹³⁷ e poco ragionevole.

Al di fuori della circoscrizione in cui sono esercitate le funzioni giudiziarie, non esiste però l'obbligo dell'aspettativa per il magistrato che assuma l'incarico di assessore esterno. Infatti solo per il livello nazionale, l'art. 2, co 5 della l. n. 215 del 2004 dispone il divieto di assumere incarichi di Governo per i magistrati che non siano collocati in aspettativa.

A livello regionale per i magistrati nominati assessori esterni manca anche un'indicazione in merito alla possibilità di mettersi in aspettativa (quando l'incarico politico sia assunto in altra circoscrizione), analoga alla previsione contenuta all'art. 81 del d.lgs. n. 267 del 2000, applicabile agli assessori comunali.

Tuttavia il CSM, confermato dal Consiglio di Stato, ha ammesso la possibilità di estendere la disciplina sull'aspettativa che deve essere riconosciuta anche agli assessori regionali nominati dal Presidente della Regione in quanto, pur non essendo esplicitamente prevista, non può non essere attribuita in ragione di un'interpretazione estensiva delle disposizioni che la prevedono per tutti gli altri uffici ai quali sono conferite funzioni simili o assimilabili sia presso lo Stato (per la carica di Ministro o di Sottosegretario) o presso gli enti locali. Altrimenti, pur non essendo vietata, sarebbe "di fatto" impedita al magistrato

¹³⁵ CSM, risoluzione del 28.4.2010, nonché delibera del 21.5.2014.

¹³⁶ Sul punto cfr. almeno A. PERTICI, *Art. 122*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 2438 e ss.

¹³⁷ M. VOLPI, *L'attribuzione ai magistrati di incarichi politici locali e regionali: carenze legislative e passività del CSM*, in *Studium iuris*, 2015, 501-502.

l'assunzione dell'incarico di assessore esterno in considerazione della mancanza di permessi e licenze¹³⁸.

Le insufficienze del sistema dell'ineleggibilità a livello locale e regionale sono evidenti e il CSM ha più volte ribadito la necessità di prevedere una disciplina più rigorosa. Come nelle elezioni a livello nazionale, si dovrebbe almeno evitare il contemporaneo esercizio delle funzioni politico-amministrative e giudiziarie, che contrasta senza dubbio con l'immagine di autonomia e indipendenza del magistrato¹³⁹.

Il mandato elettivo e l'assunzione dell'incarico politico assimilato costituiscono espressione del diritto all'elettorato passivo e non tollerano limitazioni; è escluso - peraltro anche dall'art. 16 del r.d. 12 del 1941 - che sul magistrato gravi l'onere di chiedere al CSM una preventiva autorizzazione¹⁴⁰. L'accesso al pubblico ufficio costituisce un diritto politico riconosciuto dall'art. 51 Cost. e non può essere soggetto ad autorizzazione per nessun cittadino, a prescindere dalla funzione esercitata¹⁴¹. Nondimeno è però necessario precludere il cumulo delle funzioni, mediante la previsione del collocamento in aspettativa e il collocamento fuori ruolo in ogni caso in cui il magistrato assuma l'incarico politico.

Il collocamento in aspettativa dovrebbe essere previsto direttamente dalla legge e in questo senso sembra andare il già menzionato disegno di legge A.S. XVII Legislatura, n.116 che, all'art 2, prevede il divieto di assumere incarichi di governo per i magistrati che non siano collocati in aspettativa. Il divieto, attualmente previsto solo per gli incarichi di Governo a livello nazionale, viene esteso anche agli incarichi a livello regionale e locale, introducendo una disciplina più rigorosa ed omogenea.

La soluzione prospettata dal disegno, attualmente all'esame della Camera dei deputati, consentirebbe di superare l'incertezza in merito alla possibilità, o meno, per il CSM di concedere l'aspettativa. Il Consiglio ritiene infatti di essere sostanzialmente tenuto a concedere l'aspettativa, ma la questione attualmente non è affatto pacifica.

L'art. 23-*bis* del testo unico sul pubblico impiego (il d.lgs. n. 165 del 2001) per varie categorie di pubblici dipendenti, tra i quali anche i magistrati, disciplina l'istituto

¹³⁸ Sul punto, CSM, delibere 29.5.2008; 24.6.2009; Cons. di Stato, sez. IV, sent. n. 1181 del 1988; Cons. di Stato, sez. IV, sent. n. 1265 del 1989.

¹³⁹ CSM, risoluzione del 28.4.2010.

¹⁴⁰ Contrariamente il Consiglio di Stato, sez. IV, nella sent. n. 3795 del 2011, ritiene necessaria l'autorizzazione per consentire lo svolgimento dell'incarico di assessore esterno al magistrato amministrativo. Dando ragione al Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa che aveva negato l'autorizzazione, il Consiglio di Stato fonda la decisione sulla differenza tra il mandato elettivo e l'incarico di assessore esterno. Il Consiglio di Stato ritiene che l'equiparazione dell'assessore esterno rispetto alle altre cariche elettive sotto il profilo delle garanzie strumentali all'espletamento della funzione, «non muta la natura di fiduciario del Sindaco e non di mandatario dell'elettorato». Di conseguenza l'espletamento della funzione di assessore, non riconducibile alla volontà degli elettori ma a quella del Sindaco, non può costituire espressione del diritto fondamentale garantito dalla Costituzione di cui all'art. 51, co. 3, Cost. Per queste ragioni il Consiglio di Stato ritiene che - non rientrando nell'alveo del diritto di elettorato passivo - l'incarico di assessore esterno, ove ne sia investito un pubblico dipendente, non può sottrarsi al regime generale degli incarichi esulanti dai compiti e doveri di ufficio posto dall'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 e, quindi, ad autorizzazione (ove non previsto o disciplinato per legge o da altra fonte normativa). Per i giudici amministrativi, le ragioni di buon andamento dell'amministrazione, la necessità di tutelare l'immagine di imparzialità ed indipendenza potrebbero legittimamente fondare un provvedimento di diniego. Così la gravosità dell'impegno, oppure, la natura delle deleghe conferite potrebbero costituire le ragioni alla base del diniego dell'esercizio dell'incarico di assessore esterno.

¹⁴¹ CSM, parere del 21 maggio 2014.

dell'aspettativa senza retribuzione «per lo svolgimento di attività presso soggetti e organismi, pubblici o privati» e prevede che possa essere concessa «salvo motivato diniego dell'amministrazione di provenienza». Il dubbio che si può sollevare è se effettivamente l'incarico pubblico, cui si riferisce il menzionato art. 23-*bis*, possa includere l'incarico politico locale, oppure, al contrario abbia ad oggetto esclusivamente solo gli incarichi amministrativi¹⁴². In ogni caso, anche prescindendo per un momento da questo aspetto, la concessione dell'aspettativa implica l'adozione di un procedimento - disciplinato dalla Circolare del CSM n.13778 del 2014 - che richiede al Consiglio di adottare una decisione motivata, valutando gli interessi che vengono in considerazione per l'organizzazione e l'amministrazione della giustizia. L'art. 121 della menzionata Circolare estende, infatti, alle disposizioni in materia di fuori ruolo anche all'aspettativa prevista dall'art. 23-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001 e indica che le preminenti ragioni organizzative ostative alla concessione dell'aspettativa sono quelle indicate all'art. 105, co. 4, ovvero: «le ricadute provenienti dallo svolgimento dell'incarico fuori ruolo sotto il profilo della possibile lesione della immagine di imparzialità e indipendenza del magistrato o del pregiudizio derivante al prestigio della magistratura». Non sembra che vi sia un obbligo di concedere l'aspettativa, ma il Consiglio tende invece a considerare doverosa la scelta di concedere l'aspettativa per lo svolgimento dell'incarico politico e finisce per non operare alcuna valutazione in merito all'opportunità di concederla.

Occorre comunque tenere presente che il “chiamato” deve aver necessariamente instaurato legami politici, e magari essersi schierato - in modo più o meno evidente - per il candidato Sindaco o aver intrattenuto relazioni che fanno sorgere un rapporto fiduciario. Il collocamento in aspettativa garantisce la separazione delle funzioni dal momento in cui l'incarico è assunto, ma non per la fase antecedente in cui si potrebbe nutrire il sospetto che le decisioni del magistrato, assunte nel territorio in cui poi viene chiamato, possano essere state condizionate dagli organi politici¹⁴³. Sul punto il menzionato disegno di legge, in esame alla Camera dei Deputati, prevede la messa in aspettativa da almeno sei mesi solo per la partecipazione alla competizione elettorale, tuttavia si potrebbe forse ipotizzare di estendere l'obbligo dell'aspettativa anche all'assunzione dell'incarico di assessore esterno. Appare infatti evidente - come ha precisato lo stesso CSM - che l'assunzione dell'incarico di assessore esterno costituisca esercizio di una funzione di indubbia natura politica, pur non derivando da un'investitura popolare¹⁴⁴.

¹⁴² Secondo A. ZACCARIA, *Le “chiamate” dirette dei magistrati allo svolgimento di funzioni politiche: inopportunità (certa) e (discutibile) inquadramento giuridico*, in *Forumcostituzionale.it*, 2015, l'art. 23-bis del d.lgs. 165 del 2001 riguarda solo lo svolgimento delle funzioni amministrative e arriva a questa soluzione, evidenziando come l'art. 1 del medesimo provvedimento, nel definirne le finalità, elenca: l'accrescimento dell'efficienza delle amministrazioni, la razionalizzazione del lavoro pubblico e la realizzazione della migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni. Al contrario, M. VOLPI, *L'attribuzione ai magistrati di incarichi politici locali e regionali: carenze legislative e passività del CSM*, cit., 502, ritiene che almeno gli incarichi a livello locale, aventi natura politico-amministrativo potrebbero rientrare nella categoria in oggetto.

¹⁴³ A. ZACCARIA, *Le “chiamate” dirette dei magistrati allo svolgimento di funzioni politiche: inopportunità (certa) e (discutibile) inquadramento giuridico*, cit.

¹⁴⁴ CSM, sent. n. 15 del 2014.

7. La questione del ricollocamento: magistrati non eletti, eletti e designati

Uno dei nodi da affrontare nel rapporto tra lo svolgimento di funzioni giurisdizionali e politiche, evidenziato anche nell'ultimo rapporto sull'Italia del GRECO, consiste nel disciplinare in modo rigoroso il rientro dei magistrati che non siano stati eletti o che abbiano espletato il mandato politico. L'esigenza principale - evidenziata tanto dal GRECO quanto dal CSM - consiste nell'evitare che il magistrato si trovi a prendere decisioni in ambiti o su questioni che possono collegarsi all'esperienza politica o alla gestione amministrativa appena conclusa¹⁴⁵. La comunicazione tra i due settori, ovvero, il passaggio diretto tra lo svolgimento della funzione politico-amministrativa e quella giudiziaria può compromettere significativamente l'immagine di imparzialità dell'ordine giudiziario.

Anche su questo punto, la disciplina legislativa vigente si mostra piuttosto lacunosa e non adeguata a porre una separazione effettiva tra le due funzioni e, più volte, il CSM ha esortato il legislatore a provvedere. Per quanto concerne le elezioni politiche nazionali, il comma 2 dell'art. 8 del d.p.r. n. 361 del 1957 stabilisce che in caso di mancata elezione, i magistrati per cinque anni non possono esercitare le loro funzioni nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni, ossia laddove hanno preso parte alla competizione elettorale come candidati. La disposizione non mira a tutelare la regolarità della competizione elettorale, come fa il primo comma del medesimo articolo (§ 5.), ma piuttosto intende tutelare il magistrato e il corretto esercizio della funzione giurisdizionale. Solo indirettamente la disposizione garantisce la parità di *chances* tra i candidati in quanto il voto potrebbe essere condizionato dal timore di future ritorsioni da parte del magistrato, determinando un vantaggio ingiustificato a favore del magistrato nell'accesso alla carica.

A differenza degli altri impiegati pubblici, il magistrato candidato, non eletto, potrebbe facilmente aver instaurato rapporti e relazioni tali da potere far dubitare della correttezza delle sue decisioni. La preclusione in oggetto non opera nei confronti dei magistrati delle giurisdizioni superiori per i quali è più difficile che al magistrato vengano assegnati processi provenienti dal collegio nel quale si è candidato. Inoltre, come rilevato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 172 del 1982, la questione può essere risolta, assegnando al magistrato i processi provenienti da altre circoscrizioni.

La legittimità della limitazione dell'elettorato passivo dei magistrati, non eletti, deriva dalla necessità di salvaguardare il buon andamento della giustizia e il prestigio dell'ordine giudiziario, protetti direttamente dalla Costituzione. Nella pronuncia del 1982, la Corte costituzionale ha precisato che il diritto alla conservazione del posto di lavoro - di cui all'art. 51, co. 3, Cost. - consiste nel diritto a mantenere il rapporto di lavoro e di impiego, ma non già nel diritto a continuare l'esercizio delle funzioni espletate dall'impiegato¹⁴⁶. Il trasferimento è dunque una soluzione razionale rispetto ai principi costituzionali in quanto

¹⁴⁵ In part. CSM, delibera del 21.10.2015. Sul punto in part. G.U. RESCIGNO, *Note sulla indipendenza della magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2007.

¹⁴⁶ Sul punto, F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al Parlamento*, cit., col. 37-38; M. MIDIRI, *Art. 51*, cit., 1025-1026.

mira ad evitare che possano sorgere dubbi sull'operato del magistrato e sulla oggettività delle sue decisioni.

Tuttavia proprio dalla lettura coordinata dei due commi dell'art. 8 del d.p.r. n. 361 si può evincere che, di norma, la circoscrizione in cui vengono svolte le elezioni è diversa da quella in cui il magistrato esercitava le funzioni al momento delle elezioni in quanto - come osservato (§ 5.) - il co. 1 del ricordato art. 8 stabilisce che non è eleggibile il magistrato che nei sei mesi antecedenti all'accettazione della candidatura ha esercitato le funzioni in un ufficio compreso nella circoscrizione elettorale. Appare evidente che - non coincidendo le due circoscrizioni - non si procederà al trasferimento e il magistrato tornerà ad esercitare le funzioni nella medesima sede di provenienza. È piuttosto dubbio che la soluzione prospettata dal citato art. 8, co. 2 sia adeguata rispetto all'obiettivo da garantire e il dubbio si aggrava laddove il magistrato non si sia semplicemente candidato in una lista per l'elezione parlamentare, ma si sia posto come capo della forza politica o della coalizione che si candida a governare, svolgendo una serrata campagna elettorale di rilievo politico nazionale¹⁴⁷. In questi casi sarebbe forse più opportuno precludere direttamente per legge il ritorno alle funzioni giurisdizionali, prevedendo il collocamento fuori ruolo e l'assegnazione ad altre funzioni presso il Ministero della giustizia.

Non sembra però che il legislatore sia intenzionato a perseguire questa strada; il già citato disegno di legge A.S. XVII Legislatura, n.116¹⁴⁸ si limita a stabilire all'art. 5 che i magistrati candidati non eletti sono ricollocati nel ruolo di provenienza, ma per due anni possono svolgere solo funzioni giudicanti, non inquirenti, e non possono essere assegnati a qualsiasi titolo ad un ufficio con competenza ricadente, in tutto o in parte, nella circoscrizione elettorale in cui hanno presentato la candidatura.

Nella legislazione vigente non è previsto nulla a livello primario per la partecipazione alla competizione a livello locale e regionale. Vengono quindi in considerazione solo le disposizioni secondarie contenute nella già menzionata circolare del CSM n. 13378 del 2014 che fissano tutta una serie di preclusioni all'atto del rientro in ruolo per i magistrati che abbiano partecipato alla consultazione elettorale¹⁴⁹. L'ipotesi è invece contemplata nel

¹⁴⁷ G. FERRI, *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, cit., 348, nota n. 14, ricorda il caso del magistrato Ingroia che nelle elezioni politiche del 24-25.02.2013 ha assunto il ruolo di capo della lista "Rivoluzione civile".

¹⁴⁸ Approvato dalla Camera dei deputati con modificazioni il 30.3.2017, recante «Disposizioni in materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale e negli enti territoriali».

¹⁴⁹ In particolare stabilisce che «qualora la candidatura sia stata presentata nell'ambito di una circoscrizione elettorale non compresa nel territorio del distretto di appartenenza e questo non sia competente ex articolo 11 c.p.p. rispetto a quello ove si sono svolte le elezioni, il magistrato è assegnato all'ufficio di appartenenza, se vacante» (art. 124, co. 2). Invece «nel caso in cui non sia possibile l'assegnazione al posto di provenienza il magistrato, fermi i limiti su indicati, è assegnato a un altro posto vacante di un ufficio di pari grado della stessa sede o di altri uffici del medesimo distretto o di un distretto viciniore» (art. 124, co. 3). «Se la candidatura sia stata presentata nell'ambito di una circoscrizione elettorale compresa nel territorio del distretto di appartenenza, il magistrato è assegnato in un posto vacante, anche non pubblicato, che si trovi in un distretto viciniore diverso da quello competente ai sensi dell'articolo 11 c.p.p. rispetto a quello di provenienza» (art. 124, co. 4). In ogni caso il magistrato che sia stato candidato alle elezioni politiche,

disegno di legge A.S. XVII Legislatura, n.116 che all'art. 5, co. 2 che per i magistrati candidati non eletti a livello locale e regionale prevede che non possano esercitare per un periodo di due anni le funzioni inquirenti e non possano essere assegnati nel distretto di corte di appello con competenza ricadente nel territorio della regione o del Comune per i quali hanno presentato la candidatura. Anche in tal caso resta il dubbio se la soluzione sia adeguata, soprattutto nelle ipotesi in cui il magistrato si sia - ad esempio - candidato come Sindaco di una grande metropoli, esponendosi di fatto a livello nazionale.

Per quanto concerne la questione del rientro del magistrato a seguito dello svolgimento del mandato, viene in considerazione la disciplina contenuta all'art. 50 del d.lgs. n. 160 del 2006 in materia di ricollocamento in ruolo dei magistrati. In particolare la disposizione si limita a stabilire che, nel caso di cessato esercizio di una funzione elettiva extragiudiziaria, il magistrato venga ricollocato 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. A questa disciplina fa eccezione il caso in cui 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.

La disciplina primaria è integrata dalla più stringente normazione secondaria del CSM che - nella circolare n. 13378 del 2014, all'art. 124, co. 7 - introduce un limite di cinque anni entro i quali, in caso di elezione, non può essere disposto il trasferimento del magistrato a sedi del distretto o dei distretti nell'ambito dei quali è stato eletto, ovvero del distretto o dei distretti competenti (ai sensi dell'articolo 11 c.p.p.). Lo stesso avviene per gli incarichi di governo non elettivi nazionali e locali, infatti, l'art. 50 del d.lgs. n. 160 del 2006 stabilisce che il magistrato all'atto della cessazione della carica potrà rientrare in ruolo nel posto precedentemente occupato, mentre la circolare del CSM, almeno per gli incarichi locali e regionali, stabilisce che per cinque anni il magistrato non può essere assegnato, né può essere trasferito al distretto o ai distretti ove si trova la circoscrizione territoriale nella quale abbia ricoperto l'incarico politico, nonché del distretto o distretti competenti.

Rimane aperta l'ipotesi in cui il magistrato abbia ricoperto un incarico di governo a livello nazionale in quanto in base alla disciplina legislativa il magistrato, cessato l'incarico, avrebbe la possibilità di tornare a svolgere le funzioni giudiziarie.

Dunque - paradossalmente - un magistrato nominato Ministro o Sottosegretario potrebbe tornare a svolgere la funzione giudiziaria in virtù del diritto a conservare il proprio posto di lavoro, di cui all'art. 51, co. 3, Cost. Non dissimile è l'ipotesi in cui gli incarichi politici siano di lunga ed ininterrotta durata. In entrambe le ipotesi, il principio alla conservazione del posto di lavoro dovrebbe essere interpretato dal legislatore in senso

amministrative ed europee, nel caso in cui non sia stato eletto non può essere destinato, per il periodo di cinque anni (art. 124, co. 6) «a sedi del distretto o dei distretti in cui erano ricomprese la circoscrizione o le circoscrizioni elettorali ove è stato candidato, ovvero del distretto o dei distretti competenti ai sensi dell'articolo 11 c.p.p.».

ampio, ma dovrebbe essere esclusa in radice l'ipotesi che sia possibile un ritorno all'esercizio della funzione giudiziaria.

Sul punto del rientro dei magistrati dopo lo svolgimento del mandato politico, il disegno di legge A.S. XVII Legislatura, n. 116 introduce una disciplina più rigorosa e stabilisce diverse ipotesi.

Per quanto concerne il mandato elettorale nazionale e lo svolgimento degli incarichi di Governo nazionale il magistrato può decidere di essere ricollocato nel ruolo di provenienza, ma se già in servizio presso le magistrature superiori può essere ricollocato nell'ufficio di provenienza, senza ricoprire incarichi direttivi per tre anni. Gli altri magistrati potranno essere ricollocati presso un ufficio della Corte di appello diverso da quello in cui è compresa la circoscrizione elettorale in cui sono stati eletti e per tre anni, oltre a non poter ricoprire incarichi direttivi, non potranno esercitare funzioni inquirenti o giudicanti monocratiche (art. 6-7). I magistrati potranno anche decidere di essere inquadrati nell'Avvocatura dello Stato o in un ruolo autonomo, da istituire con regolamento, presso il Ministero della Giustizia. Regole simili vengono previste anche per i magistrati responsabili di uffici di diretta collaborazione o nominati in Autorità o commissioni di vigilanza (7, co. 2).

Per quanto concerne il ricollocamento dopo lo svolgimento del mandato politico (elettorale e di governo) a livello regionale e locale è escluso il ricollocamento per tre anni in un ufficio giudiziario del distretto di corte d'appello in cui è compresa la circoscrizione elettorale, sono escluse le funzioni inquirenti e le funzioni giudicanti monocratiche, infine, sono esclusi gli incarichi direttivi (art.9), mentre per i magistrati delle giurisdizioni superiori, eletti negli enti territoriali, non è prevista una disciplina speciale per il ricollocamento in ruolo.

La disciplina prospettata dal disegno di legge introduce alcuni elementi di razionalizzazione, resta solo il dubbio se le soluzioni prospettate siano adeguate nelle ipotesi in cui il magistrato si sia dedicato alla politica per molti anni, ricoprendo incarichi di primo piano e qualora abbia assunto funzioni di governo, concorrendo a determinare la politica nazionale del Paese in modo sostanziale. Forse, per queste limitate ipotesi, sarebbe opportuno prevedere una cesura decisa ed escludere il rientro in ruolo, prevedendo la possibilità invece di essere ricollocati presso il Ministero della giustizia per lo svolgimento di funzioni diverse da quella giurisdizionale.

8. Brevi considerazioni finali

La regolazione dell'esercizio dei diritti politici dei magistrati è una necessità, da sempre. Le lacune e le incogrità illustrate - l'assenza di regole omogenee per i vari livelli di governo, la possibilità di rientri e passaggi tra funzione giudiziaria e politica - costituiscono un fattore di rischio e di arretramento dell'ordinamento. L'esame delle disposizioni costituzionali, ma anche le indicazioni provenienti dall'ordinamento EDU, brevemente tratteggiate, consentono di ribadire con forza che le ragioni sottese a tale esigenza di regolazione

risiedono nella necessità prioritaria per ogni sistema democratico di tutelare gli interessi e i diritti dei cittadini.

Se non può esistere tutela dei diritti dove non vi sia separazione dei poteri, ovvero dove non esista equilibrio tra i poteri sovrani, appare chiaro che la commistione tra attività giurisdizionale e politica costituisca un pericolo per la tenuta dell'ordinamento democratico. Attualmente in tutto il mondo occidentale, la complessità dei sistemi sociali ed economici espone la magistratura a forti tensioni. Chiamata sempre più spesso a risolvere conflitti sociali ed a colmare i (troppi) vuoti lasciati dal legislatore, la magistratura viene sovrapposta e - non potendo denegare giustizia - finisce per prendere decisioni su questioni sensibili, su diritti e interessi, che in assenza di regolazione normativa, trovano nella decisione giurisprudenziale il modo per potersi affermare¹⁵⁰. La magistratura diventa il recettore di problemi che le istituzioni, ovvero i partiti, tardano ad affrontare perché, spesso, non hanno la forza per farlo.

Non vi è dubbio che l'aumento del peso del potere giudiziario, rispetto al legislativo costituisca un dato ineludibile nello sviluppo della democrazia pluralista¹⁵¹. Non è però meno vero, sotto altro ma collegato profilo, che sono necessarie adeguate garanzie perché il fisiologico aumento del ruolo del giudiziario non si traduca in un'alterazione del principio della separazione dei poteri, dell'indipendenza e dell'imparzialità del magistrato che continuano a costituire presupposti necessari per la tutela dei diritti.

L'aumento del peso della magistratura va infatti collocato, in un contesto in cui - forse altrettanto fisiologicamente - i partiti politici cambiano in senso sempre più personalistico (e populistico), affermando tendenze verticistiche di organizzazione interna. La legislazione elettorale asseconda tali dinamiche; liste bloccate e pluricandidature, in un sistema partitico organizzativo scarsamente trasparente e democratico, accentuano la tendenza oligarchica dei partiti, non favoriscono il ricambio politico e perpetuano, invece, reciproche strumentalizzazioni di potere. Il rafforzamento dei vertici di partito che della formazione della lista fanno uno strumento di cooptazione, unitamente alla necessità di massimizzare il risultato elettorale costituiscono fattori che spingono a candidare personaggi di spicco, aumentando l'"attrazione" tra magistratura e politica.

Una reale volontà di rinnovamento politico non si misura solo nella legislazione elettorale, ma dovrebbe indurre a regolare il sistema dei partiti, mettendo mano contestualmente ad una disciplina organica in materia di diritti politici ed elettorato passivo dei magistrati. La regolazione resta in definitiva l'unico modo per recuperare le distanze tra i poteri, evitando di mettere sotto pressione, torcendoli, i principi fondanti del sistema

¹⁵⁰ Tra i molti, S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, cit., 80-81. Sull'aumento del ruolo della magistratura in tutte le democrazie contemporanee, si veda l'analisi puntuale di C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, Il Mulino, 1997, 9 e ss., e in part. 17, evidenziano come il ricorso al giudice tende a diventare uno strumento di partecipazione politica; i giudici diventano canali di articolazione delle domande politiche accanto ai canali istituzionali classici e spesso in competizione con essi.

¹⁵¹ P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio* e G. SILVESTRI, *Magistratura e politica: quale equilibrio?* In A. CARDONE, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis di Paolo Caretti*, Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 2016, rispettivamente, in part., 25 e ss. e 44-45.

democratico. Sotto il profilo qui analizzato, si potrebbero evitare indebite e reciproche strumentalizzazioni, nonché commistioni tra magistratura e politica che non giovano all'amministrazione della giustizia, ma - a lungo andare - nemmeno alla credibilità dei partiti politici.