

L'incandidabilità del magistrato: profili di legittimità costituzionale e questioni di opportunità politica *

di Giuseppe Eduardo Polizzi **
(26 marzo 2019)

SOMMARIO: 1. Magistratura e politica: un “classico del diritto costituzionale”. – 2. L’aspettativa per candidatura politica. – 3. L’incandidabilità: l’intento perseguito dal Legislatore. 3.1. - In ordine alla compatibilità costituzionale. – 3.2. ... e all’opportunità sul piano della politica del diritto. – 4. I «contatti di varia natura con la vita di partito» e il rischio di rapporti occulti alla luce del divieto di iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa.

1. Magistratura e politica: un “classico” del diritto costituzionale.

La XVII Legislatura si è conclusa senza che fosse approvata la proposta di legge C-2188 in materia di candidabilità, eleggibilità, e rientro dopo gli incarichi di governo ed elettivi dei magistrati¹, sebbene fosse stata oggetto di una lunga *navette* tra Camera dei deputati e Senato della Repubblica² e il dibattito parlamentare fosse qualificato da un clima di consenso *bipartisan*.

Pare interessante riprenderne i contenuti perché da un canto i programmi elettorali del Movimento 5 Stelle³ e della Lega⁴ e d’altro canto i punti del contratto del governo “giallo

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 Cfr. progetto di legge C-2188, *Disposizioni in materia di candidabilità eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale e negli enti territoriali. Modifiche alla disciplina in materia di astensione e ricusazione dei giudici*, d’iniziativa dei senatori Palma (Forza Italia – Il Popolo della libertà, avvocato e magistrato); Zanettin (ex PDL dal 25 settembre 2014 eletto come membro laico del CSM); Dalla Tor (FI); Piccoli (FI); Conte (FI); Sacconi (NCD-UDC); Marin (FI); Barani (GAL); Casson (ex PD poi Art. 1 MDP- magistrato); Chiti (PD); Cirinnà (PD); Cuomo (PD); S. Esposito (PD); Pagliari (PD); Pezzopane (PD); Sollo (PD); Caliendo (FI – magistrato); Colucci (NCD-UDC); Compagna (ex NCD-UDC poi GAL); D’ambrosio Lettieri (ex PDL poi Conservatori e riformisti); Mandelli (FI); Mussolini (FI); Rizzotti (FI); Torrisi (NCD); Tarquinio (ex FI e poi Conservatori e riformisti).

2 Il pdl C-2188 era dapprima approvato in Senato (marzo 2014), successivamente trasmesso alla Camera dei deputati e modificato dalle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia in sede referente con alcune importanti modifiche (marzo 2017).

3 M5S, *Programma nazionale, Magistratura e politica separazione dei poteri*, 5: «Riteniamo sia altresì fondamentale che fra giustizia e politica non ci sia alcun tipo di contaminazione. Si tratta di funzioni che devono restare differenti e che competono ai poteri autonomi dello Stato: ogni tipo di sovrapposizione rischia di produrre effetti che si riflettono inevitabilmente sul “funzionamento” della nostra democrazia. La giustizia non può e non deve avere un colore. Un magistrato che, legittimamente, viene eletto all’interno delle istituzioni, si schiera necessariamente con una parte politica; egli non è più arbitro ma giocatore in campo. Qualora un magistrato decida di intraprendere una carriera politica, deve essere consapevole del fatto che non potrà mai più tornare a vestire la toga in quanto non apparirebbe più imparziale agli occhi del cittadino (le sue funzioni potranno dunque essere amministrative). Questa regola garantisce la certezza che, all’interno della magistratura, non ci siano esitazioni e ombre nell’affrontare casi che vedono coinvolti rappresentanti della politica. Un magistrato che si dovesse trovare a giudicare politici che hanno militato con lui o contro di lui, non sarebbe mai percepito come “giudice terzo”».

4 LEGA, *Elezioni 2018, Programma di governo, Giustizia, Magistratura e Tribunali*, 31: «[...] Incompatibilità tra la permanenza nell’ordine giudiziario e l’assunzione di incarichi elettivi, e ciò al fine di rendere credibile l’indipendenza e l’imparzialità di chi esercita le funzioni giudiziarie in modo che il magistrato che assume incarichi politici ed elettivi non possa più rientrare nella magistratura».

verde⁵, esprimono un chiaro indirizzo politico verso regole più severe per l'elezione del magistrato al Parlamento; tale quadro induce dunque alla disamina del testo i cui temi *mutatis mutandis* potrebbero presto tornare nel dibattito politico-parlamentare. Ciò in un contesto ove modesto è l'impatto "numerico" dei magistrati-parlamentari: basti ricordare che gli eletti al Parlamento nella XVIII Legislatura sono appena due⁶.

Nondimeno il tema è foriero di un dibattito che affonda le radici sin dall'Unità d'Italia⁷, e coinvolge gli elementi essenziali del sistema repubblicano: quali la libertà del voto, l'indipendenza e l'imparzialità della magistratura, più ampiamente la separazione dei poteri.

Delle materie trattate dal progetto di legge testè indicato, una si distingue per l'assoluta novità rispetto la disciplina vigente: l'incandidabilità del magistrato.

La disamina si concentrerà quindi su tal istituto limitatamente ad alcuni profili di compatibilità costituzionale e a qualche considerazione di opportunità politica, muovendo dall'aspettativa per candidatura politica per giungere, infine, a modeste conclusioni sulla "coerenza" della disciplina, alla luce del divieto per i magistrati di iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa alla vita di partito⁸.

5 M5S- LEGA, *Contratto per il governo del cambiamento*, 12, *Giustizia rapida ed efficiente, Area Magistratura e tribunali*, 22, secondo cpv.: «A tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità del potere autonomo della magistratura, la funzione giudiziaria e quella parlamentare debbono rimanere separate tra loro. Il magistrato che vorrà intraprendere una carriera politica deve essere consapevole del fatto che, una volta eletto, non potrà tornare a vestire la toga».

6 C. M. Ferri, Camera dei deputati, PD, sconfitto al collegio uninominale di Massa Carrara, è risultato eletto nel collegio di Arezzo-Siena in quanto capolista del "listino bloccato" previsto dall'*Italicum*. Già componente togato del CSM (2006-2010); segretario generale di Magistratura Indipendente (2011); sottosegretario al dicastero della giustizia guidato da Anna Maria Cancellieri - Governo Letta (2013), confermato dal successore Andrea Orlando - Governo Renzi (2014); G. Bartolozzi, Camera dei deputati, FI, eletta nel collegio plurinomiale di Agrigento dove era capolista. Per una disamina più ampia dei magistrati eletti al Parlamento si veda F. VENTURINI, *I magistrati eletti al Parlamento italiano, 1861-2013: dati e metodologia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, fasc. 67 del 2017, 175 ss.

7 Per tutti: F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati al Parlamento*, in *Foro it.*, 1985, IV. Per una disamina esaustiva sui lavori in Costituente sulla magistratura, si veda altresì ID., *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982.

8 Vedi d. lgs. 23 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 d'ufficio dei magistrati, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150*, come modificato dalla legge 24 ottobre 2006 n. 269, *Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in materia di ordinamento giudiziario*. Sulla compatibilità costituzionale di un divieto siffatto si è espressa la Corte costituzionale con due sentenze: Corte cost. 17 luglio 2009 n. 224, in *Giur. cost.*, 2009, 2577 con osservazioni di R. CHIEPPA, *Il divieto di attività politica dei giudici: meglio tardi che mai (ricordi storici delle tesi dell'associazione dei giudici)* e di S. DE NARDI, *L'art. 98, terzo comma, Cost. riconosce al legislatore la facoltà non solo "limitare" bensì di "vietare" l'iscrizione dei giudici a partiti politici (anche se sono collocati fuori ruolo per svolgere un compito tecnico)*; G. FERRI, *I giudici e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza n. 224/2009*, in *Studium iuris*, 2010, fasc. 2, 136 ss.; ID., *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, in *Rass. parl.*, 2013, fasc. 2, 319-348; ID., *Il diritto di elettorato e il divieto per i magistrati di partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici*, in *Rass. parl.*, 2015, fasc. 1, 145; Corte cost. 3 luglio 2018, n. 170 con commenti di: L. LONGHI, *Il divieto di iscrizione ai partiti politici dei magistrati collocati fuori ruolo per motivi elettorali. Riflessioni a margine del c.d. caso Emiliano*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3 del 2018 ss.; G. E. POLIZZI, *Il "caso Emiliano". I nodi ancora irrisolti del divieto di iscrizione ai partiti politici dopo la sentenza n. 170 del 2018*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3 del 2018; J. DE VIVO, *La spinosa questione della partecipazione dei magistrati alla vita politica. Considerazioni alla luce del "caso Emiliano"*, in *federalismi.it*, fasc. 24 del 2018; commenta l'ordinanza di rinvio del 27 luglio 2017 n. 111: M. GIANNELLI, *A proposito del persistente divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati eletti*, in *federalismi.it*, fasc. 9 del 2018.

2. L'aspettativa per candidatura politica.

Volgendo all'impianto normativo, l'art. 1 conferma il regime attualmente vigente di aspettativa pre-elettorale, per cui nella fase della candidatura per l'elezione al Parlamento nazionale ed europeo, alle cariche elettive regionali, comunali e della città metropolitana, il magistrato deve essere collocato in aspettativa sì che la funzione giudiziaria sia sospesa⁹, a pena di ineleggibilità assoluta. La *ratio* di una previsione siffatta, che riguarda i magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, è la tutela della libertà di voto perseguita con la "neutralizzazione" dei poteri connessi all'ufficio giudiziario¹⁰.

In senso restrittivo, il tempo in cui il magistrato deve trovarsi in aspettativa, per poter presentare validamente la propria candidatura nella circoscrizione elettorale fuori dall'ambito territoriale dove è ineleggibile (comma 2), è elevato a sei mesi; nel regime attuale, nello specifico delle elezioni politiche, è sufficiente che il magistrato si trovi in aspettativa al momento dell'accettazione della candidatura¹¹.

Per le elezioni "europee" e "amministrative" non v'è un obbligo di aspettativa, salvo quando, per quest'ultime, il magistrato togato voglia candidarsi nel medesimo territorio dove svolge le funzioni: in tal caso deve sospendere le funzioni a pena di ineleggibilità¹².

In caso di scioglimento anticipato delle Camere o di elezioni suppletive è, invece, sufficiente che il magistrato sia collocato in aspettativa nel momento dell'accettazione della candidatura; d'altronde mantenere i sei mesi sarebbe irragionevole, siccome le "nuove elezioni" potrebbero tenersi in un tempo inferiore a quello necessario per rimuovere l'ineleggibilità assoluta; al pari si può argomentare in caso di elezioni suppletive¹³.

9 L'aspettativa per candidatura politica fu introdotta nel 1925 ed era rivolta ai giudici di grado inferiore, cfr. legge 15 febbraio 1925 n. 122, *Modificazioni al testo unico della legge elettorale politica del 13 dicembre 1923 n. 2694*, art. 89: «Non possono essere eletti deputati al Parlamento i funzionari, gli impiegati e chiunque in genere riceva uno stipendio sul bilancio di qualsiasi pubblica amministrazione, se non abbiano fatto cessare tale impedimento tre mesi prima della data delle elezioni, eccettoché siano stati collocati in aspettativa senza stipendio da almeno sei mesi»; durante la transizione costituzionale fu invece accontonata, ed infatti nella legge elettorale per l'elezione dei deputati dell'Assemblea costituente manca un obbligo siffatto, cfr. d. lgs. 10 marzo 1946 n. 74, *Norme per l'elezione dei deputati all'Assemblea costituente*, art. 9 comma 1 lett. d): «Non sono eleggibili [...] d) i magistrati, eccetto quelli delle giurisdizioni superiori [...]», e comma 2: «Le cause di ineleggibilità stabilite in questo articolo non hanno effetto, se le funzioni esercitate siano cessate entro venti giorni dalla data di pubblicazione del presente decreto». Infine, fu reintrodotta in epoca repubblicana dalla prima legge elettorale, cfr. d.p.r. 5 febbraio 1948 n. 26, *Testo unico delle leggi per la elezione della Camera dei deputati*, art. 6, comma 1 lett. g): «Non sono eleggibili [...] g) i magistrati, salvo che si trovino in aspettativa all'atto dell'accettazione della candidatura» ed è oggi disciplinata dal d.p.r. 30 marzo 1957 n. 361, *Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati*, art. 8, comma 1, secondo periodo: «Non sono in ogni caso eleggibili se, all'atto dell'accettazione della candidatura, non si trovino in aspettativa».

10 Come emerge dalla disamina in Assemblea costituente, ove il tema fu affrontato durante la discussione della prima legge elettorale repubblicana, vedi gli interventi nella seduta del 15 dicembre 1947 di: R. Morelli (Unione democratica nazionale), Assemblea costituente, Atti, 3224; R. Laconi (Comunista), Assemblea costituente, Atti, 3224; E. Clerici, Assemblea costituente, Atti, 3225; C. Mortati (Democrazia cristiana), Assemblea costituente, Atti, 3226.

11 Cfr. ancora art. 8, comma 1 d.p.r. n. 361 del 1957 in nota 9.

12 Cfr. art. 1, comma 2, pdl C-2188: «Fermo quanto previsto dal comma 1, non sono in ogni caso candidabili i magistrati, esclusi quelli onorari, che, all'atto dell'accettazione della candidatura, non siano in aspettativa da almeno sei mesi. In caso di scioglimento anticipato delle Camere o di elezioni suppletive, e nel caso di scioglimento del consiglio regionale o comunale, non sono candidabili i magistrati che non siano in aspettativa all'atto di accettazione della candidatura».

13 Cfr. art. 1 della legge 3 febbraio 1997 n. 13, *Modifica all'articolo 8 del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di ineleggibilità dei magistrati in caso di scioglimento anticipato delle Camere e di elezioni suppletive*, art. 1: «All'articolo 8, primo comma, del testo unico delle leggi recanti norme per la

Per il magistrato onorario, invece, l'art. 10 non dispone l'aspettativa pre-elettorale, a conferma dell'attuale regime per cui durante il tempo della candidatura la funzione giudiziaria non è sospesa. L'assenza dell'obbligo di aspettativa, come peraltro ricordato dal Consiglio di Stato¹⁴, è dovuta alla reggenza dell'ufficio, caratterizzata da «una eventualità puramente occasionale, precaria e revocabile», siccome nel rapporto onorario manca il requisito della «professionalità». Ciò ostacola col riconoscimento di un rapporto d'impiego e di tutti i diritti che da esso discendono.

Sul versante della libertà del voto e del prestigio dell'ordine giudiziario, e su quello dell'imparzialità e indipendenza nonché della loro apparenza¹⁵, un esercizio *de facto* continuativo del potere giudiziario (come spesso accade per i magistrati onorari) può esporre l'ufficio ad un uso orientato al consenso politico e volto all'elezione o anche solamente al dubbio che questo avvenga. Ciò allora dovrebbe imporre di ragionare su altri strumenti, come ad esempio la sospensione temporanea dall'ufficio durante il tempo della candidatura, così da ottenere l'effetto utile alla protezione dei beni costituzionali in gioco, un *minus* coerente alla natura del rapporto che lega il magistrato non togato con la magistratura: «onorario» e non «d'impiego»¹⁶. Sul punto il pdl in commento si limita a prevedere che il magistrato onorario sia incandidabile nella circoscrizione elettorale compresa, in tutto o in parte, nel distretto della Corte di appello nel quale esercita o ha esercitato l'ufficio nei dodici mesi antecedenti l'accettazione della candidatura. Senz'altro un «correttivo», che non pare risolvere le criticità sollevate.-

Infine, l'obbligo di aspettativa è esteso all'ex magistrato cessato dalle funzioni da due anni, ossia dimessosi, rimosso, collocato a riposo: l'esigenza di tutela è quindi proiettata in un tempo successivo la cessazione dell'appartenenza all'ordine giudiziario. Sebbene una regola siffatta appaia ragionevolmente posta per il magistrato dimessosi, al quale sarebbe impedito di usare le dimissioni per eludere le regole per la candidatura politica, meno ragionevole sembra essere per il magistrato rimosso, giacché potrebbe assumere la natura di sanzione accessoria a quella disciplinare; sproporzionata sembra, infine, per il magistrato «in pensione», il cui collocamento a riposo potrebbe essere sufficiente ad impedire che la candidatura possa nuocere ai beni costituzionali coinvolti, sia in concreto che in astratto.

Per inciso, con l'aggiunta del comma 2-bis all'art. 12 d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109¹⁷, gli artt. 11 e 12 del pdl C-2188 inseriscono nell'area degli illeciti extrafunzionali la sanzione pari alla perdita di anzianità di quattro anni, in caso di accettazione della candidatura in violazione delle disposizioni di legge. A riguardo però non sembra sufficiente fissare in sede disciplinare le conseguenze di una candidatura invalida, che potrebbe verificarsi, in ipotesi, nel caso in cui il magistrato abbia autocertificato il falso dichiarando di non versare

elezione della Camera dei deputati, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, dopo le parole: «I magistrati - esclusi quelli in servizio presso le giurisdizioni superiori» sono inserite le seguenti: «anche in caso di scioglimento anticipato della Camera dei deputati e di elezioni suppletive».

14 Che i magistrati onorari, non essendo pubblici dipendenti, non dovessero godere di tutti i diritti di questi ultimi fu ritenuto pacifico: cfr. Consiglio di Stato 15 maggio 1970 n. 338, in *Cons. Stato*, I, 808.

15 Cfr. ancora Corte cost. n. 170 del 2018, *Considerato dir.* 5, ult. cpv.: [...] va preservato il significato dei principi di indipendenza e imparzialità, nonché della loro apparenza, quali requisiti essenziali che caratterizzano la figura del magistrato in ogni aspetto della sua vita pubblica. Di tali principi il divieto disciplinare in questione è saldo presidio, e come tale esso non può che dirigersi nei confronti di ogni magistrato, in qualunque posizione egli si trovi».

16 Si consenta di citare G. E. POLIZZI, *Il Magistrato al Parlamento*, Padova, 2017, 123-125.

17 D. lgs. 23 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.*

in condizioni di incandidabilità di cui all'art. 3 pdl cit.¹⁸, o più in generale non abbia presentato l'autodichiarazione di insussistenza delle cause di incandidabilità. Si suggerisce invece di consentire che l'Ufficio centrale circoscrizionale, accertate le ipotesi di incandidabilità con l'Ufficio giudiziario di appartenenza, possa cancellare il nominativo del candidato-magistrato: in tal senso potrebbe essere modificato l'art. 22 del d.p.r. n. 361 del 1957 e l'art. 2, comma 2 del d. lgs. n. 235 del 2012 (c.d. Legge Severino)¹⁹ che regolano, rispettivamente, i compiti dell'Ufficio circoscrizionale durante il procedimento elettorale preparatorio e in quello di accertamento delle cause di incandidabilità.

Pur vero che nel caso di elezione in violazione della normativa sull'incandidabilità saremmo di fronte a una ipotesi di ineleggibilità sopravvenuta, da cui consegue la mancata convalida dell'elezione. La candidatura in violazione delle norme di legge comporterebbe, comunque, una lesione dei beni costituzionali alla cui tutela l'incandidabilità è preposta.

3. L'incandidabilità: l'intento perseguito dal Legislatore.

L'art. 1, comma 1, prescrive inoltre l'incandidabilità alle elezioni europee, politiche, regionali, locali per il magistrato ordinario, amministrativo e contabile che presta o abbia prestato servizio nei cinque anni precedenti l'accettazione della candidatura presso sedi o uffici giudiziari con competenza ricadente, in tutto o in parte, nella circoscrizione elettorale (per l'elezione politica) o nel territorio della provincia in cui è compreso il comune (per l'elezione amministrativa). Sicché il magistrato è candidabile fuori dalla circoscrizione elettorale ove svolge o ha svolto le funzioni nei cinque anni precedenti l'accettazione della candidatura, sempre che si trovi in aspettativa da almeno sei mesi, salvo lo scioglimento anticipato delle Camere o le elezioni suppletive, per cui è candidabile se in aspettativa all'atto dell'accettazione della candidatura.

Tale disciplina, sul piano sistematico, segna una marcata propensione del Legislatore verso una regolazione omogenea della materia, che nell'ordinamento vigente ha trovato parziale collocazione fra le fonti secondarie del diritto in assenza di un intervento a livello primario²⁰.

18 Progetto di legge C-2188, cit., art. 3 (Dichiarazione di non versare in condizioni di incandidabilità): «1. Le dichiarazioni di accettazione della candidatura per l'elezione alla carica di membro del Parlamento europeo, senatore o deputato o agli organi elettivi delle regioni da parte di magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari è corredata di una dichiarazione sostitutiva in conformità a quanto previsto dal comma 2. 2. La dichiarazione di accettazione della candidatura per le elezioni, a suffragi universale, agli organi degli enti locali, da parte di magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, è corredata di una dichiarazione sostitutiva attestante l'insussistenza delle condizioni di incandidabilità di cui alla presente legge, resa da ciascun candidato ai sensi dell'art. 46 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, e successive modificazioni. Sono comunque fatte salve le violazioni di natura penale. 3. L'accertamento dell'incandidabilità è svolto, in occasione della presentazione delle liste dei candidati ed entro il termine per la loro ammissione, ai sensi del decreto legislativo 31 dicembre 2012 n. 235».

19 Cfr. art. 1, commi 63, 64 e 65 legge delega 6 novembre 2012 n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione* in virtù del quale è stata adottato il d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, *Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'art. 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190*.

20 Sul punto, vedi PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (a firma di Giuliano Amato) circolare del 20 aprile 2001 n. 10888, *Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi*, pubblicata su G.U. serie generale n. 97.

Infatti, il CSM ha dovuto supplire talune lacune normative mediante l'adozione di atti di normazione secondaria, anche in settori rilevanti per l'esercizio del diritto elettorale passivo, non senza sollevare critiche di attenta dottrina²¹.

Che di una potestà normativa siffatta fosse titolare l'organo di autogoverno della magistratura dipende dalla prospettiva accolta riguardo l'interpretazione degli artt. 105, 106 e 107 Cost.: ed infatti, se si considera l'elenco delle attribuzioni come "tassativo"²², si deve concludere per l'assenza di un potere normativo privo di un fondamento legale²³ (e ciò vale a maggior ragione laddove si intervenga in una materia attinente l'esercizio di un diritto fondamentale); se invece si ritiene l'elenco "aperto", "esemplificativo"²⁴, integrabile da fonti secondarie del diritto²⁵, si deve considerare legittima l'adozione di norme a livello secondario in ambiti non regolati dalla legge, in quanto espressione di "poteri impliciti" volti alla tutela dell'indipendenza e imparzialità²⁶ e della stessa posizione di autogoverno e rappresentativa del CSM²⁷; comunque, il potere di auto-normazione dovrebbe essere "giustificato" in presenza di carenze legislative²⁸.

Questo dibattito si inserisce in quello più ampio, del quale in tal sede non si può che fare modesta indicazione, sulla natura del CSM²⁹, se organo avente natura politico-costituzionale (e per questo dotato di specifici poteri di indirizzo politico sulla magistratura)³⁰ o se, viceversa, organo di governo autonomo della magistratura, preposto

21 In materia di "rientro" del magistrato alle funzioni giudiziarie dopo la cessazione del mandato elettivo, vedi: CSM., *Disposizioni in tema di tramutamenti e di assegnazione per conferimenti di funzioni*; delibera del 13 aprile 2005, Id., *Modifiche alla circolare 15098 del 30 novembre 1993 con particolare riferimento alle ipotesi di incompatibilità nel caso di ricollocamento nel ruolo organico della magistratura conseguente ad aspettativa per mandato amministrativo comunale*, circolare del 30 novembre 1993, n. 15098; Id., *Disposizioni in tema di trasferimenti dei magistrati, conferimenti di funzioni e destinazione a funzioni diverse da quelle giudiziarie*, circolare del 24 luglio 2014, n. 13778,

22 A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, in *Rass. Parl.*, 2010, 374 ss.

23 N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Terza edizione, Bologna, 2008, 23, 30-33; S. BARTOLE, *Consiglio superiore della magistratura: due modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 1989, 427 ss.; Id., *Materiali per un riesame della posizione del Consiglio superiore della magistratura*, in AA. VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, 1977, 2 ss.

24 Sui poteri normativi del CSM la bibliografia è vastissima, per tutti si indicano: A. PIZZORUSSO, *Considerazioni generali*, in AA. VV., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2006, V, 1 ss.; G. VOLPE, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. dir. Agg.*, Milano, 2000, 390. Di recente: D. PICCIONE, *Il Consiglio superiore della magistratura attraverso il prisma del suo regolamento*, in *Riv. AIC*, 4 del 2017, 3, in particolare nt. 9.

25 Sull'espansione del ruolo del CSM al di là delle previsioni costituzionali e contro il riconoscimento di poteri normativi impliciti si veda: A. PATRONO, *Scenari per una riforma del Consiglio superiore della magistratura*, in *Quad. cost.* 3 del 1989, 457; e ancora: S. BARTOLE, cit., 1989, 428 e Id., cit., 1977, 32.

26 R. FUZIO, *Il consiglio superiore della magistratura deve difendere i magistrati?* in *Foro it.*, III, 1998, 388 ss.; F. BONIFACIO – G. GIACOBBE, *Art. 104*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1986, 26; G. FERRARI, *Consiglio superiore della Magistratura, autonomia dell'ordine giudiziario e magistrati*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1874, 2281.

27 G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, fasc. 4 del 2007, 709; V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, in B. CARAVITA, *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 20.

28 COMMISSIONE PALADIN, *Relazione*, in *Giur. Cost.*, 1991, 994, 999; vedi anche: F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, in B. CARAVITA, op. cit., 37; S. BARTOLE, cit., 1989, 439 ss.

29 Lo ricorda V. DE SANTIS, *Interrogativi "antichi" su "nuovi" conflitti tra poteri: l'autonomia del Consiglio superiore della magistratura e la giurisdizione contabile della Corte dei conti*, in *Ossevatorio AIC*, fasc. 1 del 2017, 7-8.

30 F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Milano, 1957, 217-218.

alla tutela dell'interesse dell'intera collettività, strumentale alla tutela delle libertà costituzionalmente previste³¹.

Al di là degli autorevoli orientamenti dottrinari, v'è il dato di contesto, per cui il CSM è intervenuto con atti di normazione secondaria (per quanto nel farlo³² si sia premurato di giustificare l'eccezionalità dell'intervento)³³.

In ogni caso, riordinare la materia in una disposizione unitaria e a livello primario, sul lato dei destinatari e su quello degli organi di elezione monocratici e collegiali, dalla candidatura al rientro, sino allo *status* dell'ex magistrato, è senz'altro apprezzabile sul lato della qualità della normazione, della semplificazione e dell'intelleggibilità, e peraltro risponde alla esigenza di riordino a livello primario delle fonti del diritto secondo un criterio di esauriente esposizione, come espresso dal CSM con le delibere del 28 aprile 2010³⁴ e del 21 ottobre 2015³⁵.

Volendo trarre qualche prima riflessione, dalla lettura del pdl in commento, anche alla luce dei Lavori parlamentari³⁶, emerge che l'*intentio* della rimodulazione dello *status* del magistrato candidato risponda alla necessità di rafforzare la protezione dei beni costituzionali di indipendenza e imparzialità, anche nella loro apparenza, perché con l'incandidabilità il controllo è eseguito "a monte" dagli uffici elettorali in sede di formazione delle liste elettorali, con l'ineleggibilità il controllo è invece eseguito "a valle" dagli organi preposti dell'assemblea elettiva in sede di convalida delle elezioni.

In tale quadro, la non candidabilità agisce sul piano temporale anticipando la protezione dei beni costituzionali del buon andamento, della trasparenza e della libera autodeterminazione degli organi elettivi alla fase della competizione elettorale³⁷. Che nello specifico della magistratura significa tutelare il prestigio dell'ordine giudiziario³⁸.

31 A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quad. cost.*, 1989, 474; L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Napoli, 1973, 289-290; P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1962, 128.

32 CSM, delibera del 21 ottobre 2015, *Rapporto tra politica e giurisdizione, con particolare riferimento al tema del rientro nel ruolo della magistratura di coloro i quali abbiano coperto incarichi di Governo ed attività politica e parlamentare. Candidabilità e, successivamente non ricollocamento in ruolo dei magistrati che siano candidati ad elezioni politiche od amministrative, ovvero che abbiano assunto incarichi di governo nazionale, regionale e negli enti locali*, par. 3, nt. 2; ID., risoluzione del 28 aprile 2010, *Partecipazione dei magistrati al governo degli enti locali (comuni, province e regioni) – Esercizio di Uffici politico-amministrativi da parte dei magistrati che svolgono o non svolgono funzioni giurisdizionali*, par. 4.3.

33 ID., delibera 28 aprile 2010, cit., par. 4; ID. delibera 21 ottobre 2015, cit., par. 4 dove il CSM motiva l'intervento normativo per una «carezza della disciplina legislativa», non in base a un potere riconosciuto dall'ordinamento.

34 ID., *Partecipazione dei magistrati al governo degli enti locali (comuni, province, regioni) – esercizio di Uffici politico-amministrativi da parte dei magistrati che svolgono o non svolgono funzioni giurisdizionali*, risoluzione del 28 aprile 2010.

35 ID., delibera del 21 ottobre 2015, cit.

36 Cfr. gli interventi, peraltro critici rispetto alle modifiche apportate dalla Camera dei deputati, di: N. Palma (Fi-PDL), *Senato della Repubblica, Commissioni riunite 1° (Affari costituzionali) e 2° (Giustizia)*, resoconto stenografico della seduta del 28 giugno 2017; V. Crimi (M5S) - G. Pagliari (PD), *idem*, 5 luglio 2017.

37 Corte cost. 6 maggio 1996 n. 141, in *Giur. cost.* 1996, 1395, con nota redazionale di G. MOSCHELLA; Corte cost. 31 marzo 1994 n. 118 in *Giur. cost.* 1994, 1013, con nota redazionale di G. BIANCO e osservazione di G. MARINI, *Ancora sulla conversione della pena pecuniaria nell'ipotesi di insolubilità del condannato*; Corte cost. 27 aprile 1993 n. 197 in *Giur. cost.* 1993, 1341, con osservazione di A. CANTARO, *Ancora su destituzione di diritto e decadenza: novità e conferme della più recente giurisprudenza costituzionale*; Corte cost. 29 ottobre 1992 n. 407 in *Giur. cost.*, 1992, 3502.

38 Corte cost., 22 giugno 1976 n. 145, in *Giur. cost.*, 1976, 975. Con la sentenza dell'8 giugno 1981 n. 100 la Corte costituzionale riconduce il "prestigio dell'ordine giudiziario" alla: «fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria» e, dunque, alla «credibilità» stessa della magistratura, cfr.: S. DE NARDI, *L'ordine*

Lo scopo dunque è quello di impedire che in sede di candidatura si abbia un uso pretestuoso, orientato a finalità politiche, financo illegittimo, della funzione giudiziaria, in grado di ledere persino l'ordine e la sicurezza³⁹ e, sul lato dei consociati, l'eguale e libera espressione del voto e il corretto svolgimento della competizione elettorale, anche rispetto agli altri candidati, in termini di pari opportunità, ossia *chance*, di essere eletti.

In compendio, rispetto alla disciplina in vigore, le norme proposte prevedono una serie di misure più severe: l'incandidabilità in luogo dell'ineleggibilità e dunque (come meglio si dirà nel prosieguo) un controllo *ex ante* in sede di formazione delle liste elettorali⁴⁰ e non *ex post* in sede di convalida delle elezioni⁴¹; peraltro, sul piano temporale, per le elezioni politiche e amministrative, vi è una estensione del termine dell'aspettativa per candidatura politica (da zero e sei mesi) e di quello per l'ineleggibilità relativa (da sei mesi a cinque anni)⁴².

Per completezza, pare utile ricordare che in caso di elezione il pdl C-2188 conferma il regime di aspettativa per mandato elettorale, volto a sospendere il magistrato dalle funzioni dell'ufficio giudiziario: è così impedito il cumulo delle funzioni, giudiziaria e parlamentare. Un istituto, questo, che è stato introdotto agli albori dell'epoca fascista, con la legge elettorale del 1923⁴³ (per quanto dall'obbligo di aspettativa furono eccettuate talune categorie di "alti magistrati"⁴⁴), successivamente abrogato con la legge elettorale del 1928, e infine reintrodotta con la legge elettorale del 1957 (e ciò comportò che per le prime

giudiziario e il suo prestigio nel procedimento disciplinare, Padova, 2002; G. CONSO, *Un valore da rimeditare: il prestigio dell'ordine giudiziario*, in *Quad. cost.*, 1981, 600 ss.

39 Fra i molti: D. CODUTI, *Incandidabilità, misure anticorruzione e Costituzione*, in *Rivista AIC*, 4, 2016, 26; G. RIVOSECCHI, *La disciplina della responsabilità politica. Lo Status degli esponenti politici e la ciri dei partiti*, in *Riv. Trim. dir. Pubblic.*, 2015, 2, 357.

40 Vedi art. 66 Cost.: «Ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità».

41 Vedi art. 22 d.p.r. 30 marzo 1957 n. 361, *Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati*, che si applica alle elezioni al Senato della Repubblica, in virtù del rinvio di cui all'art. 5 del d. lgs. 20 dicembre 1993, *Determinazione dei collegi uninominali del Senato della Repubblica*.

42 Cfr. art. 8, primo periodo, d.p.r. n. 361 del 1957: «I magistrati - esclusi quelli in servizio presso le giurisdizioni superiori -, anche in caso di scioglimento anticipato della Camera dei deputati e di elezioni suppletive, non sono eleggibili nelle circoscrizioni sottoposte, in tutto o in parte, alla giurisdizione degli uffici ai quali si sono trovati assegnati o presso i quali hanno esercitato le loro funzioni in un periodo compreso nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura. Non sono in ogni caso eleggibili se, all'atto dell'accettazione della candidatura, non si trovino in aspettativa»; art. 60, comma 1 n. 6, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*: «1. Non sono eleggibili a sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, consigliere metropolitano, provinciale e circoscrizionale: [...] 6) nel territorio, nel quale esercitano le loro funzioni, i magistrati addetti alle corti di appello, ai tribunali, ai tribunali amministrativi regionali, nonché i giudici di pace».

43 Legge elettorale 18 novembre 1923 n. 2444, *Modificazioni alla legge elettorale politica, testo unico 2 settembre 1919, n. 1495*, art. 92: «I funzionari, impiegati ed agenti dello Stato aventi uno stipendio sul bilancio dello Stato [...] quando siano eletti deputati, saranno collocati in aspettativa senza stipendio [...]. Essi durante l'aspettativa conservano il diritto al loro grado nei ruoli delle rispettive Amministrazioni, e i diritti di carriera e di anzianità limitatamente agli effetti degli aumenti di stipendio automatici e del trattamento di vecchiaia, per la cui liquidazione il tempo passato nella anzidetta aspettativa viene computato per intero quale servizio effettivo».

44 *Id.*, art. 92-*bis* lett. b), c) e d): «Sono eccettuati dall'obbligo di aspettativa speciale di cui nel precedente articolo: [...] b) il presidente, i presidenti di sezione, i consiglieri del Consiglio di Stato [...]; c) il primo presidente, i presidenti e i consiglieri di Corte di cassazione; d) i primi presidenti, i presidenti e i consiglieri di Corte d'appello».

due Legislature di epoca repubblicana fu ammessa la compatibilità fra gli uffici giudiziario e parlamentare)⁴⁵.

Si consenta inoltre di segnalare che, anche alla luce della proposta di riforma della materia, v'è una lacuna che andrebbe colmata, stante nell'assenza di una disciplina per la candidatura o elezione del magistrato alle circoscrizioni di decentramento comunali di cui all'art. 17 del TUEL⁴⁶: come è noto, gli organi circoscrizionali sono obbligatori per i comuni con popolazione superiore a 250.000 abitanti, facoltativi per quelli con popolazione superiore ai 100.000 abitanti, e ad essi sono devolute importanti funzioni amministrative disciplinate dallo Statuto e dall'apposito regolamento comunale; a maggior ragione occorrerebbe regolare l'elezione del magistrato in comuni con popolazione superiore a 300.000 abitanti, per cui sono ammesse particolari e più accentuate forme di autonomia.

3.1 In ordine alla compatibilità costituzionale.

L'istituto dell'incandidabilità fa sorgere due quesiti: se è opportuno sul piano della politica del diritto una disciplina che miri a introdurre nella platea degli attuali destinatari del regime di incandidabilità anche i magistrati, e, più a monte, se un regime del genere è compatibile col dettato costituzionale⁴⁷.

Occorre ricordare innanzitutto che il diritto elettorale passivo è pacificamente riconosciuto ai magistrati⁴⁸, come in egual misura sono riconosciuti loro tutti quei diritti di libertà che spettano agli altri cittadini⁴⁹ per quanto la peculiare funzione svolta, espressione di un potere dello Stato, giustifichi l'imposizione di «speciali doveri»⁵⁰.

Che l'incandidabilità del magistrato sia compatibile col dettato costituzionale è un dubbio che sorge in relazione al quadro costituzionale che regola (per i consociati) la titolarità e l'esercizio del diritto all'elettorato passivo.

45 In Assemblea costituente di aspettativa (riferito alla generalità degli impiegati pubblici, non soltanto ai magistrati) si discusse durante l'elaborazione dell'art. 51, comma 2 prima parte Cost. («Chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto del tempo necessario al loro adempimento») dove si concluse di rinviare al Legislatore futuro la decisione se rendere compatibili l'ufficio di parlamentare con quello di impiegato dello Stato. La legge elettorale del 1948 all'art. 25 dispose che il pubblico dipendente potesse essere collocato in «congedo straordinario» su richiesta e non d'ufficio, dunque fu stabilita la compatibilità e quindi la cumulabilità fra i due uffici. Sul punto cfr. R. LUCIFREDI – M. AMENDOLA, *Aspettativa (imp. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, vol. III, 1958, Milano, 243-247.

46 Art. 17, d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*.

47 Così imposta il tema N. ZANON, *Sull'estensione alle cariche parlamentari dell'istituto della non candidabilità*, in *Forum di Quad. cost.*, sezione *Paper*, rielaborazione del testo presentato in occasione dell'audizione in data 8 gennaio 2008 di fronte alla Commissione I, Affari costituzionali, della Presidenza del consiglio e interni, resoconto stenografico, 5.

48 Corte cost. 26 ottobre 1982 n. 172, in *Giur. cost.* 1982, 1746, *Considerato dir.* 4, secondo cpv.: «Il cit. art. 51, primo comma, dopo aver riaffermato il principio di eguaglianza fra tutti i cittadini per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, rinvia alla legge ordinaria per la determinazione dei requisiti necessari ("Tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge"). Ed è proprio per effetto di tale rinvio che il legislatore ha fissato nelle varie leggi i requisiti attitudinali necessari e, in particolare, le cause di ineleggibilità, che sono state ritenute da questa Corte pienamente legittime se contenute entro limiti razionali. In verità, nella specie non trattasi propriamente di ineleggibilità, non incidendo la norma denunciata sull'elettorato passivo. Tuttavia, il giudice a quo rileva che la perdita della sede, in caso di soccombenza del magistrato nelle elezioni, potrebbe incidere negativamente sulla di lui volontà e sconsigliarlo a presentarsi quale candidato».

49 Corte cost. n. 100 del 1981, *Considerato dir.* 7, secondo cpv.: «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».

Da un lato v'è l'art. 51, comma 1 Cost. che, affermando che tutti i cittadini possono accedere alle cariche pubbliche alle condizioni stabilite dalla legge, sancisce la fundamentalità del diritto, espressione del più ampio principio personalista e di eguaglianza formale⁵¹. Da altro lato l'art. 65 che, in materia di elezioni al Parlamento nazionale, riserva alla legge l'individuazione di casi di «ineleggibilità» e di «incompatibilità» con l'ufficio di deputato o senatore.

Dalla tesi per cui fra l'art. 51, comma 1 e 65 Cost. sussiste un rapporto di specialità, nel senso che per le elezioni politiche nazionali trova applicazione quest'ultima norma e non la prima (che lascerebbe maggior spazio alla discrezionalità del Legislatore), si giunge a concludere che qualsiasi ipotesi di incandidabilità è illegittima perché esclusa dall'ambito individuato in Costituzione, purché si consideri l'incandidabilità una categoria autonoma rispetto all'ineleggibilità e si definisca l'ineleggibilità non estendibile sino a ricomprendervi l'incandidabilità.

Per le altre cariche (riguardo quindi l'elezione al parlamento europeo e agli enti locali) l'incandidabilità sarebbe invece ammessa, in quanto troverebbe applicazione nell'art. 51, comma 1 Cost. che riserva alla legge il condizionamento del diritto elettorale passivo, senza imporre che tale condizionamento sia limitato alle ipotesi di ineleggibilità e incompatibilità. Tale tesi trova conforto in quella parte della dottrina che ha ricondotto l'incandidabilità fra le ipotesi di ineleggibilità *latu sensu*⁵², confortata peraltro dalla giurisprudenza costituzionale che l'ha definita una causa particolarissima di ineleggibilità (riferendosi però alle elezioni a Regioni e enti locali)⁵³, giungendo per tale via a mettere sullo stesso piano i due istituti⁵⁴.

Nondimeno, come autorevolmente osservato⁵⁵, occorre considerare che fra ineleggibilità e incandidabilità vi sono marcate differenze sul piano della *rationes*, perché,

50 Corte cost. n. 172 del 1982, *Considerato dir.* 2, terzo cpv. Secondo il ragionamento della Corte costituzionale ciò giustifica, alla luce degli artt. 3, 51 comma 1, 107, comma 1 Cost., il divieto per il magistrato di esercitare le funzioni giudiziarie nella medesima circoscrizione in cui ha svolto la campagna elettorale e non è stato eletto, contenuto nell'art. 8, comma 2 d.p.r. n. 361 del 1957, giacché in tale ambito, il magistrato ha ragionevolmente potuto contrarre secondo l'*id quod plerumque accidit* rapporti della più diversa natura (di amicizia, di contrapposizione, di riconoscenza, di risentimento, ecc.), rapporti che potrebbero far apparire dubbia la correttezza delle sue decisioni.

51 Corte cost. 17 luglio 2007 n. 288, in *Giur. cost.*, 2007, 2847, *Considerato dir.* 3, con osservazioni di F. BERTOLINI, *Legislazione elettorale siciliana fra (mancata) verifica della peculiarità della situazione*.

52 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, 475 ss. Di recente: R. ROLLI, *Le limitazioni al diritto di elettorato passivo: sfumature e criticità*, in *Istituzioni del federalismo*, fasc. 1 del 2017, 145-146; V. PUPO, *La disciplina dell'incandidabilità alle cariche elettive regionali e locali alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Rivista AIC*, fasc. 1 del 2017, 4; D. CODUTI, *Incandidabilità, misure anticorruzione e Costituzione*, in *Rivista AIC*, fasc. 4 del 2016, 1-5; F. SAVERIO MARINI, *La "legge Severino" tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio AIC*, 6 febbraio 2016, 2-5; F. SCUTO, *La nuova dimensione dell'incandidabilità estesa alla totalità delle cariche elettive e di governo*, in *Rivista AIC*, fasc. 4 del 2013, 4-7; N. LUPO – G. RIVOSECCHI, *Le incandidabilità alle cariche elettive e i divieti di ricoprire cariche di governo*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 590, 590 ss.; G. RIVOSECCHI, *Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità con la carica di membro del parlamento*, in *Rivista AIC*, fasc. 3 del 2011, 3-7; L. TRUCCO, *La riforma del sistema elettorale e le legislature dei "passi perduti"*, in *Giur. It.*, 2013, 6, 1469 ss.; M. ANGELO, *Incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità negli organi degli enti locali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2001, 1, 99.

53 Corte cost. n. 141 del 1996, *Considerato dir.* 3, quinto cpv. primo periodo: «non candidabilità va considerata come particolarissima causa di ineleggibilità»; vedi altresì il precedente Id. n. 407 del 1992, *Considerato dir.* 3.1. quindi cpv.: «Va in primo luogo osservato, invero, che le ipotesi di "non candidabilità" alle elezioni previste dal primo comma non costituiscono altro che nuove cause di ineleggibilità che il legislatore ha ritenuto di configurare in relazione al fatto di aver subito condanne (o misure di prevenzione) per determinati delitti di particolare gravità».

detto in estrema sintesi, le prime si riferiscono alla funzione mentre le seconde alla libertà di voto⁵⁶.

In effetti, l'incandidabilità impedisce lo svolgimento della competizione elettorale in quanto rilevata in sede di formazione della lista elettorale; l'ineleggibilità, invece, la consente⁵⁷, essendo accertata dalla giunta per la verifica dei poteri in sede di convalida. Peraltro, si diceva, l'incandidabilità non è rimovibile dall'interessato, a differenza dell'ineleggibilità⁵⁸.

V'è infine un altro dubbio di compatibilità costituzionale. Il titolare della funzione giudiziaria subirebbe una discriminazione irragionevole rispetto ai condannati per uno dei delitti per cui è prevista l'incandidabilità ex legge "Severino": in effetti, ai sensi dell'art. 15, comma 3, pdl. cit., è consentito a quest'ultimi di rimuovere la causa di incandidabilità, estinguendola attraverso una sentenza di riabilitazione ex art. 178 c.p., a differenza dei magistrati, i quali non possono, in nessun caso, rimuovere l'incandidabilità.

3.2 ... e all'opportunità sul piano della politica del diritto.

Peraltro, una normativa che miri a estendere l'incandidabilità ai magistrati pone alcune considerazioni di opportunità politica, espresse icasticamente in una intervista di Piercamillo Davigo, ex presidente dell'ANM: «I diritti politici si tolgono solo ai delinquenti: i

54 Corte cost. 15 maggio 2001 n. 132, in *Giur. cost.*, 2001, 1019, *Considerato dir.* 2, quarto cpv.: «Le fattispecie di "incandidabilità", e quindi di ineleggibilità, previste dall'art. 15 della legge n. 55 del 1990, e successive modificazioni, si collocano su un piano diverso, quanto a ratio giustificativa, rispetto a quello delle pene, principali ed accessorie. Esse non rappresentano un aspetto del trattamento sanzionatorio penale derivante dalla commissione del reato, e nemmeno una autonoma sanzione collegata al reato medesimo, ma piuttosto l'espressione del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate (cfr. sentenze nn. 118 e 295 del 1994), stabilito, nell'esercizio della sua discrezionalità, dal legislatore, al quale l'art. 51, primo comma, della Costituzione, demanda appunto il potere di fissare "i requisiti" in base ai quali i cittadini possono accedere alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza».

55 Si rinvia alle indicazioni bibliografiche in nota 52.

56 Corte di cass., Sez. I Civile, sentenza 11 marzo 2005 n. 5449: «l'incandidabilità alla carica di amministratore locale (cfr., ad esempio, articoli 56 e 58 del D. Lgs. 267/00), le quali si riferiscono ad uno status di inidoneità funzionale assoluta e non rimovibile da parte dell'interessato, le cause di ineleggibilità (cfr. articoli 60 e 61 dello stesso D. Lgs. 267/00), sono stabilite allo scopo di garantire la eguale e libera espressione del voto, tutelata dall'articolo 48, comma 1, primo periodo, Costituzione ("il voto è personale ed eguale, libero e segreto"), rispetto a qualsiasi possibilità di captatio benevolentias esercitabile da, o nei confronti del candidato o di metus potestatis nei confronti dello stesso»

57 Corte cost. 3 marzo 2006 n. 84, in *Giur. cost.*, 2006, 901, *Considerato dir.* 5: «La Corte è consapevole che la vigente normativa consente di rilevare l'esistenza di cause di ineleggibilità – nonostante che queste siano intese a garantire la pari opportunità fra i concorrenti – soltanto dopo lo svolgimento delle elezioni; con la conseguenza che un procedimento giurisdizionale può sorgere, e in esso essere proposta la questione incidentale di legittimità costituzionale, non prima che i consigli regionali abbiano esercitato la loro "competenza a decidere sulle cause di ineleggibilità dei propri componenti" (art. 2, comma 1, lett. d), della legge n. 165 del 2004). Si tratta di una normativa evidentemente incongrua: non assicura la genuinità della competizione elettorale, nel caso in cui l'ineleggibilità sia successivamente accertata; induce il cittadino a candidarsi violando la norma che, in asserito contrasto con la Costituzione, ne preveda l'ineleggibilità; non consente che le cause di ineleggibilità emergano, come quelle di incandidabilità, in sede di presentazione delle liste agli uffici elettorali. Tuttavia, la Corte non può che dichiarare inammissibile una questione sollevata in un giudizio il cui unico scopo si risolve nell'impugnare direttamente la norma di legge sospettata di illegittimità costituzionale».

58 *Id.* n. 141 del 1996, *Considerato dir.* 3, quinto cpv. secondo periodo: «L'elezione di coloro che versano nelle condizioni di non candidabilità è nulla (art. 15, comma 4), senza che sia in alcun modo possibile per l'interessato rimuovere l'impedimento all'elezione, come invece è ammesso per le cause di ineleggibilità derivanti da uffici ricoperti attraverso la presentazione delle dimissioni o il collocamento in aspettativa».

magistrati non dovrebbero fare politica per una scelta etica personale, per la consapevolezza dei loro limiti»⁵⁹.

Sul piano della politica del diritto, la proposta illustrata si pone senz'altro nella direzione, auspicata da più parti, di marcare in modo più severo il rapporto fra politica e magistratura, attraverso la modulazione delle regole elettorali; il punto è però capire se questa strada sia opportuna, considerazione che emerge da un'analisi sistematica della normativa dell'incandidabilità, istituto utilizzato nei confronti di chi è colpevole di gravi delitti, e non di chi invece (e legittimamente) eserciti un potere dello Stato.

In effetti, basti ricordare che sin dalla legge n. 16 del 1992⁶⁰ l'incandidabilità è stata rivolta alle persone condannate, anche in primo grado, o gravemente indiziate, di reati di stampo mafioso e ai condannati per delitti collegati agli stupefacenti e alle armi, così da impedire loro di concorrere per cariche elettive presso enti locali.

La materia è stata poi ridisciplinata con la legge n. 475 del 1999⁶¹, che recepiva la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 15 della legge n. 55 del 1990 (Corte cost. n. 141 del 1996⁶²), nella parte in cui poneva l'incandidabilità prima della condanna definitiva (in quanto si trattava di una misura irreversibile che, per il suo carattere sproporzionato, assumeva «i caratteri di una sanzione anticipata»)⁶³. E, ancora, da ultimo, in virtù della legge delega n. 190 del 2012⁶⁴, l'incandidabilità è stata estesa agli autori di particolari e gravi delitti non colposi nei confronti della pubblica amministrazione.

Orbene, ripercorrendo seppur brevemente l'evoluzione della disciplina⁶⁵, possiamo osservare che la *ratio* dell'incandidabilità fin dalla sua origine è stata quella di impedire che persone condannate in via definitiva per reati particolarmente gravi, e gli amministratori locali ritenuti responsabili del dissesto finanziario dell'ente territoriale amministrato, (anche soltanto) concorressero a cariche elettive.

Riporre la causa dell'incandidabilità del magistrato nell'appartenenza a un potere dello Stato pare allora inopportuno; i destinatari di una disciplina con una *ratio* siffatta, giustificata dal *metus* che le loro azioni hanno cagionato presso i consociati, sarebbero posti sullo stesso piano dei magistrati, titolari di un potere dello Stato, che non soltanto verrebbero paragonati a chi ha commesso dei gravi delitti ma, financo, sarebbero destinatari di un trattamento di sfavore non potendo, in alcun caso, far cessare la causa dell'incandidabilità: qui si converge col senso di fondo delle dichiarazioni dell'ex Presidente Davigo.

59 Vedi l'intervista a Piercamillo Davigo, all'epoca Presidente dell'ANM, di I. PROIETTI, *Magistrati in politica: parla Davigo*, in *il Fatto Quotidiano*, 28 luglio 2016.

60 Cfr. art. 1, comma 1, legge 18 gennaio 1992 n. 16, *Norme in materia di elezioni e nomine presso le regioni e gli enti locali*.

61 Legge 13 dicembre 1999, n. 475, *Modifiche all'articolo 15 della L. 19 marzo 1990, n. 55, e successive modificazioni*.

62 Vedi nt. 37

63 Le norme sono poi confluite negli artt. 58 e 59 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*.

64 Legge 6 novembre 2012 n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione dell'illegalità nella pubblica amministrazione*.

65 A modo di compendio sull'evoluzione della disciplina sull'incandidabilità, si veda Corte cost. 16 dicembre 2016 n. 276, in *Giur. cost.*, 2016, 2385, con osservazioni di G. RIVISECCHI, "Legge Severino", *atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*. Si veda altresì: G. MENEGUS, *La sospensione di diritto ex "legge Severino" supera ancora il vaglio della Corte. Nota a margine della sent. n. 276/2016* e S. BISSARO, *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte edu: una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità*, entrambi in *Rivista AIC*, fasc. 2 del 2017.

4. I «contatti di varia natura con la vita di partito» e il rischio di rapporti occulti alla luce del divieto di iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa.

Come ultima osservazione, si consenta di indulgiare sul rischio che l'attuale disciplina, e anche quella proposta, pongono sul tema dei rapporti "occulti" fra magistrato e partito, alla luce del vigente divieto di iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa alla vita di partito.

È noto che il Legislatore con gli interventi del 2006 ha esercitato la facoltà di cui all'art. 98, comma 3 Cost., di prevedere limiti per l'iscrizione ai partiti politici, attraendo nell'area degli illeciti disciplinari extrafunzionali l'iscrizione nonché la partecipazione sistematica e continuativa alla vita di partito. Sulla legittimità del divieto si è pronunciata due volte la Corte costituzionale, in relazione agli incarichi tecnici (Corte cost. n. 224 del 2009) e a quelli politici (Corte cost. n. 170 del 2018)⁶⁶. In entrambe le occasioni il divieto è stato dichiarato conforme al dettato costituzionale, precisamente rispetto agli artt. 2 (principio personalista), 3 (principio di eguaglianza), 18 (libertà di associazione), 49 (libertà di associazione in partiti politici) ed infine 98, comma 3 (limiti all'iscrizione ai partiti politici per i magistrati, e altre categorie).

Nondimeno, allo stato della legislazione vigente (e delle proposte di modificazione), un divieto siffatto pare irragionevole: il magistrato una volta eletto si iscrive a un gruppo, parlamentare, regionale o consiliare, che di regola è espressione di un partito; al pari si osservi che, fin dalla competizione elettorale, il suo nominativo è iscritto nella lista elettorale facente capo a una organizzazione politica in competizione; peraltro le ultime leggi elettorali hanno previsto un listino bloccato (in tal senso si vedano: *Porcellum*, *Rosatellum* e *Italicum*), con una graduatoria degli eleggibili per cui il primo della lista ha maggiori *chance* di vittoria. A ciò si aggiunga il c.d. "paracadute", previsto ad esempio dall'*Italicum*, per cui il "bocciato" nel collegio uninominale può risultare eletto in uno o più collegi plurinomiali ove il suo nominativo è stato inserito sempre secondo un ordine di preferenza.

Il combinato disposto delle regole di elezione sulla formazione delle liste elettorali, per cui è possibile determinare un ordine di preferenza nelle liste medesime da parte delle segreterie di partito, e del divieto di iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa del magistrato alla vita di partito, fa emergere che in vigenza del divieto medesimo non è chiaro in quale sede il magistrato abbia coltivato un rapporto con il partito che gli ha poi consentito di essere candidato in posizione eleggibile, e comunque garantito nell'elezione dal "paracadute". Senz'altro il magistrato può essere valutato positivamente per la sua attività d'ufficio, ma una tale valutazione ai fini della candidatura sarebbe inopportuna giacché esporrebbe la funzione giudiziaria al consenso politico che i magistrati non devono ricercare essendo, la loro attività, sottoposta solamente alla legge e al controllo derivante dall'obbligo di motivazione della sentenza.

Di questo la Corte costituzionale pare prendere consapevolezza in un passaggio della citata sent. n. 170 del 2018 ove afferma che: «la stessa accettazione della candidatura [...] l'eventuale partecipazione a una campagna elettorale [...] presuppongono contatti di varia natura con la vita dei partiti e dei movimenti politici»⁶⁷.

Peraltro il pdl in commento, come formulato sul punto dell'obbligo di aspettativa pre-elettorale che è elevato a sei mesi dall'accettazione della candidatura politica, non fa altro che spostare sul lato temporale il *dies a quo* della sospensione delle funzioni, estendendo il tempo in cui «i contatti di varia natura» devono essere coltivati per aspirare a una

66 Vedi nt. 8.

67 Corte cost. n. 170 del 2018, *Considerato dir.* 6, quinto cpv.

candidatura in posizione “eleggibile”, sì che il magistrato possa chiedere l’aspettativa in tempo utile per l’accettazione della candidatura.

Dalla lettura dei Lavori preparatori dell’art. 98, comma 3⁶⁸ deriva che l’*intentio* del Costituente non era certo quella di circoscrivere l’ambito materiale dei “limiti” al “divieto”: tale è piuttosto una scelta di politica legislativa, non incostituzionale, si è ricordato, ma non obbligata (ed infatti il Costituente “facoltizza” il Legislatore futuro, non lo obbliga, e comunque gli lascia discrezionalità nella determinazione dell’ambito materiale dei limiti); ciò consente di ragionare su altri strumenti che possano preservare i beni che il divieto si propone di tutelare, quali ad esempio sottoporre, consentendole, l’iscrizione e la partecipazione sistematica e continuativa a un obbligo di pubblicità.

Un tale obbligo inciderebbe sì nella riservatezza del magistrato-iscritto, ma sarebbe riconducibile agli «speciali doveri» cui a cui il magistrato può essere sottoposto; in altre parole agendo sul lato della trasparenza e del controllo si renderebbe visibile ai consociati ciò che il divieto oggi occulta.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Pavia

68 Sull’interpretazione dell’art. 98, comma 3, Cost. fra i molti si consenta di citare: C.E. TRAVERSO, *Partito politico e ordinamento costituzionale*, Milano, 1983, 180 ss.; S. SENESE, *Giudici e iscrizione ai partiti politici*, in *Quad. giust.*, 1986, 6 ss.; V. CARUSI, *Art. 98*, in V. CRISAFULLI - L. PALADIN (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 443 ss.; G. MICALI, *La politicizzazione del giudice e l’esegesi dell’art. 98, 3° comma, della Carta costituzionale*, in *Doc. giust.*, 1995, 1235 ss.; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 145 ss.; V. ACCATTATIS, *Il giudice nello stato liberaldemocratico*, Firenze, 2003, *passim* (spec. 64 ss., 80 ss., 184 ss.); F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006, 304 ss.; A. SAIITA, *Art. 98*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, spec. 1921 ss.; L. COEN, *Art. 98*, in S. BARTOLE - R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 899-900; N. ZANON - F. BIONDI, op. cit., II ed., Bologna, 2008, 60-61; S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei giudici*, Napoli, 2008, 63 ss.