

Magistratura e politica prima della Riforma Cartabia *

MAURO DE VIRGILIO**

Sommario: 1. L'articolo 98, comma 3, della Costituzione e le sue "contraddizioni". – 2. Storia tribolata di un'attuazione. – 3. Magistratura e politica nella "seconda Repubblica". – 4. La sentenza 224/2009. – 5. Il c.d. "caso Emiliano".

Data della pubblicazione sul sito: 6 dicembre 2023

Suggerimento di citazione

M. DE VIRGILIO, *Magistratura e politica prima della Riforma Cartabia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2023. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo costituisce l'esito del corso "I partiti politici in Italia tra diritto e prassi", tenuto dal prof. Emanuele Rossi nell'anno accademico 2021/2022 presso la Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa ed è inserito nella sezione monografica del fascicolo a cura di Emanuele Rossi e Luca Gori.

** Allievo ordinario di Scienze giuridiche nella Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: mauro.devirgilio@santannapisa.it.

1. L'articolo 98, comma 3, della Costituzione e le sue "contraddizioni"

L'articolo 98, comma 3, della Costituzione della Repubblica dispone:

Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero.

Tale disposizione si pone nell'ottica di evidenziare la funzione peculiare che il magistrato svolge all'interno dell'ordinamento costituzionale: una funzione che richiede indipendenza e imparzialità, che si inserisce anche nel moderno sistema tripartito di divisione dei poteri, alla base delle democrazie moderne. La *ratio* implicita in tale disposizione costituzionale implica che la partecipazione all'attività politico-partitica da parte di determinate figure possa pregiudicarne non necessariamente l'indipendenza, ma l'imparzialità e, anche, in secondo piano, l'obbligatorietà dell'azione penale. Si potrebbe pensare, difatti, riguardo all'obbligatorietà dell'azione penale, che difficilmente un magistrato membro di un partito possa indagare sui membri di un proprio partito, o possa svolgere la propria funzione requirente (in caso di magistrato requirente) verso un membro o un esponente di un partito di cui è membro. La questione dell'imparzialità si evidenzia anche nel caso il magistrato sia un magistrato giudicante: il magistrato giudicante iscritto a un partito ritroverà le stesse difficoltà nell'essere imparziale rispetto a un giudice requirente nel caso si trovasse a giudicare il membro di un partito o un esponente di un partito (circostanza non di rado avvenuta nella storia repubblicana). Come anche richiama la giurisprudenza costituzionale -ad esempio nella sentenza 170/2018- la struttura gerarchica dei partiti politici fa sì che, in senso lato, le indicazioni provenienti dai gradi gerarchici più alti del partito siano certamente non vincolanti, ma perlomeno costrittive dell'azione dei gradi inferiori. Oltretutto, la presenza di queste indicazioni pregiudica il fatto che il magistrato debba non solo essere, ma anche apparire imparziale e indipendente e non sottoposto a coscrizioni di nessuna sorta. L'articolo 98, comma 3, evita, tuttavia, un "cortocircuito costituzionale", quando afferma che la riserva di legge possa *limitare*, non *cancellare*, l'iscrizione dei magistrati a partiti politici. Il concetto di limitazione presuppone che l'iscrizione a un partito da parte di un magistrato possa comunque avvenire, ma solo in determinati casi: la cancellazione di tale diritto avrebbe portato a un contrasto con l'articolo 49 della Costituzione, che afferma:

Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale.

La titolarità di tale diritto appartiene, quindi, a tutti i cittadini, magistrati inclusi. L'associazione richiamata dall'articolo 49 è largamente intesa come possibilità non solo di fondare, ma anche di iscriversi a un partito. Tuttavia, è proprio sull'estensione di tali limiti all'iscrizione a un partito e alla partecipazione

dei magistrati alla vita politica che è stata al centro dei dibattiti (tanto politici quanto costituzionali) in materia.

La soggezione dei magistrati *soltanto* alla legge (art. 101, 2° comma, Cost.) permette loro di avere un rapporto diretto e indipendente dalla legge: l'indipendenza, a parere di Borrè¹, è il modo della magistratura di stare nel sistema politico. La discrezionalità del magistrato e la sua autonomia dagli altri poteri gli consente di prendere decisioni senza l'interferenza di alcuno. Nel rapporto tra magistratura e politica, tuttavia, ciò è stato inteso nel senso non più ampio di politica, ma nel senso più stretto: si pensi all'accusa ai giudici, specie negli anni dal 1994 ad oggi, di sfruttare la loro posizione per influenzare la politica nazionale (tramite le cosiddette "sentenze a orologeria", ossia sentenze emanate in momenti cruciali della vita politica nazionale, quali elezioni di vario livello). Per politicità (o politicizzazione) della magistratura può essere intesa anche la sua divisione in correnti, le quali riflettono una certa idea del sistema giudiziario e conseguentemente una visione politica: è il pluralismo all'interno di essa che consente, a parere di Borrè², un arricchimento e una garanzia democratica nell'ambito della funzione, fino a corrispondere con la sostanza stessa della funzione. Nell'ambito però dell'iscrizione ai partiti, l'iscrizione ad essi da parte di magistrati porrebbe anche un problema: quello della disciplina di partito, che potrebbe costituire un vincolo molto più forte della semplice espressione dell'opinione politica del magistrato. Tuttavia, a parere di Zagrebelsky³, sarebbe pienamente incostituzionale poter proibire, sulla base dell'articolo 98, 3° comma, Cost., ogni altro rapporto tra magistrato e politica, fosse anche la semplice collocazione nello spettro politico.

2. Storia tribolata di un'attuazione

La storia di tale comma dell'articolo 98 è fortemente connessa con quella che pare essere la sua parte più rilevante (come è risultato anche nel corso della storia nazionale, specie negli anni dal 1994 al 2013 che hanno visto una dialettica molto serrata tra magistratura e politica): il rapporto tra magistratura e partiti politici. Già negli anni della Seconda guerra mondiale, in quello che è storiograficamente definito come il "Regno del Sud" -fase che va dalla fuga del Re d'Italia Vittorio Emanuele III dalla Capitale sino alla liberazione della penisola dal dominio nazifascista il 25 aprile 1945- il Guardasigilli del Governo Badoglio II Vincenzo

¹ G. BORRÈ, penultima nota, p. 146, in A. PIZZORUSSO, *Il Consiglio Superiore della Magistratura nella forma di governo vigente in Italia*, in *Questione giustizia*, 1984

² ID., *Art. 98 3° comma*, in *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 2005, pp. 463 ss.

³ G. ZAGREBELSKY, *Responsabilità disciplinare dei magistrati*, in *Rivista di diritto processuale*, 1975, p. 450.

Arangio Ruiz rimosse, con la circolare n. 285 del 6 giugno 1944, il divieto che impediva ai magistrati di professare la loro fede politica, persuaso della qualità di dovere civico da attribuirsi alla partecipazione politica e del fatto che sarebbe per i funzionari dell'ordine giudiziario un *privilegio odioso* contrastare il loro adempimento di questo dovere, limitando a priori nei loro riguardi l'esercizio dei diritti politici al semplice atto di dare il proprio voto nelle elezioni". La preoccupazione di salvaguardare l'indipendenza della funzione giudiziaria, dopo che nel ventennio fascista la pressione della politica e dell'esecutivo dittatoriale sugli uffici giudiziari era stata opprimente, al punto quasi da annullarne totalmente l'indipendenza, era fortissima. La "Repubblica dei partiti" (come l'ha definita Pietro Scoppola nel suo celeberrimo scritto⁴) era ancora a uno stato embrionale; tuttavia, le novità che essa portava erano tali da suscitare preoccupazioni, soprattutto per un'eventuale penetrazione comunista nel sistema giudiziario, così come, d'altronde, negli altri poteri. Il Ministro della Giustizia Arangio Ruiz, nella suddetta circolare, fugava queste preoccupazioni, affermando che "se moventi diversi da quello del compimento del dovere potessero influire sulle pronunzie dei magistrati italiani, non basterebbe impedire loro l'iscrizione ai partiti perché è dentro o fuori di questi, il giudice non potrebbe non avere le sue opinioni relazioni tanto più efficaci quanto più nascoste". La circolare di Arangio Ruiz, a parere di Giuseppe Borrè⁵, anticipa gran parte del dibattito che si svolgerà sulla questione da allora sino ai giorni nostri, e che avrà una profonda recrudescenza, come già evidenziato, dai primi anni della "Seconda repubblica" -definizione puramente giornalistica e priva di qualsivoglia valore giuridico, come fa sempre bene ricordare- in poi. Pur trovando una conferma nella circolare del 18 agosto 1945, emanata dal nuovo Guardasigilli Palmiro Togliatti, la nuova libertà garantita ai magistrati non ebbe grande successo: pochi magistrati si iscrissero ai nuovi partiti di massa: a parere di Borrè⁶, ciò avvenne per via delle forti pressioni che la magistratura aveva ricevuto dalla politica sin dai tempi dell'Italia giolittiana – e a parere di storici come Viola e Battini⁷, già dai tempi dei governi di Francesco Crispi- per poi aumentare esponenzialmente durante il periodo fascista, alla base, dunque, di una fortissima diffidenza del potere giudiziario nei confronti del mondo politico.

⁴ P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico*, Il Mulino, Bologna, 1991 e 1997.

⁵ G. BORRÉ, *Art.98 3° comma, in Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1994.

⁶ *Ibidem*.

⁷ P. VIOLA, M. BATTINI, G. ZAGREBELSKY, A. PROSPERI, *Storia e identità, Vol:2 Dall'età delle rivoluzioni alla fine dell'Ottocento*, Einaudi, Torino, 2015

L'atteggiamento generale, tanto del mondo politico quanto della stessa magistratura, andava contro quanto ritenuto da Arangio Ruiz e Togliatti. Per quanto riguarda l'opinione della magistratura, risale alla fine del 1946 un referendum articolato in tre domande, di cui le più interessanti per la questione al centro della nostra attenzione sono le prime due: se le funzioni di magistrato fossero incompatibili con l'iscrizione ad un partito politico: se l'incompatibilità si estendesse anche alle associazioni aventi carattere politico. La risposta dei magistrati fu chiara: il primo quesito vide la vittoria dei sì con 1318 voti contro 180 no, il secondo vide 1278 risposte affermative contro 187 negative. Oltretutto, per chi rispondeva affermative vi era un ulteriore quesito che aveva ad oggetto la sanzione costituzionale di questi limiti: i quesiti aventi ad oggetto il rapporto tra magistrati e partiti videro rispettivamente 1219 sì contro 201 no e 1156 sì contro 253 no. L'opinione del mondo politico, e in special modo dei Padri costituenti, andava in un primo momento nella direzione di vietare l'iscrizione dei magistrati a partiti politici, e tra l'altro *ad essi soli*, tanto che una versione di una tale norma proibitiva fu licenziata dalla seconda sottocommissione⁸. In Assemblea, invece, una questione così controversa non poteva non trovare spazio nella discussione: oltre a ribadirsi, come fatto dall'onorevole Persico nel suo intervento dell'8 novembre 1947, la necessità di salvaguardare non solo l'indipendenza del magistrato non solo come sostanziale ma anche come apparente, si sottolineò però che tale norma sarebbe stata facilmente eludibile attraverso legami che avrebbero persino potuto assumere forme occulte⁹, mentre, d'altro canto, l'iscrizione sarebbe stata una forma di trasparenza e quindi di remora e responsabilizzazione. A determinare la formulazione definitiva del comma dell'articolo 98 oggetto della presente trattazione fu un emendamento dell'onorevole Clerici, che oltre a introdurre limitazioni all'iscrizione a partiti anche per altre tipologie di *civil servants*, introduceva *limitazioni, non divieti* di iscrizione anche per i magistrati. Limitazioni, si badi, non divieti, anche se alcuni commentatori¹⁰ lo ritengono comunque come un invito all'introduzione del divieto. La norma non ha conosciuto attuazioni sino al 1948 (peraltro parzialmente e con un oggetto assai controverso), quando il disegno di legge De Gasperi del 14 luglio 1948 (n. 23/S) si è tramutato nella legge 87/1953 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*): il disegno di legge, all'articolo 7, poi divenuto articolo 8 della legge, recita:

I giudici della Corte non possono svolgere attività inerente ad una associazione o partito politico.

⁸ Il testo era il seguente: "I magistrati non possono essere iscritti ad alcun partito politico od associazione segreta"

⁹ Intervento dell'on. Ruggiero nella seduta antimeridiana del 7 novembre 1947

¹⁰ V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Mondadori, Segrate, 1980, p. 311

La norma non riguardava i magistrati ordinari, bensì il giudice della Corte, sulla cui natura di parte del potere giudiziario la dottrina è (anche se non del tutto) divisa: se commentatori come D’Orazio¹¹ ritengono che la Consulta non faccia parte del sistema giudiziario, altri commentatori come Malfatti, Romboli e Panizza¹² ritengono che la Corte faccia parte di quei poteri che non possono essere ricondotti chiaramente al potere giudiziario o ad altra tipologia di potere. A dire il vero, il divieto introdotto dalla legge 87/1953 trovava la sua copertura costituzionale, come affermato nella relazione di accompagnamento al disegno di legge, in una “lettura amplificata” dell’articolo 98 3° comma. L’articolo 8, oltretutto, a parere di alcuni giuristi¹³, difficilmente risulterebbe conforme a Costituzione se sottoposto a giudizio di legittimità, anche nel caso in cui se ne potesse dedurre che *qualsiasi* attività connessa coi partiti fosse stata proibita.

La successiva proposta in materia fu il disegno di legge Pacciardi del 15 gennaio 1949 (n. 281/C), intitolato alla “Apoliticalità degli appartenenti alle Forze armate, dei magistrati militari e dei rappresentanti diplomatici e consolari”: Nell’evidente intento non solo di attuare (come anche affermava la relazione di accompagnamento al disegno di legge), ma anche di estremizzare la portata dell’articolo 98 3° comma Cost., il DDL Pacciardi prevedeva non solo il divieto di iscrizione ma anche l’appartenenza a partiti politici e persino ad associazioni aventi carattere politico sul piano delle attività e dei fini. Una disposizione, a parere di chi scrive, alquanto vaga: non viene definito, difatti, il significato del *carattere politico* di tali associazioni: se, cioè, sia da intendersi in senso stretto (e quindi nel senso di fini politici chiaramente visibili nel tentativo di influenzare la società e il mondo politico-parlamentare, nonché di parteciparvi attivamente pur non “scendendo in campo”) o in senso più lato (intendendo la politica come modalità di organizzazione di individui per perseguire un fine comune). Si sarebbe così rischiato di colpire non solo la partecipazione dei magistrati alla vita politica, ma anche l’Associazione nazionale magistrati nella sua componente fatta di magistrati militari, cui la norma si rivolgeva. Risulta tuttavia difficile comprendere come mai la norma, oltre a riguardare gran parte delle categorie professionali presenti all’interno dell’articolo 98 3° comma Cost., non riguardasse anche il resto della magistratura. Ci si può perciò ricollegare a quanto affermato dallo storico Paul

¹¹ G. D’ORAZIO, *Aspetti dello status di giudice della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 205 e ss.

¹² S. PANIZZA, E. MALFATTI, R. ROMBOLI, *Il giudizio per conflitto di attribuzione*, in IID., *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021

¹³ C. ESPOSITO, *I partiti*, in *La Costituzione italiana*, p. 224, nota 21-bis, Cedam, Padova, 1954 (Esposito prevede la scrittura di una norma simile a quella contenuta nell’articolo 8 della legge 87/1953; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 919, nota 123).

Ginsborg sullo stato della giustizia italiana nei primi anni della Repubblica e dei suoi rapporti con lo Stato e la politica: i magistrati, come gran parte dei dipendenti pubblici (inclusi funzionari e *grands commis*), sin dai tempi del governo Bonomi, non avevano subito né epurazioni né tanto meno rappresaglie per la loro appartenenza al PNF o per i loro legami col fascismo, ed erano dunque rimasti al loro posto, garantendo la continuità dell'amministrazione e della giurisdizione dalla monarchia alla repubblica. Gran parte dei magistrati veniva dunque dal regime fascista ed era la garanzia di una fedeltà allo Stato che aveva permesso loro di continuare a lavorare. La fedeltà allo Stato e la forte fede anticomunista della magistratura (o quantomeno la non opposizione alle forze di Governo in anni molto tumultuosi per il Paese come quelli che vanno dal 1945 al 1953) era garanzia che tali magistrati non solo non contrastassero le politiche securitarie come quelle dei governi De Gasperi, ma potessero non essere una spina nel fianco infiltrata dall'opposizione. Non si avvertiva, quindi, il bisogno di porre una simile limitazione anche per i magistrati ordinari. Perché, allora, la disposizione concerneva solamente i magistrati militari? È probabile che in un settore tanto delicato quale quello della Difesa si preferisse limitare al massimo grado la penetrazione politica, per evitare il ricrearsi di un connubio come quello che si era creato tra il Partito Nazionale Fascista e il Regio Esercito, soprattutto nel timore di un colpo di mano comunista nel settore più delicato da gestire, specie in tempi di guerra fredda come quelli a cavallo tra gli anni Quaranta e gli anni Cinquanta. Il DDL Pacciardi, tuttavia, pur se approvato alla Camera, decadde per via dello scioglimento delle Camere.

Un'altra interessante proposta di legge (n. 2234/C) fu presentata dai deputati Romeo e Manco nel 1970: tale proposta prevedeva il divieto per i magistrati di iscriversi non soltanto a partiti politici, ma anche ad associazioni di categoria. Come affermava lapidariamente la relazione di accompagnamento al progetto di legge: "La politica e la contestazione sono entrate nella magistratura.". Il decennio precedente era stato, difatti, segnato da eventi profondamente innovativi, tanto per la società civile quanto per la politica e la magistratura: le speranze deluse di rinnovamento riposte nei governi di centrosinistra, la rinnovazione della Chiesa con il Concilio Vaticano II, i movimenti studenteschi del Sessantotto e la conseguente alleanza tra movimenti operai e studenteschi nel cosiddetto "autunno caldo" del 1969, la strage neofascista di Piazza Fontana a Milano del 12 dicembre 1969, tutti eventi che avevano fatto emergere istanze progressiste non solo nella società, ma anche nella magistratura. L'apertura della magistratura anche alle donne realizzatasi a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 33/1960 (il noto "caso Rosa Oliva") e la nascita, nel 1964, di Magistratura democratica, corrente dell'Associazione nazionale magistrati di orientamento nettamente progressista e innovatore nei confronti delle vetuste strutture e logiche della magistratura italiana, avevano portato una ventata di cambiamento nella

magistratura. Tali profondi cambiamenti erano profondamente temuti da una parte della politica, specialmente dalla Democrazia cristiana, che vedeva nella contestazione e nel progressivo spostamento a sinistra della società così come nell'emergere di istanze progressiste nella magistratura (che, si badi bene, avevano il solo fine di adattare il sistema giudiziario al profondo cambiamento che la società stava vivendo, non di sovvertire l'ordinamento) il germe di una possibile rivoluzione di matrice comunista. Tale disposizione, che a parere di Borrè¹⁴ difficilmente avrebbe superato il giudizio di legittimità costituzionale, fu ripresentata in maniera identica tanto nel 1972 (n. 1020/C) quanto nel 1976 (n. 275/C), senza mai neppure essere presa in considerazione nei lavori delle Assemblee.

Degna di nota è anche la proposta Mammì-Pennino (n. 156/C), che constava di due articoli: nel primo riprendeva il divieto d'iscrizione ai partiti politici per tutte le categorie professionali comprese all'interno dell'articolo 98 3° comma Cost., al secondo imponeva a tali soggetti di "non assumere comportamenti che compromettano la assoluta imparzialità delle funzioni e l'indipendenza politica delle amministrazioni di cui fanno parte". Secondo alcuni giuristi come Salvatore Senese¹⁵, inoltre, tale disposizione -oltre che ad essere davvero poco chiara ed eccessivamente generica- sarebbe stata ingiusta nell'equiparare sotto il concetto di imparzialità/indipendenza categorie professionali come la magistratura (non regolate da gerarchia, come implicitamente stabilito dall'articolo 107 3° comma Cost.) e categorie fortemente gerarchizzate come i militari e le forze di pubblica sicurezza. L'articolo 2 di tale proposta di legge, inoltre, stabiliva che tali categorie, in caso di candidatura ad elezioni amministrative e politiche, sarebbero stati posti in aspettativa per la durata della campagna elettorale e avrebbero potuto svolgere attività politica solo al di fuori dei rispettivi corpi o amministrazioni. Tale disposizione, nel caso dei magistrati avrebbe dovuto operare in funzione delle varie tipologie di articolazioni territoriali in cui costoro esercitavano la loro professione (es. circondario, circoscrizione). Ripresentata nell'agosto 1983 (n. 254/C), la proposta Mammì restò ferma fino alla primavera del 1986 quando, sull'onda del caso Tortora e del forte sentimento di limitazione della magistratura che montava nel Paese, iniziò l'esame in Commissione affari costituzionali della Camera. Il 20 novembre 1986, peraltro, il Csm, in un suo parere sulla proposta di legge, si esprime negativamente sulla pericolosa genericità dell'articolo 2, ma contemporaneamente giudicò in modo favorevole la previsione del divieto d'iscrizione ai partiti, data la forte connessione di questi ultimi col potere legislativo e col potere esecutivo, che dovevano però restare distinte nettamente dal potere

¹⁴ G. BORRÈ, *Art. 98 3° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 2005, p. 450.

¹⁵ S. SENESE, *Magistrati e iscrizione*, in *Quaderni di giustizia*, 61, 1986, p. 10

giudiziario. Tuttavia, la Commissione affari costituzionali, nel licenziare il testo in sede referente, stralciò dal divieto i magistrati, per i quali si sarebbe provveduto in sede di riforma dell'ordinamento giudiziario, riducendo oltretutto l'articolo 2 a forme di congedo straordinario o di licenza speciale per la durata della campagna elettorale (cose ben diverse, quindi, dall'aspettativa forzata).

Nel corso degli anni, si rintracciano ulteriori proposte: la proposta Del Pennino, La Malfa ed altri, presentata alla Camera nel maggio 1988. Essa riguardava solo i magistrati ordinari e non solo vietava l'iscrizione di costoro ai partiti politici (nonché la partecipazione ad attività inerenti ad un partito politico, in modo sempre fumoso e vago) ma prevedeva anche una più ampia riforma del sistema giudiziario che comprendeva, tra le altre cose, la disciplina dell'assegnazione della sede del magistrato in caso di mancata elezione o di espletamento di un mandato elettorale. Vi fu, inoltre, la proposta Labriola dell'aprile 1989 (n. 3830/C), che riproduceva gli aggiustamenti introdotti nell'art.2 della proposta Mammì durante i lavori parlamentari sopra ricordati. L'esame congiunto dei due testi nella Commissione affari costituzionali della Camera portò i deputati Ferrara, Barbieri e Forleo a proporre la sostituzione del divieto di iscrizione ai partiti politici con una norma del tutto diversa: le categorie professionali citate nell'articolo 98 3° comma avrebbero dovuto comunicare entro trenta giorni al ministro competente (o, per le varie tipologie di magistrati, ai rispettivi organi di autogoverno) l'iscrizione o l'appartenenza ad associazioni di qualsiasi natura, nonché il diritto di ogni cittadino di ottenere copia delle dichiarazioni predette. La proposta di legge, tuttavia, decadde per via della fine della legislatura nel 1992.

Il bilancio del periodo "primorepubblicano" non può non dirsi che fallimentare: i vari tentativi, pur se carichi di aspetti controversi, di dare attuazione al disposto dell'articolo 98, 3° comma, Cost. hanno rivelato un tendenziale tentativo di precludere del tutto l'iscrizione dei magistrati a partiti, andando ben oltre quanto previsto dall'articolo 98. Si può tuttavia affermare con certezza che, tranne che nella fase finale della "Prima repubblica", la dialettica tra magistratura e politica è stata tutt'altro che serrata, risultando anzi concorde sul "nucleo forte" dei vari tentativi di normazione del settore, ovvero sia l'esclusione dei magistrati dal novero dei cittadini abilitati ad iscriversi ai partiti. In generale, non si riscontrano neppure particolari frizioni dal punto di vista storico tra magistratura e politica, se negli anni che vanno dal 1980 al 1994: lo scandalo della P2, il caso Tortora e il conseguente referendum sulla responsabilità civile dei magistrati, il contrasto tra i magistrati e i governi Craxi per quanto riguardava le televisioni di Silvio Berlusconi, e infine, ovviamente, lo scandalo di Mani Pulite, che vide numerosi imputati (fra tutti, Bettino Craxi) accusare i magistrati di svolgere un processo politico. Da allora, le tensioni tra magistratura e politica, soprattutto del rapporto della prima con la seconda, sono state a volte altissime.

3. Magistratura e politica nella “seconda Repubblica”

La nascita della “Seconda Repubblica” può essere collocata nel 1994, con la nota “discesa in campo” di Silvio Berlusconi, divenuto nello stesso anno Presidente del Consiglio. L’atteggiamento liberale di Berlusconi e del suo partito, in contrasto con l’atteggiamento spesso definito “giustizialista” della magistratura, nonché le numerosissime inchieste a carico di Berlusconi e dei suoi compagni di partito, ha profondamente inciso sul rapporto tra magistratura e politica. Sorvolando sui numerosissimi interventi legislativi sull’ordinamento giudiziario da parte dei governi Berlusconi (nonché dei governi di centrosinistra), è la legge-delega 150/2005 a trattare il rapporto tra magistratura e politica, nella fattispecie tra partiti e magistrati: la legge, attuata nel dlgs.109/2006, prevedeva, all’articolo 3 1° comma lettera h), tra gli illeciti disciplinari del magistrato fuori dall’esercizio della funzione:

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 l’immagine del magistrato.

Proseguendo nel solco delle precedenti proposte legislative andate a vuoto, la disposizione non sembra equivocabile nel sancire cosa costituisca la “partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici”: potrebbe rappresentare tanto la partecipazione ad eventi organizzati da partiti politici, quanto la candidatura con partiti politici. Tanto per la prima quanto per la seconda interpretazione, la disposizione difficilmente potrebbe superare il vaglio di costituzionalità (per contrasto, nel primo caso, con l’articolo 21, 1° comma, Cost., nel secondo caso con gli articoli 56, 2° comma, e 58 Cost.). Oltretutto, pur non essendosi ancora presentata l’ipotesi concreta, tale disposizione parla di partiti, non di movimenti politici, per cui l’iscrizione a un partito (da intendersi, forse, tra quelli inclusi nel Registro nazionale dei partiti politici) sarebbe totalmente differente dall’iscrizione a un movimento politico, anche qualora esso si presenti alle elezioni con esso.

4. La sentenza 224/2009

Il 17 luglio 2009, è stata emanata una sentenza dalla Consulta, redatta dal giudice Paolo Maddalena, che ha iniziato a chiarire i profili di costituzionalità dell’articolo 3 comma 1 lettera h) della legge 109/2006. A sollevare la questione di costituzionalità è stata sollevata dalla Sezione disciplinare del CSM, in seguito all’azione promossa dal Procuratore generale nei confronti di Luigi Bobbio, magistrato fuori ruolo facente funzioni di consigliere parlamentare, per aver accettato ed assunto la carica di presidente della federazione provinciale di Napoli del partito Alleanza Nazionale.

Secondo il giudice *a quo*, la disposizione legislativa non avrebbe distinto l'iscrizione e la partecipazione a partiti politici rappresentati in Parlamento, oltre ad essere in palese violazione dell'articolo 49 Cost. per lesione del diritto di tutti i cittadini ad associarsi liberamente in partiti. La Sezione disciplinare ha anche sottolineato che, se l'articolo 98, comma 3, Cost. parla di "limitazioni", la disposizione legislativa introdurrebbe un "vero e proprio divieto formale e assoluto", violando anche un diritto fondamentale garantito dall'articolo 2, nonché del principio di uguaglianza, che garantisce a tutti i cittadini di essere uguali dinanzi alla legge, tanto nei doveri quanto nei diritti (come quello di libera associazione, garantito dall'articolo 18 Cost.).

La Corte, pur riconoscendo l'imprescindibile diritto dei magistrati a potersi iscrivere a un partito così come tutti gli altri cittadini, dichiara infondata la questione di costituzionalità: difatti, la posizione peculiare che la Carta assicura ai magistrati porta con sé una serie di obblighi speciali, quali il dovere di essere imparziali, nonché (perlomeno) di apparire imparziali dinanzi alle logiche e agli interessi dei partiti. La sentenza, oltre a rimarcare il bilanciamento effettuato dalla disposizione tra il diritto ad iscriversi a un partito politico e l'esigenza di assicurare la terzietà dei magistrati, sottolinea come la disposizione sia anche garante della soggezione del magistrato esclusivamente alla legge (ex articolo 101 comma 2 Cost.) e non a eventuali discipline gerarchiche di partito.

Interessante è anche l'interpretazione data dalla Corte a quanto previsto dalla disposizione in merito alla partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici, da intendersi come schieramento organico con una determinata parte politica, "suscettibile -a detta della Corte- di condizionare l'esercizio indipendente ed imparziale e di comprometterne l'immagine". Perfezionando l'interpretazione della legge, la Corte osserva l'applicazione della norma a *tutti* i magistrati, quindi anche a quelli fuori ruolo come il dottor Bobbio.

5. Il c.d. "caso Emiliano"

A sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale (questa volta parziale), dell'articolo 3 comma 1 lettera h) della legge 109/2006 è stata sempre la sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura: l'illegittimità parziale della disposizione sarebbe stata, a parere del Csm, nel non prevedere deroghe alla disposizione per quei magistrati fuori ruolo collocati in aspettativa per motivi elettorali.

La vicenda era partita da un'azione disciplinare promossa dal Procuratore generale della Corte di cassazione nei confronti del pugliese Michele Emiliano, già magistrato antimafia di lungo corso nonché politico di spicco nello scenario nazionale: sindaco di Bari dal 2004 al 2014, assessore "esterno" presso il comune di San Severo ed eletto, nel giugno 2015, Presidente della Regione Puglia. L'azione

disciplinare, come si può ovviamente comprendere, non era data dalle numerose cariche politiche ricoperte dal magistrato, ma dalla carica ricoperta di Segretario regionale del Partito democratico e per la candidatura a Segretario nazionale del medesimo partito nella primavera del 2017. Le cariche, a parere del PG della Cassazione “non coesenziali con l’espletamento dei mandati amministrativi presso gli enti territoriali”, presupponevano per statuto, l’iscrizione ad un partito, ed erano la controprova di una “partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici da parte di Emiliano”.

Il giudice *a quo*, nella sua ordinanza di rimessione, sottolinea le differenze col caso della sentenza 224/2009, in cui l’incarico ricoperto dal magistrato sottoposto ad azione disciplinare non era di tipo elettivo, bensì di tipo “tecnico”, anche se ad un occhio attento non sfugge che ad essere biasimato, in quel caso, non fosse il ricoprire un incarico fuori ruolo vagamente avvicicabile all’ambito politico, ma l’iscrizione a un partito e l’assunzione di incarichi all’interno di esso da parte del magistrato.

Il giudice rimettente, oltre a sottolineare l’inscindibilità di funzioni politico-amministrative con le dinamiche politiche (che potrebbero, di fatto, finire per eludere la norma mentre l’iscrizione ad un partito sarebbe maggiore garanzia di trasparenza in questi inevitabili contatti) richiama la “giurisprudenza” dei pareri del CSM, che hanno ritenuto incompatibile con l’articolo 51 Cost. il previo parere del Consiglio sulle candidature dei magistrati e la possibilità per costoro di assumere funzioni politico-amministrative (posto che essi debbano necessariamente mettersi in aspettativa), ritenendo quindi *funzionale* al ruolo politico ricoperto l’assunzione di incarichi all’interno di partiti di riferimento delle forze politiche a sostegno della carica politica ricoperta. Il giudice rimettente rileva inoltre la contraddittorietà di una norma che, pur se tesa a tutelare l’indipendenza e l’apparenza di indipendenza del magistrato, ne permette la candidatura, lasciando comunque chiaramente intendere l’area politica di riferimento del magistrato.

Oltre ad assistersi a un intervento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che richiama ampiamente le motivazioni della sentenza 224/2009, lo stesso Emiliano ha depositato memorie, richiamando non solo l’insussistenza dell’azione disciplinare per prescrizione dei tempi, ma valutando anche come la stessa prassi in materia, per soggetti nell’identica situazione di Emiliano, fosse stata contrassegnata da una totale assenza di procedimenti disciplinari nei confronti dei soggetti coinvolti, vedendo come unico caso quello dello stesso Emiliano. La garanzia dell’indipendenza del magistrato, inoltre, sarebbe già tutelata, nella fattispecie, dalla collocazione fuori ruolo del magistrato, il cui ricoprire ruoli all’interno di partiti che lo sostengono sarebbe un’attuazione dell’unione tra l’attività politica e l’attività istituzionale, la cui scissione-operata dal PG della Cassazione- sarebbe incostituzionale. Tuttavia, Emiliano, nella sua memoria,

rammenta come molti partiti richiedano una partecipazione diretta degli eletti alle strutture partitiche: si evidenzia così apertamente la dialettica serrata, che di primo acchito potrebbe apparire alquanto fumosa e priva di una realizzazione pratica effettiva- tra disciplina di partito ed indipendenza del magistrato, che pone dei problemi anche dal punto di vista costituzionale. Oltretutto, le qualifiche di sindaco e Presidente della Giunta regionale non possono essere qualificati organi tecnici preposti allo svolgimento di funzioni di natura professionale, bensì organi di vertice dell'indirizzo politico a tutto tondo.

La Corte, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale, ha sì richiamato la sentenza 224/2009, rimarca il bilanciamento effettuato dalla disposizione tra il diritto del magistrato a partecipare alla vita politica del Paese con l'onere (implicitamente dedotto dall'articolo 98 3° comma Cost.) per il magistrato non solo di essere, ma anche di apparire indipendente e imparziale. La fattispecie portata alla Corte, secondo la medesima, riguarderebbe, invero, la più ampia questione dei magistrati fuori ruolo che ricoprono incarichi politici ad ogni livello. Non solo l'iscrizione, ma anche la stessa partecipazione (di cui la Corte valorizza gli aggettivi "sistematica e continuativa" che la accompagnano, e che stanno a evidenziare come la partecipazione saltuaria non sia colpita) sono atti degni di essere giuridicamente sanzionati (per quanto l'iscrizione, in quanto soggetta a rinnovamento, costituisca già di per sé la realizzazione di una partecipazione sistematica e continuativa alla vita di un partito). La Consulta, inoltre, sancisce definitivamente la separazione tra carica elettiva e iscrizione a un partito, ma sottolinea, allo stesso tempo (con quello che a un occhio attento appare un sottile monito al legislatore), come il necessario sostegno politico che un magistrato necessita, qualunque carica egli ricopra, sia comunque una sanzione di politicità e di parzialità, ancorché non di dipendenza. Ciò detto, tali rilevi non permettono l'iscrizione del magistrato a partiti politici o la sua partecipazione sistematica e continuativa, bensì sono degni di rilievo nell'ambito disciplinare in quanto rischiano di danneggiare severamente l'imparzialità del magistrato. Infine, la Corte annota che tale disposizione non può essere alla base di un automatismo disciplinare e che, quindi, l'eventuale sanzione disciplinare andrà valutata caso per caso.

A parere di Valeria De Santis¹⁶, la sentenza risulta sin troppo blanda nel definire l'appartenenza a un partito del magistrato, non prendendo in considerazione, invece, il fatto che l'appartenenza di un magistrato a un partito possa realizzarsi anche senza un'effettiva iscrizione, notando, però, che d'altro canto neppure l'iscrizione di un magistrato a un partito sia la garanzia di una partecipazione "sistematica e continuativa". Per De Santis, la scelta della Corte è stata

¹⁶ V. DE SANTIS, *Indipendenza e imparzialità del magistrato fuori ruolo tra disciplina sul rientro dei magistrati e democraticità interna dei partiti*, in *federalismi.it*, 24 novembre 2018

necessariamente vincolata dai limiti della disposizione legislativa, che non prende né in considerazione quanto detto poco sopra, ma neppure consente di operare una ragionevole distinzione tra un magistrato in ruolo e un magistrato fuori ruolo, che, in quanto tale, sarebbe irragionevole escludere dall'iscrizione ad un partito: il problema centrale sarebbe rimasto, dunque, l'assenza di una disciplina statale dei partiti e una "idonea regolazione del rientro in ruolo dei magistrati". Sulla scelta della Corte, inoltre, concorda Jessica De Vivo¹⁷, affermando che la decisione della Consulta sul "caso Emiliano" risulta adeguata nel bilanciare l'indipendenza della magistratura con la necessità di assicurare la possibilità, ad ogni cittadino, di concorrere a determinare la politica nazionale: una disposizione resa necessaria anche dalla sempre maggiore partecipazione di magistrati alla vita politica locale e nazionale. In generale, dunque, la dottrina¹⁸ concorda sulla necessità di regolare tanto il sistema partitico quanto la figura (già invero regolata, ma non sufficientemente, a parere della dottrina) del magistrato fuori ruolo.

Tale sentenza appare nettamente chiarificatrice non solo sui rapporti tra magistratura e politica, bensì anche sul collocamento fuori ruolo dei magistrati che ricoprono cariche elettive. Un orientamento che la riforma Cartabia (legge n. 71/2022), anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, prende in considerazione ed esplicita chiaramente nelle disposizioni della legge delega.

¹⁷ J. DE VIVO, *La spinosa questione della partecipazione dei magistrati alla vita politica. Considerazioni alla luce del "caso Emiliano"*, in *federalismi.it*, 19 dicembre 2018

¹⁸ *Ex multis*, oltre ai lavori già citati, L. LONGHI, *Il divieto di iscrizione a partiti politici per i magistrati collocati fuori ruolo per motivi elettorali. Riflessioni a margine del c. d. caso Emiliano*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2018, nonché M. MANDATO, *A proposito del bilanciamento tra libertà di associazione politica ed esercizio di funzioni giurisdizionali*, in *Nomos Le attualità nel diritto*, 3, 2018.