

TITOLO : *La compatibilità costituzionale tra principio di separazione tra i poteri dello stato ed attività politica della magistratura.*

- *Autonomia , indipendenza della magistratura ed obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale quali pilastri fondamentali dell'ordinamento liberal-democratico.*
 - *Il potere legislativo e l'attività politica in generale.*
 - *Le sentenze della Corte costituzionale n.° 100/1981 e 224/2009 e le norme sull'ordinamento giudiziario in tema di esercizio della funzione politica.*
 - *La sentenza SS.UU. civili e la successiva riforma dell'ordinamento giudiziario Bonafede-Cartabia.*
 - *Considerazioni conclusive.*
-
- *Autonomia , indipendenza della magistratura ed obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale quali pilastri fondamentali dell'ordinamento liberal-democratico.*

Abbiamo , di recente , affrontato il tema della separazione delle funzioni giudiziarie¹ contenuto nella legge di riforma costituzionale approvata definitivamente da parte del Parlamento italiano ed in quella sede abbiamo espresso un critica alla possibilità di esercitare una funzione di indirizzo politico da parte della magistratura e delle organizzazioni rappresentative della stessa.

Appare opportuno , onde non lasciar monco il ragionamento critico ivi effettuato , affrontare con maggiore approfondimento il delicato tema anche e soprattutto in ragione della sua compatibilità con il pilastro centrale dell'ordinamento costituzionale italiano costituito dal *principio di separazione dei poteri dello stato* contenuto nell'intero apparato normativo della *Magna Charta*.

Senza addentrarci nella genesi storica di tale principio risalente a Platone ed Aristotele, rispettivamente nelle opere *La Repubblica* e la *Politica* ed al contempo astenendoci

¹ Vedi Il processo digitale "*La riforma costituzionale in tema di separazione delle funzioni giudiziarie.*", pubblicato nel febbraio 2025.

dall'analizzare il pensiero sia di John Locke² che di Montesquieu³ legati storicamente a regimi monarchici distanti dall'attualità , possiamo affermare con certezza che l'ispirazione del fondamento costituzionale italiano fu tratta dall'Assemblea costituente a causa della deriva dittatoriale che aveva politicamente contraddistinto il nostro paese nel periodo precedente la nascita della Repubblica *con grave pregiudizio generale* legato indubbiamente alla morte civile delle libertà fondamentali dell'individuo ma anche all'assetto economico e logistico del nostro paese all'espiare della seconda guerra mondiale.

A fronte di una disfatta totale , sul piano politico i padri costituenti furono avvinti in particolar modo dall'esigenza di evitare la concentrazione dei poteri fondamentali dello stato nelle mani di una sola persona o di un solo organo istituzionale ; la necessità dell'esercizio degli stessi , in cui si concretizza la vita di un paese , indusse a prevedere una *titolarità del singolo potere attribuita ad un solo organo istituzionale che fosse autonoma e libera nel suo esercizio ma controllata nella sua legittimità costituzionale*.

Il risultato è stato , a parere dello scrivente , eccellente in quanto *l'autonomia nell'esercizio della funzione istituzionale* è stata garantita senza debordamenti di sorta alcuna ed allo stesso tempo è stata prevista un'attività di controllo da parte di organi costituzionali in grado di prevenire o comunque eliminare derive contrarie ai principi di separazione e controllo reciproco , stabilite con chiarezza dall'arco costituzionale.

In una parola *l'equilibrio tra i poteri fondamentali* cercato e realizzato in sede di Assemblea costituente con la promulgazione della Carta costituzionale ha soddisfatto l'esigenza primaria costituita non soltanto dalla centralità dei diritti dell'individuo senza distinzioni di alcun genere , ma anche e soprattutto dalla prevenzione di concentrazioni di potere.

E così citando qualche esempio , fu prevista la promulgazione da parte del Presidente della Repubblica delle leggi e degli atti aventi forza di legge protesa al preventivo controllo dei principi costituzionali ; un limitato potere legislativo in capo all'esecutivo che deve essere convertito e preventivamente stabilito con una legge delega nel caso rispettivamente dei decreti-legge e dei decreti legislativi delegati ; un controllo di adesione e conformità costituzionale delle leggi in generale da parte della Corte costituzionale , titolare anche della risoluzione delle i conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato , oltre che tra Stato e regioni e dei conflitti insorti tra di esse.

² Il riferimento è all'opera *"Due trattati sul governo"* del 1690 nella quale l'autore teorizza la titolarità del potere legislativo in capo al parlamento e la titolarità del potere esecutivo , comprensivo anche di quello giudiziario , al monarca sia in tema di politica interna che di politica estera , separando i poteri dello stato non più attribuiti all'esclusiva titolarità del monarca ma anche al parlamento.

³ Il riferimento è all'opera *"Spirito delle leggi"* pubblicato nel 1748 nella quale il presupposto della tesi si fonda sulla tendenza umana di chi gestisce un potere alla deriva tirannica ed abusatrice , di tal che sia assolutamente necessario al fine di evitarne le dannose conseguenze scindere la titolarità del potere legislativo , esecutivo e giudiziario secondo il principio *"il potere arresti il potere.....perché una sovranità indivisibile e illimitata è sempre tirannica"*.

Non v'è dubbio , pertanto , che *l'equilibrio tra i poteri dello stato* sia stato realizzato mediante una duplice peculiarità : un'assoluta autonomia nel suo esercizio ed un controllo di conformità costituzionale da parte di altri organi realizzato anche mediante la formazione e l'emanazione preventiva dell'oggetto dell'esercizio del potere , come accade nel caso del potere giudiziario assolto mediante le leggi emanate dal Parlamento.

Nella vigente intersezione tra poteri , autonomi ed al contempo controllati , *riteniamo che il principio dell'autonomia ed indipendenza⁴ della magistratura* (previsto geneticamente dall'art. 104 Cost. e confermato dalla riforma costituzionale , la quale oltre a prevedere che : *“la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere” “è composta da magistrati della carriera giudicante e della carriera requirente”*) costituisca , nella duplice accezione spesso confusa in un unico concetto come dimostrato dal dibattito pubblico sulla separazione delle funzioni giudiziarie , *un imprescindibile caposaldo dell'apparato costituzionale del nostro paese e di qualsiasi paese fondato su principi liberal-democratici.*

La funzione risolutrice di controversie di natura civilistica o amministrativistica come anche l'accertamento della responsabilità penale ed ancor prima l'acquisizione e la verifica della fondatezza di elementi probatori necessitanti un naturale sviluppo nel processo penale , devono essere garantiti come assolutamente autonomi , senza intrusioni di alcun genere e senza alcuna sorta di condizionamento da parte di altri poteri dello stato.

Alcuna influenza istituzionale deve intervenire nell'esercizio sia della giurisdizione che della funzione inquirente , le quali per dettato costituzionale devono essere *soggette esclusivamente alla legge* emanata dal Parlamento oppure dall'esecutivo secondo i criteri costituzionali disciplinanti gli atti aventi forza di legge quali i decreti legge ed i decreti legislativi delegati.

Parimenti , si ritiene che la previsione dell'art. 112 Cost. contenente il principio *dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale* da parte dell'ufficio della pubblica accusa , debba costituire un intangibile caposaldo di rango giuridico primario.

⁴ Art. 104 Costituzione

La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere.

Il Consiglio superiore della magistratura è presieduto dal Presidente della Repubblica.

Ne fanno parte di diritto il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione.

Gli altri componenti sono eletti per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie, e per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio.

Il Consiglio elegge un vice presidente fra i componenti designati dal Parlamento.

I membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili.

Non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali, né far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale.

La previsione di predetto principio contempla *l'obbligo del primo passo processuale* in capo al pubblico ministero ed è , pertanto , in grado di garantire il principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge.

E soltanto *la correlazione tra l'obbligatorietà dell'azione penale e l'autonomia del pubblico ministero* nell'esercizio delle sue determinazioni e susseguenti azioni giudiziarie garantisce una corretta ed egualitaria amministrazione della giustizia nel suo *incipit*.

Ne consegue che la garanzia costituzionale dell'autonomia della giurisdizione e della funzione inquirente , in uno con l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale rappresentino dei pilastri necessari ed imprescindibili onde certificare lo spirito liberal-democratico di qualsivoglia nazione.

Tutt'altro discorso deve essere realizzato in merito al *principio di indipendenza della magistratura*.

Spesso identificata con il principio di autonomia , essa rappresenta tutt'altra accezione e significato , *e costituisce , pertanto , un gigantesco frutto di confusione contestualizzarla in riferimento al principio di separazione tra i poteri dello stato*.

Onde garantire *un concreto ed effettivo libero esercizio della funzione giudiziaria al singolo magistrato sottoposto esclusivamente alla legge* , il legislatore costituzionale intese creare un baluardo di intangibilità proteso a garantire l'integrale *indipendenza del singolo* rispetto ad influenze o ingerenze dei capi degli uffici giudiziari in grado di pregiudicare la libertà di autodeterminazione nell'esercizio della funzione , fosse essa giudicante oppure inquirente.

Se , dunque , *il principio di autonomia* della magistratura attiene al principio di separazione dei poteri dello stato , *il principio di indipendenza riguarda il singolo magistrato , la sua libertà , la sua autonomia , la sua autodeterminazione nell'esercizio della funzione giudicante oppure inquirente , che deve essere libera , autonoma e scevra da qualsivoglia influenza , tale da tenerlo indenne (non soltanto da ingerenze di altri poteri dello stato) , ma anche dalle eventuali determinazioni stabilite dai capi degli uffici giudiziari tali da comprometterne la funzione , così assoggettandolo soltanto alla legge*.

Ne consegue che appare impertinente citare tale principio in sede di critica alla legge di riforma costituzionale , in quanto relativo all'autonomia del singolo magistrato nel circoscritto ambito della magistratura , quindi non pertinente né all'autonomia né alla separazione dei poteri dello stato.

In via incidentale ci sia consentito esprimere una perplessità rispetto ai più recenti avvenimenti succedutisi sullo specifico tema della separazioni delle funzioni giudiziarie.

E' nota la protesta posta in essere dall'associazione nazionale magistrati concretizzatasi in una giornata di sciopero ed al contempo la critica espressa dal dott. Parodi sul pregiudizio arrecato dalla riforma al principio di autonomia ed indipendenza della magistratura , come anche il parere negativo espresso dal Consiglio superiore della magistratura nonché la recente formazione di un comitato per l'abrogazione referendaria della legge costituzionale.

In vero e sino a prova contraria il testo riformatore conferma e rafforza a piè pari il principio *ritenuto erroneamente pregiudicato* ed alcuna disposizione in essa inserito contrasta con l'assunto sostenuto in questa sede.

Dunque *sul piano oggettivo* è insostenibile quanto , viceversa , ritenuto dall'associazione nazionale magistrati⁵.

Quel che lascia lo scrivente con il peso di ben maggiori perplessità , però , consiste nel fatto che l'art. 2 comma II della legge n.° 269/2006 (*Riforma dell'ordinamento giudiziario con modifiche al decreto legislativo 160/2006*) stabilisce : “. *Con l'atto di assegnazione per la trattazione di un procedimento, il procuratore della Repubblica può stabilire i criteri ai quali il magistrato deve attenersi nell'esercizio della relativa attività. Se il magistrato non si attiene ai principi e criteri definiti in via generale o con l'assegnazione, ovvero insorge tra il magistrato ed il procuratore della Repubblica un contrasto circa le modalità di esercizio, il procuratore della Repubblica può, con provvedimento motivato, revocare l'assegnazione; entro dieci giorni dalla comunicazione della revoca, il magistrato può presentare osservazioni scritte al procuratore della Repubblica.*”

Non occorre un raffinato giurista per concludere che *l'indipendenza* del sostituto procuratore della Repubblica nell'esercizio delle sue funzioni sia alquanto pregiudicata da questa norma che lo sottopone alle direttive del Procuratore capo , non rispettando le quali la norma consente di revocargli l'assegnazione del procedimento penale.

Per effetto della citata norma gli appartenenti all'ufficio di Procura non possono definirsi indipendenti bensì sottoposti alla direttive del Procuratore , sì decisive da determinare la sottrazione del caso giudiziario assegnato in base a criteri tabellari e quindi oggettivi.

Nemmeno la tesi che individua nel Procuratore della Repubblica il rappresentante dello stato proteso al rispetto delle leggi penali può giustificare la norma dell'ordinamento giudiziario , perché se la Costituzione contempla il principio dell'indipendenza del singolo magistrato nell'esercizio delle sue funzioni , e tale è il sostituto procuratore della Repubblica , allora l'unica conclusione che si può trarre si racchiude nel *contrasto tra norma ordinaria e norma costituzionale*.

⁵ La tesi esposta è , con maggiore dovizia di particolari , contenuta nel commento indicato alla nota 1).

Anche il principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale non ne rimane indenne.

Per un corretto esercizio di esso la legge processuale pone dei presupposti quali la fondatezza della *notitia criminis* , liberamente valutabile dal PM sotto l'attento vaglio della giurisdizione che si pone quale garante del principio costituzionale ; ma , attesa la norma introdotta dalla legge n.° 269/2006 ci chiediamo se il PM dissenziente alle direttive dal capo ufficio si autodetermini liberamente oppure potrebbe subire il predetto condizionamento , se cioè sia effettivamente indipendente nella valutazione degli elementi di prova raccolti nel corso dell'indagine e quindi libero di rispettare l'obbligatorietà nell'esercizio dell'azione penale come previsto dalla Costituzione , oppure vincolato.

Epperò alcuna protesta o invocata difesa della Costituzione è stata posta in essere dall'intera magistratura a fronte di un evidente quanto rilevante nocumento arrecato al principio costituzionale di indipendenza della magistratura , che potenzialmente pregiudica anche un altro bene di rango costituzionale , pilastro reggente l'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge. Pur sostenendo che la riforma non avrebbe risolto il reale problema che attanaglia i consociati , e cioè quello della durata dei processi , alcun moto di protesta si è levato nei riguardi del nocumento arrecato al principio di uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge.

Ciò posto , è allo stesso tempo assolutamente necessario ai fini del rispetto e dell'attuazione del principio di separazione dei poteri dello stato non soltanto che *l'autonoma funzione giudiziaria* sia rispettata , ma che resti confinata in sé stessa e che non si auto-attribuisca e le vengano attribuite funzioni costituzionali non previste.

Se i giudici sono *autonomi e soggetti soltanto alla legge* , non possono e non devono non soltanto adoperarsi per l'emanazione delle leggi ma anche occuparsi dell'attività che determina l'emanazione della stessa od anche la soppressione : questa concentrazione di poteri è categoricamente esclusa dall'arco costituzionale.

- *Il potere legislativo e l'attività politica in generale.*

Il problema affrontato in questa sede porterebbe ad una soluzione definitiva ed ancorchè rapida : la *totale atitolarità del potere legislativo* in capo alla magistratura sembrerebbe escludere qualsivoglia problematica al riguardo.

Eppure riteniamo che la *quaestio* vada analizzata sotto eterogenei aspetti.

In primis occorre evidenziare che qualsiasi legge sia oggetto di *interpretazione* da parte di colui che la applica.

Questa operazione ermeneutica deve attenersi alla disposizione di cui all'art. 12⁶ delle preleggi , secondo la quale la concreta applicazione di una disposizione normativa va operata *aderendo al significato proprio delle parole secondo la connessione di esse* ed al contempo *secondo l'intento del legislatore*.

Dunque , la direttiva dettata in tema di interpretazione della legge in generale si fonda *sul significato delle parole adoperate e sulla ratio legis* perseguita dal legislatore nel disciplinare la materia.

Se il riferimento al dato letterale non solleva rilevanti dubbi (*per quanto non siano mancati casi di netto discostamento ermeneutico dal dato letterale della norma*) , viceversa , si riscontra spesso una difformità giurisprudenziale tra nomofilachia e intento legislativo.

Si vuole intendere che l'ermeneutica giurisprudenziale non ha sempre corrisposto alle ragioni legislative , discostandosi non soltanto nel caso della singola norma preposta per il raggiungimento di un dato fine , ma anche dai principi generali sui quali si fondava un determinato testo legislativo.

Ed anzi , l'analisi del dato normativo da parte dell'interprete ha spesso prescisso proprio dalla *ratio legis*.

Un esempio , tra tutti , riguarda la nomofilachia espressa in tema di prove dichiarative , testimoni e collaboratori di giustizia , che per anni non ha corrisposto ai principi generali del sistema processuale vigente , imponendo , per ciò stesso , l'intervento del legislatore costituzionale riformatore dell'art. 111 Cost. , nel quale venivano inseriti quali capisaldi reggenti il processo , *la formazione della prova nel contraddittorio tra le parti con le relative eccezioni inserite nel V comma del medesimo articolo*.

Se pur il dato normativo appariva molto chiaro ed assolutamente corrispondente al sistema processuale , la giurisprudenza ne ha fornito una chiave di lettura diametralmente opposta *sia al contenuto letterale della singola norma che sul piano sistemico-processuale decampando dagli intenti legislativi* , ispirandosi integralmente al principio di conservazione degli atti assunti unilateralmente e non in formazione congiunta con le altre parti processuali.

⁶ Art. 12 preleggi.

Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse , e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione , si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe ; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato .

Dunque , va stabilito un primo punto fermo : se pur non titolare del potere di legiferare , la magistratura giudicante è titolare del potere nomofilattico *che ha portato in passato ed ancora porterebbe ad una distorsione rispetto alla ratio legis che invece , dovrebbe per principio costituzionale ed in base ai principi generali dell'ordinamento giuridico imperare sovrana.*

Premessa questa segnalata divergenza che vede quale naturale conseguenza *una sorta di “legislatore sul campo” potersi discostare dalle finalità e dagli obiettivi preposti dal legislatore , con grave pregiudizio non solo della titolarità del potere legislativo ma del più generale principio di separazione dei poteri dello stato ,* va ora analizzato il diritto di manifestazione politica da parte del singolo magistrato e della categoria come rappresentata da una data associazione in cui si corporizzano i magistrati.

Il tema necessita di una premessa relativa al concetto di politica e manifestazione del pensiero politico e degli strumenti adoperabili onde realizzarne gli scopi.

Non pare vi siano dubbi sul primo concetto , potendosi identificare la politica quale l'insieme coordinato di direttrici ideologiche ed obiettivi di un paese posto in essere non soltanto dalle istituzioni a questo preposte quali il Presidente della Repubblica nella funzione di indirizzo politico , il Governo ed il Parlamento , ma demandato anche ai partiti politici non rappresentati in Parlamento , ai singoli cittadini , alle associazioni da questi formate garantite costituzionalmente non solo nel diritto di realizzare un'idea ma anche di manifestarla anche e non soltanto allo scopo di coinvolgere i consociati ma di indurre gli organi costituzionali a ciò delegati a concretizzare un orientamento ed un'idea.

Le leggi sono lo strumento tecnico e formale attraverso cui gli indirizzi politici si traducono in regole vincolanti per la società.

Adoperando un concetto mazziniano “pensiero-azione” potremmo identificare il primo nel concetto di politica ed il secondo nella promulgazione delle leggi ; in buona sostanza, la politica si identifica nella direttiva ideologica di ciò che si vuole fare nell'interesse del paese , e le leggi , delineando il quadro normativo entro cui devono operare i cittadini e le istituzioni , lo strumento attuativo.

La logica conclusione che si trae consta nell'assoluta importanza , determinante ai fini realizzativi degli scopi politici , delle leggi e degli atti aventi forza di legge.

Se non pare esservi dubbio circa l'assioma politica-leggi , parimenti non è identificabile il concetto di attività politica generale in via esclusiva con il binomio sopra citato , ben potendosi manifestare un'ideologia oppure un'idea politica al mero scopo di proporre una critica al legislatore o magari stimolare provvedimenti conformi ai suoi contenuti.

Ma anche in tal caso pare legittimo considerare questa manifestazione uno strumento mediante il quale orientare , almeno a titolo di tentativo , gli indirizzi politici di una nazione.

Posta la premessa , appare indiscutibile il diritto di maturare un pensiero politico come anche un'ideologia politica da parte di colui che esercita la funzione di magistrato.

In ciò la sua posizione non deve discostarsi dal diritto del singolo cittadino a cui la *Magna Charta* riconosce tale prerogativa.

Del resto , premessa l'impossibilità di impedirgli tale facoltà metafisica nell'esercizio della funzione giudiziaria , l'esperienza insegna come tutti i fattori della vita sociale , personale , familiare , scolastica , giovanile influenzino il magistrato nelle sue determinazioni in uno con l'applicazione della legge ed è conseguentemente naturale che anche tale importantissimo fattore sia utilizzato dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni.

Quest'aspetto non è posto in discussione in questa sede.

Ciò che , viceversa , lascia dubbi consiste nel diritto di manifestazione del pensiero politico *sia uti singuli che in ambiti associativi rappresentanti la magistratura*.

Più in particolare se sia previsto il diritto di manifestazione politica rispetto alla formazione di una legge oppure a seguito della promulgazione della stessa , considerata la premessa che identifica nell'emanazione di una legge *una prerogativa assoluta di organi costituzionali diversi dalla magistratura ed al contempo lo strumento attuativo della funzione di indirizzo politico esercitata dagli organi a ciò preposti dall'arco costituzionale*.

- *Le sentenze della Corte costituzionale n.° 100/1981 e 224/2009 e le norme sull'ordinamento giudiziario in tema di esercizio della funzione politica.*

Il delicato tema è stato affrontato dalla Corte costituzionale in due sentenze che fa d'uopo analizzare , anche in considerazione della rilevante circostanza che prendono in considerazione norme sull'ordinamento giudiziario relative al tema trattato , modificate nell'arco temporale intercorrente tra i due provvedimenti presi in esame.

Anche la sentenza n.° 170/2018 ha sceverato il tema trattato , ma considerato che ricalcherà gli assunti caldeggiati nelle due precedenti sentenze ci riserviamo qualche considerazione in sede di conclusioni finali.

Con la *sentenza n.° 100/1981*⁷ i giudici di Palazzo della Consulta ebbero ad esaminare la legittimità costituzionale dell'art. 18 del Regio decreto legislativo 31 maggio 1946 , n.° 511, nella parte in cui identificava quale illecito disciplinare il contegno del magistrato che *" tenga, in ufficio o fuori, condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario. "*

Più in particolare il Consiglio superiore della magistratura sollevava questione di legittimità costituzionale del predetto articolo con specifico riferimento all'art. 25 Cost. ritenendo che *la descrizione generica della condotta stigmatizzabile decampasse dal concetto di tipicità normativa* così impedendo all'interessato di evitare siffatti comportamenti e , quindi , pregiudicandolo.

La Corte riteneva infondato tale profilo in quanto la norma presuntivamente violata , l'art. 25 Cost. , atteneva alle fattispecie penali e non già a quelle di natura disciplinare e non era a queste estensibile ; in ogni caso , la Corte riteneva che il presupposto della tipicità fosse ben soddisfatto per due ordini di motivi : *"Nell'esaminare tali censure, non può prescindersi dal riferimento ai valori tutelati dalla norma proibitiva, al fine di stabilire, in relazione ad essi, se ed in quale misura sia possibile la tipizzazione dei comportamenti che possono violarli. Essi sono da un lato la fiducia e la considerazione di cui deve godere ciascun magistrato e dall'altro il prestigio dell'ordine giudiziario. É sufficiente esaminare il contenuto di tali valori per constatare la impossibilità di prevedere tutti i comportamenti che possono lederli; si tratta, infatti, di principi deontologici che non consentono di essere ricompresi in schemi preordinati, non essendo identificabili e catalogabili tutti i possibili comportamenti con essi contrastanti e che potrebbero provocare una negativa reazione dell'ambiente sociale. "*

In secondo luogo : *"Né può ritenersi che tale sistema normativo violi il principio di legalità perché , come questa Corte ha affermato (cfr. sent. 191 del 1970 e le altre ivi citate) esso "si attua non soltanto con la rigorosa e tassativa descrizione di una fattispecie ma, in talune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta l'abbia o meno violato". "*

⁷ Corte costituzionale sentenza n.° 100 del 7 maggio 1981 , dep. Il 08/06/1981 , con la quale rigettava la questione di legittimità costituzionale , dichiarandola non fondata , dell'art. 18 r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511, nella parte in cui sottopone a sanzione disciplinare il magistrato che tenga in ufficio o fuori condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere o che comprometta il prestigio dell'Ordine giudiziario, sollevate con le ordinanze della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura in relazione agli artt. 21, primo comma, 25, secondo comma, 101, secondo comma, e 108, primo comma, della Costituzione.

La corte escludeva anche che la sanzione disciplinare irrogabile fosse sostenuta dal criterio generale di *supremazia speciale della pubblica amministrazione verso i propri dipendenti* , dovendo escludersi un rapporto del genere nei riguardi dei magistrati , *"sottoposti soltanto alla legge"* ex art. 101 Cost., ma a parere della Corte doveva anche riconoscersi che il potere disciplinare nei loro confronti era volto a garantire - ed è rimedio insostituibile - il rispetto dell'esigenza di assicurare il regolare svolgimento della funzione giudiziaria, che è uno degli aspetti fondamentali della vita dello Stato di diritto.

Il tema affrontato dalla Corte che maggiormente rileva in questa trattazione è quello relativo alla dedotta violazione dell'art. 21 Cost..

Sullo specifico punto la Corte motivava : *“Deve riconoscersi - e non sono possibili dubbi in proposito - che i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino ma deve del pari ammettersi che le funzioni esercitate e la qualifica da essi rivestita non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale. Per quanto concerne la libertà di manifestazione del pensiero non è dubbio che essa rientri tra quelle fondamentali protette dalla nostra Costituzione ma è del pari certo che essa, per la generalità dei cittadini non è senza limiti, purché questi siano posti dalla legge e trovino fondamento in precetti e principi costituzionali, espressamente enunciati o desumibili dalla Carta costituzionale (cfr. sent. 9 del 1965). I magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, comma secondo, e 104, comma primo, Cost.), debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità: nell'adempimento del loro compito.”*

Pur riconoscendo il diritto di manifestazione del pensiero politico , i giudici costituzionali tengono a sottolineare come la funzione giudiziaria debba sempre e comunque essere caratterizzata da imparzialità ed indipendenza allo scopo di infondere nelle generalità dei cittadini quella indispensabile ed imprescindibile fiducia della correttezza ed obiettività del loro operato ; solo la sussistenza di tale fiducia consentirebbe un corretto equilibrio di rango costituzionale nell'ambito di un esercizio di giudizio sulla vicenda ma soprattutto sulla persona , sulla sua etica , sulla sua morale nonché sul prestigio e sull'onorabilità di cui è dotato qualsiasi cittadino.

“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. Nel bilanciamento di tali interessi con il fondamentale diritto alla libera espressione del pensiero, sta, come del resto finiscono per riconoscere le

ordinanze di rimessione il giusto equilibrio, al fine di contemperare esigenze egualmente garantite dall'ordinamento costituzionale. Alla luce di tali considerazioni va interpretata la sentenza di questa Corte n. 145 del 1976, la quale riconosce "l'esigenza di una rigorosa tutela del prestigio dell'ordine giudiziario, che rientra senza dubbio tra i più rilevanti beni costituzionalmente protetti".

La conclusione tratta dalla Corte individua nell'equilibrio e contemperamento degli interessi costituzionali in gioco la giusta soluzione affermando che *l'espressione delle opinioni da parte della categoria dei magistrati deve contemperarsi con la credibilità ed affidabilità riposta dalla generalità dei consociati nella funzione giudiziaria che trae origine dall'imparzialità ed indipendenza che potrebbe essere scalfita da un illimitato manifestazione del pensiero su una determinata vicenda , pensiero politico , ideologia politica* : in una parola il contenimento della manifestazione non rappresenta una *deminutio iuris* bensì il frutto del bilanciamento degli interessi in gioco cui deve sottostare il magistrato per effetto della sua delicatissima funzione di giudizio.

Non sfuggirà all'attenzione del lettore la considerazione sviluppata dalla Corte secondo cui *la tutela dell'ordine giudiziario costituisce uno dei più rilevanti beni costituzionalmente garantiti* e si realizza anche e soprattutto mediante l'ispirazione del singolo magistrato a criteri di indipendenza , obiettività ed imparzialità *sia nell'espletamento della funzione giudiziaria che prescindendo da essa , in qualità di singolo cittadino.*

L'esigenza di tipicizzare i comportamenti dei magistrati , segnalata all'attenzione dei giudici di Palazzo della Consulta , indusse il legislatore ad emanare il *decreto legislativo delegato n.° 109 del 25 febbraio 2006⁸ modificato dalla legge 24 ottobre 200 n.° 269⁹* , coi quali furono meglio definiti i comportamenti giudiziari ed extra-giudiziari sanzionabili.

Sembra opportuno evidenziare due *novationes legis* introdotte dal decreto legislativo n.° 109/2006 e dalla legge n.° 269/2006 : la prima¹⁰ prevede una condizione di procedibilità in caso di annullamento della sentenza emessa dal Consiglio superiore della magistratura da parte della Corte di cassazione secondo cui *“se la sentenza non interviene nel termine di un anno in cui vengono restituiti gli atti del procedimento dalla Corte di cassazione. Se i termini non sono osservati, il procedimento disciplinare*

⁸ *“Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f, della legge 25 luglio 2005, n. 150.”* Pubblicato in Gazzetta Ufficiale n.° 67 in data 21/03/2006 ed entrato in vigore in data 05-04-2006.

⁹ *“Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario.”* Pubblicato in Gazzetta Ufficiale n.° 248 del 24 ottobre 2006 ed entrato in vigore in data 08/11/2006.

¹⁰ La previsione è contenuta nell'art.15 commi VI e VII del decreto legislativo n.° 109/2006.

si estingue, sempre che l'incolpato vi consenta.” ; la seconda¹¹ consiste nella *previsione di un termine prescrizionale* per gli illeciti disciplinari dei magistrati , siano essi giudiziari o extra-giudiziari , pari a dieci anni dalla commissione del presunto illecito.

Lo scrivente ritiene assolutamente legittime tali previsioni di cui beneficiano servitori dello stato che svolgono funzioni imprescindibili che non pare opportuno vivano né una limitazione all’esercizio della propria funzione né la mannaia della riprovazione sociale a distanza di molto tempo dai fatti.

Se la predetta inopportunità appare indiscutibile , *parimenti non risultano allo scrivente mozioni da parte della magistratura o proposte di riforma da parte di partiti politici , movimenti civici , associazioni culturali che ne abbiano stigmatizzato i contenuti tutto sommato benevoli nei confronti di sospettati di comportamenti contra-lem.*

Posta una decisiva differenza di peso specifico tra illecito penale ed illecito disciplinare , resta , comunque , una questione di principio se il decorso del tempo possa avvantaggiare una persona indiziata di aver commesso un determinato fatto.

Eppure , l’accesso ed intenso dibattito pubblico e gli interventi legislativi che si sono succeduti negli ultimi vent’anni hanno riguardato proprio la prescrizione del reato penale considerato una sorta di beneficio per i colpevoli immeritevoli di tale trattamento processuale.

Se il decorrere del tempo non deve beneficiare alcun cittadino indiziato di aver commesso un fatto , *non deve favorirlo in nessun caso* e mai dovrebbe accadere una differenza di considerazioni nell’ambito dell’opinione pubblica , della quale , invece prendiamo atto con una certa amarezza a perplessità.

Senza dilungarci e tornando al tema oggetto della presente trattazione , con una seconda decisione¹² la Corte costituzionale ha avuto modo di esporre le proprie determinazioni in merito.

Oggetto del giudizio di conformità costituzionale era rappresentato dall’art. 3 comma 1, lettera h) del D. Lgs. n.° 109/2006 , configurante quale 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 possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere*

¹¹ Introdotta dall’art. 2 comma I lett. g) della legge n.°269/2006 che ha modificato l’art. 15 del decreto legislativo n.° 109/2006 con l’inserimento del comma I bis.

¹² Corte costituzionale sentenza n.° 224 del 8 luglio 2009 , dep. In data 17/07/2009 , con la quale dichiarava non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, lettera h), del decreto legislativo 25 febbraio 2006, n. 109 (Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell’articolo 1, comma 1, lettera f, della legge 25 luglio 2005, n. 150), nel testo sostituito dall’art. 1, comma 3, lettera d), numero 2), della legge 24 ottobre 2006, n. 269 (Sospensione dell’efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario), sollevata, in riferimento agli articoli 2, 3, 18, 49 e 98 della Costituzione, dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura.

l'immagine del magistrato , norma che unitamente ad altre aveva sostituito , per effetto dell'abrogazione dell'art. 18 del Regio decreto legislativo n.° 511 del 31 maggio 1946 ad opera della sopra citato decreto legislativo , la norma elisa.

A parere dello scrivente l'ordinanza di rimessione del Consiglio superiore alla Corte deve essere analizzata con attenzione.

Secondo il rimettente , se da un lato l'art. 3 comma I lett. h) configurava quale illecito disciplinare l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici , paradossalmente non era sanzionata la possibilità di candidatura elettorale per un appartenente all'ordine della magistratura : ”..... *l'art. 49 Cost. fonda il diritto, in capo ad ogni cittadino senza distinzione di sorta, di associarsi liberamente, ovvero senza condizionamento formale o sostanziale, in partiti, per concorrere all'obiettivo fondamentale che è la determinazione democratica della politica nazionale.*

Osserva ancora la Sezione disciplinare che l'art. 98, ultimo comma, Cost. prevede che la legge possa stabilire limitazioni all'esercizio del diritto di elettorato passivo, tra l'altro, dei magistrati. La legge ordinaria disciplina espressamente l'esercizio di siffatto diritto con l'apposita limitazione costituita dal preventivo collocamento fuori ruolo (art. 8 del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 – «Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati», nel testo modificato dalla legge 3 febbraio 1997, n. 13). La pacifica legittimità della candidatura elettorale di un magistrato fa ritenere che il legislatore non ignori la natura intrinsecamente politica ed inevitabilmente partitica della stessa, la quale dunque, se giustifica il limite della previsione della predetta cautela, non verrebbe perciò stesso respinta.

Invece, la norma denunciata – precisa il rimettente – introduce «un vero e proprio divieto formale ed assoluto» di iscrizione ai partiti politici per i magistrati, «rafforzato da una sanzione per la sua violazione».”

Ritiene lo scrivente che rappresenti un punto centrale della vicenda.

Il Consiglio superiore della magistratura premette che : ”..... *nella lettera e nella logica della legge, l'incarico politico, ovvero l'assunzione della qualità di appartenente ad un partito politico e più ancora l'assunzione di una carica rilevante in un partito politico, atti che esplicitano e presuppongono una coerente attività politica, non vengono in alcun modo differenziate a seconda che si tratti, o meno, di partiti politici sicuramente “legittimi” e come tali anche rappresentati in Parlamento.*”

Ne consegue che secondo il rimettente , la norma consideri qualsiasi attività di carattere politico protesa alla determinazione democratica di scopi per la realizzazione degli interessi del paese , prescindendo da formalismi quali l'appartenenza ad un partito politico ufficiale , sia esso rappresentato in Parlamento oppure escluso.

La Corte ne sposterà parzialmente l'assunto, come vedremo, ma occorre procedere con ordine espositivo.

Innanzitutto nel corpo motivazionale della decisione si evince l'esigenza del contemperamento tra interessi e beni costituzionali in gioco: *“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. Ma deve, del pari, ammettersi che le funzioni esercitate e la qualifica rivestita dai magistrati non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale (sentenza n. 100 del 1981). Per la natura della loro funzione, la Costituzione riserva ai magistrati una disciplina del tutto particolare, contenuta nel titolo IV della parte II (artt. 101 e ss.): questa disciplina, da un lato, assicura una posizione peculiare, dall'altro, correlativamente, comporta l'imposizione di speciali doveri. I magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, secondo comma, e 104, primo comma, Cost.), debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità.*

Proprio in questa prospettiva, nel bilanciamento tra la libertà di associarsi in partiti, tutelata dall'art. 49 Cost., e l'esigenza di assicurare la terzietà dei magistrati ed anche l'immagine di estraneità agli interessi dei partiti che si contendono il campo, l'art. 98, terzo comma, Cost. ha demandato al legislatore ordinario la facoltà di stabilire «limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati» (nonché per le altre categorie di funzionari pubblici ivi contemplate: «i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero»). La Costituzione, quindi, se non impone, tuttavia consente che il legislatore ordinario introduca, a tutela e salvaguardia dell'imparzialità e dell'indipendenza dell'ordine giudiziario, il divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati: quindi, 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.”

Se, dunque, il diritto di manifestazione politica è garantito anche ai magistrati, rappresenta bene costituzionale di maggiore rilievo l'imparzialità ed indipendenza che sempre, in ogni segmento di vita anche non professionale, deve caratterizzare la figura del magistrato il quale chiamato al giudizio, in base alle funzioni svolte, del cittadino deve godere da parte di costui della massima fiducia e considerazione onde non inficiare il predetto giudizio di parzialità dettate da interessi perseguiti da movimenti politici ufficiali e non.

Non può , pertanto essere tacciata di profili di incostituzionalità la legge che conformemente al dettato costituzionale preveda limitazioni a tal riguardo , in quanto l'art. 98 comma III Cost. ne prevede espressamente la fattuale possibilità.

Non solo , ma i giudici costituzionali ampliano i concetti onde rafforzare la tesi della prevalenza dell'imparzialità ed indipendenza , tracciando una motivazione che ritiene rientrante nel concetto di attività politica : *“.....ed è parimenti precluso al magistrato, l'organico schieramento con una delle parti politiche in gioco, essendo anch'esso suscettibile, al pari dell'iscrizione, di condizionare l'esercizio indipendente ed imparziale delle funzioni e di comprometterne l'immagine.”*

L'assunto viene , inoltre , corredato di un'ulteriore estensione coinvolgendo non solo la vita del magistrato *da semplice cittadino* ma anche nel momento in cui egli sia collocato *fuori ruolo* : *“Non è ravvisabile, pertanto, alcuna violazione dei parametri costituzionali invocati dal giudice rimettente, perché, nel disegno costituzionale, l'estraneità del magistrato alla politica dei partiti e dei suoi metodi è 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.*

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

Quel che rileva in questa sede si individua nella chiara indicazione della Corte delle leggi che per attività politica non deve essere intesa quell'adesione agli obiettivi di un partito ufficiale bensì a qualsiasi attività svolta in merito alle vicende del paese in generale.

La Corte , infine , esclude qualsivoglia profilo di incostituzionalità ritenendo legittimo e conforme a costituzione lo sbarramento posto dall'art. 3 comma I lett. h) del D.Lgs. n.°109/2006 , chiarendo , come sopra visto , che l'immagine che il magistrato deve dare di sé corrisponda sempre e comunque a canoni di imparzialità ed indipendenza scevro dal perseguimento di interessi politici *siano essi legati o meno a partiti di carattere parlamentare.*

- *La sentenza SS.UU. civili e la successiva riforma dell'ordinamento giudiziario Bonafede-Cartabia.*

I chiari concetti espressi dalla Consulta erano successivamente ripresi dalla S.c.¹³, la quale però a differenza dei giudici costituzionali poneva un distinguo di particolare rilevanza che, a parere dello scrivente, non si riscontrava pienamente nelle decisioni di legittimità costituzionale esaminate.

Sin da ora, va precisato che la sentenza interveniva in vigenza del decreto legislativo n.°109/2006 e dalla legge n.° 269/2006, i quali prevedevano *il rientro in magistratura con titolarità di funzioni requirenti o giudicanti a seguito dell'esperienza politica parlamentare-consiliare oppure di governo locale o nazionale.*

Il massimo consenso giurisprudenziale ribadiva la assoluta preminenza dei principi di imparzialità, indipendenza e terzietà della magistratura dei quali deve permearsi ogni magistrato.

Tali criteri devono ispirarlo nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e extra-giudiziarie, *come regola deontologica sempre immanente* onde rafforzare quel senso di fiducia che la generalità dei cittadini deve riporre nella persona chiamata ad esprimere giudizi sui comportamenti altrui e sulle situazioni di vita che li riguardano.

Al contempo i diritti politici del magistrato devono essere garantiti così come anche il diritto di elettorato passivo, ma in ogni caso, regolati *con alcune limitazioni in virtù delle importanti funzioni svolte.*

Ne consegue, secondo l'adito consenso giurisprudenziale, che costituisca illecito disciplinare la formale iscrizione ad un partito politico e la sistematica e continuativa partecipazione politica di un partito, pur potendosi candidare nelle liste di un partito, svolgere funzioni di deputato, senatore, ministro, sottosegretario, consigliere regionale o comunale, finanche attività e funzioni di governo nazionale, regionale o locale in qualità di assessore senza incorrere nella sistematica e continuativa partecipazione politica di un partito.

Non occorre un particolare sforzo per concludere che l'assunto caldeggiato dalle SS.UU. civili costituisse una soluzione di natura strettamente politica finalizzata a salvaguardare una prerogativa ed un privilegio della categoria, contraddistinta da un *evidente paradosso non soltanto sul piano formale ma anche e soprattutto sostanziale*

¹³ Cassazione civile SS.UU. sentenza n.° 8906 del 14 maggio 2020.

per evidenti ragioni che possiamo così riassumere : *non ben si comprende come le funzioni di natura politica svolte da un magistrato eletto o nominato potessero discostarsi dalle finalità politiche del partito con il quale si è stati eletti oppure nominati ad un determinato incarico di governo.*

La funzione politica , ora come allora , svolta da un appartenente alla magistratura deve giocoforza connaturarsi con il programma politico del partito che lo candida oppure nomina ad un incarico governativo nazionale o locale , deve presupporre inevitabilmente una fattiva e continuativa partecipazione sia essa in sede di candidatura o successivamente in sede di svolgimento della funzione politica : la scelta decisiva ed interpretativa della S.c. non può essere condivisa per evidenti illogicità e contraddittorietà di principio e di carattere empirico.

La sentenza poi , poneva un distinguo tra politica di appartenenza partitica e politica ideologica.

Mentre la prima costituirebbe un palese illecito disciplinare legato ad una circostanza oggettiva , la seconda sarebbe costituzionalmente garantita non potendosi negare il diritto di nutrire un'idea politica e manifestarla *con modalità contenute* in ragione delle funzioni giudiziarie svolte in precedenza oppure in futuro ; pertanto , solo la valutazione in punto di fatto da parte del Consiglio superiore della magistratura poteva verificare la eventuale violazione disciplinare.

Anche questo segmento motivazionale lascia più che perplessi ; pur ammettendosi che sia possibile una partecipazione politica non partitica secondo i dettami contenuti nella sentenza *de qua* , senza quindi condivisione di programmi , idee e conseguenti provvedimenti legislativi , ci si chiede come sia fattibile la manifestazione di un'idea o ideologia politica relativa alle vicende ed alla vita generale del paese così provando , e talvolta riuscendovi , ad indirizzare e determinare le sorti della nazione senza pregiudicare l'indipendenza ed imparzialità della funzione giudiziaria.

In una parola , *attesa la possibilità al momento dell'emanazione della sentenza di rientrare nelle funzioni giudiziarie dopo l'esperienza politica* , come avrebbe potuto conciliarsi l'emanazione di una legge promossa e caldeggiata da parte di un magistrato con la successiva applicazione della stessa da parte del medesimo.

Il caso sopra citato semplifica la *quaestio* , ma si potrebbe anche più semplicemente ritenere il caso di una legge caldeggiata e promossa da un magistrato , ma poi non approvata , sostitutiva di una precedente sui medesimi casi ; a fronte della mancata sostituzione-abrogazione ci si chiede quale potrebbe essere *la linea interpretativa e quindi applicativa del magistrato in un caso sottoposto al suo giudizio.*

Possiamo , pertanto , concludere che la linea nomofilattica sposata dal massimo consesso giurisprudenziale *contrastasse palesemente con il principio di separazione*

dei poteri dello stato , consentendo la concentrazione della titolarità di due poteri ben distinti e separati in un unico organo istituzionale.

Proprio per ovviare a tale disfunzione costituzionale , nel 2022 è stata promulgata la legge Cartabia-Bonafede¹⁴ che ha disciplinato , modificando l'ordinamento giudiziario , l'esercizio dei diritti politici del magistrato.

Con la citata legge si è stabilito che i magistrati che abbiano avuto accesso a funzioni di natura politica elettive o nominative non possano , esaurito l'incarico governativo o mandato elettivo , esercitare la funzione giudiziaria giudicante o inquirente.

Sia nella fase di candidatura che in quella di esercizio politico , comprensiva anche dell'espletamento di funzioni per effetto di nomina , sia a livello locale che nazionale *il magistrato deve essere collocato in aspettativa , quindi fuori ruolo.*

Sono previste delle incompatibilità e più precisamente l'ineleggibilità per i magistrati che hanno prestato *nei tre anni precedenti* la data di accettazione della candidatura, presso sedi o uffici giudiziari con competenza ricadente, in tutto o in parte, nella regione nella quale è compresa la circoscrizione elettorale ; non sono, altresì, eleggibili alla carica di sindaco o di consigliere comunale se prestano servizio, o lo hanno prestato *nei tre anni precedenti la data di accettazione della candidatura*, presso sedi o uffici giudiziari con competenza ricadente, in tutto o in parte, nel territorio della provincia in cui è compreso il comune, o in province limitrofe.

Nei casi di magistrati già *fuori ruolo non a fini elettorali* oppure espletanti funzione giudiziaria *in ambito nazionale* senza limitazioni territoriali legati alla competenza circondariale o distrettuale , quali i magistrati esercitanti presso le giurisdizioni superiori , si ha riguardo alla sede o all'ufficio giudiziario in cui hanno prestato servizio *prima* del trasferimento presso le giurisdizioni superiori o *prima* della collocazione fuori ruolo.

Sono incandidabili e non possono assumere cariche politiche nominative , i magistrati *che sono componenti del Consiglio superiore della magistratura o lo sono stati nei due anni precedenti.*

Quanto *al rientro in magistratura dopo l'espletamento della funzione politica* , la legge prevede limitazioni dettate dall'esigenza di scongiurare una concentrazione di poteri dello stato , legislativo e giudiziario , nella titolarità della medesima categoria istituzionale.

¹⁴ Legge n.° 71 del 17 giugno 2022 , la quale prende ispirazione dal disegno di legge proposto dall'allora Ministro della giustizia Bonafede , disegno di legge C/ 2681 presentato il 28 settembre del 2020 durante il governo Conte bis: , ma verrà promulgata soltanto tempo dopo , in vigenza del governo Draghi con a capo del Ministero della giustizia la dott.ssa Cartabia.

I magistrati che siano stati eletti , al termine del mandato , sono collocati fuori ruolo e quindi non esercitanti alcuna funzione inquirente oppure giudicante.

Salvo che non sia stata raggiunta l'età pensionabile, la carriera dei magistrati prosegue o con un collocamento *fuori ruolo* presso il Ministero della Giustizia (o, per gli appartenenti alla giurisdizione amministrativa e contabile, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri) , l'Avvocatura dello Stato o altre amministrazioni senza creare posizioni soprannumerarie o *rientrando in ruolo, con l'assegnazione ad attività non direttamente giudiziarie.*

Diversa la disciplina che riguarda i magistrati *nominati* ad incarichi politici , prescindendo dalla candidatura elettiva.

L'art. 20 al comma I recita : ” . *I magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari collocati fuori ruolo per l'assunzione di incarichi di capo e di vice-capo dell'ufficio di gabinetto, di Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri e dei Ministeri, di capo e di vice-capo di dipartimento presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e i Ministeri, nonché presso i consigli e le giunte regionali, per un periodo di un anno decorrente dalla data di cessazione dall'incarico, restano collocati fuori ruolo, in ruolo non apicale, presso il Ministero di appartenenza o presso l'Avvocatura dello Stato o presso altre amministrazioni senza che ne derivino posizioni soprannumerarie, ovvero, per i magistrati amministrativi e contabili, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. In alternativa, essi possono essere ricollocati in ruolo e destinati dai rispettivi organi di autogoverno allo svolgimento di attività non giurisdizionali, né giudicanti né requirenti, fermo restando il rispetto delle norme ordinamentali che disciplinano l'accesso a tali specifiche funzioni. Per un ulteriore periodo di tre anni i magistrati di cui al primo periodo non possono assumere incarichi direttivi e semidirettivi.*”

Dunque , nei suindicati casi di svolgimento di *attività politica governativa* sia nazionale che locale , la conseguente assegnazione fuori ruolo *ha la durata di un anno.*

Nel caso di altra attività politico-governativa , e più in particolare l'aver assunto la carica di componente del Governo nazionale , di assessore nelle giunte delle regioni o delle province autonome di Trento e di Bolzano, o di assessore comunale, al termine del mandato, qualora non abbiano già maturato l'età per il pensionamento obbligatorio, sono collocati fuori ruolo ovvero sono ricollocati in ruolo e destinati dai rispettivi organi di autogoverno allo svolgimento di attività non direttamente giurisdizionali, né giudicanti né requirenti.

La normativa fa conseguire all'incarico politico *di natura elettiva* oppure di natura nominativa-governativa la collocazione fuori ruolo oppure in ruolo senza titolarità di funzioni giudiziarie giudicanti o requirenti con eccezioni per incarichi governativi previsti dall'art. 20.

Relativamente , invece , ai *magistrati candidati ma non eletti* , è previsto che *non* possono essere ricollocati in ruolo con assegnazione a un ufficio avente competenza in tutto o in parte sul territorio di una regione compresa in tutto o in parte *nella circoscrizione elettorale in cui hanno presentato la candidatura*, né possono essere ricollocati in ruolo con assegnazione a un ufficio ubicato nella regione nel cui territorio ricade il distretto nel quale esercitavano le funzioni al momento della candidatura , *per un limitato tempo pari a tre anni*.

La norma prevede che non possa mai essere assegnato alle funzioni di giudice per le indagini preliminari o dell'udienza preliminare o alle funzioni di pubblico ministero

I magistrati in servizio presso le giurisdizioni superiori o presso gli uffici giudiziari con competenza territoriale a carattere nazionale , *candidatisi ma non eletti* , a seguito del ricollocamento in ruolo sono destinati dai rispettivi organi di autogoverno *allo svolgimento di attività non direttamente giudiziarie , né giudicanti né requirenti*.

Riteniamo che tale disposizione non colga nel segno relativamente sia al dato temporale fissato dalla norma dell'ordinamento giudiziario , che al distinguo posto rispetto ai magistrati delle giurisdizioni superiori ; difatti se è vero che quest'ultimi potrebbero essere incompatibili con i principi di imparzialità e terzietà nel valutare la posizione processuale di un avversario politico o persona ad esso vicino non molto diversa è la posizione del magistrato con competenza territoriale *non nazionale* ; la possibilità pratica e concreta di valutazione di un avversario politico spettante al magistrato delle giurisdizioni superiori non risulta molto diversa dalla percentuale statistica che un magistrato ordinario con competenza territoriale non nazionale possa valutare la posizione di un avversario politico residente in altro territorio e cioè nella zona diversa dall'ambito territoriale della circoscrizione elettorale.

Nemmeno l'assegnazione in ambiti territoriali diversi dalla circoscrizione elettorale e da quello in cui esercitavano prima della candidatura per il limitato periodo di tre anni soddisfa a pieno l'esigenza di garantire l'imparzialità ed obiettività di giudizio , ma costituisce soltanto un paleativo in grado di rendere più scemata la *vis* della competizione elettorale , ma non in grado di escludere tale disfunzione di carattere costituzionale.

Se pur non esercitanti funzioni di natura politica in ragione della mancata elezione , la norma sottovaluta il *dibattito elettorale* che può aver coinvolto il candidato-magistrato , talvolta acceso e caratterizzato anche da accuse di natura personale o caratteriale o relative ad episodi della vita pregressa alla candidatura.

Se l'infuocata competizione elettorale può essere compresa , ciò che sfugge allo scrivente consta nella titolarità di funzioni giudiziarie spettanti al candidato non eletto , successiva al dibattito elettorale.

In tali casi dubitiamo che l'imparzialità , l'indipendenza e la terzietà di valutazione avente ad oggetto il candidato avverso o persona strettamente legata a questi possa sussistere , ma non certo per un dolo intenzionale ma anche e soprattutto per le peculiarità della natura umana che , in quanto tale , contraddistingue anche la persona magistrato.

Ora , è pur vero che sussiste una incompatibilità territoriale per cui non possono essere assegnati nel territorio di cui alla circoscrizione elettorale , e questa circostanza riduce i margini di verifica dell'eventualità proposta in questa sede , *ma non la esclude*.

Pertanto , riteniamo che una integrale assegnazione fuori ruolo con esclusione di compiti strettamente giudiziari anche per i magistrati candidati non eletti potrebbe essere la soluzione ottimale.

Non deve essere , difatti , sottovalutato il pregiudizio oggettivo per l'imparzialità e terzietà del magistrato nella sua manifestazione del pensiero politico in sede di campagna elettorale tale da renderlo suscettibile di un preconcetto da parte dei suoi consociati sottoposti al suo giudizio sia nella funzione giudicante che requirente.

Ne consegue che riteniamo la possibilità di una *collocazione fuori ruolo soltanto per la durata di tre anni per i candidati non eletti* , un'evidente paradosso in grado di attenuare ma non elidere il pregiudizio all'imparzialità ed indipendenza del magistrato in un giudizio nel quale l'imputato sia un candidato di altra appartenenza politica.

- *Considerazioni conclusive.*

Fa d'uopo , infine , qualche considerazione conclusiva sul tema trattato.

Come si evince anche dalla lettura delle due sentenze della Corte costituzionale esaminate , l'ordinamento giudiziario ha sempre caldeggiato un contegno del magistrato che fosse speculare a criteri ragionevoli di affidabilità ed imparzialità onde ispirare nei consociati quella *imprescindibile fiducia* rappresentante una delle fondamenta reggenti uno stato di diritto.

Anche la sentenza della Corte costituzionale del 2018¹⁵ ha confermato l'orientamento tracciato in precedenza , garantendo il diritto di manifestazione politica al magistrato pur contenuto nei limiti di un equilibrio attestante indipendenza , terzietà , obiettività e imparzialità che non possono non caratterizzare ogni suo comportamento di rilevanza pubblica.

“Questa Corte ha già affermato che, in linea generale, i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino, ma ha al contempo precisato che le funzioni esercitate e la qualifica rivestita dai magistrati non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale, al fine di stabilire i limiti che possono essere opposti all'esercizio di quei diritti (sentenze n. 224 del 2009 e n. 100 del 1981). Tali limiti sono giustificati sia dalla particolare qualità e delicatezza delle funzioni giudiziarie, sia dai principi costituzionali di indipendenza e imparzialità (artt. 101, secondo comma, 104, primo comma, e 108, secondo comma, Cost.) che le caratterizzano. I principi costituzionali appena richiamati, del resto, vanno tutelati non solo con specifico riferimento all'esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche quali criteri ispiratori di regole deontologiche da osservarsi in ogni comportamento di rilievo pubblico, al fine di evitare che dell'indipendenza e imparzialità dei magistrati i cittadini possano fondatamente dubitare. Il rapporto tra titolarità, da un lato, e ampiezza e giustificazione dei limiti opponibili all'esercizio dei diritti fondamentali dei magistrati, dall'altro, si pone secondo modalità particolari per i diritti fondamentali di natura politica, dei quali è questione nel giudizio a quo. In tale materia, la Costituzione, all'art. 98, terzo comma, demanda al legislatore la facoltà di bilanciare la libertà di associarsi in partiti, tutelata dall'art. 49 Cost., con l'esigenza di assicurare l'indipendenza dei magistrati (nonché di alcune altre categorie di funzionari pubblici). E se tale facoltà viene utilizzata, come è accaduto, il bilanciamento deve essere condotto secondo un preciso obbiettivo, cioè quello di impedire i condizionamenti all'attività giudiziaria che potrebbero derivare dal legame stabile che i magistrati contrarrebbero iscrivendosi ad un partito o partecipando in misura significativa alla sua attività. Questo è il senso della facoltà di stabilire con legge limitazioni al diritto dei magistrati d'isciversi a partiti politici. La Costituzione, in tal modo, mostra il proprio sfavore nei confronti di attività o comportamenti idonei a creare tra i magistrati e i soggetti politici legami di natura stabile, nonché manifesti all'opinione pubblica, con conseguente compromissione, oltre che dell'indipendenza e dell'imparzialità, anche della apparenza di queste ultime: sostanza e apparenza di

¹⁵ Corte costituzionale sentenza n.° 170 del 4 luglio 2018 , dep. In data 20/07/2018 , con la quale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lettera h), del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, recante «Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150», nel testo sostituito dall'art. 1, comma 3, lettera d), numero 2), della legge 24 ottobre 2006, n. 269 (Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario), sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 18, 49 e 98 della Costituzione, dalla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura.

principi posti alla base della fiducia di cui deve godere l'ordine giudiziario in una società democratica. Quale risultato dell'esercizio, da parte del legislatore, della facoltà demandatagli dall'art. 98, terzo comma, Cost., la disposizione censurata stabilisce, dunque, che costituisce illecito disciplinare per i magistrati l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici. Questa specifica scelta legislativa, all'esito del bilanciamento che la Costituzione impone tra titolarità, da parte dei magistrati, di tutti i diritti fondamentali, da una parte, e tutela dei principi di indipendenza ed imparzialità, dall'altra, non impedisce peraltro di riconoscere (sentenza n. 224 del 2009) che il cittadino-magistrato gode certamente dei diritti fondamentali di cui agli artt. 17, 18 e 21 Cost. L'esercizio di questi ultimi diritti gli consente di manifestare legittimamente le proprie idee, anche di natura politica, a condizione che ciò avvenga con l'equilibrio e la misura che non possono non caratterizzare ogni suo comportamento di rilevanza pubblica.”

Nei predetti criteri non v'è chi non riscontri buon senso e ragionevolezza.

Del resto il vigente art. 1 del D. Lgs. n.°109/2006 , ricalcando i criteri dettati dalla Consulta , recita :” *Il magistrato esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio e rispetta la dignità della persona nell'esercizio delle funzioni.*”

L'immagine che un operatore di giustizia deve sempre e comunque dare di sé stesso si concretizza in una persona equilibrata , dotata di moderazione e ponderazione , ispirata ad un modello di giudizio anche severo ma attento alle risultanze probatorie e soprattutto scevro ed indenne da condizionamenti di sorta o pregiudizi.

Soltanto un giudizio sorretto da tali criteri può essere serenamente accettato dai consociati ed ispirare quella necessaria fiducia nel suo operato.

A ciò si aggiunga come una persona chiamata ad esprimere giudizi e valutazioni attinenti indubbiamente ai fatti di causa ma anche di produrre conseguenze incidenti , eccome , sul senso dell'onore , del pudore , sul prestigio e la reputazione riflessa sui consociati , sull'etica e la morale personale della persona coinvolta nel processo , deve oggettivamente possedere ed ancorchè *mostrare di avere con il suo contegno uno spessore etico e morale che lo legittimi , prima ancora del superamento del concorso pubblico , dell'uditorato giudiziario e della presa di funzioni , a sentirsi nella posizione ottimale per poter esprimere una giudizio attinente anche a valori sociali , oltre che giuridici.*

Colgono nel segno pertanto , a parere dello scrivente , le indicazioni normative insite nell'ordinamento giudiziario che la Corte costituzionale ha giudicati conformi al dettato costituzionale come anche l'interpretazione costituzionale fornita dai giudici della Consulta che individuano nel *magistrato equidistante ed imparziale alle vicende*

politiche del paese , il prototipo del giudice o pubblico ministero degno della considerazione dei cittadini.

Negli ultimi trent'anni , in vero , non sempre tale contegno è stato adottato dalla categoria , e per quanto sia odioso citarne episodi , appare necessario onde dimostrare come una gravissima disfunzione e violazione del principio di separazione dei poteri dello stato si sia concretizzata.

A partire dalla dichiarazione del dott. Di Pietro¹⁶ del pool Mani-pulite di Milano che indusse il Parlamento a non convertire il decreto-legge a firma del Ministro della giustizia Alfredo Biondi (decreto legge n. 440 del 14 luglio 1994) , passando per la dichiarazione fatta all'inaugurazione dell'anno giudiziario nel 2002 dal Procuratore generale presso la Corte di appello di Milano dott. Borrelli¹⁷ contro le riforme attuate dal governo Berlusconi ; non meno rilevanti le dichiarazioni rese dall'allora presidente dell'associazione nazionale magistrati dott. Davigo¹⁸ nell'anno 2016 sulla classe politica in generale , *per finire alle vicende più recenti in tema di separazione delle funzioni giudiziarie.*

Da circa un anno , la categoria dei magistrati ed il presidente dell'Anm dott. Parodi si animano in un dibattito pubblico sull'illegittimità costituzionale della riforma costituzionale , assumendo che la stessa minerebbe l'autonomia ed indipendenza della magistratura , costituendo un primo passo verso la sottoposizione dell'ufficio della pubblica accusa al potere politico ed inoltre non velocizzerebbe lo svolgimento dei processi , interesse particolarmente sentito dalla generalità dei cittadini.

¹⁶ *"Fino ad oggi abbiamo pensato che il nostro lavoro potesse servire a ridurre l'illegalità nella società. Per questo abbiamo lavorato intensamente per servire fino in fondo il paese, convinti che la necessità di far osservare la legge nei confronti di tutti fosse generalmente condivisa.*

L'odierno decreto legge, a nostro giudizio, non consente più di affrontare efficacemente i delitti su cui abbiamo finora investigato. Infatti persone raggiunte da schiacciante prove in orde a grave fatti di corruzione non potranno essere associate al carcere neppure per evitare che continuino a delinquere o a tramare per impedire la scoperta dei precedenti misfatti, talora persino comprando gli uomini a cui avevamo affidato indagini nei loro confronti.

Come magistrati abbiamo applicato e applicheremo le leggi quali che esse siano. Pertanto, come prescritto dal decreto legge, abbiamo chiesto all'Ufficio del giudice per le indagini preliminari di sostituire la custodia in carcere nei confronti di tutte le persone detenute nell'ambito delle indagini c.d. "mani pulite".

Tuttavia, quando la legge, per le evidenti disparità di trattamento, contrasta con i sentimenti di giustizia e di equità, diviene molto difficile compiere il proprio dovere senza sentirsi strumento di ingiustizia.

Abbiamo pertanto informato il Procuratore della Repubblica della nostra determinazione di chiedere al più presto l'assegnazione ad altro e diverso incarico, nel cui espletamento non sia stridente il contrasto fra ciò che la coscienza avverte e ciò che la legge impone." Milano 14 luglio 1994 , firmato : Antonio Di Pietro , Piercamillo Davigo , Francesco Greco , Gherardo Colombo.

¹⁷ Il riferimento è al discorso proplatato dal Procuratore generale all'inaugurazione dell'anno giudiziario nell'anno 2002 nel corso del quale facendo riferimento alle riforme attuate dal governo presieduto da Berlusconi invitò tutti a *"Resistere , resistere , resistere"*.

¹⁸ Il riferimento è alla dichiarazione *"I politici continuano a rubare , ma non si vergognano."*

Senza ripeterci , *rimandiamo a quanto già scritto*¹⁹ tempo fa sull'infondatezza delle critiche svolte dalla magistratura.

Ciò che rileva in questa sede è se l'attività politica svolta dalla magistratura sia costituzionalmente legittima e che lo sia anche sul piano delle norme ordinarie.

Per quanto concerne queste ultime la interpretazione della Corte costituzionale ha chiarito , se mai ve ne fosse stato bisogno , i concetti di attività politica *non limitandola all'iscrizione ad un partito politico , sia esso rappresentato in Parlamento o meno* , ma individuandola nell'esercizio di attività politica , intesa come funzione di indirizzo politico e manifestazione di idee sui nuclei centrali della vita del paese in generale , che può e deve essere limitata in considerazione dei superiori beni dell'imparzialità ed indipendenza di cui i consociati devono essere ben convinti onde riporre massima fiducia nel giudizio espresso dalla categoria magistrati.

L'estensione effettuata dalla Consulta in merito alla manifestazione di un'idea politica da parte di un magistrato lo involge *nell'esercizio delle funzioni e da semplice cittadino* , sia esso collocato *in ruolo oppure fuori ruolo* : l'immagine e la considerazione dei consociati devono fondarsi sull'imparzialità di espressioni di natura politica.

E ciò , tanto più che il giudice è titolare di un diritto nomofilattico della norma da applicarsi al caso concreto , che lo rende , di fatto , *un "legislatore sul campo"*.

Del resto , non riteniamo che il creatore del c.d. "*diritto vivente*" , frutto della nomofilachia giurisprudenziale , possa fa confluire in sé anche la titolarità di un contributo critico ad una legge promulgata ed efficace , sia esso di natura costruttiva oppure abrogativa o modificatrice.

Ne consegue che l'espressione legislativa inserita nell'art. 3 comma I lett. h) del D Lgs. n.° 109/2006 e cioè "*la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici*" , si concretizzi nella partecipazione alla vita politica del paese ben manifestata in sede pubblica.

Fa d'uopo anche prendere in considerazione quanto previsto dalla citata norma alla lettera i).

Secondo la lettera della norma costituisce illecito disciplinare "*l'uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste.*".

Ora , non v'è dubbio che un magistrato sia innanzitutto un giurista e che , in quanto tale , abbia una competenza e qualifica onde esprimere un giudizio di valore o disvalore

¹⁹ Vedi Il processo digitale "*La riforma costituzionale in tema di separazione delle funzioni giudiziarie.*", pubblicato nel febbraio 2025 , già in nota (1).

su qualsiasi fattispecie di natura giuridica ; e che tale giudizio rappresenti una forma di espressione tecnica e competente , non può essere messo in dubbio.

Se l'attività politica vede quale massima espressione la formazione di leggi aventi lo scopo realizzativo degli interessi del paese , e tale potere è attribuito dalla Carta costituzionale al Parlamento ed in linea subordinata , secondo i canoni previsti dalla Costituzione , al Governo , non pare esservi dubbio alcuno che una critica negativa espressa su un provvedimento legislativo costituisca un'ingerenza da parte della magistratura in una funzione-potere dello stato appartenente ad altra istituzione costituzionale tale da poter essere definito un condizionamento.

Altro è coinvolgere la magistratura nella redazione e formazione di una legge relativa all'andamento ed al funzionamento del processo oppure di una legge sostanziale , tutt'altro è esprimere una critica negativa su un provvedimento legislativo emesso in relazione al funzionamento del processo.

In tal modo , appare chiaro come tale azione costituisca un'ingerenza in una funzione dello stato di cui la magistratura non risulta costituzionalmente titolare.

Considerato che il predetto debordamento incide sull'esercizio di una funzione costituzionalmente prevista , riteniamo che una tale attività politica integri , quanto meno , un illecito disciplinare ai sensi dell'art. 3 comma I lett. i) del D Lgs. n.° 109/2006.

La legge Cartabia-Bonafede ha dettato una disciplina più organica , provando ad elidere quei profili di incompatibilità della funzione politica del magistrato con il dovere di imparzialità ed indipendenza nell'esercizio della sua funzione , cristallizzando nella collocazione fuori ruolo , in aspettativa , il presupposto indefettibile onde candidarsi oppure accettare incarichi politici per nomina e stabilendo , al contempo , su larga scala *un rientro in magistratura con funzioni di natura amministrativa e non già giudicante o requirente.*

E ciò a dimostrazione dell'avvertita esigenza da parte del legislatore ordinario di elidere profili di incompatibilità tra l'esercizio della funzione politica e la titolarità del potere giudiziario.

Resta , però , immanente e non risolto dalla citata legge la compatibilità costituzionale dell'esercizio di una funzione politica svolta da magistrati in servizio e non già fuori ruolo e posti in aspettativa come invece imposto ai magistrati nominati ad incarichi politici o candidati ad un consulto elettorale locale oppure nazionale.

In una parola occorre stabilire se la magistratura espletante funzioni giudiziarie possa esercitare organicamente e come categoria una funzione di indirizzo politico verso la generalità dei cittadini.

E cioè , resta da chiedersi se la formazione di un comitato referendario per l'abrogazione della legge di riforma costituzionale sulla separazione delle funzioni giudiziarie , le dichiarazioni pubbliche rese dal dott. Parodi in qualità di presidente dell'associazione nazionale magistrati , lo sciopero attuato dalla categoria in data 27 febbraio 2025 , l'invito indirizzato al dipartimento scolastico della regione Campania al fine di far partecipare gli studenti ad un convegno nel quale sarebbe stato , tra l'altro , anche presentato il comitato per l'abrogazione referendaria , il coinvolgimento di personaggi pubblici anche del mondo dello spettacolo onde sostenere il fondamento delle ragioni caldeggiate dalla magistratura , costituiscano attività politica oppure semplicemente espressione di un pensiero di natura politica fatto con moderazione e contenimento da parte del singolo magistrato in quanto titolare del diritto costituzionale di libertà di espressione e manifestazione politica spettante ad ogni cittadino oppure esercizio di attività politica la cui titolarità costituzionale spetta ad altri organi diversi dalla magistratura.

Il dato è tanto più rilevante in quanto l'attività coinvolge una norma di diritto costituzionale e cioè il quadro normativo rappresentante la principale fonte giuridica del nostro ordinamento.

La Corte costituzionale ha espresso una direttiva di contenimento del contegno del magistrato , sottolineando come l'immagine di imparzialità ed indipendenza con speculare soggezione soltanto alla legge che il magistrato deve dare di sé *uti singuli e come categoria* esercitante una funzione imprescindibile per la vita di uno stato di diritto , impone al *magistrato anche allorquando sia collocato fuori ruolo* al fine di candidarsi , ed anche in qualità di cittadino della Repubblica , un dovere di asetticità e moderazione : ” *I magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, secondo comma, e 104, primo comma, Cost.), debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità.*”

I criteri sanciti dalla Corte delle leggi sono stati *solo in parte* caldeggiati e condivisi dal massimo consesso nomofilattico²⁰ , secondo il quale il dovere di imparzialità ed indipendenza incombe sugli appartenenti all'ordine giudiziario anche in caso di collocazione fuori ruolo a fini di candidatura elettorale poiché il magistrato non cessa mai di essere tale, tant'è che al termine del mandato poteva – *illo tempore* - tornare a esercitare le funzioni giudiziarie.

Può dunque accedere alle cariche elettive solo a determinate condizioni e con modalità tali da non compromettere i beni primari della indipendenza e imparzialità che devono

²⁰ Cassazione civile SS.UU. sentenza n.° 8906 del 14 maggio 2020 , già in nota (13).

essere ben manifesti e quindi percepibili dai consociati onde non pregiudicare quel senso di fiducia nella funzione giudiziaria.

Ma in conclusione le SS.UU. ripartiscono l'aspetto politico della magistratura in *politica partitica e politica delle idee* , ritenendo costituisca illecito disciplinare esclusivamente la prima , ben potendo *il singolo* manifestare idee politiche che non siano finalizzate al prevalere di un partito politico sull'altro.

In via del tutto incidentale , una riflessione critica relativa ad un concetto espresso dalle magistrature superiori ciascuna nel suo ambito funzionale.

In vero , appare allo scrivente estremamente difficile che una candidatura possa manifestarsi in quanto caratterizzata da imparzialità , contenimento e moderazione ; l'essenza della politica consta nella personale determinazione di fare delle scelte , talvolta anche poco condivise o condivisibili , onde offrire un orientamento ed un indirizzo politico agli elettori sulla scorta del quale possano a loro volta decidersi alla scelta di siffatto candidato.

E la candidatura in un dato partito appare quasi incompatibile *senza corredo di una partecipazione sistematica e continuativa* ; per cui la motivazione delle SS.UU. appare poco condivisibile e tutt'al più finalizzata a preservare un privilegio per la categoria.

Prova ne è , che la legge n.° 71/2022 Cartabia-Bonafede ha reciso lo svolgimento di funzioni giudiziarie sia giudicanti che requirenti per i magistrati-politici rientrati nella categoria di appartenenza , limitandola fortemente , ma non come avrebbe dovuto , nei casi di magistrati candidati e non eletti oppure nel caso di magistrati nominati ad incarichi di governo nazionale e locale.

Forse la soluzione preferibile sarebbe stata stabilire la possibilità di candidarsi ed in caso di elezione lasciare definitivamente la magistratura , come anche la possibilità di nomine ad incarichi di governo con conseguente dimissioni dalla categoria magistratura. Ancora sarebbe stata soluzione migliore della vigente il dovere di dimettersi anche soltanto in caso di candidatura elettorale.

Riteniamo che i profili di incompatibilità rimangano fermi , per quanto indubbiamente ridotti , e conseguentemente consideriamo l'abbandono della magistratura quale soluzione migliore.

Se il potere politico si concentra , se pur non è ad esso limitato , nell'emanazione delle leggi riteniamo che costituisca *un debordamento anticonstituzionale* la critica ad esse rivolta e tanto più esercizio di funzione politica la realizzazione di un comitato per l'abrogazione di una legge ed una campagna di carattere nazionale a ciò finalizzata.

Adoperarsi in tali sensi integra pacificamente lo svolgimento di attività politica.

Nulla vieta al singolo magistrato di esprimere pubblicamente un'idea politica ma ciò non è consentito allorquando *la categoria o parte di essa manifesti organicamente un'idea politica finalizzata all'abrogazione di una legge di rango costituzionale , allorquando si sia ancora in pieno organico esercitando le funzioni giudiziarie.*

Ritenere il contrario violerebbe il principio di separazione dei poteri dello stato , l'autonomia della magistratura , la soggezione soltanto alla legge della stessa categoria ; salvo che non gli si voglia attribuire non soltanto una soggezione esclusiva alla legge ma anche il potere e la titolarità di formare , approvare oppure far abrogare una legge , perché nell'esercizio di queste funzioni attribuite dalla Carta costituzionale ad altri organi dello stato lo scrivente non vede alcun principio di separazione dei poteri bensì una concentrazione di due fondamentali poteri in capo alla sola categoria dei magistrati.

La magistratura è soggetta soltanto alla legge ma non può e non deve attivarsi per la formazione o l'abrogazione di una legge bensì prenderne coscienza quale atto principe in cui si esercita la funzione legislativa ad essa sottratta secondo il principio di separazione dei poteri dello stato.

Nemmeno è sostenibile che tale limitazione costituisca una discriminazione di natura funzionale *riservata soltanto alla categoria dei magistrati* in quanto i divieti di iscrizione a partiti politici e l'adesione continuativa ad attività politiche coinvolge anche altre categorie di dipendenti statali quali i *militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia , i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero.*

Se , dunque , la magistratura indossando la toga con la coccarda si è autoproclamata tutrice dalla Costituzione dovrebbe considerare e fare una riflessione anche su questo aspetto esaminato , perché in caso contrario non si coglie alcuna tutela della *Magna Charta* ma , eccome , la violazione del pilastro centrale dell'ordinamento democratico su cui essa si fonda unitamente alla tutela dei diritti fondamentali della persona.

Avv. Antonio Fusco

Foro di Napoli