



UNIVERSITÀ DI PISA
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

MAGISTRATURA E POLITICA

L'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA TRA POLITICS E POLICY:

UN DIFFICILE BILANCIAMENTO

Relatore:

Prof. Francesco Dal Canto

Candidato:

Elisa Baldocchi

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

MAGISTRATURA E POLITICA

L'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA TRA POLITICS E POLICY:

UN DIFFICILE BILANCIAMENTO

PREMESSA..... 7

CAPITOLO 1 GIUDICI E POLITICA TRA EREDITA' DEL PASSATO E "GRANDE TRASFORMAZIONE" DELLO STATO

**1.1 Il giudice e l' ideologia della apoliticità: tra crisi e resistenza del
dogma del giudice apolitico 15**

1.1.1 Il dogma dell' "apoliticità" 18

1.1.2 I giudici, la policy, la politics..... 22

**1.2 Dal giudice "bocca della legge" al giudice dei diritti: la
magistratura nella "Grande Trasformazione" dello Stato..... 29**

1.1.1 Il congresso di Gardone: oltre il giudice-funziionario 32

1.1.2 Una nuova separatezza... 38

1.3 L'associazionismo giudiziario e l'idea della politicità dei magistrati..... 41

1.1.1 Le origini dell'associazionismo giudiziario..... 44

1.1.2 Policy e politics nelle principali correnti dell'associazionismo..... 48

CAPITOLO 2 INDIPENDENZA E "POLITICITA' " DELLA MAGISTRATURA NEL SI STEMA COSTITUZIONALE ITALIANO

**1.1 Indipendenza della magistratura e imparzialità del giudice: un
punto di partenza**

1.1.1 La "soggezione" del giudice "soltanto alla legge" come fondamento
della sua indipendenza..... 59

1.1.2 La tutela dell'imparzialità e l' orientamento politico del giudice 67

1.2 La libertà di associazione e i magistrati-cittadini	74
1.1.1 La libertà di associazione politico-partitica nella Costituzione e i magistrati in politica	79
1.1.2 Il problema dell'affiliazione dei magistrati alla massoneria	88
1.3 Alla ricerca del bilanciamento: tra imparzialità della magistratura e diritto alla partecipazione dei magistrati alla vita politica	
1.1.1 Le problematiche dell'art. 98, 3° comma della Costituzione	103
1.1.2 La genesi dell'art. 98 nel dibattito costituente	118

CAPITOLO 3 IL CITTADINO-MAGISTRATO E IL SUO IMPEGNO IN POLITICA : INTERVENTI LEGISLATIVI E GIURISPRUDENZIALI

1.1 Il cittadino-magistrato e il suo impegno in politica: tra diritti costituzionali e responsabilità disciplinare	
1.1.1 Una premessa indispensabile per discutere sull'impegno del magistrato in politica: la responsabilità disciplinare	135
1.1.2 E' possibile limitare l'esercizio di un diritto costituzionale quando il magistrato si trovi al di fuori delle sue funzioni?	143
1.2 Iniziative legislative, interventi del giudice disciplinare sul tema dei magistrati in politica e la nascita di un "senso comune" diffuso	150
1.1.1 Illegittimità dell'associazionismo? La proposta degli on. Romeo e Manco.....	152
1.1.2 La proposta dell'on. Mammi e il formarsi di un "senso comune" sull'art.98 della Costituzione	155
1.1.3 Altre iniziative legislative, altri fallimenti.....	159
1.1.4 Il magistrato in politica secondo il giudice disciplinare, prima del 2006.....	161

1.3 L'imparzialità dei magistrati tra apparenza e sostanza e la loro partecipazione alla vita politica e sociale: alcuni dei problemi aperti dalla riforma dell'ordinamento giudiziario 2005/2006

1.1.1 La tipizzazione degli illeciti extra-funzionali e il divieto di iscrizione ai partiti politici nel d.lgs. n. 109 del 2006.....	164
1.1.2 <i>Iscrizione ai partiti politici, partecipazione ad essi, coinvolgimento politico</i> : comportamenti posti tutti su un medesimo piano dal d.lgs.109/2006	171
1.1.3 La lett. h dell'art.3, co.1, del d.lgs. 109/2006: dubbi di legittimità costituzionale	176
1.1.4 “Compromettere l'immagine” del magistrato: formula vaga e illimitatamente estendibile	180
1.1.5 L'obiettivo di un magistrato “depoliticizzato”	186
1.1.6 Magistrati in Parlamento e in altre cariche elettive: il problema della incongruenza con il divieto di iscrizione ai partiti	192
1.1.7 Legge n. 269 del 2006: verso una distensione del rapporto tra “giustizia” e “politica”	201
1.1.8 Il “nuovo” modello di giudice delineato dalla riforma dell'ordinamento giudiziario 2005/2006: un ritorno al passato?	205

1.4 Politicità del giudice e tutela dell' immagine: il magistrato nella sentenza n. 224/2009 della Corte Costituzionale

1.1.1 Profili di incostituzionalità nell'art. 3, co.1, lett. h del d.lgs.109/2006? La posizione della sezione disciplinare del Csm nell'ordinanza dell'11 novembre 2008	208
1.1.2 La sentenza della Corte Costituzionale n. 224 del 2009	211
1.1.3 L' immagine di magistrato delineata dal giudice delle leggi.....	220

CONCLUSIONI	224
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA

“La peggiore sciagura che potrebbe capitare a un magistrato sarebbe quella di ammalarsi di quel terribile morbo dei burocrati che si chiama il conformismo. E' una malattia mentale simile all'agorafobia: il terrore della propria indipendenza; una specie di ossessione, che non attende le raccomandazioni esterne, ma le previene; che non si piega alle pressioni dei superiori, ma le immagina e le soddisfa in anticipo” (Piero Calamandrei Elogio dei giudici scritto da un avvocato, Firenze 1938)

PREMESSA

Nelle società contemporanee si sta assistendo da qualche tempo ad un significativo rafforzamento dell'impatto politico dell'attività giudiziaria.

A molti è così parsa evidente l'opportunità di introdurre *limiti alla partecipazione alla vita politica dei magistrati*, in particolare anche all'iscrizione per gli stessi ai partiti politici, al fine di garantire i valori di imparzialità e indipendenza dei giudici, anche sotto il profilo dell'apparenza.

Da qui la crescente attenzione nel nostro paese ad un' actio finium regundorum tra giustizia e politica.

Questa progressiva espansione del ruolo politico della giurisdizione è dovuta, come noto, a molteplici fattori: alla crescente domanda di giustizia rivolta dalla società alla giurisdizione, sollecitata ad intervenire nella “latitanza” della politica, ai controlli di costituzionalità sulle leggi invalide, e anche alla necessità crescente di controlli di legalità penale sui titolari di pubblici poteri.

Tutto ciò inevitabilmente comporta anche una maggiore centralità e visibilità della figura del magistrato nel dibattito culturale e politico.

Si è pertanto avvertita la necessità e l'opportunità di introdurre dei limiti all'impegno diretto dei magistrati in politica e, in

particolare, limiti concernenti la dimensione partitica-istituzionale. Tale impegno ha acquisito un rilievo crescente anche in relazione alla progressiva crisi della rappresentanza politica : infatti la sfiducia diffusa degli elettori verso il ceto politico e verso i partiti, incapaci di operare una sintesi tra società ed istituzioni, ha spinto, in occasione delle elezioni politiche, i partiti stessi ad avvicinarsi ai magistrati offrendo loro candidature, al fine di utilizzare come elemento di consenso l'ampia visibilità mediatica acquisita soprattutto attraverso le loro inchieste giudiziarie.

Mi è parso utile, per analizzare il rapporto politica-magistratura sotto il profilo sopra descritto e per delimitare il campo di tale riflessione, riprendere la distinzione tra *policy* e *politics*.

Una cosa è la politicità intrinseca della funzione giudiziaria, che, in Italia, si è sviluppata storicamente attraverso alcuni passaggi importanti che il lavoro qui presentato cerca di ripercorrere a grandi linee. Tale politicità è un aspetto, oggi, dato generalmente per acquisito, ma -come vedremo- l'idea o il "mito" del giudice apolitico si affaccia periodicamente, mostrando una capacità di persistenza straordinaria.

Questa dimensione metagiuridica della *policy*, che è tipica della società civile e come tale appartiene ad ogni cittadino, e quindi anche al giudice, non può non influenzare l'attività di interpretazione in tutte quelle ipotesi in cui si debba compiere un bilanciamento tra principi costituzionali ovvero si debba formulare un giudizio di valore.

Altro aspetto -che è il nucleo centrale della riflessione presentata in questa tesi- è invece l'*impegno diretto del*

magistrato-cittadino entro la dimensione partitica e istituzionale, ovvero nella *politics*; ed è questo l'aspetto che presenta maggiori criticità e pone problemi di bilanciamento tra le libertà fondamentali garantite a tutti i cittadini (e quindi anche ai magistrati), come il diritto di associarsi liberamente in partiti e di partecipare alla vita politica del paese e la tutela dell'esercizio indipendente e imparziale della funzione giudiziaria.

In particolare il lavoro prova ad indagare la ragionevolezza del divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici introdotto dal decreto legislativo n. 109 del 2006 (parzialmente modificato dalla legge n. 269 del 2006) che ha inquadrato tra gli illeciti disciplinari l'iscrizione dei magistrati ai partiti politici.

Si tratta di un tema che mi è parso interessante e meritevole di approfondimento critico, per i risvolti problematici e per gli aspetti meno "visibili" che tale tema porta alla luce.

Nel valutare la ragionevolezza di un tale divieto ho tenuto presenti le indicazioni di principio offerte dalla Costituzione, avvalendomi anche di una ricognizione, se pure limitata, dei resoconti sommari e dei verbali delle sedute dell'Assemblea Costituente sul punto in questione. Ho infine valutato i molti progetti di legge elaborati a partire dagli anni '70, tutti accomunati dall'idea di "sacrificare" in assoluto il diritto di iscriversi ai partiti ed ho ripercorso l'orientamento del giudice disciplinare prima del 2006 e analizzato una delle principali sentenze della Corte Costituzionale in materia.

Oltre alla partecipazione diretta dei magistrati alla attività dei partiti politici, l'analisi si è poi ampliata includendo anche la considerazione dell'altro aspetto dell'impegno in politica (oltre

quello concernente l'iscrizione ai partiti), ovvero l'impegno nelle competizioni politico-elettorali. Un tema che appare particolarmente discusso e attuale alla luce delle più recenti elezioni politiche che hanno visto l'impegno diretto di alcuni magistrati fortemente presenti nel circuito mediatico.

Esula ovviamente dal mio impegno (il titolo della tesi non deve ingannare, sotto questo titolo si possono ricomprendere vari aspetti, il sottotitolo infatti segna il campo con maggiore precisione), cercare di approfondire il contesto di più ampio respiro che concerne i rapporti e le interferenze tra potere giudiziario e potere politico (Esecutivo, Parlamento, Capo di Stato).

L'analisi qui presentata invece affronta il tema dei magistrati in politica e del loro impegno come cittadini-giudici, cercando di approfondire uno degli aspetti attorno a cui si sono divisi la dottrina e l'opinione pubblica, quello della legittimità, delle forme e delle possibili limitazioni dell'impegno politico del magistrato. Questione che si risolve nella delicata ricerca di un giusto bilanciamento tra contrapposte esigenze di rango costituzionale, da un lato l'esercizio di libertà fondamentali garantite a tutti i cittadini (libertà di associazione ex art.18 Cost., diritto di associarsi liberamente in partiti e di partecipare alla vita politica del paese ex art. 49 Cost., libero accesso alle cariche elettive, ex art.51 Cost.) e, dall'altro, la tutela dell'esercizio indipendente e imparziale della funzione giudiziaria (artt. 101 e 104 Cost.). Rispetto al tema della libertà di associazione del cittadino-

magistrato la tesi si occupa anche della compatibilità del suo peculiare *status* con *determinati vincoli associativi*.

CAPITOLO PRIMO

GIUDICI E POLITICA TRA EREDITA' DEL PASSATO E "GRANDE TRASFORMAZIONE" DELLO STATO

1.1 Il giudice e l' ideologia della apoliticità: tra crisi e resistenza del dogma del giudice apolitico

Il tema del rapporto tra magistrati e politica è da tempo, in Italia, fonte di tensioni, di contrasti e anche motivo di polemiche dalle quali si generano equivoci e fraintendimenti che spesso vengono strumentalizzati e diventano “senso comune”. La politicità della magistratura è così vista spesso come un elemento di anomalia.

Perché non cogliere -piuttosto- nella politicità della magistratura un volto normale della complessità funzionale del sistema politico o, se si preferisce, una sua complicità necessaria?¹ Questo interrogativo, che si pone M. Morisi, mi pare che proponga una prospettiva interessante sul tema dei rapporti magistratura- politica.

Il rapporto tra magistratura e politica, specialmente nello Stato costituzionale, come ben noto, è da tempo al centro di riflessioni giuridiche, oltre che di ampi confronti dottrinali e di accese polemiche politiche.

Il rapporto magistratura-politica si può declinare secondo due tradizioni diverse, quella anglosassone-americana e quella europea continentale.² Se, nella tradizione americana tra i due *status* di politico e magistrato non c'è possibilità di commistione e raramente vi sono giudici che si impegnano in politica, nell' Europa continentale invece, i magistrati, che hanno uno statuto

¹ M. MORISI, *La giurisdizione come “lavoro politico”. Vecchi e nuovi interrogativi*, in *L' Italia tra crisi e transizione*, Laterza, 1994, pag. 281.

² C. GUARNIERI, *Dibattito: magistrati, politica, competizioni elettorali*, *Questione Giustizia*, n. 6, 2005.

di funzionari pubblici possono, a determinate condizioni (per esempio il collocamento in aspettativa) prendere parte a competizioni politiche ed essere eletti a cariche pubbliche, che è ciò che avviene ad esempio in Francia, Germania e Spagna. Venendo al caso italiano si può notare come dagli anni settanta si è avuta un incremento del numero dei magistrati eletti in Parlamento, un incremento favorito sia dalla volontà dei partiti di sfruttare a livello elettorale l'immagine dei magistrati, sia dalla prospettiva dell'acquisizione per il Parlamento di utili competenze tecniche.

Nel nostro paese, che ha vissuto una situazione probabilmente anomala, o quanto meno decisamente peculiare, nel panorama delle moderne democrazie, come ha mostrato lo scenario del collasso di un intero sistema partitico avvenuto in parallelo a una inchiesta giudiziaria ed alla scoperta del dilagare di una corruzione politica di ampiezza non immaginabile (Tangentopoli), i nodi problematici sono così complicati che richiederebbero una approfondita analisi delle ragioni strutturali e profonde della situazione.

Esula dal nostro impegno ovviamente cercare di approfondire tali ragioni, che richiederebbero l'analisi di un contesto tematico di amplissimo respiro.

In questo lavoro mi sono proposta, invece di analizzare, all'interno di questo contesto problematico, il tema dei magistrati in politica e del loro impegno come cittadini-giudici.

Si tratta di approfondire uno degli aspetti attorno a cui si sono divisi la dottrina e l'opinione pubblica, quello della legittimità, degli ambiti, delle modalità e dei possibili limiti dell'impegno in

politica del magistrato, del rapporto tra le libertà fondamentali garantite a tutti i cittadini e la tutela dell'esercizio indipendente e imparziale della funzione giudiziaria. Una delle variabili di cui è necessario tenere conto è la percezione del ruolo del giudice che muta nel tempo grazie anche alle riflessioni della cultura giuridica.

1.1.1 Il dogma della “apoliticità”

Nella pubblica opinione l'immagine del magistrato che, per tanto tempo, è stata prevalente nel nostro ordinamento è quella veicolata da una dominante “ideologia della magistratura³” che accreditava l'idea di un giudice apolitico, separato dalla società civile, delegato istituzionalmente alla fedele applicazione della legge, assunta a preconditione della sua imparzialità e indipendenza, ma, nei fatti, passivo sostenitore dei “valori politici e ideologici dominanti, in forza dei quali il potere è sempre “apolitico”, mentre “politiche” sono solo le opposizioni”⁴.

La magistratura è rimasta a lungo un corpo burocratico chiuso, caratterizzato da una chiara ideologia di apoliticità e di separatezza dalla società, come risulta da questo passaggio pubblicato sulla rivista dei magistrati “La Magistratura” nel 1946: *“Potrebbe il giudice essere dotto, affabile, esperto nel giudicare, potrebbero le sue sentenze essere capolavori; non gli sarebbe però risparmiato, se egli sia iscritto a un partito politico,*

3 L. FERRAJOLI, *Orientamenti della magistratura in ordine alla funzione politica del giudice interprete*, Quale giustizia, 1972, pag.558. Per gli aspetti specifici di questa ideologia giudiziaria ved. E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, Laterza, 1967.

4 “Essere apolitici o dichiararsi tali non significa infatti essere al di fuori o al di sopra della politica, ma aderire passivamente ai valori politici e ideologici dominanti, in forza dei quali il potere è sempre “apolitico” mentre “politiche” sono solo le opposizioni”. Per l'autore “l'assunto deontologico dell'apoliticità del giudice è in realtà un postulato “ideologico” dietro cui è contrabbandata una determinata politica della giustizia. Anzi la politica giudiziaria svolta dai giudici sedicenti apolitici, è generalmente, una politica di segno conservatore” pag.559-560. L. FERRAJOLI, *Orientamenti della magistratura ecc.*, cit., pag.560.

il sospetto di partigianeria, qualora l'oggetto della controversia o la qualità dei litiganti faccia credere possibile l'influenza o l'intrigo della politica. Il sospetto, anche se risultasse realmente infondato, nuoce al prestigio del giudice che deve, oltre che essere, apparire onesto e imparziale; e per giudicare serenamente e con senso di autorità gli uomini, a qualunque partito appartengano, bisogna non aver legami di sorta con partiti e tanto meno non militare in essi. ⁵

L' apprezzamento positivo della “separatezza” o del “distacco” del giudice dal mondo della politica è un atteggiamento che ha trovato un consenso piuttosto diffuso, anche in tempi più recenti, come mostrano, per fare un esempio, le ricorrenti polemiche contro la “magistratura politicizzata”. Così si esprimeva, nel merito, un ex magistrato alla fine degli anni sessanta del XX secolo : *“Il giudice ha per sua naturale funzione quella di prospettarsi i problemi in termini di stretta legalità, onde nell'opinione corrente sempre lo accompagnerà l'accusa di essere un arido formalista, viceversa il politico pone altrettanto naturalmente l'accento sui profili di opportunità di volta in volta, a ragione o a torto, emergenti. Di qui il contrasto che*

5 Da: “ La Magistratura” 1946, n.5-6, F. VITANZA, *I magistrati e i partiti politici*, così cit. In E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, Laterza, 1967, pag. 115. Il testo dell'articolo così conclude: *“Per evitare che i vincoli di sangue, di affinità, di interessi, di convivenza abituale possano prevalere sul giusto, la legge ha disposto che il magistrato si astenga dal giudicare, o possa venir ricusato, nelle cause in cui tra lui e qualcuna delle parti sussiste o l'uno o l'altro vincolo. I vincoli di partito, cui suole accompagnarsi la passione politica, non sono meno forti di quelli di sangue o dell'affinità, e spesso per ragione politica i fratelli sono contro i fratelli, e i figli contro il padre”.*

*fortunatamente è risolto sul piano formale con la stabilita prevalenza del principio di legalità ed è attutito nei fatti dal distacco che c'è di norma tra i due mondi e quindi dalle scarse occasioni di un confronto diretto".*⁶

Questo modello di giudice apolitico che sviluppa una concezione formalistica dell'interpretazione della legge, e che opera entro un ordinamento giuridico che è pensato come assolutamente rigoroso, completo e coerente, ben si adatta al modello di giudice-burocrate che il nostro sistema giudiziario ha ereditato dalla tradizione napoleonica.

Soprattutto a partire dalla seconda metà del XX secolo però, il dogma della necessaria apoliticità del giudice ha iniziato a perdere gradualmente credibilità e adesione.

Ma la diffidenza-ostilità per un modello di giudice "politico", ad avviso di alcuni, mostra invece una tenace capacità di resistenza. Certo questa diffidenza aveva una propria ragion d'essere in una cultura giuridica come quella prevalente nella magistratura uscita dal fascismo, imperniata, oltre che sui valori di indipendenza e autonomia, sui "valori-limite" di "apoliticità" e "asindacalità"⁷. Ma per certi versi questa visione, sostenuta da una parte della dottrina, sembra lasciare dietro sè importanti e insospettabili persistenze.

Secondo la tesi del costituzionalista Mario Dogliani⁸ la percezione del giudice apolitico sarebbe legata, come un'idea

6 G. PERA, *Un mestiere difficile: il magistrato*, Bologna, Il Mulino, 1967, pag. 26.

7 V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d' Italia Einaudi Vol. XIV*, La giustizia, Torino, Einaudi, 1998, pag. 764.

8 M. DOGLIANI, *La formazione dei magistrati*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. CARAVITA, Roma, Laterza, 1994, pag. 140.

un'idea "tralatizia", alla concezione giuspositivistica del diritto come sistema completo di regole. La formazione dei magistrati, a suo avviso, non legata solo alla sua preparazione tecnica e professionale, ma anche alla coscienza del ruolo, la quale si alimenta anche degli stereotipi consolidati nell'ambiente giudiziario. Tale idea "tralatizia" inadeguata all'attuale modo d'essere degli ordinamenti e dei sistemi costituzionali simili al nostro, si fonderebbe sul presupposto che, l'attività giurisdizionale "in questo quadro⁹, non è attività ordinante (come lo era nel medioevo e nell'ancien *régime*) bensì attività servente la legislazione."¹⁰

E' evidente che per un magistrato del genere tutto lo spazio di un possibile connotato di politicità della funzione giurisdizionale è già ipotecato in partenza. E' una percezione del ruolo del magistrato che pare continuare a riaffacciarsi a cadenze successive nel tempo.

9 Il quadro è quello dato dalla concezione per cui "l'ordine politico é realizzato solo dalla legge positiva; che l'unica attività ordinante è l'attività legislativa; e che tutte le altre attività/funzioni pubbliche sono attività serventi (funzionali a) quella legislativa". M. DOGLIANI, *La formazione dei magistrati*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. CARAVITA, Roma, Laterza, 1994, pag.141.

¹⁰ "La conseguenza di questo modo di concepire il diritto è che la magistratura cessa di essere un potere con funzioni di contrappeso attivo nei confronti degli altri poteri. Essa diventa apparato di funzionari il cui compito è applicare attraverso attività logicamente necessitate di tipo deduttivo, un complesso di regole che nei loro confronti si pongono come dati solo da conoscere",M. DOGLIANI, *La formazione dei magistrati*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. CARAVITA, Roma, Laterza, 1994, pag.141-142.

1.1.2 I giudici, la policy, la politics

E' a questo punto opportuno circoscrivere e specificare l'accezione che può avere il termine politica nella nostra riflessione. La distinzione essenziale è sicuramente, con riferimento alla terminologia anglosassone, quella tra *policy* e *politics*.

Policy e *politics*, come noto, designano due dimensioni diverse, con la prima si intende la politica in senso più ampio, la politica che indica la dimensione propria e insopprimibile, che caratterizza il cittadino -e quindi anche il magistrato come tale-, e concerne l'area della partecipazione sociale alla vita democratica, caratterizzata da valori etici, culturali, religiosi e dalla concezione dei rapporti economici e dei rapporti politico partitici.

La seconda, la politica in senso più ristretto, concernente la dimensione partitico-istituzionale. *E' soprattutto in questa dimensione della politica* che si sviluppano le *riflessioni presentate in questa tesi*, con riferimento all'impegno diretto del magistrato in politica.

Oggi non vi sono dubbi, per gran parte della dottrina, sulla piena legittimità della politicità dell'attività giudiziaria nel senso dell'assunzione di una *policy* come criterio orientativo di una qualunque attività interpretativa¹¹. Non dovrebbero esservi dubbi sulla legittimità di un giudice "politico" in quanto è

11 A. PIZZORUSSO, *Politica e giustizia in Italia dal dopoguerra ai giorni nostri*, in *Questione Giustizia*, n.4/ 2002, pag. 795.

“inevitabilmente operatore politico”¹², se non si limita ad essere un applicatore di sillogismi.

Superate ormai le tesi sostenute dalla dottrina giuspositivista, la distinzione, pure esistente, tra attività riconducibili alla sfera della “giustizia” da quelle pertinenti alla sfera della “politica”¹³ non è però così rigida al punto di escludere parziali, ma importanti, interferenze tra i due tipi di attività. Il giudice è “politico” nella misura in cui crea nuovi diritti non previsti a livello normativo, applicando direttamente i principi costituzionali, (cercando così di porre rimedio alle omissioni legislative o offrendo tutela alle nuove istanze sociali non riconosciute nella legislazione civilistica).

Inoltre segnato dalla cifra della politicità è anche il tentativo di sviluppare una interpretazione adeguatrice attraverso la quale

12 “Poiché l'applicazione della legge dipende dal modo in cui essa viene interpretata e poichè il raggiungimento del fine politico della legge è condizionato dalla sua applicazione, il giudice, se non si limita ad essere meccanico formulatore di sillogismi giudiziari, è inevitabilmente operatore politico, anche se non esiste e non può esistere un indirizzo politico dei giudici.” G. SILVESTRI, *La responsabilità politica* in S. PANIZZA, A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Plus, Pisa, 2002, pag. 333.

13 “La caratteristica fondamentale che consente di distinguere tutto il complesso di attività che sono riconducibili alla sfera della giustizia da quelle pertinenti alla sfera della “politica” [in senso ampio] consiste nell'atteggiamento che l'operatore assume di fronte alla norma giuridica e che nel caso dell'operatore giudiziario consiste nell'individuare e interpretare la norma da applicare a una concreta fattispecie desumendola da testi normativi già predispostioppure elaborandola mediante l'utilizzazione -oltre che di testi- anche di semplici fatti normativi, mentre nel caso dell'operatore politico consiste nel valutare l'idoneità della normazione vigente a consentire la realizzazione dei suoi programmi” A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1990, pag. 18-19.

può essere “corretta” la volontà della maggioranza parlamentare alla luce della Costituzione.¹⁴ In queste attività del magistrato si colloca l'epicentro della conflittualità tra disposizione e norma, tra atti di potere e atti creativi, tra magistratura e politica istituzionale. Solo in questi termini si può parlare di un indirizzo politico-costituzionale della magistratura, che è poi, nei fatti, una pluralità di indirizzi politico-costituzionali, che rispecchiano tante sensibilità quante sono i giudici. La magistratura si presenta infatti come un “potere diffuso” portatore di uno specifico *policy making*¹⁵.

Dubbi e perplessità possono nascere invece quando ci interroghiamo sulla legittimità costituzionale della figura di un *giudice “partitico”*, cioè di un giudice che, come cittadino, sceglie di agire nella sfera della politica partitica e istituzionale, magari

14 R. ROMBOLI, *L'applicazione della costituzione da parte del giudice comune* in S. PANIZZA, A. PIZZORUSSO R. ROMBOLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Pisa, 2002, pag. 258.

Al proposito l'intervento di R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, *Questione Giustizia*, n. 6/2008, pag.200, “ Nel corso del congresso che l'ANM tenne a Gardone nel 1965 fu approvato un o.d.g. in cui si respingeva la pretesa di ridurre l'interpretazione “a un attività puramente formalistica, indifferente al contenuto e all'incidenza concreta della norma nella vita del paese” e nel delineare la posizione del giudice di fronte alla legge veniva espressamente indicata la necessità di interpretare la stessa alla luce della costituzione seguendo una interpretazione adeguatrice, e solo in quando la lettera della legge non lo consentisse veniva indicata la necessità di proporre alla Corte una questione di legittimità costituzionale.”

15 N.PIGNATELLI, *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici: un “cavallo di Troia”* in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, Giappichelli, 2005, pag.351.

assumendo una carica rappresentativa nelle istituzioni o una carica dirigenziale entro un partito politico.

Per tutta l'epoca liberale e fascista, l'epoca che precede la Repubblica, non si può parlare di alcuna "politica" della magistratura.

La magistratura è un'articolazione della classe politica¹⁶: politici e magistrati non possono essere considerati due gruppi distinti e separati, essendovi una forte mobilità nei due sensi tra Parlamento e tribunali: non a caso nel periodo liberale, fra il 1861 e il 1900 ben metà dei Ministri della giustizia, 17 su 34, sono magistrati e vi sono magistrati deputati tanto nella Camera elettiva quanto in Senato. Né, pur attenuandosi, all'inizio del XX secolo, lo scambio tra ordine giudiziario e ordine politico, viene meno la posizione di dipendenza verso l'esecutivo della magistratura. Il fascismo non muta quest' assetto, ma contribuisce a introdurre come "pilastro culturale" del suo potere l'ideologia della apoliticità della giurisdizione che avrebbe mantenuto a lungo la sua "presa" sull'ordine giudiziario, anche una volta conclusasi l'esperienza fascista¹⁷. L'ordinamento giudiziario del 1923 rafforzò i poteri degli alti gradi a cui restò affidata la garanzia del collegamento tra giustizia e politica. Ciò determinò il pieno allineamento dei magistrati al regime e "la magistratura, perseguendo una via per cui si era già da tempo istradata, intensificò sempre più il suo conformismo; cercò cioè

16 C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1992, pag.84.

17 "La magistratura non deve far politica di nessun genere. Non vogliamo che faccia politica governativa o fascista, ma esigiamo fermamente che non faccia politica antigovernativa o antifascista" A. ROCCO Discorso in Parlamento , 19 giugno 1925.

di interpretare sempre meglio non la legge ma lo spirito del sistema politico, l'indirizzo desiderato dal Governo".¹⁸

Si realizza così una saldatura, sconosciuta al periodo liberale, tra un elevatissimo tasso di politicità dei giudici e la loro affermata apoliticità (ormai divenuta dogma)¹⁹.

E questa apoliticità appare in linea di continuità con la vicenda del successivo periodo repubblicano. E' vero che la *circolare di Arangio-Ruiz*²⁰ del 1944 *rimuove* per i magistrati il *divieto dell'iscrizione ai partiti* e alle associazioni (sulla base dell'idea che la partecipazione politica è un dovere civico) e il *divieto della pubblica professione di fede politica*, affermando che "sarebbe per i funzionari dell'ordine giudiziario un *privilegio odioso* il contrastare loro l'adempimento di questo dovere, limitando a priori nei loro riguardi, l'esercizio dei diritti politici al semplice atto di dare il proprio voto alle elezioni".

Ma, nonostante ciò la magistratura in prevalenza continua a sostenere la necessità della apoliticità e del rifiuto della partecipazione ai partiti, come è evidente nel risultato di un referendum consultivo tra i giudici tenutosi nel 1946²¹. E del resto lo stesso costituente assume una posizione non contrastante, anche se parzialmente diversa, rispetto a quella

18 A.C.JEMOLO, *La magistratura: considerazioni e proposte*, in *Per l'ordine giudiziario*, Giuffrè, Milano, 1946, pagg. 29-30.

19 L. PEPINO, *Costituzione, giustizia, giudici in* *Questione giustizia*, n.6/2008,pag.221.

20 Circolare n. 285 del 6 giugno 1944.

21 Il referendum promosso dall'ANM nel 1946 ebbe un esito quasi plebiscitario a favore dell'incompatibilità tra funzioni di magistrato e l'iscrizione ad un partito politico (1318 magistrati furono a favore dell'incompatibilità contro 180),la *Magistratura*, n.12/1946,pag.15.

della circolare citata. Il costituente che pur ha predisposto un complesso sistema di garanzie di indipendenza e autonomia per i magistrati, rimette al legislatore ordinario la possibilità di limitare per i magistrati l'iscrizione ai partiti politici.

Una volta affermatosi con la Costituzione un regime di piena libertà associativa e politica, si pone il problema delle forme e dei limiti della partecipazione politica dei cittadini-giudici, a partire dalle disposizioni costituzionali. Il rischio è però ancora quello che le eventuali disposizioni limitative possano essere introdotte per riproporre la figura del giudice apolitico, o, comunque, per inibire ai magistrati altre forme di partecipazione politica²².

Si può concludere affermando che il giudice è in contatto quotidiano con una realtà in continuo cambiamento per questo il processo giudiziario si sviluppa in collegamento con la coscienza sociale nel modo più intenso, in quanto si nutre di una massa immensa di casi della vita.²³ La magistratura agisce “nel confluire di Stato e mercato, di politics e policy, di politica come esercizio dell'autorità del potere pubblico e politica come contrattazione incrementale di regole, di risorse e di opportunità

22 “ Poiché non si tratta [nel caso di una disposizione di limitazione dell'attività politica] di una disposizione adottata al fine di perseguire il mito del giudice apolitico (come contrapposto al giudice partitico) apparirebbe inammissibile trarre occasione da un'eventuale introduzione in via legislativa del divieto di iscrizione ai partiti politici per inibire ai magistrati altre forme di impegno politico che non comportano l'assunzione di vincoli, come ad esempio la partecipazione a riunioni, la libera manifestazione del proprio pensiero senza eccezioni in materia”, G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati, alcuni aspetti generali*, in Rivista di diritto processuale, 1975, pag. 450.

23 G. SILVESTRI, *La responsabilità politica ecc.*, cit., pag. 335.

per gli interessi che compongono la società civile”; la *politicalità del giudice* è quindi “*un volto normale della complessità funzionale del sistema politico*”²⁴.

24 G. SILVESTRI, *La responsabilità politica ecc.*, cit., pag. 335. *L'autore sembra così rispondere all'interrogativo posto da Morisi* che lui riprende nel contesto del suo discorso, precisando che “ se questo è vero, bisogna però tenere ferma l'attenzione sulla “tenuta” dello Stato costituzionale, che può essere smarrita se prevale un punto di vista puramente sociologico sul ruolo del giudice. La funzione del giudice rimane pur sempre fondamentalmente quella del controllo, anche se, nei suoi atti, sono presenti in misura diversa regolative, sia di tipo amministrativo che normativo”.

1.2 Dal giudice “bocca della legge” al giudice dei diritti: la magistratura nella “Grande Trasformazione” dello Stato

Prima di affrontare il tema dell'impegno dei giudici in politica è necessario tenere presente il contesto culturale e istituzionale entro cui la figura del giudice si colloca, assumendo un ruolo che è andato incontro a radicali trasformazioni.

La figura del giudice, consolidatasi nella tradizione ottocentesca italiana è, come noto, quella di un giudice “bocca della legge”²⁵ secondo la nota formulazione illuministica e montesquieuiana. Questa espressione evoca uno strumento puramente esternativo (la “bocca”) di qualcosa che già esiste (la “legge”), ovvero una realtà preesistente, perfetta, cristallizzata, definita, che consente soltanto una lettura passiva. La norma costituzionale invece essendo un patto e implicando tensioni e chiaroscuri, renderebbe inadeguata una lettura passiva. Piuttosto l'attività dell'interprete è “un'attività di bilanciamento, una sottile attività di soppesamento dei valori in gioco che la stessa Costituzione, pluralisticamente, a sua volta esprime”²⁶.

E' dalla seconda metà degli anni sessanta che ha preso forza quel lento, ma profondo cambiamento che ha allontanato il

25 “I giudici della nazione sono soltanto, come abbiamo detto, la bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati, che non possono regolarne nè la forza, nè la severità”. *Montesquieu, Spirito delle leggi*, libro XI, cap.VI, edizione Milano BUR, 1996, pag.317.

26 G. BORRE', *Md e Questione giustizia. I compiti che ci aspettano*, Intervento al Congresso di Napoli di Magistratura democratica del 1996, in AA.VV. *Compiti della politica. Doveri della giurisdizione*, Milano, Angeli, 1998, pag. 332.

giudice, dal modello di giudice “bocca della legge” e giudice-burocrate che lo aveva a lungo caratterizzato. Un mutamento che ha avuto luogo non solo in conseguenza di cambiamenti nella cultura giudiziaria, ma anche in conseguenza di ciò che è avvenuto entro il più ampio contesto statale.

E' lo Stato che è profondamente mutato, come anche la società che è divenuta portatrice di nuove richieste di giustizia verso il sistema. Nella legislazione del *welfare state* o *Etat Providence*, come lo chiamano i francesi, la legge non svolge più soltanto le funzioni classiche proprie dello Stato liberale “monoclasse”, quelle di proteggere e reprimere, stabilire ciò che è giusto e ciò che è ingiusto, fissare regole di comportamento, ma anche e soprattutto quella di indicare finalità e principi, promuovendo diritti non meramente individuali, ma sociali. La legge diviene così, per ricorrere al termine usato dai politologi, legge “promozionale”²⁷ e si limita spesso a definire finalità e principi generali; si apre allora uno spazio più ampio per la discrezionalità del giudice, che è sempre più interprete e creatore di diritto. Se una legge è vaga e imprecisa, il carattere creativo dell'attività giudiziaria di interpretazione si amplia e si rafforza così l'attivismo giudiziario²⁸.

L'entrata in vigore della Costituzione ha certamente segnato un punto di svolta, se non una vera e propria “rivoluzione”. La novità non sta soltanto nella comparsa di una nuova fonte, quanto nelle caratteristiche di essa, come fonte gerarchicamente sovraordinata rispetto alla legge e organizzata

27 M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, pag. 29.

28 M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori ?*, cit., pagg. 29-30.

più per principi che per regole. I principi guidano il giudice alla soluzione del caso concreto di fronte alla difficoltà della legge di regolare i casi singoli. Essi rendono dunque possibile la partecipazione attiva del giudice all'attività creativa del diritto, segnando il tramonto del giudice "bocca della legge" (o meccanico applicatore di una regola già interamente contenuta nel dettato normativo).²⁹ I mutamenti avvenuti entro l'ordinamento ed entro la classe politica, ora iniziano a rendere impossibile la non-politicità del giudice propria del modello tradizionale montesquieuiano³⁰.

Un momento importante di cambiamento avviene negli anni sessanta, anche in occasione delle tesi affermate nel congresso dell' ANM tenutosi a Gardone nel 1965.

29 R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, *Questione Giustizia*, n.6/ 2008, pag.196.

30 Così G. SILVESTRI descrive queste le condizioni in cui il modello montesquieuiano non può più funzionare: "a) l'ordinamento diventa a tal punto complesso che non è possibile per il legislatore prevedere l'impatto della legge nel sistema normativo esistente, con il risultato che la norma da applicare al caso concreto (la regola) deve essere costruita dal giudice, utilizzando materiali normativi della più varia provenienza, nel tentativo di dare coerenza a ciò che non possiede coerenza intrinseca b) la classe politica dirigente (in senso ampio, perché talvolta ricomprende l'opposizione ufficiale) pratica comportamenti contraddittori rispetto ai principi costituzionali o agli stessi principi enunciati dalle leggi approvate dal Parlamento.", G. SILVESTRI, *La responsabilità politica*, in S. PANIZZA, A.PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Plus, Pisa, 2002, pag. 333.

1.1.1 Il congresso di Gardone: oltre il giudice-funzionario

Un momento importante che testimonia della presa di coscienza da parte della magistratura, del carattere creativo, (e quindi, in un certo senso politico), dell'attività interpretativa del diritto, nonché del significato e del ruolo che la Costituzione poteva assumere nell'opera interpretativa del giudice, è generalmente riconosciuto nelle posizioni assunte dall'Associazione nazionale magistrati, nel congresso tenutosi a Gardone Riviera nel 1965³¹.

Nel Congresso dopo, la significativa relazione introduttiva di Maranini, fu approvato un ordine del giorno in cui si respingeva la pretesa di "ridurre l'interpretazione ad una attività puramente formalistica, indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del Paese".³²

31 R. ROMBOLI, *L'applicazione della Costituzione da parte del giudice comune*, in S. PANIZZA, A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, cit. pag. 257.

32 La mozione concordata dalle tre correnti di Magistratura Democratica, Magistratura Indipendente e Terzo potere, approvata per acclamazione precisa anche che: "...la Costituzione ha codificato determinate scelte politiche fondamentali, imponendole a tutti i poteri dello Stato, ivi compreso quello giudiziario, e attribuendo a quest'ultimo, oltre che al capo dello Stato e alla Corte costituzionale, il compito di garantirne il rispetto...Spetta al giudice, in posizione di imparzialità e indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere, 1) *applicare direttamente le norme della Costituzione* quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) *rinviare all'esame della Corte Costituzionale le leggi che non si prestino ad essere ricondotte nel momento interpretativo al dettato costituzionale*; 3) *interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione*, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale."

In questa occasione, anche i giornalisti della carta stampata diedero un eco ai temi del convegno portando i problemi della giustizia fuori dall'ambito specialistico e mettendo a fuoco le novità che dovevano apparire rilevanti anche al cittadino comune. Talvolta non era difficile trovare commenti dalle tonalità enfatiche del tenore di questo: *“E questa impegnata funzione del giudice...addita, senza possibilità di vane e sciocche preoccupazioni, il contenuto fortemente politico dell'attività giurisdizionale: il che è una elementare verità, mentre fino a ieri (e ancora oggi, per taluno !) sembrava una imperdonabile eresia”*³³.

ANM *Atti e Commenti XII Congresso Nazionale Brescia- Gardone 25-28 IX 1965*, Roma, Jasillo, 1966, pag.399-310.

33 Da: L. GULLO, *Magistrati per la piena attuazione costituzionale*, “Paese Sera”, 6 ottobre 1965. Le posizioni di Maranini suscitano forti reazioni polemiche nel mondo politico. Ad esempio questa è la posizione di “Rinascita” : “Il giudice dunque deve fare politica; ne ha l'occasione quando emette sentenze; deve dunque interpretare la legge come la sua coscienza gli impone. Ecco dunque perché –dice Maranini- la Costituzione è quella che i giudici decidono che sia!...Il giudice deve cercare la sua sentenza solo nella profondità del suo io. *Maranini insomma vorrebbe davvero, senza scherzi, chiudere il giudice in una bella torre, non farlo mai andare a un dibattito politico (ma dove comincia la politica e finisce la cultura?)* : (s.a.), *La piramide della giustizia*, in “Rinascita”, 2 ottobre 1965. Addirittura da altra parte politica si afferma che : “ In sostanza il magistrato, per placare la sete di giustizia che lo anima, dovrebbe poter fare appello non soltanto alla sua coscienza giuridica, ma anche a quella politica: *tesi*, ci sia permesso di affermarlo, *insostenibile.*”,G. SCHIRO', *Giustizia senza pace*, in “Il giornale d' Italia”, 6 ottobre 1965.

Giuseppe Maranini, nella sua interessante relazione introduttiva, affronta il tema concernente “la funzione giurisdizionale e l’indirizzo politico nella Costituzione”.

Maranini distingue tra due tipi di indirizzo politico: l’ “*indirizzo politico contingente*” e l’ “*indirizzo politico di regime o costituzionale*”. Mentre con il primo intende gli indirizzi politici che si esprimono nella legislazione e nel governo che agisce in un certo momento storico, con il secondo intende l’indirizzo che è “consacrato e garantito dalla Costituzione scritta”.³⁴

Discende dal sistema pluralista adottato la conseguenza che nessun organo costituzionale, nessun centro di potere può avere il monopolio della determinazione dell’indirizzo politico³⁵.

Come si può leggere nella relazione di Maranini, “la Corte costituzionale, infatti confronta il suo indirizzo politico costituzionale, vivente sviluppo dell’indirizzo politico di regime, con gli indirizzi politici che si esprimono nella legislazione. Ma non la Corte sola.”³⁶ Sempre seguendo la sua tesi, “al diritto

34 ANM *Atti e Commenti XII Congresso Nazionale Brescia- Gardone 25-28 IX 1965*, cit., pag.13.

35 “Se un tale monopolio esistesse, il pluralismo sarebbe ridotto a vuota larva, privato di ogni concreto contenuto di garanzia politica. La stessa esistenza di una Costituzione scritta e rigida, o semirigida, perderebbe ogni significato, poichè tutti gli organi costituzionali sarebbero degradati a docili satelliti di quest’unico centro di potere che avesse realizzato il monopolio dell’indirizzo politico.” ANM *Atti e Commenti XII Congresso Nazionale Brescia- Gardone 25-28 IX 1965*, cit., pag.13.

36 G. MARANINI *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione* in ANM *Atti e Commenti XII Congresso Nazionale Brescia- Gardone 25-28 IX 1965*, cit., pag.17-18.

vivente arriva solo il giudice dei fatti concreti”³⁷. Alla magistratura ordinaria quindi, più che alla stessa Corte Costituzionale, spetta il compito di sindacare la conformità del diritto vivente alla Costituzione, e di dare concretamente vita alla stessa Costituzione nel contatto continuo con i fatti concreti.³⁸

Se le posizioni di Maranini hanno suscitato in dottrina perplessità soprattutto per ciò che concerne la compresenza di due indirizzi politici, uno contingente ed uno costituzionale o di regime³⁹, tuttavia ai nostri fini, merita riprendere alcune delle sue osservazioni sul profilo del giudice che va delineando , e che si distanzia dalla figura del giudice funzionario.

Il giudice nell'atto in cui attraverso la sua interpretazione deriva dalla legge la disciplina del caso concreto non è un *robot*, produttore di impeccabili sillogismi giuridici; il giudice deve sempre ricordarsi che in maggiore o minor misura egli è produttore di diritto, e che “tutta la sua coscienza umana, e

37 G. MARANINI *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione* in ANM *Atti e Commenti XII Congresso Nazionale Brescia- Gardone 25-28 IX 1965*,cit., pag.19.

38 G. MARANINI *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione* in ANM *Atti e Commenti XII Congresso Nazionale Brescia- Gardone 25-28 IX 1965*,cit., pag.18.19.

39 “Non esiste un indirizzo politico dei giudici (o della magistratura), ma esistono i giudici quali operatori politici, in quanto istituzionalmente chiamati ad incidere sulla realtà sociale per il fatto stesso che ad essi spetta di risolvere controversie in conformità alla legge o di reintegrare l’ordinamento giuridico violato”. T. MARTINES, *Indirizzo politico*, voce dell’ Enc. del diritto, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, pag.158.

dunque anche il suo indirizzo politico, si proietta inevitabilmente nelle sue decisioni.”⁴⁰

Sapendo ciò il giudice imparerà a diffidare di se stesso, a interrogarsi con prudenza e senso di autocritica, e soprattutto a rifiutare le sollecitazioni esteriori che proprio dalla politica contingente, aperte o camuffate, per mille strade provengono fino a lui.⁴¹

Secondo Maranini, “l’indirizzo politico del giudice deve essere solo quello della sua coscienza, perennemente agitata dal dubbio e perennemente non conformista, non quello di una organizzazione qualsiasi, politica o economica”. Il temperamento del diritto con la giustizia deve essere un libero insondabile processo che matura nella profondità dell’io, senza alcuna coercizione né materiale, né spirituale operata da forze esterne come i partiti (oltre al governo e alle organizzazioni economiche).⁴²

Senza dubbio il congresso di Gardone ebbe il merito di presentare la nuova figura di giudice, non più un “funzionario governativo”, né il membro di una ristretta e chiusa corporazione, ma un “magistrato”, nel senso antico e nobile

40 G. MARANINI *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione* in ANM *Atti e Commenti XII Congresso Nazionale Brescia- Gardone 25-28 IX 1965*, cit., pag.24.

41 G. MARANINI *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione* in ANM *Atti e Commenti XII Congresso Nazionale Brescia- Gardone 25-28 IX 1965*, cit., pag.24.

42 G. MARANINI, *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione* cit., pag.25.

della parola⁴³. Questi concetti di grande novità e destinati a segnare il futuro della giurisdizione caddero su un corpo della magistratura ancora in maggioranza legato al già richiamato dogma della neutralità ed apoliticità.

43 G. MARANINI, "Se vogliamo una giustizia valida occorre che nei tribunali siedano uomini liberi, consapevoli della loro libertà e garantiti nella loro libertà: uomini affrancati dalla speranza e dal timore" *La coscienza del giudice*, "Il Corriere della sera" 8 ottobre 1965.

1.1.2 Una nuova separatezza...

Venendo all'attualità, sembra però di nuovo profilarsi, in forme aggiornate, il rischio della separatezza della magistratura dalla società, quella separatezza contro cui la magistratura si era battuta negli anni sessanta e settanta; oggi pare prender forma "...una nuova separatezza...diversa ma non meno insidiosa di quella del passato, perchè sono ben visibili i tentativi di ridurre il territorio della giustizia e di chiudere i magistrati entro alte mura."⁴⁴

Sembra peraltro riemergere periodicamente il mito del giudice *bouche de la loi*, asettico e apolitico; si dimentica facilmente però che già in epoca illuministica questo mito aveva un carattere politico, dato che serviva a superare le difficoltà dovute al caos delle fonti di antico regime, che rendevano la pronuncia giudiziaria incerta e in gran parte legata alla discrezionalità del giudice.⁴⁵ Oggi, in una situazione per certi versi analoga, con una inflazione di norme e di legislazione disordinata e di bassa qualità, dovuta all'aumento esponenziale dei compiti dello Stato ed alle insufficienze della classe politica, che porta ad accrescere la discrezionalità del giudice, si ripropone come via

44 S.RODOTA', *Vecchi e nuovi problemi nel rapporto tra magistratura e società*, *Questione giustizia* n.5/ 2008, pag.168. Rodotà nella sua argomentazione precisa che " la distorsione dei rapporti magistratura-società deriva dal fatto che, negli ultimi anni in particolare, tutto è stato ridotto ai *rapporti politica-magistratura*, a un estenuante faccia a faccia, a muro contro muro, con una magistratura costretta a stare in trincea, a difendere la propria autonomia e indipendenza", pag.164.

⁴⁵ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, pag.175.

d'uscita la restrizione dei margini di indipendenza dei giudici, secondo alcuni allo scopo di sostituire la *discrezionalità politica* a quella *giudiziaria*.⁴⁶ .

In questo contesto si può inquadrare il tentativo iniziale, presente nel c.d progetto Castelli per la riforma dell'ordinamento giudiziario del 2004, che sembra spingere verso un modello di giudice alternativo a quello che si è andato consolidando nel corso degli anni: “un modello di “giudice- funzionario” meno permeabile al pluralismo dei valori, alle esigenze mutevoli della società, alla pervasività dei principi costituzionali”⁴⁷, ponendo in discussione il carattere necessariamente creativo dell'interpretazione della legge⁴⁸, il ritorno ad un giudice “bocca della legge” non era dunque una possibilità da escludere.

46 G. SILVESTRI, “La frantumazione e il carattere alluvionale della legislazione determinano necessariamente ampi spazi di manovra nel momento applicativo del diritto. Si preferisce riempirli con la politica anziché con la giurisdizione”, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, pag. 176.

47 F. DAL CANTO, *La responsabilità disciplinare: aspetti sostanziali*, Il foro italiano, 2006, pag. 45.

48 R. ROMBOLI, *Sul progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario* in Quaderni costituzionali, n.2/2004, pag.391. Si tratta del c.d progetto Castelli per la riforma dell'ordinamento giudiziario (nella versione di gennaio 2004), il quale prevedeva una ipotesi di illecito disciplinare che aveva suscitato molte perplessità, qualificando come tale “l'attività di interpretazione di norme di diritto che palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o abbia contenuto creativo”. Il riferimento al divieto di “interpretazione creativa” era tuttavia già stata eliminata dall'originario disegno di legge nel corso del dibattito parlamentare, anche in seguito alla presa di posizione contraria dell'intera comunità scientifica. Perciò nella formulazione inserita nel d. lgs. 109/2006 art.2 co.2 (poi modificato dalla legge 269 /2006) l'interpretazione “creativa” non costituisce più motivo di responsabilità disciplinare.

Ancora, sotto diverso profilo, tale spirito della riforma sembrava emergere anche dalla previsione dell'illecito disciplinare "il coinvolgimento nelle attività di centri politici"⁴⁹, che appariva una sorta di divieto generalizzato di partecipazione alle attività politiche in senso lato, quali, forse anche l'adesione ad un'associazione culturale o il prender parte alla redazione di una rivista⁵⁰.

49 Si tratta della previsione contenuta all'art.2, comma 6, lett.d, n.8 della legge 150/2005, poi parzialmente modificata (v.capitolo n.3 di questa tesi).

50 F. DAL CANTO, *La responsabilità disciplinare: aspetti sostanziali*, Il foro italiano, 2006, pag.45.

1.3 L' associazionismo giudiziario e l' idea della politicità dei magistrati

Una effettiva realizzazione dell'autonomia istituzionale, dell'indipendenza e dell'imparzialità della magistratura presuppone necessariamente una *autonomia culturale* che, nel caso italiano, si è formata solo con lentezza e difficoltà.

Il processo di formazione del nuovo *habitus* mentale del giudice che porta “*dalla indipendenza istituzionale alla indipendenza culturale*” della magistratura, è stato un cammino lungo e lento.⁵¹ Una identità culturale nuova dei magistrati si è affermata solo attraverso un dibattito acceso, caratterizzato anche da divisioni e contrapposizioni radicali, un dibattito nel quale il ruolo centrale è stato giocato dall' associazionismo dei magistrati.

Oggi il fenomeno dell'associazionismo giudiziario, organizzato in correnti, è oggetto di forti critiche in una parte della dottrina, la quale ritiene che l'azione delle correnti dovrebbe essere limitata, se non addirittura esclusa, per il fatto che tali correnti, organizzate in modo analogo ai partiti, attribuirebbero connotati politici ad attività che dovrebbero rimanere esclusivamente istituzionali⁵². Ma bisogna cercare di

51 Citaz. di A. Pizzorusso in: P. BORGNA, M. MADDALENA, *Il giudice e i suoi limiti- Cittadini, magistrati e politica*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pag. 25 ,26.

52 G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Torino, Giuffrè, 2010, pag.113. E' opportuno precisare che il fenomeno delle correnti si manifesta con dinamiche particolari anche all'interno del CSM dove esso è spesso oggetto di rilievi critici che paiono fondati specie allorquando le correnti danno luogo ad una logica spartitoria di incarichi e poltrone. Diverso è il caso in cui il dibattito si svolge tra contrapposte ideologie e non si trasforma in spartizioni di vantaggi,

capire perché questo fenomeno si sia sviluppato in modo così consistente nel nostro paese. E certamente *il diritto di associarsi è costituzionalmente garantito a tutti i cittadini, compresi i magistrati*, ed è possibile che il confronto delle idee e dei valori entro l'associazione, ancorché si sviluppi con toni aspri, sia un elemento utile e rispondente alla fisiologia del sistema. Del resto è naturale e persino proficuo che ogni associazione possa esprimere preferenze per certe idee e assumere, sulla base di queste, certe collocazioni politiche e persino svolgere un ruolo di indirizzo politico.⁵³ Perché i magistrati attraverso le loro associazioni non dovrebbero poter manifestare suggerimenti, pareri, o critiche per la politica giudiziaria promossa dal Parlamento o dal governo? La magistratura infatti offrendo il proprio punto di vista potrebbe dare il proprio contributo a rendere migliori le riforme che concernono il mondo della giustizia.

Parte della dottrina avanza invece rilievi critici nel caso che una associazione di magistrati si ponga come obiettivo non quello di svolgere una funzione di indirizzo politico in base a certe idee, ma quello di interpretare le norme di diritto esistente in base a quelle idee, facendo così venire meno il principio di imparzialità del giudice. Secondo questa dottrina non sarebbe legittimo, ad esempio, che un associazione di magistrati asserisse espressamente che gli associati interpretino le norme di diritto esistente sempre a favore dei lavoratori anziché dei datori di

perché qui non si evidenzia una situazione patologica della istituzione, ma al contrario si può realizzare una dialettica di posizioni che può produrre risultati positivi.

53 G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario ecc.*, cit., pag. 114.

lavoro, delle donne, anziché degli uomini. E' vero che non ha più senso identificare il giudice con la "bocca della legge" e che a lui spetta colmare le lacune con l'attività interpretativa, ma ciò non significa che egli debba tuttavia manifestare in modo espresso la volontà di favorire certi soggetti rispetto ad altri nell'attività interpretativa, facendo venir meno l'imparzialità e mettendo a rischio il trattamento paritario dei cittadini di fronte alla legge.⁵⁴

54 G.SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario ecc.*, cit., pag. 114-115.

1.1.1 Le origini dell'associazionismo giudiziario

Il fenomeno dell' associazionismo giudiziario, in Italia, si manifesta a partire dagli inizi del XX secolo. La prima associazione dei magistrati italiani fu l'AGMI (Associazione generale fra i Magistrati d' Italia) nata nel 1909, in età giolittiana, sulla spinta di quei fermenti di rinnovamento che condussero alle riforme Orlando del 1907-1908, per rispondere all'esigenza di dare coscienza e identità di corpo e offrire maggiori garanzie d' indipendenza alla magistratura, e si caratterizzò da subito per la sua capacità di mettere in discussione la forte subordinazione della magistratura al potere politico, destando perciò la reazione preoccupata dell'esecutivo, benché il suo Statuto espressamente escludesse ogni carattere e fine politico.

L' Associazione poi mostrò, negli anni precedenti il fascismo, una certa capacità di reagire alla crisi dello Stato liberale. Fu il giovane Calamandrei, nella prolusione accademica tenuta, nel novembre 1921 presso l'Università di Siena, a denunciare di aver percepito, partecipando ad un congresso dell'AGMI, il disagio morale della magistratura e “il senso di profonda amarezza, prorompente talora in aperto sdegno, suscitato nei magistrati nel veder giornalmente insidiata e ostacolata la loro opera dalle autorità politiche”.⁵⁵

⁵⁵ Prolusione accademica pronunciata all'università di Siena nel 1921, sul tema “Governo e magistratura”, così cit. in F. VENTURINI, *La magistratura nel primo dopoguerra: alla ricerca del “modello italiano”*, pag. 71 in BRUTI LIBERATI – PALAMARA, *Cento anni di associazione magistrati*. Calamandrei individuava quattro forme di ingerenza: l'ingerenza preventiva strettamente legata alla

Il fascismo vide subito una delle sue “bestie nere” nell' associazionismo, in particolare in quello dei magistrati, la cui associazione si sciolse nell'assemblea del 21 dicembre 1925 per ottemperare al disegno di legge sui sindacati che avrebbe poi vietato l'associazionismo anche dei giudici (con la legge n. 563, 3 agosto 1926, art. 11)⁵⁶.

L'associazionismo libero dei magistrati fu ripristinato, come si è visto, solo dalla circolare Arangio-Ruiz n. 285 del 6 giugno 1944 che riaprì la possibilità di prendere parte alla vita dei partiti e, contemporaneamente, a quella delle associazioni, rimuovendo “il divieto che impediva al personale della magistratura e degli uffici giudiziari la pubblica professione della fede politica ” dichiarando “ lecita la appartenenza a quelle *associazioni e partiti politici* che si sono formati o si vengono formando in Italia”.

Il 21 ottobre 1945 si ricostituì l'Associazione Nazionale dei magistrati, sotto la sigla ANM e, dal dicembre dello stesso anno, il suo organo di stampa *La Magistratura* avrebbe ripreso il suo corso ordinario. L'Associazione rinasceva, dopo la parentesi fascista, facendo propri gli obiettivi, sacrificati dal fascismo, di indipendenza ed autonomia, propri dello Stato liberale di diritto.

dipendenza gerarchica del pubblico ministero dal ministro di grazia e Giustizia, l'ingerenza ex post tramite amnistie, l'abuso delle grazie individuali ecc., l'ingerenza che il Governo e il Parlamento, soprattutto tramite i deputati-avvocati, possono ancora esercitare sulla carriera dei giudici, infine la moltiplicazione delle giurisdizioni speciali, in: F. VENTURINI , *La magistratura* ecc., pag.71.

56 F. VENTURINI, *Un “sindacato” di giudici da Giolitti a Mussolini –L’associazione generale fra i magistrati italiani 1909-1926-*, Bologna, Il Mulino,1987.

Obiettivi questi che si collocavano , entro una cultura che, all'epoca, si qualificava come “asindacale” ed “apolitica”, anche se non chiusa alle novità e non diffidente verso le innovazioni in atto⁵⁷, e che si esprimeva in una diffidenza verso i partiti politici ben evidenziata dal referendum interno alla magistratura tenutosi nel 1946, di cui abbiamo già dato conto.

E' dal 1946 in poi che l'associazionismo acquisisce un ruolo propulsivo nei mutamenti della cultura giuridica, a lungo rimasta ancorata ai punti fermi dell'apoliticità e del tecnicismo.

Ed è più tardi, a partire dagli anni Sessanta che emerge una cultura giuridica diversa e contrapposta a quella esistente. Questa cultura si apre la strada attraverso una serie di fratture, contrapposizioni e unificazioni di gruppi di magistrati, che modificano a più riprese il quadro dell'associazionismo.

Da un lato i magistrati più anziani e tradizionalisti escono dall'ANM, per dare vita nel 1961 all'Unione magistrati italiani, l'UMI, che poneva l'accento sulla certezza assicurata dalla struttura gerarchico piramidale con al vertice la Cassazione e dalla carriera finalizzata a selezionare i magistrati di vertice. Suoi punti di forza erano il giuspositivismo e l'idea della funzione dell'*interprete* come rigido applicatore delle leggi,

57 “La magistratura, proclamandosi negli anni della Costituzione asindacale, voleva dimostrarsi del tutto degna della missione cui si sentiva chiamata, corpo posto al di fuori, al di sopra dei conflitti, garante della legalità, della correttezza dell'azione politica, in sostanza dei diritti di tutti i cittadini” A. BERIA D'ARGENTINE, *Intorno alla Tavola rotonda su “Il sindacato della magistratura”*, Pontremoli, 22.6.80, in Atti, 396, cit. in G. MAMMONE, *1945-1946, Associazione e correnti nelle pagine di La Magistratura*, in BRUTI LIBERATI – PALAMARA, *Cento anni di associazione magistrati*, pagg. 28-29.

imparziale e *apolitico*, conformemente alla cultura giuridica ampiamente prevalente nella magistratura in Italia dopo la fine del fascismo⁵⁸.

Dall'altra parte si schiera l'ANM che sostiene l'idea del potere diffuso, con giudici uguali tra loro e garantiti dall'indipendenza interna. Si respinge la figura del giudice tecnico sostituendola con un modello di *giudice*, sensibile alle esigenze della società e *portatore di valori etici, politici e sociali*. Tutto questo produce una aspra polemica interna in cui le parti si contrappongono in modo rigido scambiandosi accuse, da un lato di conservatori e retrivi e dall'altro lato quella di sovversivi e faziosi.⁵⁹

58 V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in: *Storia d' Italia Einaudi, Annali* n. 14, La giustizia, Torino, 1998, pag. 765.

59 V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria ecc.*, cit., pag. 765.

1.1.2 Policy e politics nelle principali correnti dell'associazionismo

Ma l'inizio del mutamento entro la cultura giuridica si colloca negli anni sessanta quando il dibattito interno esce dalla dimensione corporativa e si concentra non più soltanto sui problemi della carriera, ma si rivolge soprattutto alle questioni del mutato *ruolo del giudice*. E' questo il contributo che si lega alla dialettica interna all' ANM, che si sviluppa soprattutto in relazione a Magistratura Democratica, cui, per questo motivo, dedicheremo una attenzione maggiore⁶⁰. L' ANM si andava all'epoca già strutturando in correnti. E' opportuno spendere alcune parole per descrivere a grandi linee le posizioni rappresentate dalle principali correnti.

La più antica corrente organizzata risalente al 1957 era *Terzo Potere*, si trattava di un' associazione nata in area napoletana attorno a Pasquale E. Principe; essa ha dato poco spazio a temi concernenti il ruolo del giudice o della magistratura nel sistema politico, concentrandosi piuttosto sui problemi del trattamento economico e della carriera. Più tardi si è fusa con Impegno costituzionale ed ha infine dato origine ad *Unità per la Costituzione* (Unicost), che si caratterizza per il fatto di operare per l'unità dei magistrati nel rispetto del pluralismo ideologico e della partecipazione democratica promuovendo tra i magistrati l'aggiornamento professionale.

⁶⁰ Le posizioni di MD "hanno influenzato il dibattito intorno alla magistratura come quelle di nessun altro gruppo di magistrati" , V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria ecc.* ,cit. , pag. 772.

Lo *Statuto di Unicost* evidenzia tra le sue finalità, oltre a quella culturale dell'aggiornamento professionale, “il rispetto del pluralismo ideologico, della partecipazione democratica di base, della tutela delle minoranze” entro le “linee fondamentali fissate dalla carta costituzionale”. A questo aggiunge anche il “rispetto del *non collateralismo* politico, inteso come rifiuto dei rapporti preferenziali con qualsiasi partito o movimento politico”(art.1). La volontà di segnare una linea di demarcazione non assoluta con i partiti politici emerge dall'art.16.1 che prevede che “non possono far parte della corrente coloro che hanno cariche o incarichi permanenti ed organici in partiti o formazioni partitiche”.⁶¹ Ma non prevede una incompatibilità assoluta tra associazione e partito.

Magistratura Indipendente, formatasi attorno ad un gruppo di magistrati romani, ha un programma che si può riassumere in tre valori: autonomia, indipendenza e *apoliticità*. Quest'ultimo concetto, ha assunto particolare risalto soprattutto negli anni Settanta, il periodo di maggior fortuna per questa corrente.⁶² Come emerge da alcuni documenti di MI degli anni Settanta, la corrente si caratterizzava per una apoliticità intesa come chiusura verso l'esterno, i contatti con la “politica” erano visti come elemento di divisione della magistratura e di indebolimento della sua autonomia.⁶³

61 Statuto Unicost in www.unicost.eu/statuto.aspx visitato il 29/10/2013.

62 C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, Mulino, Bologna, 1992, pag. 104-105.

63 C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, Mulino, Bologna, 1992, pag.105.

Il suo *statuto* si colloca entro una posizione politica conservatrice. Fin dal primo articolo i valori e gli scopi definiti appaiono quelli più tradizionali, infatti MI “afferma l'unità, l'apoliticità, l'indipendenza e l'autonomia dell'ordine giudiziario e persegue la tutela della dignità morale e materiale della magistratura” (art.1, comma1).

Magistratura Indipendente afferma che l'effettiva imparzialità costituisce il carattere essenziale del magistrato aderente a tale associazione, e ispira la propria azione all'esclusione di ogni forma di collateralismo politico e partitico, anche se ciò non esclude la disponibilità al dialogo con tutte le componenti della società.⁶⁴ Infatti l'iscrizione a partiti politici e ad associazioni che perseguono finalità politiche, riservate o palesi, nonché la partecipazione a competizioni elettorali a carattere politico in sede locale, nazionale ed europea, sono incompatibili con l'appartenenza a Magistratura Indipendente (art.3, comma 1).

E' evidente l'intento di tale associazione di incentivare una netta cesura degli associati con la partecipazione alla vita politica. La qualità di socio viene meno anche qualora si assumano incarichi politici rappresentativi.⁶⁵

Magistratura Democratica, (MD), si caratterizza rispetto alle altre correnti per una maggiore capacità di fissare l'agenda del

64 Presentazione di MI in www.magistraturaindipendente.it.

65 Art. 4 co.1: “Gli aderenti che assumono incarichi politici rappresentativi perdono la qualità di socio per la durata dell'incarico e non possono ricoprire cariche sociali per un biennio dalla cessazione dell'incarico”. Statuto di MI in www.magistraturaindipendente.it, visitato il 29/10/2013.

dibattito che ha caratterizzato l'evoluzione della cultura giudiziaria.

MD nasce il 4 luglio 1964, per iniziativa di ventisette magistrati, a Bologna nell'Aula magna del Collegio Imerio.

Magistratura Democratica si presenta nella dinamica associativa come il polo progressista. Essa sorge in relazione allo svilupparsi di quella nuova cultura degli anni Sessanta, che metteva in discussione i valori tradizionali e spingeva per il cambiamento sociale del paese. Merita sottolineare che diviene manifesto dell'associazione il secondo comma dell'art.3 Costituzione, per il quale è compito della Repubblica rimuovere tutti gli ostacoli che di fatto limitano la libertà e l'eguaglianza dei cittadini.

Fin dagli inizi MD si fa portavoce infatti di un atteggiamento che si presenta come decisamente contrapposto rispetto all'ideologia e alla cultura giudiziaria prevalente, che continua a lungo ad esser dominata dai valori dell'apoliticità e della neutralità. Di qui le crescenti divergenze con il resto della magistratura⁶⁶ e alla fine degli *anni sessanta*, con i profondi cambiamenti sociali avvenuti, il *confronto tra le correnti* diviene più acuto e si incentra sulla *natura della funzione giudiziaria* e sul *ruolo del giudice* nella società. La contrapposizione tra gruppi di magistrati intrisa di politicità dà luogo a reazioni diverse e alimenta il timore che possa essere messa a rischio

66 Magistratura che peraltro si riconosce dal 1967 al 1980 soprattutto in Magistratura Indipendente (in quel periodo la corrente maggioritaria entro l' ANM), che valorizza invece l' apoliticità accanto all'autonomia e all'indipendenza.

la neutralità della magistratura. Di qui nascono iniziative e proposte di legge, come quella -di cui parleremo in dettaglio- degli onorevoli Romeo e Manco del 1970, che, oltre a vietare ai magistrati l'iscrizione ai partiti politici (in "attuazione" dell'art.98, 3° comma della Costituzione), vieta anche ad essi l'iscrizione alle associazioni di categoria le quali "hanno finito con l'assumere ispirazione politica" e con l'aggravarsi dei contrasti di natura politica tra di esse, non danno più ai cittadini la garanzia "del regolare funzionamento della giustizia."⁶⁷

Diffidenza analoga nei confronti dell'associazionismo si avverte anche nelle tesi⁶⁸ avanzate, all'inizio degli anni '70, da parte della dottrina, che addirittura è arrivata a proporre l'illegittimità costituzionale dell'associazione tra i magistrati, in quanto, benché tale associazione non rientri tra quelle vietate dall'art. 18 Cost., il vincolo associativo entrerebbe in contrasto con l'art. 101 comma 2 Cost. ("i giudici sono soggetti soltanto alla legge"). Ma, pur essendo legittima la preoccupazione per un fenomeno -quello dell'associazionismo giudiziario- che, nel caso in cui non si sviluppasse in modo corretto, potrebbe avere ripercussioni sull'imparzialità dei magistrati, potendo questi ultimi, sentirsi soggetti non più alla legge ma al gruppo ideologico di appartenenza, si può però riconoscere nel complesso che il confronto tra le varie associazioni abbia prodotto e possa produrre effetti positivi. Infatti il dibattito alimentato dalle varie correnti ha contribuito e contribuisce alla

67 Proposta di iniziativa dei deputati Romeo e Manco presentata il 22 gennaio 1970, (v. questa tesi cap.3, §1.2). Cit. in G.FERRI, *Magistratura e potere politico*, Cedam, pag.66.

68 Tesi citate in G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, Cedam, pag. 66, 67.

crescita culturale della magistratura, e ad offrire ai singoli magistrati linee diverse di orientamento ideale, che si presentano come strumenti validi per affrontare le problematiche poste dal cambiamento sociale. E grazie al dibattito alimentato dalle posizioni delle correnti “progressiste”, si sono create le condizioni per un rinnovamento dei profili più arretrati dell'ordinamento (es. diritto di famiglia, processo penale ecc.).⁶⁹

Tra le tematiche che hanno impegnato la riflessione di MD nel corso degli anni, con esiti importanti si possono ricordare: i rapporti tra politica e giurisdizione, il rapporto tra impegno culturale del giudice e imparzialità, la differenza tra “politica delle idee” e “politica come gestione del potere”. Interessante è anche la riflessione sull'imparzialità che non è più considerata come indifferenza ai valori, ma come distanza dalle parti e dagli interessi in gioco. Si può dire allora che la vicenda di MD sia stata soprattutto la vicenda di una lotta per la rottura di miti antichi e autorevoli, la rottura fatta dagli “iconoclasti”⁷⁰ - come da soli essi si sono definiti- dei miti della apoliticità, del tecnicismo o del giudice “bocca della legge”.

Se prendiamo in considerazione i tempi più recenti possiamo notare che la crescente incidenza delle indagini giudiziarie sulle dinamiche della politica e l'accresciuto impegno dei magistrati in politica possono mettere a rischio la fiducia dei

69 G. FERRI, *Magistratura ecc.*, cit., pag.67.

70 E' un termine usato da L. Pepino che riprende l'opera di S. PAPPALARDO dal titolo *Gli iconoclasti (Magistratura democratica nel quadro dell' Associazione Nazionale Magistrati)*, Milano, Angeli, 1987, cit. in L. PEPINO ,*Appunti per una storia di Magistratura Democratica*, *Questione giustizia* n.1, 2002,pag. 11, nota 46.

cittadini nella giurisdizione. Le più recenti prese di posizione di MD fanno intravedere il delinearsi di nuove problematiche che richiedono nuovi aggiustamenti nella relazione magistrati-politica. La presa di posizione del Comitato esecutivo di MD del 19 settembre 2012 mostra in modo evidente la preoccupazione che nasce quando l' *"impegno politico"* si traduce in un *"impegno in politica"*, in un contesto come quello attuale in cui è frequente l'*"impegno in politica"* dei magistrati che hanno svolto indagini politicamente rilevanti⁷¹.

Potremmo concludere che il rapporto del magistrato con la politica deve sempre tener conto del modo con cui essa si atteggia: è questa una consapevolezza che risale agli inizi di MD. Per riprendere un intervento di M. Ramat del 1964 la distinzione tra la grande politica della Costituzione e la politica di partito, contingente è *"una distinzione essenziale,*

71 Comunicato dell'esecutivo di MD del 19 settembre 2012: "La necessità di un confronto continuo tra la giurisdizione e la società civile è convinzione fondante dell'identità del nostro gruppo: per questo MD da sempre, rivendica l'opportunità della partecipazione dei magistrati al dibattito politico...afferma l'intrinseca politicità dell'attività giurisdizionale, e contrasta quelle posizioni culturali che tendono nella sostanza a restaurare una figura di magistrato avulso dalla realtà in cui opera. Con la stessa fermezza e lo stesso vigore però, MD da sempre ritiene che l'intervento pubblico del magistrato debba non sovrapporsi al lavoro giudiziario...cioè debba essere svolto in modo da non arrecare pregiudizio al lavoro giudiziario e all'immagine della giurisdizione...ed è ugualmente inaccettabile la sollecitazione e la ricerca da parte dei magistrati del "consenso" a indagini o all'esito di processi in corso specialmente se si tratta di magistrati direttamente investiti di quell'indagini e di quei processi". Cit. in E. PILLA R. ARATA, *Politicità della giurisdizione, impegno "politico" e impegno "in politica" del magistrato*, in *Questione giustizia*, n.6/2012, pag.49.

permanente, però mai acquisita; anche quando ti sembra che sia stata ormai digerita dai magistrati, rispunta”⁷².

72 Cit. in L. PEPINO ,*Appunti ecc.*, cit., pag.24.

CAPITOLO SECONDO

INDIPENDENZA E POLITICITA' DELLA MAGISTRATURA NEL SISTEMA COSTITUZIONALE ITALIANO

1.1 Indipendenza della magistratura e imparzialità del giudice: un punto di partenza

1.1.1 La “soggezione” del giudice “soltanto alla legge” come fondamento della sua indipendenza

*Indipendenza degli organi giudiziari*⁷³ e *libertà* di cui devono disporre i singoli cittadini -anche i cittadini magistrati- si possono considerare entrambi *indicatori* della *civiltà dei popoli* e della *forza degli Stati*.

Eppure, talvolta, lo vediamo nell'esperienza italiana anche recente, sono dimensioni in potenziale conflitto, o comunque spesso in forte tensione reciproca.

Il filo conduttore di questo lavoro è il tentativo di valutare se e in quale misura l'essere magistrato-cittadino (un particolare funzionario pubblico cui sono affidate funzioni che presuppongono alto grado di indipendenza e imparzialità) possa incidere, rimodellandoli, sui diritti di cui il cittadino-magistrato risulta essere titolare in base alla Costituzione (come la libertà di associazione e di partecipazione politica).

In via preliminare è quindi necessario prendere in considerazione caratteri e specificità dell'indipendenza della

⁷³ Calamandrei sottolinea con grande forza l'importanza e la centralità dell'indipendenza della magistratura come tratto essenziale di civiltà e forza degli Stati, anche al di là dell'efficacia e saggezza della legislazione e dei governi. Cfr. P.CALAMANDREI *Governo e Magistratura*, 1921, 7 “ La civiltà dei popoli, la forza degli Stati, si misura non tanto dalla bontà delle leggi che li reggono, quanto dal grado di indipendenza raggiunto dagli organi che queste leggi sono chiamati ad applicare”.

magistratura, quale si presenta negli articoli del testo costituzionale. Indipendenza e autonomia della magistratura rappresentano principi fondamentali e irrinunciabili non soltanto del nostro sistema costituzionale ma di tutte le moderne democrazie. Essi prevedono che la funzione giurisdizionale debba essere esercitata da un ordine libero da ogni altro potere, in particolare dal potere esecutivo. L'affermazione di tali principi fondamentali è una conquista storica, arrivata al termine di un lungo percorso che ha condotto al superamento dell'assolutismo statale e alla realizzazione della separazione dei poteri.

Caduto il fascismo fu infatti prioritaria l'esigenza dei costituenti italiani –su questo punto completamente d'accordo- di garantire alla nuova repubblica l'indipendenza piena della magistratura da ogni altro potere dello Stato, nel rispetto del principio della separazione dei poteri, il quale contrappone la funzione giudiziaria a quella legislativa ed esecutiva e assegna la prima ad un corpo stabile di giudici, a garanzia di giustizia e di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, che devono poter decidere in piena autonomia, secondo scienza e coscienza⁷⁴, e “soggetti soltanto alla legge” (art. 101, 2° comma Cost.).

La disposizione essenziale a tutela dell'indipendenza dei singoli giudici è l'art. 101 della Costituzione che enuncia i fondamenti di quell'indipendenza nei due commi sintetici che hanno suscitato talvolta differenti letture. Questo articolo presuppone il principio della separazione dei poteri, che è un

74 G.SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Giuffrè, 2010, pag.35.

principio fondamentale di organizzazione dei poteri nel nostro testo costituzionale.

Ed, in effetti, è soprattutto in conseguenza del modello della separazione dei poteri che l'esercizio della giurisdizione non può essere ricondotto nell'ambito dell'indirizzo politico o assoggettato a valutazioni di opportunità. L'indipendenza della magistratura, che si lega alla separazione dei poteri, è infatti concepita -come in genere negli ordinamenti democratici- proprio per consentire che il controllo di legalità possa investire anche il cuore del potere economico e politico, al fine di garantire tutti i cittadini da ogni forma di abuso dei poteri e quindi assicurare l'eguaglianza giuridica.

Al secondo comma dell'art. 101 si legge che l'indipendenza dei singoli giudici⁷⁵ si fonda sulla soggezione “soltanto” alla legge⁷⁶ e a nient'altro oltre la legge.

75 In dottrina, il termine “giudice” della disposizione in commento è stato equiparato a quello di “autorità giurisdizionale” utilizzato dalla legge 87/1953 e definito nei suoi contenuti dalla giurisprudenza costituzionale in tema di “legittimazione” del giudice a quo alla sollevazione di questioni di costituzionalità in via incidentale. Riguardo al concetto di “giurisdizione”, peraltro, si è affermata la tesi -oggi prevalente- per cui la funzione *de qua* dovrebbe essere ricondotta all'attività posta in essere soltanto “dagli organi statali qualificabili formalmente come giurisdizionali” (A. PACE, *Problematiche della libertà costituzionale*, Padova, Cedam 1990, pag.87).

Nel termine “giudici” di cui all'art.101, comma 2, non si considerano inclusi i giudici della Corte Costituzionale, la quale non è obbligata ad applicare la legge, ma anzi, deve dichiararla incostituzionale se ne ricorrono i presupposti. E neppure può qualificarsi “giudice” il pubblico ministero, che pure appartiene all'ordine giudiziario, ma è soltanto “una parte” -sia pure pubblica- del processo. L'inapplicabilità del comma 2 agli organi requirenti conduce ad affermare la soggezione, in quanto singoli, non solo alla legge , ma anche, ad esempio alle

Indipendenza e soggezione alla legge in Costituzione sono dunque le due facce di una stessa medaglia. L'una non è concepibile senza l'altra: la norma generale e astratta cui il magistrato è soggetto e che egli applica al caso concreto, al tempo stesso, lo vincola ma anche lo pone al riparo da eventuali influenze esterne alla sua coscienza. L'articolo può essere letto in due prospettive opposte, ma complementari, come i commentatori hanno notato.

Se poniamo più peso sull'avverbio “soltanto”, si intende che si stabilisce un rapporto diretto tra il giudice e la norma di legge, che viene sottoposta alla libera interpretazione del magistrato, e

direttive e istruzioni del responsabile dell'ufficio. A tutela dell'indipendenza esterna del titolare dell'azione penale, la Corte costituzionale ha ritenuto operante la garanzia dell'art.112., invocabile per instaurare un conflitto di attribuzione contro altri poteri dello stato. R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, UTET, 2006, pagg.1960-1961.

76 Il termine legge potrebbe intendersi come sinonimo di “diritto”, nel senso di qualunque fonte di diritto oggettivo, oppure di legge in senso formale (le sole fonti primarie, ovvero le leggi e gli atti aventi forza di legge). Gli argomenti che secondo parte della dottrina fanno propendere per la seconda soluzione sono che i giudici non sono autorizzati a disapplicare le fonti primarie, ma semmai a sollevare eventuali questioni di costituzionalità di fronte alla Corte Costituzionale sospendendo il giudizio in corso, mentre possono disapplicare gli atti normativi non primari. Dunque secondo tale orientamento dottrinale i giudici non sono “soggetti” alle fonti secondarie. La legge cui il giudice è soggetto deve però essere conforme a Costituzione, diritto comunitario e diritto internazionale, in virtù dell'art. 117 della Costituzione. Il principio della soggezione alla legge inteso come impossibilità di disapplicazione della legge va coordinato col principio del primato del diritto europeo su quello interno (ex art.11 cost.): il quale implica di non applicare la legge interna che contrasta con fonti del diritto europeo (aventi determinate caratteristiche). N. ZANON F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 208, pag.50.

si intende sottolineare che il magistrato, esercitando le sue funzioni, non incontra altri vincoli che quelli della legge medesima, restando quindi “impermeabile” a influenze di poteri esterni, o di poteri interni alla magistratura⁷⁷.

Se poniamo invece più peso sulla “soggezione alla legge”, l’art. 101 comma 2°, Cost. rileva che l’indipendenza del giudice non equivale all’arbitrio ma ha senso solo nell’ambito di ciò che la legge prevede.⁷⁸

La legge fornisce al giudice la norma, solitamente generale e astratta, da applicare al caso concreto e precostituisce così l’unico vincolo ammissibile alla funzione giudiziaria.⁷⁹

L’esclusiva *sottoposizione del giudice alla legge* (art.101, comma 2) deve essere vista in stretto rapporto con *l’intitolazione al popolo della potestà giurisdizionale* (art.101, comma 1).

⁷⁷ Merita attenzione la particolare interpretazione dell’art.101, 2 comma ,fornita da G. BORRE' in cui *fedeltà alla legge* è concepita in primo luogo come espressione di “*non conformismo , capacità di resistenza ai condizionamenti dei centri di potere, pluralismo*”. Anche Senese precisa che l’art.101, 2° comma non è affatto la riedizione del vecchio mito illuministico della onnipotenza della legge e della giurisdizione come potere nullo. Tutto cit. in BRANCA PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1994, *Articolo 98*, di G. BORRE', pag.462, nota n.31.

⁷⁸ “Se il giudice abbandona il terreno all’interno del quale gli è possibile sussumere sotto norme generali e astratte la fattispecie concreta da decidere in tal caso non può più essere un giudice indipendente, e nessuna apparenza di giurisdizionalità può allontanare da lui questa conseguenza”. N. ZANON F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2008, pag.51.

⁷⁹ “Il giudice è dunque soggetto alla legge (alla norma generale e astratta), non invece al legislatore o al potere legislativo (come organo politico concreto dotato di volontà puntuale).” N. ZANON F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2008, pag.52.

L'amministrazione della giustizia in nome del popolo non è una frase retorica priva di contenuti, ma esprime il senso di un "dicere ius" che nasce non dall'esegesi tecnica della legge, né dall'attuazione di direttive politiche, ma "dalla sintesi della cultura e coscienza individuale del giudice e della sua posizione concreta nell'ordinamento costituzionale, che varia al variare incessante di quest'ultimo. In altre parole, la tutela dell'indipendenza non è statica e antistorica, ma dinamica e sensibile al divenire politico e sociale."⁸⁰

Tale comma, secondo un certo orientamento della dottrina, non afferma la titolarità dell'amministrazione della giustizia in capo al popolo, né che la giustizia emani dallo stesso, ma, semplicemente ne impone l'amministrazione "in nome" di quest'ultimo. Vi è dunque una "barriera"⁸¹ tra magistratura e circuito democratico, come per altro verso e sotto un altro punto di vista -lo vedremo- una separazione tra circuito democratico e magistratura è implicita nel terzo comma dell'art. 98, che

80 G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, pag.175. " Il giudice rende giustizia in base a ciò che egli è e sa, ma il suo essere e sapere dipendono dalla sua inserzione nella società da una parte e nel sistema costituzionale dall'altra."

81 "Siffatto inciso["in nome del popolo"] crea [...] una barriera tra popolo e funzione giurisdizionale, tale per cui, se la funzione giurisdizionale trova la sua giustificazione ultima nella democrazia, essa non è soggetta- nè direttamente, nè indirettamente-, alle regole costituzionali che presiedono il circuito democratico, fondate, in linea generale, sulla legittimazione popolare di ogni funzione politicamente rilevante", R.BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, UTET, 2006, N.ZANON L.PANZERI, *Articolo 101*, pag.1959, 1960.

prevede per i magistrati la possibilità di limitazioni della fruizione del diritto di iscrizione ai partiti politici.

Al principio di indipendenza si accompagna, come si può leggere nel primo comma dell'art.104 Cost., il principio d' *autonomia della magistratura*, secondo il quale “la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere”.

Si ritiene generalmente che l'affermazione dell' “autonomia” dell'ordine giudiziario sia giustificata dalla previsione, nello stesso art.104 Cost., del CSM. L'esistenza di un tale organo rappresenterebbe la condizione per garantire l'autonomia dell'ordine giudiziario. Innovando rispetto all'ordinamento pre-repubblicano, la Costituzione ha infatti demandato tutte le funzioni, un tempo esercitate dal Ministro della giustizia, concernenti lo status giuridico dei magistrati e potenzialmente pericolose per la loro indipendenza, ad un organo in via di principio non legato al circuito dell'indirizzo politico, appunto il CSM.⁸²

Il CSM, per alcuni è la più rilevante di tutte le innovazioni introdotte dalla Costituzione a tutela dell'indipendenza del giudice⁸³ in forza della sua peculiare composizione. Infatti il Capo dello Stato e i membri laici eletti dal Parlamento, svolgono una funzione di raccordo fra magistratura ed altri poteri dello Stato. In questo modo la Magistratura assume “*il rango di un vero e proprio potere dello Stato, suscettibile di contrapporsi*”

82 N. ZANON, F.BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2008, pag.17.

83 A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia - La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, Einaudi, 1990, pag.40

agli altri e capace di rompere quella dipendenza dall'esecutivo che nel periodo anteriore era stata consentita soprattutto dall'attribuzione al Ministro della giustizia dei compiti inerenti all'amministrazione del personale giudiziario⁸⁴".

Quello, che più interessa, ai fini dell'analisi del *rapporto tra politica e magistratura*, è l'aspetto dell'indipendenza esterna-istituzionale⁸⁵, ovvero in particolare capire quando essa viene messa in pericolo e come garantirla.

Garantire l'indipendenza esterna- istituzionale significa impedire quei collegamenti, fonte di potenziali interferenze, tra la magistratura o il singolo magistrato e qualsiasi soggetto, ente, organizzazione esterna alla magistratura, i quali possono esercitare pressioni indebite sulla figura del magistrato in quanto tale, a prescindere dal fatto che stia esercitando o no le sue funzioni.

Gli strumenti che la Costituzione predispone al fine di garantire tale aspetto dell'indipendenza sono: l'inaffidabilità, la nomina per concorso (come strumento per il reclutamento dei magistrati), ma anche la possibilità di porre limiti all'iscrizione ai partiti⁸⁶.

84 A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia - La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, cit., pag.40

⁸⁵ ZANON, F.BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., pag.55.

86 N. ZANON, F.BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., pag.55.

Oltre a questi strumenti delineati in costituzione, l'indipendenza istituzionale esterna risulta ulteriormente tutelata con regole previste dalla legge ordinaria in relazione al divieto di partecipare ad associazioni caratterizzate da forti vincoli interni, e in relazione allo svolgimento da parte del magistrato di "incarichi extragiudiziari", in ZANON, BIONDI, *Il sistema ecc.*, cit., pag.55.

1.1.2 La tutela dell'imparzialità e l' orientamento politico del giudice

Si può considerare l' imparzialità come la caratteristica essenziale, ed imprescindibile, del giudice, in altri termini, la “*somma delle virtù*” che gli competono, come afferma Norberto Bobbio “ *l'imparzialità* per il giudice è come l'avalutatività per lo scienziato: è la somma delle virtù. Un giudice parziale è come uno scienziato tendenzioso. Ma come tutte le virtù anche l'imparzialità è difficile da praticare”.⁸⁷”

Il giudice non solo deve decidere imparzialmente (da questo punto di vista si parla di imparzialità oggettiva o funzionale), ma deve essere anche soggettivamente in una condizione di imparzialità. L'imparzialità oltre a caratterizzare l'atto giurisdizionale è dunque anche una condizione soggettiva del giudice. Le modalità di reclutamento, ciò che egli ha fatto in questo o quel processo, la sua storia personale, i rapporti privati o istituzionali che ha intessuto, finanche gli stessi comportamenti “privati” sono tutti elementi dai quali è possibile trarre elementi a favore o contro la sua imparzialità.

Al riguardo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Sentenza 15 dicembre 2005, *Kyprianou c. Cipro*) ha affermato che anche le *apparenze di imparzialità* sono di una certa importanza: quello che è in gioco è infatti la fiducia che un

87 N. BOBBIO, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in: “Quale giustizia”, 1971, pag. 272. Potremmo aggiungere che ogni virtù presuppone l'individuazione del giusto mezzo, cioè di un bilanciamento perfetto tra valori opposti o in contrasto tra loro.

giudice deve ispirare in una società democratica nella generalità dei consociati, e soprattutto nell'imputato. ⁸⁸

Il principio di imparzialità ha per tutto questo una evidente rilevanza nel testo costituzionale, una rilevanza che è dimostrata dal collegamento degli articoli che la delineano, articoli che collegano tra di loro la prima e la seconda parte della Costituzione, l'ordinamento della repubblica e i diritti e i doveri dei cittadini ⁸⁹.

Il principio di imparzialità trova, secondo dottrina, il suo primo fondamento nell' art.3 Cost. che afferma l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, ossia il diritto all'eguaglianza giuridica. E' infatti in conseguenza di questo principio che ogni cittadino è trattato come ogni altro consociato all'interno del processo in cui il giudice assume una posizione equidistante e disinteressata. Per alcuni in dottrina il principio di imparzialità risiederebbe nell'art. 25 1° comma della Costituzione, che consente di individuare in via preventiva e sulla base di criteri oggettivi, il giudice competente, facendo in modo che i procedimenti siano assegnati in modo casuale, dopo che il fatto è avvenuto, e non in base a scelte discrezionali che potrebbero

88 N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit. pag. 100

89 Il novellato dei primi cinque commi dell'art. 111 ha esplicitamente previsto la necessità del giudice terzo e imparziale come elemento del giusto processo, inserendo nelle norme sulla giurisdizione -e quindi nella parte seconda- quanto era già implicito nei diritti riconosciuti dall'art. 3 e dall'art.25- e quindi nella parte prima-.

fare sorgere il dubbio di essere state effettuate sulla base dell'identità delle parti del processo.⁹⁰

L'*imparzialità* nel caso della magistratura *non* può significare però *neutralità*.

Il riferimento alla neutralità del giudice rimanda al dibattito che si svolse negli anni '60 e '70 quando si discuteva tra coloro che pensavano ad un giudice che doveva farsi portavoce di istanze politico-sociali assumendo un ruolo attivo nella interpretazione e applicazione della legge e coloro che invece rifacendosi al giudice "bocca della legge", temevano la politicizzazione della magistratura e parlavano di imparzialità nel senso di apoliticità e quindi neutralità.

In realtà l'imparzialità non significa che il giudice sia "indifferente" rispetto alla causa, bensì implica che, il giudice rispetto all'oggetto e alle parti della causa non sia parziale. Dunque non ogni interesse indiretto del giudice rispetto alla causa mina la sua imparzialità. Anche la Corte costituzionale del resto ha messo in guardia contro un'interpretazione così generica e vaga della nozione di imparzialità affermando che essa non può essere intesa in modo così ampio e generico da farvi rientrare anche l'interesse che egli come privato cittadino potrebbe avere a una determinata soluzione di problemi di principio inerenti a quella controversia, "non essendoci giudice che non sia, al tempo stesso, elettore, pubblico dipendente...e insomma inserito in situazioni e rapporti della vita associata

⁹⁰ Seguendo un nuovo orientamento, I giudici hanno preso a individuare il fondamento costituzionale dell'imparzialità negli art.3 e 24 Cost., ovvero nel principio di uguaglianza e nel diritto di difesa. N. ZANON F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., pag. 105.

regolati dal diritto oggettivo dello Stato”(sentenza Corte Costituzionale n.135 del 1975).⁹¹

L'imparzialità è certamente un requisito essenziale che deve caratterizzare l'esercizio delle funzioni giudiziarie. Ma non è solo questo. E' un requisito che è piuttosto complesso realizzare. Per questo ritengo che non sia né ozioso, né inutile porsi la domanda, che si posero, in condizioni storiche diversissime da quelle di oggi, i costituenti: in che modo tale *principio di imparzialità* debba caratterizzare la condotta del magistrato anche al di *fuori del processo* e, in particolare, *se l'orientamento politico del magistrato possa minare o meno la sua imparzialità*.

La giurisprudenza sul tema è abbastanza cauta dato che qui entrano in gioco insieme, da un lato, la necessaria tutela dell'imparzialità del magistrato e dall'altro l'altrettanto necessaria tutela di un diritto come quello di associazione e partecipazione alla vita politica, da cui sarebbe discutibile escludere in partenza una categoria di cittadini. Certo è che il cittadino-magistrato, diversamente da altri, persino da altri cittadini che svolgono pubbliche funzioni, ha obblighi, non solo di effettiva imparzialità, ma anche di *apparenza di imparzialità*. Da qui, la necessità che i comportamenti del magistrato rispettino anche l'apparenza di imparzialità, elemento essenziale perché il magistrato goda della fiducia dell'opinione pubblica.

91 “Solo se egli avesse un interesse diretto, e perciò giuridicamente rilevante, nella causa sottopostagli egli non potrebbe essere imparziale: ma avrebbe allora l'obbligo di astenersi.” N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit. pag. 102.

Come afferma Aharon Barak, “ *la fiducia del pubblico nell'autorità del giudice è il bene più prezioso che costui possieda, ed è inoltre uno dei più preziosi della nazione. E' assai nota l'espressione di Balzac “ la sfiducia nel potere giudiziario rappresenta il principio della fine della società*”⁹². Pertanto è fondamentale che il magistrato assuma comunque comportamenti equilibrati in tutte quelle attività che, pur non riguardando la sua funzione specifica, ne costruiscono l'immagine percepita dal pubblico.

Se noi osserviamo le decisioni giurisprudenziali notiamo che la giurisprudenza tende ad evitare che gravino sul magistrato (che è anche un privato cittadino come gli altri) limiti eccessivi, che pesino in modo irragionevole sulla vita privata. Infatti la giurisprudenza considera la mancanza di imparzialità in relazione al caso concreto, non in astratto.

Significative sono le decisioni giurisprudenziali concernenti l'orientamento politico di singoli giudici, sul fatto che esso costituisca motivo di carenza di imparzialità, notiamo che esse sono piuttosto concordi nel riconoscere che l'orientamento politico del magistrato non possiede rilevanza processuale ai fini della astensione e della ricsuzione. La Corte di Cassazione penale (sentenza 30 settembre 2003) ha escluso come causa di astensione o ricsuzione l'appartenenza di un magistrato ad una corrente della associazione di magistrati politicamente orientata in senso opposto alla posizione dell'imputato⁹³.

92 A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1995, pagg. 210,211.

93 La giurisprudenza ritiene che “l'interesse nel procedimento” (causa di astensione ex art.36 c.p.p) non possa interpretarsi fino a ricomprendere l'interesse di natura politica. Il motivo politico non potrebbe che qualificarsi come

Persino la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha seguito questo filone giurisprudenziale; pronunciandosi su un ricorso di un politico che sosteneva di essere stato giudicato nel suo paese da giudici non imparziali perché contrari alle posizioni politiche dell'imputato. Essa lo ha considerato irricevibile perché la mancanza di imparzialità del giudice deve essere oggettivamente provata; che il giudice abbia idee politiche diverse da quelle dell'accusato non è di per sé motivo di conflitto di interesse, in grado di dar luogo alla necessità di sostituire il giudice⁹⁴.

Non vi è dubbio infatti che il magistrato pur godendo, fuori delle sue funzioni, dei diritti di tutti gli altri cittadini, debba comunque tener presente che anche dal comportamento tenuto al di fuori delle sue funzioni, dipende la pubblica fiducia, che, a sua volta, è condizione del corretto funzionamento di tutto il sistema giudiziario. Per riprendere ancora Barak, “*ogni giudice [...] deve guardare al suo operato, alla sua condotta (dentro e fuori il tribunale)[...] come se da essi dipendesse la fiducia dell'opinione pubblica in tutto il sistema giudiziario*”⁹⁵.

La Corte costituzionale in una nota *sentenza n.100 del 1981* considera l'imparzialità come una regola deontologica che il magistrato deve osservare in ogni comportamento affinché siano tutelate la considerazione di cui il magistrato deve godere

un interesse indiretto alla causa, mentre l'interesse nel procedimento come causa di astensione è sempre qualificato come un interesse diretto e concreto.

N.ZANON F.BIONDI, *Il sistema costituzionale ecc.*, cit., pag. 116.

94 Decisione del 28 gennaio 2003, *Dell' Utri c. Italia*, cit. In: N.ZANON F.BIONDI, *Il sistema costituzionale ecc.*, cit., pag. 117.

95 A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, cit., pag.211.

presso la pubblica opinione e la dignità dell'intero ordine giudiziario⁹⁶.

La tensione tra la libertà di associazione e di partecipazione alla vita politica del cittadino e gli obblighi e i vincoli discendenti dal principio di indipendenza e imparzialità richiedono pertanto un attento bilanciamento, come ben compresero i costituenti che elaborarono il testo costituzionale ed arrivarono, dopo una articolata discussione, e dopo diversi emendamenti della proposta iniziale, alla formulazione del terzo comma dell'art. 98. I dubbi e le perplessità che animarono il dibattito in assemblea costituente si sarebbero poi riproposti negli anni a venire, indicando un complesso nodo problematico.

96 “I magistrati, per dettato costituzionale (art. 101 comma secondo, e 104, comma primo, Cost.), debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche come *regola deontologica* da osservarsi *in ogni comportamento* al fine di evitare che possa fondatamente *dubitarsi* della loro indipendenza e imparzialità, nell'adempimento del loro compito. I principi anzidetti sono quindi volti a tutelare anche la *considerazione* di cui il magistrato deve godere presso la *pubblica opinione* ; assicurano nel contempo quella dignità dell'intero ordine giudiziario, che la norma denunziata qualifica *prestigio* e che si concreta nella *fiducia dei cittadini* verso la funzione giudiziaria e nella *credibilità* di essa”. *Corte Costituzionale, Sentenza n. 100 /8 giugno 1981, pag. 7* (Da: Consulta online)

1.2 La libertà di associazione e i magistrati-cittadini

Importante ai fini di questa ricerca è vedere come la partecipazione dei cittadini-magistrati a organizzazioni, associazioni e gruppi di vario tipo metta in gioco valori che necessitano di un contemperamento: da un lato l'*esercizio delle libertà fondamentali* garantite a tutti i cittadini, come la libertà di associazione in generale di cui all'art. 18 della Costituzione, il diritto di associarsi liberamente in partiti e di partecipare alla vita politica del paese garantito dall'art. 49 della Costituzione, il libero accesso alle cariche elettive di cui all'art. 51 Cost. e dall'altro lato la *tutela dell'esercizio indipendente e imparziale della funzione giudiziaria* (art. 101 e 104 Cost.). Accanto a questi due valori, essendo il magistrato un pubblico impiegato, sebbene particolare, assume rilievo anche il dovere di fedeltà⁹⁷ di cui all'art.54 Costituzione; da intendersi non solo in senso generale come la fedeltà alla Repubblica, ma soprattutto come fedeltà verso gli obblighi connessi alla propria funzione e fatti propri con il giuramento, obblighi che impediscono ai componenti dell'ordine giudiziario di assumere impegni o vincoli incompatibili con lo svolgimento della funzione giurisdizionale.

Si tratta di analizzare il tema della compatibilità dello status di magistrato con le peculiari tipologie di vincoli associativi, ovvero in particolare individuare come si può realizzare un contemperamento ragionevole tra esigenze diverse, tra le

⁹⁷ D.CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Cedam, 2011, pag.212.

libertà e i diritti fondamentali del magistrato in quanto cittadino e i principi di indipendenza e imparzialità e prestigio dell'ordine giudiziario. Il problema concerne in primo luogo associazioni e *partiti politici*, in secondo luogo la *massoneria*, ed infine la varia tipologia delle associazioni della società civile che hanno finalità ricreative o filantropiche.

E' dunque opportuno valutare in via preliminare le caratteristiche di quel bene costituzionale protetto che in questo caso è la libertà di associazione.

Potremmo dire che la *libertà di associazione* “ nell'evoluzione dello stato moderno segna il passaggio dalla democrazia liberale alla democrazia pluralistica”⁹⁸.

Il fenomeno associativo era stato sottovalutato dalla tradizione liberale ottocentesca, che diffidava di tutte le strutture sociali che si interponevano tra Stato e singolo cittadino nello spazio della società civile. Nella prospettiva delineata dalla Costituzione, invece, la società non è più concepita come un insieme di individui solo astrattamente uguali, considerati puramente come *cittadini* (cioè visti in rapporto allo Stato), ma è concepita come un insieme di individui visti nel duplice profilo di *cittadini* uguali tra loro e di *soggetti privati* differenziati tra loro e colti anche nei loro concreti rapporti con le situazioni di fatto presenti nella società.

In altri termini i cittadini sono visti anche come individui la cui “effettiva partecipazione... all'organizzazione politica, economica

98 F.RIGANO, *Articolo 18*, in BIFULCO CELOTTO OLIVETTI, *Commentario alla costituzione*, Torino, Utet, 2006, Pag.405

e sociale del Paese” richiede l'intervento promozionale (non più solo garantista) da parte della Repubblica (art.3 Cost.).

Il fenomeno associativo è garantito nel modo più ampio dalla Costituzione, essa, dopo aver posto il principio pluralista e della tutela delle formazioni sociali tra i principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano (art.2 Cost.) riconosce ai cittadini all'art.18 “il diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli,dalla legge penale”. L'*articolo 18* della Costituzione è in effetti una norma di carattere generale e garantista, essa assicura non solo la libertà di costituire raggruppamenti di persone che si propongono un fine comune, ma anche la libertà di scegliere il modello organizzativo e di determinare le finalità dell'associazione, senza alcun vincolo (se non quelli tassativamente elencati dalla Costituzione). Significativo è l'avverbio “liberamente” inserito nel primo comma dell'articolo⁹⁹, che indica il riconoscimento della libertà di porre in essere, insieme ad altri, attività che non hanno bisogno di autorizzazione.¹⁰⁰

Gli unici limiti che tale libertà può incontrare sono limiti di carattere tassativo: si tratta del limite generale che riguarda il perseguimento di fini che siano vietati al singolo dalla legge

99 *Articolo 18* Costituzione: “I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale. Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare”.

100 Ovviamente la libertà di associazione comprende, oltre al profilo positivo, anche quello negativo, in quanto è diritto del singolo decidere liberamente se appartenere o non appartenere ad una associazione.

penale, e dei due divieti espressamente previsti al secondo comma dell'articolo 18 della Costituzione, l'uno relativo alle associazioni segrete e l'altro riguardante quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante un'organizzazione di tipo militare. Questi i motivi per cui il testo costituzionale non offre alcuna definizione -che potrebbe essere limitativa- di ciò che si intende per associazione.

La portata così ampia di tale libertà emerge anche da una sentenza della Corte Costituzionale che ha affermato che la libertà di associazione è “ la proiezione sul piano dell'azione collettiva della libertà individuale come risulta riconosciuta e tutelata dalla Costituzione stessa”¹⁰¹ ed ha con questo implicitamente sostenuto la necessità di tutelare questo diritto come si tutela un diritto inviolabile.

Ciò significa che si attribuisce al principio associativo un ambito di azione parificato a quello degli individui, tanto che opera qui una presunzione di illegittimità per gli interventi dei pubblici poteri che incidono negativamente sulla libertà in questione.

Tutti i cittadini sono titolari del diritto di associazione. La Costituzione, tuttavia, prevede la possibilità che tale libertà possa subire dei limiti nei confronti di alcune categorie di cittadini in considerazione della specificità delle funzioni che svolgono. Ne è un esempio l'art.98, 3° comma Cost. che prevede la possibilità, nei confronti dei magistrati, (e degli altri dipendenti pubblici espressamente indicati) di introdurre con

101 Sentenza della Corte costituzionale n 417/1993.

legge limiti al diritto di iscriversi ai partiti politici (espressione del più ampio diritto di associarsi).

La libertà di associazione è dunque una grande novità costituzionale. Merita ricordare che per tutto il periodo statutario manca una disposizione di rango costituzionale o anche ordinario a garanzia esplicita e generale della libertà di associazione¹⁰².

Il riconoscimento costituzionale della libertà di associazione significò in particolare per la magistratura la conquista di uno strumento che si sarebbe rivelato essenziale per la promozione della cultura giuridica e professionale dei magistrati. Ma già prima, il crollo del fascismo aveva consentito la rinascita -il 21 ottobre 1945- dell' Associazione Nazionale Magistrati che era stata messa al bando dal regime. Non c'è dubbio che l'esperienza associativa dei magistrati, se pure non nasceva come un'esperienza di associazionismo partitico (o collaterale ai partiti esistenti) era un'esperienza "politica" in senso lato, che delineava un possibile profilo di giudice aperto al dibattito, all'evoluzione del pensiero giuridico.

102 La lacuna è coerente con il sospetto riservato dall'ideologia liberale alla sfera collettiva delle situazioni soggettive: significativa è in proposito la previsione dell'articolo 32 dello statuto Albertino che riconosce il diritto di riunirsi *pacificamente e senza armi* subito aggiungendo che tale diritto non è riferibile *alle adunanze in luoghi pubblici o aperti al pubblico, i quali rimangono interamente soggetti alle leggi di polizia*: dunque soltanto le riunioni private godono della garanzia costituzionale. L'assenza di una norma di riconoscimento di contenuto generale pare rendere evanescente il tentativo di ricostruzione, che pur si intravede nella dottrina di quegli anni, ma che è contraddistinto dall'esigenza di legittimare i limiti alla libertà. F.RIGANO, *Articolo 18*, in BIFULCO CELOTTO OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, cit., pag. 405.

1.1.1 La libertà di associazione politico-partitica nella Costituzione e i magistrati in politica

La libertà di associazione politica costituisce un'espressione della libertà di associazione in generale ed è uno dei pilastri fondamentali dell'ordinamento democratico. Il partito è uno dei risultati dell'esercizio del diritto di associarsi, ed è uno degli strumenti fondamentali per l'esercizio della sovranità popolare. La finalità costituzionale del partito è quella di "concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale" cioè di ampliare la partecipazione dei cittadini all'organizzazione politica del paese, identificandosi l'esercizio della sovranità, non più soltanto col momento dell'elezioni, ma anche con l'azione continuativa svolta dai cittadini liberamente associati in partiti.¹⁰³ Il partito, secondo l'intendimento del testo costituzionale, è l'elemento che collega la società civile alle istituzioni. La Costituzione riconosce così che è avvenuto un profondo mutamento nella realtà storico politica: il partito politico è divenuto "lo strumento con il quale il popolo assume una veste

103 "...Il popolo per essere sovrano non può limitarsi ad eleggere i rappresentanti, ma occorre che trovi il modo di partecipare con essi al potere, in maniera di adeguare sempre di più alla volontà popolare l'intervento dello Stato nel settore privato. Ma è possibile tale partecipazione? I partiti politici hanno cercato di facilitarla. Sulla loro funzione nel nostro Stato le opinioni non sono concordi. C'è chi, limitandosi al testo scritto, fa dei partiti solo degli strumenti idonei a consentire agli elettori la elezione dei titolari degli organi (mentre la seconda funzione di partecipazione al potere è ignorata). A mio avviso, invece, le due funzioni sono congiunte. Anzi i partiti sono così strutturati che la elezione è in funzione della partecipazione. P.L. ZAMPETTI, *Dallo Stato liberale allo stato dei partiti- La rappresentanza politica*, Milano, Giuffrè, 1993, pag. 114-115.

concreta, manifestando la sua volontà che il partito deve esprimere e attivare”.¹⁰⁴

Le principali disposizioni costituzionali concernenti i partiti politici sono gli articoli 2 e 18, sul pluralismo e sulla libertà di associazione in generale e l'art.49 che prevede la libertà di associazione politica. E' dunque, evidente il legame tra il diritto di associarsi in partiti dell' *articolo 49* della Costituzione, e il più generale diritto di associazione dell' art.18 Cost. Infatti il fenomeno dei partiti è disciplinato come un diritto di libertà dei cittadini e un primo aspetto da considerare attiene proprio al rapporto che sussiste tra il diritto previsto dall'art.49 Cost. e il più generale diritto di associazione previsto all'articolo 18 Cost. Secondo la dottrina prevalente, l'art. 49 integra, ma non sostituisce l'articolo 18 , essendo complementare ad esso¹⁰⁵.

Pertanto la disciplina che concerne i partiti va riferita, secondo tale orientamento, in parte all' articolo 18, in parte all'articolo 49. E' in questa prospettiva che l' articolo 18 offre parametri validi per tutte le realtà associative, in particolare per inquadrare le associazioni di tipo politico ivi compresi i partiti. Questo stretto collegamento tra art. 18 e art.49 -collegamento di *genus a species-* fa sì che per i partiti la legislazione ordinaria non possa introdurre limitazioni ulteriori rispetto a quelle consentite dall'articolo 18 per la libertà associativa in generale, né possa determinare norme di privilegio che li differenzino dalle altre realtà associative.

104 P.L ZAMPETTI, *Democrazia e potere dei partiti*, Milano, Rizzoli,1969,Pag.34.

105 G. RIZZONI, *Articolo 49 in* BIFULCO CELOTTO OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, cit. pag. 984.

Il confronto tra i due articoli consente poi anche di precisare la distinzione tra partiti e altre associazioni aventi carattere politico. Dalla finalità che la Costituzione attribuisce ai partiti (“concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale”), la dottrina ha ricavato il carattere necessariamente generale dell’operare dei partiti nella vita politica del paese, carattere che vale a distinguere tali organizzazioni da altre formazioni che perseguono scopi politici solo temporanei o confinati alla trattazione di specifici problemi di carattere economico-sociale. Da tali considerazioni, i caratteri di stabilità e di permanente articolazione organizzativa, sono ritenuti elementi costitutivi del partito politico nel nostro modello costituzionale.¹⁰⁶

Il partito politico è dunque un’associazione peculiare, diversa non solo da un sindacato, ma anche da una associazione politica *lato sensu*. Il partito infatti “non può operare se non in virtù di un consistente vincolo di disciplina che leghi eletti ed elettori. Il partito cioè, cerca di collocare i suoi iscritti negli organi rappresentativi dello Stato e di influire attraverso la loro azione sulla politica generale, ma la sua azione sarebbe inutile se non esistesse un vincolo del tipo indicato.”¹⁰⁷

La comune associazione politica invece, proprio perché non si propone di influire direttamente sull’attività dello stato attraverso i suoi membri eletti negli organismi rappresentativi, ma solo di

¹⁰⁶ G. RIZZONI, Art. 49, in BIFULCO CELOTTO OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, cit., pag. 985- 986.

¹⁰⁷ A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti* in : Giurisprudenza costituzionale, 1966, pag. 1917.

diffondere determinate ideologie nella società, non ha bisogno di tale disciplina, né avrebbe gli strumenti per imporla.¹⁰⁸

E nell'esperienza italiana –che ha conosciuto anche il modello organico del partito-Stato fascista - , i partiti tendono spesso a configurarsi non come “ *libere associazioni di cittadini accomunate da un idem sentire*”, bensì “ *come organizzazioni rigidamente gerarchiche, quando non orientate al prevalente sostegno di singole figure carismatiche*”¹⁰⁹. Essi, al limite, possono ridursi a “ *aggregazioni partigiane*” e “ *consorterie totalizzanti*”¹¹⁰ , alterando profondamente la loro missione costituzionale di veicolo di partecipazione attiva e responsabile al dibattito ideale che è alla base dello Stato democratico.

I costituenti che introdussero l' art. 49 erano mossi anche dalla volontà di evitare il rischio di una incorporazione del partito nello Stato-apparato e di possibili forme di ingerenza statale entro la vita interna dei partiti¹¹¹.

108 A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti* , in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, pag. 1914.

109 G. RIZZONI, *Articolo 49*, “ I partiti tendono ad esercitare un pervasivo potere di influenza che vanifica il tradizionale principio di separazione dei poteri.”, in BIFULCO CELOTTO OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, cit., pag.982.

110 S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, Quaderni della giustizia, a. VI, n.61, agosto 1986,pag.7.

111 BIN, BARTOLE, *Articolo 49* , *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 2008, pag.497. “La gran parte dei costituenti rifiuta la configurazione del partito come istituzione statale, in ripulsa del modello organico del partito-Stato fascista, e non mira a conseguire un riconoscimento giuridico del partito, quanto piuttosto a garantire la pluralità e l'extrastatalità delle formazioni politiche che già avevano ottenuto una legittimazione nella realtà sociale”.

Merita precisare che la Costituente respinse una proposta ¹¹² tendente a vincolare i partiti ad una struttura democratica: e nei fatti la democrazia interna è risultata essere un principio sostanzialmente rimesso alla buona volontà del partito stesso e dei suoi aderenti. Per tale ragione, le numerose proposte di legge presentate nelle varie legislature, volte a introdurre regole di democraticità, non sono mai giunte ad un esito positivo, ed anche laddove sono state legislativamente poste, non sono state di fatto attuate¹¹³. In questo modo si è nel tempo ridotta la possibilità per i cittadini di concorrere a determinare con metodo democratico la politica nazionale: la scelta dei candidati al Parlamento, la formulazione dei programmi e delle strategie e la selezione dei dirigenti di partito sono sfuggite progressivamente al controllo dei cittadini¹¹⁴.

112 I costituenti Mortati e Ruggiero in sede assembleare avanzarono una formulazione alternativa dell'articolo 49 che, accentuando la questione delle garanzie di democraticità, recitava così: " Tutti i cittadini hanno diritto di riunirsi liberamente in partiti che si uniformino al metodo democratico nell'organizzazione interna e nell'azione diretta alla determinazione della politica nazionale". E. ROSSI, *Libertà di associazione e partiti politici*, in *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, Pisa Plus, 2009, pag.313. Anche Aldo Moro sostenne, con parole che risuonano di forte attualità che " è evidente che se non vi è una base di democrazia interna, i partiti non potrebbero trasfondere l' indirizzo democratico nell'ambito della vita politica del paese", *Ibidem*, pag.312.

113 E. ROSSI, *Libertà di associazione e partiti politici*, in *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, Pisa Plus, 2009,pag.331.

114 G. PASQUINO, *art. 49 ,Commentario alla costituzione*, BRANCA PIZZORUSSO , cit.,pag.25.

Si può collegare a questa *involuzione delle strutture della politica partitica*¹¹⁵, che si è venuta realizzando *l'intensificazione dei rapporti politica-magistratura e dell'impegno dei magistrati in politica.*

La crisi dello Stato, innescata dalla crisi dei partiti, evidente già agli inizi degli anni '80, ha infatti promosso quel ruolo di “supplenza politica” svolto dalla magistratura, che ha riproposto la questione del complesso rapporto magistratura e politica¹¹⁶.

115 “In altre parole la partitocrazia, per la quale il partito ha un potere di fatto, non inserito cioè negli organi dello Stato concepiti in senso tradizionale, frustra la partecipazione stabile dei cittadini e determina un distacco crescente tra esercizio del diritto di voto, a tutti concesso, ed esercizio del potere, espletato dal partito senza adeguati controlli e garanzie”. P.L. ZAMPETTI *Democrazia e potere dei partiti*, Milano, Rizzoli, 1969, pag.86.

116 Interessante l'analisi che fa Pierluigi Zampetti delle radici di questa crisi dello Stato analizzando il contesto dei primi anni '80: “ Il connubio inscindibile tra classe politica e burocrazia ha reso impossibile che la classe burocratica potesse prendere provvedimenti che in un certo senso fossero lesivi di quelli presi dalla classe politica, formata dai partiti politici reclutatori del suffragio. Di qui l'incapacità della burocrazia di comprimere e stroncare i fenomeni degenerativi che travagliano e molestano continuamente la nostra società. Si pensi all'assenteismo, alle deformazioni dell'ambiente, alla speculazione edilizia ecc. La burocrazia cioè è incapace di contenere tali fenomeni macroscopici e di far rispettare l'osservanza delle leggi. Ecco allora emergere la funzione vicaria supplente della magistratura, che non ha subito tali abnormi deformazioni....La funzione della magistratura in termini di supplenza politica è dovuta alla non coincidenza del potere politico dei magistrati con il potere politico degli altri due poteri legislativo ed esecutivo. Proprio la crisi dello stato è legata alla crisi dei partiti politici che hanno perso la loro identità. Ed è proprio l'indipendenza del magistrato dagli altri poteri e quindi dai partiti politici che determina la rilevanza politica del suo potere, sia pure in termini di supplenza” P.L. ZAMPETTI, *Magistrati e partiti*, Quaderni della Giustizia, n. 11/giugno 1982, , pag.4- 5.

Inoltre negli anni Settanta e Ottanta, l'impegno dei magistrati all'interno delle istituzioni rappresentative si poneva in stretto collegamento con l'attivismo democratico e partecipativo di una parte della magistratura, in un momento di rivolgimenti culturali, politici e sociali. In questo periodo, l'impegno in politica dei magistrati era una (naturale) prosecuzione dell'impegno politico del magistrato, cioè della sua partecipazione attiva, come cittadino alla vita della comunità.¹¹⁷

In conclusione la Costituzione, all'art. 49 garantisce ad ogni cittadino, il diritto di associarsi in partiti politici, tuttavia entro le limitazioni che essa contempla. Si tratta di *limiti* di carattere *oggettivo*, come quello previsto dall'art. 18, secondo il quale l'associazione non può perseguire un fine sanzionato dalla legge penale, e di *limiti soggettivi* come quelli che si possono ipotizzare per particolari soggetti pubblici, come i magistrati secondo quanto prevede l'art. 98, 3° comma.

La ratio dell'art.98 Cost. terzo comma è da ricercarsi nel delicato ruolo del magistrato e in particolare nel suo status peculiare caratterizzato dai valori dell'indipendenza e dell'imparzialità.

Il problema si presenta in quanto in determinate circostanze l'esercizio dei diritti spettanti a tutti i cittadini e quindi anche ai magistrati, può far sorgere dubbi sull'effettiva indipendenza e imparzialità del magistrato stesso. La questione è al centro di discussioni tra coloro che rivendicano la possibilità per i

¹¹⁷ G. CASCINI, *Politicità della giurisdizione e consapevolezza del proprio ruolo*, *Questione Giustizia*, n. 6 /2012.

magistrati di esercitare i loro diritti, senza limitazioni alcuna, come avviene per gli altri cittadini e coloro che invece, ritengono necessario porre dei limiti all' esercizio dei diritti dei titolari delle funzioni giurisdizionali per tutelare il prestigio dell'ordine giudiziario e l'indipendenza e l'imparzialità anche sotto il profilo dell'apparenza.

In effetti per il magistrato che decida di impegnarsi nella politica *stricto sensu*, a partire dall'iscrizione a un partito, si pongono una serie di problemi. Non solo l'iscrizione dei magistrati ai partiti, ma anche l'eleggibilità dei magistrati in Parlamento¹¹⁸, o l' affidamento di incarichi extragiudiziari, configurano altrettanti "momenti" sensibili, in cui l'indipendenza e l' immagine di imparzialità e il principio della separazione dei poteri possono essere messi a rischio.¹¹⁹

Come vedremo i dubbi e le perplessità che accompagnarono in costituente la discussione sul possibile divieto di iscrizione ai partiti nacquero anche dal fatto che le incognite legate al futuro dei partiti erano numerosissime, mentre la certezza acquisita

118 Il caso dell'eleggibilità dei magistrati fornisce un caso di bilanciamento delicato tra l'art. 51 (elettorato passivo garantito a tutti in condizione di uguaglianza) e l'art. 104 (autonomia e indipendenza della magistratura da ogni altro potere) della Costituzione.

119 Anche l'incarico extragiudiziario offre occasioni di subordinazioni e condizionamenti del magistrato da parte del potere politico attraverso la lottizzazione partitica. Ved. : G. DI FEDERICO, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati: una grave minaccia per l'indipendenza e imparzialità del giudice, una grave violazione del principio della divisione dei poteri*, saggio introduttivo a : F. ZANNOTTI, *Le attività extragiudiziarie dei magistrati ordinari*, Padova, Cedam, 1981 , pag. LXIII- LXVIII.

sugli aspetti negativi delle esperienze pregresse concernenti il rapporto magistratura-potere politico era un dato ampiamente acquisito.

É per questo importante affrontare i problemi cui cerca di rispondere l'art.98, a partire dalla sua genesi nel dibattito costituente.

1.1.2 Il problema dell'affiliazione dei magistrati alla massoneria

Il particolare *status* di magistrato comporta -come abbiamo già visto- limitazioni della libertà di associazione, sia quando si tratta di partiti, (rispetto ai quali peraltro suscita dubbi di ragionevolezza un divieto generale ed assoluto di iscrizione e di partecipazione), sia quando si tratta di particolari tipi di *associazioni che presentano vincoli incompatibili* con l'esercizio delle funzioni giudiziarie.

E' quest'ultimo il caso dell'affiliazione del magistrato alla massoneria, che ha molto impegnato la sezione disciplinare del CSM soprattutto negli anni '80 e '90, dopo l'esplosione del caso della loggia segreta P2, che ha posto la questione della evidente strumentalizzazione del vincolo massonico alla gestione del potere politico ed economico (oltre che quella relativa alla netta impronta di segretezza)¹²⁰. Ha cioè posto il

120 La sezione disciplinare del CSM con la *sentenza del 9 febbraio 1983*, ha dichiarato illegittima l'iscrizione dei magistrati alla loggia massonica "Propaganda due" (c.d. P2), caratterizzata da una evidente strumentalizzazione del vincolo massonico alla gestione del potere politico ed economico e soprattutto da un forte carattere di segretezza. Secondo il giudice disciplinare l'iscrizione ad essa concretava la violazione dell'art.18 Cost. (nella parte in cui proibisce le associazioni segrete) affermando che lo stesso art.18 è "norma immediatamente precettiva, che richiede una legge di attuazione al fine di determinare -quando già non ricavabili dal sistema normativo vigente- le sanzioni derivanti dalla sua violazione. Ma, quanto alla disciplina dei magistrati, una norma del genere è del tutto superflua, non potendosi dubitare che, nel quadro delineato dall'art.18, r.d.31 maggio 1946, n.511, rientri a pieno titolo, e con connotazione di speciale gravità, la condotta del magistrato che si ponga in contrasto con norme fondamentali della Costituzione". In: Quest. giust., 1984, n.2, pag.471.

problema dei vincoli gerarchici interni alle associazioni che possono configurare una sorta di ordinamento giuridico “alternativo” e “parallelo”, una sorta di Stato nello Stato.

Dinnanzi a tali tipologie di associazioni la sezione disciplinare del CSM, ha perciò dovuto affrontare la questione se sia possibile, per garantire l'indipendenza dell'ordine giudiziario, comprimere un diritto fondamentale del magistrato, ovvero il diritto di associazione più in generale, affrontando così la questione della compatibilità o meno tra l'indipendenza del magistrato e l'adesione a certi tipi di associazioni.

Il caso della massoneria ci presenta una fattispecie in parte diversa da quella che può riguardare il problema dell'iscrizione di un magistrato ad un partito politico. Questo caso ci propone il problema dei limiti impliciti nel senso in cui ne parla Silvestri: la libertà di associazione del magistrato, “mentre trova un *limite esplicito* nel secondo comma dell'art. 98 della Cost., trova altresì una serie di *limiti impliciti* nei doveri inerenti alla sua funzione, *quando questi discendono da un principio costituzionale*”¹²¹. Da ciò consegue che al magistrato è perciò richiesto di valutare attentamente la compatibilità tra l'associazione cui vuole aderire e il suo status, allo scopo di verificare se i fini e le caratteristiche dell'associazione stessa non siano tali da incidere su imparzialità, indipendenza e soggezione alla legge, valori imposti dall'ordinamento al magistrato stesso.

Nel 2006 il legislatore ha dato fondamento legislativo ai principi elaborati dalla giurisprudenza disciplinare del CSM,

121 G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, pag. 152.

nell' *art.3 comma 1 lett. g*, del *d.lgs. 109 del 2006* individuando come illecito disciplinare “*la partecipazione ad associazioni segrete o i cui vincoli siano oggettivamente incompatibili con l'esercizio delle funzioni giudiziarie*”.¹²²

Quanto alle *associazioni segrete*, il problema è di più agevole soluzione, in quanto le stesse sono già vietate dall'art.18 della Costituzione. Tuttavia la dottrina si è divisa sul concetto di “segretezza”. Il punto è se la segretezza in ordine allo scopo perseguito o all'organizzazione, debba ritenersi sempre vietata o lo sia soltanto in presenza di un fine illecito o di uno scopo politico¹²³. Sulla materia è intervenuto, sulla scia delle note vicende della loggia massonica “Propaganda Due” (P2) il legislatore ordinario con la legge n.17 del 1982 che ha dettato norme di attuazione dell'art.18 ed ha accolto una definizione ristretta di associazioni segrete. Infatti, all'art. 1, ha definito segrete quelle associazioni “che, anche all'interno di associazioni palesi, occultando la loro esistenza, ovvero tenendo segrete congiuntamente finalità e attività sociali, ovvero rendendo sconosciuti, in tutto o in parte, e anche reciprocamente, i soci, svolgono attività diretta ad interferire

122 Analogamente l'art. 7 (Adesione ad associazioni) del *codice deontologico giudiziario* afferma che “il *magistrato non aderisce ad associazioni che richiedono la prestazione di promesse di fedeltà o che non assicurino la piena trasparenza sulla partecipazione degli associati*”.

Inoltre lo Statuto dell' ANM prevede all'art. 6 (Perdita della qualità di socio) che “ *costituisce causa di incompatibilità con l'iscrizione all'ANM l'appartenenza ad associazioni riservate o che comportino la sottoposizione degli iscritti a vincoli incompatibili con l'ordinamento democratico.*”

123 S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Giuffrè, 2013, pag.351.

sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali, di amministrazioni pubbliche, anche ad ordinamento autonomo, di enti pubblici anche economici, nonché di servizi pubblici essenziali di interesse nazionale”¹²⁴.

Affrontata la questione delle associazioni segrete, resta l'altra questione, quella che concerne la partecipazione alle *logge massoniche* cosiddette *ufficiali*, non aventi i medesimi caratteri di segretezza, ma aventi struttura tale da mettere a rischio indipendenza e imparzialità della attività giudiziaria stessa.

La *massoneria* è infatti definibile come la “più importante *società iniziatica* oggi presente nel mondo occidentale, la cui identità spirituale si fonda su un rito di iniziazione, da cui l'accesso a una nuova dimensione esistenziale e l'affratellamento del neofita con i membri già iniziati, una *fratellanza* artificiale fondata sul *giuramento* e sul *segreto*”¹²⁵.

124 La medesima legge 17/1982 dichiara penalmente illecita per chiunque la partecipazione ad un'associazione segreta (art.2), prevedendo, inoltre, nei confronti dei pubblici impiegati, compresi i magistrati, l'apertura di un procedimento disciplinare (art.4).

125 G.M. CAZZANIGA, *Nascita della Massoneria nell' Europa moderna*, in *Storia d'Italia, Annali 21*, Einaudi, 2006 ,pag.5. L'autore prosegue sostenendo che la questione del segreto e, soprattutto, del giuramento ha posto problemi di tipo giurisdizionale fin dal XVIII secolo soprattutto nelle costituzioni liberali europee, dove non solo l'autorità religiosa le condannava, ma anche quella civile poteva prendere iniziative repressive. Specialmente nella esperienza francese ed italiana la questione delle pluralità delle appartenenze, che nelle società di antico regime era la norma, ben presto divenne esplosiva. L'esistenza di una giurisdizione parallela della piccola società separata, fondata sul giuramento, restava una questione irrisolta.

La sezione disciplinare del CSM¹²⁶ ha dichiarato l'incompatibilità tra lo status di magistrato e l'appartenenza alle associazioni massoniche poiché le regole di queste ultime prevedono per l'affiliato: a) la libertà da vincoli in contrasto coi principi e le finalità della massoneria; b) l'esistenza di gradi massonici e di rapporti di subordinazione gerarchica tra massone di grado inferiore rispetto a quello di grado superiore; c) il rifiuto della giustizia profana, ossia di quella di stato, a favore della giustizia massonica; d) la indissolubilità del vincolo massonico da parte dell'associazione, pur in presenza di dissociazione del singolo, e tanto da poterlo comunque sottoporre a potere disciplinare per inosservanza dei doveri massonici.

“Un ordinamento giuridico, questo descritto, che indubitabilmente genera di per sé gravissimi dubbi sulla stessa possibilità che il magistrato massone possa esercitare le funzioni giurisdizionali senza condizionamenti o vincoli di sorta come è costituzionalmente previsto e dovuto, in modo imparziale e indipendente”. L'appartenenza alla massoneria genera dunque una “menomazione grave dell'immagine del magistrato e dell'intero ordine giudiziario”.¹²⁷

Va detto che, ovviamente, la censura non riguarda affatto nè la filosofia, nè gli ideali massonici; la libertà infatti, non è compatibile con alcun vincolo di contenuto, peraltro il magistrato gode delle medesime libertà costituzionali degli altri cittadini.

126 Nella sentenza della sezione disciplinare del CSM del 13 gennaio 1995 in: *Il Foro italiano*, 1995, vol.3, pag.226.

127 Sentenza sezione disciplinare del CSM del 13 gennaio 1995 in: *Il Foro italiano*, 1995, vol.3, pag.226.

Piuttosto “il punto è quello della dipendenza stretta da superiori che potrebbero impartire ordini e direttive al magistrato, il quale si troverebbe nella condizione di dovere violare il *giuramento massonico*, ove tali prescrizioni fossero in contrasto con i doveri della sua funzione, o di violare il *giuramento di fedeltà alla Costituzione ed alla legge*.”¹²⁸

E' evidente che il *solenne giuramento iniziatico*¹²⁹ configura per i magistrati una situazione molto diversa da quella che si realizza nei partiti, i quali pure impongono vincoli intensi di disciplina e possono esercitare pressioni sugli iscritti. Nel caso dei partiti infatti, si tratta di vincoli qualitativamente diversi rispetto all'obbligo di obbedienza discendente dall'affiliazione massonica, vincolo palesemente incompatibile con i valori che devono caratterizzare la giurisdizione.

Al solenne giuramento iniziatico si aggiungono altri elementi tipici delle obbedienze massoniche che configurano una netta differenza tra loggia massonica e partiti politici: innanzitutto la *segretezza* in virtù della quale è vietato per statuto agli affiliati di rivelare a chiunque la qualità di “fratelli” di cui si sia a conoscenza; la *scarsa trasparenza* in ordine alle specifiche finalità delle diverse logge massoniche e in ordine alla identità

128 G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, pag.151.

129 Con la sua *promessa solenne* l'apprendista massone giura “di non palesare i segreti della iniziazione muratoria, di aver sacri l'onore e la vita di tutti, di soccorrere, confortare i suoi fratelli; di non professare principi che osteggiano quelli propugnati dalla libera muratoria” Costituzione dell'ordine, cit. in C.F.GROSSO, *Massoneria e magistratura: la sentenza disciplinare 13 gennaio 1995 come sbocco naturale di un lungo travaglio interpretativo del Csm sul divieto della doppia appartenenza*, in Foro italiano, 1995, V, pag.209.

degli associati (infatti gli associati che non si conoscono personalmente si riconoscono tra loro mediante parole d'ordine e segni convenzionali); doveri di *solidarietà, soggezione a persone* e principi diversi dalla legge; vincolo massonico *non rescindibile*, dato che, al limite, l'affiliato può essere “messo in sonno”, il che, in realtà, spesso, è un mero espediente per occultare la persistenza del legame¹³⁰.

La sezione disciplinare del CSM è intervenuta diverse volte in tema di magistrati e massoneria, fin dalle sue prime pronunce¹³¹ degli anni '80.

Fondamentale è la sentenza del 1995 che rappresenta lo “*sbocco naturale di un lungo travaglio interpretativo*”¹³² del CSM sulla questione della incompatibilità fra massoneria e magistratura; con tale sentenza il CSM arriva ad affermare

130 Profili che sono stati messi in luce nelle elaborazioni del CSM; in particolare nella deliberazione del 14 luglio 1993 e nella sentenza 13 gennaio 1995, in C.F.GROSSO, *Massoneria e magistratura ecc.*, cit., pag.204,210.

131 Significative sono le risoluzioni del *CSM del 22 marzo 1990* e del *14 luglio 1993*. La prima, richiamandosi ai principi stabiliti dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.100 del 1981 ha ritenuto che la libertà di associazione dei magistrati incontra i limiti desumibili dalla soggezione soltanto alla legge (art. 101 Cost.) e dalla indipendenza della magistratura, per cui tra i comportamenti del magistrato valutabili dal CSM ci sia anche “la partecipazione di magistrati ad associazioni che comportino un vincolo gerarchico e solidaristico particolarmente forte attraverso l'assunzione in forme solenni di vincoli come quelli richiesti dalle logge massoniche”. La seconda risoluzione ha ribadito con maggior chiarezza l'incompatibilità dell'esercizio della funzione di magistrato con l'appartenenza alla massoneria”. S. DI AMATO, *La responsabilità ecc.*, cit., pag.352,353.

132 C.F.GROSSO, *Massoneria e magistratura ecc.*, cit., pag.198.

espressamente la rilevanza disciplinare della *doppia appartenenza* del magistrato.

E' il caso di un magistrato che ha continuato a rimanere iscritto alla massoneria anche dopo l'assunzione delle funzioni giudiziarie; il giudice disciplinare si trova così di fronte alla necessità di dover verificare “quanto l'associazionismo massonico per il magistrato si concili con l'appartenenza all'ordine giudiziario”, e non a sindacare nè “il diritto del cittadino di credere nelle idee massoniche e di professarle in forma associata, nè il diritto di coltivare culti esoterici”¹³³. Pare indubbia per il giudice disciplinare la inconciliabilità fra le due appartenenze, all'ordine giudiziario e al sodalizio massonico non segreto.¹³⁴

Tra le motivazioni della sezione disciplinare è centrale il riferimento alla peculiarità della *massoneria italiana* caratterizzata da “diffusi aspetti di *segretezza, vincolo interno* particolarmente intenso, *persistenza di legame, tenaci influenze tra gli affiliati*” elementi tutti “*convergenti in un quadro che rifluisce all'esterno in termini di tale negatività da menomare gravemente la considerazione della quale il magistrato deve godere.*”¹³⁵

133 Sentenza del 13 gennaio 1995 della sezione disciplinare del CSM in: Il Foro italiano, III.

134 Ad avviso del giudice disciplinare l'inconciliabilità vi è comunque anche nel caso di adesione ad una loggia massonica segreta, ma ovviamente in quel caso si ricadrebbe nel divieto dell'art.18 Costituzione, oltre che della legge n.17 del 1982.

135 Sentenza del 13 gennaio 1995 della sezione disciplinare del CSM in: Il Foro italiano 1995, III.

Ragioni che portano la sezione disciplinare ad attribuire, nel bilanciamento dei valori costituzionali in gioco, una preminenza all'*indipendenza* e all'*imparzialità* della funzione giurisdizionale rispetto alla *libertà di associazione* del cittadino-magistrato.

Del resto secondo la giurisprudenza della sezione disciplinare del CSM, dato che l'affiliazione alla massoneria è comunemente apprezzata come un disvalore per il magistrato, non pare possibile supporre che “un magistrato dotato di normale ragionevolezza e avvedutezza non avverta che la sua immagine e quella dell'ordine giudiziario di appartenenza sarebbero pregiudicate dall'affiliazione massonica”¹³⁶. Di conseguenza tale affiliazione è in quanto tale suscettibile di sanzione disciplinare, dato che compromette il prestigio di cui la magistratura deve godere e configura una condotta del magistrato lesiva della fiducia che in lui va riposta.

Questo orientamento della sezione disciplinare è stato in parte confermato dalla *Corte di cassazione* spesso investita del riesame delle condanne disciplinari su iniziativa degli incolpati.

Tuttavia una differenza si nota, nell'atteggiamento della Cassazione nei confronti dei fatti più remoti, in cui essa ha mostrato maggior indulgenza per i magistrati affiliati prima del 1990, perché secondo il giudice di legittimità alcune sentenze disciplinari dei primi anni '80 potevano indurre ragionevolmente i magistrati a ritenere che l'affiliazione vietata fosse solo quella alla massoneria segreta, mentre legittima sarebbe stata invece

136 Sentenza 13 gennaio 1995 della Sezione disciplinare del CSM in: C.F.GROSSO, *Massoneria e magistratura* ecc., cit., pag.211.

l'adesione alle logge massoniche ufficiali. Solo nel 1990 il CSM con la delibera adottata il 22 marzo, ha per la prima volta manifestato il proprio giudizio di riprovevolezza nei confronti dei magistrati iscritti alle logge massoniche ufficiali¹³⁷. Dunque secondo il giudice di legittimità l'elemento soggettivo della colpa sarebbe stato *in re ipsa* per le affiliazioni e le appartenenze massoniche successive al 22 marzo 1990, mentre per i comportamenti dei magistrati anteriori a questa data, deve essere accertato in concreto.

Diversa ancora la posizione della *Corte Europea dei Diritti dell'uomo*.

La Corte di Strasburgo con la *sentenza n.17 del 2004* ha condannato l'Italia a risarcire un magistrato censurato dalla sezione disciplinare del CSM in virtù della sua affiliazione a una loggia massonica (a partire dal 1981 e fino al marzo 1993). Nel caso in esame -ad avviso dei Giudici di Strasburgo- vi sarebbe stata una violazione dell'art. 11 della Convenzione Europea sui Diritti dell' Uomo (libertà di riunione e di associazione) riscontrando in tale provvedimento disciplinare una illegittima ingerenza in quest'ambito di libertà¹³⁸.

137 D.CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Cedam,2011,pag. 221.

138 La Corte di Strasburgo richiama le tre condizioni cui è subordinata la legittimità della limitazione del diritto di associazione, in conformità dell'art. 11 della CEDU: la limitazione deve essere *prevista dalla legge* (principio di legalità), deve perseguire una delle *finalità legittime* indicate dall'art.11, comma 2 e *non deve eccedere quanto indispensabile* per il raggiungimento del proprio scopo (secondo il principio del minimo mezzo). La decisione della Corte si ferma all'analisi del primo presupposto rilevando la mancanza della prevedibilità.

La Corte con tale decisione afferma che è stato violato il *principio di legalità* in relazione alle condotte anteriori alle risoluzioni del CSM del 14 luglio del 1993¹³⁹, in quanto la risoluzione del 1990 non sarebbe stata sufficientemente chiara per consentire al magistrato la prevedibilità della sanzione disciplinare nel caso di affiliazione a una loggia massonica non segreta¹⁴⁰. In particolare la Corte sottolinea come *nel periodo antecedente il 1993* non era sufficiente il combinato disposto dell' art. 18 del R.D. Lgs. 511 del 1946, della legge 17/1982 e della circolare del marzo 1990 del CSM ai fini della prevedibilità, o “foreseeability”; in altri termini, il quadro normativo esistente non chiariva con sufficiente precisione in quali condizioni un magistrato dovesse ritenersi obbligato ad astenersi dall'aderire a una loggia massonica. Ne deriva che la limitazione alla libertà di associazione, imposta al ricorrente sotto forma di sanzione disciplinare, conseguente alla sua appartenenza alla massoneria non può essere ritenuta -dalla Corte di Strasburgo- conforme al *principio di legalità*, secondo quanto richiesto dal

139 Con la *risoluzione del 14 luglio 1993*, il CSM ha sancito chiaramente l'*incompatibilità* dell'esercizio delle *funzioni di magistrato* con l'*appartenenza alla massoneria* anche *ufficiale*. Come messo in luce dalla Commissione del Csm (investita dell'istruttoria) i profili delle obbedienze massoniche (quali la segretezza, il dovere di obbedienza assunto con il giuramento, legame non rescindibile, ingresso per cooptazione) sono tutti elementi che inducono a ipotizzare un fumus di illiceità disciplinare anche per il solo fatto della semplice appartenenza del magistrato alla loggia massonica. Cfr. GROSSO pag.204 cit. in D.CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Cedam, 2011, pag.217.

140 S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Giuffrè, 2013, pag.355.

secondo comma dell'art. 11 della CEDU, che deve ritenersi per questo violato¹⁴¹.

Il divieto di *doppia appartenenza* del magistrato viene codificato dal legislatore alla lettera g dell'art.3 del d.lgs. 109 del 2006, dando così un fondamento legislativo a tale limitazione¹⁴² e togliendo terreno alle critiche da alcuno avanzate nei confronti delle sanzioni decise dal giudice disciplinare per l'iscrizione dei magistrati alla loggia massonica, per il mancato rispetto di riserva di legge in materia di status giuridico dei magistrati.

Sicuramente gli approdi cui sono giunte giurisprudenza e dottrina offrono una guida per l'interpretazione della norma di cui alla lettera g dell'art.3¹⁴³: in particolare l'individuazione dei

141 La Corte afferma che il principio di legalità non si limita ad esigere che la sanzione abbia un *fondamento nella normativa statale*, ma richiede anche che questa normativa presenti gli ulteriori requisiti dell'*accessibilità* da parte dei propri destinatari e della *prevedibilità* degli effetti ad essa conseguenti. La Corte, riguardo al primo aspetto, afferma che l'art. 18 del R.D. 511/1946 rappresenta un sufficiente aggancio normativo, per esercitare il potere disciplinare nei confronti dei magistrati italiani. Inoltre ritiene sussistente il requisito dell'*accessibilità* trattandosi di un precetto contenuto in un testo di legge pubblica (e, anche alla luce della particolare professionalità del ricorrente; un magistrato è un tecnico del diritto) mentre, ritiene insussistente il requisito della *prevedibilità*. M. BARBERO, *Risarcite il giudice massone ! (Nota alla Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell' Uomo sul caso Maestri vs. Repubblica italiana del 17 febbraio 2004)* online

142 Si rovescia, in questo modo, l'orientamento favorevole o, comunque, benevolo verso l'appartenenza massonica dei giudici in epoca liberale e prefascista. Ved. F. ANCORA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e l'appartenenza alla massoneria da parte dei magistrati*, in: Giurisprudenza di merito, Parte IV, 1996.

143 Del sopra citato d.lgs.109 del 2006.

parametri in base ai quali verificare l'*incompatibilità* dell'*appartenenza di un magistrato ad una associazione* con i *principi posti a tutela della funzione giurisdizionale* potrà giovare dell'elaborazione sviluppatasi sul terreno dell'affiliazione ad organismi massonici¹⁴⁴.

Il *caso dell'affiliazione alla massoneria* ci mostra come il *giudizio di bilanciamento* tra i diversi principi costituzionali in gioco, da un lato la fondamentale libertà di associazione del cittadino-magistrato e dall'altro i valori costituzionali che caratterizzano il suo status costituzionale (indipendenza e imparzialità), possa giungere ad *equilibri e soluzioni diverse* a seconda delle diverse circostanze.

Del resto anche la *Corte Costituzionale* ha riconosciuto più volte la necessità di un contemperamento dei diritti individuali, di cui il magistrato è titolare, come ogni altro cittadino, con l'“esigenza di una rigorosa tutela del prestigio dell'ordine giudiziario”, che rappresenta uno dei valori fondanti dell'assetto di un moderno Stato democratico. In particolare, si è riconosciuto che l'imparzialità e l'indipendenza devono essere affermate non solo come parametro di valutazione delle condotte poste in essere nello specifico svolgimento delle funzioni giurisdizionali, ma ancor prima e con maggior rilievo, come regola di comportamento da tener presente in ogni occasione di tempo e di luogo, per non svilire l'immagine della

144 A. CAPUTO, *Gli illeciti disciplinari* in E .ALBAMONTE e P. FILIPPI, *Ordinamento giudiziario leggi, regolamenti e procedimenti*, Utet, 2009, pag.767.

magistratura e la sua credibilità agli occhi dei cittadini.¹⁴⁵ E' inoltre evidente che i magistrati rappresentano una categoria di soggetti legati da un rapporto più stretto con lo Stato-istituzione, per i quali divengono più intensi i doveri di fedeltà e di obbedienza al proprio ordinamento, sia per le qualità richieste dal servizio che svolgono, sia per la funzione istituzionale che ricoprono.¹⁴⁶

L'analisi qui presentata mostrerà poi come nel caso della *partecipazione del magistrato alla vita di un partito politico* o di una associazione politica sia possibile compiere un diverso e ragionevole bilanciamento tra i medesimi valori, proprio per la diversità del contesto .

Tuttavia secondo parte della dottrina¹⁴⁷ sarebbe opportuno che i magistrati non si iscrivessero nemmeno a quelle *associazioni* che, benchè *non massoniche*, non segrete ma semplicemente *esclusive, èlitarie, chiuse* e prive di trasparenza, abbiano finalità spesso poco chiare o "salottiere" e servano essenzialmente ad unire più persone in un vincolo esclusivo e di gruppo.

Mentre non si porrebbe alcun problema per un avvocato o un qualsiasi altro libero professionista di aderire a tali tipologie di associazioni.

145 Corte Costituzionale, sent. 22 giugno 1976, n. 145; sent.8 giugno1981, n.100;ord.17 dicembre 1981, n.200.

146 T. MASSA, *Corte europea dei Diritti dell'uomo,2 agosto 2001* in: Cassazione penale, 2002, pagg.230-231.

147 G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, Giuffrè, 2010, pag. 115.

Il problema si porrebbe invece per il giudice che, unendosi ad un gruppo così esclusivo potrebbe perdere quella immagine di terzietà e imparzialità che non può non tener conto anche delle apparenze.¹⁴⁸

¹⁴⁸ G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, Giuffrè, 2010, pag.115.

1.3 Alla ricerca del bilanciamento: tra imparzialità della magistratura e diritto alla partecipazione dei magistrati alla vita politica

1.1.1 Le problematiche dell'art.98, 3° comma della Costituzione

I tentavi di disciplinare per via legislativa l'impegno dei magistrati in politica (a partire dall'iscrizione ai partiti) sono stati un *Leit Motiv* ricorrente, specialmente, nella fase più recente della vita della repubblica italiana.

Ciò è evidente anche se gettiamo uno sguardo alle osservazioni di magistrati e giuristi intervenuti nel pubblico dibattito, persino nel periodo successivo alla riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005.

Addirittura ancora nell'anno 2012 è stata avanzata, in una rivista che fa capo ad una delle associazioni dei magistrati, l'idea di un possibile intervento sulle modalità dell'impegno dei magistrati in politica¹⁴⁹, per la verità più in riferimento al

149 “In questo contesto, non appare irragionevole pensare alla introduzione di limiti e di regole che, in qualche modo, forniscano anche delle indicazioni di principio [...] Ad esempio io sono convinto che la candidatura di magistrati legata alla notorietà assunta per le indagini svolte o per gli incarichi ricoperti, sia una cosa tendenzialmente da evitare, perché influisce negativamente sia sull'esercizio della giurisdizione, in quanto può favorire eccessi e forme di protagonismo, sia sull'esercizio dell'attività politica, in quanto un magistrato scelto con lo stesso criterio con il quale si candida un'attrice o una campionessa di scherma difficilmente potrà dare contributi seri all'attività delle istituzioni[...] per questo vedrei con favore una disciplina che vieti la candidatura dei magistrati nei luoghi in cui hanno esercitato la funzione per un tempo maggiore (due o tre anni) rispetto alla previsione attuale” G. CASCINI, *Politicità della*

coinvolgimento nell'elettorato passivo, che nella iscrizione ai partiti, come è naturale che sia, in una situazione in cui ormai i "partiti" hanno forme e strutture sempre più leggere ed evanescenti, potremmo dire "liquide".

Alla base di queste difficoltà c'è evidentemente una tensione (che si manifesta in forme e modalità diverse) tra valori costituzionali difficili da bilanciare, come già si riconosceva con chiarezza in una sentenza della Corte Costituzionale del 1976¹⁵⁰.

Nel caso del cittadino-magistrato infatti si trovano a coesistere due diversi ambiti di tutela. Da un lato la tutela della imparzialità e indipendenza del magistrato rispetto ad ogni pressione esterna, dall'altro la tutela dei diritti fondamentali che garantiscono la libera partecipazione di ogni cittadino alla sfera politica. Due tutele entrambe essenziali. Non può parlarsi infatti di libertà politica laddove non vi è separazione dei

giurisdizione e consapevolezza del proprio ruolo, in *Questione Giustizia*, n. 6/2012, pag. 69.

150 La Corte Costituzionale, nella sentenza n.145 del 1976, affermava, in relazione ad una questione di legittimità costituzionale della normativa concernente la disciplina dei magistrati, che in questa materia si tratta di "operare una valutazione comparativa dei due contrapposti interessi, del prestigio della funzione e di una giusta tutela dei diritti dei singoli dipendenti pubblici...E per quanto riguarda i magistrati dell'ordine giudiziario...la prevalenza è stata data al primo, che trova sicuro riconoscimento in Costituzione, adottandosi in conseguenza la soluzione più severa (analogamente a quanto disposto per gli ufficiali e i magistrati militari): a rigore della quale peraltro fanno da contrappeso le particolari garanzie, senza riscontro in altri settori, assicurate ai magistrati". Sentenza n.145/1976

poteri¹⁵¹, né può parlarsi di essa laddove non vi è per ciascun cittadino libertà di manifestare il pensiero, di associarsi (in partiti o in altre forme).

Il peculiare status costituzionale del magistrato pone il problema di individuare in che modo tale posizione possa condizionare l'esercizio di alcuni diritti pubblici soggettivi, quali il diritto di sciopero, la libertà di manifestazione del pensiero¹⁵², la libertà *di associazione e iscrizione ai partiti politici* (che è l'aspetto che qui ci interessa). Non si tratta certamente di un problema che riguarda soltanto la magistratura.

La necessità di assicurare garanzie di imparzialità si pone innanzitutto per chi esercita la funzione giurisdizionale ma anche per coloro che hanno la rappresentanza dell'autorità pubblica come i militari di carriera in servizio attivo, funzionari, agenti di polizia e rappresentanti diplomatici e consolari all'estero (le categorie citate all'articolo 98 della Costituzione).

Il dibattito costituente -come vedremo- aveva dimostrato l'inadeguatezza della soluzione individuata dall'art. 94 del

151 MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Libro XI, Cap.6°, *Della costituzione inglese*, " La libertà politica in un cittadino è quella tranquillità di spirito che proviene dall'opinione che ciascuno ha della propria sicurezza; e perché si abbia tale libertà bisogna che il governo sia tale che un cittadino non possa mai temere un cittadino. Quando nella stessa persona o nello stesso corpo di magistratura il potere legislativo è riunito a quello esecutivo, non c'è libertà; giacché si può temere che lo stesso monarca o lo stesso senato faccia delle leggi tiranniche per eseguirle tirannicamente". L. NUTRIMENTO (a cura di) *Le dottrine politiche di Montesquieu e Rousseau*, Treviso, Canova, 1965, pag. 83.

152 G. VOLPE, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati* in A. PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 1974, pag. 420.

Progetto di Costituzione¹⁵³ che circoscriveva la questione della iscrizione ai partiti politici ai soli magistrati¹⁵⁴. Tanto è vero che, nel testo costituzionale definitivo, l'art. 98 affronta la questione contemporaneamente per tutte le quattro categorie sopra citate, non solo per i magistrati.

Anche la Corte Costituzionale (con la Sentenza n. 172/1982) ha considerato il principio di imparzialità come elemento accomunante la magistratura alle altre categorie di funzionari pubblici, pur sottolineando le peculiarità, anche sotto questo aspetto, della funzione giudiziaria¹⁵⁵.

Non solo nella Costituzione non vi è alcuna norma che imponga la sterilizzazione politica dei singoli funzionari, ma, anche a prescindere dalle chiare indicazioni che provengono dai lavori preparatori, le disposizioni espresse sono tali da escluderla.¹⁵⁶

L'obiettivo della norma in esame è quello di garantire le libertà politiche ai magistrati e agli altri funzionari statali e contemporaneamente la necessaria indipendenza dagli organi politici, secondo il modello, tenuto presente dai costituenti, della

153 Progetto di costituzione della Repubblica italiana, licenziato dalla II Sottocommissione, che all'art.94 prevede che: "i magistrati non possono essere iscritti ad alcun partito o ad alcuna associazione segreta". Cit. in F. RIGANO *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982, pag.310.

154 A. SAITTA, *Articolo 98*, in BIFULCO CELOTTO OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, cit. pag. 1921.

155 Per completezza va precisato che in questa sentenza che ha ribadito che anche ai magistrati spetta il diritto di partecipazione alla vita politica, quest'ultimo diritto "non può non essere limitato dalla sussistenza di altri beni giuridici costituzionalmente protetti, quali il buon andamento della giustizia e il prestigio dell'ordine giudiziario"

¹⁵⁶ L. CARLASSARE in *Amministrazione e potere politico* Padova, Cedam, 1974, pag.107.

Costituzione di Weimar che, all'art. 130¹⁵⁷ riconosceva che “*Gli impiegati sono al servizio della collettività.... Ad essi sono assicurati la libertà del pensiero politico e quella di riunione*”.

In altri termini questo obiettivo implica la problematicità della individuazione dei limiti entro cui esercitare quei diritti.

E' questo un nodo attorno a cui si sono confrontate e si sono scontrate due culture giuridiche diverse e tra loro in conflitto.

La concezione del ruolo del giudice divide profondamente - come abbiamo già visto- non solo i magistrati, ma anche l'opinione pubblica, o almeno una parte di essa.

Da un lato troviamo la concezione del giudice come una persona che vive la sua imparzialità come estraneità assoluta alla politica. E' il giudice che “percepisce la politica come male, secondo tutta una tradizione: la tradizione bonapartista-autoritaria francese e italiana”¹⁵⁸. Il magistrato che “non deve fare professione di fede politica, non deve dimostrare il proprio attaccamento a questo o a quel partito, perché gli è vietato dalla natura delle funzioni a lui affidate¹⁵⁹”. Deve essere al di sopra e al di fuori dei partiti.

Dall'altra parte coloro che sostengono che il magistrato è un essere umano, e come tale portatore di proprie opzioni culturali e politiche; dunque non si può negare al magistrato, in quanto cittadino, la dimensione della politicità propria di ogni essere umano e non eliminabile dal divieto di iscrizione ai partiti politici.

157 Il richiamo al modello weimariano è sottolineato da L. CARLASSARE in *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974, pag.107

158 V. ACCATTATIS , *Il giudice nello stato liberaldemocratico*, Firenze, Il Ponte editore, 2003 pag. 58.

159 V. ACCATTATIS, *Il giudice nello stato liberaldemocratico*, cit.,pag.52.

Certo in questo modo di vedere, i giudici, per riprendere la celebre metafora di Madison nel Federalista, non sono angeli. Ma, potremmo aggiungere, per fortuna non lo sono. Solo questi giudici, proprio perché sono uomini, infatti possono essere non “fedeli custodi dei valori tramandati” ma persone che “ cercano di dare il proprio contributo alla gestazione della nuova società annunciata dalla costituzione”¹⁶⁰.

Ma passiamo ora alla norma costituzionale centrale in questa riflessione. La *ratio* palese che i Costituenti intesero perseguire configurando, nell'art. 98, la possibilità di una limitazione all'iscrizione ai partiti politici, era quella di salvaguardare alcune funzioni pubbliche particolarmente delicate -quali quella giurisdizionale- dal pericolo di sviamenti e pressioni provenienti da poteri esterni, in particolare dal potere politico. Si voleva evitare infatti che il partito potesse tentare d'imporre la sua disciplina anche a magistrati come ad altri soggetti pubblici e che, in forza dei suoi particolari strumenti di pressione finisse con il prevalere, condizionando l'attività giudiziaria.¹⁶¹

Ma va precisato che il problema dell'iscrizione dei magistrati ai partiti politici presenta profili di maggior delicatezza e complessità per quanto concerne la magistratura, rispetto alle altre categorie incluse nell'articolo 98.

Tra pubblici funzionari e magistrati c'è da rilevare una distinzione: la posizione del magistrato, proprio per il particolare

160 N. BOBBIO, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, Quale Giustizia, 1971, pag. 273.

161 A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*, cit., pag. 1918.

status che lo denota, in quanto “soggetto *soltanto* alla legge”, si distingue nettamente dal resto della pubblica amministrazione “per il forte collegamento del potere alla persona del funzionario”. L’avverbio *soltanto* sta proprio a indicare che non solo poteri esterni, ma neppure fattori interni alla funzione giudiziaria possono rompere l’immediatezza del rapporto tra il giudice e la legge, rapporto che il principio del giudice naturale concentra in un determinato giudice precostituito e infungibile.¹⁶² È una situazione totalmente diversa da quella del funzionario pubblico, la cui indipendenza è bilanciata nell’attività amministrativa dall’immanenza dell’interesse generale, dalla presenza uniformante di un potere di indirizzo, dalla conformazione alla prassi¹⁶³. “ Insomma il potere amministrativo non raggiunge [...] il grado di diffusione proprio del potere giudiziario e non esistono meccanismi di collegamento del potere alla persona del funzionario così rigidi ed esclusivi quale il principio del giudice naturale” ¹⁶⁴.

162 G. BORRE', *Articolo 98*, in BRANCA PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1994, pag. 462.

¹⁶³ G. BORRE' , Art. 98, in BRANCA PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1994, pag.462.

164 G. BORRE' *Articolo 98* in: BRANCA PIZZORUSSO *Commentario alla costituzione*, Bologna Zanichelli, 1994, pag. 461-462. Borrè aggiunge che il giudice è “critico della legge ai fini della eventuale remissione alla Corte Costituzionale per il sindacato di legittimità, e che l'esercizio di tale funzione... è un altro forte elemento di personalizzazione tanto più che esso consiste in un tipico giudizio di valore” pag. 463. Altro elemento di personalizzazione si esprime nell' attività interpretativa del giudice che si fonda su opzioni ideali diverse in modo da riflettere modi diversi di intendere la società. “Il potere giudiziario è “diffusamente” portatore di una ricchezza culturale che emerge soprattutto quando i giudici interpretano (pluralisticamente) la Costituzione,

Forse è significativo che i costituenti, nel Progetto originario di Costituzione (art.94),¹⁶⁵ per ciò che attiene al rapporto magistratura- politica in senso partitico, abbiano dato, in un certo senso, la priorità dell'attenzione al problema concernete la magistratura, piuttosto che a quelli riguardanti le altre pubbliche funzioni.

Si trattava di intervenire su un nodo di problemi legati alla figura del magistrato in politica. Nello Stato liberale la magistratura era considerata di fatto una parte della classe politica e il passaggio dei magistrati dal ruolo di giudice a quello di deputato o viceversa, era una prassi ordinaria¹⁶⁶, sottoposta a una blanda limitazione, costituita da una sorta di “numero chiuso” (il numero dei magistrati eleggibili alla Camera non poteva eccedere un certo numero, di solito piuttosto basso, di deputati)¹⁶⁷.

producendo una pressione costante sul potere politico”, N.PIGNATELLI, *// divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici un “cavallo di Troia”*, in *Scritti dei dottorandi in onore di A. Pizzorusso*, Torino, Giappichelli, 2005, pag.351.

165 Infatti il testo del terzo comma dell'*art. 94* del progetto originario di Costituzione, così recita: “ *I magistrati non possono essere iscritti a partiti politici o ad associazioni segrete*”.Cit. in Progetto di costituzione della Repubblica italiana cit. in F. RIGANO *Costituzione e potere giudiziario*, Padova,Cedam, 1982, pag.310.

166 Nello Stato liberale prima del fascismo, ed anche nello stato fascista, fino all'ordinamento Grandi incluso, “l'incompatibilità parlamentare non fu mai prevista dalle leggi sull'ordinamento giudiziario .” F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al parlamento* , in *Giurisprudenza italiana* n. 137/1985, parte IV pag.30. Erano invece precluse gli uffici di sindaco, consigliere comunale e provinciale, assessore o segretario comunale.

¹⁶⁷ F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al parlamento* , in *Giurisprudenza italiana* n. 137/1985, parte IV pag.31.

Vi erano invece pesanti limitazioni per il diritto all'elettorato passivo degli altri funzionari statali.

La magistratura era infatti vista come una sezione della classe politica¹⁶⁸, e l'osmosi tra magistratura e Camera elettiva era considerata un fatto fisiologico. La struttura "piramidale e verticistica" della magistratura rendeva poi completo questo tipo di subordinazione alla politica: eleggibilità dei magistrati e subordinazione gerarchica all'alta magistratura infatti condizionavano dall'alto le carriere di tutti quanti i magistrati¹⁶⁹. La funzione giudiziaria difficilmente in tale contesto poteva essere esercitata *sine spe ac metu* di fronte alla possibilità di

168 Così' Domenico Zanichelli nel 1887 giustificava la necessità di considerare i magistrati parte della classe politica : "la classe degli uomini atti a ben esercitare il mandato legislativo non è molto numerosa nel nostro paese e meno numerosi sono poi quelli di essa che potrebbero sostituire degnamente i magistrati; ora, in questa condizione di cose mi sembra pericoloso cacciare dalla camera uomini di certa e provata sapienza giuridica di conosciuta integrità di carattere , quali sono i magistrati". In F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati in parlamento*, in *Giurisprudenza italiana* n. 137/1985, parte IV , pag. 30.

169 "Il privilegio assicurato agli alti magistrati ben si comprende solo se inteso come tassello della meno liberale politica giudiziaria, che ebbe i suoi caposaldi nella centralizzazione ministeriale del sistema disciplinare e, soprattutto, nella devoluzione alla Corte di cassazione con la legge Siccardi del 1851 delle deliberazioni sui trasferimenti dei magistrati. Coglie quindi nel segno chi nella disciplina di quegli anni individua un " possibile mezzo per controllare indirettamente i comportamenti dei magistrati, tra l'altro per il tramite delle loro aspirazioni anche a quei livelli in cui le gratificazioni della carriera giudiziaria erano ampiamente soddisfatte (DI FEDERICO G. *Gli incarichi...*)". Così F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al Parlamento*, in *Giurisprudenza italiana* n. 137/1985, parte IV, pag. 29-30.

una valutazione positiva o negativa da parte di un potere interno e poi di un potere esterno alla propria attività professionale.

I costituenti si applicarono all'aspetto più immediato (e evidente all'epoca) del problematico rapporto magistratura-politica, quello del rapporto coi partiti, ma i vari aspetti attinenti al complesso rapporto tra magistratura e politica non possono in effetti ridursi al solo problema del divieto dell'iscrizione ai partiti.

Quello che è mancato, in sede costituente, ma soprattutto più tardi, come un interessante saggio di un trentennio fa sosteneva, è la ricerca delle cause profonde dei fenomeni che alterano l'indipendenza del potere giudiziario¹⁷⁰.

La soluzione configurata in Costituzione pare, così, essere stata una *soluzione "cautelativa"*¹⁷¹ e tale forse è stata, non solo per la difficoltà di comporre insieme posizioni difficilmente tra loro conciliabili, ma anche per la percezione della difficoltà di

170 “ A fronte di un fenomeno tanto preoccupante (le connessioni tra magistratura e centri di potere ad essa esterni) il più drastico dei rimedi sinora suggeriti è stato quello di proporre che si vieti ai magistrati l'iscrizione ai partiti politici (e sull' inefficacia di tale provvedimento, già di per sè evidente, torneremo più innanzi). Ciò non può far meraviglia perché, nonostante siano state numerose le denunce del fenomeno qui considerato, le ricerche delle cause del fenomeno stesso sono rimaste a dir poco carenti. Tanto carenti che non ci si è seriamente soffermati a considerare tra le sue possibili cause neppure un fenomeno così appariscente quale quello degli incarichi extragiudiziari”. G. DI FEDERICO, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati: una grave minaccia per l'indipendenza ed imparzialità del giudice, una grave violazione del principio della divisione dei poteri*, saggio introduttivo a F. ZANNOTTI, *Le attività extragiudiziarie dei magistrati ordinari*, Padova, Cedam, 1981, pag. LXIII.

171 Sono definizioni di S. SENESE in *Magistrati e iscrizione ai partiti politici* , in *Quaderni della giustizia* n. 61, a.VI, agosto 1986, pag. 9.

afferrare il problema alle radici. E proprio per questo ci si è affidati alla “*sperimentazione*”¹⁷² *storica* per decidere l'opportunità o meno di introdurre eventuali limitazioni alla partecipazione politica dei magistrati, configurando una facoltà da esercitare con grande cautela dato che si va a limitare un diritto costituzionalmente garantito dagli artt. 18 e 49 della Costituzione, cioè la libertà di associarsi in generale e quella speciale di associarsi in partiti politici.

L'articolo 98 terzo comma Cost. si presenta come una *norma facoltizzante*, in quanto il legislatore ha la facoltà e non l'obbligo di introdurre limitazioni all'iscrizione ai partiti. E' al tempo stesso una *norma eccezionale* poiché limitando l'esercizio di un diritto costituzionale deroga sia alla libertà di associazione in partiti di cui all'art.49, ma anche alla più generale libertà di associarsi di cui all'art.18, è perciò da escludere che l'art.98 3° comma possa essere suscettibile di applicazione analogica e quindi di fare ricorso a tale disposizione al di fuori dei casi in essa espressamente indicati.

E' importante mettere a fuoco allora il tenore letterale della norma che, in primo luogo, pare consentire al legislatore la sola limitazione dell'iscrizione a partiti politici e non la soppressione assoluta del diritto. In secondo luogo la disposizione parla solo di partiti politici e non di altre associazioni aventi carattere politico, di conseguenza è generalmente riconosciuto che le *limitazioni* di cui al 3° comma dell'art.98 Cost. *non* sono applicabili alle *associazioni politiche* diverse dai partiti.

172 S.SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici* cit., 1986, pag.9.

Il compromesso raggiunto in Costituzione si presta tuttavia a più interpretazioni.

Da una parte vi è una tesi maggioritaria che ritiene che debba valere una interpretazione rigorosa, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo, una interpretazione non estensiva dunque. La norma non sembra così fornire le basi per una “sterilizzazione politica” dei magistrati, anzi sembra proprio escluderla. Si può intendere che, essendo prevista una limitazione concernente soltanto l'iscrizione “resta libera l'adesione ideologica anche apertamente manifestata”.¹⁷³

Non sono mancate in dottrina interpretazioni estensive di tale comma, che prescindendo dalla formulazione letterale della disposizione, individuano una *ratio* che renderebbe legittime anche talune restrizioni addirittura alla libertà di espressione dei magistrati¹⁷⁴.

Tuttavia alla luce della giurisprudenza costituzionale si può ritenere che la prospettiva di un bilanciamento tra tutela delle libertà e tutela dell'imparzialità della magistratura richieda semmai la individuazione di punti di equilibrio volta a volta

173 “Resta pertanto libera l'adesione ideologica, anche apertamente manifestata. Quindi va tenuto fermo che, in armonia col più generale enunciato dell'art. 49, il principio ispiratore è il pluralismo ideologico, già di per sé garanzia di imparzialità e, insieme, freno alla tendenza della burocrazia ad esprimersi come blocco unitario, a porsi come forza alternativa”. L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974, pag. 108.

174 S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*, Napoli, Jovene, 2008, pag. 64-65. L'autore aggiunge che, a suo parere “ la succitata disposizione costituzionale è legittimamente invocabile non solo per bilanciare la libertà di associazione ma anche per bilanciare la libertà di espressione”.

diversi, col mutare delle condizioni storiche. Si potrebbe ipotizzare che in epoca a noi più vicina la esigenza di trovare un nuovo punto di equilibrio sia divenuta sempre più pressante¹⁷⁵. La crescita dell'impatto "politico" delle attività dei magistrati avrebbe infatti intensificato il bisogno di intervenire al fine di assicurare la ragionevole presunzione che "essi non siano guidati dal desiderio di far trionfare una parte politica".¹⁷⁶

In questa prospettiva si può forse leggere la previsione statutaria – introdotta negli anni ottanta e all'origine di un vivace dibattito- per cui lo Statuto dell' ANM stabilisce la incompatibilità dell' iscrizione ai partiti con quella all'associazione professionale dei magistrati¹⁷⁷.

Ciò potrebbe interpretarsi come il sintomo della necessità emergente- anche in relazione alle forti polemiche contro la magistratura ed agli scontri politici relativi - di fornire una sorta di prova evidente di imparzialità e affidabilità. L'incompatibilità prevista dallo Statuto dell' ANM è però da una parte della dottrina considerata il segnale pericoloso di una nuova

175 E' la tesi di G. SILVESTRI nell' opera cit. *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*.

176 "Che essi possano avere proprie opzioni politiche è ovvio, che le possano manifestare è altrettanto ovvio, ma non è per niente ovvio che possano mostrarsi pregiudizialmente e organicamente schierati con una delle parti politiche in gioco" G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, pag. 148.

177 Secondo l'art. 6 dello *Statuto dell' ANM* (Diritti e obblighi sociali) "L'iscrizione all'A.N.M. è incompatibile con l'iscrizione a partiti politici e con l'assunzione di incarichi o cariche in partiti o formazioni partitiche". Inoltre sempre l'art.6 prevede che "l'accettazione di candidature in elezioni politiche e amministrative determina la decadenza da incarichi rappresentativi nell' ANM".

separatezza rispetto alla società. La magistratura esprimerebbe una volontà di “sanità” morale che imporrebbe l'allontanamento dalla politica e configurerebbe, comunque, una grave menomazione di principio ai diritti politici del cittadino-magistrato¹⁷⁸.

A queste considerazioni è però il caso di aggiungere che il problema del rapporto tra la magistratura e la politica in senso stretto in tempi più vicini all'attualità, si è posto sempre più spesso non tanto in relazione all'atto di iscrizione o adesione ad un partito, ma soprattutto in relazione alla accettazione di candidature politiche che non possono che essere offerte da forze partitiche. Accettazione che ripropone per altre vie la stessa contiguità col potere politico dell'iscrizione al partito, anzi forse una contiguità molto più forte di quello che comporta l'iscrizione.

L'attenzione si è così rivolta, recentemente, anche alla tematica della eleggibilità e dei vincoli ad essa, una tematica non affrontata in Costituente.

Tutto questo ha riportato l'attenzione sia sulla norma dell'art. 98, sia sul problema più ampio del “magistrato in politica” soprattutto nella seconda fase della repubblica italiana, dagli anni '80 del XX secolo in poi, mano a mano che la presenza dei magistrati nelle liste elettorali e nelle Camere è divenuta più consistente. Proprio per il crescere degli ambiti discrezionali che il giudice è chiamato a gestire e della rilevanza sociale delle sue decisioni, diventa più forte la richiesta di

178 V. ACCATTATIS, *Il giudice nello stato liberaldemocratico*, cit., pag.85-86.

garanzie, più puntuali e stringenti, per assicurare il cittadino che quel “crescente potere venga utilizzato dal suo giudice in modo non partigiano, *sine spe ac metu*”¹⁷⁹.

179 G. DI FEDERICO, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati: una grave minaccia per l'indipendenza e imparzialità del giudice, una grave violazione del principio della divisione dei poteri*, saggio introduttivo a F.ZANNOTTI , *Le attività extragiudiziarie dei magistrati ordinari*, Padova, Cedam, 1981 , pag. LXXVI.

1.1.2 La genesi dell'art. 98 nel dibattito costituente

Già nella fase dei governi che ressero l'Italia negli ultimi anni di guerra riprese vigore quel rinnovamento dell'organizzazione giudiziaria che era stato drammaticamente interrotto dal fascismo. Una prima tappa essenziale di tale rinnovamento, dopo la circolare di Arangio Ruiz del 1944, fu senza dubbio la legge sulle guarentigie della magistratura (il r. d.lgs. 31 maggio 1946 n. 511).¹⁸⁰

L'opera complessiva di rinnovamento della magistratura fu intrapresa in sede di Costituente. La Costituente introdusse principi fondamentali che configuravano l'organizzazione della magistratura in modo radicalmente diverso rispetto al periodo dello stato liberale (oltre che a quello dello stato fascista). L'idea di magistratura fatta propria dalla Costituente dette luogo in effetti ad una innovazione radicale per ciò che concerne il contesto italiano: quella *“di privilegiare l'indipendenza come non ingerenza dell'esecutivo nell'organizzazione giudiziaria, configurando la magistratura come un terzo potere”*¹⁸¹. Ma la stessa capacità innovativa non si ritrovò in altri aspetti: ad esempio le disposizioni che determinarono l'organizzazione

180 Punti qualificanti del r.d.lgs. n 511/31 maggio 1946 : il riconoscimento dell'inamovibilità per i magistrati non inferiore al livello dei giudici, sostituito procuratore o pretore la previsione di un sistema elettivo per designare i membri del CSM, la sottoposizione dei magistrati requirenti non più alla direzione bensì alla vigilanza del ministro guardasigilli. F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, cit., pag.43-44.

181 F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato- Saggio di diritto costituzionale-*, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 72.

della giustizia nel nuovo testo costituzionale, davano per lo più per scontata la conservazione delle istituzioni giudiziarie preesistenti, quanto meno nelle loro linee fondamentali¹⁸². Ciò fu la conseguenza del fatto che le disposizioni contenute nel *Titolo IV* della Costituzione vennero elaborate in modo separato e distinto rispetto ai principi e ai diritti fondamentali e che esse furono il prodotto dell'opera soprattutto di giuristi, senza che gli esponenti dei partiti politici vi apportassero contributi significativi. La cultura giuridica italiana era all'epoca caratterizzata da una netta separazione dalla politica¹⁸³ e da una esaltazione del tecnicismo giuridico come canone di riferimento essenziale per la ricostruzione dello Stato e dei suoi organi. In effetti è una asserzione condivisa quella per cui l'orientamento giuspositivista operò come orientamento predominante in Costituente¹⁸⁴. E d'altronde le indicazioni programmatiche dei partiti erano molto povere e arcaiche, divise tra un ritorno al sistema istituzionale prefascista e un tentativo di rinnovamento modellato sulle orme delle esperienze costituzionali del primo dopoguerra¹⁸⁵.

182 A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1990, pag. 37.

183 “Il dogma della netta separazione tra la sfera politica e quella giuridica comporta l'affermazione del carattere neutrale e naturalmente conservatore dell'attività del tecnico, e sul piano politico, la scelta della non militanza”, F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, cit., pag. 7-8.

184 F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., pag. 73.

185 F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982, pag. 5.

Nell'assemblea costituente la discussione sulla parte del Progetto di Costituzione¹⁸⁶ relativa alla Magistratura , elaborato dalla II Sottocommissione, si tenne tra il 6 novembre e il 7 dicembre 1947.

L'attenzione alla questione dell'iscrizione dei magistrati ai partiti politici era però stata viva sin dall'inizio dei lavori della Costituente, quando si affrontò la discussione analizzando l'articolo 24 del progetto Calamandrei¹⁸⁷ su “Potere giudiziario e Suprema Corte Costituzionale” che conteneva la formulazione - peraltro accompagnata da un punto interrogativo- “ i magistrati non possono essere iscritti ad alcun partito politico”.

Numerosi costituenti intervennero sulla proposta di questo divieto, che sembrava a molti essenziale per porre le basi di un esercizio imparziale e autorevole della giurisdizione.

E' vero che la circolare del guardasigilli liberale Arangio-Ruiz del 6 giugno 1944 aveva rimosso il divieto che impediva ai magistrati la pubblica professione di fede politica, affermando la liceità dell'appartenenza ai partiti e stigmatizzando il divieto di partecipazione alla vita politica come un “*odioso privilegio*” e anche come un divieto inutile, in quanto il giudice, comunque, non potrebbe non avere sue opinioni personali, dentro o fuori i partiti, tanto più efficaci quanto più nascoste¹⁸⁸. Ma la maggioranza dei magistrati era rimasta insensibile a questo

186 Progetto di Costituzione della Repubblica italiana relativo al titolo IV La Magistratura, cit in F.RIGANO *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982,pag.310-311.

187 Progetto di Calamandrei “ Potere giudiziario e Suprema corte Costituzionale” cit. in F.RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*,cit.,pag.269.

188 S.SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici* , cit., pag.7.

richiamo, per la diffidenza radicata - all' interno della magistratura - verso i partiti e verso la vita politica. Questa diffidenza aveva lontane radici nella cultura politica e giudiziaria italiana, ed era forse, anche, una reazione all' uso spregiudicato che il potere politico aveva fatto dell'amministrazione della giustizia nell'Italia liberale e dell'arrogante invadenza del partito nazionale fascista verso la magistratura¹⁸⁹. Perciò era diffusa la cultura dell' "apoliticità" del magistrato anche tra i giudici. Lo dimostrava anche un ordine del giorno votato per sollecitare alla Costituente l'introduzione di un divieto di iscrizione ai partiti¹⁹⁰.

Quel divieto era dunque per molti costituenti un mezzo per ristabilire il prestigio e la pubblica fiducia nella magistratura. E' per questo che la seconda sottocommissione licenziò un testo contenente una norma proibitiva¹⁹¹. Che, peraltro, in modo un po' "sconcertante", come si è scritto, assimilava l'iscrizione ai partiti a quella alle associazioni segrete, in un momento in cui i partiti dovevano essere il segno del risorgimento della vita nazionale¹⁹².

189 S.SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, cit., pag. 7.

190 "...Non penso che si possa andare al di là di quello che i magistrati hanno sentito ed espresso in un ordine del giorno votato non dalla maggioranza, ma dalla totalità. ..La totalità della classe ha chiesto e chiede all' Assemblea Costituente che ponga nella costituzione una norma inibitiva dell'appartenenza ai partiti politici." On.le Candela in : *Assemblea Costituente, Seduta antimeridiana di venerdì 5 dicembre 1947*, pag.2857.

191 " I Magistrati non possono essere iscritti ad alcun partito politico o ad alcuna associazione segreta" (art.94) Progetto di Costituzione della Repubblica Italiana in F.RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, cit., pag.310.

192 V. ACCATTATIS, *Il giudice nello Stato liberaldemocratico*, cit., pag. 65.

Il blocco conservatore dei costituenti costituito da democristiani, liberali e rappresentanti dell'Uomo Qualunque a sostegno del divieto individuava nella partecipazione ai partiti politici il momento in cui si concretizza quel potere di influenza che può vanificare il principio di separazione dei poteri. Essi sostenevano che la proibizione di pubbliche appartenenze partitiche potesse promuovere quella fiducia nel sistema giudiziario che era sempre mancata ed era necessaria alla credibilità della funzione giurisdizionale¹⁹³. La estraneità anche formale all'appartenenza partitica era anzi ritenuta necessaria per valorizzare la dignità dei magistrati e renderli superiori “non soltanto ad ogni parzialità, ma anche ad ogni sospetto di parzialità”¹⁹⁴.

A queste argomentazioni si aggiungeva poi che il divieto, sottraendo il magistrato al vincolo della rigida disciplina partitica (tipica soprattutto dei nuovi partiti di massa lontani dalla tradizione liberale ottocentesca) poteva meglio salvaguardare

193 “ Per poter inserire nella psicologia popolare la necessaria fiducia nella magistratura, è indispensabile che vi sia in tutti il fermo convincimento che i magistrati siano liberi da legami di qualsiasi genere. Ora, chi vive la vita di partito, sa che questa determina forme di solidarietà le quali creano legami superiori non forse alla volontà, ma agli orientamenti e alle tendenze degli individui” on. Mannironi, Assemblea Costituente, Seconda Sottocommissione, *Resoconto sommario della seduta pomeridiana di venerdì 20 dicembre 1946*, pag.76.

194 E' la posizione di Aldo Moro nella discussione dell'emendamento Targetti che mirava a sopprimere il divieto, emendamento che venne discusso (e respinto) nell'adunanza plenaria del 31 gennaio 1947. on Moro , Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, *Resoconto sommario della seduta antimeridiana di venerdì 31 gennaio 1947*, pag.257.

la libertà non solo della sua coscienza, ma anche del suo “subconscio”¹⁹⁵.

In un'altra parte dei costituenti, ovvero nel blocco dei comunisti e socialisti il divieto suscitò invece valutazioni decisamente negative. La norma che vietava l'iscrizione ai partiti era considerata una norma puramente formale, senza alcun contenuto pratico, tale da non incidere minimamente sui comportamenti effettivi e sulle scelte compiute in coscienza dal magistrato¹⁹⁶. E d'altronde -si aggiungeva- la norma presupponeva anche un' immagine estremamente negativa del partito politico, considerato un potenziale veicolo di corruzione della vita pubblica¹⁹⁷. Ed in aggiunta essa negava una libertà

195 “ Sebbene, a suo avviso, non si possa impedire al magistrato, il quale è uomo che vive e deve vivere nella società, di avere delle idee politiche e di professarle liberamente ,ritiene che non gli si possa consentire l'iscrizione in determinate organizzazioni politiche. In queste la disciplina è a volte ferrea, e non corromperà forse il magistrato, ma dato che egli è un uomo e come tale sensibile alle influenze umane, se non sulla sua coscienza, almeno sul suo subconsciente, questo vincolo di disciplina che importa anche delle sanzioni, può agire in modo sfavorevole.” on.Bozzi, Assemblea Costituente, Seconda Sottocommissione,Seconda sezione *Resoconto sommario della seduta pomeridiana di venerdì 20 dicembre 1946*, pag.77.

196 “Ritiene quindi che l'introdurre una norma come quella proposta sarebbe un'ipocrisia, nel senso che si creerebbe in sostanza una norma puramente formale, che non avrebbe alcun contenuto pratico” on. Laconi, Assemblea Costituente, Seconda Sottocommissione, Seconda sezione, *Resoconto sommario della seduta pomeridiana di venerdì 20 dicembre 1946*, pag.74.

197 “ Se si approvasse l'articolo proposto, si verrebbe quasi ad ammettere nella Carta costituzionale che i partiti politici possono essere i corruttori dei magistrati; e nessun militante in un partito potrebbe sottoscrivere tale norma”, on. Ravagnan Assemblea Costituente, Seconda Sottocommissione, *Resoconto sommario della seduta pomeridiana di venerdì 20 dicembre 1946*, pag.76.

politica che era concessa all'universalità dei cittadini e che sarebbe stato pericoloso negare ad una singola categoria di essi.

Divieto assoluto di iscrizione ai partiti e libera adesione ai partiti da parte dei cittadini-magistrati si presentavano così come opzioni opposte che chiudevano il confronto in un vicolo cieco senza possibilità di mediazione.

E' questa l' *'impasse* che si superò nella discussione finale dell' Assemblea Costituente. A questo forse contribuì anche l'ampio e circostanziato intervento del socialista on.le Carlo Ruggiero che prese la parola nella seduta dell' Assemblea Costituente del 7 novembre 1947, nella fase degli interventi per gli emendamenti finali. Durante questa seduta la questione di nuovo era stata affrontata con contributi che replicavano, senza rilevanti variazioni, le posizioni già assunte, in genere ribadendo, con argomentazione unilaterale, il principio che ciascuna delle due parti voleva difendere, e rimuovendo le considerazioni della controparte.

L'on. Ruggiero partiva dalla contestazione del concetto negativo di politica, rovesciando il punto di vista che strumentalizzava quell'accezione negativa, per poi suggerire l' argomento che l'appartenenza pubblica ad un partito fosse un elemento di trasparenza e chiarezza -più che di parzialità- perché il giudice non nascondendo, la propria idea politica, la sottoponeva al controllo della pubblica opinione:

“ E' sempre una remora, un freno, una specie di controllo l'iscrizione. Quando si è espressa la propria opinione si è legati a questa opinione. Quando si resta chiusi nel sacrario della

propria coscienza si diventa impenetrabile ed ermetico".¹⁹⁸ Per l'on. Ruggiero questa trasparenza dell'adesione a un partito era un modo di nobilitare la politica di cui vi era particolarmente bisogno nell'Italia da poco uscita dal fascismo. Se la politica è "necessità etica per il cittadino, un dovere e un diritto"¹⁹⁹, qualcosa che *sta in alto*, non qualcosa che sta in basso, ovvero un insieme di interessi, astuzie, connivenze, furberie, diventa assurdo e autolesionistico escludere una intera classe di cittadini dall'esercizio di questo diritto, quasi che la superiorità morale che ci attendiamo da un magistrato possa essere assicurata solo dall'estraneità alla politica. La norma di rigido divieto avrebbe configurato allora una "sconsacrazione aprioristica della democrazia italiana"²⁰⁰.

Il divieto di iscrizione ai partiti era ovviamente più che ben accetto per coloro che condividevano invece la vecchia idea della politica e vedevano la dignità del giudice esaltarsi soltanto nella "apparente neutralità politica" e nell'"agnosticismo formale"²⁰¹ di cui molti magistrati amavano fare mostra, secondo

198 On Ruggiero, Assemblea Costituente, *Seduta antimeridiana di venerdì 7 novembre 1947*, pag. 1829.

199 On Ruggiero, Assemblea Costituente, *Seduta antimeridiana di venerdì 7 novembre 1947*, pag. 1828.

200 On Ruggiero, Assemblea Costituente, *Seduta antimeridiana di venerdì 7 novembre 1947*, pag. 1828.

201 "E' più pericoloso il giudice costretto a una forma di agnosticismo formale, che il giudice il quale abbia fatto una pubblica professione di fede. Perché il primo può valersi dell'apparente neutralità politica per fare invalere il suo proposito infedele, mentre l'altro, che ha fatto professione di fede politica mi sembra che sia legato e condizionato da quella professione di fede." On Ruggiero, Assemblea Costituente, *Seduta antimeridiana di venerdì 7 novembre 1947*, pag. 1829.

il modello tradizionale della apoliticità della magistratura come contrassegno distintivo dell' indipendenza. La norma di divieto trovava la propria ragione di essere, nel pensiero dei costituenti che la sostenevano, in una particolare idea di partito (il partito a "disciplina ferrea"²⁰²), oltre che nella diffidenza verso i partiti in generale²⁰³ -ed una precisa idea di politica (la politica come combinazione di interessi e di opportunismi). L' incongruenza tra il divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati e il diritto di elettorato passivo per i medesimi²⁰⁴ era già stata percepita nei lavori preparatori della Costituente: infatti in una delle quattro proposte sottoposte all'inizio dei lavori alla Commissione dei Settantacinque, il "Progetto della Commissione ministeriale", all'art. 12 si scriveva che " I magistrati non possono essere iscritti ad alcun partito politico né assumere cariche pubbliche, eccettuata quella di senatore"²⁰⁵.

202 On. Bozzi Assemblea Costituente, Seconda Sottocommissione, *Resoconto sommario della seduta pomeridiana di venerdì 20 dicembre 1946*, pag.77.

203 " Il sospetto nei confronti dei partiti ha lontane radici nella cultura politica del nostro paese e nella cultura giudiziaria in ispecie", Salvatore Senese, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, cit., pag. 7.

204 Per l'on. Moro, che difende il divieto, " indubbiamente il diritto di voto che si riconosce ai magistrati, e il diritto di eleggibilità che ad essi si assicura, servono in parte a garantire questa libertà di pensiero sul piano politico", mentre l'on. Terracini, che vuole superare il divieto di iscrizione ai partiti, invoca il principio del diritto all' eleggibilità passiva, precisando che " il fatto che I magistrati non possono essere iscritti ad un partito politico significa privare I magistrati del diritto elettorale passivo" Assemblea Costituente- Commissione per la Costituzione- *Resoconto sommario della seduta antimeridiana di venerdì 31 gennaio 1947*, pag. 257.

205 Il testo citato è in F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, cit., pag. 308.

Tornando all'intervento dell' on. Ruggiero, che, diversamente da altri cerca una conciliazione tra valori costituzionali opposti, i due valori che a suo avviso la norma metteva in tensione tra loro, erano quello della libertà e quello della giustizia, entrambi da garantire. E' chiaro che un rapporto virtuoso tra di essi si può stabilire solo se regole ragionevoli mirino ad assicurare il carattere imparziale della funzione giudiziaria e la libertà di dire e professare le proprie idee da parte di tutti.²⁰⁶

Una soluzione diversa maturò però in una delle sedute dei giorni successivi. E' quella dell'on. Clerici che individuò una metodologia diversa, che consentiva di tenere insieme i due valori in conflitto, che non erano più, nel suo modo di vedere, la libertà e la giustizia, ma la “libertà dei cittadini” e la “dignità dello Stato”²⁰⁷.

206 “Mi sembra che debba essere soppresso il principio che pone il divieto d’iscrizione dei magistrati nei partiti politici e si debba dare al magistrato la possibilità di vivere la vita di tutti [...]. Si può pensare che a un certo punto si crei un contrasto fra la libertà incondizionata, che è quella di esprimere da parte di tutti il proprio pensiero, e la lesione che potrebbe verificarsi domani in seno al principio della giustizia attraverso la politicità dei giudici[...] e allora io vi dirò: forse è meglio che da parte di un giudice si compiano degli atti che ledano il principio della giustizia, ma che venga affermato il grande, immutabile principio della libertà di dire e di professare le proprie idee da parte di tutti. *Insomma se vengono in conflitto questi due grandi postulati dell'umanità, che sono il principio della libertà e il principio della giustizia, e se è vero che la giustizia è un aspetto del principio della libertà, mi pare che, se si debba sacrificare qualche cosa, debba sacrificarsi il principio subordinato*” On Ruggiero, Assemblea Costituente, *Seduta antimeridiana di venerdì 7 novembre 1947*, pag. 1830.[corsivi miei]

207 “Lo Stato è superiore a tutte le maggioranze e a tutti i governi. Ecco perché io desidero che l' assemblea consideri questa mia proposta come quella che salverebbe maggiormente la dignità dello stato e la libertà dei cittadini. “ on.

Da un lato la proposta di Clerici mirava a tutelare quella libertà politica cui doveva essere restituita piena nobiltà come aveva indicato anche l'intervento dell'on. Ruggero. Dall'altro lato Clerici vedeva le eventuali "limitazioni" di esso non nella prospettiva di un "sacrificio" da accettare, ma in quella del rafforzamento di quella "dignità dello Stato" che doveva caratterizzare tutte le autorità detentrici dello *jus imperii*²⁰⁸e quindi anche la magistratura. Chi esercita l'autorità dello stato sui cittadini, secondo Clerici "deve non solo essere, ma apparire assolutamente insospettabile".²⁰⁹ Questo doveva essere il senso profondo dell'apparenza di imparzialità del giudice. Cioè i magistrati dovevano apparire come "*rappresentanti dello Stato*" e non "*di un partito, sia pure (sarebbe anche peggio) del partito che ha la maggioranza delle Camere e quindi detiene il Governo. Lo Stato è superiore a tutte le maggioranze e a tutti i governi*"¹⁰.

Sulla base di queste riflessioni l' emendamento proposto dall'on. Clerici (destinato, nella sua formulazione definitiva, a diventare l'art.98, terzo comma della Costituzione) non sancì il divieto, ma prevede solo la possibilità di introdurre "limitazioni",

Clerici Assemblea Costituente- *Seduta antimeridiana di venerdì 5 dicembre 1947*, pag. 2859.

208 On. Clerici in *Assemblea Costituente- Seduta antimeridiana di venerdì 5 dicembre 1947*, pag. 2859.

209 On. Clerici in *Assemblea Costituente- Seduta antimeridiana di venerdì 5 dicembre 1947*, pag.2859.

210 " Ecco perchè io desidero che l'Assemblea consideri questa mia proposta come quella che salvaguarderebbe maggiormente la dignità dello Stato e la libertà dei cittadini" On. Clerici in *Assemblea Costituente- Seduta antimeridiana di venerdì 5 dicembre 1947*, pag. 2859.

per legge, al “diritto di iscrizione” ai partiti politici (sia per i magistrati che per le altre categorie di soggetti pubblici).

Su questa riformulazione vi fu la convergenza dei costituenti che portò all'approvazione del terzo comma dell'art.98²¹¹. I costituenti della Democrazia Cristiana che avevano sostenuto il divieto cambiarono opinione contribuendo così a costituire la maggioranza, lasciando in minoranza liberali e rappresentanti del partito dell'Uomo Qualunque.²¹²

Infatti, al posto del divieto compare, alla fine dei lavori della Costituente, una soluzione di “compromesso” che si sostanzia in una norma²¹³ che è “facoltizzante”, prospetta una possibile (ma

211 Il dibattito in Assemblea Costituente aveva reso palese l'inadeguatezza della soluzione prospettata dall'art. 94 del progetto di costituzione che circoscriveva la questione ai soli magistrati. Certamente il problema di assicurare garanzia di imparzialità si pone anzitutto per chi esercita la funzione giurisdizionale, ma anche per chi ha la rappresentanza dell'autorità pubblica (come i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari e gli agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero). A. SAITTA, *Articolo 98*, in BIFULCO CELOTTO OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, vol.II, Torino, Utet, 2006, pag. 1921.

212 “I democristiani mutarono opinione in assemblea plenaria indotti forse dalla considerazione che ormai non vi fosse spazio per un adeguato approfondimento della questione e che il rinvio alla legge ordinaria non avrebbe compromesso la soluzione”. F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982, pag.138.

213 Testo della norma proposto dall'on. Clerici: “La legge potrà stabilire limitazioni al diritto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati; per i militari in servizio attivo; per i funzionari e gli agenti di polizia; per i rappresentanti consolari e diplomatici all'estero” in *Assemblea Costituente- Seduta antimeridiana di venerdì 5 dicembre 1947*, pag. 2855. Sulla falsariga di questo testo sarà costruito l'art.98, 3 comma della Costituzione: “Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero”.

non necessaria) “limitazione”, e pone la magistratura accanto ad altri soggetti pubblici i quali, in quanto espressione di una autorità dello Stato²¹⁴, devono essere sottoposti ad una disciplina particolare.

Seguendo l'argomentazione dell'on. Clerici libertà civile e dignità dello Stato sono dunque beni da salvaguardare insieme, non l'uno a spese dell'altro.²¹⁵

Pare evidente, come del resto sostiene gran parte della dottrina, che l'emendamento apre la strada a novità significative.

Prima di tutto esso delinea una *soluzione aperta* al problema dell'adesione dei magistrati ai partiti, non sancisce un divieto attuale, ma prospetta una soluzione che esprime la “volontà di rimettere la questione alla concreta sperimentazione storica²¹⁶”, consentendo al legislatore di individuare eventuali limitazioni in relazione al contesto. La volontà del costituente non va dunque interpretata come una volontà limitatrice di un diritto politico dei magistrati.

214 L'on. Clerici, promotore dell'emendamento, vuole distinguere “...quella limitata categoria di essi- impiegati e funzionari statali- i quali, esercitando un'autorità dello Stato praticamente sui cittadini, sono o appaiono rispetto a costoro, lo Stato stesso.” on. Clerici Assemblea Costituente- *Seduta antimeridiana di venerdì 5 dicembre 1947*, pag. 2858.

215 “Non deve sorgere nel povero diavolo, il quale vede giudici con distintivi di appartenenza a partiti diversi dal suo, il sospetto che costoro possano giudicarlo sfavorevolmente per ragioni di carattere politico. E non deve sorgere il sospetto che l'agente di pubblica sicurezza, il carabiniere , il militare in servizio attivo permanente possono essere non I rappresentanti dello stato ma di un partito, sia pure del partito che ha la maggioranza delle Camere e quindi detiene il Governo.” on. Clerici -Assemblea Costituente- *Seduta antimeridiana di venerdì 5 dicembre 1947*, pag. 2859.

216 S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, cit., pag. 9.

Inoltre merita porre attenzione all'intento dei costituenti reso palese dal ricorso all'espressione "iscrizione ai partiti politici" verso cui è configurata una eventuale possibilità di limitazione. La limitazione non riguardava comunque altre forme di associazione, anche aventi connotati politici.

Semmai una tale volontà di limitazione è non da configurarsi come una attuazione costituzionale, ma piuttosto da ricondurre a iniziative politiche conservatrici, che mirano a mantenere la separatezza tra magistratura e paese²¹⁷. Ed anche da collegare con quella ideologia dell'apoliticità, che punta ad assimilare, per quanto possibile, magistrati e funzionari amministrativi²¹⁸.

Tuttavia, in palese dissonanza dal testo costituzionale, nel corso degli anni, è maturato un "*sensu commune*" che ha "incrostato di sé la norma costituzionale"²¹⁹ accreditando una diversa interpretazione, secondo la quale la norma postulerebbe la introduzione dei limiti, o addirittura del divieto, come attuazione della norma costituzionale²²⁰.

217 E' una valutazione di V. ACCATTATIS, *Il giudice nello stato liberaldemocratico*, cit., pag. 66.

218 V. ACCATTATIS, *Il giudice nello stato liberaldemocratico*, cit., pag. 66.
Nella storia italiana è stato costante lo sforzo di mantenere i giudici nella condizione di semplici funzionari e questo fino ai giorni nostri quando il referendum craxiano e pannelliano sulla giustizia degli anni '80 rappresentò il tentativo più eclatante di assimilare i giudici ai funzionari statali.

219 G.BORRE', *Articolo 98* in BRANCA PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, cit., pag.448.

220 Il Decreto-legge n. 141/1991 non convertito in legge introduceva il divieto di iscrizione per le quattro categorie indicate dall'art.98 . Il preambolo del decreto recitava: "in attuazione dell'articolo 98, terzo comma della Costituzione".

CAPITOLO TERZO

IL CITTADINO-MAGISTRATO E IL SUO IMPEGNO IN POLITICA: INTERVENTI LEGISLATIVI E GIURISPRUDENZIALI

Cap. 1.1 Il cittadino-magistrato e il suo impegno in politica: tra diritti costituzionali e responsabilità disciplinare

1.1.1 Una premessa indispensabile per discutere sull' impegno del magistrato in politica: la responsabilità disciplinare

La questione delle limitazioni all'esercizio dei diritti di libertà dei magistrati in funzione del loro peculiare *status* costituzionale ci porta al cuore del problema affrontato nella tesi.

La questione è stata resa attuale dal fatto che la riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005/2006 ha tipizzato le fattispecie di illecito disciplinare e, nell'ambito degli illeciti commessi al di fuori delle funzioni giurisdizionali, ha incluso condotte che si sostanziano nell'esercizio di diritti costituzionali come il diritto di associazione.

Come noto, la responsabilità disciplinare tende a garantire, sia il corretto svolgimento della funzione giudiziaria, garantendo il corretto adempimento dei doveri ad essa connessi, sia il prestigio del singolo magistrato e dell'ordine giudiziario, a cui i cittadini devono fiduciosamente potersi rivolgere, tutelando l'onestà e la competenza della professione giudiziaria²²¹.

Il problema della responsabilità del giudice (di quella disciplinare in primo luogo, ma non solo di quella) si è imposto all'attenzione mano a mano che la funzione giurisdizionale si è allontanata dal mero "tecnicismo giuridico", dal modello ottocentesco del funzionario "bocca della legge" ed è apparsa

221 D. CAVALLINI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, in G. DI FEDERICO, *Ordinamento giudiziario*, Cedam, 2008, pag.211.

come una funzione dotata di un certo margine di discrezionalità e di libertà. “E conseguenza ulteriore è stata altresì quella per cui è apparso sempre più doveroso raccordare il carattere creativo della giurisdizione con forme di responsabilità del suo esercizio”.²²²

Per questa strada si è dunque delineata l'esigenza di un intervento legislativo in materia. Configurandosi infatti la responsabilità disciplinare come una responsabilità verso lo Stato, si può ritenere che spetti al legislatore prevedere gli illeciti disciplinari e le relative sanzioni individuando gli interessi dell'ordinamento. La conoscenza esatta dei propri doveri²²³ è una garanzia tanto per il magistrato, che per il cittadino.

Da questo punto di vista faceva sorgere qualche perplessità il fatto che nell'ordinamento fosse operativa una norma, quale l'art. 18 del r.d.lgs. 511 del 1946²²⁴, che definiva con estrema

222 F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato-burocrate a quella del magistrato-professionista*, Relazione svolta in occasione delle 6 giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale dedicate al “Poder judicial” a La Coruna, Spagna, nei giorni 27-28 settembre 2007. in: www.associazionedeicostituzionalisti.it

223 A sostegno di tale soluzione possono essere addotte le riserve di legge previste in Costituzione in materia disciplinare (art. 105, art.108, art.107 Cost.). Ulteriore supporto proviene, a livello sovranazionale dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e dalla sentenza della Corte Europea dei diritti dell' uomo del 2 agosto 2001 che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 11 della Cedu che impone che le limitazioni alla libertà di associazione e di riunione devono essere previste dalla legge.

224 Tale disciplina previgente contenuta nel r.d.lgs. 511/1946 era stata criticata oltre che per l'indeterminatezza della normativa che attribuiva al giudice disciplinare una notevole libertà nel decidere quali comportamenti punire, anche per il fatto che il giudice disciplinare veniva ad assumere un duplice ruolo: quello

vaghezza la nozione di illecito disciplinare: per esso è disciplinarmente sanzionabile il magistrato che “manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario”.

In questo modo si rinviava “quasi *in toto* la concreta determinazione dell'illecito, in prima battuta, ai promotori dell'azione disciplinare e, in seconda, all'organo di autogoverno, chiamato ad irrogare gli eventuali provvedimenti”²²⁵. Infatti I parametri in base ai quali avrebbe dovuto essere valutata la liceità del comportamento dei magistrati appaiono evanescenti; parole come “fiducia”, “considerazione” e “prestigio”, rendevano possibile trasformare le ipotesi di illecito formulate in astratto in concrete applicazioni affidate all'ampia discrezionalità del giudice disciplinare. Tutto ciò avrebbe potuto comportare il rischio di due eccessi opposti: o di una giustizia disciplinare troppo benevola, frutto di una interpretazione restrittiva della disposizione di legge, che avrebbe potuto nuocere al buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia, o di una giustizia repressiva, risultato di una interpretazione estensiva al

di legislatore, nel momento in cui stabiliva quali comportamenti fossero in concreto punibili e quello di giudice quando doveva pronunciarsi sulla sussistenza o meno della responsabilità dell'incolpato.

225 F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato-burocrate a quella del magistrato-professionista*, cit.

punto di soffocare il pluralismo del corpo giudiziario e di comprimere la sfera di autonomia del singolo magistrato²²⁶.

Per questi motivi il testo della legge-delega n. 150/2005²²⁷, al di là della condivisione o meno delle fattispecie elencate, costituisce la risposta al problema della mancata tipizzazione degli illeciti disciplinari, una esigenza per la quale si andava da tempo cercando una risposta adeguata²²⁸.

Infatti l'espansione del ruolo della giurisdizione nelle società contemporanee ha reso ancora più palese la necessità di garantire le qualità professionali della magistratura, accentuando il controllo su di essa, mediante la previsione di

226 G. FERRI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni* in M. VOLPI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2008, pag.84.

227 La legge in questione detta in modo preciso per la prima volta i principi e i criteri direttivi cui si deve attenere il legislatore delegato nel portare a compimento la tipizzazione degli illeciti. Infatti essa prevede, all'art.2, comma 6, alla lett. b, i doveri, alla lett. c, i criteri per individuare gli illeciti commessi nell'esercizio delle funzioni, alla lettera d, i criteri relativi alla individuazione degli illeciti al di fuori dell'esercizio delle funzioni, mentre alla lettera e, sono previsti i criteri per individuare gli illeciti in conseguenza del reato. Inoltre consente al legislatore delegato di inserire adeguate norme di chiusura (lettera a). Con molta precisione si elencano le sanzioni e si commisurano le sanzioni alle fattispecie disciplinari.

228 Diversa la posizione assunta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 100/1981- quando chiamata a pronunciarsi circa la conformità dell'art.18 Cost. al principio costituzionale di legalità - ha affermato la compatibilità dell' 'art. 18 col principio di legalità, in quanto esso individua i valori da tutelare (ovvero "la fiducia, la considerazione di cui deve godere il magistrato, il prestigio dell'ordine giudiziario") e in quanto non si può rilevare alcuna carenza di tipicità dell'illecito, essendo pressoché impossibile prevedere tutti i comportamenti che possano ledere quei valori. Va detto anche che in altre successive sentenze, negli anni '90, la Corte ha "invitato" il legislatore a intervenire sulla tipizzazione.

regole disciplinari più chiare e meno discrezionali, a vantaggio di una migliore tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità della funzione giudiziaria.²²⁹

Per il periodo che va dalla legge sulle guarentigie della magistratura del 1946 fino al decreto legislativo 109 del 2006²³⁰, l'illecito disciplinare è rimasto disciplinato dall'art. 18 del r.d.lgs. 511/1946 con una formulazione ampia e generica e sulla cui base erano irrogate le relative sanzioni disciplinari.

Per ciò che concerne la valutazione dei comportamenti tenuti al di fuori dell'esercizio delle funzioni specifiche tali comportamenti assumevano un rilievo disciplinare solo se erano tali da ledere la “fiducia” di cui il magistrato deve godere o di ledere il “prestigio” dell'ordine.

Nella giurisprudenza disciplinare il concetto di “prestigio” è gradualmente mutato nel corso del tempo. Si è avuta infatti una progressiva rimediazione di questo valore, che è venuto perdendo i suoi aspetti “formali”, di “mera exteriorità” per assumere contenuti concreti²³¹ che si sostanziano nella fiducia

229 D. CAVALLINI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, in G. DI FEDERICO, *Ordinamento giudiziario*, Cedam, 2008, pag.211.

230 Il d.lgs. 109 del 2006 ha dato un nuovo assetto alla responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari, riformulando interamente la disciplina previgente e introducendo significative novità sia sul piano sostanziale (rispetto all'illecito e alla sanzione) che sul piano processuale.

231 Come sostiene G. CONSO “con l'accentrare l'attenzione sui due elementi della “fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria” e della sua “credibilità” i problemi dell'ordine giudiziario sono finalmente portati su un terreno di realistica concretezza, di oggettiva rispondenza ai modi di vedere e di sentire dell'opinione pubblica...” ed “il prestigio comincia così ad assumere la giusta fisionomia non circoscritta agli aspetti formali, di mera exteriorità, ma arricchita di contenuti intrinseci” e discende “anche e soprattutto dal modo in cui l'insieme

dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di tale funzione.

Dalla nozione di prestigio fondata sull'esigenza di autotutela del gruppo organizzato, si è passati ad una diversa nozione, quella per cui tale prestigio si “concreta nella fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa” (sentenza n.100 del 1981 della Corte Costituzionale). Anche tale mutata nozione di prestigio inteso come “credibilità” agli occhi dei cittadini rischiava di snaturare la stessa funzione disciplinare, attribuendo al CSM la possibilità di punire dei comportamenti ritenuti incompatibili con l'idea che si ritiene che i cittadini debbano avere della magistratura²³². Il CSM così poteva sanzionare disciplinarmente comportamenti che si inquadavano in un determinato orientamento politico-culturale.

Ad esempio la sezione disciplinare del CSM²³³ poteva sanzionare un giudice il quale aveva rilasciato dichiarazioni alla

dei magistrati, ed ogni singolo magistrato per quanto di sua competenza, esercita la funzione giudiziaria”, G. CONSO, *Un valore da rimeditare: il prestigio dell'ordine giudiziario*, in Quaderni costituzionali, 1981, 3, p. 601, così cit. in L. VENTURA, *La fedeltà alla repubblica*, Milano, Giuffrè, 1984, pag. 181, n. 89.

232 “Tutelare la “credibilità” significa infatti sanzionare i comportamenti che denotano scarsa indipendenza, imparzialità ed efficienza, ma può anche portare alla punizione delle azioni incompatibili con l'idea che si ritiene i cittadini debbono avere della magistratura. In altre parole, il Consiglio superiore può essere portato a rendersi interprete dei valori che ritiene prevalenti nella società” F.BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., pag.288.

233 Ci sono state anche decisioni della sezione disciplinare del CSM con cui, muovendo dalla distinzione tra partecipazione attiva alla vita di un partito, disciplinarmente sanzionata, e manifestazione del pensiero, sono stati assolti magistrati che avevano espresso pubblicamente la propria simpatia per un determinato partito politico (sez. disciplinare, sentenza 18 luglio 1964) o

stampa esprimendo la propria sensibilità politica e manifestando il desiderio di entrare a far parte di uno schieramento politico, ingenerando nell'opinione pubblica l'impressione che la sua azione giudiziaria fosse strumentale a sue ambizioni personali. La sezione disciplinare affermava nel 2000 che questi comportamenti violavano i principi di imparzialità, obiettività, equilibrio e riservatezza cui il magistrato deve ispirare la sua azione e arrecavano “un grave pregiudizio alla credibilità e al prestigio della funzione giudiziaria e dell'ordine giudiziario in generale”²³⁴.

Alle incertezze interpretative in merito all'individuazione dei comportamenti sanzionabili ha dunque risposto la legge n. 150 del 2005, che ha delegato il governo a tipizzare gli illeciti disciplinari. Tuttavia alcune disposizioni normative del d.lgs. 109/2006 (attuativo di tale legge delega), che peraltro interessano la nostra ricerca, e cioè quelle che sanzionano disciplinarmente comportamenti che si concretano nell'esercizio di diritti costituzionali (di associazione e di partecipazione politica), hanno suscitato e suscitano dubbi e perplessità.

Ha suscitato perplessità, anche il fatto che, con tali riforme dell'ordinamento giudiziario del 2005/2006, molte delle previsioni contenute nel codice deontologico approvato dall'ANM nel 1993 siano state elevate al rango di norme disciplinari, accorciando così le distanze tra le tre dimensioni riguardanti il

avevano preso la parola al comizio di un partito (sez.disciplinare , sentenza 30 settembre 1977).Cit. In F.BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit.,pag.317.

234 Sezione disciplinare del CSM 2 giugno 2000, n.79, in: D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, Cedam, 2011, pag. 265.

comportamento del magistrato: la *responsabilità*, la *professionalità* e la *deontologia* dei magistrati. Esse, potevano tradizionalmente essere immaginate come centri concentrici di diversa ampiezza²³⁵; la *responsabilità*, rappresentata dal cerchio più piccolo e funzionante sulla base dei doveri del magistrato e delle relative sanzioni disciplinari, la *professionalità*, che è il cerchio intermedio e funziona sulla base delle norme comportamentali funzionali al miglior svolgimento della professione, la cui violazione comporta conseguenze negative sulla carriera professionale, la *deontologia* che è il cerchio più ampio, comprensivo di tutte quelle regole etiche ispirate all'attuazione di valori morali fondamentali e non accompagnati da sanzioni di alcun tipo.

Questo intervento legislativo ha suscitato apprezzamenti diversi. Da una parte esso avrebbe prodotto il rischio di "ingabbiare" l'attività del giudice all'interno di comportamenti giuridicamente imposti, dall'altra, introducendo un sistema disciplinare più rigoroso, esso avrebbe migliorato la professionalità dei magistrati e quindi la qualità della giustizia.²³⁶

235 F. DAL CANTO, *La responsabilità disciplinare del magistrato nella giurisprudenza costituzionale*, in M. VOLPI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2008, pagg.153-154

236 F. DAL CANTO, *La responsabilità disciplinare del magistrato nella giurisprudenza costituzionale* cit., pagg.153-154.

1.1.2 E' possibile limitare l'esercizio di un diritto costituzionale quando il magistrato si trovi al di fuori delle sue funzioni?

In altri termini, si possono legittimamente operare limitazioni alla libertà di associazione, di manifestazione del pensiero del magistrato quando esso agisce come cittadino? Si tratta del problema dell'esercizio delle libertà costituzionali da parte di quei cittadini che, rivestendo una delicata funzione pubblica, si trovino ad esercitare contemporaneamente, come singoli cittadini, diritti tutelati in Costituzione. E' ad esempio il caso di coloro che svolgono la funzione giurisdizionale la quale deve essere esercitata in modo indipendente ed imparziale.

Nell'ambito dei soggetti che svolgono pubbliche funzioni, in passato parte della dottrina ha cercato il fondamento dei limiti dei diritti di libertà degli impiegati nell'inquadramento del rapporto d'impiego tra i rapporti di "supremazia speciale", che legittimerebbe l'interferenza dell'amministrazione nell'esercizio di essi²³⁷. Si è anche sostenuta la teoria della "accettazione volontaria" di tali limitazioni da parte del privato che entra a far parte dell'organizzazione statale. E' infine da ricordare la tesi che fa discendere le limitazioni all'esercizio dei diritti dal dovere di fedeltà stabilito per coloro che svolgono pubbliche funzioni,

²³⁷ Merita ricordare che la Corte costituzionale ha escluso di poter ricercare i presupposti della responsabilità disciplinare "come per gli impiegati pubblici, nel rapporto di supremazia speciale della p.a verso i propri dipendenti dovendo escludersi un rapporto del genere nei riguardi dei magistrati stessi sottoposti solo alla legge ex art.101 Cost." (Corte Costituzionale 100/1981). N. ZANON L. PANZERI, Art. 101, in BIFULCO CELOTTO OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, cit., pag. 1964.

dal comma 2 dell'art.54 della Costituzione, interpretato come limite generale, immanente ad ogni diritto, anziché come obbligo di osservanza delle leggi.²³⁸

Seguendo una qualsivoglia di queste tre impostazioni correremmo però il rischio di limitazioni discrezionali e generalizzate all'esercizio dei diritti di libertà degli impiegati pubblici ²³⁹.

La soluzione che sembra la più adeguata è allora la ricostruzione dell'ambito soggettivo di applicazione dei limiti ai diritti di libertà che si fonda sulla natura della funzione svolta²⁴⁰. La *ratio* della limitazione dei diritti di libertà consiste nella tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità che caratterizzano certe funzioni, come quella giurisdizionale, che potrebbero essere lese dall'esercizio di tali diritti. E' una operazione analoga a quella effettuata da Pizzorusso per individuare i limiti della libertà di opinione dei pubblici funzionari, ma che potrebbe essere estesa anche ad altri diritti costituzionalmente garantiti, il cui esercizio potrebbe pregiudicare l'imparzialità del funzionario. Pizzorusso fa una distinzione tra soggetti che svolgono funzioni "neutrali" o meglio "imparziali", e coloro che partecipano alla elaborazione dell'indirizzo politico. I primi sono tenuti " a mantenere una posizione di imparzialità [...] e ad un certo riserbo nelle loro manifestazioni di opinione e possono perciò essere sottoposti a limitazioni della loro libertà di

²³⁸ F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., pag.300-301.

²³⁹ F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., pag.301.

²⁴⁰ F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., pag.301.

espressione”²⁴¹. Questa categoria di soggetti è da lui contrapposta alla distinta categoria degli organi “politici” nei confronti dei quali queste limitazioni sono del tutto inapplicabili, anzi nel caso dei quali la libertà di opinione costituisce l'essenza della funzione, “giacchè il fatto di avere e manifestare opinioni, specialmente in materia politica, costituisce per essi non tanto un diritto, quanto un onere e un dovere, poiché vale a consentire quei controlli politici che il sistema democratico prevede e che non potrebbero funzionare se non vigesse appunto un regime di assoluta pubblicità per quanto riguarda le opinioni degli operatori politici”.²⁴²

La Corte Costituzionale²⁴³ ha riconosciuto che anche i magistrati in quanto cittadini devono godere dei medesimi diritti di libertà garantiti a ogni altro cittadino, con la precisazione che, in virtù della loro posizione costituzionale, possono subire limitazioni all'esercizio dei loro diritti, in quanto le funzioni da essi esercitate “non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale”.

Il caso della *funzione giurisdizionale* presenta però una peculiarità ulteriore. Si tratta di tutelare non la “neutralità”, ma due principi diversi e complementari tra loro: *indipendenza e imparzialità*. A seconda di quale principio consideriamo, diverse sono le limitazioni possibili.

241 A. PIZZORUSSO, *Appunti per lo studio della libertà di opinione dei funzionari: ambito soggettivo del problema*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 4, anno XXI, ottobre-dicembre, 1971, pag.1632-1633.

242 A. PIZZORUSSO, *Appunti per lo studio della libertà di opinione dei funzionari ecc.*, cit., pag.1634.

243 Sentenza Corte costituzionale n. 100/1981.

Mentre il principio di indipendenza è tutelabile in astratto, ricorrendo a criteri oggettivi, l'imparzialità si configura come un principio più generico, che, se invocato in astratto, e non in relazione ad un processo concreto, diviene “*apparenza di imparzialità*”. Ma l’ “apparenza di imparzialità”, (ovvero l'immagine di sé, come individuo imparziale, trasmessa dal magistrato ai cittadini anche al di fuori delle sue funzioni), pur costituendo un canone deontologico essenziale, può, far sorgere dei dubbi sulla possibilità che tale principio possa giustificare la limitazione dell'esercizio di un diritto costituzionale²⁴⁴.

Non a caso nella già citata decisione *Dell'Utri c. Italia* del 28 gennaio 2003 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato irricevibile il ricorso di un uomo politico che lamentava di essere stato giudicato da giudici non imparziali, perché contrari alle sue opinioni politiche, in quanto la mancanza di imparzialità del giudice deve essere provata oggettivamente. Non è sufficiente la circostanza che un giudice abbia delle convinzioni politiche diverse da quelle dell'accusato, per dar luogo a conflitto di interessi tale da giustificare la sostituzione di quel giudice.

E peraltro, va ricordato, che la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel valutare la sussistenza della imparzialità del magistrato, distingue tra imparzialità “oggettiva” (intesa come l'esigenza che il giudice non sia condizionato da precedenti valutazioni processuali) e imparzialità “soggettiva” inteso come l'atteggiamento personale del magistrato. In relazione a questo secondo aspetto la Corte, afferma che il giudice deve apparire

244 F.BIONDI, *La responsabilità del magistrato ecc.*, cit., pag.302.

oltre che essere imparziale. Inoltre essa ritiene che l'imparzialità soggettiva si presume fino a prova contraria e deve essere valutata in concreto nel processo, e non in astratto.²⁴⁵

Abbiamo già visto che i magistrati, rientrano tra quei soggetti che, per la delicatezza delle loro funzioni possono subire limitazioni nell'esercizio delle loro libertà costituzionali. Si tratta adesso di vedere quale sia la fonte che può legittimare queste limitazioni. Il problema del rango della fonte dipende dal fatto che i diritti di libertà trovano tutela diretta nella Costituzione.²⁴⁶

Ovviamente tali limitazioni ai diritti costituzionali devono essere preordinati alla garanzia di un altro principio costituzionale. Del resto, come ha sostenuto la Corte Costituzionale "*il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e [...] nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile*"²⁴⁷.

Riguardo alla *fonte legittimata* a introdurre possibili limitazioni all'esercizio dei diritti, diversi sono stati gli orientamenti in dottrina: secondo un filone in mancanza di esplicite disposizioni costituzionali che consentono limiti per certe categorie di soggetti, i diritti di libertà non possono trovare alcuna compressione nella legge ordinaria, perciò nel caso dei magistrati sarebbe così ammissibile soltanto la limitazione dell'iscrizione ai partiti di cui all'art.98.

245 F.BIONDI, , *La responsabilità del magistrato ecc.*, cit., pag.302.

246 F.BIONDI, *La responsabilità del magistrato ecc.*, cit., pag. 302.

247 Sentenza della Corte Costituzionale n.1/1956 , cit. da A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 1990, pag. 147.

Secondo un orientamento maggioritario, avallato anche da pronunce della giurisprudenza costituzionale, invece, i limiti all'esercizio della libertà non possono essere solo quelli che si fondano sulle previsioni esplicite in Costituzione, ma sono anche quelli che si possono ricavare per via implicita dalla Costituzione attraverso un bilanciamento tra esercizio del diritto e altro principio di rilevanza costituzionale. Anche se in dottrina e, in genere, anche nella giurisprudenza costituzionale, si è consolidato l'orientamento secondo cui i limiti ai diritti costituzionali dovrebbero trovare fondamento almeno nella legge, in "materia disciplinare questo principio è stato applicato con poco rigore".²⁴⁸

E' stata la Corte Costituzionale -nella già ricordata sentenza 100/1981- che ha consentito alla sezione disciplinare del CSM di irrogare, discrezionalmente e autonomamente, sanzioni per condotte che, esplicandosi nell'esercizio di un diritto di libertà da parte di un magistrato, risultavano a suo avviso lesive dell'indipendenza e dell'imparzialità, senza che la legge nulla di specifico dicesse sul punto.²⁴⁹

Tra i diritti di libertà che possono incontrare limitazioni in virtù del fatto che il soggetto titolare sia un magistrato vi è sicuramente il diritto di associazione. In passato la questione - come abbiamo già visto- ha riguardato soprattutto l'appartenenza dei magistrati alla massoneria, in relazione alla quale il CSM, consapevole dei problemi posti dall'irrogazione di una sanzione per un comportamento che si concreta

²⁴⁸ F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., pag.303.

²⁴⁹ F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., pag. 304.

nell'esercizio del diritto di associarsi, ha cercato di colmare la lacuna legislativa emanando risoluzioni (come quella del 22 marzo 1990 e 14 luglio 1993) in cui ha stabilito l'incompatibilità tra l'iscrizione alla massoneria e l'esercizio della funzione giudiziaria²⁵⁰.

Sempre in tema di libertà di associazione il CSM, in realtà, si era già occupato, prima che l'iscrizione ai partiti costituisse una fattispecie di illecito disciplinare, del problema del coinvolgimento dei magistrati nell'attività politica, riconoscendo ai magistrati un diritto generale di partecipare alla vita politica del paese con il limite rappresentato dalla necessità del bilanciamento di tale diritto con il buon andamento della giustizia e il prestigio dell'ordine giudiziario²⁵¹.

La legge 150 del 2005 con la tipizzazione degli illeciti disciplinari ha dunque avuto il merito di coprire un vuoto legislativo e rappresenta l'occasione per tentare di riflettere in merito alla legittimità costituzionale delle limitazioni all'esercizio di diritti costituzionali da parte di magistrati e in particolare, all'esercizio del diritto di associazione.

250 F. BIONDI , *La responsabilità del magistrato*, cit., pag.304.

251 Ved. più ampiamente quanto scritto in questo medesimo capitolo nel paragrafo 1.2 (iniziative legislative, interventi del giudice disciplinare sul tema dei magistrati in politica e la nascita di un "senso comune" diffuso), sottoparagrafo 1.1.4 a proposito dell'atteggiamento del giudice disciplinare prima del 2006 nei confronti del coinvolgimento dei magistrati nell'attività politica.

1.2 Iniziative legislative, interventi del giudice disciplinare sul tema dei magistrati in politica e la nascita di un “senso comune” diffuso

La vicenda delle fallimentari, ma reiterate, iniziative legislative sull'art. 98 è un esempio che dimostra come l'opera dei legislatori riesca talvolta a consolidare e rafforzare un “senso comune” diffusosi e sostanziatosi in una interpretazione distorta del testo costituzionale (3° comma art.98). Soprattutto a partire dagli anni Ottanta il divieto di iscrizione ai partiti appare come una risposta rassicurante e semplificante alla domanda di difesa dello Stato contro il degrado generato dai partiti, divenuti centri di interessi e di distribuzione di vantaggi. Si trattava, evidentemente, di una risposta semplicistica perché a questo tipo di crisi il testo costituzionale configurerebbe piuttosto un altro tipo di risposta, e cioè la rivitalizzazione dei partiti, sollecitati ad aprirsi al sociale e all'esterno, e a rinnovarsi attraverso un rilancio della partecipazione pluralistica. In questo modo essi dovrebbero rendersi disponibili a recepire competenze specialistiche, capaci di rinnovare anche l'agenda politica, come quelle provenienti dai magistrati che, “lungi dal determinare subordinazione di sfere istituzionali al partito, potrebbero stimolare una sempre maggiore apertura di questo alle specifiche problematiche istituzionali”²⁵². Tra i sostenitori del divieto infatti si avverte chiaramente più un senso di rassegnazione che di vera convinzione, dato che anche da

252 S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, cit., pag. 11.

parte loro si deve pur riconoscere che tale divieto è pur sempre inadeguato e insufficiente.

Fino alla legge di riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006 - che ha affrontato il problema nell'ambito della tipizzazione degli illeciti disciplinari- gli interventi legislativi mai giunti in porto concernenti l'articolo 98 terzo comma della Costituzione sono stati numerosi.

A dire il vero, il problema si pose subito, già all'indomani del varo del testo costituzionale. Già il *disegno di legge De Gasperi*, del 14 luglio 1948, stabiliva, all'art.7, che i giudici della costituenda Corte Costituzionale “non possono iscriversi ai partiti politici e, se iscritti, devono rinunciare all'iscrizione prima di prestare giuramento”²⁵³.

A partire dal 1970 ci si è occupati poi del problema nei confronti della magistratura ordinaria. Si sono avanzati tentativi di imporre, per via legislativa, un divieto alla iscrizione dei magistrati ai partiti, ed addirittura anche a movimenti e formazioni politiche ed a associazioni di categoria, talvolta con formulazioni molto ampie, palesemente prive di copertura costituzionale, come la proposta di legge n. 2234 del 1970.

253 Vero è che l'art. 8 della Legge in cui si tradusse il disegno di legge De Gasperi – la Legge n. 87 dell' 11 marzo 1953- stabiliva invece che “ I giudici della Corte non possono svolgere attività inerente ad una associazione o partito politico” , cit. in G. BORRE', *Articolo 98*, in BRANCA, PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli,1994,pag.449. Per essere precisi l'argomento sarebbe estraneo al nostro discorso, perchè l'espressione “magistrati” di cui al 3 comma art.98 non ricomprende i giudici costituzionali, ma tuttavia ci serve a capire come già allora si inaugurava quella oscillazione pendolare tra divieto di iscrizione e divieto di attività politica che avremmo poi ritrovato in tempi molto più recenti.

1.1.1 Illegittimità dell'associazionismo? La proposta degli on. Romeo e Manco

Si tratta della proposta n. 2234 presentata alla Camera dei Deputati il 22 gennaio 1970 dai deputati Romeo e Manco ²⁵⁴.

La proposta -riguardante solo la magistratura ordinaria- introduce non soltanto il *divieto di iscrizione ai partiti*, ma *anche quello di far parte delle associazioni di categoria*. L'intento dichiarato è quello di agire attraverso un doppio divieto per sottrarre i magistrati a quella che si ritiene una *politicizzazione* inaccettabile *della magistratura*, che si verificava, secondo i promotori della legge, anche attraverso la semplice attività associativa²⁵⁵. Del resto, come si è già visto, il libero associazionismo (anche dei magistrati) era stato la bestia nera del fascismo²⁵⁶, oltre che di tutto il pensiero conservatore che

254 “Gli appartenenti all'ordine giudiziario non possono essere iscritti a partiti politici ed associazioni di categoria e, se iscritti, debbono cessare di farne parte all'entrata in vigore della presente legge” Proposta di legge n. 2234 del 1970. Alla stessa parte politica (primo firmatario Romeo) è da attribuirsi la proposta del 1972 che riguarda le quattro categorie dell'art.98 e vieta, con formula espansiva, “l'iscrizione a partiti, movimenti o formazioni politiche”.

255 “ I vari gruppi associativi appartenenti all'ordine giudiziario vivono in continue e vivaci polemiche tra di loro. Questi contrasti, che talvolta diventano risse, determinano commenti e giudizi negativi nella opinione pubblica e provocano danno e pregiudizio all'intero ordine dei magistrati. La politica e la contestazione sono, così, entrate nella magistratura che si avvia a diventare un centro di potere, strumento di scelte politiche e di partiti”. Relazione alla Proposta di legge n. 2234 del 1970.

256 V. ACCATTATIS, *Il giudice nello stato liberaldemocratico*, Il Ponte, 2003, pag.67.

aveva contraddistinto la cultura giuridica dello Stato liberale pre-fascista. Ed è evidente, dal contenuto della presentazione della proposta, che in pratica viene riesumato proprio quel divieto fascista imposto già nel 1926, con lo scioglimento dell'AGMI, la prima libera Associazione dei magistrati italiani .

Si può ragionevolmente ipotizzare che la libertà di associazione dei magistrati fosse divenuta il “bersaglio” da “centrare” per alcune forze politiche, soprattutto dopo il Convegno del 1965 (convegno di Gardone Riviera) in cui l'ANM, aveva mostrato di saper uscire dai ristretti confini di un particolarismo corporativo, per affrontare le grandi tematiche del rapporto tra giudici, legge e Costituzione.

La incostituzionalità della proposta è palese, in quanto è pacifico il diritto dei magistrati di associarsi ; “stante l'ampia formulazione e la tassativa elencazione dei limiti previsti dall'art. 18 della Costituzione, sarebbe incostituzionale ogni divieto od ulteriore limitazione”²⁵⁷. In un senso favorevole alla difesa del diritto di associarsi in associazioni di categoria si è espresso anche il CSM in una delibera del 1972²⁵⁸.

La proposta di legge pare dunque soprattutto un “messaggio” indirizzato contro i cambiamenti in atto nella magistratura, in un

Interessante un confronto col testo dell' articolo 11 della Legge 563 del 3 agosto 1926 , *Disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro* (cosiddetta “legge Rocco”).

257 G. VOLPE, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in

A.PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 1974 ,pag. 423.

258 Delibera 19/01/1972 in: “CSM”,1972, I, p.39.

momento peraltro drammatico della storia nazionale²⁵⁹. Come si legge nella relazione che accompagna la proposta “*la politica e la contestazione sono entrate nella magistratura*”²⁶⁰. Si tratta dunque, per gli estensori della proposta di espellerle al più presto.

259 Nel dicembre 1969 è scoppiata una bomba alla Banca Nazionale dell'Agricoltura a Milano causando una strage e il MSI aveva accusato i magistrati democratici di essere i mandanti morali della strage, V. ACCATTATIS, *Il giudice nello stato liberaldemocratico*, cit., pag. 69.

260 “La politica e la contestazione sono così entrate nella magistratura, che si avvia a diventare un centro di potere, strumento di scelte politiche e di partiti.” Camera dei Deputati, proposta n 2234 divieto ai magistrati di appartenere ai partiti politici e ad associazioni di categoria presentata il 22 gennaio 1970.

1.1.2 La proposta dell'on. Mammì e il formarsi di un “senso comune” sull'art.98 della Costituzione

Dalla precedente proposta si differenzia la successiva iniziativa legislativa n. 156 del 26 agosto del 1979, non approvata e poi ripresentata nel 1983, (proposta on. Mammì n. 254 del 3 agosto 1983).

La proposta di legge n. 156 del 1979 si compone di due articoli: il primo e più importante reca il divieto di iscrizione ai partiti politici per tutti i dipendenti pubblici inclusi nell'art. 98 Cost., magistrati inclusi, il secondo impone agli stessi soggetti di non assumere comportamenti che compromettano l'assoluta imparzialità delle funzioni e l'indipendenza politica delle amministrazioni di cui fanno parte²⁶¹.

E' stata criticata oltre alla genericità della formula, l'equiparazione delle quattro categorie entro un unico concetto di imparzialità/indipendenza, che non può essere il medesimo per categorie fortemente gerarchizzate (militari e polizia) e per la magistratura.²⁶² La proposta rimane ferma fino alla primavera del 1986, quando il CSM giudica favorevolmente il divieto di iscrizione ai partiti politici dei magistrati, tenendo conto dei vincoli di disciplina che l'iscrizione ai partiti comporta e anche il fatto che i partiti sono collegati “al potere politico nelle sue

261 L'articolo 2 stabilisce anche che tali soggetti , in caso di candidatura ad elezioni amministrative o politiche, sono posti in aspettativa per la durata della campagna elettorale e possono svolgere attività politica di propaganda solo al di fuori dei rispettivi corpi o amministrazioni.

²⁶² G. BORRE', *Articolo 98* in BRANCA PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1994, pag.451.

fondamentali articolazioni di potere esecutivo e di potere legislativo, dai quali la Costituzione ha voluto che la magistratura restasse distinta.²⁶³”

Nonostante il parere favorevole alla legge del CSM, il divieto per i magistrati viene stralciato in quanto per essi si sarebbe dovuto provvedere in sede di riforma dell'ordinamento giudiziario²⁶⁴.

Ma ciò che si afferma, a chiare lettere, già nella relazione del 1983 dell'on. Bruno Vincenzi, è il fatto che l'introduzione di questa normativa sulla disciplina dell'esercizio dei diritti politici nei confronti di alcune categorie di funzionari (tra cui i magistrati) si realizza “in attuazione, fra l'altro, del terzo comma dell'art. 98 della Costituzione”²⁶⁵. In realtà questa affermazione forza il tenore letterale (di tipo facoltizzante) dell'art.98, per cui la Costituzione risulterebbe comunque attuata in pari misura anche dall'assenza di qualsiasi intervento legislativo in materia. In questa proposta dunque la *ratio* dell'art. 98 si è persa ed è stata surrogata da un “*sensu comune*” che configura l'idea di un vuoto legislativo in materia che richiederebbe, per essere

263 Parere CSM citato da G. BORRE' , in Articolo 98, BRANCA PIZZORUSSO, *Commentario alla costituzione* , Bologna , Zanichelli, 1984, pag. 452.

264 E' la prima Commissione della Camera che, nell'approvare la proposta Mammi, stralcia dal divieto i magistrati, per i quali si sarebbe provveduto in sede di riforma dell'ordinamento giudiziario e riduce l'art. 2 alla previsione di un congedo straordinario per la durata della campagna elettorale in caso di candidatura alle elezioni.

265 Camera dei Deputati- *Proposta di legge n. 254/A* 3 agosto 1983, Relazione di Bruno Vincenzi.

colmato, una attuazione costituzionale del terzo comma dell'art.98²⁶⁶.

Altrettanto fuorviante un altro modo di pensare che, negli anni '80, si è venuto anch'esso affermando, quello per cui la disciplina dell'iscrizione ai partiti, per il principio di eguaglianza, dovrebbe valere allo stesso modo per ciascuna delle quattro categorie considerate nell'art.98. Anche questo però confligge con la specificità delle funzioni tutelate: è chiaro che per le forze di polizia vi è una ragione giustificativa del divieto, il timore che una dichiarata affiliazione partitica mini alla base l'unità e l'immagine di corpo al servizio unitario dello stato. Tali ragioni non possono valere per la magistratura, per cui il bene costituzionalmente rilevante da tutelare è il pluralismo delle idee, non l'omogeneità. L' omogeneizzazione delle categorie incluse nell'art.98 significherebbe trasformare la magistratura da un ordine di liberi ed uguali, in un corpo burocratico dello Stato²⁶⁷.

266 S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, cit., pag. 10. L'allusione a un tale vuoto emerge anche dalla formulazione dell'art. 114, contenente il divieto di iscrizione ai partiti politici, inserito nella legge 121 del 1981 (di riforma della pubblica sicurezza) laddove esso collegava la durata del divieto temporaneamente imposto agli agenti di polizia all'entrata in vigore di una “*disciplina più generale della materia*”, che riguardasse tutte le categorie previste dall'art.98, come se tale materia fosse priva di disciplina e alludendo ad una regola uniformante le quattro categorie.

267 “Presentando la magistratura come un grand corps de l' Etat e non già come un ordine di liberi e uguali deputato all'imparziale applicazione della legge nel rispetto del pluralismo ideale che la Costituzione vuole come garanzia di libertà e democrazia” S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, cit., pag. 10.

La forza sorprendente di questo “*sensu comune*” diffuso è spiegabile, solo se si riconduce alla crisi che negli anni '80 investe i partiti. La progressiva degradazione di essi, sempre più ridotti ad “aggregazioni partigiane” e “consorterie totalizzanti”²⁶⁸ consente di vedere in quel divieto, come si è detto, una risposta semplificante e falsamente rassicurante, in quanto mirante a “salvare lo Stato dai partiti” piuttosto che puntare alla “rigenerazione interna del partito”.²⁶⁹

Questo “*sensu comune*” che in parte è riconducibile alla crisi che a partire dagli anni Ottanta ha investito i partiti, finisce per riportare alla luce le antiche diffidenze verso la partecipazione politica, ridando nuova vita allo stereotipo del giudice apolitico.

268 S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, cit., pag. 7.

269 S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, cit., pag. 10.

1.1.3 Altre iniziative legislative, altri fallimenti

Negli anni successivi si riscontrano poi *altre iniziative legislative* ²⁷⁰, tutte abortite, fino ad arrivare al *decreto legge* n. 141 del 3 maggio 1991, col quale viene fatto divieto ai magistrati e alle altre categorie di dipendenti dello Stato di iscriversi ai partiti politici. In questo caso, la scelta della decretazione d'urgenza (in base all'art.77 e 87 della Costituzione) è un segno evidente della perdurante difficoltà di individuare, attraverso la normale dialettica parlamentare, il profilo di una normativa che realizzi un giusto equilibrio tra esigenze di imparzialità e indipendenza della magistratura e tutela dei diritti politici dei magistrati. Deve far riflettere anche il discutibile ricorso ad uno strumento utilizzato nei “casi straordinari di necessità ed urgenza” per introdurre una norma su cui nessun accordo

270 Potremmo citare la proposta Del Pennino La Malfa n. 2705 del 1988 concernente I soli magistrati ordinari prendendo in considerazione, oltre al divieto di iscrizione ai partiti politici, anche il tema dell'elettorato passivo (si occupa anche della disciplina relativa all'assegnazione della sede a seguito di mancata elezione o di espletamento di un mandato elettorale). Accanto a questa vale la pena ricordare la proposta avanzata dai deputati Ferrara, Barbieri e Forleo, nell'ambito di un esame congiunto della proposta Labriola del 9 giugno 1988 n. 2851/C (che riprendeva il testo originario della proposta Mammi) e di un disegno governativo del 14 aprile 1989, n. 3830/C (che riproduceva gli aggiustamenti introdotti nell'art.2 della proposta Mammi durante i lavori parlamentari), con tale proposta essi propongono di sostituire al divieto di iscrizione ai partiti politici una norma del tutto diversa che prevede l'obbligo degli appartenenti alle quattro categorie dell'art.98 di comunicare entro 30 giorni al ministro competente (o agli organi di autogoverno per i magistrati) la iscrizione o l'appartenenza ad associazioni o organizzazioni di qualsiasi natura. G. BORRE' , in Articolo 98, BRANCA PIZZORUSSO, *Commentario alla costituzione* , Bologna , Zanichelli, 1984, pag. 453-454.

condiviso si è mai trovato in oltre un ventennio di lavoro parlamentare²⁷¹.

In conclusione un così lungo periodo di discussione sull'introduzione del divieto senza che esso abbia trovato una collocazione nell'ordinamento è “segno eloquente della difficoltà di rinvenire un giusto equilibrio tra le esigenze prospettate e la tutela dei diritti costituzionali”²⁷².

271 Il decreto legge del 3 maggio 1991, viene pubblicato in “Gazzetta ufficiale” il 4 maggio e decade per mancata conversione dei 60 giorni, il 4 luglio. Merita infine un breve cenno il decreto legislativo n.51/1998 istitutivo del giudice unico di primo grado che, limitatamente alle funzioni di giudice onorario, ne inibisce le funzioni se ricopre o ha ricoperto, nei tre anni precedenti, incarichi nei partiti politici. E' questo un chiaro esempio della attuazione di una limitazione -concernente solo i giudici onorari- di quelle previste dall'art.98 ultimo comma, e non una assoluta soppressione del diritto.

272 V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Articolo 98, pag. 621.

1.1.4 Il magistrato in politica secondo il giudice disciplinare, prima del 2006

L'iscrizione dei magistrati ai partiti politici -come vedremo solo dal 2006 diviene una espressa fattispecie illecita inserita nell'elenco codificato dalla riforma dell'ordinamento giudiziario. Prima del 2006 non esisteva una norma simile, l'impegno in politica dei magistrati era valutato dal giudice disciplinare in termini più generali, ovvero "come possibile violazione dell'obbligo di correttezza e di riserbo nell'esprimere le proprie opinioni politiche o di violazione del dovere di imparzialità per aver strumentalizzato l'attività giudiziaria a fini politici."²⁷³

In mancanza di criteri specifici individuati dal legislatore o dalla giurisprudenza, la sezione disciplinare era arrivata a censurare l'attività politica dei magistrati solo quando essa condizionava in modo evidente l'attività giudiziaria. In assenza di tale evidenza, il giudice disciplinare assumeva un atteggiamento più indulgente, considerato che al magistrato spettano le libertà fondamentali di associazione e di manifestazione del pensiero, seppur nei limiti in cui non ledano l'indipendenza e l'autonomia della funzione giudiziaria. Si riconosceva dunque il diritto del magistrato di partecipare alla vita politica del paese, con il limite rappresentato dalla necessità di bilanciare tale diritto con il

273 D.CAVALLINI, *Le attività e i vincoli associativi incompatibili con l'esercizio delle funzioni giudiziarie*, in *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Cedam, 2011, pag. 212-213.

buon andamento della giustizia e il prestigio dell'ordine giudiziario²⁷⁴ .

Anzi secondo la sezione disciplinare il diritto dei magistrati di partecipare alla vita politica appariva ulteriormente confermata dalla mancata introduzione delle limitazioni di cui si parla all'art.98 terzo comma, come dimostra il fallimento di tutte le iniziative legislative dirette ad introdurre tale divieto per i magistrati.²⁷⁵ Per la sezione disciplinare il diritto di prendere parte alla vita politica rappresenta uno dei caratteri essenziali che hanno caratterizzato la rinascita in Italia della vita democratica dopo il ventennio fascista. Infatti lo stesso giudice disciplinare nel 2004²⁷⁶ richiama alla memoria la circolare del 6 giugno 1944 n.285, con la quale il ministro della giustizia Arangio Ruiz abolì il divieto di fare pubblica professione di fede politica, (in passato imposto anche ai magistrati) affermando che “la partecipazione alla politica sia un dovere civico.”²⁷⁷

274 Corte Cost., 26 ottobre 1982 n.172 in Giurisp. Costit., 1982, I, pag.1746, in D.CAVALLINI, *Le attività e i vincoli associativi incompatibili ecc.*, cit., pag. 213.

275 Sezione disciplinare , 5 marzo 2004,n.20(proc. n. 100/2003) in D.CAVALLINI, *Le attività e i vincoli associativi incompatibili ecc.*, cit., pag. 213.

276 Sezione disciplinare , 5 marzo 2004,n.20(proc. n. 100/2003)in D.CAVALLINI, *Le attività e i vincoli associativi incompatibili ecc.*, cit., pag. 213.

277 “ E che sarebbe per i funzionari dell'ordine giudiziario un privilegio odioso il contrastare loro l'adempimento di questo dovere, limitando a priori nei loro riguardi l'esercizio dei diritti politici al semplice atto del dare il proprio voto nelle elezioni. [...] Se moventi diversi da quello del compimento del dovere potessero influire sulle pronunzie dei magistrati italiani, non basterebbe impedire loro l'iscrizione ai partiti, perché dentro e fuori di questi, il giudice non potrebbe non avere le sue opinioni e relazioni, tanto più efficaci quanto nascoste”. Circolare del ministro di giustizia Arangio Ruiz del 6 giugno 1944 n.285, confermata il 18 agosto 1945.

Interessante è l'idea di politica che emerge secondo l'interpretazione della sezione disciplinare, si tratta di un'*idea alta di politica*; "la politica di cui si tratta è la "*politica delle idee*" e, come tale, non può mai porsi in contrasto con il dovere di imparzialità, che esige l'estraneità ed equidistanza del magistrato dalle parti processuali e dagli interessi in gioco, ma non anche un'impossibile indifferenza ai valori o una irrealistica neutralità culturale".²⁷⁸

278 Sezione disciplinare , 5 marzo 2004,n.20 (proc. n. 100/2003) in

D.CAVALLINI, *Le attività e i vincoli associativi incompatibili* ecc., cit., pag. 213.

1.3 L'imparzialità dei magistrati tra apparenza e sostanza e la loro partecipazione alla vita politica e sociale: alcuni dei problemi aperti dalla riforma dell'ordinamento giudiziario 2005/2006

1.1.1 La tipizzazione degli illeciti extra-funzionali e il divieto di iscrizione ai partiti politici nel d.lgs.109 del 2006

L'intervento legislativo degli anni 2005/2006 ha ridefinito sotto un certo aspetto il rapporto politica-magistratura, nell'ambito di un' opera di riforma dell'ordinamento giudiziario che si è proposta di creare, pur senza modifica di leggi costituzionali, un nuovo profilo della magistratura italiana. Al di là della diversità delle valutazioni che possono esprimersi sugli esiti dei singoli aspetti di una riforma di così ampia portata, (tesa a creare un nuovo equilibrio tra magistrati, poteri di autogoverno e ruolo del Ministro della giustizia), prefigurata dalla legge delega n.150 del 2005 e da vari decreti legislativi attuativi²⁷⁹ ha cercato di introdurre mutamenti profondi, orientati nel senso di un chiaro ed evidente obiettivo politico: quello che è stato definito, piuttosto che una riforma, come una “restaurazione dell'assetto piramidale della magistratura che esisteva all' epoca dell'entrata in vigore della Costituzione”²⁸⁰, secondo modelli che ad alcuni

279 Si tratta della legge delega n.150 del 2005,e dei vari decreti legislativi del 2006 attuativi di essa,in particolare la nostra attenzione si concentrerà sul decreto legislativo n.109 del 2006 relativo agli illeciti disciplinari, poi modificato dalla legge n. 269 del 2006.

280 L'espressione è usata, tra l'altro, da Giampietro Ferri in G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, Padova, Cedam, 2005, pag. 396.

studiosi paiono ricordare la vecchia magistratura che esisteva nello Stato liberale italiano²⁸¹.

Uno dei punti qualificanti di questo cambiamento può comunque riconoscersi nella riorganizzazione del sistema disciplinare e nella introduzione di una tipizzazione degli illeciti di tipo “tendenzialmente rigido.”²⁸² La necessità di tipizzare per via legislativa gli illeciti disciplinari era una esigenza che -come abbiamo visto- si poneva da tempo per conformare i principi ispiratori dell' organizzazione giudiziaria ai nuovi principi scritti in Costituzione²⁸³.

281 “L'obiettivo politico [della riforma del ministro Castelli] è quello di contenere i principi costituzionali di cui agli art. 101 e 107 Cost. , in base ai quali “i giudici sono soggetti solo alla legge” e “i magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni” per creare viceversa una magistratura gerarchizzata e più vicina (e/o più dipendente) al potere politico, ripristinando i principi delle leggi di ordinamento giudiziario del 1865, del 1923 e del 1941. In coerenza con questo obiettivo viene svuotata la competenza del Consiglio Superiore della Magistratura (art. 105 e 106 Cost.)” , M.G.CIVININI, A. PROTOPISANI, G. SALME', G. SCARSELLI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario tra il ministro Castelli e il ministro Mastella*, in: Il Foro Italiano, 2007, pag. 14.

282 F. DAL CANTO, la tipizzazione codificata nella legge 150 /2005 e dettagliata dal d.lgs.109/2006 si colloca in una posizione intermedia, potendosi definire come una tipizzazione “tendenzialmente rigida”; all'enunciazione dei doveri cui ciascun magistrato deve attenersi segue un elenco di condotte illecite tipiche, da integrare con clausole di chiusura.

La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello : dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista, Relazione svolta in occasione delle VI giornate italo- spagnole di giustizia costituzionale, dedicate al “poder judicial” a La Coruna nel 2007, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

283 Del resto l' atipicità degli illeciti era una caratteristica del sistema disciplinare concernente la magistratura francese in età napoleonica, modello

Fino alla riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005/2006, la normativa sulla base della quale erano sanzionati in via disciplinare i magistrati era l' articolo 18 della legge sulle guarentigie della magistratura del 1946.²⁸⁴.

Si trattava però di un articolo informato a "principi non compatibili con quelli che dovrebbero ispirare l'organizzazione dei pubblici poteri -e in particolare della magistratura- in uno Stato democratico²⁸⁵".

Non fornendo tale norma suggerimenti riguardo lo stile di vita al quale il magistrato avrebbe dovuto attenersi, essa considerava infatti la rilevanza disciplinare del comportamento a seconda che da esso potessero o no scaturire effetti di grave disapprovazione sociale; e la giurisprudenza, in modo coerente, attribuiva valore determinante, ai fini della valutazione della liceità del comportamento, alla notorietà del fatto. "Il giudice disciplinare non avrebbe quindi dovuto occuparsi di ciò che il magistrato effettivamente è, ma di come appare."²⁸⁶

ispiratore della magistratura italiana. Ved. F. BIONDI, *La responsabilità del giudice*, cit., pag.51.

284 " Il magistrato che manchi ai suoi doveri o tenga in ufficio o fuori condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che compromette il prestigio dell'ordine giudiziario, è soggetto a sanzioni disciplinari..." Art. 18, r.d.lgs. 511 del 1946.

285 Così afferma Gustavo Zagrebelsky in G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali* in *Scritti in onore di Costantino Mortati* AA.VV, Milano, Giuffrè, 1977, pag. 830.

286 G. FERRI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni*, in M. VOLPI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, AA.VV, Napoli, 2008, pag. 88.

Così “nell'art.18 troverebbe realizzazione a livello normativo un ipocrita principio organizzativo, proprio di tutte le istituzioni autoritarie”, secondo il quale “non importa tanto che i funzionari siano incorrotti, imparziali, apolitici, quanto che coltivino nell'ambiente esterno questa idea di sè”. In altre parole, anziché garantire che il giudice sia un buon giudice , la norma tende a creare un altro modello: “un giudice (politicamente e socialmente) conformista”²⁸⁷.

La *ridefinizione degli illeciti extragiudiziari*, realizzata dalla legge delega 150 del 2005 e dal d.lgs. attuativo 109 del 2006 ha consentito di affrontare in modo organico e sistematico le questioni attinenti alle libertà costituzionali dei cittadini-magistrati a partire dalla *vexata quaestio* della possibilità di iscrizione ai partiti politici.

Se facciamo riferimento all'impianto complessivo disegnato dalla legge delega n. 150/2005, possiamo notare che c'è una distinzione tra gli illeciti disciplinari commessi nell' esercizio delle funzioni giurisdizionali e gli illeciti posti in essere al di fuori delle stesse, in applicazione del principio generale secondo cui il magistrato deve esercitare le sue funzioni con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio e nel rispetto della dignità della persona, mentre, *fuori dall'esercizio delle sue funzioni, non deve tenere comportamenti che compromettano la credibilità o il prestigio suo e dell'istituzione*,

287 G. Zagrebelsky, La responsabilità disciplinare ecc., cit., pag.839.

secondo una impostazione che è stata propria della magistratura italiana sin dagli albori dello Stato liberale²⁸⁸.

Quindi con riguardo alla responsabilità disciplinare si prevede una tipizzazione di illeciti suddivisi in tre categorie; quelli inerenti l'esercizio della funzione, quelli estranei alla stessa e quelli conseguenti al reato.

Si tratta di condotte illecite, molte delle quali sono riprese dalla giurisprudenza della sezione disciplinare o dedotte dal Codice etico approvato dall'ANM del 1994.

Per ciò che concerne il comportamento del magistrato posto in essere fuori delle funzioni giurisdizionali e attinente l'ambito della libertà di associazione, troviamo che, nella legge-delega n.150/2005, l'illecito disciplinare viene così delineato all'art. 3, co.1, lett. h del d.lgs. 109/2006, (dando contenuto concreto alla delega²⁸⁹): *“Costituisce illecito disciplinare al di fuori*

288 Esemplare questo intervento dell'on.le Fortis nella relazione sulla legge Orlando del 17 luglio 1908 : “ I doveri dei magistrati non possono mettersi alla pari di quelli dei privati e nemmeno di quelli dei funzionari in genere. In coloro ai quali noi confidiamo, ai fini della giustizia, il diritto di sindacare anche la vita dei cittadini, di disporre dei loro beni, della loro libertà, del loro onore, noi dobbiamo pretendere un elevato e rigido sentimento di moralità; e nell'impossibilità di conoscere il foro interno della loro coscienza, noi abbiamo il diritto di indagare tutta intera la loro condotta pubblica e privata per vedere se essi siano veramente degni di esercitare il loro alto e insindacabile potere” Consiglio Superiore della magistratura, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Roma, 1972, 13, cit. in G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali*, cit., pag. 834.

289 Legge 25 luglio 2005 n. 150 all' art.1 lett. d, 8: “L'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque appannare l'immagine del magistrato”.

dell'esercizio delle proprie funzioni l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o operativi nel settore finanziario, che possano condizionare l'esercizio delle funzioni, o comunque compromettere l'immagine del magistrato".

Il decreto 109 è infatti l'attuazione di quanto espressamente indicato nella legge-delega 150/2005 (Delega al governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al Regio decreto 30 gennaio 1941, n.12) la quale non ha lasciato spazi di discrezionalità al legislatore delegato, che di fatto si è dovuto limitare a riprodurre quanto letteralmente aveva previsto la lettera della delega.

Il decreto legislativo attuativo della delega n. 109/2006 al termine dell'elenco degli illeciti extrafunzionali (art.3) prevede una "clausola di chiusura", o forse, *rectius*, "di apertura" in quanto consente di promuovere l'azione disciplinare per una gamma indefinita di comportamenti che spaziano dalla partecipazione a riunioni in luoghi pubblici, all'iscrizione alle associazioni di categoria, alla pubblicazione di articoli su quotidiani politicamente orientati...

Si può dedurre da una tale clausola di apertura, che recita così *"costituisce illecito disciplinare fuori dell'esercizio delle funzioni ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza o la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza"*²⁹⁰, che in realtà siamo di fronte ad una tipizzazione solo apparente degli illeciti extrafunzionali, data la difficoltà di tracciare con precisione, sulla base di un testo

290 Articolo 3, lett.I del d.lgs. 109/2006.

normativo così estremamente vago e generico, il confine tra l'area della liceità disciplinare e quella dell'illiceità²⁹¹.

Una tale difficoltà è resa ancor più evidente dal 2° comma dell'art.1 del decreto 109/2006, che prevede la possibilità che il magistrato possa essere sanzionato per comportamenti extrafunzionali che seppur “legittimi”, compromettano comunque la “credibilità personale, il prestigio e il decoro del magistrato o il prestigio dell'istituzione giudiziaria” .

É evidente come il legislatore, con il d.lgs. 109 del 2006 all'art3 lett.h, estenda l'area dell'illiceità, rispetto al dettato costituzionale, trasformando le “limitazioni” in un “divieto”. Ma, oltre a far questo, egli pone l'una a pari dell'altra, attività che si configurano come distinte per intensità di rapporto con la politica, tutte accomunate sotto il profilo della sanzionabilità: “*Iscrizione*”, “*partecipazione*”, “*coinvolgimento*” nei centri politici indicano tre modalità sempre più affievolite di partecipazione politica che però vengono accomunate dalla medesima sanzionabilità.

291 G. FERRI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati prevista dall'art.3 del decreto legislativo n. 109 del 2006:la tipizzazione degli illeciti extrafunzionali e il suo sostanziale svuotamento*, *Questione giustizia*, 2008, p.94-95.

1.1.2 *Iscrizione ai partiti politici, partecipazione ad essi, coinvolgimento politico*: comportamenti posti tutti su un medesimo piano dal d.lgs.109/2006

Il già citato art. 3 lett. h del d.lgs.109 del 2006, probabilmente nasconde aspetti problematici; si possono qui rintracciare elementi di una volontà di allargare l'area di interdizione alla più generale libertà di associazione, all'area coperta dall'articolo 18 della Costituzione. A questo può far pensare il riferimento alle attività associative di vago sapore politico che possono identificarsi nel riferimento ai “*centri politici*”²⁹². Una espressione che pare richiamare , quella dei “*centri di potere*” “partitici e non”, cui aveva fatto riferimento, nel lontano 1981, il presidente Pertini in qualità di presidente del CSM, anche se, come si può leggere nelle pagine che seguono, i possibili contenuti delle due espressioni sono molto diversi.

Del resto anche il codice deontologico della magistratura, redatto dall'ANM nel 1994, all'art. 8 invita il magistrato ad

292 “ Sembra infatti chiara l'intenzione del d.lgs. Castelli di limitare, meglio vietare, non solo l'iscrizione ad un'associazione-partito (libertà speciale ex art. 49 Cost.) ma anche la libertà generale di associarsi ex art. 18 Cost. , nelle ipotesi in cui l'associazione abbia una natura vagamente politica (il d.lgs. parla di “centri politici”; tra l'altro l'espressione “coinvolgimento” rischia di allargare ulteriormente le maglie legittimando la sanzionabilità in via disciplinare non solo dell'adesione (formale) ad una associazione politica...ma anche dell'attività politica in senso lato, meglio di qualsiasi forma di partecipazione alla vita politica, culturale, sociale” N. PIGNATELLI, *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici: un “cavallo di Troia”* , in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, Giappichelli,2005, pag. 345.

astenersi dal coinvolgimento in “*centri di potere* partitici o affaristici”²⁹³.

E' evidente che con il d.lgs.109 del 2006 siamo di fronte ad una dilatazione di ciò che è esplicitamente consentito dall'art. 98 Cost., dato che “iscrizione” non è “partecipazione” nè tanto meno “coinvolgimento”, come anche un “partito” non è un “centro politico”.

“Coinvolgimento” poi non significa partecipazione e neppure svolgimento di attività politiche; tale scelta lessicale non può essere una scelta avalutativa; ma essa piuttosto tradisce l'impostazione ideologica del legislatore, per cui diviene censurabile qualsiasi attività di natura politica svolta dai magistrati.²⁹⁴

Il termine “centro politico” potrebbe indicare anche una associazione che promuove un pubblico dibattito. Ora penalizzare questo tipo di attività significa menomare diritti

293 Degno di attenzione ai fini della nostra ricerca è la previsione di cui all'art.8 , comma 2 del *codice etico* redatto dall'ANM nel 1994 (la cui formulazione letterale è in parte ripresa dalla riforma “Castelli”): “Evita qualsiasi coinvolgimento in centri di potere partitici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle sue funzioni o comunque appannarne l'immagine.”

Merita ricordare anche lo *Statuto dell'ANM* che agli art.5 e 6 afferma che “i soci che assumono cariche di vertice dell'Associazione si impegnano a non presentare la propria candidatura in occasione di elezioni politiche o amministrative per l'intera durata del Comitato direttivo centrale e per le elezioni immediatamente successive” e che “l'iscrizione all'Associazione è incompatibile con l'iscrizione a partiti politici e con l'assunzione di incarichi o cariche in partiti o formazioni partitiche” e “l'accettazione di candidature in elezioni politiche e amministrative determina la decadenza da incarichi rappresentativi nell' ANM”.

294 R. PINARDI, *Quando “l'immagine” del magistrato si “appanna”*, in www.forumcostituzionale.it, 2 dicembre 2004.

costituzionali, quali il diritto di riunione (art.17 Cost.) , il diritto di associazione (art.18 Cost.)e al limite, anche la libertà di manifestare le proprie opinioni politiche(art.21 Cost.). Si potrebbe arrivare a sanzionare la partecipazione dei magistrati a dibattiti pubblici organizzati da associazioni politiche in senso lato.

Tuttavia non sono mancate in dottrina letture molto estensive dell'articolo 98 Cost., per cui le limitazioni da esso previste sono state ritenute applicabili non solo alla libertà di associazione, ma addirittura anche alla libertà di manifestazione del pensiero. Vi è chi ha sostenuto che “ legittimamente possa essere inibita ai magistrati la pubblica manifestazione di opinioni politiche o addirittura partitiche, laddove le esternazioni siano tali da far sorgere il concreto sospetto che coloro che le hanno rese possano difettare della necessaria serenità e imparzialità di giudizio allorquando amministrano la giustizia; il tutto perché siamo fermamente convinti che la fiducia dei cittadini nella magistratura cerca alimenti nell'imparzialità, che è materiata anche di apparenza”²⁹⁵.

295 S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*, Napoli, Jovenne editore, 2008, pag.532. Per De Nardi “sarebbe auspicabile che nel prossimo futuro, gli esponenti dell'ordine giudiziario praticassero in maniera spontaneamente responsabile non solo la libertà positiva (di espressione) ma anche (se non soprattutto) la libertà negativa di espressione, provvedendo ad astenersi liberamente dal manifestare il proprio pensiero ed evitando così di parlare troppo. ” pag. 546- 547.

A questa posizione si contrappone la posizione del giudice Vincenzo Accattatis che così si esprime “ I giudici tradizionali tacevano e operavano. Come operavano? Lo sappiamo. Molti giudici erano massoni, giudici sodali. Poi la magistratura è cambiata. I giudici democratici hanno cominciato a parlare...a

Diversa e condivisibile pare la posizione di quanti sostengono che viceversa non si possa ricavare dall'art. 98 Cost. alcun elemento per sostenere una compressione della libertà di espressione dei magistrati. Al riguardo infatti è convincente l'affermazione di Lorenza Carlassare, che in materia dei diritti costituzionali dei "pubblici funzionari" di cui all'art. 98 Cost., sostiene che "la sola possibilità prevista è la limitazione dell'iscrizione, ma non anche dell'appartenenza; *resta pertanto libera l'adesione ideologica anche apertamente manifestata*"²⁹⁶. Del resto la libertà di formare associazioni di carattere politico diverse dai partiti politici dovrebbe essere una conseguenza della libertà di manifestare il proprio pensiero in ambito politico. Poiché la Costituzione non pone limiti a tale diritto per i funzionari di cui all'art.98 Cost. e poiché siffatte limitazioni non possono essere stabilite con legge, non dovrebbe neanche essere possibile limitare il diritto di associarsi per diffondere in comune determinate idee.²⁹⁷

forzare la regola della riservatezza. Penso sia un bene che i giudici parlino. La democrazia è fatta di parola, di trasparenza e di comunicazione" V. ACCATTATIS, *Giudici che parlano e giudici che tacciono*, Il Ponte, cit. in S.DE NARDI, *La libertà di espressione ecc.*, cit., pag.546, nota 29.

296 L. CARLASSARE, l'autrice prosegue precisando l'importanza che riveste il principio del pluralismo ideologico proprio nell'ambito della pubblica amministrazione: "...va tenuto fermo che, in armonia col più generale enunciato dell' articolo 49 Cost., il principio ispiratore è il pluralismo ideologico già di per sé garanzia di imparzialità, e, insieme freno alla tendenza della burocrazia ad esprimersi come blocco unitario, a porsi come forza alternativa.", *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974 pag.108.

297 A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti* in: *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, pag.1919.

Né pare corretto dedurre anche dalla introduzione di un divieto di iscrizione ai partiti ulteriori fattispecie per inibire ai magistrati altre forme di impegno politico che, diversamente dalla adesione ai partiti, non comportino l'assunzione di vincoli, come le partecipazioni a riunioni e la libera manifestazione del proprio pensiero²⁹⁸.

Una tale dilatazione delle limitazioni dei diritti di libertà dei cittadini-magistrati pare allontanarsi dal bene giuridico che l'art. 98 Cost. pare tutelare.

298 G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali*, cit ., pag.864.

1.1.3 La lett. h dell'art.3, co.1, del d.lgs. 109/2006: dubbi di legittimità costituzionale

Se riteniamo che la Costituzione con l'art.98 miri a tutelare l'*apparenza di imparzialità*, si può ritenere che la legge possa legittimamente vietare ai magistrati non solo l'iscrizione, ma anche la partecipazione occasionale ai partiti politici, così come alle associazioni vicine ad un partito.²⁹⁹

Se l'intenzione originaria dei costituenti è viceversa, quella di garantire l' *indipendenza*, ovvero di opporre una barriera ai condizionamenti dell'attività giudiziaria- che deriverebbero dal legame assunto con l'iscrizione ai partiti politici - allora le possibili limitazioni potrebbero riguardare soltanto l'iscrizione ai partiti politici, e non anche la partecipazione alle loro attività.³⁰⁰

Possono venirci in aiuto, le asserzioni espresse nel dibattito costituente, che ci fanno propendere per questa *seconda lettura* della norma, anche se bisogna tener presente il notevole rilievo che assume l'apparenza di imparzialità. Infatti la stessa fiducia dei cittadini nell'attività giurisdizionale in fondo si alimenta anche di tale apparenza (cui naturalmente deve poi corrispondere la sostanza dell'imparzialità).

In assemblea costituente, lo si è visto, l' argomento principale addotto per giustificare la limitazione all'iscrizione fu la necessità di garantire l'*indipendenza* della funzione. Soprattutto si temeva che l'adesione ad un partito avrebbe comportato

²⁹⁹ N. ZANON F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2008, pag.61.

³⁰⁰ N. ZANON F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2008, pag.61.

oneri, doveri, legami con il rischio di condizionare il magistrato “se non nella coscienza almeno nel suo subcosciente” in quanto egli è pur sempre “un uomo e come tale sensibile alle influenze umane³⁰¹”.

Ciò però non può far dimenticare che anche l'apparenza di imparzialità assunse già per i costituenti un certo rilievo, persino quando si raggiunse il compromesso finale. Si trattava di una “*apparenza*”- cui ovviamente doveva *accompagnarsi la sostanza*- che era “essenziale” per alimentare la fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario.

Secondo una larga parte dei costituenti, i magistrati devono essere e apparire al di sopra di ogni sospetto in quanto il magistrato deve essere percepito come “rappresentante dello Stato”³⁰² e non come rappresentante di un partito, né di una maggioranza, né di un governo.

In fase di Costituente la soluzione di *compromesso* fu agevolmente raggiunta: la via della possibile “limitazione” rimessa all'intervento del legislatore ordinario, -che avrebbe così potuto tener conto delle condizioni ambientali e storiche del momento- invece della strada del divieto assoluto, sembrò la soluzione praticabile per conciliare le esigenze opposte: la libertà dei cittadini e la dignità dello stato.

Si può supporre perciò che la lett. h dell'art. 3 del d.lgs. 109/2006, nella parte in cui prevede il *divieto di iscrizione* ai

301 Ved. intervento On.le Bozzi in *Resoconto sommario della seduta pomeridiana* di venerdì 20 dicembre 1946, pag.77, cit. in questa stessa tesi vd. cap. 2, paragrafo 1.3, (“*La genesi dell'art.98 nel dibattito costituente*”).

302 Al riguardo ved. in questa tesi capitolo n.2 paragrafo 1.3 (“*La genesi dell'art.98 nel dibattito costituente*”).

partiti politici, rappresenti una interpretazione molto estensiva della norma costituzionale, la quale parla di “limitazione” e non di soppressione di tale diritto. In tal modo si garantisce la mera apparenza di imparzialità, mentre risulta maggiormente convincente il ragionamento effettuato da coloro, i quali sostengono che probabilmente, un magistrato che fosse in grado di manifestare in pubblico le proprie idee politiche, assumendosi una sorta di responsabilità pubblica, darebbe forse maggiori garanzie al di là delle apparenze, di decidere in modo imparziale.³⁰³

Maggiori perplessità però suscita l'altra previsione, sempre contenuta nella medesima disposizione, nella parte in cui si prevede il *divieto di “partecipazione ai partiti politici”* o addirittura di “coinvolgimento nell'attività di centri politici”³⁰⁴, violando così una serie di libertà costituzionali garantite anche ai magistrati³⁰⁵; quali il diritto garantito all'art.49 Cost., la libertà di associazione di cui all'art.18 Cost., se non addirittura l'art.21 Cost., ovvero il diritto dei magistrati di manifestare opinioni di natura politica.

³⁰³ F.DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano* ecc., cit.

³⁰⁴ Previsione modificata dalla legge n.269/2006, che non parla più di “coinvolgimento nelle attività di centri politici”, ma continua a mantenere il “divieto di iscrizione” e “di partecipazione sistematica e continuativa” ai partiti politici. Si tratta di una previsione più attenuata rispetto a quella precedente, anche se ambigua e problematica per la difficoltà di stabilire in concreto quando vi sia la sistematicità e la continuità.

³⁰⁵ F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano* ecc., cit.

Questa fattispecie di illecito disciplinare, così come formulata dal legislatore del 2006 nel decreto n. 109 (art.3,co.1,lett. h), non sembra essere in armonia con la lettera dell'art.98 della Costituzione e con le intenzioni originarie dei costituenti, la cui principale preoccupazione pareva essere quella di garantire l'*indipendenza* e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza, affidando al legislatore la possibilità di limitare quei comportamenti che implicassero vincoli o legami in grado di mettere a repentaglio quei valori.

Difficile sostenere che i costituenti pensassero di affidare invece al legislatore la possibilità di introdurre un divieto generalizzato per il magistrato di partecipare alle attività politiche in senso lato.

1.1.4 “Compromettere l'immagine” del magistrato: formula vaga e illimitatamente estendibile

Conciliare la libertà di associarsi in partiti politici dei magistrati-cittadini e la “dignità dello Stato”³⁰⁶ era un obiettivo di non facile perseguimento. In effetti l'esperienza italiana aveva mostrato che le esigenze del prestigio dell'ordine giudiziario producevano una tendenza a sacrificare alla tutela dell'apparenza la tutela dei doveri d'ufficio³⁰⁷.

In realtà nella legge-delega e nel decreto legislativo Castelli sembra però realizzarsi proprio quella prevalenza delle apparenze sulla sostanza paventata già in dottrina negli anni

³⁰⁶ Per riprendere l'espressione usata dall'on. Clerici in Assemblea Costituente. Ved. più ampiamente sul punto cap.2, paragrafo 1.3 (“*La genesi dell'art. 98, 3°co. della Costituzione*”).

³⁰⁷ “Nessuna meraviglia, in questa situazione istituzionale, se la responsabilità disciplinare sia prevalentemente utilizzata per la difesa del decoro formale del gruppo- e di tutto ciò che dietro a questa nozione può nascondersi-, ciò che corrisponde ad una esigenza fondamentale per ogni corpo burocratico che tenda a perpetuare il suo potere di controllo sociale. Anzi, quando l'interesse alla punizione di comportamenti lesivi degli obblighi d'ufficio contrasta con quello a mantenere intatto il decoro del gruppo che vuol presentarsi unito e sano, è presumibilmente il primo ad essere sacrificato: il sistema disciplinare in vigore consente questo risultato se non addirittura lo favorisce. L'applicazione delle sue regole da parte di organi di estrazione prevalentemente interna fa il resto. Non è un caso, per esempio, che le degenerazioni sul piano della efficienza nella amministrazione della giustizia, così come in molti altri settori della pubblica amministrazione, non trovino remore ed ostacoli nel timore di incorrere in responsabilità disciplinari. Eppure si dice che uno dei significati fondamentali di essa dovrebbe proprio essere quello di costituire ostacolo a quel genere di disfunzioni” G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali*, cit ., pag. 846- 847.

settanta del XX secolo : “L'apparenza domina sulla realtà [e] l'esigenza di avere buoni giudici cede nettamente di fronte a quell'altra, tutta ideologica, di alimentare la fiducia nella magistratura, facendola apparire degna delle sue funzioni, presentate a loro volta come le più ardue e delicate e perciò bisognose del massimo rispetto”³⁰⁸.

In realtà nella legge delega e nella d.lgs.109 del 2006 sembra che la *ratio* del divieto sia soprattutto quella della tutela di una “immagine” della magistratura genericamente delineata. In effetti “immagine” è un termine indeterminato e ambiguo che può prestarsi a interpretazioni diverse riproponendo il dilemma tra la necessità di tutelare un “prestigio dell'ordine giudiziario”, inteso puramente nel senso di un decoro formale, o il “prestigio” inteso in senso sostanziale, che si definisce come “*public confidence*” nel linguaggio della Corte Europea dei diritti dell'uomo³⁰⁹.

Si può notare il fatto che il termine così inafferrabile di “immagine” non è usato, né nel dibattito costituente -dove il

308 G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali*, cit., pag.838.

309 R. PINARDI, “L' assoluta indeterminatezza del concetto di “immagine” ripropone l'antico dilemma tra la necessità di preservare il “prestigio” in senso formale o in senso sostanziale dell'ordine giudiziario, dato che non si capisce se la previsione in oggetto faccia riferimento all'esigenza di mantenere “the public confidence” nella funzione giudiziaria, mediante interventi volti a tutelare l'indipendenza e quindi l'imparzialità dell'azione svolta dai membri della magistratura, oppure... verranno puniti anche comportamenti e opinioni che non risultino in sintonia con una concezione, ormai datata, di decoro meramente formale dell'ordine giudiziario.”, *Quando “l'immagine” del magistrato si “appanna”*, in www.forumcostituzionale.it, 2 dicembre 2004.

riferimento è all' "apparenza" di imparzialità o al "sospetto" di parzialità-, né nel *leading case* della Sentenza n. 100/1981 della Corte Costituzionale – dove il riferimento è invece a "fiducia" "considerazione" e "prestigio"- e neppure nell'intervento tenuto il 23 luglio 1981, in sede di CSM dal presidente della repubblica Sandro Pertini, in merito al problema della libertà di critica. Mentre il presidente ribadisce che la libertà di critica è il fondamento del sistema, in cui tutti viviamo, di responsabilità costituzionale (e ammonisce contro le denigrazioni della magistratura, elemento -va ricordato- anch'esso lesivo del *prestigio* della magistratura), la tutela di quel "prestigio" sembra coesistere col fondamentale diritto di critica e di intervento, di ciascuno e di tutti, anche se la critica non deve trasformarsi in insinuazione e calunnia. Pur ribadendo l'importanza dei valori cardine dell'ordine giudiziario -quali l' imparzialità, indipendenza e autonomia dei magistrati, il presidente afferma che è ugualmente importante anche il *prestigio* dei magistrati, ovvero la "convinzione"- che deve radicarsi nella gente comune- di poter contare su una giustizia non di parte, non asservita ad alcun "centro di potere" (partitico e non partitico) e non deviata da pregiudizio ideologico". In questo senso dunque, per lui, non basta quindi che i magistrati siano indipendenti e autonomi, ma è necessario che appaiano anche tali. ³¹⁰ Una corretta chiave di

310 Così dichiara il presidente della Repubblica Sandro Pertini ad una seduta inaugurale del CSM: "La libertà di critica non conosce zone franche o settori dell'ordinamento che possano pretendere l'immunità. Tutti viviamo in un sistema di responsabilità costituzionali, del quale la libertà di critica è il fondamento. Ma la libertà di critica non può essere confusa con la denigrazione, l'insinuazione e la calunnia. Gettare discredito sull'ordine giudiziario nel suo insieme significa

lettura del richiamo all'indipendenza e all'apparenza di indipendenza, contenuto in questo intervento del Presidente della Repubblica Pertini, implica il riconoscimento dell'*indipendenza reale* come prioritaria rispetto a quella *apparente*. Spesso capita invece in Italia, che nel fuoco della polemica sulla pretesa "politicizzazione" dei magistrati si rovesci l'ordine di priorità tra realtà e apparenza.³¹¹

Tornando al testo del decreto legislativo (n.109/2006) Castelli, sembra proprio che il richiamo all'*immagine*, così vago renda possibile configurare come comportamenti lesivi di essa anche atteggiamenti non conformisti, o addirittura opinioni politiche sulla base della arbitraria valutazione della autorità sanzionante. Infatti il termine "immagine" in combinazione con il verbo "appannare" configura una formula molto ampia e indeterminata, che si vale di una semantica generica e

minare uno dei pilastri del nostro ordinamento democratico...l'imparzialità, l'indipendenza e l'autonomia dei giudici sono valori che devono essere difesi con fermezza contro ogni insidia esterna ed interna all'ordine giudiziario. Di eguale importanza è anche la difesa del *prestigio* dei magistrati nell'animo del popolo italiano, la diffusione di una convinzione che deve essere sempre più radicata nella gente comune: quella di poter contare su una giustizia non di parte, non asservita ad alcun centro di potere, di qualunque natura esso sia, partitico e non, non deviata da alcun pregiudizio ideologico. A questo fine anche il comportamento dei magistrati, il loro modo di essere presenti nella società civile e politica, oltre che le modalità di esercizio della loro funzione devono contribuire a collocarli in una posizione di credibilità e di rispetto. Non basta essere indipendenti e autonomi, occorre anche apparire tali". S. PERTINI, *Dichiarazione del presidente Pertini (23 luglio 1981) alla seduta inaugurale del Consiglio Superiore della Magistratura*, in "Questione giustizia" n.4/1982, pag. 198- 199.

308 E. BRUTI LIBERATI, *Imparzialità e apparenza di imparzialità dei magistrati in Europa*, *Questione Giustizia*, n.2 del 2006.

illimitatamente estendibile, che autorizza il sanzionamento in via disciplinare delle più varie condotte (ed anche opinioni) poste in essere dai giudici o dai pubblici ministeri, in palese dissonanza con la tassatività che dovrebbe caratterizzare gli illeciti disciplinari e conferire al sistema delle sanzioni un profilo garantista.³¹²

Il d.lgs. 109 del 2006 (art. 3, co.1, lett.h) estende poi le “limitazioni” non solo dalla modalità iscrizione alla modalità partecipazione/ adesione/ coinvolgimento, ma anche dal soggetto “partito” al ben diverso soggetto di “centro politico” (termine però caduto con la legge n.269 del 2006) ovvero a situazioni che rimandano ad associazioni *lato sensu* politiche, rispetto alle quali secondo dottrina non potrebbe applicarsi nessuna delle restrizioni previste dall'art.98³¹³.

³¹² Sembrerebbe rientrare in questa fattispecie il caso, appartenente ad un tempo che dovrebbe ormai apparire remoto, del giudice di Cassino, Dante Troisi, sanzionato in via disciplinare, sulla base dell'art.18 della legge sulle guarentigie della magistratura dalla Corte disciplinare di Roma con sentenza 22 novembre 1957, per la pubblicazione del racconto Diario di un giudice pubblicato dall'editore Einaudi nel 1955 e considerato all'epoca un evento letterario.

Il procedimento disciplinare si concluse con la sanzione della censura, come scrive la sentenza della Corte disciplinare di Roma del 22 novembre 1957 “ essendo impossibile negare che la rappresentazione dei giudici come avidi di carriera privi di responsabilità, infastiditi di dover giudicare per uno stipendio non soddisfacente produca nel lettore un senso di sfiducia nell'ordine giudiziario.” Così cit. in : L.PEPINO, *Appunti per una storia di Magistratura Democratica*, in *Questione Giustizia*, n.1/2002, pag.13, nota 50.

³¹³ Per A. Cerri “...le limitazioni stabilite sulla base dell'art.98 non sono applicabili, ad es., alle associazioni politiche lato sensu. Che non siano applicabili è generalmente riconosciuto dagli autori che si sono occupati dell'argomento e d'altra parte dovrebbe risultare indirettamente anche da altri principi costituzionali. La ragione di questa inapplicabilità andrebbe ricercata

Certo il partito opera in virtù di un consistente vincolo di disciplina che lega eletti e elettori, mentre le mere associazioni politiche non influiscono direttamente sull'attività dello stato e non vincolano l'indipendenza delle persone, ma semplicemente diffondono idee nella società. La libertà di far parte di associazioni di carattere politico dovrebbe essere una conseguenza della libertà di manifestare il proprio pensiero in materia e inoltre, l'articolo 18 della Costituzione stabilisce un parallelismo fra attività consentite al singolo ed attività consentite all'associazione.³¹⁴ La libertà di esprimere individualmente un'opinione in ambito politico, si deve poter proiettare nella libertà di formare associazioni di carattere politico. La libertà di cui ci si vale *uti singuli* dovrebbe essere la medesima di cui ci si vale *uti socii*.

appunto nei diversi caratteri che presenta l'azione dei partiti rispetto a quella delle altre associazioni politiche". A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*, cit., pag. 1918-1919.

314 A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*, cit., pag.1919.Ved. più ampiamente sul punto al cap. 2, paragrafo 1.2 di questa tesi (*La libertà di associazione e i magistrati- cittadini*).

1.1.5 L'obiettivo di un magistrato “depoliticizzato”

La legge delega 150/2005, si spinge oltre ciò che pare richiedere la Costituzione e anche la giurisprudenza costituzionale, ovvero non si limita alla mera censura dei comportamenti dei magistrati che si mostrino “*pregiudizialmente ed organicamente* schierati con una delle parti politiche³¹⁵”, ma finisce per perseguire nei fatti un altro obiettivo, quello del magistrato separato e lontano non solo dalla politica partitica, ma dalla politica in generale.

Infatti vi è uno stretto legame tra la disciplina degli illeciti disciplinari e il tipo di magistrato prefigurato dall'ordinamento³¹⁶.

La nuova disciplina degli illeciti extra-funzionali (assieme a molti altri elementi desumibili dalla riforma introdotta con la legge delega 150 del 2005)³¹⁷ sembra configurare un modello di magistrato spinto ad isolarsi e appartarsi, piuttosto che a partecipare alla vita sociale.

315 G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, pag. 147.

316 G. FERRI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati* ecc.,cit., *Questione giustizia*, 2008, pag.95.

Come si è sostenuto in dottrina “il potere disciplinare, pur incidendo sulla patologia e non sulla fisiologia del sistema è talora assunto a strumento di governo della istituzione giudiziaria, determinando finanche di fatto vincoli di dipendenza paragonabili a quelli gerarchici, del tutto estranei alla logica che pervade l'organizzazione costituzionale della magistratura.” L. PEPINO, *Quale giudice dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?*, *Questione Giustizia*, pag.673.

³¹⁷ G. FERRI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni* in : M. VOLPI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2008.

Sembra quasi che il legislatore veda nella partecipazione alla vita associativa e nella pubblica manifestazione di opinioni sui problemi della società, soprattutto quelli riguardanti l'amministrazione della giustizia, un elemento di disturbo.

Questa volontà di “depoliticizzare” la magistratura pare comunque una tendenza di fondo che trova altri momenti di realizzazione, anche prima della riforma dell'ordinamento giudiziario 2005/2006, ad esempio nella riforma elettorale del CSM³¹⁸.

La volontà della riforma dell'ordinamento giudiziario 2005/2006 di spingere verso una neutralizzazione non soltanto del giudice “partitico”, ma anche del giudice “politico” sembra essere un obiettivo che probabilmente si persegue mediante il divieto dell'iscrizione ai partiti.

E' la stessa volontà che si è manifestata in passato in una parte della dottrina che riconduceva l'interesse politico-ideologico ad una delle ipotesi che consentono la ricsuzione (solo per i giudici) ai sensi dell'art. 51 del c.p.c., in particolare all'ipotesi di “interesse nella causa”. Tuttavia la giurisprudenza (negli anni '70 e '80) e anche quella più recente ha ribadito come il motivo politico-ideologico non sia riconducibile all'art.51 c.p.c. attraverso l'interpretazione estensiva. E neppure sarebbe condivisibile l'inserimento ad opera del legislatore dell'*interesse politico* tra i *motivi di ricsuzione*. Un tale intervento normativo perseguirebbe il fine della “creazione di un tipo di giudice

318 Con la legge 44/2002 concernente il sistema elettorale del CSM si era introdotto il sistema nominale al posto del sistema basato su liste, facendo così venir meno la visibilità delle correnti. G. FERRI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati* ecc., cit., *Questione giustizia*, 2008, pag. 96.

neutro, apolitico e senza idee”³¹⁹. La Costituzione stessa sembra favorire il pluralismo ideologico anche all’interno della magistratura.

Infatti “*l’ideologia del giudice pesa necessariamente sull’esito del giudizio e ciò non potrà essere evitato prevedendo l’interesse politico come motivo di riconsunzione né, in un ordinamento democratico, è opportuno che ciò avvenga.*”³²⁰

Tale tendenza alla separazione netta tra il magistrato e la vita politico-sociale, a cui pare mirare la riforma dell’ordinamento giudiziario 2005/2006, sembra ad alcuni per un verso, anacronistica e, per altro verso, pericolosa per le conseguenze che potrebbe avere sulla giustizia l’isolamento di chi lo amministra.³²¹ Non si può fare a meno di sottolineare, infatti, come la funzione giurisdizionale abbia assunto da tempo un indiscutibile connotato di politicità.³²²

La funzione giurisdizionale si caratterizza come funzione “ordinante e costruttiva” e non solo servente una legge

319 R. ROMBOLI, *L’interesse politico come motivo di riconsunzione del giudice*, in Rivista di diritto processuale, 1982, pag. 480.

320 R. ROMBOLI, *L’interesse politico come motivo di riconsunzione del giudice*, in Rivista di diritto processuale, 1982, pag. 480.

321 G. FERRI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall’esercizio delle funzioni* in M. VOLPI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., pag. 104.

322 “...L’attività del giudice, pur nell’ambito del principio di subordinazione alla legge, è, come quella di un qualsiasi operatore-interprete del diritto, attività creativa di diritto, sfatando l’ormai volgare credenza che ci sia un ordinamento giuridico bello e pronto, che ha bisogno soltanto di essere applicato dal giudice, per derivarne mediante sussunzione la decisione esatta.”, G. VOLPE, *La responsabilità politica dei giudici* in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale- Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, Giuffrè, 1977, p.810.

concepita come l'atto che ha già risolto una volta per tutte il problema della costruzione dell'ordine".³²³

Come si è visto, nel capitolo iniziale, questo mutamento si è realizzato gradualmente anche in Italia, a partire dagli anni successivi all'entrata in funzione della Corte Costituzionale³²⁴. Il giudice svolge un ruolo politico nella misura in cui attuando direttamente la Costituzione crea nuove generazioni di diritti non previsti a livello normativo³²⁵.

Del resto tale ruolo politico che è venuto ad assumere il magistrato gli è stato in qualche modo "attribuito" dallo stesso legislatore, in quanto creatore di leggi sempre più "contrattate,

³²³ M.DOGLIANI, *La formazione dei magistrati*, in *Magistratura, csm e principi costituzionali*, cit., pag.145.

³²⁴ "Con l'avvento nella pienezza delle sue funzioni della Corte Costituzionale (1956) divenne operante per qualsiasi giudice, nel corso di un giudizio che si svolga dinnanzi a lui, il potere di rimettere, d'ufficio o su sollecitazione di una delle parti, alla Corte costituzionale, per la decisione, la questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica... L'entrata in funzione della Corte Costituzionale collocò i giudici di grado inferiore su un piano di parità con i magistrati superiori per quanto attinente alle funzioni esercitate, consentendo loro di partecipare attivamente -attraverso l'esercizio del potere di rimessione della questione di costituzionalità alla corte- all'elaborazione e attivazione di quello che venne definito l'indirizzo (politico)costituzionale". S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 2006, pag.85.

³²⁵ N. PIGNATELLI, "il potere giudiziario è "diffusamente" portatore di una ricchezza culturale che emerge soprattutto quando i giudici interpretano (pluralisticamente) la Costituzione, producendo una pressione costante sul potere politico." ,*Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici: un "cavallo di Troia"* in *Scritti dei dottorandi in onore di A.Pizzorusso*,Torino, Giappichelli, 2005,pag. 351.

contraddittorie, caotiche e oscure”³²⁶ e in virtù della delega di un compito funzionale a rispondere a emergenze sociali.

Tale tendenza alla “neutralizzazione” non solo della “magistratura partitica”, ma anche del “giudice politico” emerge persino dall’atteggiamento assunto dalla maggioranza che ha approvato questa riforma, che ha mostrato di considerare come elemento di parzialità la stessa appartenenza di alcuni magistrati ad alcune correnti di sinistra dell’ANM (soprattutto Magistratura democratica)³²⁷.

Nel complesso le disposizioni contenute nella disciplina degli illeciti disciplinari sembrano configurare, un modello di *giudice impolitico* ovvero sia di un giudice riparato all’interno di una sorta di campana di vetro, più insensibile al pluralismo di voci, di idee, di valori e alle esigenze mutevoli della società. E’ un modello di giudice molto simile al *giudice-funzionario* ottocentesco.³²⁸ O

326 G. ZAGREBELSKY, “l’estesa contrattualizzazione della legge, di cui si è già parlato, determina una situazione in cui la maggioranza legislativa politica è sempre più frequentemente sostituita da mutevoli *coalizioni legislative degli interessi* che operano attraverso sistemi di *do ut des*.”

La conseguenza è il carattere sempre più compromissorio del prodotto legislativo, tanto più in quanto la contrattazione sia estesa a forze numerose e portatrici di interessi eterogenei. Le leggi contrattate, per poter conseguire l’ accordo politico e sociale al quale mirano, sono contraddittorie, caotiche, oscure e, soprattutto, esprimono l’ idea che tutto al fine dell’accordo sia suscettibile di transazione tra le parti, anche i valori più alti, i diritti più intangibili.”, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992 pag.46.

327 G. FERRI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall’esercizio delle funzioni* in M. VOLPI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2008, pag.100.

328 F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell’ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello : dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, Relazione svolta in occasione

anche simile al giudice novecentesco, descritto da Giuseppe Maranini, all'inizio degli anni sessanta,

“ ...un funzionario dello stato, anzi del governo, sia pure dotato di dignità e di qualche scarsa e avara garanzia: non un potere sovrano, dotato dell'autorità e dei mezzi necessari per difendere con sicurezza il cittadino non solo contro gli altri cittadini, ma anche contro il potere politico e le varie feudalità che tendono a confiscare e deviare il potere politico...stretto nelle maglie di una gerarchia al cui vertice sta il potere politico, socialmente isolato a cagione della stessa delicatezza della sua funzione e della intransigenza della sua coscienza” ³²⁹

delle VI giornate italo- spagnole di giustizia costituzionale , dedicate al “poder judicial” a La Coruna nel 2007, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

329 G. MARANINI, *Giustizia in catene*, Milano, Comunità, 1964, pag.14-15.

1.1.6 Magistrati in Parlamento e in altre cariche elettive: il problema della incongruenza con il divieto di iscrizione ai partiti

Non è sfuggito a molti commentatori della legge delega 150 del 2005, e del d.lgs. 109 del 2006 l'evidente *incongruenza logico-sistemica* tra la regolamentazione degli illeciti disciplinari concernenti l'attività partitica o politica in senso lato e la disciplina sull' elettorato passivo, configurata dal D.P.R. 30 marzo 1957 n. 361 e modificata dalla legge n.13/1997³³⁰.

Neppure i principi costituzionali sembrano offrire strumenti adeguati per risolvere in modo univoco il problema della partecipazione attiva dei magistrati alle elezioni politiche e amministrative. Infatti, mentre l'art.98 terzo comma della Cost. attribuisce al legislatore il potere -non l'obbligo- di limitare ai magistrati l'iscrizione ai partiti, niente stabilisce in merito alla loro eventuale partecipazione alle competizioni elettorali, così legittimando la tesi di un suo implicito riconoscimento fondato sul primo comma dell'art.51³³¹.

330 Per le elezioni politiche l'*art.8* comma 2, d.p.r. n.361/1957(modificato dalla l. n.13/1997) prevede che *I magistrati, anche in caso di scioglimento anticipato delle Camere , 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 alla data di accettazione della candidatura.* Prevede poi che *I magistrati non siano in ogni caso eleggibili se, all'atto dell'accettazione della candidatura, non si trovino in aspettativa.* Infine il comma 2 dell'art.8 prevede che *I magistrati che sono stati candidati, ma non siano stati eletti, non possano esercitare per un periodo di cinque anni le loro funzioni nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni.*

331 F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al Parlamento* in: Giurisprudenza italiana n.137, IV,1985, pag.28.

Se l'obiettivo perseguito dal d.lgs.109 del 2006 è di tutelare l'esercizio delle funzioni e l'immagine del magistrato ostacolando tutto ciò che può condizionare l'esercizio o compromettere l'immagine, non si vede come ciò si concili con la normativa, sicuramente più permissiva, concernente l'elettorato passivo dei magistrati. Tra l'altro in questo modo si conferma una tendenza storica di lungo periodo della vicenda italiana, cui abbiamo già fatto riferimento: i magistrati hanno avuto accesso ai pubblici uffici di deputati e senatori, anche ai sensi dell' art.16 del r.d n.12 del 1941, che prevede il divieto per i magistrati "di assumere pubblici o privati impieghi o uffici, ad eccezione di quelli di senatore e di deputato".

L' incongruenza logica è lampante se confrontiamo *il divieto d'iscrizione ai partiti*, introdotto dal d.lgs. 109/2006, per i magistrati e la *possibilità di partecipare alla competizione elettorale* (in virtù del d.p.r. 361/1957). Il magistrato, cui è vietato il contatto con la sfera politico-partitica, può dunque essere candidato; ciò suggerisce dubbi e perplessità sulla possibilità della candidatura di una persona, cui nel periodo precedente la candidatura è vietato il contatto con la politica. Da ciò si può dedurre che il magistrato fa dunque politica solo se e quando decidono i partiti. I partiti propongono la candidatura, il magistrato accetta e da quando si pone in aspettativa (art.8 d.p.r. 361/1957) non è più soggetto a responsabilità disciplinare. In realtà una cesura netta tra una fase politica e una non politica sembra poco credibile, dato che la candidatura presuppone un rapporto di reciproca fiducia tra candidati e partito. Alla luce di tali divieti quel rapporto di fatto precedente alla candidatura non

potrà che atteggiarsi come “occulto”, mantenendo integra la sola apparenza di imparzialità.

Molto meglio allora sarebbe privilegiare la “trasparenza di parzialità”³³². Infatti si può ragionevolmente supporre che un magistrato messo in condizione di palesare apertamente le proprie idee politiche assuma in questo modo una certa *responsabilità pubblica* in grado di assicurare una *imparzialità sostanziale*, ben al di là di ogni apparenza evanescente.

A questo riguardo appaiono allora motivate alcune delle argomentazioni in opposizione all'introduzione del divieto di iscrizione avanzate in costituente da parte di chi sosteneva che quella norma di divieto si sarebbe risolta in una norma puramente formale senza alcun contenuto pratico.³³³

Tutto sommato, l'obiettivo della “apparenza di imparzialità” finisce in questo caso per contraddirsi: il magistrato, tornato a svolgere la sua funzione dopo un mandato parlamentare, avrà perso l' “aureola” della imparzialità e la sua toga avrà assunto una colorazione politica.

Per questo aspetto sembrano attuali gli argomenti usati in Costituente dall' On.le Ruggiero, che faceva appello proprio alla trasparenza della affiliazione partitica, per garantire il cittadino

332 N. PIGNATELLI, *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici ecc.*, cit. pag. 348.

333 Al riguardo ved. discorso dell'on. Laconi (*Assemblea costituente, Seconda Sottocommissione, resoconto sommario della seduta pomeridiana di venerdì 20 dicembre 1946*, pag.74) , riportato in questa tesi, cap.2 ,paragrafo 1.3, (“*La genesi dell'art.98 nel dibattito costituente*”).

attraverso il superamento dell' "agnosticismo formale" e attraverso una "pubblica professione di fede politica"³³⁴.

Certo si può affermare che l'elettorato passivo dei magistrati è disciplinato da una normativa che introduce le ineleggibilità relative e quelle assolute. La ineleggibilità assoluta tende a tutelare il principio di separazione tra i poteri (obbligo dell'aspettativa nel momento in cui i magistrati accettano la candidatura, per evitare che la funzione giurisdizionale sia esercitata contemporaneamente a quella parlamentare rispettando così il principio della separazione dei poteri) e quella relativa garantisce invece la pari condizione tra i candidati (divieto di candidarsi nella circoscrizione dove si è esercitata la funzione giurisdizionale nei sei mesi antecedenti all'accettazione della carica, evitando così possibili condizionamenti sulla volontà dell'elettorato). Ma né l'una, né l'altra assicurano una effettiva e reale impermeabilità del potere giudiziario rispetto al potere politico. E d'altra parte la stessa crescente crisi dei partiti spinge le forze politiche a rivolgersi ai titolari della funzione giudiziaria per reclutare un consenso attraverso il ricorso a quei magistrati (soprattutto P. M.) che, per le inchieste condotte, hanno ottenuto ampia notorietà.

Inoltre sono i partiti ad avvicinarsi ai magistrati, offrendo loro candidature in occasione delle elezioni, e ciò è potuto avvenire in presenza di una normativa che non ponendo adeguati limiti alla loro eleggibilità permette ai magistrati che hanno raggiunto

334 Discorso dell'on. Ruggiero (in *Assemblea Costituente, Seduta antimeridiana di venerdì 7 novembre 1947*, pag.1829).

una ampia visibilità mediatica, grazie all'attività professionale, di spenderla ai fini elettorali.

Esemplare, per ricostruire le motivazioni per cui il politico candida un magistrato, un caso del 1981, quando il fenomeno dei magistrati in Parlamento non era ancora entrato nel “circolo mediatico”.

Nella campagna elettorale per le elezioni comunali nella città di Messina del giugno 1981, questa è la motivazione con cui, rispondendo all'intervistatore, un dirigente di partito spiega perché ha selezionato un pretore che si era distinto nella lotta contro il mal costume politico, per inserirlo nella lista concorrente rispetto a quella del sindaco uscente. La scelta di quel pretore non iscritto a partiti viene presentata dal responsabile del partito che lo ha selezionato come una scelta obbligata con parole che non lasciano dubbi sul suo senso :

“ Non siamo riusciti ad essere il partito di una classe sociale, le organizzazioni di massa sono deboli, gli strati intellettuali gravitano attorno alla DC... Cosa si può fare in una città dove la metà di quelli che lavorano sono nel pubblico impiego?” Insomma , meno male che c'è la questione morale, conclude l'intervistatore³³⁵. Il partito si propone così di raccogliere il consenso che può essere suscitato dall'effetto delle inchieste giudiziarie sul malcostume politico. E' evidente come l'azione istituzionale di un magistrato sia qui utilizzata come una risorsa strumentale per fornire ad un forza partitica il consenso che da sola non riesce più a conquistare.

335 S. VIOLA, *Il Pretore contro il Sindaco: un duello da teatro dei pupi*, La Repubblica 16 maggio 1981.

Il partito politico verrebbe così a “capitalizzare”³³⁶ la popolarità dei giudici e dei p.m e il consenso acquisiti attraverso inchieste giudiziarie, per potersene valere nella contesa elettorale.

L'esempio ci mostra a livello embrionale un fenomeno che ben altre dimensioni assumerà, una volta dilagata la crisi di consenso dei partiti politici (anni 90, dopo l'inchiesta “Mani pulite” e dopo “Tangentopoli”) fino ad arrivare ad oggi³³⁷.

Il problema delle candidature dei magistrati alle elezioni ha suscitato in epoca recente anche altre perplessità cui è difficile rispondere. Prendendo spunto dal caso della candidatura del pm Felice Casson, il presidente dell' ANM Edmondo Bruti-Liberati, ad esempio, in un articolo comparso su La Stampa nel 2005 ha svolto una serie di riflessioni critiche in proposito.

In particolare ha precisato che, per quanto riguarda la opportunità delle candidature dei magistrati, “ non deve essere ammessa la candidatura di magistrati nel luogo in cui si sono esercitate le funzioni negli ultimi anni, provveda senza indugi il Parlamento e, nel frattempo, se le forze politiche non sapranno resistere dall'avanzare proposte [di candidatura], abbiano I magistrati uno scatto d'orgoglio nel rifiutarle.”³³⁸

É ormai evidente che sul versante dell' elettorato passivo sarebbe opportuno introdurre una disciplina più restrittiva della

³³⁶ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., pag.149.

³³⁷ Merita precisare che l'Italia ha visto a partire dagli anni '70, una crescita del numero dei magistrati eletti in Parlamento con una punta di 27 eletti nel 1996.

³³⁸ E.BRUTI-LIBERATI, *Casson, un passo indietro*, in: La Stampa, 10 marzo 2005

partecipazione dei magistrati alle competizioni elettorali.³³⁹ Anche se, in realtà, nemmeno l'ineleggibilità assoluta può eliminare la complessità relazionale tra Parlamento e Magistratura, i cui rapporti di fatto vanno al di là della stessa candidatura, in quanto essi “sfuggono alle sanzioni giuridiche e alle limitazioni”. In realtà “il divieto di iscrizione, di attività politica e l'ineleggibilità assoluta non possono che tendere a creare una mera presunzione di terzietà (un'apparenza) ma mai a garantirne l'effettività, così da poter dubitare della loro stessa ragionevolezza”³⁴⁰. Pizzorusso in uno scritto del 1979 sostiene che non appare opportuno limitare “assolutamente” la immissione virtuosa del contributo tecnico dei magistrati in Parlamento³⁴¹. Ancora oggi, nel dibattito attuale una parte della

339 Diversa soluzione era stata avanzata alla fine del XIX secolo da Vincenzo Arangio-Ruiz in uno scritto del 1885 “ Non può interdarsi al corpo elettorale di eleggere chi ad esso meglio talenti: elegga pure il magistrato, entri pure costui in parlamento, sulla soglia però deponga la toga per sempre...Eleggibili intendo che siano tutti i Magistrati: dal pretore al primo presidente di Cassazione....Però è necessario che si dimettano prima dell'elezione” V. ARANGIO-RUIZ, *Eleggibili ed eletti*, Napoli, Jovine, 1885, pag. 34-35.

340 N. PIGNATELLI, *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici ecc.*, cit. pag. 349.

341 A. PIZZORUSSO, *Magistrati in Parlamento*, in *Democrazia e Diritto*, anno XIX, n. 4/5, luglio-ottobre, 1979, pag. 693. In quegli anni, Pizzorusso vedeva positivamente il fenomeno dei magistrati in Parlamento: consentire ai magistrati “di fare esperienza come legislatori, non solo può risultare utile per il Parlamento, ma può risultare altresì utilissima per la magistratura se non si darà per scontato il carattere definitivo del loro distacco e al contrario si cercherà di incentivare il loro futuro ritorno all'esercizio delle funzioni giudiziarie, nelle quali questi giuristi potranno portare il prezioso contributo dell'esperienza compiuta nell'altro campo”, pag. 646. L'autore afferma che “...In passato si erano avuti casi di magistrati che erano stati candidati ed eletti principalmente a causa della

dottrina sostiene l'aspetto positivo della presenza dei magistrati in Parlamento, per completare un quadro organico della partecipazione dei tecnici del diritto che non si limiti solo alla presenza di avvocati e professori, anche se questa difesa dello spazio d'azione del magistrato cittadino si deve misurare con il problema delle trasformazioni subite dal sistema politico. Infatti l'avvento del bipolarismo, rischia di ripercuotersi sull'immagine del magistrato che si schiera in politica rendendo più radicale la sua scelta di aderire all'uno o l'altro dei due campi politici contrapposti, ovvero l'area di governo o quella di opposizione. Nella medesima direzione di questo radicalizzazione della competizione politica va anche la tendenza all' "americanizzazione"³⁴², all'*esasperata* personalizzazione del conflitto, per cui la persona del giudice si trova ad essere coinvolta personalmente nella vicenda politica in modo molto più accentuato rispetto al passato³⁴³.

Tuttavia nel dibattito dottrinale recente alcuni evidenziano gli aspetti "patologici" della partecipazione del magistrato al

loro militanza politica in un partito, senza che la loro qualificazione professionale giuocasse in ciò un ruolo di rilievo, mentre in questa occasione alcuni magistrati, anche se non proprio militanti, sono stati inseriti nelle liste (talvolta anche come indipendenti) proprio in funzione di tale qualificazione professionale.....Tale qualificazione, essendo stata all'origine della scelta, non potrà non influire in modo sensibile su ciò che essi faranno come deputati o come senatori" ,pag.693.

³⁴² N. ROSSI in *Dibattito: magistrati, politica, competizioni elettorali*, Forum con M. DOGLIANI ecc., cit.,pag.1283.

³⁴³ N. ROSSI in *Dibattito: magistrati, politica, competizioni elettorali*, Forum con M. DOGLIANI ecc., cit.,pag.1283.

confronto elettorale in quanto a loro avviso essa configurerebbe il rischio che la candidatura possa incidere sulla futura indipendenza dei magistrati: è infatti, per loro evidente che un partito che offra ad un magistrato, che non ha una sua base politica, la possibilità di un seggio parlamentare può non solo condizionare il suo comportamento futuro ma anche quello di altri magistrati che in futuro potrebbero essere a loro volta candidati³⁴⁴.

344 C. GUARNIERI in *Dibattito: magistrati, politica, competizioni elettorali*, Forum con M. DOGLIANI, C. GUARNIERI, G. PALOMBARINI, N. ROSSI a cura di A. CAPUTO, L. PEPINO in *Questione giustizia* n.6, 2005, pag.1282.

1.1.7 Legge n. 269 del 2006: verso una distensione del rapporto tra “giustizia” e “politica”

Il decreto legislativo 109 del 2006 sugli illeciti disciplinari, viene successivamente modificato dalla legge n.269 del 2006 approvata dalla maggioranza di centro sinistra, succedutasi a quella di centro-destra.

La legge 269/2006 introduce alcune riformulazioni delle ipotesi di illecito disciplinare extrafunzionale, andando nella direzione di una tipizzazione più circoscritta di alcuni illeciti ed eliminando quelli che avevano suscitato le perplessità e le critiche da parte della magistratura associata e in molta parte della dottrina. Si restringe l'area dell'illecito con l' abrogazione dell'art. 1 comma 2 e 3, che consentivano di punire comportamenti (ancorchè legittimi), anche fuori dall'esercizio delle proprie funzioni, lesivi della credibilità, del decoro, del prestigio del magistrato o del prestigio dell'istituzione giudiziaria; si introduce un elemento di garanzia per i magistrati: l'abrogazione della “clausola di chiusura” di cui alla lettera l dell'art.3, che consentiva di perseguire “ogni altro comportamento tale da compromettere anche *sotto il profilo dell'apparenza*, l'indipendenza, la terzietà, l'imparzialità del magistrato”³⁴⁵.

345 La legge 269/2006 abroga anche altri illeciti formulati nel d.lgs.109/2006 in modo generico : si tratta delle previsioni secondo cui è illecito disciplinare per il magistrato “il rilasciare dichiarazioni o interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura (art.2 comma 1 lett.bb), il “perseguimento di fini estranei ai suoi doveri e alla funzione giudiziaria” (art.2 comma 1 lett. i), quest'ultima era emblematica della diffidenza del potere politico verso la magistratura, alla quale esso pare implicitamente rivolgere l'accusa di aver operato in passato non per fini di giustizia ma per fini politici. Inoltre è abrogata la previsione di cui all'art.3

Espressione della volontà del legislatore di inaugurare una fase di distensione tra la “giustizia” e la “politica” è l'introduzione di un nuovo articolo (art.3 bis) che richiede come condizione necessaria, affinché assumano rilevanza disciplinare sia gli illeciti funzionali che quelli extrafunzionali, che non siano di “scarsa rilevanza”.

Tale legge quindi pare evidenziare una maggiore “apertura” del legislatore nei confronti dei magistrati , eliminando il rischio di sanzioni disciplinari comminate per la saltuaria partecipazione a riunioni organizzate da partiti. Infatti, pur rimanendo illecito disciplinare l'iscrizione ai partiti, la partecipazione ai partiti politici non lo è più, a meno che non si tratti di una “partecipazione sistematica e continuativa”³⁴⁶, ossia di una attività idonea a creare dei legami stabili tra magistrati e soggetto politico.

Formula più morbida, ma al tempo stesso anche più ambigua, in quanto non è facilmente ipotizzabile come un soggetto non

comma1 lett. f, l' “esprimere una pubblica dichiarazioni di consenso o dissenso in ordine ad un procedimento in corso quando ...sia idonea a condizionare la libertà di decisione nel procedimento medesimo”. Rappresentativa di un diverso atteggiamento del legislatore nei confronti dei magistrati è la nuova formulazione della norma relativa ai rapporti tra magistrati e partiti politici, di cui alla lett. h art.3 comma1. Risulta meglio formulata, anche se risulta ambigua l'ipotesi di illecito consistente nell'iscrizione o partecipazione a partiti politici, che sussiste solo se “sistematica e continuativa”.

346 L'originaria previsione sul divieto di partecipazione a partiti e centri politici è stata sostituita dalla legge n.269 del 2006 con la seguente formulazione; costituisce illecito disciplinare “l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possano condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato”.

iscritto al partito possa partecipare con continuità alla vita del partito, e quindi come possa esservi una partecipazione duratura disgiunta dall'iscrizione. Difficile stabilire in concreto quando vi sia la sistematicità e la continuità.

Bisogna però rilevare che seppure ci troviamo di fronte ad una nuova formulazione, e più attenuata rispetto alla precedente, essa mostra comunque come il legislatore abbia esteso la portata del testo costituzionale, il quale si limita a consentire la possibilità di introdurre *limiti* e non *divieti*, alla mera *iscrizione*, senza menzionare affatto la *partecipazione*.

L'atteggiamento di maggiore apertura del legislatore si combina dunque con la volontà di ricercare un compromesso con la opposizione parlamentare, e ciò ha comportato il mantenimento nel testo del decreto della norma che sancisce l'illiceità dell'iscrizione e della partecipazione (sistematica e continuativa) ai partiti politici.³⁴⁷ Se si è rimossa l'illiceità del "coinvolgimento" nei "centri politici", resta comunque un ampio ambito di discrezionalità, determinato dal fatto che l' "immagine" del magistrato (da tutelare) non appare ben definita dal legislatore e, di conseguenza, non sono ben circoscrivibili nemmeno i comportamenti che, potendo danneggiare quell'immagine, devono essere sanzionati.

Si tratta di una norma, la quale più che censurare una condotta riprovevole dal punto di vista disciplinare, sembrerebbe voler rassicurare che in futuro la giustizia non sarà "contaminata" dalla politica, lasciando così intendere che in passato ciò sia

341 G. FERRI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni*, in M. VOLPI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2008, pag.101.

avvenuto, e quindi che sarebbe fondata l'accusa di "politicizzazione" che è stata rivolta anche in tempi recenti contro una parte della magistratura.³⁴⁸

341 G. FERRI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni*, in M. VOLPI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2008, pag.101.

1.1.8 Il “nuovo” modello di giudice delineato dalla riforma dell’ordinamento giudiziario 2005/2006: un ritorno al passato?

L' esito immediato della “riforma” sembra dunque quello di un sistema che induce i magistrati a tenersi lontani non solo dalla vita partitica, ma anche dal dibattito politico, e più in generale dalla sfera politico-sociale. Una “novità” e, al tempo stesso, un ritorno al passato.

Così appariva, in uno scritto degli anni settanta, il profilo di una magistratura isolata dalla sfera politico-sociale, e tutelata da un “decoro” e un “prestigio” che la allontanava dal contesto sociale: “sottratta la funzione del giudice alla sfera in cui operano gli altri organi dello Stato e collocata nella dimensione ideale della giustizia, si comprende come uno dei caratteri indispensabili del “buon” giudice possa essere considerata l'apoliticità”³⁴⁹.

Il modello di magistrato disegnato dalla riforma dell’ordinamento giudiziario del 2005 /2006 sembra per certi aspetti riproporre la figura di un giudice “depoliticizzato”, in contro-tendenza rispetto alle dinamiche che caratterizzano la realtà degli stati democratici e costituzionali contemporanei.

In realtà i giudici, come le altre persone, hanno le loro personali posizioni politiche, *“né l' imparzialità, né l' indipendenza presuppongono necessariamente la neutralità. I giudici sono parte del sistema di autorità entro lo stato e come*

349 G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati ecc.*, cit., pag. 837.

*tali non possono evitare di essere parte del processo decisionale politico*³⁵⁰.

Il principio di imparzialità può assumere diversi significati. Ad esempio il giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, Antonio Scalia ha distinto tre possibili significati del concetto di imparzialità. Uno però in particolare mi sembra importante per caratterizzare il modello ideale di magistrato, ovvero imparzialità nel senso di *openmindness*, di apertura mentale, per cui “ *l'imparzialità esige non che il giudice non abbia pre-concezioni sulle questioni sottoposte alla giustizia, ma che sia disposto a considerare il punto di vista opposto e rimanga aperto alla persuasione, quando una questione di principio si pone in uno specifico procedimento*³⁵¹”.

Con uno sguardo ai tempi più recenti potremmo condividere questa affermazione “ *nonostante ogni polemica italiana contingente , occorre rimanere fedeli a un modello di magistrato aperto e partecipe del dibattito nella società, cittadino a tutto*

350 E. BRUTI-LIBERATI, *Imparzialità e apparenza di imparzialità dei magistrati in Europa*, in *Questione giustizia* , n.2/2006, pag. 386.

351 E. BRUTI-LIBERATI, *Imparzialità e apparenza di imparzialità dei magistrati in Europa*, in *Questione giustizia* , n.2/2006, pag.387. Il giudice A. Scalia individua altri due possibili significati del concetto di imparzialità, oltre quello descritto nel testo; “Il primo è la imparzialità rispetto alle parti, che è essenziale nell'equo processo assicurando l'uguaglianza di trattamento delle parti. Il secondo è imparzialità rispetto alle questioni di diritto in discussione ; ma è impossibile trovare un giudice, la cui mente sia una *tabula rasa* e che non abbia delle pre-concezioni rispetto alle questioni di diritto: se così fosse non sarebbe una persona dalla mente aperta (*open-minded*), ma una testa vuota (*empty-headed*) riguardo alle questioni sottoposte alla giustizia.” E. BRUTI- LIBERATI, *Imparzialità e apparenza di imparzialità ecc.*, cit., pag.387.

tondo, impegnato sui valori, rigorosamente terzo rispetto alle parti, rispettoso del principio del contraddittorio³⁵².

352 E. BRUTI- LIBERATI, *Imparzialità e apparenza di imparzialità ecc.*, cit., pag.388.

1.4 Politicità del giudice e tutela dell'immagine: il magistrato nella sentenza n. 224/2009 della Corte Costituzionale

1.1.1 Profili di incostituzionalità nell'art.3, co.1, lett. h del d.lgs. 109/2006? La posizione della sezione disciplinare del CSM nell'ordinanza dell'11 novembre 2008

La materia della partecipazione dei magistrati alla vita politica è, come si è visto, un terreno che mette in evidenza la delicatezza dei rapporti tra magistratura e politica. E le sentenze della Corte costituzionale, in merito, forniscono sempre interessanti prospettive da cui osservare il tema. La questione sollevata con ordinanza dell'11 novembre 2008 dalla sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura in relazione alla previsione particolarmente discussa, di cui al d.lgs. 109 del 2006 (art.3 co.1 lett. h come modificato dalla legge 269/2006)- ovvero la fattispecie di illecito disciplinare consistente nell' "iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici"- ha dato l'occasione ad una sentenza di un certo rilievo.

Ad avviso della sezione disciplinare del CSM tale previsione comporta una violazione di una serie di principi costituzionali: gli artt. 2, 3, 18, 49, 98 della Costituzione.³⁵³

353 La questione è stata sollevata nell'ambito di un giudizio concernente l'accertamento della responsabilità disciplinare di un magistrato collocato fuori dell'organico della magistratura in quanto svolgente una funzione di consulenza parlamentare, L. Bobbio, al quale era stata contestata la violazione dell'art.3 lettera h del d.lgs.109/2006, avendo assunto una carica direttiva nell'ambito

La sezione disciplinare si fonda sulla seguente serie di punti di contestazione della legittimità costituzionale.

Innanzitutto, a suo avviso, il “divieto assoluto”, previsto dal d.lgs. 109/2006 oltrepassa la nozione giuridica di “limitazione” (formulata in Costituzione all'art. 98) ovvero di “una regolamentazione che *contemperi il diritto politico del singolo e l'esigenza di imparzialità*” e non un diniego totale, che priverebbe in modo irragionevole un gruppo di cittadini di un diritto costituzionale.

Inoltre la sezione disciplinare dubita della ragionevolezza di assimilare, in un'analogia censura discriminante, l'adesione a partiti e quella a “centri di affare o di potere affaristico”.

La norma denunciata inoltre confliggerebbe con il “principio costituzionale della parità di diritti politici, a partire dal diritto di associazione, di cui all'art.2 in capo a tutti i cittadini”.

Più in generale tale proibizione contrasterebbe con il complesso regime costituzionale imperniato sull'art.18 e 49 Cost. che vede nel partito politico un luogo e uno strumento essenziale della democrazia e considera la partecipazione ad esso come un diritto della personalità e quindi come una “estensione del principio di cui all'art. 3 della Costituzione”. E' pertanto dubbio, sempre secondo la sezione disciplinare del CSM, che la Carta

della organizzazione periferica di un partito (come presidente della federazione provinciale di Napoli del partito di Alleanza Nazionale) la copertura della quale dovrebbe presupporre l'iscrizione al partito stesso e determinerebbe in ogni caso una continuità nella partecipazione alla vita del partito, che non è consentita dalla norma succitata.

fondamentale consenta di inibire del tutto ai magistrati la partecipazione alla vita interna dei partiti.

E' poi evidente, sempre secondo il CSM, la contraddizione con la normativa (articolo 8 del DPR 361/1957, modificato dalla legge n. 13/1997) che legittima, disciplinandola attraverso l'istituto del preventivo collocamento fuori ruolo, la partecipazione del magistrato alle elezioni.

1.1.2 La sentenza della Corte Costituzionale n. 224 del 2009.

La Corte Costituzionale, che ritiene non fondate le questioni di legittimità costituzionale poste dalla sezione disciplinare del CSM, riallacciandosi esplicitamente al *leading case* della sentenza n.100/1981, ribadisce con forza che “deve riconoscersi -e non sono possibili dubbi in proposito- che i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino e che quindi possono, com' è ovvio, *non solo condividere un' idea politica, ma anche espressamente manifestare le proprie opzioni al riguardo*”.

Considerazione certo molto importante, anche se “ovvia”, in tempi normali, non “ovvia”, come si è notato, anche in quelli attuali, in cui “gran parte della politica tuona contro questa ovvietà”³⁵⁴.

Se per la Corte è un fatto scontato che i magistrati godano degli stessi diritti di libertà di ogni altro cittadino, tuttavia, per le particolari funzioni che svolgono, i magistrati non possono essere equiparati del tutto ai cittadini e così si giustifica l'imposizione di “speciali doveri” (di indipendenza, imparzialità, in base agli art.101, 2 comma e art.104, 1 comma Cost.) che gravano su tutti i magistrati. Tali valori necessitano, secondo la Corte, di una tutela che non riguarda soltanto “uno specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giudiziarie” , ma implicano anche una “regola deontologica da osservarsi in ogni

354 L. PEPINO, *I giudici, la politica, la Costituzione*, in *Questione Giustizia*, n.4/2009, pag.214.

comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della indipendenza e imparzialità [dei magistrati] ”.

Si apre allora la questione dei comportamenti extrafunzionali, tra cui quello della partecipazione alla vita politica. La Consulta ricorda che se “la Costituzione non impone, tuttavia consente che il legislatore ordinario introduca, a tutela e salvaguardia della imparzialità e della indipendenza dell'ordine giudiziario, il *divieto di iscrizione* ai partiti politici per i magistrati[...]per rafforzare la garanzia della loro soggezione soltanto alla Costituzione e alla legge e per evitare che l'esercizio delle loro delicate funzioni sia offuscato dall'essere essi legati ad una struttura partitica che importa anche vincoli gerarchici interni”.

Secondo la Corte l'art. 98 Cost. includerebbe la possibilità di introdurre un divieto generale di iscrizione; pare invece condivisibile l'opinione del giudice disciplinare, secondo cui, l'art.98 della Cost. al terzo comma contemplerebbe solo la possibilità di introdurre limitazioni e *non una soppressione* del diritto di iscrizione ai partiti e di partecipazione alla loro attività.

Come si è già detto, le intenzioni dei costituenti paiono escludere l'idea di un “divieto”, che tuttavia era nelle proposte originarie, nel progetto su “Potere giudiziario e Suprema Corte Costituzionale” presentato da Piero Calamandrei alla Commissione per la Costituzione nel dicembre 1946³⁵⁵ ed anche nel successivo Progetto di Costituzione della Repubblica

355 Cfr. il testo del Progetto in F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982, pag. 263-272. Così è riportato, alla pag.269, l'art. 24 : “Divieto di iscrizione ai partiti politici- I magistrati non possono essere iscritti ad alcun partito politico (?). (Richiamo delle incompatibilità elettorali?)”.

Italiana, titolo IV³⁵⁶, poi modificato rispetto alla formulazione originaria.

E' tuttavia condivisibile l'asserzione della Corte, quando essa sostiene che una delle finalità della norma costituzionale è “evitare che l'esercizio delle [...] delicate funzioni [dei magistrati] sia offuscato dall'essere essi legati ad una struttura partitica che importa anche vincoli gerarchici interni”, ma è anche opponibile a questo la considerazione, più volte avanzata, che, entro una struttura partitica, i condizionamenti di quei vincoli non sono realisticamente ipotizzabili come vincoli operanti in relazione a tutti. Si è infatti sostenuto che “i partiti possono esercitare una reale pressione solo nei confronti di coloro che intraprendono una carriera politica”, ovvero di coloro che ricoprono le cariche direttive del partito, mentre “ scarsa e quasi nulla è la loro influenza sul semplice iscritto”³⁵⁷.

Nonostante non mi sembri convincente l'esito della decisione, in cui la *Corte dichiara non fondata la proposta questione di costituzionalità* (e, dunque legittimo il divieto per i magistrati di iscriversi o di partecipare in modo sistematico e continuativo ai partiti politici), tuttavia si potrebbe leggere *in chiave innovativa* la motivazione della stessa. In effetti la Corte introduce una distinzione tra *l'iscrizione a partiti politici o la partecipazione continuativa* alla attività degli stessi e la *partecipazione al dibattito politico*. Le due situazioni (quella della partecipazione dei magistrati al dibattito politico e quella della iscrizione-

356 Cfr. il testo del Progetto di Costituzione in F. RIGANO, *Costituzione ecc.*, cit., Pag. 310-311.

357 A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*, cit., pag. 1920.

partecipazione degli stessi a partiti politici), sono state a lungo considerate, in qualche modo, parallele e, per questo, i sostenitori del modello di giudice immerso nella realtà sociale-politica e ad essa partecipe si sono tradizionalmente schierati in difesa della possibilità di iscrizione ai partiti politici. In realtà la differenza tra queste due situazioni era un aspetto su cui già aveva insistito l' associazionismo giudiziario degli anni '60³⁵⁸. La sentenza della Corte ci può fornire così elementi per un aggiornamento concernente il rapporto tra magistratura, politica e partiti. La distinzione fatta propria dalla Corte, tra la partecipazione-iscrizione ai partiti e la partecipazione al dibattito politico e culturale, percepibile nella motivazione della sentenza, consente di rivedere in una luce diversa la scelta simbolica fatta in passato da coloro che sostenevano la libera adesione dei magistrati ai partiti. Quella scelta si sostanziava nella difesa del diritto della piena partecipazione al dibattito politico da parte dei magistrati, attraverso la difesa del diritto dei magistrati di iscriversi ai partiti. In quel contesto caratterizzato da una pluralità di partiti e da governi di coalizione, l'adesione all'uno o all'altro dei partiti, non significava di per sé adesione ad una maggioranza di governo o a una opposizione. Mutato però quel contesto, e delineatasi una situazione in cui vi è una democrazia a forte bipolarismo, con un crescente accentramento della struttura partitica e col prevalere delle logiche di cooptazione delle élites dirigenti, la iscrizione (o la partecipazione) a un partito può assumere un significato

358 L. PEPINO, *I giudici, la politica, la Costituzione*, in *Questione Giustizia*, n.4/2009, pag.214.

diverso, ovvero può far supporre una identificazione con la maggioranza o con l'opposizione al governo³⁵⁹.

In questa situazione, come alcuni hanno notato, le due "politiche"- quella partitica e quella delle idee- non sono più parallele ma si divaricano e *più importante appare la partecipazione dei magistrati alla vita sociale e politica del paese e meno opportuna l'iscrizione-partecipazione a un partito politico* che lotta per conquistare il potere o per mantenerlo. Dunque la sentenza della Corte offre così l'occasione per ripensare ad un *nuovo punto di equilibrio* nel triangolo magistrati, politica e partiti.

Ritornando alla pronuncia della Corte, con essa si afferma la legittimità dell'introduzione per via legislativa di un divieto di carattere generale che si rivolge a tutti i magistrati, "senza eccezioni, e quindi anche a coloro che...non esercitano attualmente funzioni giudiziarie³⁶⁰". Tuttavia, sotto questo

359 Già scriveva nel 1992 Nello Rossi: "In un regime di democrazia maggioritaria può mutare di segno anche la valenza veramente simbolica e di principio della adesione pubblica a un partito. Se, infatti, in presenza di una pluralità di partiti e di governi di coalizione, l'iscrizione a un partito non consente di identificare il giudice con il potere di maggioranza e con il governo, questo rischio cresce grandemente all'interno di un quadro politico connotato dalla presenza di due grandi schieramenti contrapposti che si alternano al potere", N. ROSSI, *Democrazia maggioritaria e giurisdizione* in *Questione giustizia*, n.3-4, 1992, pag. 524 e segg.

360 La Sentenza della Corte Cost. prosegue così: "Infatti, l'introduzione del divieto si correla ad un dovere di imparzialità e questo grava sul magistrato, coinvolgendo anche il suo operare da semplice cittadino ,in ogni momento della sua vita professionale, anche quando egli sia stato, temporaneamente, collocato fuori ruolo per lo svolgimento di un compito tecnico."

aspetto, la decisione della Corte non ha mancato di suscitare perplessità, in chi³⁶¹, avrebbe ritenuto più adeguata una differenziazione tra le due situazioni: un conto è che il magistrato sia iscritto ad un partito mentre svolge funzioni giudiziarie, un altro è che lo stesso magistrato sia iscritto ad un partito quando, anche appartenendo all'ordine giudiziario, non esercita tali funzioni (come nel caso di un collocamento fuori ruolo).

Nella prima ipotesi l'indipendenza del magistrato e l'imparzialità della funzione esercitata potrebbero risentire dei vincoli discendenti dalla appartenenza ad un partito, nell'altra ipotesi non potrebbe esserci nessun pregiudizio per i valori dell'indipendenza e imparzialità, poiché non vi è esercizio delle funzioni giurisdizionali.

Ma le cose stanno in modo diverso se si sostiene -come sembra voler fare la Corte nella sentenza- che "l'iscrizione a un partito per il periodo durante il quale il magistrato è privo delle funzioni giurisdizionali si ripercuoterebbe negativamente sull' *immagine* del magistrato stesso nel corso della carriera, gettando ombre sulla sua imparzialità o, comunque, non garantendola pienamente, quanto meno sotto il profilo della *apparenza*"³⁶². Lo stesso dovrebbe dirsi, però, anche per il magistrato che, non iscritto a un partito, ma eletto al Parlamento, indossa di nuovo la toga, dopo aver concluso un mandato parlamentare, che, nella maggioranza dei casi, lo ha posto in collegamento organico con un preciso partito.

³⁶¹ G. FERRI, *I magistrati e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza n.224/2009 della Corte Costituzionale* in www.giurcost.org

³⁶²G. FERRI, *I magistrati e la politica ecc.*, cit.

Dunque, seguendo l'orientamento di questa parte di dottrina, la Corte avrebbe potuto dichiarare illegittima la norma contenuta nell'art.3 lett. h del d.lgs. 109/2006 per contrasto con gli artt. 3, 49, 98 della Costituzione, almeno nella parte in cui non esclude l'applicazione del divieto di iscrizione per i magistrati fuori ruolo e che quindi non esercitano funzioni giudiziarie, nei confronti dei quali non vi sarebbe ragione per l'applicazione di un divieto³⁶³.

La Consulta poi non si limita a considerare legittimo il divieto di iscrizione, ma ritiene conforme a Costituzione anche il divieto di "partecipazione sistematica e continuativa" ai partiti politici in quanto una tale partecipazione comporterebbe, a suo avviso, "un organico schieramento con una delle parti politiche in gioco", capace di condizionare, al pari dell'iscrizione, "l'esercizio indipendente e imparziale delle funzioni e di comprometterne l'immagine". Anche sotto tale aspetto, la decisione della Corte ha suscitato perplessità in coloro che avrebbero ritenuto più opportuna una differenziazione tra l'iscrizione e la partecipazione ai partiti.³⁶⁴

363 G. FERRI, *I magistrati e la politica ecc.*, cit. L'autore sostiene infatti, che "il ragionamento della Corte pare discostarsi dalla *ratio* dell'art. 98 della nostra Carta fondamentale, che sembra tutelare come bene giuridico, il *corretto esercizio della funzione giurisdizionale*, e al quale semmai potrebbero nuocere eventuali condizionamenti derivanti dall'iscrizione ai partiti politici soltanto per quei giudici che esercitano funzioni giurisdizionali."

³⁶⁴ "La Corte avrebbe dovuto dichiarare l'illegittimità della stessa norma nella parte in cui prevede come illecito la partecipazione sistematica e continuativa, che non è vietata dalla Costituzione, pur essendo in larga misura coperta dal divieto di iscrizione." G. FERRI, *I magistrati e la politica ecc.*, cit.

Ad una attenta analisi della sentenza, è rilevabile infatti come la Corte sembri fare riferimento a due argomentazioni ispirate a due *ratio* diverse: nel caso del divieto di iscrizione si fa riferimento al rischio che “l’esercizio delle loro delicate funzioni sia offuscato dall’essere essi legati a una struttura partitica che importa vincoli gerarchici interni”. E dunque sembra venire in primo piano la tutela della sostanza di indipendenza, che potrebbe essere messa in discussione dal vincolo gerarchico interno. Nel caso, invece, del divieto di partecipazione, si parla di un pericolo generico di “condizionare l’esercizio indipendente imparziale della funzione e di comprometterne l’immagine”. E sembra così assumere rilievo maggiore la tutela dell’apparenza di imparzialità.

Debole pare anche l’argomentazione del giudice delle leggi quando tocca il tema della possibile contraddizione del divieto di iscrizione con il *diritto di elettorato passivo* spettante ai magistrati, che la Corte dichiara insussistente per la diversità delle situazioni poste a raffronto e perché il diritto all’elettorato passivo non è senza limiti. La distinzione tra le situazioni poste a raffronto (iscrizione al partito e accesso alle cariche elettive) appare però formalistica e non pienamente convincente. Infatti l’eleggibilità, alle assemblee rappresentative, del magistrato è strettamente legata alla candidatura dello stesso in sede di partito politico.

Tornando al testo della sentenza si può sottolineare l’importanza per la Corte della necessità di una *tutela rafforzata dell’immagine*. Infatti essa rigetta la questione concernente l’indebita assimilazione dei partiti ai “centri affaristici”,

evidenziando che il legislatore non ha effettuato un indebito accostamento “tra ipotesi di ben diversa portata”, ma piuttosto “è stato spinto dall'esigenza di porre una tutela rafforzata dell'immagine di indipendenza del magistrato”, la quale può essere messa a repentaglio “ tanto dall'essere il magistrato politicamente impegnato e vincolato ad una struttura partitica, quanto dai condizionamenti, derivanti, anche sotto il profilo dell'immagine, dal coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario”.³⁶⁵

365 Dopo la pronuncia della Corte costituzionale la Sezione disciplinare, nel proseguire il giudizio nel quale la questione era stata sollevata, ha condannato il magistrato, non senza sottolineare sia “la evidente doppiezza del sistema legislativo, che vede la convivenza di diritti di analoga natura costituzionale ma di possibile antagonismo, quali il diritto di elettorato passivo e il diritto ad un Ordine giudiziario che mantenga indipendenza anche con il distacco dalla politica”, sia l'esistenza “ di un doppio regime giuridico della attività politica cui il cittadino ha diritto , a seconda dell'appartenenza del singolo all'Ordine giudiziario, dal momento che la conclusione del giudice delle leggi correla il divieto di cui si tratta al dovere di imparzialità, il quale grava sul magistrato in ogni momento della sua vita professionale e pertanto anche quando egli sia fuori ruolo per lo svolgimento di un compito tecnico”. CSM 15 giugno 2010, n. 20 in S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Giuffrè, 2013.

1.1.3 L'immagine del magistrato delineata dal giudice delle leggi

Della sentenza n. 224 del 2009 della Corte Costituzionale si possono dare letture diverse e contrastanti. Se vogliamo ricavare un profilo della figura del giudice che da essa si evince, si può partire dal passaggio in cui la Corte sostiene che: *“nel disegno costituzionale, l'estraneità del magistrato alla politica dei partiti e dei suoi metodi sia un valore di particolare rilievo e mira a salvaguardare l'indipendente ed imparziale esercizio delle funzioni giudiziarie, dovendo il cittadino essere rassicurato sul fatto che l'attività del magistrato, sia esso giudice o pubblico ministero, non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica”*.

Secondo alcuni la sentenza non farebbe altro che confermare quel modello di *giudice distante* dalla *politica* e dal contesto sociale, così come disegnato dalla riforma dell'ordinamento giudiziario 2005/2006. Infatti tale riforma sembra trasmettere l'idea che l'esercizio delle funzioni giudiziarie sia stato spesso “politicizzato” prospettando la volontà di rassicurare i cittadini che tale funzione non sarà più “contaminata” dai partiti e che la magistratura dopo le “invasioni di campo” sarà spinta a “rientrare nei ranghi”, realizzando così una netta separazione fra “politica” e “giustizia”, e quindi la ricercata “estraneità del magistrato alla politica dei partiti”³⁶⁶. Da qui per alcuni, la sensazione che la norma sia stata concepita con un “intento

366 G. FERRI, *I magistrati e la politica* ecc., cit.

punitivo”³⁶⁷, e lo stupore che la Corte sembri quasi avallare questo modo di legiferare che non mira tanto alla soluzione dei problemi quanto alla rassicurazione psicologica dei cittadini.

Per altri invece la Corte delineaerebbe un modello, *non di magistrato apolitico*, ma di magistrato che ha un rapporto diverso con la politica, che è capace sempre di mantenere da essa un distanziamento critico, quello proprio delle persone non “militanti” e non *engagées*³⁶⁸. La Corte Costituzionale dunque, con tale sentenza non mirerebbe ad avallare il mito del giudice apolitico, e, dunque, punire il cittadino-magistrato che prende parte ad una manifestazione ideologicamente orientata, bensì ad impedire quelle forme di impegno politico che, oltre a palesare la posizione ideologica del magistrato, comportano per parte sua l'assunzione di vincoli e obblighi.³⁶⁹

Pare inoltre interessante, come alcuni in dottrina hanno sostenuto, la lettura della motivazione in chiave innovativa. Il “dato innovativo” sta nel riconoscimento da parte della Corte della distinzione tra *iscrizione ai partiti* (o partecipazione alle loro attività) da un lato, e *partecipazione del magistrato al dibattito*

367 G. FERRI, *I magistrati e la politica* ecc., cit., pag. 15.

368 “ Il modello è quello di un magistrato *non apolitico, né impolitico*, ma certo *non militante*, non separato dalle tensioni sociali, ma capace di dominarle stando un passo indietro rispetto ad esse, per poterle sempre analizzarle criticamente e stare ai fatti” S. PRISCO, *Una nuova sentenza della Corte Costituzionale sull'esercizio delle libertà politiche da parte dei magistrati*, in *federalismi.it*, 26 agosto 2009.

369 F. BIONDI, *Considerazioni di ordine costituzionale sui limiti per i magistrati, alla partecipazione alla vita politica(a margine di una questione di costituzionalità)*, 7 aprile 2009, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

pubblico, dall'altro. E la riapertura di una discussione, anche teorica, sul punto, può essere ritenuta salutare.³⁷⁰

Significativo è il passaggio motivazionale del giudice delle leggi, secondo cui i magistrati “possono, com'è ovvio, non solo condividere un'idea politica, ma anche espressamente manifestare le proprie opzioni al riguardo”.

“La giurisdizione *partecipa* al governo della polis ed è dunque, a *suo modo*, politica”³⁷¹, sia pure con forme e modalità diverse dalla politica-governo. Si tratta di una partecipazione che si declina secondo due profili diversi: come magistrati attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale, e come cittadini, mediante la partecipazione al pubblico dibattito che caratterizza la comunità entro cui si vive. La sentenza dunque sembra negare al cittadino-magistrato soltanto la possibilità di accedere “alla politica dei partiti e dei suoi metodi”, quella che si identifica con uno schieramento politico, ma non all' “alta politica” che potremmo definire “politica delle idee”, alla quale i magistrati possono liberamente accedere.

L' imparzialità del magistrato, sta nel disinteresse personale, nell'estraneità agli interessi in conflitto e nel distacco dalle parti, non anche nell'assenza dal dibattito culturale, nell'occultamento

³⁷⁰ L. PEPINO, *I giudici, la politica, la Costituzione*, cit., pag.214.

³⁷¹ “A suo modo” è una clausola di rinvio ad alcune peculiarità, che distinguono la giurisdizione dalla politica-governo e dalla politica-amministrazione; come ad esempio i *vincoli* (cioè la sottoposizione esclusiva dei giudici alla legge e, alla Costituzione), i *riferimenti* (ovverosia il giusto, anziché l'utile), l'*ambito delle decisioni* (riferite sempre a casi singoli e non a questioni generali), la *collocazione istituzionale dei magistrati* (funzionale a garantire, l'indipendenza, la terzietà e imparzialità). L. PEPINO, *I giudici, la politica, la Costituzione*, cit., pag.216.

delle proprie convinzioni. Dunque l'imparzialità non è sinonimo di apoliticità. Nessun magistrato è - né può essere- indifferente alle idee e valori, la pubblicità delle idee è da sempre fattore di trasparenza e di democrazia. Il buon giudice non persegue né giudica idee ma solo persone chiamate a rispondere di fatti specifici³⁷².

L'affermazione esplicita da parte della Corte Costituzionale del diritto dei magistrati di esprimere le loro idee politiche e di manifestarle nel pubblico dibattito può dunque, esser letta, come un importante elemento di conferma della magistratura come "luogo di legittimo (anzi necessario) pluralismo ideale e politico, (che peraltro) è il vero fatto nuovo del sistema costituzionale".³⁷³

372 L. PEPINO, *I giudici, la politica, la Costituzione*, cit., pag.218.

373 "La rottura con il passato è radicale che a una magistratura *longa manus* del Governo si addice un modello di giudice burocrate, mentre a una magistratura radicata nella società più che nell'istituzione deve corrispondere un giudice consapevole della propria autonomia, attento alle dinamiche sociali e di esse partecipe." L. PEPINO, *I giudici, la politica, la Costituzione*, cit., pag.218.

CONCLUSIONI

Nel nostro paese il rapporto magistrati-politica è da anni terreno di aspre polemiche. E' questo un tema che - lo si è visto- ho cercato di esplorare da punti di vista diversi, riassumibili in questi tre aspetti, il *ruolo politico della giurisdizione*, *l'impegno politico dei magistrati* e *l'impegno in politica dei magistrati*.

Riguardo al *ruolo politico della giurisdizione* si può ricordare che una delle conquiste più importanti della cultura giuridica del secolo trascorso sta nel mutato rapporto tra il giudice e la legge. Il giudice non è più soltanto servo della legge, ma anche controllore della conformità della legge alla Costituzione e ha il dovere di interpretare la legge alla luce delle disposizioni costituzionali³⁷⁴. Tutto ciò ha accentuato il ruolo politico della giurisdizione, in quanto l'attività di interpretazione richiede scelte di valore dal contenuto intrinsecamente politico³⁷⁵. Si tratta di un' *acquisizione consolidata* nella *cultura giuridica*, ma non altrettanto nella *cultura politica*, specialmente in quella italiana, dove si è registrata negli ultimi anni, una *tentazione di arretramento*, un desiderio di ridurre il ruolo del magistrato a quello di mero esecutore della volontà del legislatore, rifiutando il carattere intrinsecamente e inevitabilmente politico della decisione giudiziaria. Un dibattito che, in tono minore, richiama quello della fine degli anni sessanta, quando la politica e una parte della magistratura accusavano di ideologismo quei magistrati che "pretendevano" addirittura di applicare la

³⁷⁴ G. CASCINI, *Politicità della giurisdizione e consapevolezza del proprio ruolo*, in: *Questione Giustizia*, n. 6/2012, pag.63.

³⁷⁵ G. CASCINI, *Politicità della giurisdizione ecc.*, cit., pag.63.

Costituzione e i suoi principi³⁷⁶. Successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, si è assistito gradualmente alla progressiva incidenza dell'impatto politico della attività giudiziaria, in parte risultato della "Grande Trasformazione" del ruolo del diritto e dello Stato nelle società moderne (caratterizzate da welfare state)³⁷⁷. Il giudice si è così allontanato dal modello tradizionale montesquieuiano di giudice "bocca della legge" e di giudice-burocrate che lo aveva a lungo caratterizzato.

In dottrina si è rilevato come la *politicità*³⁷⁸ della magistratura sia leggibile nello stesso art. 101 della Costituzione che stabilisce che i magistrati "sono soggetti soltanto alla legge", laddove - centrando l'attenzione sull'avverbio "soltanto"- si intenda che ciò non significa un ritorno al vecchio mito del giudice "bocca della legge", ma prima ancora che fedeltà alla legge, obbligo di disobbedienza per tutto ciò che legge non è, ovvero disobbedienza ai poteri economici o anche disobbedienza rispetto alle interpretazioni degli altri giudici e quindi libertà interpretativa entro un sistema pluralistico, in cui fondamentale è la pluralità delle idee. E' dalla valorizzazione ed esplicitazione di

376 G. CASCINI, *Politicità della giurisdizione e consapevolezza del proprio ruolo*, in: *Questione Giustizia*, n. 6/2012, pag. 64.

377 M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, pag.22. Come osserva Cappelletti "siamo di fronte a una legislazione che spesso si limita a definire finalità e principi generali" e in tale contesto "*il carattere creativo dell'attività giudiziaria d'interpretazione e di attuazione della legislazione e dei diritti sociali, è appariscente*".

378 G. BORRE', *Le scelte di Magistratura democratica*, in N.ROSSI, *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Angeli, Milano, 1994.

questo pluralismo in magistratura, che hanno tratto origine le *correnti* della magistratura associata, per esprimere le diverse opzioni e le diverse politicITÀ. Questa configurazione di pluralismo ideale e politico è, per ciò che concerne l'ordinamento giudiziario, il principale fatto nuovo del sistema costituzionale italiano e segna una netta cesura della figura del giudice rispetto al passato, dato che a una magistratura che è *longa manus* del governo si addice il modello del giudice-burocrate e neutrale, mentre ad una magistratura radicata nella società si adatta un diverso modello di giudice, indipendente e consapevole della propria autonomia, attento alle dinamiche sociali.³⁷⁹

L' impegno diretto dei magistrati in politica è ovviamente cosa ben diversa dalla intrinseca politicITÀ della funzione giudiziaria. In relazione a quest'ultimo aspetto –appena trattato– si può parlare di una *policy* che lungi dal minacciare l'indipendenza, è tutt'uno con l'indipendenza della magistratura secondo una intuizione -che a me pare attuale- di Borré, per cui “ politicITÀ in quanto indipendenza è cosa diversa (e deve restare diversa) dalla politica degli schieramenti partitici e delle sfere istituzionali in cui essi si riversano (parlamento, governo)...ciò non esclude che il pluralismo giudiziario abbia al suo fondo opzioni ideali che riflettono il modo di intendere i problemi della società (e dunque una “visione politica”), ma il suo metodo, il suo tipo di discorso deve restare quello della

379 L. PEPINO, *Appunti per una storia di magistratura democratica*, *Questione Giustizia*, n.2/ 2002, , pag. 129-130.

cultura giuridica...senza mai identificarsi passivamente nelle contingenti posizioni di singole forze politiche.”³⁸⁰

Un giudice non può non essere “politico” come lo è qualsiasi cittadino, non può non vivere, come del resto ogni altro consociato, in una sfera di policy (caratterizzata da valori etici,ideologici..). Tale dimensione metagiuridica che influenza attività interpretativa è garanzia dell'autonomia culturale della magistratura, senza la quale anche i principi dell'indipendenza e dell'imparzialità perdono la loro effettività³⁸¹. Diverso è il discorso per quanto riguarda la dimensione della politica partitica e istituzionale, cioè la politics. Infatti, per quanto riguarda il suo eventuale impegno diretto nella politica, si pone la necessità di operare un delicato bilanciamento tra l'esercizio delle libertà fondamentali garantite a tutti i cittadini (libertà di espressione ex art.21, libertà di associazione ex art.18, diritto di associarsi liberamente in partiti e di partecipare alla vita politica del paese, ex art. 49 Cost.) e la tutela dell'esercizio indipendente e imparziale della funzione giudiziaria (art. 101 e 104 Cost.).

L' *impegno politico dei magistrati* (la seconda dimensione all'inizio citata), si può considerare come un ulteriore declinazione della dimensione di policy e consiste nella *partecipazione del magistrato al dibattito politico pubblico* che caratterizza la comunità entro cui vive. Il magistrato ha diritto ad esprimere le sue convinzioni sulle tematiche politiche e sociali di

380 G. BORRE', *Articolo 98*, in: BRANCA PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1994, pag. 463,464.

³⁸¹ N.PIGNATELLI, *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici ecc.*, cit., pag.350-351.

dibattito pubblico. Come è stato scritto, nessuno vorrebbe essere giudicato da *esseri non pensant*³⁸². A mio avviso questo profilo dell'impegno politico che si esprime nella manifestazione del pensiero è un diritto che va garantito al magistrato entro *limiti ragionevoli*, posti a tutela della imparzialità.

In un certo senso si tratta di una dimensione che non è quella della politics, ma è una diversa dimensione, quella della "*politica delle idee*" di cui la sezione disciplinare del CSM affermava nella risoluzione dell'anno 2004 che " non può mai porsi in contrasto col dovere di imparzialità che esige l'estraneità e l'equidistanza del magistrato dalle parti processuali e dagli interessi in gioco, ma non anche una impossibile indifferenza ai valori, o una irrealistica neutralità culturale" ³⁸³. Non condivisibili paiono pertanto le teorie restrittive che vorrebbero "censurare" l'espressione delle opinioni dei magistrati in campo politico in quanto comunque lesive dell'immagine di imparzialità³⁸⁴; in questo modo non si farebbe altro che tutelare la *mera apparenza di imparzialità*, senza che ad essa si accompagni l'imparzialità effettiva, laddove è evidente che la manifestazione in pubblico delle proprie idee politiche e quindi l'assunzione di una *responsabilità pubblica* possano dare *maggiori garanzie di imparzialità* rispetto al silenzio e al riserbo.

382 G.CASCINI, *Politicità della giurisdizione ecc.*,cit.,pag.65.

383 Sezione disciplinare del CSM marzo 2004, n.207, (proc. n.100 del 2003), in D.CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Cedam,2011,pag.213.

384 S.DE NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*,cit.,pag.541.

Ovviamente la partecipazione al pubblico dibattito incontra limiti ragionevoli, da un lato quelli concernenti le modalità di manifestazione dell'opinione e dall'altro quei limiti per cui tale partecipazione non debba mai sovrapporsi alle attività istituzionali svolte dai magistrati: il magistrato non può manifestare la sua opinione sui casi da lui trattati, dato che ciò potrebbe mettere in discussione la sua imparzialità e non solo sul piano della mera apparenza. In realtà questi limiti sono stati spesso superati anche in tempi recenti in casi noti a tutti da parte di magistrati che hanno fatto seguire a queste sovrapposizioni improprie una scelta di impegno in politica senza soluzione di continuità.

La Costituzione non inibisce il diritto del magistrato di partecipare alla vita politica o di manifestare liberamente il proprio pensiero, purchè ovviamente ciò non avvenga in modi e forme da ledere la percezione della loro indipendenza e imparzialità e la pubblica fiducia.

La libertà di manifestazione del pensiero politico - naturalmente nei limiti sopra definiti- pare inoltre confermata anche dalla sentenza della Corte Costituzionale 224/2009 laddove essa afferma che i magistrati “ *debbano godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino e che quindi possono, com'è ovvio, non solo condividere un'idea politica ma anche espressamente manifestare le proprie opzioni al riguardo*”.

Vi è poi una terza dimensione della questione -quella cui è dedicato lo spazio centrale della tesi-, *l'impegno in politica*,

ovvero la partecipazione diretta dei magistrati all'attività dei partiti e il loro impegno nelle competizioni elettorali.

Se, nella fase dello stato liberale, prima del fascismo, il problema non si poneva in quanto la magistratura era parte della classe politica³⁸⁵, dal 1946 in poi, la questione della partecipazione ai partiti politici diviene oggetto di riflessione e di confronto, a partire dal dibattito costituente. La questione assume una decisa rilevanza anche perché il quadro costituzionale imperniato sugli articoli 18 e 49 vede nel *partito politico*, “rispettoso delle norme della Costituzione (e dunque non organizzato militarmente) un *essenziale luogo di democrazia*, e individua la partecipazione allo stesso anche quale *diritto della personalità* oltre che quale irrinunciabile strumento di democrazia e dunque estensione del principio di cui all'art.3”, come ha affermato la sezione disciplinare del CSM nel 2008³⁸⁶.

La questione della iscrizione ai partiti politici dei magistrati infatti è stata affrontata più volte dal legislatore; numerosi sono stati i suoi tentativi di introdurre il *divieto di iscrizione ai partiti*, ma nessuna di queste iniziative è divenuta disposizione normativa. Solo nel 2005-2006, nell'ambito della riforma dell'ordinamento giudiziario si è affrontato il problema inquadrando l'iscrizione a un partito nell'ambito della tipizzazione degli illeciti disciplinari extra-funzionali dei magistrati. Questa lunga sequela di iniziative

385 C. GUARNIERI “Politici e magistrati non possono essere considerati come due gruppi distinti e separati, grazie al continuo interscambio di posizioni: frequente è il caso di magistrati che siedono in Parlamento e nel governo”, *Magistratura e politica in Italia*, Il Mulino, 1992, pag.84.

386 Ordinanza del CSM dell'11 novembre 2008.

fallite è un “*segno eloquente delle difficoltà di rinvenire un giusto equilibrio*”³⁸⁷ fra l'indipendenza e l'imparzialità e la tutela del diritto politico inteso come espressione di un ordinamento democratico e pluralista.

Negli anni '80, si è poi sviluppato un “senso comune” diffuso³⁸⁸ che si sostanzia in una interpretazione distorta dell'art.98 della Costituzione, in quanto concepisce impropriamente quel divieto come una attuazione costituzionale del terzo comma dell'art. 98. *In realtà la Costituzione risulterebbe comunque attuata in pari misura anche dall'assenza di qualsiasi intervento legislativo in materia.* Si tratta di una risposta rassicurante alla domanda di difesa dello Stato contro il degrado generato dai partiti, divenuti, e sempre più considerati, nella pubblica opinione, centri di interessi e di distribuzione di vantaggi privati.³⁸⁹

La legge delega 150 del 2005 e in particolare il d.lgs. attuativo 109 del 2006 affronta una parte del problema dell'impegno in politica dei magistrati collocandolo entro la più ampia riforma dell'ordinamento giudiziario. Dalle linee generali di questa riforma sembra emergere il *tentativo di introdurre un nuovo modello* di magistrato. Infatti la nuova disciplina degli illeciti extrafunzionali, in particolare quella concernente il divieto di iscrizione e partecipazione ai partiti politici e “centri politici” (art.3 lett.h del d.lgs. 109/2006) configura un modello di magistrato che pare spinto ad isolarsi ed appartarsi, piuttosto che a partecipare alla vita sociale. Come noto vi è in fatti uno

387 G. BORRE', *Articolo 98*, in BRANCA PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, cit., pag.455.

388 S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, cit., pag.10.

389 S. SENESE, *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*, cit., pag.11.

stretto legame tra la disciplina degli *illeciti disciplinari* e il *tipo di magistrato* prefigurato dall'ordinamento. Tuttavia, tale previsione normativa è stata modificata parzialmente dalla legge 269 del 2006, che presenta una posizione di maggiore apertura del legislatore verso i magistrati, con una formula più attenuata, ma al tempo stesso anche più ambigua. Si mantiene entro il testo del decreto la norma che sancisce l'illiceità della iscrizione e della partecipazione "sistematica e continuativa" dei magistrati a partiti politici. Difficile, però, stabilire in concreto quando vi sia la sistematicità e la continuità.³⁹⁰

La fattispecie di illecito disciplinare così formulata dal legislatore, (art. 3 lettera h, d.lgs 109/2006), non sembra essere in piena armonia con la *ratio* del terzo comma dell'*art. 98* della Costituzione e con le intenzioni originarie dei costituenti, la cui principale preoccupazione pareva essere quella di garantire l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza, affidando al legislatore la possibilità di limitare quei comportamenti che implicassero vincoli o legami in grado di mettere a repentaglio la stessa indipendenza, seguendo una via che potremmo definire "*sperimentale*", che rimetteva al legislatore, a diretto contatto con la concreta realtà sociale e storica, la scelta di introdurre eventuali limitazioni. Difficile, però, sostenere che i costituenti pensassero di affidare al legislatore la possibilità di introdurre un divieto generalizzato per il magistrato di partecipare ad attività politiche in senso lato.

390 G. FERRI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni*, cit., pag. 106.

Sembrano ancora convincenti alcune delle argomentazioni dei costituenti che opponendosi al divieto (che risultava inserito nel progetto originario di Costituzione³⁹¹) difendevano la libertà di coscienza e ritenevano il divieto inammissibile perché si sarebbe comunque trattato di nascondere quella che era una realtà di fatto (poiché ogni magistrato in contatto quotidiano con le vicende umane non può non avere idee politiche); meglio sarebbe stato rendere note le loro idee per avere un maggior controllo da parte dell'opinione pubblica sull'operato del magistrato, e anche per rafforzare il proprio autocontrollo, dato che egli, in questo modo, più difficilmente avrebbe potuto giustificare una sentenza ingiusta e di parte. Per usare le parole dell'on.le Ruggiero che sostenne le ragioni di chi si opponeva al divieto *“E' sempre una remora, un freno, una specie di controllo l'iscrizione. Quando si è espressa la propria opinione si è legati a questa opinione. Quando si resta chiusi nel sacrario della propria coscienza si diventa impenetrabile ed ermetico”*.³⁹² Ruggiero anticipa a mio avviso, il valore della trasparenza o, meglio, della *“trasparenza di parzialità”*. Valore che sarebbe opportuno privilegiare anche in una situazione come quella attuale, in cui è possibile l'eleggibilità dei magistrati alle elezioni politiche, per cui il divieto di iscrizione ai partiti non sarebbe in grado di separare il magistrato dalla politica, ma renderebbe

391 *Il progetto di Costituzione della repubblica italiana, Titolo IV, La Magistratura*, Art.94 prevedeva “i magistrati non possono essere iscritti a partiti politici” in F.RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982, pag.310.

392 On Ruggiero, Assemblea Costituente, *Seduta antimeridiana di venerdì 7 novembre 1947*, pag. 1829.

soltanto occulto il vincolo, lasciando integra la sola “apparenza di imparzialità”.

Per quanto concerne il tema dei magistrati in politica, è evidente che il legislatore con le previsioni normative di cui al d.lgs.109/2006, si sia spinto oltre quanto consentito dalla Costituzione, dato che, nel bilanciamento tra la libertà di associarsi in partiti e la necessità di tutelare l'imparzialità e l'immagine di imparzialità, il legislatore ha *valorizzato eccessivamente tale immagine*, alterando il complesso equilibrio tra principi indicato in Costituzione. Dunque la disposizione di cui alla lettera h dell'art. 3 del d.lgs. -sopra citato-, superando i limiti delineati dall'art. 98, terzo comma, che non impedisce *tout court* la partecipazione dei magistrati alla vita politica (purché ciò non avvenga in modi tali da compromettere il prestigio della magistratura e la loro indipendenza e imparzialità), sembra produrre come risultato l'allontanamento dei magistrati dalla vita politica al fine di contrastare la “politicalità” della loro funzione. Del resto che il giudice svolga un ruolo politico è un dato ormai, in generale condiviso in dottrina e nella cultura giuridica, in quanto i giudici, interpretando pluralisticamente la Costituzione, producono una pressione costante sul potere politico. E del resto questo ruolo politico ai giudici è stato di fatto sempre più “delegato” anche dallo stesso legislatore in quanto creatore di leggi sempre più “contrattate, contraddittorie, caotiche e oscure”³⁹³. Il medesimo legislatore ha poi di fatto chiamato la magistratura a rispondere a emergenze sociali “che hanno

393 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, cit., pag.46.

ulteriormente accresciuto il peso politico della funzione giurisdizionale”³⁹⁴.

Mi sembra condivisibile l'ipotesi che il divieto di iscrizione ai partiti possa essere ritenuto prevalentemente un mezzo per conseguire un *obiettivo “simbolico”* come quello di inviare un *“messaggio”* che rassicuri la collettività: in futuro la giustizia non verrà contaminata dalla politica partitica, lasciando intendere così, che, in passato, le funzioni giudiziarie abbiano subito le influenze “nefaste” della politica e che quindi non sarebbero infondate le accuse di politicizzazione rivolte a una parte della magistratura, la quale dopo le “invasioni di campo” dovrebbe “rientrare nei ranghi”³⁹⁵. Dietro tale divieto si potrebbe nascondere la volontà di neutralizzare non solo il giudice partitico ma anche il giudice politico, ovvero la *policy* intesa come una sfera caratterizzata dai valori etici e ideali, nonché da una certa concezione dei rapporti sociali e degli stessi rapporti politico-partitici. Con il rischio che da un tale isolamento dei magistrati discendano effetti negativi per l'amministrazione della giustizia. Non bisogna dimenticare che è stata proprio la partecipazione alla vita politica intesa in senso lato, storicamente favorita dalle *“correnti”* dell'associazionismo giudiziario, le quali hanno contribuito, (nonostante i possibili rilievi critici cui le correnti dell'associazionismo sono oggetto), alla crescita della magistratura sul piano professionale, che ha consentito ai magistrati di affrontare meglio le difficoltà della

394 G.FERRI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni*, in: M. VOLPI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2008, pag.104.

395 G. FERRI, *I magistrati e la politica. Il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza n.224/2009 della Corte costituzionale*, cit.

giurisdizione all'interno di una società in rapida trasformazione, la quale, ponendo sempre nuove domande di giustizia che accrescono i problemi di interpretazione della legge, costringe chi è chiamato ad applicarla a “confrontarsi” con la realtà circostante³⁹⁶.

Negli ultimi anni pare riaffacciarsi un nuovo “*sensu comune diffuso*” secondo il quale sarebbe un “buon giudice” quello chiuso nella sua *torre d'avorio* e privo di idee, dunque anche di emozioni, sentimenti e passioni o che, almeno, riesca ad apparire tale. Un rischio di separatezza della magistratura dalla società, che in tempi più recenti pare prender forma, un rischio segnalato anche da giuristi come Rodotà “...una nuova separatezza...diversa ma non meno insidiosa di quella del passato, perché sono ben visibili i tentativi di ridurre il territorio della giustizia e di chiudere i magistrati entro alte mura.”³⁹⁷

Sembra riproporsi un ritorno al passato e questo “nuovo” modello di giudice sembra per certi aspetti ricordare, a giudizio di alcuni, il modello del *giudice impolitico* ovvero di un giudice insensibile al pluralismo di voci, di idee, di valori e alle esigenze mutevoli della società. E' un modello di giudice molto simile al *giudice- funzionario* ottocentesco.³⁹⁸

A me pare che il profilo di giudice più adeguato al nostro tempo sia invece quello di un magistrato aperto e partecipe al dibattito,

396 G. FERRI, *I magistrati e la politica*.cit.

397 S.RODOTA', *Vecchi e nuovi problemi nel rapporto tra magistratura e società*, cit., pag.168.

398 F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*. in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

“cittadino a tutto tondo”, impegnato sui valori, rigorosamente terzo rispetto alle parti.³⁹⁹

Rimanendo ancora nella dimensione della *politics*, bisogna affermare che oggi la maggiore criticità dell'impegno del magistrato in politica non sembra più essere soltanto quella della partecipazione o iscrizione ai partiti, ma quella della partecipazione alle *competizioni elettorali politiche o amministrative*. Tale partecipazione in effetti ha fatto sorgere perplessità, se non altro perché, i magistrati, chiamati a partecipare come "indipendenti" nelle liste elettorali, anche laddove non iscritti ad alcun partito, devono la loro selezione ad una valutazione positiva della loro storia professionale, il che può appannare il principio per cui la funzione giudiziaria va esercitata *sine spe*⁴⁰⁰.

A partire dagli anni settanta ed ottanta l' "impegno" dei magistrati "in politica"- e nelle istituzioni- si pose invece in linea di continuità con l' "impegno politico" del magistrato, cioè con la sua partecipazione attiva come cittadino alla vita della comunità, quasi presentandosi essa come una "naturale" prosecuzione di quell'impegno. Merita ricordare Pizzorusso che ad esempio sosteneva, in uno scritto del 1979, che non appariva opportuno limitare "assolutamente" la immissione virtuosa del contributo tecnico dei magistrati in Parlamento⁴⁰¹.

399 E. BRUTI LIBERATI, *Imparzialità e apparenza di imparzialità dei magistrati in Europa*, cit., pag. 388.

400 G. BORRE', *Articolo 98*, in: BRANCA, PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1994, pag. 473.

401 A. PIZZORUSSO, *I magistrati in Parlamento*, in Dem. dir., 1979, pag.693.

La questione dei *magistrati in parlamento* pone invece oggi *problemi nuovi* e di difficile soluzione, specialmente in relazione ai mutamenti avvenuti negli ultimi decenni. Negli anni novanta entrano nelle competizioni elettorali soprattutto i pubblici ministeri che hanno assunto notorietà e spazio mediatico in ragione delle indagini svolte su questioni particolarmente delicate. Cio' avviene in un momento in cui le strutture partitiche sono sempre più lontane dal disegno del costituente che aveva concepito una democrazia partecipativa ed associativa, funzionale allo sviluppo della persona e delle sue opzioni ideali, e invece appaiono sempre più strutture leggere, "liquide" e inconsistenti. E d'altronde, il passaggio da un sistema elettorale proporzionale al maggioritario (e poi nel 2005 ad un sistema proporzionale fortemente corretto con premi di maggioranza) e l'avvento del bipolarismo hanno avuto conseguenze anche sull'immagine del magistrato che si schiera in politica rendendo più netta e radicale la sua scelta di aderire all'uno o all'altro dei due campi politici contrapposti.⁴⁰² Inoltre il fenomeno della progressiva "americanizzazione", nel senso di coinvolgimento personale molto più intenso, ha reso più dura la competizione politica e più decisivo l'apporto di consenso proveniente dalla singola figura del magistrato, rendendo fin troppo facile l'"indebita conversione dell'influenza legittimamente acquisita attraverso l'esercizio della funzione giudiziaria."⁴⁰³

La questione della regolamentazione della partecipazione dei giudici alle elezioni è di difficile soluzione, in quanto i "principi

⁴⁰² N. ROSSI, *Dibattito: magistrati, politica, competizioni elettorali, cit.*, pag.1283.

⁴⁰³ N. ROSSI, *Dibattito: magistrati, politica, competizioni elettorali, cit.*, pag.1283.

costituzionali non sembrano offrire strumenti idonei alla soluzione univoca del problema della partecipazione attiva dei magistrati alla vita politica, mentre si attribuisce al legislatore il potere –e non l’obbligo- di vietare ai magistrati l’iscrizione ai partiti (art.98, 3° comma)”⁴⁰⁴, e ciò fa emergere con forza il problema di come garantire un corretto equilibrio tra i principi costituzionali contrapposti: il diritto del magistrato a non essere escluso dall’esercizio dei diritti di elettorato passivo e l’esigenza di salvaguardare l’esercizio indipendente e imparziale della funzione giurisdizionale. Il problema che qui si delinea nasce dal fatto che la normativa esistente⁴⁰⁵, non ponendo limiti adeguati all’eleggibilità dei magistrati, consente ai partiti di utilizzare, ai fini del consenso, la visibilità mediatica ottenuta dai magistrati stessi grazie alla loro attività professionale. Oggi, la riflessione su questo punto, è stata riaperta dal CSM che in una recente *risoluzione*, del 2010, è tornato sulla questione della partecipazione dei magistrati per l’elezione degli enti locali e più in generale *sulla partecipazione dei magistrati alle competizioni elettorali*. Il CSM affronta la “*sensibile questione* che attiene alla regolamentazione delle candidature *al parlamento dei magistrati*”, in particolare il Consiglio “ritiene opportuno avviare una riflessione generale per verificare se l’articolata griglia di regole che impone condizioni di ineleggibilità e incompatibilità, possa ritenersi ancora adeguata a garantire il corretto equilibrio tra i due principi costituzionali contrapposti: il diritto del

404 F. RIGANO, *L’elezione dei magistrati al Parlamento*, in *Giurisprudenza italiana*, 1985, parte IV pag.28

⁴⁰⁵ Per quanto riguarda le elezioni politiche, si tratta dell’art.8 del dpr 30 marzo del 1957 n. 361 modificato dall’art.1 della legge 3 febbraio 1997 n.13.

magistrato a non essere escluso dall'esercizio dell' elettorato passivo e l'esigenza di salvaguardare l'immagine d'indipendenza del singolo magistrato e la credibilità della magistratura che va sempre preservata essendo un patrimonio delle istituzioni della Repubblica⁴⁰⁶.”

Di fronte a situazioni di eccessivo protagonismo alimentato anche dai media, concernente l'impegno dei magistrati nelle campagne elettorali, sarebbe a mio avviso condivisibile la soluzione da alcuni avanzata di introdurre una regolamentazione più incisiva della questione “ magistrati in politica” proprio per poter meglio difendere il valore e la qualità della partecipazione dei magistrati alla vita politica e culturale della società. Perciò occorrono nuove regole più incisive, che salvaguardino i diritti e le libertà (compreso il diritto di elettorato passivo) del giudice cittadino ma evitino, contemporaneamente, *forme di indebita conversione della credibilità e del prestigio acquisiti legittimamente nel lavoro professionale in potere politico*, senza però ricorrere ad un divieto assoluto per i magistrati di presentarsi alle competizioni elettorali, in quanto ciò violerebbe l'art. 51 Cost. Ritengo che possa essere una soluzione, come alcuni hanno proposto, vietare la candidatura dei magistrati nei luoghi in cui essi hanno esercitato le funzioni -

406 Risoluzione del CSM, 28 aprile 2010 in: www.csm.it. Il CSM afferma che la normativa del 1957 che stabilisce condizioni di incompatibilità ed ineleggibilità è stata elaborata in un quadro storico completamente diverso da quello attuale in cui vige un “sistema di democrazia maggioritaria in cui la nuova legge elettorale (l. n. 270, 2005) attraverso il binomio *lista-bloccata* assenza di *voto di preferenza* ha completamente mutato il rapporto tra elettore e eletto” affidando la scelta del rappresentante alle segreterie dei partiti.

per un tempo maggiore rispetto alla disciplina attuale- ed estendere tale previsione a tutte le elezioni, politiche e amministrative. Condivido anche l'opinione di quanti ritengono importante prevedere anche un divieto di candidarsi e di assumere incarichi di governo (centrale o locale) per chi negli anni precedenti (3 anni ad esempio) abbia ricoperto incarichi di vertice in magistratura, in quanto si potrebbe offuscare la credibilità della magistratura, perché qualcuno potrebbe pensare che la candidatura proposta sia la ricompensa per l'attività giudiziaria pregressa.

Non mi pare pienamente convincente l'idea da alcuni⁴⁰⁷ sostenuta anche in tempi attuali, addirittura prospettata nel XIX secolo da Arangio Ruiz⁴⁰⁸, del *divieto di rientro in magistratura* per coloro che hanno avuto un'esperienza politica. Piuttosto sarebbe sufficiente prevedere per il magistrato un divieto di rientro per un congruo periodo di tempo nell'ambito territoriale in cui è stato candidato e magari anche un divieto di accesso a incarichi di vertice in magistratura, per un ragionevole periodo di tempo. Diverso è il caso di magistrati, fondatori di partiti o candidati alla guida del paese, per i quali *l'inopportunità* del rientro in magistratura dovrebbe apparire in primo luogo, a loro stessi evidente. Certi aspetti però non possono essere

407 Da molti è sostenuta l'opinione secondo la quale ai magistrati non dovrebbe essere più consentito tornare a svolgere le funzioni giudiziarie, vd. C.F. GROSSO *Le toghe in politica*, La Stampa, 19 marzo 2009, P.SILVESTRELLI, *Magistrati, chi esce non rientra*, Italia Oggi, 19 marzo 2009.

408 Il corpo elettorale "elegga pure il magistrato, entri pure costui in parlamento, *sulla soglia però deponga la toga per sempre*" ARANGIO RUIZ cit. in F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al parlamento*, cit., pag. 30.

efficacemente regolati con legge, ma dovrebbero essere rimessi ad un giudizio di opportunità che spetta ai magistrati stessi.

Alla luce di quanto detto sinora si può riconoscere che non pare una soluzione condivisibile un divieto generalizzato di iscrizione ai partiti o di partecipazione alla vita politica, sacrificando totalmente al principio di imparzialità e di indipendenza le libertà politiche del cittadino-magistrato. Si tratta invece di compiere, di volta in volta, un bilanciamento ragionevole, tra i valori connessi alle libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione ad ogni cittadino (e quindi anche al cittadino-magistrato) e i valori connessi al peculiare *status* del magistrato, un bilanciamento che può individuare punti diversi di equilibrio, a seconda delle situazioni. Tale bilanciamento può comportare la necessità di prevedere limiti all'esercizio delle libertà, ma non può comportare una soppressione totale del godimento di tali libertà. Si può accettare che vengano posti dei limiti alla partecipazione dei magistrati alla vita politica, basta che si tratti di norme *regolatrici* e non *liberticide*⁴⁰⁹. Partecipazione alla vita politica e indipendenza del magistrato possono dunque convivere. L'*imparzialità* del magistrato *non* può essere sinonimo di *apoliticità*⁴¹⁰, essa rappresenta "il massimo grado di estraneità rispetto agli interessi coinvolti"⁴¹¹, ma non può significare la rinuncia al dibattito culturale, la dissimulazione delle proprie convinzioni, l'indifferenza ostentata

⁴⁰⁹ N. ROSSI, *Dibattito: magistrati, politica, competizioni elettorali*, cit., pag. 1291.

⁴¹⁰ L. PEPINO, *I giudici, la politica, la Costituzione*, cit., pag. 218.

⁴¹¹ A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, Torino, 2002, pag. 84.

dinnanzi al contenuto della legge. Sarebbe tuttavia opportuno che il legislatore evitasse derive verso quello che è stato definito “diritto disciplinare dell'apparenza”⁴¹² che finirebbe per trasformare il *giudice-cittadino* in un *funzionario* costantemente intimidito, che per timore di sanzioni si relega ai margini della vita collettiva. La necessità di tutelare l'apparenza di imparzialità non può infatti comportare una deroga illimitata ai diritti di partecipazione alla vita culturale e politica. Infatti l'imparzialità, la correttezza non si possono imporre con una legge o un decreto, ma vanno dimostrate con i fatti, con la professionalità e la preparazione: elementi che devono caratterizzare l'attività del magistrato.

Un buon giudice deve saper decidere senza guardare alla propria appartenenza, senza cedere ai preconcetti o ai pregiudizi che sono inevitabili per l'essere umano, a prescindere dal fatto che egli faccia parte o meno di un partito politico, e senza cedere all'insidia che può derivare dalla pressione esterna a conformarsi ad un “immagine” precostituita , senza cedere cioè all'insidia del “conformismo” e “del terrore della propria indipendenza”⁴¹³.

407 N. ROSSI, *Dibattito: magistrati, politica, competizioni elettorali*, cit., pag. 1286.

413P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1959, p. 271.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE E RIVISTE

ACCATTATIS V., *Il giudice nello stato liberaldemocratico*,

Firenze, Il Ponte editore, 2003.

ANCORA F., *Il Consiglio Superiore della Magistratura e*

l'appartenenza alla massoneria da parte dei magistrati in:

Giurisprudenza di merito, IV, 1996.

ARANGIO RUIZ V., *Eleggibili ed eletti*, Napoli,

Jovine, 1885.

BARAK A. , *La discrezionalità del giudice*, Milano, Giuffrè,

1995.

BARTOLE S., *Il potere giudiziario*, Bologna, Milano, 2006.

BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario*

alla Costituzione, Torino, Utet, 2006.

BIN BARTOLE, *Commentario breve alla*

Costituzione, 2006.

BIONDI F., *Considerazioni di ordine costituzionale sui limiti per i magistrati alla partecipazione alla vita politica* (a margine di una questione di costituzionalità) , 7 aprile 2009, www.associazionedeicostituzionalisti.it

BIONDI F. , *La responsabilità del magistrato –Saggio di diritto costituzionale-* Milano, Giuffrè, 2006.

BOBBIO N., *Quale giustizia, quale legge, quale giudice* in: *Quale Giustizia*,1971.

BORGNA P. MADDALENA M., *Il giudice e i suoi limiti – cittadini, magistrati e politica*, Roma-Bari, Laterza,2003.

BORRE' G. , *Articolo 98* in: BRANCA PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1994.

BORRE' G., *Le scelte di Magistratura Democratica* in N.ROSSI, *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milano, Angeli, 1994.

BORRE' G., *Ma e Questione giustizia. I compiti che ci aspettano*, in: AA.VV. *Compiti della politica. Doveri della giurisdizione*, Milano, Angeli, 1998.

BRUTI LIBERATI E., *Imparzialità e apparenza di imparzialità dei magistrati in Europa*, *Questione Giustizia*, n.2/2006.

CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1959.

CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984.

CAPUTO A. , *Gli illeciti disciplinari* in E.ALBAMONTE P. FILIPPI, *Ordinamento giudiziario, leggi, regolamenti e procedimenti*, Utet, 2009.

CARLASSARE L., *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974.

CASCINI G. , *Politicità della giurisdizione e consapevolezza del proprio ruolo*, in: *Questione Giustizia*, n.6/2012.

CAVALLINI D., La responsabilità disciplinare dei magistrati, in G. DI FEDERICO, Ordinamento giudiziario, Cedam, 2008.

CAVALLINI D. , *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, Cedam, 2011.

CAZZANIGA G. M. , *La nascita della massoneria nell'Europa moderna*, in Storia d'Italia, Annali 21, Einaudi, 2006.

CERRI A., *Sindacati, associazioni politiche, partiti* in: Giurisprudenza costituzionale, 1966.

CIVININI M.G. PROTOPISANI A. SALME' G.

SCARSELLI G., *La riforma dell'ordinamento giudiziario tra il ministro Castelli e il ministro Mastella* in: Il Foro Italiano, 2007.

CONSO G., *Un valore da rimeditare: il prestigio dell'ordine giudiziario*, in Quaderni costituzionali, 1981.

CRISAFULLI V. PALADIN L., *Commentario breve alla Costituzione*, Articolo 98.

DAL CANTO F. , *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, Relazione svolta in occasione delle VI giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale dedicate al "poder judicial" a La Coruna nel 2007 in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

DAL CANTO F., *La responsabilità disciplinare: aspetti sostanziali*, Il Foro italiano, 2006.

DAL CANTO F., *La responsabilità disciplinare del magistrato nella giurisprudenza costituzionale*, in M. VOLPI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2008.

DE NARDI S., *La libertà di espressione dei magistrati*, Napoli, Jovene, 2008.

DI AMATO S., *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Giuffrè, 2013.

DI FEDERICO G., *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati: una grave minaccia per l'indipendenza e imparzialità del giudice, una grave violazione del principio della divisione dei poteri*, Saggio introduttivo a :

ZANNOTTI F., *Le attività extra giudiziarie dei magistrati ordinari*, Padova, Cedam, 1991.

DOGLIANI M., *La formazione dei magistrati*, in: *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B.CARAVITA, Roma, Laterza, 1994.

FERRAJOLI L. , *Orientamenti della magistratura in ordine alla funzione politica del giudice interprete* in: *Quale Giustizia*, 1972.

FERRAJOLI L., *Nove massime di deontologia giuridica*, *Questione giustizia*, n. 6/2012.

FERRI G. , *Magistratura e potere politico*, Padova, Cedam, 2005.

FERRI G., *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni in: M. VOLPI, La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2008.

FERRI G., *I magistrati e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza n.224/2009 della Corte Costituzionale* in www.giurcost.org

FERRI G., *La responsabilità disciplinare dei magistrati prevista dall'art.3 del decreto legislativo n. 109 del 2006: la tipizzazione degli illeciti extrafunzionali e il suo sostanziale svuotamento*, Quale giustizia, 2008.

GROSSO C.F., *Massoneria e magistratura: la sentenza disciplinare 13 gennaio 1995 come sbocco naturale di un lungo travaglio interpretativo del CSM sul divieto della doppia appartenenza* in: *Foro italiano*, 1995, V.

GUARNIERI C., *Magistratura e politica in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1992.

GUARNIERI C., *Dibattito: magistrati, politica, competizioni elettorali*, forum con DOGLIANI M., GUARNIERI

C.,PALOMBARINI G., ROSSI N. a cura di A. CAPUTO e

L. PEPINO, *Questione Giustizia*, n.6/2005

JEMOLO A.C., *La magistratura: considerazioni e*

proposte, in *Per l'ordine giudiziario*, Giuffrè, Milano, 1946.

MAMMONE G., *1945-1946, Associazione e correnti nelle*

pagine di La Magistratura in: : BRUTI LIBERATI –

PALAMARA, *Cento anni di associazione magistrati*, 2009

online

MARANINI G., *Storia del potere in Italia 1948-1967*,

Firenze, Vallecchi, 1967.

MARANINI G. , *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico*

nella Costituzione in: *ANM Atti e Commenti XII Congresso*

Nazionale Brescia-Gardone 25-28 IX1965.

MARANINI G., *Giustizia in catene*, Milano, Comunità,

1964.

MASSA T., *Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 agosto*

2001 in: *Cassazione penale*, 2002.

MONTESQUIEU, *Spirito delle leggi*, libro XI, edizione
Milano BUR, 1996.

MORIONDO E., *L'ideologia della magistratura italiana*,
Bari, Laterza, 1967.

MORISI M., *La giurisdizione come "lavoro politico".
Vecchi e nuovi interrogativi*, in AA.VV *L'Italia tra crisi e
transizione*, Bari, Laterza, 1994.

NUTRIMENTO L. , *Le dottrine politiche di Montesquieu e
Rousseau*, Treviso, Canova, 1965.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova,
Cedam, 1990.

PASQUINO G., *Articolo 49* in: BRANCA PIZZORUSSO,
Commentario alla Costituzione.

PEPINO L., *Antonio Ingroia, i magistrati, la politica*,
Questione Giustizia n.1, 2013.

PEPINO L., *Appunti per una storia di magistratura
democratica* in: Questione Giustizia, n.1/2002.

PEPINO L., *Costituzione, giustizia, giudici* in: *Questione Giustizia*, n.6/2008.

PEPINO L., *I giudici, la politica, la costituzione* in: *Questione Giustizia*, n.4/2009.

PEPINO L., *Quale giudice dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?* in: *Questione Giustizia*, n.4/2007.

PERA G., *Un mestiere difficile: il magistrato*, Bologna, Il Mulino, 1967.

PERTICI A., *Il conflitto di interessi*, Torino, 2012

PERTINI S., *Dichiarazione del presidente Pertini (23 luglio 1981) alla seduta inaugurale del Consiglio Superiore della Magistratura* in: *Questione giustizia* n.4/1982.

PIGNATELLI N., *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici: un "cavallo di Troia"* in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, Giappichelli, 2005.

PILLA E. ARATA R., *Politicità della giurisdizione, impegno*

“politico” e impegno “in politica” del magistrato, in :

Questione Giustizia, n.6/2012.

PINARDI R. , *Quando “l’immagine” del magistrato si*

“appanna” in www.forumcostituzionale.it ,2004.

PIZZORUSSO A., *Appunti per lo studio della libertà di*

opinione dei funzionari: ambito soggettivo del problema,

in: Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 4, anno XXI,

1971.

PIZZORUSSO A., *L’organizzazione della giustizia in Italia*

– La magistratura nel sistema politico e istituzionale–,

Torino, Einaudi, 1990.

PIZZORUSSO A., *Magistrati in parlamento* in: Democrazia

e Diritto, anno XIX, n. 4/5, luglio-ottobre, 1979.

PIZZORUSSO A., *Politica e giustizia in Italia dal*

dopoguerra ai giorni nostri in: Questione Giustizia, 2002.

PRISCO S., *Una nuova sentenza della Corte Costituzionale sull'esercizio delle libertà politiche da parte dei magistrati*, federalismi.it, 26 agosto 2009.

RIGANO F., *Articolo 18* in: BIFULCO CELOTTO

OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006.

RIGANO F., *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982.

RIGANO F., *L'elezione dei magistrati in parlamento*, in: *Giurisprudenza italiana*, n. 137/1985, parte IV.

RIZZONI G., *Articolo 49 Cost.*, in: BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006.

RODOTA' S., *Vecchi e nuovi problemi nel rapporto tra magistratura e società*, in: *Questione Giustizia*, n.5/2008.

ROMBOLI R. , *L'applicazione della costituzione da parte del giudice comune* in: : S. PANIZZA, A. PIZZORUSSO,

R. ROMBOLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Plus, Pisa, 2002.

ROMBOLI R., *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, *Questione Giustizia*, n. 6/2008.

ROMBOLI R., *L'interesse politico come motivo di riconsunzione del giudice* in: *Rivista di diritto processuale*, 1982.

ROMBOLI R., *Sul progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario* in: *Quaderni costituzionali*, n.2/2004.

ROSSI E. , *Libertà di associazione e partiti politici*, in: *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, Pisa, Plus, 2009.

ROSSI N., *Dibattito: magistrati, politica, competizioni elettorali*, forum con DOGLIANI M. ecc., in: *Questione Giustizia*, n.6/2005.

ROSSI N., *Democrazia maggioritaria e giurisdizione* in: *Questione Giustizia*, n.3-4, 1992.

SAITTA A., *Articolo 98* in: BIFULCO CELOTTO OLIVETTI,
Commentario alla Costituzione, Torino, Utet, 2006.

SCARSELLI G., *Ordinamento giudiziario e forense*,
Torino, Giuffrè, 2010.

SENESE S., *Magistrati e iscrizione ai partiti politici*,
Quaderni della giustizia, a. VI, n.61, agosto 1986.

SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema
costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997.

SILVESTRI G., *La responsabilità politica* in: S. PANIZZA,
A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, *Ordinamento giudiziario
e forense*, Plus, Pisa, 2002.

VENTURINI F., *La magistratura nel primo dopoguerra: alla
ricerca del "modello italiano"* in: BRUTI LIBERATI –

PALAMARA, *Cento anni di associazione magistrati*, online

VENTURINI F., *Un "sindacato" di giudici da Giolitti a
Mussolini –L'associazione generale fra i magistrati italiani
1909-1926-*, Bologna, Il Mulino, 1987.

VITANZA F., *I magistrati e i partiti politici*, in: La Magistratura, 1946,n.5-6, cit. in MORIONDO E., *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari,Laterza,1967

VOLPE G. , *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati* in: A. PIZZORUSSO A., *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 1974.

VOLPE G., *La responsabilità politica dei giudici* in: *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale- Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, Giuffrè, 1977.

ZAGREBELSKY G., *La responsabilità disciplinare dei magistrati, alcuni aspetti generali* in: *Rivista di diritto processuale*,1975.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

ZAGREBELSKY G., *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali* in: *Scritti in onore di Costantino Mortati* AA.VV, Milano, Giuffrè , 1997.

ZAGREBELSKY V., *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d'Italia, Annali*, vol. XIV, La giustizia, Torino , Einaudi, 1998.

ZAMPETTI P.L., *Dallo stato liberale allo stato dei partiti - La rappresentanza politica*, Milano, Giuffrè, 1993.

ZAMPETTI P.L., *Democrazia e potere dei partiti*, Milano, Rizzoli, 1969.

ZAMPETTI P.L., *Magistrati e partiti*, in: Quaderni della Giustizia n.11 giugno 1982.

ZANNOTTI F., *Le attività extra giudiziarie dei magistrati ordinari*, Padova, Cedam, 1991.

ZANON N. BIONDI F., *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2008.

ZANON N. PANZERI L. , *Articolo 101* in: BIFULCO R.

CELOTTO A. OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, vol.III, Torino, Utet, 2006.

ARTICOLI DI QUOTIDIANI

BRUTI-LIBERATI, *Casson, un passo indietro*, La Stampa

10 marzo 2005.

GROSSO C.F., *Le toghe in politica*, La Stampa, 19 marzo

2009.

GULLO L., *Magistrati per la piena attuazione*

costituzionale, Paese Sera, 6 ottobre 1965.

MARANINI G., *La coscienza del giudice*, Il Corriere della

Sera, 8 ottobre, 1965.

SCHIRO' G., *Giustizia senza pace*, Il Giornale d'Italia, 6

ottobre 1965.

SILVESTRELLI P., *Magistrati, chi esce non rientra*, Italia

Oggi, 19 marzo 2009.

VIOLA S., *Il Pretore contro il Sindaco: un duello da teatro*

dei pupi, La Repubblica 16 maggio 1981.