

GIUSEPPE EDUARDO POLIZZI, *Il Magistrato al Parlamento*

PUBBLICAZIONI DELLA UNIVERSITÀ DI PAVIA
STUDI NELLE SCIENZE GIURIDICHE E SOCIALI

NUOVA SERIE

VOLUME 160



GIUSEPPE EDUARDO POLIZZI

IL MAGISTRATO
AL PARLAMENTO

*Volume realizzato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Pavia.*

Copyright 2017 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato da GECA s.r.l. - Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

A Davide

Un particolare ringraziamento lo voglio dedicare a Francesco Rigano, mio maestro. Dai suoi studi giovanili ha preso avvio questo lavoro. Voglio ringraziare poi Laura Montanari e Andrea Gratteri, per i consigli che mi hanno dato. Non posso non ricordare quanto sia importante, per chiunque faccia ricerca, la collaborazione col personale bibliotecario. E allora a Tiziana Busoni un sentito ringraziamento per l'estrema disponibilità.

INDICE

INTRODUZIONE.....	Pag. XV
-------------------	---------

CAPITOLO PRIMO

IL MAGISTRATO AL PARLAMENTO IN EPOCA ALBERTINA

SEZIONE I

Il giudice deputato

1. Le condizioni di eleggibilità dettate dallo Statuto albertino.....	» 1
2. L'esclusione del pubblico ministero dal diritto elettorale passivo.....	» 4
3. Alcuni cenni al dibattito sul riconoscimento del diritto all'elettorato passivo.....	» 6
4. L'inamovibilità quale condizione per l'elezione, nel periodo compreso tra il 1848 e il 1859. L'esclusione dei giudici di mandamento.....	» 9
4.1. L'art. 69 dello Statuto albertino: una norma in bianco.....	» 12
4.2. I dubbi interpretativi sul <i>dies a quo</i> per il calcolo dei tre anni ai fini dell'inamovibilità: l'inamovibilità come "patente" di fedeltà.....	» 15
5. L'appartenenza a determinati uffici quale condizione della capacità elettorale passiva, nel periodo compreso tra il 1859 e il 1923.....	» 20
6. Le candidature occulte e i rimedi della legislazione elettorale: l'introduzione dell'ineleggibilità relativa e la breve parentesi del collegio plurinomiale.....	» 24
7. I limiti numerici sulla presenza dei giudici presso la Camera elettiva: la riforma Bonfadini.....	» 30

8. Lo *status* del giudice eletto: l'introduzione del regime dell'aspettativa e le dimissioni obbligate..... » 36

SEZIONE II

Il magistrato senatore

1. Il magistrato e il Senato regio..... » 40
- 1.1. La funzione di moderazione del dibattito parlamentare..... » 41
- 1.2. L'elencazione tassativa delle categorie di nomina..... » 44
2. I requisiti di nomina. L'appartenenza a determinati uffici della magistratura e l'anzianità di servizio..... » 46
3. Il controllo del re sulla magistratura attraverso i magistrati appartenenti agli uffici superiori. Le leggi sull'ordinamento giudiziario (cenni)..... » 51
4. L'anzianità di servizio nell'ufficio di deputato: le tre legislature o i sei anni di mandato parlamentare, e le altre vie di nomina..... » 56

CAPITOLO SECONDO

IL MAGISTRATO AL PARLAMENTO DALL'EPOCA FASCISTA ALLA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA

SEZIONE I

Il magistrato in epoca fascista

1. Il disegno è compiuto..... » 61
2. Le leggi sull'ordinamento giudiziario di epoca fascista..... » 63
3. Il periodo transitorio. Le istanze di apoliticità dei magistrati..... » 71
4. Gli interventi sull'ordinamento giudiziario in epoca transitoria..... » 76
5. Il rifiuto della visione apolitica della magistratura e la continuità con la legislazione di epoca albertina sulla capacità elettorale passiva..... » 78
6. Il dibattito in Assemblea costituente sul divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati. Le perplessità di Calamandrei..... » 80
- 6.1. I favorevoli all'introduzione del divieto..... » 84

6.2. I contrari e la proposta di un ordine del giorno.	»	88
7. La decisione dell'Assemblea costituente di rinviare la decisione.....	»	92
8. La scelta del legislatore ordinario, quasi sessant'anni dopo: la via disciplinare e l'intervento della Corte costituzionale.....	»	94

SEZIONE II

Il magistrato parlamentare nel quadro costituzionale repubblicano

1. Il diritto elettorale passivo del magistrato quale diritto fondamentale.....	»	100
2. Lo statuto del magistrato nell'ordinamento costituzionale.....	»	103
3. Dalla premialità di epoca liberale alla severità di epoca repubblicana.....	»	108
4. L'assenza del principio di ammissione limitata e la sua legittimità costituzionale. La differenza rispetto alla normativa sugli incarichi giudiziari.....	»	109
5. L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulla capacità elettorale passiva.....	»	111

CAPITOLO TERZO

IL MAGISTRATO AL PARLAMENTO IN EPOCA REPUBBLICANA

SEZIONE I

Prima parte

Il magistrato candidato. L'aspettativa per candidatura politica.

1. L'inquadramento storico dell'aspettativa per candidatura politica e il fondamento costituzionale.....	»	118
2. Il magistrato onorario e l'aspettativa pre-elettorale...	»	123
3. Il <i>dies a quo</i> dell'efficacia della domanda di aspettativa pre-elettorale. La configurazione di un diritto potestativo del magistrato.....	»	125
3.1. Il superamento della concezione potestativa del diritto all'aspettativa pre-elettorale.....	»	129
4. Gli effetti dell'aspettativa pre-elettorale sul rapporto di lavoro: cenni.....	»	131
5. Le conseguenze in caso di violazione della domanda di aspettativa sull'elezione e sul piano disciplinare...	»	132

- | | | | |
|----|--|---|-----|
| 6. | Un problema aperto: la domanda di aspettativa svela il rapporto tra il magistrato e il partito politico..... | » | 134 |
| 7. | Le proposte di riforma: le dimissioni del magistrato e i dubbi di legittimità costituzionale..... | » | 135 |

SEZIONE I

Seconda parte

L'ineleggibilità (territoriale) relativa

- | | | | |
|----|---|---|-----|
| 1. | Le origini dell'istituto..... | » | 137 |
| 2. | La reintroduzione dell'ineleggibilità relativa nella legislazione di epoca repubblicana..... | » | 138 |
| 3. | L'ineleggibilità relativa in rapporto allo scioglimento anticipato delle Camere e alle elezioni suppletive: la prassi parlamentare..... | » | 143 |
| 4. | Il regime dell'ineleggibilità relativa nella normativa vigente..... | » | 150 |
| 5. | L'effettivo esercizio di funzioni giudiziarie quale elemento integrante la fattispecie dell'ineleggibilità..... | » | 151 |
| 6. | Il rapporto tra l'ineleggibilità relativa e l'aspettativa pre-elettorale..... | » | 152 |
| 7. | Il trattamento giuridico ed economico del magistrato e l'accettazione della candidatura..... | » | 157 |

SEZIONE II

Il magistrato eletto parlamentare

- | | | | |
|------|---|---|-----|
| 1. | L'aspettativa per mandato elettorale: la genesi dell'istituto..... | » | 160 |
| 2. | L'aspettativa per mandato elettorale in epoca repubblicana..... | » | 162 |
| 3. | La compatibilità tra l'ufficio di magistrato e quello parlamentare emersa dal dibattito in Assemblea costituente e sancita nella legge elettorale del 1948..... | » | 163 |
| 4. | L'incompatibilità tra l'ufficio di magistrato e quello di parlamentare nella legislazione elettorale successiva al 1956..... | » | 166 |
| 4.1. | L'obbligatorietà dell'aspettativa e la non cumulabilità dell'ufficio parlamentare con l'ufficio giurisdizionale..... | » | 167 |
| 4.2. | Il sindacato di legittimità della Corte costituzionale: la sentenza n. 6 del 1960..... | » | 170 |

5. Gli effetti dell'elezione sul rapporto di lavoro del magistrato.....	»	174
5.1. Le promozioni e la valutazione di professionalità del magistrato eletto parlamentare.....	»	174
5.2. Il rapporto tra l'aspettativa per mandato parlamentare e il procedimento disciplinare.....	»	187

SEZIONE III

Il rientro nelle funzioni giudiziarie al termine dell'aspettativa per candidatura politica o per mandato elettorale

1. Il quadro costituzionale per una normativa sul rientro del magistrato.....	»	188
2. La genesi della disciplina sul rientro e la tesi dell'innamovibilità come garanzia rinunciabile.....	»	190
3. Le lacune normative e gli interventi del Consiglio superiore della magistratura.....	»	194
3.1. Il richiamo in servizio.....	»	194
3.2. La destinazione del rientro: le condizioni concorrenti per la restituzione all'ufficio di appartenenza.....	»	196
3.2.1. Una disciplina omogenea per le diverse ipotesi di rientro: alcune osservazioni critiche.....	»	203
3.3. La persistenza di lacune normative nella materia del rientro: lo scioglimento anticipato delle Camere, le dimissioni dall'ufficio parlamentare e le dimissioni elusive.....	»	205
4. Il limite temporale dei cinque anni.....	»	207
5. Il potere normativo del Consiglio superiore della magistratura: alcune brevi notazioni sulla legittimità degli interventi in materia di rientro del magistrato in ruolo.....	»	208

APPUNTI PER BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE - IL MAGISTRATO AL PARLAMENTO E LA SEPARAZIONE DEI POTERI.....	»	215
--	---	-----

BIBLIOGRAFIA CONSULTATA.....	»	229
------------------------------	---	-----

INTRODUZIONE

All'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto albertino al magistrato fu riconosciuto un ruolo, all'interno dell'ordine politico-costituzionale, non limitato a quello di mero operatore del diritto bensì esteso a più vasti ambiti, sicché la sua figura sarebbe stata percepita come crocevia di molteplici interessi, talvolta contrastanti tra di loro.

Nelle diverse fasi storiche di vigenza dello Statuto albertino, invero, vi furono spinte e conseguenti resistenze affinché il magistrato si affrancasse dal controllo della politica, e fosse ridotto, per così dire, a quel ruolo primariamente riconosciuto dalla Costituzione repubblicana del 1948, ossia di titolare della funzione giudiziaria, depositaria privilegiata di uno dei tre poteri dello Stato e per questo assistita da precise guarentigie, funzionali all'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge: in *primis* indipendenza e imparzialità.

La riflessione che condusse l'Assemblea costituente a decidere per un modello di magistratura che superasse, e al contempo risolvesse, le storture passate affonda le proprie radici negli anni di vigenza dello Statuto albertino, laddove le leggi elettorali e sull'ordinamento giudiziario, a fronte delle scarse guarentigie statutarie, disegnarono la figura del magistrato e la definirono nei suoi rapporti col potere politico.

In tal senso, attraverso la disamina di un profilo circoscritto ai requisiti di eleggibilità al parlamento e, per la sola epoca statutaria, di nomina al Senato regio dei magistrati, si tenterà di riannodare il filo di un dibattito tutt'ora in corso, tra scelte di rottura e altre nel segno della continuità, tra questioni in apparenza risolte e altre assolutamente dimenticate, in un tema classico del diritto costituzionale: "magistratura e politica". Esula da questa ricerca una più generale riflessione sulla posizione costituzionale della magistratura in epoca liberale e in epoca repubblicana. Per l'epoca statutaria tale approfondimento avrebbe quale necessaria premessa metodologica l'attenzione alle varie fasi di vigen-

za dello Statuto, le cui regole erano via via modellate dal legislatore liberale, da quello fascista e, infine, dal legislatore della transizione costituzionale, e ai continui ed evidenti “scostamenti” della legislazione dal testo costituzionale albertino. Per l’epoca repubblicana, invece, ben più ampie e note sono le opere di Maestri alle quali si è fatto richiamo, laddove necessario per inquadrare il tema oggetto della ricerca.

Nella fase precedente l’entrata in vigore della Costituzione del 1948, si è tenuta distinta la figura di giudice da quella di pubblico ministero. Il pubblico ministero era sì un magistrato nel senso di titolare di funzioni giudiziarie, ma non era equiparato agli altri: con una locuzione destinata a essere ricordata, mutuata dalla legge sull’ordinamento giudiziario del 1865 e ripresa da quello del 1923, il magistrato addetto alle funzioni requirenti era considerato il «rappresentante del potere esecutivo presso l’autorità giudiziaria ed è posto sotto la direzione del Ministro della giustizia». Un «occhio del governo», come lo definì Piero Calamandrei, «distaccato presso gli organi giudiziari, per sorvegliare e stimolare il funzionamento» della magistratura stessa¹. Nella fase successiva all’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, invece, la distinzione fra magistrati giudicanti e magistrati requirenti non è più rilevante per il tema affrontato, se non per quel che riguarda la normativa sul rientro del magistrato alle funzioni giudiziarie, dopo aver svolto un mandato elettorale presso il parlamento.

Da un punto di vista cronologico si è ritenuto di strutturare la ricerca in tre capitoli: l’epoca statutaria e l’epoca repubblicana, separate dal periodo di transizione costituzionale, e di organizzare i temi in sezioni tematiche.

Sotto il profilo metodologico, la parte dedicata all’epoca statutaria risente della difficoltà di reperire le fonti di conoscenza necessarie per comprendere come e in quale misura la norma scritta fosse applicata nella prassi. Per tale epoca, dunque, tenendo a mente gli studi prosopografici di Pietro Saraceno, si è proceduto facendo riferimento al dibattito parlamentare sulla formazione delle norme elettorali che hanno regolato la capacità elet-

¹ P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice civile*, II, Padova, 1943, in *Opere giuridiche* (a cura di N. Cappelletti), Morano, Napoli, 1970, 509; vedi anche M. D’Amelio, *Del pubblico ministero*, in *Il nuovo c.p.c. commentato*, I, Torino, 1943, 326 ss.

torale passiva del magistrato, nelle diverse fasi di vigenza della carta albertina. Per il Senato regio, invece, si è indagato sulle ragioni per cui taluni e non altri magistrati furono inseriti fra le categorie di nomina al Senato, ai sensi dell'art. 33 Statuto albertino. Invece, nella parte che approfondisce il magistrato parlamentare nell'epoca repubblicana la ricostruzione è stata più agevole, in considerazione degli elementi di prassi offerti sia dalle delibere del Consiglio superiore della magistratura sia dai provvedimenti adottati nei confronti di alcuni magistrati.

In particolare, per quel che riguarda l'epoca liberale, dalla disamina dei diritti politici dei magistrati emerge senz'altro una stretta dipendenza della magistratura dal potere esecutivo: basti far riferimento alla prima legge sull'ordinamento giudiziario, la legge Siccardi del 1851, e alla stessa formulazione "in bianco" della norma sull'inamovibilità di cui all'art. 69 dello Statuto albertino, che da garanzia d'indipendenza diveniva, per via della sua modulazione e interpretazione assai restrittiva, strumento del potere esecutivo per assicurarsi la stretta sorveglianza e dunque il collateralismo della magistratura. Per di più nello Statuto albertino vi erano norme che imponevano al magistrato di essere mero esecutore della volontà del legislatore, precludendogli quell'attività, l'interpretazione della legge, che ai sensi dell'art. 73, era attribuita all'esclusivo appannaggio del potere legislativo. In tale contesto, le norme sui diritti d'elezione e di nomina s'inserirono coerentemente in quegli strumenti volti a ricercare nella magistratura una sorta di adesione all'indirizzo politico del potere esecutivo.

Per tale fase si è dunque indagato se il diritto d'essere parlamentare è per la magistratura un premio per la fedeltà dimostrata al potere esecutivo. *Fedeltà* la cui ricerca, nel quadro normativo considerato, trovava coerenza nelle esigenze correlate alle vicende storiche contestuali all'unificazione d'Italia, che per quanto non richiamate nello specifico dell'indagine, sono state tenute in conto per comprendere la ragioni a fondamento delle scelte del legislatore.

La prima sezione del capitolo primo è dedicata quindi alla disamina delle condizioni in presenza delle quali il magistrato poteva godere del diritto all'elettorato passivo e dunque essere eletto. Si vedrà che in epoca albertina il diritto del magistrato a essere eletto alla Camera dei deputati non fu mai negato, bensì sottoposto a condizioni, talvolta stringenti, che riflettevano i principi su cui si reggeva l'impianto normativo dello Stato libe-

rale: primi fra gli altri la divisione dei poteri e la libertà di voto. Soltanto verso il declino dello Stato liberale e agli albori del regime fascista, quando si optò per un sistema rappresentativo plebiscitario destinato a sacrificare la libertà di voto alla volontà di fascistizzazione dello Stato, emerse l'esigenza di assicurare, mediante istituti tutt'ora presenti nell'ordinamento repubblicano (l'aspettativa per candidatura politica, l'ineleggibilità relativa e l'aspettativa per mandato politico), l'imparzialità e l'indipendenza del magistrato dagli altri poteri. La seconda sezione si occupa delle condizioni a cui il magistrato fu sottoposto per la nomina al Senato regio: avrebbe, per via della nomina, fatto ingresso in quell'*élite* di burocrati che Carlo Alberto volle al proprio fianco nel momento in cui, con la concessione dello Statuto albertino, si spogliava del potere assoluto, in favore di un regime monarchico costituzionale. Del resto, i più alti uffici della magistratura giudicante e requirente erano inclusi nell'elenco, tassativo, di nomina posto nell'art. 33 dello Statuto albertino, ma delle ragioni profonde di tale inserimento, purtroppo, non v'è traccia nei verbali del Consiglio di conferenza, riunito in quei giorni tumultuosi che condussero alla concessione della carta costituzionale. Dunque si è tentato di ricostruire le motivazioni della presenza di taluni (e non altri) uffici della magistratura fra le categorie indicate all'art. 33 dello Statuto albertino, a partire dalla funzione del Senato regio e sulle ragioni per cui altri (e alti) funzionari della pubblica amministrazione erano presenti tra le categorie di nomina.

La legislazione statutaria si mosse verso l'esclusione dei magistrati degli uffici inferiori dal circuito politico rappresentativo e l'effetto di tale esclusione produsse un vuoto di rappresentanza delle istanze dei giudici inferiori, istanze di emancipazione da una situazione descritta dalla storiografia come obiettivamente critica: in tale contesto agli inizi del Novecento venne costituita l'Associazione Nazionale Magistrati d'Italia, l'archetipo dell'Associazione Nazionale dei Magistrati. L'Associazione era la prima occasione di rappresentanza degli interessi delle magistrature gerarchicamente inferiori: uno strumento insidioso, teso a rivendicare condizioni di indipendenza, anche attraverso miglioramenti economici. L'avvento del fascismo, tuttavia, interruppe l'attività dell'Associazione, la quale decise di "morire" piuttosto che forzatamente aderire al regime. Quel fatto segna una «frattura» nella storia del potere giudiziario in Italia che fu il principio di una sorta di «separazione» dalla classe politica,

anche dell'alta magistratura, dopo quattro decenni che l'avevano vista «osmotica»². Nei primi anni del fascismo, prima della svolta autoritaria, vi è qualche elemento che pare stridere con questa ricostruzione: si pensi alla legge elettorale del 1923 che prevede, di regola, l'eleggibilità di tutti i magistrati: superando così il sistema consolidatosi fin dalla legge elettorale del 1859, per cui soltanto i magistrati dei più alti uffici dell'amministrazione giudiziaria erano ammessi alla Camera elettiva.

Il secondo capitolo, anch'esso suddiviso in due sezioni, tratta rispettivamente del periodo che va dal regime fascista alla fase transitoria, per poi chiudere sul dibattito, avuto in Assemblea costituente, sul tema dell'eleggibilità dei magistrati (celato sotto la discussione sulla possibilità di introdurre limiti all'iscrizione ai partiti politici).

Col sistema plebiscitario introdotto con la legge elettorale del 1928 e successivamente con l'abrogazione della Camera elettiva, nel 1939, e l'istituzione della Camera dei fasci e delle corporazioni, la magistratura venne allontanata dalle istituzioni di rappresentanza fascista. Al contempo, però, si assistette a una progressiva accentuazione del controllo da parte del potere esecutivo: una serie di interventi normativi, di cui si è dato breve cenno, realizzeranno la piena integrazione della magistratura nel tessuto politico, nella logica di un principio rigidamente unitario per cui tutti gli apparati dello Stato sarebbero stati assoggettati al servizio del regime.

Caduto il fascismo, l'istanza di apoliticità dei giudici, che pervenne dalla ricostituita Associazione dei magistrati, è da leggersi come una diffidenza nei confronti di quel potere politico che l'aveva assoggettata per lungo tempo: apoliticità intesa come volontà di non compromettere la magistratura, garantendole la libertà di "fare politica" attraverso l'associazionismo. Diversi segnali di questa diffidenza arrivarono sino in Assemblea costituente, laddove il tema dell'eleggibilità fu affrontato, come si diceva, in seno al dibattito sul divieto per i magistrati di iscriversi ai partiti politici, che scaturì da una posizione di dubbio espressa da Piero Calamandrei.

Nella seconda parte del capitolo secondo si sono analizzate

² P. Saraceno, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione. Linee di una analisi socio-politica del persona dell'alta magistratura dall'unità al fascismo*, Roma, 1979, 79.

le implicazioni derivanti dall'affermazione, sul piano costituzionale, di un regime di guarentigie per la magistratura e del riconoscimento del suffragio universale quale diritto fondamentale, e quindi delle conseguenze sul tema della capacità elettorale passiva: prima fra le altre l'illegittimità di quei limiti numerici all'ammissione alla Camera dei deputati per i magistrati previsti nella legislazione liberale. In generale, la tesi che si è voluta approfondire è se si possa parlare di "severità" nella modulazione delle regole di eleggibilità dei magistrati, con ciò ponendo le regole sulla concessione del diritto d'essere parlamentare per il magistrato in posizione diametralmente opposta rispetto alla "premierità" emersa in epoca liberale.

Col terzo capitolo si entra nella "fase repubblicana" e, nelle tre sezioni in cui è organizzato, si affrontano i profili costituzionali del magistrato candidato, del magistrato eletto, e del deputato-magistrato che deve rientrare in magistratura. Nella sezione I, nell'ambito della disamina dello *status* del magistrato candidato, sono stati analizzati gli istituti di derivazione liberale dell'aspettativa pre-elettorale e dell'ineleggibilità relativa. Per quel che riguarda l'aspettativa pre-elettorale, particolare attenzione è stata posta sulla diversa modulazione delle ragioni di ordine costituzionale poste a fondamento dell'istituto. In epoca liberale l'aspettativa per candidatura politica pare avere quale finalità quella di "neutralizzare" i poteri connessi all'ufficio di magistrato dei gradi inferiori, durante la fase della candidatura, nel momento che a favore di questi ultimi si schiusero le porte della Camera elettiva (dopo l'esclusione dall'elettorato per effetto della legge del 1859), e dunque a conferma di una concezione "duale" della magistratura. In epoca repubblicana il fondamento costituzionale pare essere più strettamente legato all'esigenza di garantire il prestigio dell'ordine giudiziario. Per quanto, per entrambe le epoche, vi è la ragione comune di evitare ogni forma di *captatio benevolentiae* del magistrato sul potenziale elettorato nella fase della candidatura. Col medesimo scopo fu ripreso in epoca repubblicana, con la legge elettorale del 1957, un altro istituto le cui origini risalgono anch'esse all'epoca liberale, l'ineleggibilità relativa o territoriale, introdotta con la legge sulle incompatibilità del 1877. L'obiettivo era di valorizzare la presenza dei magistrati in parlamento senza però favorire la loro elezione nel collegio in cui esercitavano le funzioni giurisdizionali. Soltanto per tale via si sarebbe preservato, ancora una volta, il prestigio dell'ordine giudiziario.

La ricerca prosegue nel capitolo terzo con la disamina dello *status* del magistrato eletto. Al pari di quanto affermato in materia di aspettativa pre-elettorale e ineleggibilità relativa, l'aspettativa per mandato elettorale fu introdotta in epoca albertina e più precisamente con la legge elettorale del 1923, rimanendo in vigore sino alla legge elettorale del 1928, quando fu abrogata dato il generale ripensamento del sistema rappresentativo. In epoca albertina dalla sottoposizione all'aspettativa furono escluse una serie di categorie: tra queste vi erano i giudici della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e delle Corti di appello che durante il mandato parlamentare proseguivano a esercitare le funzioni del proprio ufficio: perpetrando, seppur con intensità minore e con ricadute sullo *status* e non sull'eleggibilità, la differenza tra giudici superiori e giudici inferiori introdotta fin dalla legge elettorale del 1859.

In conclusione di ricerca, si è affrontato il tema del rientro del magistrato alle funzioni giurisdizionali, in caso di sconfitta alle elezioni politiche, o alla scadenza del mandato elettorale, o in caso di dimissioni: uno dei profili maggiormente dibattuti e non privo di aspetti problematici. In epoca albertina non essendovi sospensione delle funzioni giurisdizionali né in caso di candidatura politica né in caso di elezione, non fu stabilita alcuna disciplina sul rientro. Del resto, l'attribuzione del diritto d'elezione riguardava quei magistrati che si erano resi fedeli interpreti del potere esecutivo e, una volta ottenuto il diritto d'elezione e goduto, con l'elezione, il premio, non avrebbero dovuto subire alcuna limitazione al rientro alle funzioni giurisdizionali. In epoca repubblicana, invece, in virtù del rinnovato quadro costituzionale, fu posta una disciplina per il rientro del magistrato nelle funzioni giurisdizionali, nel caso in cui non fosse stato eletto o alla conclusione del mandato elettorale. Una disciplina che a oggi trova sede a livello sia primario che secondario delle fonti del diritto, volta a definire le concrete modalità attraverso cui bilanciare il diritto fondamentale del magistrato a candidarsi, ed eventualmente essere eletto, con la necessità che la funzione giurisdizionale sia esercitata in assoluta imparzialità.

CAPITOLO PRIMO

IL MAGISTRATO AL PARLAMENTO IN EPOCA ALBERTINA

Sommario: SEZIONE I Il giudice deputato. 1. Le condizioni di eleggibilità dettate dallo Statuto albertino. 2. L'esclusione del pubblico ministero dal diritto elettorale passivo. 3. Alcuni cenni al dibattito sul riconoscimento del diritto all'elettorato passivo. 4. L'inaMOVibilità quale condizione per l'elezione, nel periodo compreso tra il 1848 e il 1859. L'esclusione dei giudici di mandamento. 4.1. L'art. 69 dello Statuto albertino: una norma in bianco. 4.2. I dubbi interpretativi sul *dies a quo* per il calcolo dei tre anni ai fini dell'inaMOVibilità: l'inaMOVibilità come "patente" di fedeltà. 5. L'appartenenza a determinati uffici quale condizione della capacità elettorale passiva, nel periodo compreso tra il 1859 e il 1923. 6. Le candidature occulte e i rimedi della legislazione elettorale: l'introduzione dell'ineleggibilità relativa e la breve parentesi del collegio plurinomiale. 7. I limiti numerici sulla presenza dei giudici presso la Camera elettiva: la riforma Bonfadini. 8. Lo *status* del giudice eletto: l'introduzione del regime dell'aspettativa e le dimissioni obbligate. SEZIONE II Il magistrato senatore. 1. Il magistrato e il Senato regio. 1.1. La funzione di moderazione del dibattito parlamentare. 1.2. L'elencazione tassativa delle categorie di nomina. 2. I requisiti di nomina. L'appartenenza a determinati uffici della magistratura e l'anzianità di servizio. 3. Il controllo del re sulla magistratura attraverso i magistrati appartenenti agli uffici superiori. Le leggi sull'ordinamento giudiziario (cenni). 4. L'anzianità di servizio nell'ufficio di deputato: le tre legislature o i sei anni di mandato parlamentare, e le altre vie di nomina.

SEZIONE I

Il giudice deputato

1. Le condizioni di eleggibilità dettate dallo Statuto albertino.

«il Magistrato, entri pure costui in Parlamento, sulla soglia però deponga la toga per sempre [...]. Eleggibili intendo che siano tutti i Magistrati: dal Pretore al primo Presidente di Cassazio-

ne. I rappresentanti del P.M. che sono rappresentanti del potere esecutivo vorrei fossero anche eleggibili, perché non accetto limiti di sorta alla libera manifestazione del corpo elettorale. Però è necessario che si dimettano prima della elezione». Tramite le dimissioni si sarebbe così risolto quel senso di naturale soggezione che i giudici avrebbero avuto nei confronti dei loro colleghi parlamentari: «Il Presidente, prima di affidare una causa da riferire al consigliere deputato, gli domanda se per avventura il tale giorno egli non dovesse trovarsi alla Camera – onde i compagni stanno in una certa inferiorità di fronte a quel rappresentante della Nazione –; la causa, per esempio, il giorno stabilito non può discutersi perché il Consigliere ha dovuto partire per Roma; quando poi si discute, un avvocato può dire d'essere collega in Parlamento col suo giudice e vincendo la causa – magari con ragione – non può dal popolo non farsi sospetto che gli amici politici, o personali che siano, abbian potuto intendersi. Tutto questo scuote sin dalle fondamenta la pubblica moralità ed è causa di gravi perturbazioni»¹.

Con questa proposta, nel 1885, Gaetano Arangio Ruiz suggeriva di risolvere l'annoso dibattito sull'elezione del giudice presso la Camera dei deputati. Da una parte, riconosceva l'alto valore dell'ufficio, evitando di prestare il fianco a quelle polemiche sull'uso politico della giustizia. Dall'altra, riteneva che soltanto attraverso le dimissioni si sarebbe garantito il principio della buona amministrazione, secondo cui lo Stato aveva bisogno di giudici pienamente operanti nei tribunali e, di conseguenza, il principio della divisione del lavoro, secondo cui se la medesima persona avesse occupato due uffici contemporaneamente, l'efficienza dell'attività sarebbe stata compromessa.

Per chiarezza va subito precisato che il giudice eletto deputato continuava a svolgere la funzione giudiziaria. Si trattava di una regola, quella della compatibilità del contemporaneo assolvimento dell'attività lavorativa e dell'ufficio di deputato, coerente con la concezione meramente onorifica (e dunque non retribuita) dell'incarico parlamentare. Fu così sino a quando, agli

¹ G. Arangio Ruiz, *Eleggibili ed eletti. Abbozzi di questioni costituzionali*, Napoli, 1885, 34-38. Questa era la soluzione suggerita anche per i soldati di «terra e di mare». Infatti, i militari avrebbero dovuto amare e servire solamente la patria e se avessero voluto candidarsi alla Camera dei deputati avrebbero dovuto deporre la spada alla soglia di Montecitorio.

albori dell'epoca fascista, con la legge elettorale del 1923, fu introdotto l'istituto dell'aspettativa per mandato elettorale in virtù della quale il rapporto di lavoro del giudice sarebbe stato sospeso durante tutto il periodo del mandato.

L'art. 40 dello Statuto albertino imponeva delle condizioni di ordine generale per essere eletti alla Camera dei deputati e, al contempo, rinviava alla legge la determinazione di ulteriori requisiti². Sotto il primo profilo, per essere ammesso come deputato alla Camera, l'eletto doveva avere compiuto l'età di trent'anni e doveva godere dei diritti civili e politici. Il sesso maschile era una condizione implicita, la cui menzione espressa era ritenuta inutile perché, da un lato, pacifica e, dall'altro lato, derivabile per via interpretativa³.

In virtù del rinvio contenuto all'art. 40, le leggi elettorali avrebbero posto ulteriori condizioni, riguardanti il censo o, alternativamente, la posizione sociale che doveva essere caratterizzata non soltanto da un ruolo attivo, ma anche essenziale nello e per lo Stato⁴. Sotto questo secondo aspetto, v'erano però alcuni uffici la cui appartenenza non garantiva *tour court* l'eleggibilità: in tale fattispecie rientrava l'ufficio di giudice, che, come rilevava Arangio Ruiz, si prestava a più di una criticità⁵.

In sede legislativa, il dibattito sull'eleggibilità del giudice fu risolto attraverso la sottoposizione del diritto all'elettorato passivo a una serie di condizioni, poste in verità tanto per il giudice quanto per ogni altro suddito del Re. Da un punto di vista costituzionale sottoporre la capacità elettorale a condizioni avrebbe

² F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. III, Torino, 1909, 458 ss.

³ Vedi Corte di appello Ancona, 25 luglio 1906 in *Giur. it.*, 1906, vol. LVIII. La dottrina giungeva alla stessa conclusione per via dell'altro requisito indicato dall'art. 40, consistente nel godimento dei diritti civili e politici. Siccome le donne non godevano dei diritti politici, non avrebbero potuto candidarsi alla Camera dei deputati, cfr. A. Pironti, G. Spano, *Codice elettorale italiano, Elettorato politico*, Torino, 1912, 915. Sulla vicenda giudiziaria di un gruppo di "suffragette" dell'epoca vedi N. Sbanò (a cura di), *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortati del 1906 alla prima avvocata italiana*, Bologna, 2004.

⁴ E. Bettinelli, voce *Elettorali (sistemi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, 1990, 438 ss.

⁵ Alla Camera dei deputati, ai sensi dell'art. 60 dello Statuto albertino, era riservato il compito di verificare la validità dei titoli di ammissione dei propri membri, già proclamati dall'Ufficio elettorale ma non ancora convalidati. La Giunta parlamentare era composta da deputati la cui elezione era considerata incontestabile.

dovuto, da una parte, realizzare la separazione dei poteri e, dall'altra, garantire la libertà di voto del suddito, principio cardine del sistema liberale.

Come accennato tali condizioni rispondevano all'esigenza che il parlamento fosse composto da una «élite di "benestanti"»⁶, individuata secondo criteri di censo o in base alla posizione sociale di prestigio⁷; nello specifico erano ispirate anche da altri scopi: primo tra tutti, per il giudice, contribuire a definire il rapporto tra politica e magistratura, e dunque la posizione del giudice nell'ordinamento costituzionale.

Le condizioni di eleggibilità alle quali era sottoposto il giudice rappresentavano a loro volta il punto di moderazione rispetto al riconoscimento del diritto all'elettorato passivo. Infatti, per quanto già all'epoca l'ufficio di giudice avesse un sicuro prestigio sociale (si pensi al valore simbolico della toga e al timore reverenziale esercitato dai giudici presso la collettività, in quanto incaricati di rendere giustizia in nome del Re)⁸, tale ufficio non era però sufficiente per il godimento dell'elettorato passivo. Al contrario, talora rappresentava un ostacolo per l'accesso al parlamento sino a essere causa, soprattutto per i giudici dei gradi inferiori, d'ineleggibilità assoluta.

2. L'esclusione del pubblico ministero dal diritto elettorale passivo.

In primo luogo, va ricordato che i magistrati degli uffici inquirenti sino al 1925 furono esclusi dal diritto all'elettorato passivo. In realtà l'esclusione fu stabilita espressamente soltanto con la legge elettorale del 1923. Infatti, così disponeva l'art. 91: «I funzionari, impiegati ed agenti dello Stato e di ogni altra pubblica amministrazione sono eleggibili all'ufficio di deputato, ad eccezione di: [...] funzionari rappresentanti del pubblico ministero di qualunque grado».

La *ratio* dell'esclusione, sancita espressamente soltanto nel 1923 ma adottata per prassi già in precedenza, era legata all'art.

⁶ F. Rigano, *L'indennità del parlamentare* in Id. (a cura di), *La Costituzione in officina. Il primo intervento urgente*, Pavia, 2013, 125.

⁷ E. Bettinelli, voce *Elettorali (sistemi)*, cit., 438 ss.

⁸ Cfr. art. 68 Statuto albertino: «La Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce».

199 dell'ordinamento giudiziario del 1865, secondo cui i pubblici ministeri erano i rappresentanti del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, tanto da essere in rapporto di stretta e diretta subordinazione con il ministro della giustizia⁹.

La norma sull'esclusione del magistrato inquirente dall'eleggibilità, elaborata dalla Commissione della Camera dei deputati, fu inserita per analogia con la disciplina riguardante il prefetto (e il vice prefetto, sottoprefetto o chi ne esercitasse le funzioni). Infatti, l'ufficio di prefetto, al pari di quello coperto dal pubblico ministero, era strettamente subordinato al Governo. Se il primo dipendeva direttamente dal ministro degli interni, il secondo dipendeva direttamente dal ministro della giustizia. In ragione di un'analogia subordinazione, il magistrato inquirente, al pari del prefetto, doveva quindi ritenersi ineleggibile.

Tuttavia, la previsione fu soltanto una esplicazione di quanto già era dedotto per via interpretativa dalla disamina delle condizioni per l'accesso dei magistrati-giudici alla Camera dei deputati.

In un primo tempo, nel periodo compreso dal 1848 al 1859, la condizione per il godimento dell'elettorato passivo da parte del giudice risiedeva nell'inaMOVIBILITÀ; il pubblico ministero non godeva di tale guarentigia.

Successivamente, dal 1859 al 1923, le normative elettorali riposero nell'appartenenza agli uffici superiori della magistratura giudicante la condizione di godimento della capacità elettora-

⁹ Sulla figura del pubblico ministero si vedano per l'epoca liberale: A. Reale, *Breve esposizione dell'origine e dell'istituzione del pubblico ministero*, Pavia, 1849; F. Tronci, *Sul pubblico ministero*, Cagliari, 1862; P. Conforti, *Sul pubblico ministero: disquisizioni e riforme*, Cosenza, 1875; E. Raffaelli, *L'abolizione del Pubblico ministero*, Napoli, 1875; F. Borgatti, *La riforma del pubblico ministero discussa nel senato del Regno*, Roma, 1875; G. De Vio, *La riforma del pubblico ministero*, Napoli, 1878; F. La Francesca, *Del pubblico ministero nell'ordine giudiziale*, Napoli, 1880; A. Valio, *Il pubblico ministero in Italia*, II ed., Napoli, 1881; L. Lucchini, *Ancora sul pubblico ministero nella riforma giudiziaria*, Verona, 1903; G. Sabatini, *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, Napoli, 1911; S. Rameri, *Le funzioni del pubblico ministero*, Milano, 1913; agli albori dell'epoca fascista: F. Siracusa, *Il pubblico ministero: parte generale*, Torino, 1929; R. Giusti, *Pubblico ministero e riforma giudiziaria*, Bologna, 1930; ed infine, per l'epoca repubblicana, fra i molti: C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, 1984; F. Casavola, *Profilo storico e comparativo del pubblico ministero*, in *Dir. giur.*, 1978, N. Zanon, *Pubblico Ministero e Costituzione*, Padova, 1996.

le passiva; dunque il pubblico ministero era, ancora una volta, ineleggibile.

La legge del 1923 si preoccupava soltanto di sancire espressamente che il magistrato inquirente rimaneva ineleggibile, e che dunque tale ufficio era da escludersi dal campo di applicazione della stessa legge: onde evitare che, attraverso l'interpretazione, si giungesse a ritenere il pubblico ministero eleggibile.

Con la legge elettorale del 1925, l'ufficio del pubblico ministero, invece, non era più causa di ineleggibilità assoluta, bensì relativa. Infatti, i magistrati inquirenti potevano essere eletti nel collegio elettorale dove non avevano esercitato le funzioni nel semestre precedente alla data della elezione. Non si trattava peraltro di una sorta di apertura nei confronti della magistratura (requirente), posto che l'innovazione si inquadrava nell'atteggiamento più disponibile verso i funzionari dell'amministrazione: infatti, anche il prefetto, vice prefetto, sottoprefetto o chi ne esercitasse le funzioni (oltre i funzionari e agenti di pubblica sicurezza) divenivano eleggibili alle medesime condizioni. La riforma non ebbe grande rilevanza pratica poiché tale legge non fu mai applicata ad alcuna tornata elettorale. E la successiva legge elettorale del 1928, mutando il sistema di rappresentanza in senso plebiscitario, fece venire meno la stessa esigenza di un regime di ineleggibilità.

3. Alcuni cenni al dibattito sul riconoscimento del diritto all'elettorato passivo.

Nel corso degli anni di vigenza dello Statuto, sul riconoscimento del diritto all'elettorato passivo dei giudici, emersero diverse posizioni, destinate a riproporsi nel dibattito parlamentare e dottrinario: i contrari, i favorevoli – vale a dire coloro che, nel riconoscere il diritto all'elettorato passivo, ritenevano la discussione sul punto del tutto inutile – e, infine, coloro i quali nel riconoscere il diritto ritenevano necessario sottoporlo a talune condizioni.

I contrari al riconoscimento dell'elettorato passivo rilevarono il potenziale conflitto d'interessi tra i due uffici: quello di deputato e quello di giudice. Alcuni non volevano che i giudici potessero essere eletti, in quanto sarebbe stata compromessa l'imparzialità dell'esercizio della funzione giurisdizionale. In particolare, era sostenuto che i giudici deputati avrebbero esercitato la propria funzione nel rischio di condizionamenti derivanti dal-

l'appartenenza politica, con danno al prestigio della magistratura¹⁰. Il timore risiedeva nella possibilità che i giudici potessero farsi condizionare nell'esercizio delle funzioni del proprio ufficio dall'attività svolta in parlamento. L'esempio offerto al dibattito parlamentare, un poco improprio a ben vedere, era quello dei consiglieri di Stato. Nella loro veste di magistrati-consulenti (più che di organo giurisdizionale) potevano essere incaricati da un ministro di redigere una proposta legislativa, mentre nella loro funzione di deputati avrebbero successivamente dovuto votarla in parlamento, ponendosi nella condizione, magari, di esprimere un voto contrario e, comunque, trovandosi in qualche modo in una situazione conflittuale¹¹. In tal senso, al di là dell'esempio appena fatto, i giudici deputati, qualora avessero espresso un voto contrario a un disegno di legge, poi tuttavia approvato dall'Assemblea, avrebbero potuto interpretare la legge in contrasto con la volontà del legislatore e persino disapplicarla.

Inoltre, data l'organizzazione gerarchica della magistratura, sussisteva il rischio di pressioni sui giudici deputati da parte dei loro sovraordinati, così da mettere in dubbio l'indipendenza del voto e il prestigio delle deliberazioni parlamentari. La gerarchia implicava un'altra distorsione: nel caso di esternazioni del giudice deputato contrarie alla linea politica del ministro della giustizia, quest'ultimo avrebbe potuto agire in sede disciplinare in modo punitivo.

Da altro punto di vista, era osservata la difficoltà per il giudice deputato di coprire simultaneamente due cariche in diverse residenze, senza che vi fosse danno al pubblico servizio e all'erario¹².

¹⁰ Intervento di M. Indelicato, Camera dei deputati, Atti, seduta del 23 febbraio 1877, 1535.

¹¹ Intervento di C. Corte, Camera dei deputati, Atti, seduta del 20 febbraio 1877, 1457. Si precisa che sino al 1889 il Consiglio di Stato, istituito con l'editto del 18 agosto 1831, era un organo consultivo del re. Soltanto con l'approvazione della legge 31 marzo 1889, n. 5992 era istituita la sezione IV, con competenza generale sulle controversie tra le autorità e i privati, che sino ad allora erano devolute alla magistratura ordinaria. Sul tema si veda G. Savino, P. Vidari, *L'istituzione del Consiglio di Stato (18 agosto 1831)* in *Studi Piemontesi*, vol. 10, fasc. 2, Torino, 1981, 337-345.

¹² Intervento di B. Cairolì, Camera dei deputati, Atti, seduta del 23 febbraio 1877, 1552. Contrario all'eleggibilità dei giudici si dichiarava anche il deputato A. Barazzuoli, Camera dei deputati, Atti, seduta del 24 febbraio 1877, 1571 ss.

Infine, ai favorevoli che ritenevano preziosa la presenza di giudici in virtù delle loro competenze, i contrari replicavano che le opinioni dei giudici avrebbero potuto essere raccolte in sede di audizione innanzi le commissioni parlamentari: il loro parere sarebbe stato così ancora più autorevole, poiché libero dalla contrapposizione parlamentare¹³. L'intervento attivo dei giudici nei lavori della Camera era quindi considerato una sorta di offesa a quell'assoluta divisione e indipendenza del potere giudiziario dal legislativo, considerato un canone fondamentale del regime rappresentativo.

Proprio sul punto delle competenze tecniche insistevano i favorevoli che, d'altra parte, consideravano l'esclusione dei giudici dalla Camera dei deputati una compressione ingiustificata della libertà di voto. La loro posizione, del resto, s'inseriva nel più ampio dibattito sull'ampliamento del suffragio¹⁴.

La terza posizione riteneva del tutto inutile il dibattito giacché il corpo elettorale, attraverso il libero esercizio del voto, già provvedeva a limitare la loro presenza, decidendo di non avere giudici deputati se non in misura minima. E, infatti, si osservava che, sotto la legislazione elettorale che imponeva dei limiti numerici alla loro presenza, spesso era accaduto che tali limiti non fossero nemmeno raggiunti.

V'era, poi, una quarta posizione – quella destinata a prevalere – che, pur ammettendo il diritto all'elettorato passivo dei giudici, voleva condizionarne il godimento per ragioni riconducibili alla tutela della libera e consapevole determinazione dell'elettore (per non influenzarlo dalla posizione di chi, in astratto, avrebbe potuto giudicarlo). Questa era tuttavia una motivazione apparente, perché la *ratio* delle condizioni all'eleggibilità era la volontà di mantenere la magistratura assoggettata al controllo del potere esecutivo, obiettivo perseguito anche in Senato posto che soltanto i più alti gradi della magistratura potevano farne parte.

Nell'accennare alle diverse posizioni in campo, va osservato che le argomentazioni elaborate dai contrari al riconosci-

¹³ Cfr. ancora l'intervento di B. Cairolì, Camera dei deputati, Atti, seduta del 23 febbraio 1877, 1552.

¹⁴ Intervento di S. Pilastrì, Camera dei deputati, Atti, seduta del 20 febbraio 1877, 1448 ss.; intervento di D. Tajani, Camera dei deputati, Atti, seduta del 26 febbraio 1877, 1612 ss.

mento dell'elettorato passivo e da coloro i quali, pur riconoscendo tale diritto, chiedevano che il godimento fosse sottoposto a condizioni, avrebbero dovuto condurre verso l'individuazione di un regime di incompatibilità tra l'ufficio di deputato e quello di giudice, più che di ineleggibilità. Inquadrandolo il problema in tali termini, si sarebbe preservata la libertà di voto dell'elettore, facendo ricadere, in un certo senso, la scelta tra i due uffici direttamente sull'eletto. Tuttavia, la mancata opzione del legislatore in senso favorevole all'incompatibilità, sembrerebbe essere collegata a una carenza di approfondimento sull'istituto stesso, più che a una scelta consapevole. Ne è conferma la confusione del legislatore del 1877, il quale impropriamente, già dalla rubrica, definisce la legge "delle incompatibilità", per quanto le fattispecie trattate riguardassero tutte ipotesi di ineleggibilità.

4. L'inamovibilità quale condizione per l'elezione, nel periodo compreso tra il 1848 e il 1859. L'esclusione dei giudici di mandamento.

Dal 1848 sino allo scioglimento della Camera dei deputati si susseguirono quattordici leggi elettorali che, fra l'altro, contenevano norme riguardanti le condizioni per il godimento della capacità elettorale passiva da parte del giudice.

La modulazione dei requisiti di accesso alla Camera dei deputati ebbe matrice in almeno due elementi qualificanti della forma di stato liberale: la divisione dei poteri e la libertà di voto. Al contempo, l'indagine sulle scelte compiute dal legislatore è rivelatrice del pensiero liberale sul dove porre la linea di confine nei rapporti tra magistratura e politica e sul dove porre la magistratura nell'ordinamento costituzionale albertino. A distanza di molti anni, come vedremo nella parte dedicata al dibattito in Assemblea costituente, alcune di queste regole furono accolte nel Titolo IV della Costituzione del 1948, dedicato alla magistratura, e nelle norme sull'eleggibilità del giudice, poste dalla legislazione elettorale di epoca repubblicana. Altre, al contrario, saranno del tutto abbandonate in ragione di un nuovo e rinnovato statuto costituzionale della magistratura e, più in generale, in ragione del riconoscimento del suffragio universale quale principio cardine dell'ordinamento repubblicano.

Subito dopo la concessione dello Statuto albertino, con il

Regio editto del 17 marzo 1848 n. 680, fu approvata la prima legge elettorale del Regno di Sardegna¹⁵.

L'art. 97 attribuiva l'elettorato passivo a chiunque avesse i requisiti di cui all'art. 40, Statuto albertino. Nondimeno l'art. 98, indicava una serie di categorie escluse dal diritto stesso. Tra queste i «funzionari stipendiati ed amovibili dell'ordine giudiziario». Dunque, l'inamovibilità (che, come già visto, poneva fuori gioco l'eleggibilità del magistrato requirente) era per il giudice requisito di godimento del diritto d'essere eletto.

Sicché eleggibili erano soltanto i giudici con un'anzianità superiore ai tre anni ai quali l'art. 69 Statuto albertino garantiva l'inamovibilità, a esclusione comunque dei giudici di mandamento che, in ogni caso, erano amovibili¹⁶.

I motivi per cui i giudici di mandamento furono esclusi dalla garanzia dell'inamovibilità erano almeno tre.

In primo luogo, per la limitata competenza, per valore e per materia, che non avrebbe suscitato l'interesse dell'esecutivo a condizionarne la funzione: non superiore a lire 300 in materia civile e a lire 50 in materia penale, e per reati che non prevedessero pene detentive superiori a tre giorni. Inoltre, le funzioni di polizia giudiziaria sottoponevano i giudici di mandamento direttamente al ministro della giustizia, dal quale la polizia dipendeva. Infine, occupandosi di liti tra privati, v'era il pericolo che fossero sottoposti a pressioni dirette da parte della comunità in cui vivevano e per questo, si diceva, dovevano poter essere agevolmente trasferiti o financo rimossi dall'incarico¹⁷.

¹⁵ La legge elettorale del 1848 (adottata con regio editto) dettò le condizioni di godimento dell'elettorato passivo alla Camera dei deputati nelle sue prime sei legislature, e dunque dall'8 maggio 1848 al 21 gennaio 1860. Da quanto emerge dalle ricerche condotte presso il *Polo Bibliotecario Parlamentare* con sede in Roma, non paiono esservi resoconti scritti del dibattito avvenuto in sede governativa o stesure provvisorie della legge stessa.

¹⁶ La legge elettorale del 1848 anticipò il criterio adottato in via generale dalla legge elettorale del 1859, per sottoporre a ineleggibilità assoluta alcuni dipendenti pubblici (con esclusione dei giudici, per i quali fu adottato il requisito dell'inamovibilità): soltanto i più alti gradi dell'amministrazione pubblica avrebbero goduto del diritto d'essere eletti. In tal senso, mentre erano esclusi dall'eleggibilità gli ufficiali del genio civile, tale diritto era riconosciuto all'ingegnere capo, giacché sovraordinato ai primi. Come si può notare, la strutturazione gerarchica determinava l'eleggibilità a favore di chi ricopriva una posizione apicale.

¹⁷ La competenza dei giudici di mandamento nel Regno D'Italia (sino alla riforma del 1907) era pressoché analoga alla competenza dei giudici di manda-

Nel corso degli anni successivi, la scelta di escludere i giudici di mandamento dalla garanzia dell'inamovibilità incontrò le critiche della dottrina che, in coincidenza con le riforme dell'ordinamento giudiziario, trovò argomenti convincenti. Da una parte, dopo la concessione dello Statuto, le competenze a loro affidate erano state notevolmente ampliate. Dall'altra, proprio la diretta dipendenza dei giudici di mandamento dal potere esecutivo li avrebbe sottoposti a una facile influenza (non dal basso della comunità ma) dall'alto degli organi governativi, così compromettendo comunque la loro indipendenza, magari in cambio di un rapido avanzamento di carriera¹⁸.

Le critiche vennero accolte e così anche i giudici di mandamento con la riforma Orlando del 1907 (che li rinominò pretori) furono ammessi a godere dell'inamovibilità. Tuttavia, conquistata l'inamovibilità, continuarono a essere per lungo tempo esclusi dal diritto d'essere eletti: dal 1859 il godimento dell'elettorato passivo richiese l'appartenenza agli uffici apicali dell'amministrazione giurisdizionale e non soltanto il possesso dell'inamovibilità.

Il caso di esclusione dei giudici di mandamento dall'inamovibilità assumerà contorni più chiari alla luce della disamina completa della disciplina sulla capacità elettorale passiva, e solo dopo aver accennato alle condizioni di nomina al Senato regio. Tuttavia, è sin da ora possibile osservare un dettaglio di non poco conto. La garanzia dell'inamovibilità, di cui all'art. 69 dello Statuto, fu riconosciuta ai giudici dopo tre anni di esercizio delle funzioni, senza prescrivere, ad esempio, se essa fosse da attribuire ai giudici inquirenti, a quelli giudicanti o a entrambi, o se vi fosse al fine del suo godimento qualche distinzione tra giudici di cassazione o di appello e, infine, senza chiarire se l'inamovibilità fosse da intendersi d'ufficio, di sede o operante su entrambi i piani. Fu invece preoccupazione dello Statuto escludere esplicitamente dall'inamovibilità il giudice del grado più basso dell'amministrazione giudiziaria, individuandone persino l'ufficio.

mento del Regno di Sardegna; si vedano a tal proposito: A. Ferrero, *Trattato della competenza dei giudici di mandamento dell'Avvocato Alessandro Ferrero*, Torino, 1826; Id., *Della competenza dei giudici di mandamento secondo le disposizioni del codice di procedura civile*, Torino, 1854; M. De Gasperi, *La competenza dei giudici di mandamento negli Stati di S. M. il re di Sardegna*, Genova, 1856-1857. Più di recente si veda P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana. Dal 1848 al 1923*, Milano, 1967, 29.

¹⁸ F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, op. cit., 488 ss.

Se questo rappresenti un primo segnale di una concezione dualistica della magistratura, almeno sulla capacità elettorale passiva, per cui i giudici superiori godevano dei diritti politici mentre quelli inferiori ne erano esclusi, a partire proprio dal giudice inferiore a tutti, lo si potrà dire all'esito dell'esame della normativa di Camera e Senato. Sin da ora, però, si osservi che la scelta così circoscritta in tema di garanzie per il giudice, contenuta in una disposizione dal portato oggettivo e soggettivo non ben definito, non pare casuale, quanto piuttosto una precisa indicazione, al legislatore elettorale, di utilizzare la distinzione tra gradi inferiori e gradi superiori quale criterio nella disciplina della magistratura.

4.1. L'art. 69 dello Statuto albertino: una norma in bianco.

L'inamovibilità prevista dall'art. 69¹⁹, Statuto albertino, avrebbe dovuto rappresentare una garanzia per l'indipendenza della magistratura e l'esercizio imparziale della funzione giurisdizionale. Attraverso il riconoscimento dell'inamovibilità, il giudice sarebbe stato preservato dai trasferimenti e dalle rimozioni ritorsive da parte del potere esecutivo, fermo restando la possibilità di trasferimenti adottati in sede disciplinare. Con prospettiva di ricostruzione ideologica, avrebbe dovuto rappresentare il precipitato di una concezione diversa della giurisdizione: non più di subalternità nei confronti dell'esecutivo. Tanto era innovativa come garanzia, sul piano dei rapporti tra gli organi co-

¹⁹ L'art. 69 dello Statuto albertino trovava il suo precedente nel cosiddetto «Atto di assestamento» inglese del 1700, con cui si stabiliva che tutti i giudici nominati dalla Corona erano inamovibili. Un giudice avrebbe potuto essere revocato soltanto in conseguenza di una domanda di entrambe le Camere al re, o mediante un provvedimento specifico. Fino al 1760, comunque, rimaneva pur sempre in vigore la regola per cui alla morte del re tutti i giudici *ipso facto* decadevano dall'ufficio, in attesa di una nuova nomina o riconferma, cfr. L. M. Díez-Picazo, *Il modello europeo di magistratura, un approccio storico*, in R. Romanelli (a cura di), *Giudici e potere nella storia europea*, Bologna, 1997, 25. Sulle origini dell'istituto dell'inamovibilità vedi, tra i tanti: G. Mirabelli, *L'inamovibilità della magistratura nel Regno d'Italia*, Napoli, 1880; L. J. Perilhau, *De la inamovibilité de la magistrature, Au comptoir des imprimeurs unis*, Paris, 1849. I modelli utilizzati dal legislatore statutario per la redazione dell'art. 69 furono la *Costituzione del Regno delle due Sicilie*, del 10 febbraio 1848 (art. 85) e lo *Statuto del Granducato di Toscana*, del 15 febbraio 1848 (art. 20).

stituzionali del Regno, quanto fu percepita fin dai lavori preparatori dello Statuto albertino come potenziale ostacolo all'opera di unificazione giuridica²⁰.

Per queste ragioni, come possiamo desumere anche dalle dichiarazioni nella seduta del 7 febbraio 1848 del Consiglio di Conferenza per la redazione dello Statuto albertino, l'inaMOVIBILITÀ venne considerata uno degli elementi fondamentali del nuovo regime costituzionale. Tuttavia, fin dalla sua genesi nel testo costituzionale albertino fu assoggettata a un'operazione di riduzione del suo ambito precettivo.

In primo luogo, la norma era costruita secondo una tecnica che avrebbe reso facile per il legislatore svuotarne il contenuto. Infatti, non era specificato se l'inaMOVIBILITÀ fosse da intendersi di sede, d'ufficio o riguardasse entrambi gli aspetti, mentre al contrario tali specificazioni erano presenti in altre Carte costituzionali dell'epoca: si pensi all'art. 13 delle Basi di una Costituzione per il Ducato di Parma del 29 marzo 1848 o all'art. 25 dell'Atto costituzionale di Gaeta per la Sicilia del 28 febbraio 1849. In senso ristretto, invece, disponeva l'art. 3 dello Statuto fondamentale del Governo temporale degli Stati della Chiesa del 14 marzo 1848, secondo cui solo i giudici dei tribunali collegiali erano inamovibili dall'ufficio, ma non dalla sede. A differenza, ancora, di quanto prevedeva l'art. 50 della Costituzione della Repubblica romana, del 9 febbraio 1849, che per questo profilo può essere definita la carta costituzionale più garantista: sanciva espressamente che l'inaMOVIBILITÀ dovesse comprendere sia l'ufficio sia la sede²¹.

Altresì, l'art. 69 subordinava il godimento dell'inaMOVIBILITÀ al decorso di tre anni di esercizio delle funzioni di giudice. I lavori preparatori dello Statuto ci dicono implicitamente che fu il Re a proporre che l'inaMOVIBILITÀ non coincidesse temporal-

²⁰ Sull'inaMOVIBILITÀ dei giudici in epoca liberale si vedano: L. Ghigliani, *Del'inaMOVIBILITÀ dei giudici*, Genova, 1859; G. Carcano, *L'inaMOVIBILITÀ della magistratura e l'art. 199 dell'ordinamento giudiziario 6 dicembre 1865: considerazioni*, Milano, 1870; G. Mirabelli, *Sui limiti dell'inaMOVIBILITÀ dei magistrati derivanti dall'età: considerazioni*, Napoli, 1879; Id., *L'inaMOVIBILITÀ della magistratura nel Regno d'Italia*, II ed., Napoli, 1880; F. S. Arabia, *Dell'inaMOVIBILITÀ della magistratura*, Napoli, 1892.

²¹ I testi sono tutti pubblicati in A. Acquarone, M. D'Addio, G. Negri (a cura di), *Le costituzioni italiane*, Milano, 1958. Per estratto sono altresì disponibili in M. D'Addio, *Politica e Magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966, 251 ss.

mente con la nomina all'ufficio di giudice: «Sulla proposta dell'Avvocato generale di Sua Maestà si è aggiunto a questo articolo che l'inamovibilità avrebbe luogo solo dopo aver esercitato le loro funzioni per uno spazio di tempo da determinare»²². Dopodiché non è dato sapere la ragione per cui il termine dopo il quale subentrava l'inamovibilità fu fissato proprio in tre anni, poiché il richiamo al triennio compare soltanto nella versione definitiva dello Statuto e i verbali del Consiglio di conferenza non recano traccia di una discussione sul punto.

Infine, lo Statuto albertino nulla diceva riguardo al *dies a quo* da cui calcolare i tre anni. L'alternativa era tra l'interpretazione che i tre anni dovessero tener conto solo dell'anzianità di servizio e l'altra che il triennio dovesse calcolarsi dall'entrata in vigore dello Statuto albertino.

Sul punto, le soluzioni adottate dalle Costituzioni dell'epoca furono di varia portata. Da una parte, vi era lo Statuto del Granducato di Toscana che, all'art. 20, si affidava all'interprete. Dall'altra, vi erano Costituzioni secondo cui gli anni richiesti ai fini dell'inamovibilità dovevano decorrere dalla data della loro entrata in vigore. Su questa linea si posero: lo Statuto fondamentale del Governo temporale degli Stati della Chiesa, all'art. 3 e la Costituzione del Regno delle due Sicilie, all'art. 85²³. Vi era poi l'Atto Costituzionale di Gaeta per la Sicilia, il quale, all'art. 26, pur attribuendo l'immediata inamovibilità, la subordinava temporalmente alla «data della loro elezione definitiva». E con «definitiva elezione» si voleva intendere che tutti i giudici sarebbero stati sottoposti a conferma, con l'obiettivo di epurare i giudici legati alla monarchia borbonica²⁴. Infine, ancora una volta, la Costituzione della Repubblica romana del 1849 si presentò come

²² L. Ciaurro (a cura di), *Lo Statuto Albertino illustrato dai lavori preparatori*, Roma, 1996, 142; P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana. Dal 1848 al 1923*, cit., 29 e 30; S. Benvenuti, *Il Consiglio superiore della magistratura francese. Una comparazione con l'esperienza italiana*, Milano, 2011, 80.

²³ P. Casana, *Le costituzioni italiane dal 1848-'49*, Torino, 2001, 45.

²⁴ L'Atto di Gaeta rimase un mero progetto: «Dopo lo scoppio della rivoluzione di Palermo nel gennaio 1848 [...] Ferdinando II promulgò il 10 febbraio la Carta costituzionale del Regno delle Due Sicilie, in contrapposizione alla quale i separatisti dell'isola ne approvarono un'altra il 10 luglio; contro di essa il Re borbonico reagì a sua volta proponendo agli isolani rivoltosi l'Atto di Gaeta del 28 febbraio 1849, che fu sdegnosamente respinto», P. Casana, *Le costituzioni italiane dal 1848-'49*, cit., 2.

la più garantista, poiché prevedeva che l'inamovibilità fosse una garanzia automatica, da attribuire al giudice indipendentemente dal decorrere di un termine, per il solo effetto dell'entrata in vigore della Costituzione stessa.

4.2. I dubbi interpretativi sul dies a quo per il calcolo dei tre anni ai fini dell'inamovibilità: l'inamovibilità come “patente” di fedeltà.

La questione se l'art. 69 dello Statuto albertino garantisse l'immediata inamovibilità dei giudici dopo i tre anni di effettivo servizio o se, viceversa, i tre anni dovessero calcolarsi dalla data della sua entrata in vigore²⁵, venne sollevata in occasione della verifica delle elezioni del deputato Siotto Pintor, giudice di appello della Corte di Cagliari.

Lo scioglimento del nodo interpretativo avrebbe avuto immediato impatto sulla capacità elettorale del giudice. Riconoscere l'inamovibilità soltanto se i tre anni di anzianità fossero stati maturati sotto la vigenza dello Statuto avrebbe impedito ai giudici piemontesi, dal 1848 al 1851, di essere validamente eletti e ai giudici degli altri stati preunitari di poter aspirare a un seggio della Camera dei deputati, se non trascorsi tre anni dall'estensione dello Statuto ai territori annessi.

Sul punto, l'opera di D'Addio ricostruisce con meticolosità il clima parlamentare intorno al tema, dai toni accesi nello scontro tra Sinistra e Destra con richiami, persino, sulla stampa quotidiana. Per inciso, il dibattito nasceva dal contrasto fra la cultura di due classi: la borghesia, che nell'esercizio dell'avvocatura aveva affinato la preparazione giuridica e la preparazione culturale-politica, e l'aristocrazia, che fondava l'esercizio della magistratura sul senso di onore, di tradizione, di lealtà e devozione all'istituzione monarchica. Tant'è che i più solerti sostenitori della necessità di sottoporre a un periodo di prova i giudici erano proprio i deputati avvocati²⁶.

In breve: la Sinistra, rappresentante della classe borghese e del mondo dell'avvocatura, era contraria al riconoscimento del-

²⁵ R. Balduzzi, R. Ghiringhelli, C. Malandrino (a cura di), *L'altro Piemonte e l'Italia nell'età di Urbano Rattazzi*, Milano, 2009, 346.

²⁶ M. D'Addio, *Politica e Magistratura (1848-1876)*, cit., 8.

l'immediata inamovibilità dei giudici perché voleva riservarsi il potere di epurare gli elementi della magistratura piemontese ostili all'unificazione politica e giuridica. I giudici piemontesi erano accusati di costituire il nucleo essenziale del conservatorismo, ostile alle riforme istituzionali. Nella seduta del 13 maggio 1848, il deputato Sineo, avvocato, incaricato quale relatore dell'ufficio della verifica delle elezioni, dichiarò: «Primieramente di due mali che si possono alternativamente incontrare, si debbe sempre cercare di evitare quello maggiore. Ed è senza dubbio un maggior male il rendere inamovibili dei giudici inetti e di carattere non bastantemente sicuri, anziché di aspettare un triennio prima che l'inamovibilità sia decisamente stabilita»²⁷. Era citato il precedente francese e in particolare l'esempio offerto dal regime napoleonico, durante il quale si decise la sospensione della garanzia dell'inamovibilità, in attesa di vagliare la capacità dei giudici (capacità da tradursi in fedeltà al nuovo regime). Nella stessa seduta, il deputato Brofferio, dichiarò: «Ora, non si chiede soltanto ai giudici sapere, studio e diligenza, si chiede anche altamente che siano sacerdoti della patria non meno che della giustizia, ed è per questo motivo che lo Statuto vuole sul giudice un triennio d'esercizio come un esperimento sulla sua fede politica»²⁸. Il deputato Bixio, un altro avvocato, si spinse persino a parlare di eliminazione della magistratura dissenziente: «la magistratura deve subire l'esperimento triennale onde tutti gli elementi eterogenei ne siano eliminati». Urbano Rattazzi²⁹, poi, accusò i giudici di costituire un pericoloso ostacolo allo sviluppo del nuovo ordine costituzionale, poiché ritenuti compromessi con i regimi preunitari. Dunque, riteneva necessario renderli inamovibili soltanto dopo un periodo di sorveglianza, dal quale sarebbe stata accertata la loro fedeltà o, al contrario, svelata la loro infedeltà alla monarchia sabauda³⁰.

²⁷ M. D'Addio, *Politica e Magistratura (1848-1876)*, cit., 9.

²⁸ Il deputato Brofferio si spinse ben oltre. Nella seduta del 19 gennaio 1851 definì i giudici: «docili strumenti del dispotismo», cfr. M. D'Addio, *Politica e Magistratura (1848-1876)*, cit., 253.

²⁹ Urbano Rattazzi fu promotore nel 1859 della legge elettorale e della legge sull'ordinamento giudiziario (pressoché ripresa dalla successiva legge del 1865, in vigore per oltre quarant'anni).

³⁰ Il 30 aprile 1861, in un intervento alla Camera dei deputati, il deputato Pica (nel 1849 condannato a ventisei anni di detenzione da un tribunale borbonico) lamentava che «questa magistratura è stata soltanto in piccola parte riformata

Di contro, autorevoli esponenti della Destra, espressione del mondo dell'aristocrazia, difesero la magistratura piemontese accusata, a loro dire ingiustamente, di conservatorismo e di visione reazionaria. Tra gli interventi di maggiore spicco, quello di Federico Sclopis, ministro per gli affari ecclesiastici e di grazia e giustizia durante la I Legislatura d'epoca statutaria, uno dei più alti esponenti della magistratura piemontese. Secondo Sclopis il giudice era da considerarsi un mero amministratore della giustizia e dunque era irragionevole la preoccupazione che attraverso l'interpretazione della legge potesse ostacolare l'affermarsi dei principi stabiliti dallo Statuto albertino. D'altronde, lo stesso Statuto, all'art. 73, affidava all'esclusivo appannaggio del potere legislativo l'interpretazione della legge, sicché nessuna attività interpretativa che negasse la lettera della legge avrebbe dovuto essere consentita al giudice.

Nel dibattito la questione era posta più in chiave politica: se i giudici fossero realmente un ostacolo al progetto di unificazione politica e giuridica degli Stati preunitari.

Uno dei pochi interventi che tentò un approfondimento con prospettiva costituzionale fu del deputato Serra. Durante la seduta del 13 maggio 1848, Serra ricordò che l'art. 69 trovava il suo precedente nell'art. 13 del Proclama dell'8 febbraio 1848 secondo cui: «i giudici meno quelli di mandamento saranno inamovibili dopo che avranno esercitato le loro funzioni per uno spazio di tempo da determinarsi». Nel testo dello Statuto la versione era giunta con alcune modificazioni, che ne mutavano il precetto. Fu notato che mentre l'art. 13 usava il verbo futuro «saranno», l'art. 69 lo declinava al presente «sono»; al contempo la locuzione «avranno esercitato» era stata puntualizzata in «dopo tre anni di esercizio». Secondo Serra, l'interpretazione avrebbe dovuto propendere per considerare l'inamovibilità conseguenza esclusiva dell'anzianità di servizio.

Tale interpretazione era peraltro coerente con la prassi che si era creata nella nomina dei giudici al Senato. Infatti, per alcune categorie di giudici, ai fini della nomina, l'art. 33 dello Statuto prevedeva un'anzianità di servizio pari a tre o cinque anni.

[...] certamente molto rimane a fare per rendere alla magistratura quel lustro e quello splendore che una volta aveva avuto, e che ha perduto rendendosi complice volontaria di tutti i misfatti della cessata dinastia», cfr. P. Saraceno (a cura di), *I giudici italiani dall'unità al fascismo. Studi biografici e prosopografici*, in *Quaderni di Clio*, 7, Roma, 1988, 13.

Fin dalla prima composizione del Senato furono nominati giudici (appartenenti a quegli uffici) tenuto conto dell'anzianità effettiva e non dell'anzianità maturata sotto la vigenza dello Statuto. Tale interpretazione trovava, altresì, conferma nell'art. 70 dello Statuto ai sensi del quale: «I Magistrati, Tribunali, e Giudici attualmente esistenti sono conservati. Non si potrà derogare all'organizzazione giudiziaria se non in forza di una legge». Subordinare l'inamovibilità dei giudici ai tre anni dall'entrata in vigore dello Statuto avrebbe significato sottoporre tutti gli uffici giudiziari a un possibile rinnovamento e, per l'effetto, svuotare la norma del suo portato precettivo³¹.

Già il 1° gennaio 1849 il ministro della giustizia De Margherita propose alla Camera dei deputati un progetto di legge che stabiliva che l'inamovibilità si acquisisse decorsi i tre anni dalla nomina e non dalla data di entrata in vigore dello Statuto albertino, e precisava inoltre che i giudici mantenessero grado e stipendio in caso di trasferimento di sede (così dunque limitando l'inamovibilità alla sede di esercizio della funzione). Tale progetto non giunse ad approvazione, ma merita di essere ricordato giacché costituì la base per la prima legge sull'ordinamento giudiziario post-statutario, la legge del 19 maggio 1851, n. 1186 (c.d. Legge Siccardi)³².

La Commissione parlamentare della Camera dei deputati, composta dagli esponenti della Sinistra, Rattazzi, Brofferio e Sineo, contrappose al progetto di legge ministeriale un altro progetto, di un solo articolo, secondo cui ai fini del triennio richiesto dall'art. 69, non sarebbero state computate le funzioni giudiziarie attribuite nel tempo anteriore alla data dell'entrata in vigore dello Statuto albertino, ossia l'8 maggio 1848³³.

Merita espressa menzione la posizione di Cavour il quale,

³¹ M. D'Addio, *Politica e Magistratura (1848-1876)*, cit., 9 e, in particolare, la nota 3 dove richiama gli articoli 69 e 70; F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., 501-521; ma vedi anche, più recente: P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana. Dal 1848 al 1923*, cit., 27-32; G. Maranini, *Le origini dello Statuto albertino*, Firenze, 1926, 232-239. Sui lavori preparatori dello Statuto albertino vedi D. Zanichelli, *Lo Statuto di Carlo Alberto secondo i processi verbali del consiglio di conferenza dal 3 febbraio al 4 marzo 1848*, Roma, 1898, 75.

³² D. Poto, *Giuristi subalpini tra avvocatura e politica. Studi per una storia dell'avvocatura piemontese dell'Otto e Novecento*, Torino, 2006, 16 e 24.

³³ P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana. Dal 1848 al 1923*, cit., 30.

nella tornata del 2 ottobre 1849 alla Camera, pose l'accento sui risvolti pratici che avrebbe avuto l'accoglimento delle posizioni della Sinistra. Cavour si dichiarò favorevole all'immediata inamovibilità per i giudici, fermo restando i tre anni di servizio richiesti dallo Statuto. Pur riconoscendo i pericoli di una magistratura conservatrice, troppo devota all'antico regime prestatutario, ritenne la magistratura piemontese, nel complesso, capace di interpretare fedelmente la funzione giurisdizionale, e dunque di applicare il nuovo Statuto albertino senza opporre resistenze. Cavour sottolineò come una riforma nella direzione auspicata dalla Sinistra avrebbe irrimediabilmente minato il decoro della magistratura: infatti, l'epurazione dei giudici degli uffici superiori, considerati più inclini al conservatorismo, avrebbe portato i giovani e inesperti giudici a ricoprire i posti apicali dell'amministrazione giudiziaria.

Dopo qualche incertezza applicativa (nel caso del giudice Siotto Pintor si tenne conto dell'anzianità di servizio maturata nel periodo precedente l'entrata in vigore dello Statuto albertino, e di conseguenza l'elezione venne convalidata) e dopo un complesso *iter* parlamentare, l'esito del dibattito condusse a quanto auspicato dalla Sinistra. Con la legge Siccardi l'inamovibilità fu riconosciuta decorsi tre anni dall'entrata in vigore dello Statuto, ma allo stesso tempo fu riconosciuta l'inamovibilità di sede e funzione, e il trasferimento (escluso quello disciplinare) fu sottoposto al consenso dell'interessato.

Tuttavia, prima dell'approvazione della legge Siccardi, col decreto del 17 marzo 1851, firmato dal guardasigilli *ad interim* Giuseppe Galvagno³⁴, la magistratura piemontese venne sottoposta alla prima epurazione per così dire «costituzionale». Nove giudici appartenenti ai gradi più alti dell'amministrazione giudiziaria (su circa milleduecentocinquanta) vennero collocati a riposo o sostituiti nel loro ufficio³⁵. Non pare potersi trascurare

³⁴ Il ministro della giustizia e giudice Giuseppe Siccardi per non firmare il provvedimento di epurazione decise di dimettersi dall'incarico governativo, si veda M. Stronati, *Il governo della 'grazia'. Giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana (1848-1913)*, Milano, 2009, 126, in particolare nota 136.

³⁵ Il dato era poca cosa se confrontato a quello francese dell'epoca, dove l'epurazione assumeva contorni ben più ampi, ed era uno strumento utilizzato dai regimi per cacciare le componenti meno fedeli: «come spesso avviene, l'instaurazione di un nuovo regime porta alla resa dei conti nei confronti dei fun-

che proprio quei nove si fossero schierati contro la politica ecclesiastica del Governo, improntata alla laicità dello Stato. Il potere esecutivo affermò così la sua supremazia sul corpo giudiziario dando i primi segnali di «severa sorveglianza» sulla magistratura, sorveglianza che sarebbe stata ancor più rafforzata con la legge sull'ordinamento giudiziario del 1859.

In conclusione, dal 1848 al 1859, di regola, il giudice sarebbe stato validamente eletto soltanto se inamovibile. Le esigenze sottese a tale condizione erano pressoché riconducibili alla necessità di avere una magistratura di comprovata fedeltà al potere esecutivo. L'inamovibilità assunse, così, il valore di "patente" di fedeltà.

Sino alla legge elettorale del 1859 la scelta di subordinare l'eleggibilità all'inamovibilità è dunque riconducibile a motivazioni più politiche – assicurarsi un certo conformismo dei giudici – che a ragioni strettamente giuridiche. Infatti, correttamente, la dottrina osserva che la tesi secondo cui l'inamovibilità attuava il principio di separazione dei poteri in materia elettorale entra in contrasto con il dato positivo. La legislazione d'epoca albertina accoglieva tra i soggetti eleggibili i funzionari e gli impiegati pubblici: da ciò consegue «che la normativa dedicata all'elettorato passivo dei giudici non si ispirasse a esigenze di rango costituzionale e che si differenziasse profondamente dal regime riservato ai pubblici dipendenti» e ciò «fu di tutta evidenza con le leggi del 1859 e del 1860»³⁶.

5. L'appartenenza a determinati uffici quale condizione della capacità elettorale passiva, nel periodo compreso tra il 1859 e il 1923.

Con l'approvazione della riforma elettorale del 20 novembre 1859³⁷, confluita nella legge del 17 dicembre 1860, la capa-

zionari "infedeli" e a ciò non si sottrae la magistratura, per la quale anzi si invoca una sorta di "investitura legittimante"». Da una ricerca condotta agli inizi degli anni '80 dal *Groupe de recherches d'histoire judiciaire* emerge che del campione di 850 giudici francesi analizzati nel periodo compreso dal 1815 al 1885, ben il 43% venne destituito per motivi politici. In Italia i trasferimenti da una sede all'altra per motivi politici risultarono frequenti mentre le destituzioni assai rare, cfr. P. Saraceno (a cura di), *I giudici italiani dall'unità al fascismo*, cit., 9.

³⁶ F. Rigano, *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, in *Giur. it.*, 1985, 6.

³⁷ Legge del 20 novembre 1859, *Riforma della Legge elettorale del 17 marzo*

cità elettorale passiva del giudice venne profondamente modificata.

La legge elettorale del 1859, conosciuta come decreto Rattazzi dal nome del suo proponente, subordinava la condizione di eleggibilità all'appartenenza agli uffici superiori della magistratura e non più all'inamovibilità. La disciplina del 1859, sul punto delle condizioni di godimento dell'elettorato passivo da parte dei giudici, fu ripresa dalla legge sulle incompatibilità del 1877 e rimase sostanzialmente in vigore sino al 1923³⁸. Salva la breve parentesi della legge elettorale del 1923, la distinzione tra giudici superiori e inferiori fu ripresa dalla legge elettorale del 1925³⁹.

La legge elettorale del 1859 capovolse il principio che aveva ispirato la legge elettorale del 1848. Se fino a quel momento la regola era l'eleggibilità dei giudici purché fossero inamovibili, la legge del 1859 prescrisse la regola dell'ineleggibilità dei giudici, salvo che appartenessero agli uffici più alti dell'amministrazione giudiziaria.

1848 (atto del governo n. 3778), confluita nel regio decreto 17 dicembre 1860, *Modificazione alla legge elettorale del 20 novembre 1859 ed estensione del presente Decreto a tutte le Province dello Statuto*. Come è noto la legge elettorale del 1859 fu approvata in forza dei poteri delegati al governo dalla legge n. 3345 del 25 aprile 1859, in occasione della seconda guerra d'indipendenza. In dottrina vedi P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana. Dal 1848 al 1923*, cit., 54 e 57.

³⁸ Cfr. art. 81 *Regio decreto che approva il testo unico della legge elettorale politica, 24 settembre 1882* commentata da V. Guarrella Ottaviano, *Commento alla legge elettorale politica 24 settembre 1882, n. 999 serie 3 (Testo unico)*, Napoli, 1890; art. 82 *Regio decreto che approva il testo unico della legge elettorale politica, 28 marzo 1895*; art. 98 *Legge 30 giugno 1912, n. 666, contenente il nuovo testo unico della legge elettorale politica* commentata da G. Fragona, *La legge elettorale politica 30 giugno 1912, nn. 665 e 666 (testo unico) coordinata alla nuova legislazione elettorale amministrativa e commerciale. Commento organico con larghi richiami dei precedenti parlamentari, dottrina, giurisprudenza, circolari ministeriali, ecc.*, Milano, 1913, 361 ss.; S. Ferrari, *Commentario al Nuovo Testo unico della Legge elettorale politica, 30 giugno 1912, n. 666 modificata con la legge 22 giugno 1913, n. 648*, Firenze, 1913; A. Casertano, *Commento alla Legge elettorale politica 30 giugno 1912 e 26 giugno 1913 (testo, fonti, dottrina, giurisprudenza, grafici, indici, illustrazioni)*, Napoli, 1913; art. 98 *Regio decreto 2 settembre 1919, n. 1495, che approva il testo unico della legge elettorale politica*.

³⁹ La regola per cui solo determinati giudici, appartenenti agli uffici più alti dell'amministrazione giudiziaria, godevano della capacità elettorale passiva disciplinò l'elezione della Camera dei deputati dalla VII Legislatura (con inizio il 2 aprile 1860) alla XVI Legislatura (con inizio l'11 giugno 1921 e fine il 25 gennaio 1924).

Quindi, al fine del riconoscimento della capacità elettorale passiva, il giudice doveva essere assegnato a uno degli uffici (superiori) della magistratura, indicati all'art. 97: presidente, presidenti di sezione e consiglieri del Consiglio di Stato; primi presidenti, presidenti e consiglieri delle Corti di cassazione e di appello.

Con la svolta del 1859, la figura del giudice venne assimilata sempre più a quella di uomo integrato all'apparato politico⁴⁰. Da questa integrazione, derivante da anni al servizio delle istituzioni, servizio fedele s'intende, il giudice avrebbe avuto davanti a sé una brillante carriera sino alla nomina agli uffici superiori; soltanto giunti a tali uffici la 'dignità' acquisita sarebbe stata tale da dare diritto al premio: poter essere eletti o nominati al parlamento.

La nomina agli uffici superiori aveva degli oneri da un punto di vista disciplinare. Già con la legge Siccardi del 1851 fu inserito un criterio gerarchico nei rapporti tra giudici e tra giudici e Governo. I giudici degli uffici più prestigiosi detenevano un pervasivo potere di sorveglianza disciplinare sui colleghi sottoposti. Con la legge sull'ordinamento giudiziario, approvata sempre nel 1859, il potere esecutivo si assicurava strumenti di controllo ancor più votati alla stretta sorveglianza e diretti anche nei confronti dei giudici più anziani. La durata vitalizia dell'incarico di giudice era, ad esempio, sostituita dal limite di vecchiaia dei settantacinque anni, raggiunto il quale il giudice poteva (e non doveva) essere collocato a riposo. Tale limite poteva essere superato su decisione discrezionale del ministro della giustizia, il quale valutava in base alle «energie e capacità sufficienti per adempiere ai doveri d'ufficio» del singolo giudice: e dunque in base a una clausola generica che gli avrebbe lasciato ampia

⁴⁰ Cfr. P. Saraceno, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione. Linee di una analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo*, Roma, 1979, 57. Tuttavia altri studi ricordano come alcuni giudici appartenenti ai più alti uffici salutarono freddamente, credendolo prematuro, lo Statuto albertino. In tal senso, va letta la preziosa testimonianza lasciata da Alessandro Pinelli, giudice degli uffici superiori della magistratura, affidata a una lettera rivolta al fratello: «Quando un mese dopo, un Re non vi fa concessioni smozzicate e strappate ma vi porge un intero complesso di istituzioni a libertà indirizzate, secondo le quali l'opinione pubblica acquista organi legali per farsi sentire, l'anelare già a riforme nuove [...] io non posso considerarlo come un reale progresso», cfr. A. Colombo, *Dalle riforme allo Statuto albertino. Documenti editi e inediti*, Casale, 1924, XVII.

discrezionalità nel decidere se mantenere in servizio il giudice o se collocarlo a riposo. È da pensare che soltanto i giudici che avessero dato prova di armonia col potere esecutivo avrebbero potuto agevolmente aspirare a mantenere professione, ruolo e stipendio anche oltre l'età fissata per il pensionamento. Da questo punto di vista ritroviamo le stesse ragioni per cui al Senato, tra le categorie di nomina, vennero inseriti determinati uffici a discapito di altri, al fine, come si dirà, di assicurare una modalità di controllo dell'intero apparato della magistratura.

D'altronde, l'ammissione di tutti i giudici alla Camera dei deputati avrebbe avuto ripercussioni sulla libertà di voto e sulla dignità dell'ufficio di deputato. Sempre in ragione della strutturazione gerarchica della magistratura stessa, non tutti i giudici deputati avrebbero avuto la stessa libertà nell'esercitare il proprio mandato elettorale, poiché quelli gerarchicamente sovraordinati avrebbero potuto esercitare influenze, in ipotesi indebite, presso i giudici subordinati, in virtù della normativa disciplinare. La strutturazione gerarchica della magistratura era poi fonte di un altro dubbio: non essendovi distinzione tra deputati, nel dibattito parlamentare, due giudici di diverso grado gerarchico sarebbero stati pari. Questo significava surrettiziamente superare l'impostazione gerarchica che s'era voluta dare alla magistratura. Per eliminare tali criticità, il legislatore ritenne di limitare la capacità elettorale passiva unicamente ai giudici degli uffici superiori, i quali sarebbero stati esposti "soltanto" al potere disciplinare del ministro della giustizia.

La dottrina liberale, poi, ricorreva agli argomenti utilizzati per giustificare il suffragio ristretto e che traevano fondamento dalla visione classista delle istituzioni. Domenico Zanichelli, nel commentare le disposizioni delle leggi elettorali che ammettevano all'elettorato passivo soltanto i giudici di appello, affermava: «Solo giunti a quel grado, i magistrati, e per lo stipendio e per la posizione sociale, possono aspirare all'onore di sedere nella Camera elettiva. L'impiegato, che aspira all'onore del mandato legislativo, dev'essere tale da far onore alla Camera e da dar garanzie di portare in essa un grande contingente di capacità, e per ciò che ha riguardo ai magistrati, solo quando essi siano giunti al grado eminente di consiglieri di appello si può essere sicuri di ciò»⁴¹.

⁴¹ D. Zanichelli, *Le incompatibilità parlamentari. Questioni di diritto costituzionale e di politica*, II, Bologna, 1887, 38 e 39.

Per i giudici degli uffici esclusi dall'elettorato passivo v'era, quindi, un'unica strada per essere validamente eletti: abbandonare la toga, dimettendosi in data antecedente al decreto d'indizione dei comizi elettorali. Come semplici cittadini avrebbero dovuto possedere, per essere eleggibili, i requisiti previsti più in generale dalle normative elettorali.

In conclusione, pare potersi osservare che l'appartenenza agli uffici superiori assorbiva la condizione dell'inamovibilità prevista dalla prima legge elettorale di epoca albertina; invero, le condizioni d'elezione alla Camera dei deputati si facevano ancor più severe giacché mentre tutti i giudici dei più alti uffici erano tendenzialmente inamovibili, non tutti i giudici inamovibili erano assegnati ai gradi più alti dell'amministrazione giudiziaria. Dunque: non tutti i giudici inamovibili avrebbero goduto della capacità elettorale passiva, nel periodo compreso dal 1859 sino al 1923.

6. Le candidature occulte e i rimedi della legislazione elettorale: l'introduzione dell'ineleggibilità relativa e la breve parentesi del collegio plurinominale.

La sottoposizione del diritto all'elettorato passivo alle condizioni tanto dell'inamovibilità quanto dell'appartenenza agli uffici superiori era un limite al riconoscimento dei diritti politici in capo al giudice.

Altri limiti furono previsti dalle leggi del 1877, del 1882 e infine del 1925.

Le riforme ebbero il fine comune di neutralizzare gli effetti distorsivi prodotti dalle candidature occulte dei giudici: si trattava di un fenomeno reso possibile dall'assenza di una normativa che rendesse palese la volontà di partecipazione alla competizione elettorale. Infatti, le normative elettorali di epoca statutaria non disciplinavano i (tre) momenti del procedimento di candidatura, come invece accadrà nelle leggi elettorali di epoca repubblicana: la designazione del candidato (tramite la raccolta delle firme a opera dei sottoscrittori), l'accettazione della candidatura (ad opera del candidato) e, infine, il deposito delle firme quale momento perfezionativo della candidatura stessa. Le sole fasi regolate riguardavano la formazione delle liste elettorali, la procedura di voto e la verifica dei poteri.

Naturalmente il nominativo del giudice candidato compariva nella lista elettorale depositata, al pari di qualsiasi altro resi-

dente presso quel determinato Comune. La legislazione elettorale si limitava a prescrivere l'obbligo per l'elettore di indicare sul «bollettino» consegnato dal Presidente del seggio un nominativo che fosse compreso nelle liste elettorali. Data la convergenza di preferenze di voto verso determinati soggetti, si deve ipotizzare che l'elettore fosse indotto a votare il candidato che più degli altri era riuscito a persuaderlo.

L'assenza di una normativa sulla candidatura metteva il giudice in una posizione di potenziale vantaggio. Questo perché nella fase precedente l'elezione, attraverso l'uso dei poteri connessi al proprio ufficio, egli avrebbe potuto indurre l'elettore a esprimere un voto a suo favore: a danno della libertà di voto, del prestigio dell'ordine giudiziario (nelle sue diverse accezioni) e della *par condicio* tra gli eleggibili.

Si tentò così di individuare appositi rimedi. Dapprima, con la legge sulle incompatibilità parlamentari del 1877 venne introdotto l'istituto dell'ineleggibilità relativa o territoriale; poi per un breve periodo, con la legge elettorale del 1882, si introdusse il collegio plurinomiale; infine, con la legge elettorale del 1925 si obbligò il giudice a chiedere l'aspettativa almeno sei mesi prima della data delle elezioni o a presentare le dimissioni nei tre mesi precedenti.

Dopo alcune proposte di riforma non approvate⁴², con la legge sulle incompatibilità parlamentari del 13 maggio 1877, n. 3830⁴³, venne introdotta un'espressa ipotesi di ineleggibilità

⁴² La prima proposta di riforma risale al 25 febbraio 1862, ed era il progetto di legge Gallenga sulle incompatibilità per gli impiegati pubblici stipendiati; la seconda proposta risale al 31 marzo 1865, e riguardava un progetto di legge presentato dal ministro dell'interno Lanza sui conflitti d'interessi (e ripreso il 17 aprile 1866 dal ministro dell'interno Chiaves).

⁴³ *Legge sulle incompatibilità parlamentari* del 13 maggio 1877, n. 3830, *Modificazioni agli articoli 97 e seguenti della legge elettorale politica del 17 dicembre 1860*. L'iter iniziava il 7 dicembre 1876 con il deposito del progetto di legge Nicotera (n. 34). Nella tornata del 6 febbraio 1877 era presentata la relazione della Commissione della Camera dei deputati (34-A) il cui relatore era l'onorevole Mussi. La discussione sul progetto di legge avveniva nelle tornate del 20, 23, 24, 26, 28 febbraio e 1, 2, 3 marzo 1877. In quest'ultima data, la Camera approvava il progetto di legge, che era quindi presentato in Senato il 5 marzo 1877 (n. 39). La Commissione del Senato, per tramite del senatore Mauri, presentava la relazione nella tornata dell'11 aprile 1877. Il 26 e il 27 aprile 1877 il progetto era discusso e approvato con modificazioni, quindi tornava alla Camera dei deputati il 27 aprile 1877, ed era approvato nella seduta dell'11 maggio 1877.

relativa o territoriale, riguardante una particolare categoria di giudici, già ammessi all'elettorato passivo dalla normativa elettorale del 1859. I primi presidenti, i presidenti e i consiglieri delle Corti di appello non potevano essere validamente eletti nel territorio della loro giurisdizione o in quello nel quale avevano esercitato l'ufficio sei mesi prima dell'indizione dei comizi elettorali⁴⁴. Dalla previsione erano esclusi i giudici di cassazione e ciò sarebbe potuto apparire – così è stato osservato di recente – ingiustificato: «dal momento che l'esistenza di cinque Corti di cassazione con competenza ripartita – almeno nel settore civile – su base regionale, rendeva concreto, anche in questo caso, il pericolo che i giudici giudicassero di affari provenienti dalla circoscrizione in cui fossero stati eventualmente eletti»⁴⁵. Tuttavia la *ratio* dell'esclusione emerge dalla disamina del dibattito parlamentare. Infatti, contrariamente a quanto poi risultò nel testo definitivo, nel progetto approvato dalla Camera dei deputati era prevista l'ipotesi di ineleggibilità relativa anche riguardo i giudici della Corte di cassazione. Fu però osservato che includere nell'ambito di applicazione della norma i giudici delle Corti di cassazione avrebbe discriminato i giudici assegnati a Roma rispetto a quelli addetti alle altre Corti. I giudici della Corte romana, infatti, in virtù della giurisdizione nazionale su alcune materie, sarebbero stati sottoposti, *de facto*, a una ipotesi di ineleggibilità assoluta⁴⁶. L'apparente incoerenza normativa era quindi giustificata, come si evince dal dibattito parlamentare, dall'esigenza di riservare una parità di trattamento sostanziale fra la Corte di cassazione romana e le altre Corti di cassazione.

L'istituto dell'ineleggibilità relativa non era inedito alla normativa elettorale, poiché era già stato previsto dalla prima legge politica elettorale del 1848 per gli ecclesiastici e i militari: in quel caso il legislatore si era preoccupato di evitare che le funzioni connesse all'ufficio ricoperto potessero essere strumentalizzate per agevolare l'elezione mediante pressioni sui cittadini elettori, che fossero assoggettati ai poteri, di fede o di arma, del candidato.

⁴⁴ All'epoca dell'entrata in vigore della legge i giudici degli uffici di grado inferiore erano esclusi dal diritto all'elettorato passivo.

⁴⁵ F. Rigano, *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, cit., 12.

⁴⁶ Intervento di A. Mauri, Senato del Regno, Atti, seduta del 5 marzo 1877, 4-5.

Con la legge sulle incompatibilità del 1877, il legislatore fissava una regola analoga ai giudici (oltre che per gli ufficiali generali e superiori di «terra e di mare») ⁴⁷: «Il fine della disposizione non era ovviamente la tutela della imparzialità del giudice o della divisione dei poteri (valori che solo la previsione della incompatibilità assoluta avrebbe salvaguardato), si trattava piuttosto di assicurare la regolarità del procedimento elettorale, liberando gli elettori dai condizionamenti dovuti ad aspettative di future gratifiche o “rappresaglie” possibili per la posizione professionale del candidato» ⁴⁸. L'ampiezza del collegio elettorale, infatti, coincidendo con la circoscrizione giudiziaria di competenza della Corte di appello, avrebbe conferito proprio al giudice di appello un inopportuno strumento di pressione sul bacino di potenziali propri elettori.

La dottrina osserva che non fu affatto un caso che una norma simile fosse stata inserita nella legge sulle incompatibilità del 1877, con la quale il Governo si proponeva di moralizzare la vita pubblica risanando una «classe politica non ineccepibile e quindi esposta alle critiche del paese» ⁴⁹; uno degli interventi più rilevanti in tal senso non poteva che essere il contrasto al clientelismo elettorale e all'uso improprio dei pubblici uffici.

La previsione dell'ineleggibilità relativa dei giudici ebbe

⁴⁷ A. Brunialti, *Legge elettorale politica*, Torino, 1882, 337.

⁴⁸ F. Rigano, *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, cit., 11.

⁴⁹ F. Rigano, *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, cit., 11, vedi in particolare nota 23 dove l'Autore cita C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, Bari, 1976, I, 172. L'impulso per l'introduzione di una siffatta normativa giungeva dalla stessa Camera dei deputati che con un'apposita risoluzione, votata il 17 luglio 1864, chiedeva al governo di regolare le ipotesi di «conflitto tra l'interesse personale e l'interesse generale nelle funzioni dell'ufficio del deputato». Il progetto ministeriale all'art. 97 confermava il principio dell'ineleggibilità per i funzionari e gli impiegati aventi uno stipendio sul bilancio dello Stato, o sui bilanci del fondo per il culto, degli economati generali dei benefici vacanti, della lista civile, del gran magistero dell'ordine mauriziano e delle scuole d'ogni grado sovvenute dal bilancio dello Stato. Da una parte si riteneva che il “dipendente” del governo non avrebbe potuto esercitare il mandato politico con quella libertà richiesta, soprattutto quando si doveva sindacare gli atti dei ministri. D'altra parte si voleva rafforzare la regola della divisione del lavoro, come auspicato già da Gaetano Arangio Ruiz: un impiegato eletto deputato avrebbe necessariamente trascurato l'impiego per cui percepiva uno stipendio a carico dello Stato, cfr. A. Fiandaca, *Commento alla Legge elettorale politica (24 settembre 1882, n. 999 -5 maggio 1891, n. 120 -28 giugno 1892, n. 315)*, Palermo, 1892, 291 ss.; G. Arangio Ruiz, *Eleggibili ed eletti. Abbozzi di questioni costituzionali*, cit., 1885, 34-38.

fortuna. Venne riconfermata sino alla legge elettorale Acerbo del 1923⁵⁰, e venne applicata anche nei confronti dei magistrati del pubblico ministero dopo che questi, nel 1925, vennero ammessi all'elettorato passivo.

In particolare, la legge Acerbo revisionò profondamente la legislazione elettorale precedente, con attenzione al Testo unico del 1919, abrogando le ipotesi d'ineleggibilità assoluta riguardanti i giudici e superando, altresì, il principio di ammissione limitata⁵¹. L'ampiezza del collegio, ora su base nazionale, avrebbe escluso ogni «illecita pressione elettorale»⁵², dato l'allentamento del rapporto diretto tra candidato e circoscrizione elettorale, e quindi consentiva una diversa e meno severa modulazione del regime delle ineleggibilità.

Con la legge elettorale del 1923 si tornava così al regime stabilito alla legge elettorale del 1848. Di regola, tutti i funzionari, impiegati e agenti dello Stato e di ogni altra pubblica amministrazione, e dunque tutti i giudici senza distinzioni rispetto l'ufficio ricoperto (sempre con esclusione dei magistrati del pubblico ministero), avrebbero goduto della capacità elettorale passiva. Sull'eleggibilità dei giudici incideva ora l'ineleggibilità relativa, per cui potevano essere validamente eletti soltanto fuori dalla circoscrizione del proprio ufficio o dalla circoscrizione ove avevano esercitato le funzioni giurisdizionali nei sei mesi precedenti il decreto di convocazione dei comizi elettorali. A eccezione dei giudici della Corte di cassazione, che dal 1923 era unica per tutto il Regno, per le stesse ragioni già illustrate in sede di disamina della legge sulle incompatibilità parlamentari del 1877: la giurisdizione nazionale avrebbe infatti trasformato la fattispecie di ineleggibilità relativa, *de facto*, in una fattispecie di ineleggibilità assoluta⁵³.

⁵⁰ Legge elettorale del 18 novembre 1923 n. 2444, *Modificazioni alla legge elettorale politica, testo unico 2 settembre 1919 n. 1495*, vedi in particolare gli articoli 1 e 90.

⁵¹ Le modificazioni apportate furono trasfuse nel testo unico approvato con regio decreto 13 dicembre 1923, n. 2694.

⁵² Come spiegava lo stesso Mussolini nella tornata del 9 giugno 1923, cfr. Camera dei deputati, Atti, seduta del 9 giugno 1923, 9 e 10.

⁵³ Nella tornata del 21 luglio 1923, il deputato Buttafocchi proponeva un emendamento che mirava a escludere i Consiglieri di Stato, a eccezione del presidente, dall'eleggibilità. L'emendamento era ritirato dopo l'intervento del Presidente della commissione, Giolitti, il quale ricordava che escludere i Consiglieri di Stato e non, invece, i consiglieri della Corte di appello, sarebbe stato

La legge elettorale del 1923 fu applicata soltanto in occasione della tornata elettorale del 1924, poiché già l'anno successivo il sistema elettorale venne nuovamente rivisto.

Per ragioni opposte rispetto a quelle appena illustrate, quando con la legge elettorale 15 febbraio 1925, n. 122⁵⁴, si tornò al collegio uninominale, fu ripristinato un più severo regime di ineleggibilità: «sussistono non meno che rispetto agli impiegati dello Stato le ragioni della ineleggibilità (possibile interferenza delle funzioni di tutela o di vigilanza coll'attività vigilata; influenza locale nella preparazione delle elezioni, ecc.), aggiungendo che la elezione a deputato di impiegati, in regime di collegio uninominale, produrrebbe nell'amministrazione cui essi appartengono un rovesciamento di posizioni gerarchiche ed un turbamento del rapporto di servizio, che non è davvero consigliabile nel pubblico interesse»⁵⁵. Tale legge, come peraltro ricordato, non ebbe mai applicazione perché, con il consolidarsi del regime fascista, maturarono altri modelli di rappresentanza che, oramai, escludevano una reale competizione elettorale. Con la legge elettorale 17 maggio 1928, n. 1029, trasfusa poi nel Testo unico 2 settembre 1928, n. 1993, fu infatti introdotto il sistema plebiscitario⁵⁶ che, eliminando la libertà di voto, eliminava in radice la questione⁵⁷.

irragionevole alla luce dell'impostazione gerarchica della stessa magistratura, che vedeva i primi di grado superiore rispetto ai secondi: «Mi permetto di osservare che i consiglieri di Stato sono sempre stati ammessi alla Camera dei deputati; e se accettassimo questa proposta, potrebbero venire i Consiglieri di appello, che sono di grado molto inferiore, e sarebbero esclusi i consiglieri di Stato! Né si creda che il consigliere di Corte di appello sia inamovibile, come il consigliere di Stato! Il consigliere di Stato ha delle garanzie molto solide, molto serie, e sarebbe una mancanza di riguardo al corpo più alto dello Stato, nell'ambiente amministrativo, il volerne escludere i membri, mentre sono sempre perpetuamente stati ammessi alla Camera dei deputati», vedi intervento di C. Buttafochi, Camera dei deputati, Atti, seduta del 21 luglio 1923, 10956.

⁵⁴ Legge intitolata alle *Modificazioni al testo unico della legge elettorale politica 13 dicembre 1923, n. 2694*.

⁵⁵ B. Mussolini, Camera dei deputati, Atti, seduta del 14 gennaio 1925, 13.

⁵⁶ E. Bettinelli, voce *Elettorali (sistemi)*, cit., 440; G. Ferrari voce *Elezioni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, 1965, 642.

⁵⁷ La concessione fascista della funzione parlamentare, vale a dire fare del parlamento un organo di partito e il partito un organo costituzionale, sviliva quell'esigenza di una normativa a tutela della libertà di voto che aveva ispirato il regime delle incompatibilità e delle ineleggibilità. Quale logica conseguenza, dunque, tutte le disposizioni sulle incompatibilità e sulle ineleggibilità parlamentari, la cui *ratio* incideva sull'attribuzione stessa del diritto di votare e di essere votato, furono abrogate, cfr. art. 106, regio decreto 2 settembre

Per completezza dell'indagine, va ricordato che, per un breve periodo, fu in vigore la legge elettorale del 1882 e si attenuò l'esigenza di un regime di ineleggibilità relativa: vennero introdotti i collegi plurinominali in luogo dei precedenti collegi uninominali. Secondo la legge elettorale del 1882, l'elettore avrebbe dovuto indicare sulla scheda un numero di candidati proporzionale rispetto al numero dei deputati da eleggere. L'indicazione di più nominativi avrebbe prodotto un allentamento del rapporto tra elettore ed eleggibile. Quest'ultimo meccanismo, che si sarebbe dovuto coordinare con quanto prescritto sul punto dell'ineleggibilità relativa dalla legge del 1877, riguardava ogni eleggibile, non soltanto i giudici. Una riforma destinata a produrre effetti per un tempo limitato: già qualche anno dopo, con la legge elettorale del 5 maggio 1891, n. 210, venne ristabilito il collegio uninominale: l'ineleggibilità relativa, che nel frattempo non era stata abrogata, tornava a essere determinante tra i rimedi volti a tutelare la libertà di voto degli elettori.

7. I limiti numerici sulla presenza dei giudici presso la Camera elettiva: la riforma Bonfadini.

Alle critiche di ordine costituzionale circa la presenza dei giudici in parlamento, il legislatore liberale rispose anche inserendo appositi limiti numerici. Una soluzione di compromesso che la stessa relazione del Re alla legge elettorale del 1848 descrisse più come un "omaggio" all'indipendenza del parlamento che come uno strumento diretto a garantire la divisione dei poteri. Per quanto la dottrina coeva ricordasse i valori di rango costituzionale a cui la limitazione poteva rispondere: «l'interesse dello Stato come amministratore è: che i suoi impiegati non gli sottraggano gran parte di tempo ch'ei paga, occupandolo altrove; ma a questo va unito l'interesse di avere deputati diligenti»⁵⁸.

Tali riflessioni si agganciavano ai fatti che avevano condotto il legislatore a introdurre il "numero chiuso"⁵⁹ per i giudici,

1928, n. 1993, *Approvazione del testo unico della legge elettorale politica*. Rimanevano pur sempre valide le ipotesi di incompatibilità e ineleggibilità per indegnità morale indicate nel successivo art. 107.

⁵⁸ G. Arangio Ruiz, *Eleggibili ed eletti. Abbozzi di questioni costituzionali*, cit., 38.

⁵⁹ F. Rigano, *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, cit., 10.

fatti ricordati in alcuni interventi in occasione del dibattito parlamentare per l'approvazione della legge del 3 luglio 1875, n. 2610, cosiddetta legge Bonfadini.

Nella tornata del 21 maggio 1875, il deputato Massari ricordò che qualche anno prima, nel 1857, avevano fatto parte della Camera subalpina professori e giudici in numero consistente; era accaduto addirittura che tre giudici appartenenti alle Corti di appello di Casale fossero eletti deputati e che quella Corte si fosse trovata nell'impossibilità di funzionare⁶⁰. Fu così che, nella legge elettorale del 1859, si decise di limitare il numero dei seggi che potevano essere assegnati ai giudici.

In precedenza, la legge elettorale del 1848 non conteneva una norma speciale dedicata ai giudici, al contrario si limitava ad accogliere il principio di ammissione limitata per tutti i funzionari e impiegati regi stipendiati dallo Stato, i quali sarebbero potuti essere eletti nel limite di quota pari a un quarto del numero totale dei deputati (51 su 204)⁶¹. Con la legge elettorale del 1859 il numero di funzionari e impiegati regi stipendiati ammessi alla Camera fu ridotto al quinto del numero totale dei deputati (102 su 508). Per i professori e i giudici si stabilì un limite ulteriore: ciascuna categoria non sarebbe stata ammessa alla Camera in misura superiore all'ottavo del quinto indicato più in generale per gli ufficiali e impiegati pubblici (13 per ciascuna categoria su 102). I ministri non furono conteggiati nel novero degli impiegati⁶².

La legge elettorale del 1860 ridusse a 443 il numero dei deputati per tutto il Regno e, al contempo, innalzò la quota riservata agli impiegati e ai funzionari pubblici a un quarto dei deputati, e dunque 110 circa, eliminando la sottocategoria dei giudici e dei professori⁶³. Con la legge sulle incompatibilità parlamentari, nel 1877, l'eleggibilità dei funzionari e impiegati, appartenenti alle sette categorie eccettuate dal divieto di ineleggibilità, venne sottoposta alla condizione che il loro numero non eccedesse la

⁶⁰ Intervento di G. Massari, Camera dei deputati, Atti, seduta del 21 maggio 1875, 3473. Le ragioni storiche dell'introduzione di una limitazione numerica nei confronti dei giudici sono ricordate dal senatore Sineo nella tornata del 22 giugno 1875, sempre in occasione della discussione della legge Bonfadini del 1875, cfr. R. Sineo, Senato del Regno, Atti, seduta del 22 giugno 1875, 2065.

⁶¹ Cfr. articoli 63 e 100 della legge elettorale n. 680 del 1848.

⁶² Cfr. articoli 62 e 100 della legge elettorale n. 3778 del 1859.

⁶³ Cfr. articoli 62 e 100 della legge elettorale del 1860.

quota di 40, non computando in essa i ministri, i sottosegretari di stato, i segretari generali dei ministeri, anche se cessati dall'ufficio governativo e nominati a quegli uffici civili e militari. Anche in tal caso fu previsto un ulteriore limite per le categorie di giudici e professori, fissato nel numero di 10 per ciascuna di esse⁶⁴. Con la legge elettorale del 1882, si stabilì che il numero massimo di funzionari e impiegati regi eleggibili alla Camera fosse 40 su 508 deputati. I primi presidenti, i presidenti e consiglieri della Corte di cassazione; i primi presidenti, i presidenti e i consiglieri delle Corti di appello e o professori ordinari delle regie università e degli alti pubblici istituti dove si conferiscono i supremi gradi accademici, non avrebbero potuto superare la quota di 10. Se all'esito delle elezioni fosse risultato vacante un seggio riservato ai giudici o ai professori, sarebbe stato assegnato al primo funzionario eletto deputato⁶⁵. Parimenti disponevano le leggi elettorali del 1895, del 1912 e del 1919⁶⁶. Nel 1923 il numero dei deputati per tutto il Regno venne fissato a 535 e vennero soppressi i limiti numerici presenti nelle precedenti leggi elettorali, modifica confermata dalla legge elettorale del 1928⁶⁷.

Il rispetto dei limiti era oggetto di un giudizio di accertamento da parte della Giunta parlamentare della verifica dei poteri, che prima di procedere alla convalida dell'elezione verificava il possesso delle condizioni di eleggibilità e accertava, eventualmente, l'elezione in sovrannumero. In quest'ultima ipotesi, dopo un sorteggio tra gli eletti, procedeva ad annullare l'elezione e a indire le elezioni suppletive per i seggi vacanti.

⁶⁴ Cfr. art. 6 della legge sulle incompatibilità parlamentari n. 3830 del 1877.

⁶⁵ Legge elettorale del 24 settembre 1882 n. 999, *Regio Decreto che approva il testo unico della legge elettorale politica*, articoli 44, 81 (quest'ultimo rinvia alle disposizioni della legge sulle incompatibilità del 13 maggio 1877 e dunque all'art. 6 sulla quota riservata ai funzionari e agli impiegati eleggibili).

⁶⁶ Legge elettorale del 28 marzo 1895 n. 83, *Regio Decreto che approva il testo unico della legge elettorale politica*, articoli 44 e 88; legge elettorale del 30 giugno 1912 n. 666; legge 30 giugno 1912, contenente il nuovo testo unico della legge elettorale politica, articoli 52, 97; legge elettorale del 2 settembre 1919 n. 1495, *Regio decreto 2 settembre 1919, che approva il testo unico della legge elettorale politica*, articoli 40 e 97.

⁶⁷ Legge elettorale del 18 novembre 1923 n. 2444, *Modificazioni alla legge elettorale politica, testo unico 2 settembre 1919, n. 1495*, vedi art. 1 secondo cui «Agli articoli 3, 39, 106, 119 ed ai titoli III; IV e VI del testo unico del 2 settembre 1919, n. 1495, sono sostituiti i seguenti: [...] Art. 40. Il numero dei deputati per tutto il Regno è 535 [...], Art. 97. *Soppresso*».

Nel dibattito parlamentare dell'epoca, la riflessione sulle sottocategorie di limiti fu pressoché assorbita dalla discussione sulla presenza dei giudici in parlamento. Soltanto un passaggio, durante la discussione sulla legge Bonfadini del 1875 fece emergere le motivazioni ed insieme i dubbi sulla ragionevolezza di una siffatta previsione. Il deputato Sineo si domandò quale fosse il senso di mantenere, a danno del corpo insegnante e del corpo giudiziario, il limite di quota pari a un ottavo di un quinto previsto dall'ultimo capoverso dell'art. 100: «che vi sia poi un limite assai più ristretto per gli insegnanti delle università e dei membri dell'ordine giudiziario veramente non mi pare né giusto né utile. Nella categoria degli impiegati, i membri del corpo insegnante e dell'ordine giudiziario sono tra quelli che possono arrecare nelle discussioni della Camera lumi preziosissimi; presentano inoltre maggiori guarentigie d'indipendenza; non sono ugualmente minacciati dagli arbitri ministeriali, perché godono di una specie di inamovibilità». Sineo suggeriva, quindi, di tornare al regime, in vigore sotto la legge elettorale del 1848, per cui, senza distinzioni, i funzionari e gli impiegati pubblici sarebbero stati ammessi alla Camera dei deputati nel limite di un quinto dei seggi disponibili. Di conseguenza, proponeva l'abrogazione delle sottocategorie.

Di contrario avviso era il ministro della giustizia che, nella stessa tornata, si dichiarò d'accordo con la previsione di una speciale limitazione di quota per i giudici giacché convinto che la magistratura non potesse conciliare l'adempimento dei due doveri egualmente importanti ed essenziali in misura accettabile, anche in ragione del fatto che il giudice riceveva pure uno stipendio dallo Stato. Il ministro si spingeva sino ad auspicare una loro totale esclusione: «Si potrebbe forse disputare, se non convenisse andare molto più in là, cioè passare all'esclusione assoluta. È cosa certamente desiderabile che ogni cittadino possa servire la patria nei nobili seggi della rappresentanza nazionale; ma non possiamo dissimulare, o Signori, essere impossibile che si possano senza danno lasciare scoperte cariche importanti che direi vitali per l'ordine sociale, come sono quelle della magistratura, per dare qualche membro della magistratura alla rappresentanza nazionale»⁶⁸.

⁶⁸ La legge era approvata nella seduta del 24 giugno 1875 anche al Senato re-

Dall'analisi dei dati statistici offerti da alcuni studiosi, si può forse arguire che una delle motivazioni dei limiti all'ammissione dei giudici alla Camera risiedesse nel costante incremento della loro presenza⁶⁹.

L'introduzione di specifici limiti per i giudici, sino al 1875, non produsse i risultati auspicati, a causa della controversa interpretazione degli articoli 97 e 100 della legge elettorale del 1859, e in particolare della facoltà per l'eletto di far valere in sede di convalida l'ufficio soggetto a condizionamenti numerici meno stringenti. Infatti, accadeva spesso che soprattutto i professori (ma la dottrina ricorda che il mal costume riguardava anche i giudici)⁷⁰, per evitare i limiti della sottocategoria a cui appartenevano, chiedessero di essere nominati presso il Consiglio superiore d'istruzione⁷¹. Su tale prassi nascevano quelle distorsioni che la legge Bonfadini proponeva di risolvere, stabilendo la prevalenza delle ragioni di ineleggibilità sui titoli di eleggibilità.

Secondo la riforma auspicata dal deputato Bonfadini l'interpretazione degli articoli 97 e 100 della legge del 1859 era che in nessun caso, posto che la legge elettorale espressamente diceva

gio, legge del 3 luglio 1875. Vedi le correzioni apportate dal regio decreto del 6 febbraio 1887, n. 4323, *Aggiunta all'art. 100 della legge elettorale politica*.

⁶⁹ F. Rigano, *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, cit., 10. In particolare cfr. nota 20, dove si esprime in termini percentuali l'andamento della presenza dei giudici alla Camera nel periodo pre-repubblicano: 1848: 5,8%; 1849: 2,7%; 1849: 3,4%; 1849: 5,8%; 1853: 6,8%; 1857: 9,8%; 1869: 3,8%; 1861: 4,2%; 1865: 2,2%; 1867: 2,2%; 1870: 2,9%; 1874: 2,7%; 1876: 2,1%; 1880: 1,9%; 1882: 0,5%; 1886: 0,5%; 1890: 1,1%; 1892: 0,5%; 1895: 0,5%; 1897: 0,5%; 1900: 0,3%; 1904: 0,3%; 1909: 0,5%; 1913: 0,5%; 1919: 0,1%; 1921: 0,1%; 1924 0%; 1929: 0,7%; 1934: 0,5%.

⁷⁰ F. Rigano, *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, cit., 10.

⁷¹ Con la conseguenza, tra l'altro, che il Consiglio superiore d'istruzione si trasformava da ente tecnico a ente politico, a causa della presenza di deputati al suo interno. Infatti, per essere nominati quali membri del Consiglio stesso, al fine di eludere la normativa sui limiti numerici che li riguardavano, i professori universitari e i giudici avrebbero dovuto cercare il favore del governo: «il pensiero di coloro che presentarono quel progetto di legge non fu punto quello di evitare l'eccessivo numero dei professori, ma fu quello di evitare che la carica di membro del Consiglio superiore d'istruzione pubblica potesse esser data per motivi politici e precisamente perché ci sarebbe potuto anche da taluno ricercare quella qualità di membro del Consiglio superiore per poter entrare nella Camera senza essere compreso nel sorteggio del numero dei professori. Il motivo principale di questo progetto di legge era adunque quello di non guastare l'importante istituzione del Consiglio superiore d'istruzione pubblica e a questo motivo io mi associo completamente», cfr. intervento del senatore S. Cannizzaro, Senato del Regno, Atti, seduta del 22 giugno 1875, 2069.

«mai», i giudici e i professori avrebbero potuto eccedere l'ottavo del quinto, che nel totale dei seggi parlamentari allora presenti presso la Camera corrispondeva al numero di 13. E dunque che «mai» si sarebbe potuto far valere la doppia appartenenza al fine di ottenere la convalida della loro elezione. Il progetto di legge fu esaminato dalla Commissione della Camera dei deputati nella seduta dell'11 maggio 1875, la quale ampliava la proposta di ulteriori disposizioni. La Commissione della Camera ritenne necessaria un'esplicita norma che salvaguardasse per l'avvenire da altalenanti applicazioni, rendendo definitiva una delle due interpretazioni invalse nel tempo: «mentre fino alla X Legislatura prevalse il concetto più restrittivo, vale a dire che la categoria speciale escludesse dalla categoria generale, le ultime tre Legislature, l'attuale compresa, decisero in senso opposto, lasciando che la categoria generale serva, quando può, di asilo agli eletti che uscissero dai limiti delle speciali categorie».

Nel corso della discussione la Commissione chiese di cogliere l'occasione per risolvere un altro dubbio, che aveva dato origine a interpretazioni diverse e discostanti. Il dubbio riguardava il rapporto tra le condizioni di eleggibilità e quelle d'ineleggibilità che potevano sommarsi su un unico candidato: l'impiegato che per la qualità di un ufficio sarebbe stato ineleggibile, sarebbe potuto diventare eleggibile cumulando col primo un altro ufficio, rientrando sempre tra quelli indicati all'art. 97 della legge elettorale del 1859? Delle due interpretazioni, una che voleva far prevalere la condizione di eleggibilità e l'altra che voleva far valere le cause d'ineleggibilità, in Commissione prevalse quest'ultima⁷².

Il 3 luglio 1875 la proposta fu approvata: si ottenne, così, mediante la modificazione del secondo capoverso dell'art. 100, che alla Camera dei deputati non sedessero giudici e profes-

⁷² Si propose di abbandonare un emendamento integrativo a norma del quale: «Al detto articolo 100, comma 4, dopo le parole: *le elezioni nuove degli impiegati saranno nulle*, si aggiungerà il seguente comma: *Sarà nulla parimenti l'elezione degli impiegati designati nell'art. 97, quando gli eletti disimpegnino, anche temporaneamente, un altro ufficio retribuito sul bilancio dello stato, fra quelli non contemplati dal suddetto articolo o non congiunti necessariamente con essi*», cfr. la *Relazione* della Commissione sul progetto di legge numero 131-A, *Modificazioni all'art. 100 della legge elettorale*, presentato dal deputato Bonfadini nel corso della XII Legislatura del Regno d'Italia e discusso nella seduta del 5 maggio 1875.

sori rispettivamente per più di un ottavo del quinto degli impiegati e funzionari ammessi alla deputazione. Altresì, fu specificato che per qualsiasi funzionario che avesse rivestito due uffici, l'uno che lo rendesse eleggibile e l'altro ineleggibile, le cause di ineleggibilità dovessero prevalere sui titoli di eleggibilità, anche qualora l'ufficio che comportasse l'ineleggibilità rivestisse carattere di temporaneità.

8. Lo status del giudice eletto: l'introduzione del regime dell'aspettativa e le dimissioni obbligate.

La disciplina normativa sin qui analizzata era destinata a regolare l'elettorato passivo del giudice senza nulla prevedere riguardo allo status del giudice eletto; il secondo ventennio del '900 si aprì allora, su tale fronte, con l'introduzione di due novità.

Con la legge elettorale del 1923 fu inserito nella normativa elettorale l'istituto dell'aspettativa per mandato elettorale.

I giudici, poiché assimilati dalla legge agli impiegati e agenti con stipendio a carico del bilancio dello Stato, una volta eletti deputati, sarebbero stati collocati in aspettativa senza stipendio ai sensi dell'art. 92 *bis* (salvo però il diritto, al pari di tutti gli altri soggetti investiti di pubblici uffici, a una somma annua di lire 15.000 a titolo di indennità, al rimborso spese di corrispondenza e al trasporto ferroviario gratuito)⁷³. Non rientravano nell'obbligo di aspettativa una serie di uffici, tra i quali quelli appartenenti ai più alti gradi della magistratura: il presidente, i presidenti di sezione e i consiglieri del Consiglio di Stato; il primo presidente, i presidenti e i consiglieri di Corte di cassazione; i primi presidenti, i presidenti e i consiglieri e delle Corti di appello⁷⁴.

⁷³ Cfr. art. 98, legge elettorale n. 2444 del 1923.

⁷⁴ Cfr. I. La Lumia, *Sull'indennità dei deputati dell'assemblea regionale siciliana*, in www.rivistaaic.it, 2010. *La sospensione della retribuzione per i giudici addetti agli uffici inferiori va letta, e dunque valutata, alla luce del regime dell'indennità parlamentare, così come si è evoluto in epoca liberale. In tal senso, un breve inciso sul punto chiarisce che l'intervento riformatore del 1923 finiva col porre in una situazione di obiettivo svantaggio i giudici degli uffici inferiori rispetto ai giudici degli uffici superiori. A ben vedere, infatti, l'art. 50 dello Statuto albertino, espressione della visione classista ed elitaria delle Istituzioni regie, stabilì la gratuità della funzione parlamentare: «Le fun-*

Da un primo punto di vista, attraverso l'aspettativa si realizzavano gli stessi scopi perseguiti con l'ineleggibilità assoluta,

*zioni di Senatore e di Deputato non danno luogo ad alcuna retribuzione od indennità». Tuttavia, tale previsione fu erosa del suo contenuto con la legge elettorale del 1912, introduttiva del "suffragio universale maschile". Ai sensi dell'art. 11 furono previste due forme di compenso a favore di chi fosse stato eletto parlamentare. La prima, pari a lire 2.000 annue, per le spese di corrispondenza, a favore di tutti i deputati; la seconda, di lire 4.000, "per altri titoli", a favore di quei deputati che non godessero di alcun emolumento a carico del bilancio dello Stato o di enti pubblici. Chi al contrario percepiva un emolumento a carico del bilancio dello Stato o di enti pubblici avrebbe avuto diritto alla differenza fra quanto percepito dallo Stato o dall'ente pubblico e quanto dovuto a titolo di indennità. Con la legge del 5 aprile 1920, n. 395 (la cui previsione fu trasfusa nell'art. 103 della legge elettorale del 1923) si decise che tutti i deputati avessero diritto a una somma annua di lire 15.000. Altresì, fu consentito di assegnare ai senatori, che sino a quel momento erano rimasti esclusi da ogni forma di beneficio economico, una indennità per ogni seduta alla quale avrebbero partecipato. Con l'art. 1 della legge del 24 maggio 1925, n. 790, Regolarizzazione dell'indennità parlamentare, ogni differenza di trattamento tra Camera dei deputati e Senato regio cadde: anche i senatori avrebbero avuto diritto alle 15.000 lire annue. Il diritto all'indennità parlamentare fu poi riconosciuto in epoca fascista: con la legge del 1939 istitutiva della Camera dei fasci e delle corporazione si stabilì che senatori e consiglieri (ossia i deputati) avrebbero avuto diritto a una indennità indicata dalla legge; e in epoca di transizione costituzionale: con la legge n. 47 del 1943 per l'elezione dei deputati all'Assemblea costituente si stabilì che i deputati avrebbero avuto diritto a una indennità, definita nell'ammontare dalla stessa Assemblea in sede di approvazione del bilancio interno. In particolare, col d. lgs. lgt. n. 539 del 1945 fu riconosciuta, a favore dei componenti dell'istituenda Consulta, un'indennità per le sedute e una diaria a titolo di rimborso spese. Con deliberazione del 27 giugno 1946, l'ufficio di presidenza dell'Assemblea costituente pose l'ammontare dell'indennità in lire 25.000 mensili, aumentata, con deliberazione del 25 febbraio 1947, a lire 30.000; venne inoltre prevista un'indennità di presenza (inizialmente di lire 1.000) per le riunioni di Commissione convocate in giorni diversi da quelli di seduta dell'aula. Infine, l'Assemblea costituente, riunitasi in Comitato segreto il 16 settembre 1947, deliberò di elevare a lire 50.000 mensili l'indennità fissa, mentre quella di presenza *pro die* fu fissata in lire 3.000 e 1.500, rispettivamente per i deputati residenti fuori Roma e per quelli residenti a Roma. Dunque, per capire se l'obbligo di aspettativa senza stipendio, per i giudici addetti agli uffici inferiori, avrebbe creato un consistente svantaggio economico, derivante dalla sospensione della retribuzione, si può prendere a parametro lo stipendio annuo dei giudici in quegli anni, e quindi confrontarlo con l'ammontare dell'indennità riconosciuta all'ufficio di parlamentare. Si veda in tal senso il decreto legge del 24 marzo 1919, n. 368. Pretori, sostituti procuratori del re e giudici di tribunale furono divisi in quattro categorie di stipendio, rispettivamente di lire 9.100, lire 8.000, lire 6.900 e lire 5.750. I consiglieri e i sostituti procuratori generali di Corte di appello, i presidenti di tribunale e procuratori del re furono divisi in tre categorie di stipendio, rispettivamente di lire 12.200, 11.000 e 10.000. Ai consiglieri e ai sostituti*

introdotta con la legge elettorale del 1859. Per quanto non si impedisse ai giudici di ricoprire contemporaneamente due uffici, si procedeva a sospendere al momento dell'elezione le funzioni di uno dei due (quello giurisdizionale) salvaguardando, al contempo, la libertà di voto del suddito-cittadino al quale non era impedito di votare per una persona soltanto perché impiegata in un determinato ufficio.

Altresì, facendo ricadere l'obbligo di aspettativa soltanto sui giudici inferiori riappariva, sotto altra forma, la distinzione tra magistratura superiore e magistratura inferiore, già fatta propria sul piano delle garanzie dall'art. 69 dello Statuto albertino. Infatti, soltanto la magistratura dei gradi inferiori non avrebbe potuto esercitare le funzioni del proprio ufficio e sarebbe stata destinataria della sospensione della retribuzione nel periodo del mandato elettorale. Una distinzione che si è rilevata in particolar modo dal 1859 al 1923, quando l'appartenenza alla magistratura superiore divenne una delle principali condizioni di godimento dell'elettorato passivo.

L'obbligo di aspettativa durante il mandato, dunque, perpetrava gli effetti della distinzione dei giudici superiori e inferiori, incidendo non più, come in passato, sulla capacità elettorale, riconosciuta a tutti i giudici, ma sullo *status*. Mutò quindi il regime normativo, ma in sostanza non fu modificato quello che sino a quel momento era stato uno degli obiettivi della normativa elettorale: la distinzione della magistratura in inferiore e superiore, riservando a quest'ultima il pieno godimento della capacità elettorale.

Due anni dopo, con la legge elettorale del 1925, fu approvata una disciplina incidente sull'ufficio di giudice, questa volta nel momento precedente l'elezione. In particolare, per essere validamente eletto il giudice avrebbe dovuto presentare domanda di aspettativa nei sei mesi precedenti la data d'indizione dei comizi elettorali o dimettersi nei tre mesi precedenti. In caso contrario, l'elezione sarebbe stata annullata dalla Giunta parlamen-

procuratori generali di Corte di cassazione, ai presidenti di sezione e agli avvocati generali di Corte di appello, fu riconosciuta una retribuzione pari a lire 13.200 elevata a 15.000 per i primi presidenti, i procuratori generali di Corte d'appello, i presidenti di sezione e gli avvocati generali di Corte di cassazione; mentre i primi presidenti e i procuratori generali di Corte di cassazione percepivano uno stipendio di lire 18.500. Su tali profili vedi F. Rigano, *L'indennità del parlamentare*, cit., 125 e, altresì, E. R. Papa, *Magistratura e politica*, Padova, 1973, 21.

tare. Sulla stessa linea della legge Acerbo del 1923, l'obbligo di aspettativa e di dimissioni non riguardava tutti i giudici, bensì soltanto quelli che non fossero stati addetti agli uffici superiori, indicati all'art. 89: Consiglio di Stato, Corte di cassazione e Tribunale supremo militare.

Per quanto riguarda le dimissioni, come già ricordato, sin dalla legge elettorale del 1859 rappresentavano un passaggio necessario per i giudici degli uffici inferiori, qualora avessero voluto candidarsi alla Camera dei deputati. Ciò giacché i giudici inferiori erano destinatari della regola generale di ineleggibilità. Per evitare elusioni della normativa, il legislatore del 1925 aggiunse due elementi. In primo luogo, fu previsto che la presentazione della domanda producesse già di per sé l'effetto delle dimissioni, senza richiedere dunque l'accettazione da parte dell'amministrazione di provenienza; in secondo luogo, le dimissioni dovevano avvenire con un ampio margine di anticipo, fissato in tre mesi. L'obiettivo era duplice. Da un lato, rendendo la domanda definitiva per il solo fatto d'essere stata presentata, e di conseguenza rendendo immediatamente efficaci le dimissioni, si colpivano le 'dimissioni fittizie', presentate solo per non incorrere nella fattispecie di ineleggibilità, ma poi ritirate in casi di esito negativo della competizione elettorale. Proprio l'incertezza della normativa precedente era stata fonte di un lungo contenzioso presso la Giunta delle elezioni della Camera dei deputati che, in assenza di una previsione specifica, spesso aveva dovuto stabilire per via interpretativa le regole da applicare al caso concreto. Ad esempio, era stabilito che la rinuncia all'ufficio di giudice, volta a evitare i limiti derivanti dalle ipotesi di ineleggibilità relativa, dovesse avvenire in data precedente all'elezione. Se al momento della votazione il candidato ricopriva un ufficio, da cui derivava l'ineleggibilità, l'elezione sarebbe stata considerata nulla. Per sanare la nullità e dunque per rendere valido l'atto elettivo non sarebbe stato sufficiente che la rinuncia fosse avvenuta posteriormente l'elezione stessa⁷⁵. Questo anche nel caso di rinuncia intervenuta tra il primo scrutinio e il ballottaggio⁷⁶. Specularmente, quando il giudice non rivestiva al momento del-

⁷⁵ *Giunta parl.*, 15 dicembre 1870, collegio di Teggiano, elezione Mangella, cfr. A. Brunialti, *Legge elettorale politica*, cit., 344.

⁷⁶ *Giunta parl.*, 18 marzo 1874, collegio III di Venezia, elezione Minich, cfr. A. Brunialti, *Legge elettorale politica*, cit., 344.

l'elezione la qualità che lo rendeva ineleggibile davanti alla legge, l'elezione era da ritenersi valida⁷⁷. Non era necessario, invece, che la rinuncia intervenisse in un momento congruamente anteriore alle elezioni (ed, infatti, era da considerarsi valida l'elezione di un professore d'istituto tecnico, che aveva dato la sua rinuncia in un tempo così prossimo all'elezione che aveva reso impossibile al governo di deliberare sulla rinuncia stessa)⁷⁸. Dall'altro lato, inserendo un termine di tre mesi entro cui dovevano intervenire le dimissioni, si preveniva l'eventualità che il giudice potesse trarre vantaggio elettorale dalle funzioni del proprio ufficio sino al limite della data delle elezioni⁷⁹.

SEZIONE II

Il magistrato senatore

1. Il magistrato e il Senato regio.

L'art. 33 dello Statuto albertino affiancava talune categorie di nominabili al Senato regio, individuate secondo criteri di merito⁸⁰, di censo⁸¹, ed elettivi⁸², ad altre provenienti da diversi e prestigiosi uffici: ecclesiastici (gli arcivescovi e i vescovi dello Stato); governativi (i ministri segretari di Stato)⁸³; diplomatici

⁷⁷ *Giunta parl.*, 18 dicembre 1870, collegio III di Giarre, elezione Cordova, cfr. A. Brunialti, *Legge elettorale politica*, cit., 344.

⁷⁸ Cfr. Camera dei deputati, 27 febbraio 1877, collegio di Asola, elezione Falconieri, cfr. A. Brunialti, *Legge elettorale politica*, cit., 344.

⁷⁹ «L'esperienza ricorda funzionari i quali con paziente lena coltivarono la propria posizione elettorale a spese dello Stato e a detrimento del loro servizio, rimanendo annidati sino all'ultimo giorno in uffici da cui potevano distribuire favori collettivi o individuali. L'esperienza ricorda la funzione cui si ricorreva di rassegnare le dimissioni che venivano poscia non accettate e ritirate in caso di insuccesso elettorale», cfr. B. Mussolini, Camera dei deputati, Atti, seduta del 14 gennaio 1925, 13.

⁸⁰ Cfr. la categoria n. 20, art. 33, Statuto albertino: «coloro che con servizi e meriti eminenti avranno illustrato la patria», e n. 18: «i membri della regia Accademia delle scienze, dopo setti anni di nomina».

⁸¹ Cfr. la categoria n. 21, art. 33, Statuto albertino: «Le persone che da tre anni pagano tre mila lire di imposizione diretta in ragione dei loro beni o della loro industria».

⁸² Cfr. la categoria n. 2, art. 33, Statuto albertino: «Il presidente della Camera dei deputati», e n. 6 «I deputati dopo tre legislature o sei anni di esercizio».

⁸³ I ministri segretari di Stato non sono da confondersi con i ministri di Stato: per quest'ultimi si intende coloro i quali erano stati conferiti di dignità reale

(gli ambasciatori); giudiziari (i primi presidenti e presidenti della Corte di cassazione e della Corte dei conti; i primi presidenti della Corte di appello; l'avvocato generale presso la Corte di Cassazione e il procuratore generale, dopo cinque anni di funzioni; i presidenti di sezione delle Corti di appello, dopo tre anni d'esercizio; i consiglieri della Corte di cassazione e della Corte dei conti, dopo cinque anni di funzioni; gli avvocati generali o fiscali generali presso le Corti di appello, dopo cinque anni di funzioni); infine militari (gli ufficiali generali di «terra e di mare»; i generali e i contrammiragli dopo cinque anni di attività in quel grado).

1.1. La funzione di moderazione del dibattito parlamentare.

Secondo una prima interpretazione i magistrati furono inseriti tra le categorie di nomina indicate all'art. 33 in ragione della funzione attribuita al Senato dallo Statuto albertino.

I magistrati, così come lo stesso Senato, erano considerati portavoce di istanze di conservazione e quindi strumenti di moderazione del dibattito parlamentare: tanto contro il (temuto) radicalismo legislativo della Camera elettiva, quanto a favore del mantenimento, il più possibile, delle prerogative regie, già in parte erose dalla concessione di istituzioni rappresentative.

Invero, la «novità» rispetto al panorama costituzionale coevo non era certamente la previsione di una Camera vitalizia di nomina regia, bensì l'istituzione di una Camera rappresentativa. Nei primi accenni sull'argomento, desumibili dai verbali del Consiglio di conferenza⁸⁴, non v'era riferimento alcuno a un parlamento rappresentativo dei sudditi del Re. Sino alla seduta del Consiglio di conferenza del 7 febbraio 1848, la discussione era limitata all'istituzione di una Camera dei pari, similmente a quanto concesso ai sudditi francesi con la Costituzione del 1814⁸⁵.

per i servizi resi alla monarchia. La nomina avveniva tramite decreto del re, sentito il Consiglio dei ministri, cfr. Racioppi, Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, op. cit., 1909, 259.

⁸⁴ Il Consiglio di conferenza era un organo consultivo del re, dove erano invitati i ministri da lui incaricati nei diversi settori della pubblica amministrazione.

⁸⁵ La Camera dei pari, di nomina regia, era composta da un numero «illimitato» di persone, che potevano essere nominati «a vita», su decisione del re, e

Il riferimento nei verbali del Consiglio di conferenza alla Camera dei pari era rivolto a uno scopo ben preciso.

Nella Costituzione francese, la Camera dei pari era un'assemblea non elettiva, espressione della nobiltà, i cui componenti erano nominati dal Re e la cui carica era trasmissibile per via ereditaria. Tale composizione appariva funzionale all'intento della monarchia di mantenere gli interessi e i privilegi che non si volevano perdere in conseguenza della concessione di una carta costituzionale. Per questa ragione nella Francia post-rivoluzionaria, con la Costituzione del 1791, si decise di non istituire una Camera che fosse in qualche modo espressione del Re: ciò a segnare la netta cesura con il previgente assolutismo monarchico⁸⁶. Su stimolo della borghesia produttiva, timorosa per la sor-

sempre su decisione del re l'ufficio poteva essere ereditario; inoltre i componenti godevano di uno speciale regime di immunità penale. Cfr. artt. 24-34, Costituzione francese del 1814. Tale modello era sostanzialmente confermato dalla Costituzione francese del 1830. I testi sono pubblicati in A. Saitta, *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano, 1975.

⁸⁶ Con la Costituzione del 1791 la funzione legislativa fu attribuita in via esclusiva all'Assemblea nazionale legislativa, composta da 754 deputati, eletti a suffragio ristretto, su base censitaria, e per due anni. Al re era negato qualsiasi potere di scioglimento della Camera stessa e, se ciò non fosse bastato a definire la centralità e la supremazia della legge, all'art. 3 fu stabilito che: «Non vi è in Francia autorità superiore a quella della Legge. Il Re non regna che per essa, e solo in nome della Legge egli può esigere obbedienza». Tant'è che il re doveva prestare giuramento davanti al corpo legislativo, giuramento di fedeltà alla nazione e alla legge e, in caso di mancato adempimento a tale obbligo, o nel caso in cui dopo aver prestato giuramento lo avesse ritrattato, ai sensi del successivo art. 4, il re sarebbe stato considerato «abdicato dalla dignità reale», con la conseguenza di essere considerato un semplice suddito. Il re, sottoposto alla legge, non poteva influire su di essa né direttamente nella fase elaborativa, né indirettamente, siccome il parlamento era monocamerale, esclusivo titolare del potere legislativo, ed era eletto su base censitaria. Era riconosciuto un limitato potere di veto, con efficacia sospensiva che si sostanziava nel rifiuto di dare esecuzione ai *Decreti* dell'Assemblea legislativa, superabile nel caso lo stesso decreto fosse stato ripresentato per le due legislature consecutive. Tuttavia, anche questo limitato potere di veto non poteva essere esercitato su alcune materie di rilevanza costituzionale, come ad esempio su quelle inerenti il funzionamento dell'Assemblea legislativa; lo *status* dei suoi componenti; il rapporto tra potere legislativo e potere esecutivo; infine, su tutte quelle materie aventi ad oggetto nuovi tributi pubblici (articoli 7 e 8). Tale modello fu riproposto con la Costituzione repubblicana francese del 1793, il cui perno era la sovranità popolare che doveva essere esercitata attraverso i propri rappresentanti su diversi livelli. Secondo il dettato costituzionale, il popolo avrebbe dovuto partecipare a tutte le fasi della decisione pubblica mediante la partecipazione alle assemblee locali, cosiddette Assemblee primarie e, tramite delegati,

te dei propri affari, con la Costituzione nel 1795 fu istituito il Consiglio degli anziani, con la precisa funzione di moderare il dibattito parlamentare al pari di come aveva fatto il Senato di nomina regia⁸⁷. Al Consiglio degli anziani accedeva chi aveva compiuto i quarant'anni d'età, in luogo dei trenta previsti per il Consiglio dei cinquecento, se sposati o vedovi e se domiciliati sul territorio della Repubblica durante i quindici anni immediatamente precedenti all'elezione, in luogo dei dieci previsti per il Consiglio dei cinquecento. L'età più alta, la residenza per un periodo più lungo e lo *status* civile erano condizioni volute col fine di creare una "presunzione" di moderazione nella decisione e nel dibattito parlamentare.

Similmente, tra le condizioni per la nomina al Senato regio v'era quella per cui si poteva essere nominati soltanto se compiuta l'età di quarant'anni in luogo dei venticinque previsti per la Camera dei deputati, e tale condizione richiamava quella presunzione di saggezza e moderazione nella decisione pubblica legata all'età, introdotta con la Costituzione francese del 1795.

Seguendo la tradizione costituzionale francese della restaurazione, Carlo Alberto si preoccupò quindi di inserire nello Statuto albertino una Camera di nomina regia a fianco di una elettiva, per assicurarsi una sorta di sintonia col Senato nelle decisioni pubbliche e, al contempo, coll'obiettivo di moderare gli eccessi della Camera dei deputati⁸⁸.

attraverso la partecipazione all'assemblea nazionale composta da deputati nominati dalle stesse assemblee primarie.

⁸⁷ Il Consiglio degli anziani deteneva in via esclusiva il potere di «approvare o respingere le risoluzioni del Consiglio dei Cinquecento», cfr. art. 86 Costituzione francese del 1795. Sulla stessa linea si poneva la Costituzione del 1799 secondo cui la funzione legislativa era attribuita a tre organi: il *Tribunat*, il Corpo legislativo e il Senato conservatore. Quest'ultimo era composto da 80 membri di età non inferiore a quarant'anni, inamovibili, la cui carica era vitalizia. I componenti erano nominati dallo stesso Senato il quale avrebbe scelto tra tre senatori indicati rispettivamente dal Corpo legislativo, dal *Tribunat* e dal Primo console. Le funzioni attribuite al Senato riguardavano la competenza sul controllo di costituzionalità della legge e degli atti amministrativi, cfr. art. 21 Costituzione francese del 1799. Inoltre, il Senato aveva il potere di eleggere i legislatori, i tribuni, i consoli, i giudici di cassazione, e i commissari alla contabilità a partire dalla lista nazionale. In aggiunta, con la revisione del 1802, il Senato assumeva il potere di legiferare attraverso atti aventi forza di legge denominati senatoconsulti.

⁸⁸ Sulla concessione dello Statuto albertino cfr. P. Casana, *Le costituzioni italiane dal 1848-'49*, cit., 1, in particolare vedi nota 1. La dottrina osserva come Carlo Alberto non fosse così propenso a concedere una carta costituzionale: ciò

1.2. L'elencazione tassativa delle categorie di nomina.

Il potere di nomina era vincolato alle categorie indicate all'art. 33: il Re non avrebbe potuto liberamente scegliere chi più gli era fedele, soluzione che (forse) sarebbe stata più coerente con la funzione che era stata attribuita al Senato regio⁸⁹.

Del resto, la nomina vincolata quale sistema di cooptazione al Senato può essere interpretata quale strumento del Re per raggiungere due obiettivi tra loro collegati.

In primo luogo, non si voleva attribuire a una *élite* nobiliare, in quanto tale portatrice a sua volta d'interessi in potenziale conflitto rispetto a quelli del Re, un'occasione di pressione politica consistente proprio nelle richieste di orientare la nomina a senatore. Meglio era riservare il Senato regio a categorie di componenti primariamente provenienti dai più alti e diversi uffici della pubblica amministrazione⁹⁰. Il sistema delle categorie rappresentava così un limite: il possesso di un determinato titolo nobiliare non era condizione sufficiente per essere nominati al Sena-

avrebbe significato spogliarsi di quel potere assoluto che aveva esercitato fin a quel momento. A tal proposito, si parla di Statuto «strappato» al re, cfr. P. Aimo, *Bicameralismo e regioni. La camera delle autonomie: nascita e tramonto di un'idea. La genesi del Senato alla Costituente, Studi e ricerche di scienze sociali*, Milano, 1977, 25. Durante il dibattito in Consiglio di conferenza, però, si sottolineava come lo Statuto fosse concesso in modo spontaneo e volontario, cfr. C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, cit., 29. La concessione dello Statuto albertino era stata preceduta da una serie di riforme di matrice liberale, cfr. L. Ciaurro, (a cura di), *Lo Statuto Albertino illustrato dai lavori preparatori*, cit., 25. Lo Statuto albertino voleva essere rappresentato come «il completamento delle riforme da noi fatte», cfr. *Preambolo del Proclama* dell'8 febbraio 1848, e non di certo come un atto dovuto ai sudditi dati gli umori rivoluzionari dell'epoca. L'apertura graduale dell'ordinamento ad alcune riforme di matrice liberale non si dimostrò però sufficiente a sopire i malumori dei sudditi. L'opinione pubblica, infatti, premeva per una Carta costituzionale e se ne resero conto anche i ministri del re, cfr. *Processo verbale della seduta del 3 febbraio 1848* pubblicato in L. Ciaurro, (a cura di), *Lo Statuto Albertino illustrato dai lavori preparatori*, cit., 113.

⁸⁹ Il Senato non era composto soltanto da senatori nominati dal re, vi erano anche i componenti di diritto. Infatti, secondo l'art. 34: «I Principi della Famiglia Reale fanno di pieno diritto parte del Senato. Essi seggono immediatamente dopo il Presidente. Entrano in Senato a ventun'anni, ed hanno voto a venticinque».

⁹⁰ A ben vedere, che di tali uffici facessero parte persone in maggioranza provenienti dal mondo dell'antica aristocrazia sabauda è una circostanza storicamente inoppugnabile, cfr. A. L. Cardoza, trad. it., *Patrizi in un modo plebeo: la nobiltà piemontese nell'Italia liberale*, in B. Armani (a cura di), *Saggi, Storia e Scienze sociali*, Roma 1999, 148 e 149.

to. La nobiltà, al di fuori di quella regnante, avrebbe avuto di conseguenza meno spazi di influenza nei confronti del Re.

Dall'altro, nell'ammettere al diritto di nomina i più alti gradi dei funzionari pubblici, era assicurata la presenza di senatori la cui fedeltà già era stata verificata prima dell'entrata in vigore dello Statuto stesso, così come – lo si dirà meglio a breve – per ricoprire determinati uffici apicali era necessario dimostrare di aver ottenuto la fiducia del Sovrano.

Ciò che pare rappresentare un limite al potere regio di nomina, costituisce nel contesto storico dell'epoca uno strumento in mano al Re per assicurarsi una certa indipendenza dalle pressioni della classe nobiliare e il mantenimento dell'autorità pubblica (così era definita la pubblica amministrazione in epoca statutaria) al proprio servizio. Una sorta di premio ai funzionari più qualificati e magari più devoti. Infatti, la scelta di inserire i componenti degli alti uffici della pubblica amministrazione tra le categorie di nomina, pare rappresentare la risposta all'esigenza del Re di coadiuvare l'attività dei Ministri, attraverso il rafforzamento del legame con i diversi settori della pubblica amministrazione. Tale legame trovava al Senato un momento di forte saldatura: al Re spettava garantire l'unità dell'indirizzo politico amministrativo ed essa era perseguita mediante la nomina di senatori nei più diversi ambiti della pubblica amministrazione. Per tale via, il Re avrebbe potuto realizzare la propria azione politica sapendo di avere il sostegno di una delle due Camere, anche in assenza di un governo espressione della maggioranza parlamentare, e dunque in assenza di quel necessario rapporto di fiducia che sarà espressamente previsto dalla Costituzione repubblicana.

Diverse disposizioni dello Statuto albertino sembrano confortare questa tesi. L'art. 3 affidava al Re e alle due Camere l'esercizio collettivo della funzione legislativa; in particolare al Re era riservato il potere di sanzionare la legge e ciò avrebbe garantito un collegamento tra la funzione esecutiva, di sua esclusiva spettanza, ai sensi dell'art. 6, e la funzione legislativa, esercitata dalle Camere. Sempre al Re era riconosciuto, ai sensi del successivo art. 10, il potere di iniziativa legislativa e, nel già ricordato art. 6, il potere di dare esecuzione alle leggi attraverso i regolamenti. Quanto detto vale almeno nel disegno originario dello Statuto albertino, poiché in tale ambito si registrò uno scostamento dalle previsioni costituzionali, per cui in breve tempo la forma di governo, da monarchia costituzionale, si trasformò in una forma di governo monarchica-parlamentare, caratterizzata

dalla ricerca di un rapporto di fiducia dell'esecutivo direttamente con le Camere, più che con il Re, e dalla conseguente trasformazione del potere di nomina da atto formalmente e sostanzialmente regio ad atto formalmente regio e sostanzialmente governativo⁹¹.

Si aggiunga, infine, che non era previsto un numero fisso di senatori, sicché al Re era attribuito un vero e proprio potere di riequilibrio dell'assemblea senatoria: egli avrebbe potuto mettere in minoranza eventuali maggioranze ostili semplicemente nominando un numero sufficiente di nuovi senatori. Tale funzione di riequilibrio fu in seguito sfruttata anche dai Governi, successivamente alla trasformazione del potere di nomina in atto sostanzialmente governativo.

2. I requisiti di nomina. L'appartenenza a determinati uffici della magistratura e l'anzianità di servizio.

Passando ora alla disamina dei requisiti per la nomina dei giudici al Senato regio, sarà possibile verificare se quanto detto in via generale sulla funzione del Senato trova riscontro nell'art. 33 dello Statuto albertino.

Si ricordi allora che per essere nominati senatori, oltre ad avere almeno quarant'anni d'età, i magistrati dovevano possedere le condizioni indicate all'art. 33, Statuto albertino: incidenti sia sull'ufficio ricoperto, sia, per alcune categorie, sull'anzianità di servizio maturata presso di esso⁹².

⁹¹ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Padova, 1970, 114 ss. e C. Mortati, *Le forme di governo*, Padova, 1973, 145 ss. Un ulteriore scostamento dalle previsioni costituzionali dello Statuto si ha con l'avvento del regime fascista, scostamento «che è tanto rispetto alla forma di governo monarchico-costituzionale delineata dallo Statuto, quanto rispetto al modello parlamentare che si era imposto nella prassi. Il fascismo prende il potere nel rispetto formale dello Statuto, ma poi, in attuazione di un disegno autoritario, progressivamente modifica la forma di governo parlamentare fino all'estremo della liquidazione della Camera dei deputati, di modo che sul campo restano solo il capo del governo e il Re», cfr. G. Di Cosimo, *Sulla continuità fra Statuto e Costituzione*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2011.

⁹² «Lo Statuto però non dice, come pei Deputati all'art. 40, che i Senatori debbono essere scelti fra i cittadini del regno, né che debbano trovarsi nel godimento dei diritti civili e politici. [...] due condizioni sopra dette sono tanto elementari ed ovvie per la composizione d'una così elevata assemblea, che non si va lontano dal vero, supponendo che esse vennero taciute per l'inutilità stessa

I magistrati, dunque, potevano essere nominati al Senato regio soltanto se appartenevano a una delle categorie (dalla VIII alla XIII) indicate nell'art. 33 dello Statuto albertino. Queste riguardavano sia i più alti uffici giudicanti, sia i più alti uffici requirenti. Sul primo versante troviamo l'ufficio di primo presidente (delle Corti di cassazione, della Corte dei conti, e delle Corti di appello), presidente di sezione (per i giudici della Corte di appello), consiglieri (per i giudici della Corte di cassazione e della Corte dei conti); sul secondo versante v'era l'ufficio di procuratore generale presso le Corti di cassazione e le Corti di appello⁹³.

Dalla lettura dell'art. 33 emerge una scelta di fondo: soltanto i magistrati degli uffici superiori potevano essere nominati al Senato regio, e cioè coloro i quali rivestivano funzioni apicali nella giurisdizione.

Dall'analisi comparativa fra le condizioni di accesso al Senato regio e quelle dettate per la Camera dei deputati dalle diverse leggi elettorali di epoca albertina, emergono elementi di convergenza nei criteri e nelle condizioni di reclutamento. Infatti, la distinzione della magistratura giudicante rispetto all'ufficio ricoperto era adottata anche alla Camera dei deputati, ma soltanto con la legge elettorale del 1859 con cui si fece dipendere l'eleggibilità dall'appartenenza a un ufficio apicale dell'amministrazione giudiziaria. Come osservato in precedenza, i giudici inferiori, da un lato, non avevano una posizione tale da corrispondere alla dignità dell'assemblea elettiva e, dall'altro, non ricoprivano un ufficio che consentisse per tramite loro un controllo per-

di accennarvi. Furono espresse pei Deputati, essendo, questi, eletti dal popolo; si ritenne superfluo il dichiararle pei Senatori, essendo la loro nomina affidata al Re, che certo ha per il primo l'interesse di non alterare od abbassare la propria prerogativa facendola cadere su persone estranee al Regno od indegne». A fianco dei requisiti espliciti di cui si è detto, ve n'erano altri, cosiddetti impliciti (perché considerati pacifici): il sesso, che doveva essere maschile, la cittadinanza del Regno, il godimento dei diritti civili e politici e la dignità, ossia l'assenza di precedenti penali e il possedimento di una regolare condotta civile, morale e politica, cfr. F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., 251.

⁹³ «Basterà notare in proposito, che all'antico Giudice di Cassazione, di cui parla lo Statuto, corrispondono oggi le Corti di cassazione; ai Giudici di appello, le Corti di appello; ai presidenti di classe, i presidenti delle Sezioni delle Corti medesime; agli avvocati generali o discali generali, i procuratori generali, assimilandosi a questi anche l'avvocato generale presso il Tribunale supremo di guerra e marina», cfr. Racioppi, Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., 261.

vasivo sul settore della pubblica amministrazione di appartenenza.

Come si è visto, la prima legge elettorale sarda, la legge n. 680 del 1848, al contrario, non distingueva tra giudici appartenenti ai gradi più alti dell'amministrazione giudiziaria e giudici appartenenti a quelli inferiori, anche se era pur sempre stabilita una condizione di ordine generale ai fini dell'eleggibilità: i giudici, senza distinzione alcuna, dovevano possedere il requisito dell'inamovibilità ai sensi dell'art. 69, Statuto albertino, dunque dovevano aver raggiunto una determinata anzianità di servizio, segnatamente di tre anni.

Tali elementi di convergenza, tuttavia, non riguardavano i magistrati del pubblico ministero. Infatti, i procuratori generali delle Corti di cassazione e di appello godevano solamente del diritto di nomina al Senato ma non godevano del diritto all'elettorato passivo, se non dopo l'approvazione della legge elettorale del 1925 (quando fu loro riconosciuta la capacità elettorale passiva per quanto assoggettata a un regime di ineleggibilità relativa, come per i giudici).

Le regole di assegnazione dei magistrati presso i più alti uffici dell'amministrazione giudiziaria rispecchiano le medesime ragioni per cui soltanto alcune categorie di magistrati erano nominabili al Senato regio. Infatti, v'era un collegamento tra questi uffici e il potere esecutivo: il magistrato poteva ricoprire l'ufficio di primo presidente della Corte di cassazione, delle Corti di appello o della Corte dei conti soltanto tramite la nomina regia, al pari di quanto accadeva per gli uffici di presidenti di sezione e consigliere. L'ufficio di procuratore generale o fiscale presso le Corti di appello era, poi, alle dirette dipendenze del ministro della giustizia. L'obiettivo di un Senato fedele alle posizioni del re era, ancora una volta, perseguito tramite la scelta di inserire tra le categorie di nomina soltanto quei magistrati che, per il fatto di essere stati nominati agli uffici giudiziari apicali, davano (e avevano dato) garanzia di fedeltà.

Lo Statuto albertino operava un'ulteriore distinzione sulle condizioni per la nomina al Senato tra gli stessi magistrati superiori, poiché non tutti gli uffici apicali assumevano la medesima posizione all'interno della strutturazione gerarchica della magistratura e, come vedremo, nei rapporti col potere esecutivo.

Per alcune categorie di magistrati non era sufficiente, al fine della nomina, ricoprire uno degli alti uffici indicati all'art. 33, in quanto era richiesta anche una determinata anzianità di servizio,

seppur con alcune eccezioni: l'anzianità non era necessaria per gli uffici di primo presidente e presidente delle Corti di cassazione e della Corte dei conti e di primo presidente della Corte di appello. Pare quindi potersi affermare che la ragione per cui taluni magistrati potevano essere nominati al Senato soltanto in quanto titolari di un determinato ufficio risiedesse nel fatto che essi erano gerarchicamente sottoposti al ministro della giustizia il quale, a sua volta, era nominato (ed eventualmente revocato) direttamente dal re.

Seguendo lo stesso ragionamento allora si comprende il motivo per cui per altre categorie di magistrati fosse richiesto il soddisfacimento di un requisito in più, ossia l'anzianità di servizio presso un dato ufficio. Tali magistrati, per quanto appartenenti ai gradi superiori della magistratura, erano gerarchicamente subordinati non soltanto al ministro della giustizia, ma anche altri uffici della stessa magistratura: «in tutti questi casi lo Statuto fissa pei gradi meno alti un tempo minimo di tre o di cinque anni, riducendo la severità della legge francese, che domandava rispettivamente cinque e dieci anni, ed abbassando anche i limiti che dal verbale 24 febbraio, appariscono essere stati primitivamente prefissi in cinque anni alla categoria XI [*i presidenti di sezione dei giudici della Corte di appello*], ed in sette alla categoria XIII [*i consiglieri della Corte di cassazione e della Corte dei conti*]»⁹⁴. In tale quadro, ad esempio, il procuratore generale e i consiglieri della Corte di cassazione e i consiglieri della Corte dei conti, dovevano aver maturato un'anzianità di servizio pari a cinque anni mentre per i presidenti delle varie sezioni della Corte di appello, gli anni richiesti erano tre. L'intento era sicuramente di consentire l'ingresso al Senato anche per questi magistrati, ma le ragioni accennate rendevano necessaria maggiore cautela. Al Senato prevalse, probabilmente per il privilegio della nomina regia, un'interpretazione estensiva del *dies a quo*, da cui calcolare l'anzianità di servizio richiesta dallo Statuto per rendere il magistrato nominabile, di segno opposto rispetto a quella invalsa per il godimento dell'elettorato passivo alla Camera dei deputati⁹⁵: valeva l'effettiva anzianità di servizio, indipendentemente dal fatto che essa fosse maturata o meno sotto la vigenza dello

⁹⁴ E. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., 261; il corsivo in parentesi quadra è nostro.

⁹⁵ Si richiama sul punto quanto detto nella sezione I del presente capitolo.

Statuto o di altra carta costituzionale. Inoltre, gli anni richiesti dallo Statuto potevano essere maturati secondo un criterio di cumulo, non occorrendo che il magistrato esercitasse le funzioni con continuità. Nondimeno, il cumulo operava soltanto se gli anni nei rispettivi uffici fossero maturati in modo consecutivo e non simultaneo: non potendo sommare l'anzianità di servizio maturata nei rispettivi uffici nel caso di assegnazione contemporanea⁹⁶.

Il requisito dell'anzianità di servizio, quale condizione per talune categorie di magistrati, aveva un'ulteriore giustificazione nell'esigenza per così dire di raffreddamento di quelle nomine adottate per ragioni squisitamente politiche. Si evitava che il governo attribuisse uno degli uffici indicati a personalità a lui vicine, per poi fare pressioni sul sovrano affinché nominasse al Senato la persona appena subentrata nel nuovo ufficio. Ancora una volta si segnala che questa cautela perse di efficacia con la trasformazione dell'atto di nomina da prerogativa regia ad atto sostanzialmente governativo⁹⁷.

⁹⁶ F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., 268 e 269.

⁹⁷ In realtà, fin da primi anni di vigenza dello Statuto invalse la prassi per cui fosse il governo a sottoporre al re l'indicazione delle persone meritevoli di essere nominate senatori. Si ricordino, ad esempio, le "informate" di Cavour: in otto anni di governo fece nominare ben 158 senatori, con l'obiettivo di assicurare il pieno appoggio del Senato alla propria azione politica. Prassi che ebbe espressa previsione col regio decreto 25 agosto 1876, n. 3289 secondo cui, ai sensi dell'art. 1, comma 9, la richiesta di nomina dei senatori doveva essere deliberata dal Consiglio dei ministri. Avvenne così formalmente quanto già fatto proprio dalla prassi: il passaggio da una monarchia costituzionale "pura" a una monarchia parlamentare basata sul rapporto di fiducia tra parlamento e governo. La dottrina dell'epoca avvertì però che qualificare l'atto come sostanzialmente governativo avrebbe dato al governo il potere di nominare un numero di senatori sufficiente per dare appoggio parlamentare all'attività politica dell'esecutivo: questo avrebbe esposto le Istituzioni monarchiche a un abuso del potere di nomina, e dunque a una erosione delle prerogative riconosciute dallo Statuto albertino. Per evitare tale abuso, la nomina andava qualificata come prerogativa regia, in altre parole un atto formalmente e sostanzialmente regio. Sebbene a tale tesi si opponesse quella di chi credeva che l'essenza stessa del regime di monarchia costituzionale, delineato dallo Statuto albertino, impediva al re di compiere da solo un atto, senza l'intervento di un soggetto che ne potesse rispondere direttamente e politicamente alla Camera elettiva e, attraverso di essa, al popolo. «Secondo il Palma, in una monarchia parlamentare il Senato costituisce di fatto una emanazione del Ministero, cioè della maggioranza dei deputati. Per Santi Romano la nomina dei senatori aveva un duplice carattere: sostituire i senatori venuti a mancare; in secondo luogo la nomina poteva proporsi lo scopo di influire sull'atteggiamento politico del Senato, fa-

3. Il controllo del re sulla magistratura attraverso i magistrati appartenenti agli uffici superiori. Le leggi sull'ordinamento giudiziario (cenni).

La magistratura in epoca albertina era strutturata in modo gerarchico, per cui, in via generale, il magistrato di grado superiore avrebbe potuto esercitare un controllo, di natura disciplinare, nei confronti del magistrato di grado inferiore. L'ampiezza di tale potere era determinata dalle leggi sull'ordinamento giudiziario, vigenti tempo per tempo, cui pare utile fare cenno al fine di indagare la correttezza della tesi che la nomina dei magistrati appartenenti agli uffici superiori a componenti del Senato regio offrisse al Re, e al governo, uno strumento di controllo su tutta la magistratura.

Le leggi sull'ordinamento giudiziario ebbero ampia discrezionalità nel definire i contorni dell'inamovibilità del giudice, grazie alla "norma in bianco" contenuta nello Statuto albertino. Secondo l'art. 69 il giudice era inamovibile dopo tre anni di servizio. L'ampiezza della previsione costituzionale avrebbe consentito per via legislativa di modulare la garanzia; in taluni momenti storici essa fu così compressa da rendere il giudice amo-

condovi entrare contemporaneamente un notevole numero di persone nuove (le c.d. informate), mediante le quali il re poteva influire sulla composizione del Senato, che non poteva sciogliere, così come poteva influire sulla Camera dei deputati sciogliendola e indicendo nuove elezioni. Cioè il potere regio di nominare senatori in numero illimitato corrispondeva al potere di scioglimento della Camera elettiva». La trasformazione della natura dell'atto di nomina regia (da atto formalmente e sostanzialmente regio ad atto formalmente regio ma sostanzialmente governativo) rappresenta uno dei diversi casi di «modificazione tacita» dello Statuto albertino, avuta nel corso della sua vigenza. I riflessi della trasformazione dell'atto di nomina erano molteplici: «Giova altresì sottolineare, sia pure incidentalmente, che la trasformazione del potere di nomina dei senatori da potere regio in potere sostanzialmente governativo consentì, sotto il profilo dei regolamenti parlamentari, la presentazione alla Camera di atti di sindacato ispettivo sul modo in cui detto potere di nomina era stato esercitato [...]. Non è casuale nemmeno il fatto che la trasformazione del potere di nomina dei senatori da potere esclusivamente regio in potere sostanzialmente governativo si accompagnò, cronologicamente e logicamente, al contemporaneo progressivo svuotamento della prerogativa reale relativa alla nomina e revoca dei Ministri, a causa della rapida evoluzione del sistema da costituzionale puro in regime parlamentare». Cfr. E. Giannella (a cura di), *Dibattiti, progetti e riforme costituzionali dallo statuto albertino alla costituzione della Repubblica*, Roma, 1999, 23 e 25; più in generale: N. Tranfaglia, *La Magistratura*, Firenze, 1978; L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, 1978; G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani*, Torino, 2009.

vibile, anche dopo il decorso del triennio, a discrezione del potere esecutivo.

La prima legge sull'ordinamento giudiziario di epoca sarda è la legge Siccardi del 19 maggio 1851, n. 1186⁹⁸. Essa constava di alcuni elementi marcatamente liberali, come la previsione dell'inamovibilità piena del giudice, vale a dire sia d'ufficio sia di sede, e la garanzia che fossero i giudici stessi della Corte di cassazione a giudicare sui provvedimenti disciplinari. Tuttavia, tali previsioni davano una mera apparenza di indipendenza a favore del giudice, il quale in verità – e questo riguardava primariamente i giudici appartenenti agli uffici giudiziari meno prestigiosi – era soggetto a un sistema di controllo al cui vertice era posto lo stesso potere esecutivo. Infatti, la legge Siccardi strutturava gerarchicamente la magistratura a scapito dell'indipendenza interna ed esterna. Basti qui ricordare l'esclusiva titolarità dell'iniziativa disciplinare in capo al pubblico ministero, magistrato alle dipendenze del ministro della giustizia, e l'attribuzione al ministro del potere discrezionale di inviare il provvedimento al Re per l'esecuzione tramite l'adozione nella forma del decreto regio. Il governo tramite il pubblico ministero avrebbe potuto prima attivare un procedimento disciplinare, poi attendere il provvedimento conseguente, e infine decidere se trasmetterlo al Re come strumento di pressione nei confronti del giudice stesso⁹⁹.

⁹⁸ Approvata l'11 aprile 1851 alla Camera dei deputati e, con alcune modifiche, al Senato regio nelle tornate del 14, 15 e 18 maggio 1851.

⁹⁹ A. Giuliani, G. Picardi, *La responsabilità del giudice dallo Stato liberale allo Stato fascista*, in *Foro it.*, 1978, IV, 223 ss.; più in generale vedi anche Id., *La responsabilità del giudice*, Milano, 1995. Nella discussione del 14 maggio del 1851 il senatore Stara denunciava che se fosse stato riconosciuto un così ampio potere al ministro l'indipendenza della magistratura, tutelata grazie alla competenza ad adottare provvedimenti disciplinari in capo alla Corte di cassazione, sarebbe stata vanificata. A fronte di tale intervento se ne registrarono altri a favore. L'onorevole Massa Saluzzo ricordava, ad esempio, che la sentenza della Cassazione sul provvedimento disciplinare del giudice non poteva essere assimilata a qualsiasi altra sentenza, data la peculiarità della materia, e quindi al governo doveva essere riconosciuta la libertà di darne esecuzione o meno. L'onorevole Sclopis sosteneva che riconoscere la vincolatività della sentenza della Cassazione avrebbe significato ledere i poteri dell'esecutivo. Il governo, infatti, nel disegno istituzionale dello Statuto albertino, doveva ritenersi sempre responsabile dei suoi atti dinanzi al parlamento: e per essere responsabile doveva poter decidere se dare esecuzione alle sentenze della Corte di cassazione. Da altro punto di vista, si noti, la discussione appariva incentrata sulla volontà di non riconoscere alla magistratura una effettiva indipendenza nei

Inoltre, il ministro della giustizia poteva convocare il giudice affinché rendesse dichiarazioni sui fatti che gli fossero stati contestati. Tale potere spettava altresì alla Corte di cassazione su tutti i tribunali e le giudicature dello Stato, alla Corte di appello sui tribunali e giudicature del suo distretto, infine al Tribunale sulle giudicature di mandamento e di polizia che ne dipendevano. Per tale via, nei rapporti tra colleghi giudici si creava un sistema di doppia soggezione: quella di tutti i giudici nei confronti del ministro della giustizia e quello di alcune categorie di giudici nei confronti dei loro superiori. I primi presidenti delle Corti di cassazione erano quelli che godevano di uno *status* privilegiato poiché soggetti “soltanto” alla sorveglianza del ministro della giustizia. Il quadro era poi completato dalla presenza di alcune norme incidenti nella materia disciplinare formulate in modo generico, che ben potevano adattarsi a interpretazioni strumentali da parte del governo¹⁰⁰. L’unica garanzia offerta al giudice rimaneva quella di dover prestare il consenso per il trasferimento motivato da esigenze di servizio¹⁰¹.

La situazione era destinata a peggiorare nella legislazione successiva. Con la legge sull’ordinamento giudiziario del 1859 fu introdotta la differenza tra inamovibilità di sede e di grado¹⁰²; attraverso tale distinzione si circoscriveva la garanzia d’inamovibilità del giudice di cui all’art. 69 al solo ufficio e non più alla sede: il giudice quindi non poteva essere rimosso ma poteva pur

confronti del governo. Indipendenza che sarebbe stata surrettiziamente introdotta attribuendo piena ed esclusiva legittimazione della Corte di cassazione, quale organo competente in via esclusiva ad adottare provvedimenti disciplinari nei confronti dei giudici. Tale posizione appariva, tuttavia, più “di principio” che di sostanza. Infatti, i giudici della Corte di cassazione erano pur sempre nominati dal potere esecutivo e da questo dipendevano (sotto il profilo disciplinare, per la carriera e il trattamento economico).

¹⁰⁰ Si pensi, ad esempio, alla genericità della clausola di cui all’art. 3 lettera b) della legge Siccardi, secondo cui il giudice per «abituale negligenza» poteva essere privato della sua carica, rimosso dal suo ufficio, collocato a riposo o trasferito senza il suo consenso. La portata della fattispecie era lasciata del tutto all’interpretazione.

¹⁰¹ M. D’Addio, *Politica e Magistratura (1848-1876)*, cit., 21-26; P. Marovelli, *L’indipendenza e l’autonomia della magistratura italiana. Dal 1848 al 1923*, cit., 37-43.

¹⁰² Federico Sclopis, ex ministro della giustizia e presidente del Senato, accolse con forte preoccupazione l’entrata in vigore della legge sull’ordinamento giudiziario del 1859. Si veda il suo *Diario segreto (1859-1878)*: «Oggi è uscita nella “Gazzetta piemontese” la nuova legge sull’ordinamento della magistratura e dell’ordine giudiziario. L’inamovibilità dei giudici è divenuta illusoria».

sempre essere trasferito¹⁰³. Tale previsione era poi trasfusa nell'art. 199 dell'ordinamento giudiziario del 1865¹⁰⁴, che, con la giustificazione della "utilità di servizio", ancora una volta clausola generica che lasciava ampia discrezionalità circa l'adozione o meno del trasferimento, confermava l'assenza dell'inamovibilità di sede per oltre un quarantennio e cioè sino alla legge Orlando del 24 luglio del 1908¹⁰⁵. La legge sull'ordinamento giudiziario del 1859 privava la Corte di cassazione della competenza sui provvedimenti disciplinari, attribuendola al Consiglio superiore di disciplina, organo consultivo composto di tre senatori, tre deputati e tre giudici di cassazione nominati dal re. La quota togata, come si può notare, era minoritaria e v'era dunque il superamento della concezione per cui dovessero essere i giudici a giudicare altri giudici, come precedentemente disponeva la legge Siccardi con straordinaria intuizione, visti i tempi, e nonostante tale principio fosse mitigato dalla strutturazione gerarchica di cui si è detto. Il Consiglio superiore di disciplina era convocato e presieduto dal ministro della giustizia, organo dunque appartenente sempre alla sfera politica-governativa. I provvedimenti disciplinari dovevano essere trasmessi al ministro il quale avrebbe deciso se promuovere l'adozione presso il re. La Corte di cassazione rimaneva competente per proporre in via disciplinare al ministro la revocazione del giudice¹⁰⁶.

Rispetto alla legge Siccardi, con la legge del 1859 v'era un

¹⁰³ La legge sull'ordinamento giudiziario del 1859 (atto del governo n. 3781), *Nuovo ordinamento giudiziario e circoscrizione territoriale delle Corti d'Appello, dei Tribunali e dei Mandamenti*, riproduceva in modo pressoché analogo l'omonimo progetto presentato alle Camere il 27 dicembre 1853 sul *Riordinamento dell'ordine giudiziario e del Ministero Pubblico*, ripresentato con alcuni emendamenti dal ministro della giustizia De Foresta nella tornata del 26 marzo 1856. La differenza fra inamovibilità di sede e di grado era introdotta per la prima volta dall'art. 83 del progetto di legge del 1883, secondo cui: «I giudici che, a termini dell'art. 69 dello Statuto, hanno acquistato l'inamovibilità, non possono essere privati del loro grado e della loro effettività, o sospesi dall'esercizio delle loro funzioni, né posti senza il loro consentimento in aspettativa o in riposo, anche con pensione, salvo nei casi previsti dalla presente legge e secondo le forme in essa prescritte. Possono bensì, per l'utilità del servizio, essere traslocati da una corte o tribunale ad un'altra corte o tribunale».

¹⁰⁴ Regio decreto del 6 dicembre 1865, n. 2626.

¹⁰⁵ P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana. Dal 1848 al 1923*, cit., 67-69.

¹⁰⁶ I provvedimenti disciplinari potevano portare alla dispensa da ulteriore servizio, alla sospensione o alla revoca di un giudice inamovibile.

ampliamento dei poteri del ministro, poiché, oltre l'avvertimento, poteva comminare anche la pena disciplinare della censura. Al pari di quanto disponeva la legge Siccardi, il procedimento disciplinare era promosso esclusivamente dal magistrato addetto alla pubblica accusa, l'incolpato doveva presentarsi personalmente e non era ammesso l'intervento di un difensore¹⁰⁷. Infine, era introdotto *ex novo* un limite di età alla carriera del giudice che però non comportava, automaticamente, la messa a riposo. Il ministro avrebbe pur sempre potuto mantenerlo in servizio, a sua discrezione, nel caso in cui gli avesse riconosciuto «energia e capacità sufficienti» per adempiere i propri doveri d'ufficio. Anche in tal caso, la legge sull'ordinamento giudiziario del 1859 offriva un potente mezzo di pressione nelle mani del ministro, utilizzabile anche nei confronti dell'alta magistratura, ormai l'unica, come si è già avuto modo di osservare in precedenza, dopo la riforma elettorale approvata lo stesso anno, a godere del diritto all'elettorato passivo presso la Camera dei deputati¹⁰⁸.

Dopo alcuni tentativi di temperare gli effetti della disciplina appena descritta, che ebbero breve vita¹⁰⁹, nel 1907 venne approvata una nuova riforma dell'ordinamento giudiziario. La ri-

¹⁰⁷ Vedi articoli 109, 121, 123 e 124 del decreto Rattazzi (atto del governo n. 3781).

¹⁰⁸ Tra l'altro è da ricordare che il 20 novembre 1859 venne approvato il regio decreto n. 3782 in materia di trattamento economico del pubblico ministero. Con tale provvedimento era confermato il compenso previsto per la magistratura giudicante dalla legge sarda del 27 giugno 1851, n. 1207, ma, al contempo, si provvedeva a raddoppiare gli stipendi del pubblico ministero, stabilendo l'equiparazione economica tra la carriera giudicante e quella requirente, cfr. P. Sarceno (a cura di), *I giudici italiani dall'Unità al Fascismo*, cit., 95-120.

¹⁰⁹ Con l'approvazione del decreto Vigliani del 3 ottobre 1873, n. 1595 era stabilito che le nomine, le promozioni e i trasferimenti dei consiglieri di Corte di appello e dei funzionari della magistratura giudicante dei tribunali dovessero essere precedute dalle proposte di una commissione locale, costituita presso la Corte di appello nella cui circoscrizione il giudice aveva il suo ufficio o era stato trasferito. Nel caso di trasferimento d'ufficio, il giudice doveva essere sentito per voce o per scritto: i magistrati di appello dovevano essere ascoltati dalla sezione civile della Cassazione, i magistrati cassazionisti, dalla Corte di cassazione al completo. Tornata al governo la Sinistra, il decreto Vigliani fu abrogato dal decreto Tajani, del 5 gennaio 1879, n. 4686, il quale inaugurò una stagione di dura contrapposizione tra magistratura e politica: furono collocati a riposo dieci giudici appartenenti all'alta magistratura mentre altri quarantadue giudici vennero trasferiti per ragioni disciplinari, e ventisette perché da troppo tempo risiedevano presso un determinato distretto, cfr. P. Marovelli,

forma Orlando, istitutiva del Consiglio superiore della magistratura (titolare per lo più di funzioni consultive), era strutturata in due leggi: la legge 14 luglio 1907, n. 511 e la legge 24 luglio 1908, n. 438. Per la prima volta, era sancita la piena inamovibilità del giudice sia di sede sia d'ufficio. Tale guarentigia era estesa anche ai pretori poiché, già dalla legge sull'ordinamento giudiziario del 1865, le loro competenze erano state talmente ampliate che essi non potevano essere paragonati ai giudici di mandamento di cui parlava l'art. 69, Statuto albertino. Dal punto di vista disciplinare, si stabiliva che le pene dovevano essere inflitte dai Consigli disciplinari costituiti presso ogni Corte di appello e composti dal primo presidente, dal presidente di sezione più anziano e da due consiglieri eletti dall'assemblea generale. Ai Consigli disciplinari si aggiungeva l'organo della Suprema corte disciplinare di Roma, istituita presso il ministero della giustizia, composta da sette giudici (il presidente della cassazione di Roma e i sei giudici di grado superiore del Consiglio superiore della magistratura) e sei senatori del regno nominati su proposta del ministro della giustizia con decreto reale, dietro deliberazione del Consiglio dei ministri.

La breve disamina delle leggi sull'ordinamento giudiziario conferma quanto detto in premessa. Il pervasivo controllo assicurava giudici fedeli; quelli di più provata fedeltà erano nominati agli uffici superiori e quindi meritavano il premio d'esser messi nella condizione giuridica di aspirare al seggio senatoriale.

4. L'anzianità di servizio nell'ufficio di deputato: le tre legislature o i sei anni di mandato parlamentare, e le altre vie di nomina.

Per completezza va ricordato che dall'esame delle categorie di nominabili al Senato, qualificate dallo Statuto, si ricava che il magistrato poteva essere eventualmente nominato al Senato regio in virtù di situazioni legittimanti, diverse dall'ufficio giurisdizionale ricoperto e dall'anzianità di servizio maturata presso tale ufficio.

Secondo l'art. 33 dello Statuto albertino i deputati che avessero maturato uno dei seguenti requisiti, o tre legislature alla Ca-

L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana. Dal 1848 al 1923, cit., 92-102.

mera o sei anni di esercizio delle funzioni parlamentari, poteva essere nominati al Senato regio. Quindi, un magistrato che fosse stato eletto deputato e, in quanto deputato, vantasse uno dei requisiti avrebbe potuto essere nominato senatore.

Seguendo il requisito delle tre legislature, anche i giudici appartenenti ai gradi inferiori dell'amministrazione giudiziaria, sempre con l'eccezione dei giudici di mandamento (almeno sino alla legge Orlando del 1907), potevano essere nominati al Senato regio se fossero stati già eletti deputati per tre legislature, indipendentemente dalla durata complessiva della permanenza alla Camera. Da tale percorso, tuttavia, vennero ben presto estromessi: infatti, nel corso della VI Legislatura, apertasi il 14 dicembre 1857, venne approvata la legge elettorale del 20 novembre 1859, poi confluita nella legge elettorale del 17 dicembre 1860, con la quale era dichiarata di regola l'ineleggibilità alla Camera dei deputati dei funzionari e impiegati pubblici ad accezione di alcune categorie, fra le quali quella dei giudici degli uffici superiori.

Sebbene col regio decreto del 2 settembre 1928, n. 1993 fosse stato ripristinato il diritto all'elettorato passivo alla Camera per tutti i magistrati, quelli dei gradi inferiori, di fatto, non avrebbero più avuto occasione di completare le tre legislature per perfezionare le condizioni di nomina al Senato regio. Ciò poiché dopo la riforma si susseguirono solamente due legislature (la XXVIII, dal 20 aprile 1929 al 19 gennaio 1934 e la XXIX, dal 28 aprile 1934 al 2 marzo 1939) prima della soppressione della Camera, ad opera della legge del 19 gennaio 1939, n. 129¹¹⁰.

L'altro requisito consisteva nell'aver svolto la funzione di deputato per sei anni. In tal senso, prima della legge elettorale del 1859, i giudici appartenenti agli uffici inferiori dell'amministrazione giudiziaria, avrebbero acquisito le condizioni di nomina al Senato regio soltanto se eletti deputati almeno della V e della VI Legislatura, con inizio rispettivamente il 19 dicembre 1853 e il 14 dicembre 1857 (prima, dunque, che la legge elettorale n. 680 del 1848 fosse abrogata e sostituita dalla legge del

¹¹⁰ Il requisito delle tre legislature era inteso in senso ampio: non era, infatti, necessario che le diverse elezioni a deputato fossero avvenute nel medesimo collegio elettorale, così come non era indispensabile che le tre legislature si fossero susseguite senza interruzioni né, infine, che il mandato fosse portato a termine.

1859, che avrebbe escluso i giudici degli uffici inferiori dell'eleggibilità). Ripristinata l'eleggibilità nel 1928, i giudici, se eletti, avrebbero nuovamente potuto maturare i sei anni di servizio per acquisire il diritto alla nomina.

Quanto detto valeva per i giudici del Regno di Sardegna; invvero, per quel che riguarda i giudici degli altri Stati preunitari, occorre confrontare i requisiti delle tre legislature e dei sei anni di deputazione in relazione alle singole date delle annessioni nei vari territori e, in particolare, dell'estensione a questi ultimi dello Statuto albertino. Ne derivava che i giudici del Regno di Sardegna erano quelli che godevano delle maggiori possibilità di perfezionare le condizioni di nomina al Senato regio, poiché per loro le tre legislature e i sei anni di deputazione potevano essere maturati fin dal 1848.

Infine, l'art. 33, prevedeva delle categorie di nomina che avrebbero astrattamente consentito al magistrato l'ingresso al Senato non in ragione dell'ufficio giudiziario: ad esempio aver ricoperto qualche ufficio governativo o diplomatico di particolare importanza. È il caso, ad esempio, di Carlo Cadorna¹¹¹, che venne nominato senatore il 28 agosto 1858, in base a tre categorie di nomina: la II, poiché era presidente della Camera dei deputati; la III, poiché aveva maturato sia le tre legislature, sia i sei anni di esercizio delle funzioni; la V, siccome aveva ricoperto l'incarico di ministro per l'istruzione.

Vi erano poi situazioni in cui persone che non appartenevano direttamente alla magistratura venivano nominate e convalidate per effetto di un'interpretazione espansiva, per analogia, della VII categoria (che prevedeva la possibilità di nomina per il primo Presidente della Corte di cassazione)¹¹².

In quasi cento anni dall'istituzione, fecero parte del Senato regio circa 192 giudici ordinari su 2.422 senatori (compresi i senatori a vita, si veda l'art. 34 dello Statuto), e quindi l'8% del totale dei senatori, tenuto conto solo dei giudici in servizio al

¹¹¹ Cfr. P. Saraceno (a cura di), *I giudici italiani dall'Unità al Fascismo*, cit., 36.

¹¹² Questo fu il caso, ad esempio, del senatore Stefano Gallina: «Presidente capo degli Archivi di Corte, titolo che, come osservò il senatore Celestino Quarelli di Legnano, relatore sulla nomina del Gallina "può essere equiparato, per grado e per dignità, a quello di Primo Presidente di Corte di cassazione"» ma che nei fatti aveva pochi elementi in comune con tale ufficio, cfr. P. Saraceno, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione*, cit., 39.

momento della nomina o, se fuori servizio, privi di altra attività professionale. La presenza di una quota, seppur minoritaria si ripercosse soprattutto sulle materie riguardanti le leggi sull'ordinamento giudiziario. Si consideri, ad esempio, che dal 1848 al 1897 vennero discussi in Senato cinquantadue progetti di riforma dell'ordinamento giudiziario. Il 46% dei senatori che si occupava dell'istruzione di tali provvedimenti era composto da giudici; la quota è ancora più alta se si guarda ai senatori giudici relatori: il 63% circa del totale. E ancora: oltre la metà degli interventi in Aula provenivano dalle fila dei senatori giudici ¹¹³.

¹¹³ P. Saraceno (a cura di), *I giudici italiani dall'Unità al Fascismo*, cit., 44 e 45.

CAPITOLO SECONDO

IL MAGISTRATO AL PARLAMENTO DALL'EPOCA FASCISTA ALLA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA

Sommario: SEZIONE I Il magistrato in epoca fascista. 1. Il disegno è compiuto. 2. Le leggi sull'ordinamento giudiziario di epoca fascista. 3. Il periodo transitorio. Le istanze di apoliticità dei magistrati. 4. Gli interventi sull'ordinamento giudiziario in epoca transitoria. 5. Il rifiuto della visione apolitica della magistratura e la continuità con la legislazione di epoca albertina sulla capacità elettorale passiva. 6. Il dibattito in Assemblea costituente sul divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati. Le perplessità di Calamandrei. 6.1. I favorevoli all'introduzione del divieto. 6.2. I contrari e la proposta di un ordine del giorno. 7. La decisione dell'Assemblea costituente di rinviare la decisione. 8. La scelta del legislatore ordinario, quasi sessant'anni dopo: la via disciplinare e l'intervento della Corte costituzionale. SEZIONE II Il magistrato parlamentare nel quadro costituzionale repubblicano. 1. Il diritto elettorale passivo del magistrato quale diritto fondamentale. 2. Lo statuto del magistrato nell'ordinamento costituzionale. 3. Dalla premialità di epoca liberale alla severità di epoca repubblicana. 4. L'assenza del principio di ammissione limitata e la sua legittimità costituzionale. La differenza rispetto alla normativa sugli incarichi giudiziari. 5. L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulla capacità elettorale passiva.

SEZIONE I

Il magistrato in epoca fascista

1. Il disegno è compiuto.

Si è già detto in precedenza degli effetti prodotti sul piano dei diritti politici dei magistrati dall'entrata in vigore della legge elettorale del 1928: quando il sistema rappresentativo fu sostituito dal sistema plebiscitario, i giudici avrebbero potuto aspirare a un seggio presso la Camera dei deputati soltanto se inseriti nella lista definita dal Gran consiglio del fascismo. Nella concezione fascista dello Stato il parlamento doveva diventare un organo del

partito perché per tale via il Partito Nazionale Fascista sarebbe diventato un organo costituzionale. Il sistema plebiscitario sacrificava così la libertà di voto alle esigenze di fascistizzazione dello Stato e, dunque, coerentemente, furono abrogate tutte le ipotesi di ineleggibilità e incompatibilità che quella libertà, tra le altre cose, si proponevano di tutelare.

Con legge del 19 gennaio 1939 n. 129, poi, la Camera dei deputati fu sostituita con la Camera dei fasci e delle corporazioni: un organo non elettivo, composto da membri di diritto, giacché titolari di cariche nel partito fascista o in enti statali o corporativi, che decadevano dall'ufficio di consigliere nazionale allo spirare della carica rivestita.

Tra le cariche che davano il diritto all'ufficio di consigliere, non v'era però quella di magistrato¹, per quanto l'unica incompatibilità espressamente prevista riguardava, ai sensi dell'art. 9 della legge del 1939, l'ufficio di senatore o di accademico d'Italia.

Di talché, il "premio", consistente nel godimento del diritto a essere componente della Camera dei fasci, sarebbe risieduto non più nella modulazione delle condizioni dell'elettorato passivo, bensì nella nomina governativa agli organi i cui componenti erano a loro volta membri di diritto della Camera stessa.

Sul versante della legislazione giudiziaria, quindi, l'indagine sul diritto all'elettorato passivo s'interrompe dal 1939 sino all'adozione della legge elettorale del 1946 che, nello stabilire le regole per l'elezione dei componenti dell'Assemblea costituente, riprese il tema. Al contempo, sul versante del diritto di nomina al Senato regio non vi furono modificazioni poiché l'art. 33 del-

¹ Come è noto, erano membri della Camera dei fasci e delle corporazioni i componenti del Gran consiglio del fascismo, del Consiglio nazionale del Partito nazionale fascista e, infine, del Consiglio nazionale delle corporazioni. Componenti di diritto del Gran consiglio del fascismo erano i più alti gradi dell'amministrazione statale e del partito fascista; a tal proposito si veda lo Statuto del partito fascista del 1926 e la legge del 14 dicembre 1929, n. 2066, *Del l'ordinamento e delle attribuzioni del Grand Consiglio del Fascismo*. Per quanto riguarda invece i componenti del Consiglio nazionale del partito nazionale fascista, uno dei massimi organi del partito stesso, erano indicati nell'art. 17 dello Statuto del Partito fascista approvato il 12 novembre 1932. Infine, l'elenco dei componenti del Consiglio nazionale delle corporazioni erano indicati nella legge istitutiva del 20 marzo 1930, n. 206. I magistrati non erano membri di nessuno dei tre organi e quindi (almeno per tale via) non avrebbero potuto essere componenti della Camera dei fasci e delle corporazioni.

lo Statuto albertino rimase invariato e il Senato fu mantenuto, anche dopo la sostituzione della Camera dei deputati.

Prima di procedere alla disamina della legge per l'elezione all'Assemblea costituente, pare utile qualche cenno sullo *status* del magistrato in epoca fascista, secondo le norme sull'ordinamento giudiziario e sulla progressione in carriera, per poi analizzare gli anni della transizione costituzionale e, quindi, il dibattito in Assemblea costituente. Si tratta di una ricognizione utile a comprendere quale fosse la platea dei magistrati in servizio quando l'Assemblea costituente discusse della loro eleggibilità nel parlamento repubblicano.

2. Le leggi sull'ordinamento giudiziario di epoca fascista.

Nel primo capitolo sono state descritte le condizioni di accesso al parlamento che dovevano essere assolte dal magistrato giudicante e requirente; condizioni che, sia nel caso di eleggibilità alla Camera dei deputati, sia nel caso di nomina al Senato regio, si fondavano essenzialmente su una *ratio* "premiata" dei diritti politici. Come si è detto, la nomina al Senato era un privilegio riservato ai magistrati indicati all'art. 33 dello Statuto, e tra questi v'erano solamente i magistrati degli uffici apicali. Al pari, sul versante dell'elettorato passivo alla Camera, si è ricordato che a far tempo dalla legge elettorale del 1859 erano eleggibili soltanto i giudici titolari degli uffici superiori; prima del 1859, invece, erano eleggibili soltanto i giudici inamovibili, nell'interpretazione invalsa dell'art. 69 dello Statuto albertino.

Il carattere premiata dell'accesso alla carica scaturiva dalla combinazione di due strumenti dei quali si avvaleva il potere esecutivo: severa vigilanza sul versante disciplinare e discrezionalità nelle regole della progressione in carriera sul versante dello *status* del magistrato.

Fin dalla prima legge sull'ordinamento giudiziario del 1851, infatti, la "sorveglianza" si svolse con un andamento discendente, il cui presupposto era nell'organizzazione gerarchica della magistratura. I magistrati di grado superiore vegliavano su quelli di grado inferiore. Il ministro della giustizia, poi, vigilava direttamente i magistrati dei gradi superiori e dunque, attraverso loro, indirettamente tutti gli altri². A vantaggio del controllo del-

² Per un approfondimento riguardo agli effetti dell'ordine gerarchico interno

l'esecutivo sulla magistratura erano poi le regole sulla progressione in carriera, che offrivano al ministro ampia possibilità di "preferire" per gli uffici apicali i magistrati che meglio avrebbero rappresentato l'intendimento politico del potere esecutivo.

La normativa sulla disciplina e sulla progressione in carriera, di epoca fascista, si mosse nel solco tracciato da quella liberale, sebbene con un controllo gerarchico ancor più penetrante, coerentemente alla concezione autoritaria dello Stato, che è per il fascismo (fin dai suoi primi anni) un punto fondante nella ristrutturazione degli organi titolari di funzioni costituzionali³.

In tal senso, la riforma dell'ordinamento giudiziario del 1923⁴, voluta dal ministro Aldo Oviglio⁵, è uno dei primi segnali volti a rafforzare la sottoposizione della magistratura al potere esecutivo⁶; in una prospettiva diacronica, rappresenta l'evo-

sull'indipendenza esterna della magistratura si veda A. Pizzorusso, *Introduzione*, in *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, Firenze, 2006, 18 ss.

³ S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato fascista*, II ed., Padova, 1939.

⁴ Regio decreto 30 dicembre 1923, n. 2786, *Testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli uffici giudiziari e del personale della magistratura*.

⁵ Sulla figura di Aldo Oviglio vedi A. Meniconi, *La «maschia avvocatura». Istituzioni e professione forense in epoca fascista (1922-1943)*, Bologna, 1984, 19 ss.; sulla caduta "in disgrazia" di Oviglio a causa della difesa dell'autonomia della magistratura, si veda A. Acquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1965, 11 e 12; più di recente A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, 2012, 146.

⁶ Cfr. la legge del 3 dicembre 1922, n. 1601 con la quale il parlamento delegò il governo a emanare un regio decreto volto a ridurre le funzioni dello Stato, riorganizzare i pubblici uffici e istituti, rendere più agili le funzioni e diminuire le spese. In conseguenza a tale delega, furono emanati nell'ordine: 1) il regio decreto 24 marzo 1923, n. 601 che, oltre a rideterminare il numero e le sedi delle Corti di appello, del Tribunali e delle Preture, unificava le Corti di cassazione in un'unica Corte avente sede a Roma, per agevolare l'uniforme applicazione della legge su tutto il territorio nazionale; 2) il regio decreto 3 maggio 1923, n. 1165 che ridefiniva il numero dei giudici, dei funzionari delle cancellerie e segreterie giudiziarie, degli ufficiali giudiziari e degli uscieri; 3) il regio decreto 14 settembre 1923, n. 1921 che, tra l'altro, prescriveva l'emanazione di un testo completo delle norme relative all'ordinamento del personale della magistratura del Regno e, conseguentemente, il 4) il regio decreto 30 dicembre 1923, n. 2768 che conteneva il Testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli uffici giudiziari e del personale della magistratura. Cfr. G. Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense*, III ed., Milano, 2010, 238; A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto albertino al crepuscolo della bicamerale*, Milano, 1999, 46; si veda anche G. Neppi Modona, *La magistratura ed il fascismo*, in G. Quazza (a cura di), *Fascismo e società italiana*, Torino, 1973; L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli, 1973.

luzione dell'idea prevalente (nel contesto europeo d'epoca liberale) che la funzione giudiziaria dovesse essere ricondotta al potere esecutivo⁷.

Fin d'agli albori del fascismo, dunque, la stretta sorveglianza sulla magistratura fu resa ancor più severa, e giunse negli anni successivi ad annullare del tutto la garanzia d'indipendenza, che l'inalterabilità, sancita all'art. 69 dello Statuto albertino, s'era proposta di riconoscere. La diversità di trattamento tra magistratura inferiore e superiore, sperimentata nella legge elettorale del 1859, e sul versante dello *status* e della carriera con la legge sull'ordinamento giudiziario del 1865, fu ulteriormente accentuata⁸.

La riforma Oviglio eliminò, in primo luogo, la componente togata presso gli organi consultivi del governo. L'intervento si diresse, in verità, soltanto verso gli organi consultivi della magistratura inferiore, in particolare verso il Consiglio giudiziario dei tribunali. Rimase invece la rappresentanza presso i consigli giudiziari delle Corti di appello, composti da magistrati degli uffici superiori, designati dal primo presidente della Corte stessa.

⁷ Secondo parte della dottrina ciò avvenne in continuità col passato: cfr., ad esempio, G. Neppi Modona, *La magistratura ed il fascismo*, cit., 569. Secondo altri, invece, si pose in rottura con le aperture degli inizi del '900 trattandosi, quindi, di una «involuzione del sistema giudiziario [...] per riaffermare la preminenza dell'esecutivo sulla magistratura, in contrapposizione alle spinte di autonomia e di indipendenza propugnate soprattutto dall'Associazione nazionale dei magistrati italiani», cfr., tra gli altri, A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., 47. Più convincente è la seconda tesi, poiché, agli inizi del XX secolo le spinte verso l'associazionismo dei giudici, a fronte dei tentativi di contenimento da parte sia dei giudici degli uffici superiori sia del potere esecutivo, produssero nel legislatore la convinzione che qualcosa, soprattutto sul piano economico, dovesse essere concesso: si ebbe così un mite miglioramento della situazione economica, sebbene più in generale le istanze dei giudici inferiori rimasero pressoché inascoltate.

⁸ Vennero così deluse le aspettative inizialmente riposte nell'autore della riforma, Aldo Oviglio, il cui insediamento alla guida del ministero della giustizia era stato salutato dalla rivista *La Magistratura* con un editoriale intitolato «Rinnovamento!». Probabilmente in quell'iniziale momento, quando ancora non era chiara la strada verso la «fascistizzazione» dell'ordinamento, la magistratura sperava in riforme dell'ordinamento giudiziario più favorevoli all'indipendenza della magistratura, cfr. F. Venturini, *Un «sindacato» di giudici da Giolitti a Mussolini. L'Associazione generale fra giudici italiani 1909-1926*, Bologna, 1987, 196; M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, 217.

Fu soppressa l'elettività del Consiglio superiore della magistratura (all'epoca era un organo meramente consultivo del governo, istituito nel 1907 con la riforma Orlando, e reso elettivo nel 1921 – per la componente togata – con la riforma Rodinò); di conseguenza fu modificata la composizione. I suoi membri divenivano di esclusiva nomina ministeriale: da quattordici furono ridotti a cinque magistrati effettivi e cinque supplenti (scelti, questi ultimi, tra magistrati residenti a Roma), nominati con decreto reale, su proposta del ministro, sentito il Consiglio dei ministri. I componenti erano scelti tra alti magistrati, con funzioni di primo presidente o di procuratore generale presso la Corte di appello (o con funzioni equiparate) ovvero tra magistrati con funzioni di consigliere di cassazione (o, anche in tal caso, con funzioni equiparate).

L'organizzazione gerarchica della magistratura fu rafforzata, tanto da far dipendere la promozione agli uffici superiori dalla volontà del potere esecutivo. In particolare, le promozioni al grado di consigliere e di sostituto procuratore generale della Corte di appello erano proposte dal ministro della giustizia e prevedevano il parere non vincolante del Consiglio superiore della magistratura.

Le promozioni si basavano su elementi che lasciavano ampio spazio alla discrezionalità: oggetto di apprezzamento erano gli stessi provvedimenti adottati nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali. La valutazione negativa imponeva un nuovo scrutinio, col rischio di dispensa dal servizio; viceversa la valutazione positiva non avrebbe garantito la promozione. Infatti, i giudici erano classificati in «promovibili», «promovibili a scelta» e, per particolari meriti, «promovibili per merito distinto». Tale sorta di graduatoria vincolava il potere del ministro nel disporre le assegnazioni ai posti disponibili, secondo un riparto proporzionale tra le tre categorie. Per la promozione al grado IV, corrispondente al primo grado degli uffici superiori, il magistrato dichiarato promovibile avrebbe dovuto sottoporsi, però, a un ulteriore scrutinio, nel caso in cui non si fosse reso vacante un posto entro i tre anni successivi. La promozione al grado di consigliere di cassazione (e parificati) seguiva un percorso in apparenza più oggettivo. Infatti, era indetto un concorso riservato ai giudici già appartenenti al grado IV. I parametri della “capacità”, “operosità”, “carattere” e “condotta” dell'aspirante avrebbero integrato la valutazione per l'accesso al grado di giudice cassazionista e tali elementi erano forniti direttamente dai magi-

strati sovraordinati al candidato, ossia dal primo presidente e il procuratore generale della Corte di appello di appartenenza. L'esito della prova concorsuale, congiuntamente alla valutazione dei giudici sovraordinati, era infine trasmesso al ministro della giustizia, accompagnato da una relazione circa l'idoneità del giudice a ricoprire incarichi di tipo giudicante o di tipo requiren-
te.

A fronte di tale procedura, dove nel giudizio di idoneità parevano pesare di più gli elementi prestati alla valutazione discrezionale rispetto alla prova concorsuale, "l'ultima parola" sulle assegnazioni spettava pur sempre al ministro. Questi, infatti, formata la graduatoria, avrebbe potuto disattendere l'ordine dei risultati per scegliere il magistrato "più adatto" secondo il suo insindacabile giudizio a ricoprire il posto vacante. Sempre il ministro avrebbe potuto procedere alle assunzioni, senza concorso, di avvocati presso gli uffici superiori della magistratura, Corte di appello e Corte di cassazione, se in possesso di taluni requisiti incidenti sull'anzianità di esercizio delle funzioni e se valutati idonei⁹.

Infine, sempre sul punto dell'inamovibilità, le ipotesi di dispensa dall'impiego non furono indicate tassativamente, essendo al contrario legittimate da «qualsiasi altro motivo» individuato dal ministro o dal giudice sovraordinato. Va da sé che questo ulteriore elemento, ancora una volta, avrebbe sottoposto il giudice al rischio di un procedimento disciplinare potenzialmente pretestuoso. Peraltro, l'inamovibilità che l'ordinamento Rodinò aveva esteso anche ai pretori dopo tre anni di servizio, ai sensi dell'art. 170 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1923, fu nuovamente riservata ai giudici.

Nel 1923 prima e ancora nel 1926 si assistette a (altre) «due epurazioni» dei magistrati. In particolare, nel 1923 l'allora ministro della giustizia De Stefano stabilì, nei confronti dei magistrati come più in generale per i pubblici impiegati, la dispensa dal

⁹ Il criterio di anzianità previsto originariamente dalla riforma dell'ordinamento giudiziario del 1865 fu affiancato da un criterio di merito, sancito espressamente dalla riforma dell'ordinamento del 1923. Per approfondire il tema dei criteri di selezione dei giudici in epoca liberale, sino alla riforma Oviglio, si veda P. Saraceno, *Vita e carriera del pretore Rodolfo Fisher (1865-1904)*, in *I giudici italiani dall'Unità al fascismo*, cit., 95-120. Dopo la riforma Oviglio si veda F. A. Genovese, *Tommaso Claps, lo Scrittore, lo Storico, il Giudice*, Avigliano, 1996, 167-193.

servizio motivata per motivi generici di esuberanza e improduttività. La commissione che decise le dispense dei magistrati era formata da appartenenti ai più alti gradi dell'amministrazione giudiziaria¹⁰.

Diverse riforme degli anni a seguire modificarono la legge

¹⁰ Da questa prima epurazione non furono risparmiati alcuni vertici della magistratura. Ad esempio, il 15 ottobre del 1923 per un asserito "riordino degli uffici giudiziari" furono allontanati Ludovico Mortara e Raffaele De Notaristefani, rispettivamente primo presidente e procuratore generale della Corte di cassazione. Quest'ultimo fu probabilmente espulso per il ruolo ricoperto all'interno dell'Associazione generale dei magistrati d'Italia. Del resto, i vertici dell'Associazione erano accusati di aver assunto un indirizzo «antistatale, sovvertitore della disciplina e della dignità dell'Ordine giudiziario», cfr. A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, cit., 148-151 e 172. La dottrina osserva che l'epurazione risultò molto esigua (17 magistrati su 4.000), almeno nei primi anni del fascismo: «sia per la prudenza adoperata dal guardasigilli Aldo Oviglio (un avvocato fascista moderato che finirà per essere espulso dal Partito) sia perché, almeno fino alla metà degli anni trenta quando si dispiegò la pretesa totalitaria del regime, ai giudici era richiesto di svolgere un ruolo meramente apolitico, cioè di non fare politica in alcun genere, né governativa né fascista, né antigovernativa né antifascista. Al bando dovevano essere posti soltanto i magistrati "politici", che "per fortuna costituivano una trascurabile eccezione, una insignificante minoranza", come affermò il ministro della Giustizia Alfredo Rocco, al momento di subentrare il 6 gennaio 1925 al posto del dimissionario Oviglio. Del resto, l'apoliticità della magistratura, fondata sulla dominante cultura positivista della neutralità e astoricità del diritto, era un valore fatto proprio da tutti i giudici anche dei "ribelli" iscritti all'AGMI. Se tale sintonia con le esigenze fasciste non li salvò dalla soppressione della loro associazione, ben presto disposta da Rocco nello stesso anno del suo insediamento ministeriale, li rese invece sostanzialmente indenni da possibili epurazioni», cfr. G. Volpe, *Storia costituzionale degli italiani: II Il popolo delle scimmie (1915-1945)*, Torino, 2015, 156. Complessivamente, i giudici colpiti da epurazione in epoca fascista furono circa un centinaio. Sull'elaborazione dei dati cfr. P. Saraceno, *Le «epurazioni» della magistratura in Italia. Dal Regno di Sardegna alla repubblica: 1848-1951*, in *Clio*, XXIX, Roma, 1993, 516-517. Si vedano, altresì: C. Genovesi, *Il principio di inamovibilità dei magistrati e la dottrina fascista: discorso pronunciato alla Camera dei deputati nella tornata del 2 marzo 1933*, Roma, 1933; P. Saraceno, *La formazione della magistratura italiana: epurazione e rinnovamento del personale giudiziario negli anni dell'Unità 1857-1864: rapporto sullo stato di ricerca*, Roma, 1988; M. Cardia, *L'epurazione della magistratura alla caduta del fascismo. Il Consiglio di Stato*, Cagliari, 2009; Id., *L'epurazione dei magistrati del Consiglio Superiore della Magistratura alla caduta del fascismo*, in P. Aimo, E. Colombo, F. Rugge (a cura di), *Autonomia, forme di governo e democrazia nell'età moderna e contemporanea: scritti in onore di Ettore Rotelli*, Pavia, 2014. Tentativi simili di epurazione furono messi in atto, senza successo, al Senato, cfr. R. De Felice, *Mussolini il fascista. II. L'organizzazione dello Stato fascista (1925-1929)*, Torino, 2008, 122.

Oviglio del 1923 e resero il legame tra magistratura e potere esecutivo ancor più forte, col fine di ricercare una adesione espressa all'indirizzo politico governativo. Si pensi che ai giudici fu estesa la legge del 24 dicembre 1925, n. 2300 secondo cui la dispensa dal servizio dei pubblici funzionari poteva essere motivata da atteggiamenti incompatibili con le generali direttive politiche del governo; per poi definire, nel 1933, l'iscrizione al Partito fascista titolo di preferenza per l'attribuzione della qualità giudiziaria superiore¹¹ e, qualche anno dopo, nel 1941, titolo obbligatorio.

La riforma Grandi del 1941¹² fu uno degli ultimi atti rilevanti della dittatura mussoliniana in tema di giustizia e si propose di perfezionare il sistema di controlli rendendo ancora più stretti i rapporti di dipendenza del pubblico ministero nei confronti del potere esecutivo e ancor più incisive (se possibile) le ingerenze del ministro della giustizia nella carriera e nella disciplina della magistratura¹³. I criteri di ammissione alla magistratura erano ridotti essenzialmente a due: da una parte, v'era la nomina politica per gli uffici superiori e, dall'altra, per il reclutamento iniziale e l'ingresso ai gradi inferiori, v'era il concorso. Quest'ultimo era svolto da una commissione speciale composta di giudici superiori, istituita dal Consiglio superiore della magistratura.

Sotto il profilo disciplinare, la mancata indicazione tassativa degli illeciti e la competenza a giudicare, attribuita in via esclusiva al ministro, aprivano un largo fronte in cui le pressioni politiche potevano essere esercitate con una sicura dose di discrezionalità¹⁴. In particolare, il ministro rimaneva l'unico detentore di un potere sanzionatorio diretto nei confronti dei magistrati dei gradi inferiori, mentre le sanzioni nei confronti dei magistrati superiori, pur essendo proposte dal ministro, erano deliberate dal Consiglio dei ministri. Le decisioni assunte divenivano immediatamente definitive giacché inappellabili.

¹¹ Cfr. art. 22 legge 5 giugno 1933, n. 557. Inoltre, il concorso per l'accesso al grado di consigliere di appello era abolito.

¹² Cfr. regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, *Ordinamento giudiziario*, emanato in virtù della legge delega del 24 dicembre 1925, n. 2260.

¹³ A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., 78 ss., vedi in particolare la bibliografia indicata in nota 57.

¹⁴ A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., 78-99.

Sul versante dell'inaffidabilità, che maturava dopo tre anni dal conferimento dell'ufficio giudiziario, il magistrato poteva essere trasferito in via disciplinare se non avesse amministrato la giustizia «nel modo richiesto dalle esigenze d'ufficio», in sostituzione della precedente clausola che prevedeva il trasferimento disciplinare laddove vi fossero comportamenti in violazione del «prestigio dell'ordine giudiziario». La decisione, affidata in precedenza al Consiglio superiore della magistratura, era ora demandata alla competenza di una commissione centrale composta dal presidente e dal procuratore generale della cassazione e da un giudice di cassazione scelto dal ministro¹⁵.

In definitiva, nel ventennio fascista si cercò di perseguire la piena integrazione della magistratura nel tessuto politico; il magistrato fu posto sotto il controllo del potere esecutivo, il quale prima rese più stretto il legame fra le toghe e il governo e poi, in virtù della concezione unitaria dello Stato, giunse a umiliare la magistratura, obbligandola a iscriversi al partito fascista.

Di riflesso, diversi studi¹⁶ dimostrano come la giurisprudenza di quegli anni fu tesa ad agevolare il regime fascista attraverso interpretazioni condiscendenti alle aspettative del regime stesso¹⁷.

¹⁵ A. Meniconi, *Giudici e ordinamento giudiziario negli anni della dittatura*, in G. Melis (a cura di), *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, Bologna, 2008, 183-200, 228-229.

¹⁶ N. Tranfaglia, *Dallo stato liberale al regime fascista: problemi e ricerche*, Milano, 1975; G. C. Jocteau, *La magistratura e i conflitti di lavoro durante il fascismo, 1926-1934*, Milano, 1978, A. Garante Garrone, *La magistratura italiana fra fascismo e Resistenza*, in *Nuova antologia*, Firenze, 1986; G. Focardi, *Magistratura e fascismo. L'amministrazione della giustizia in Veneto 1920-1945*, Venezia, 2012; O. Abbamonte, *La politica invisibile: Corte di cassazione e magistratura durante il fascismo*, Milano, 2003.

¹⁷ In tale quadro, non stupiscono le parole di Francesco Saverio Merlino, il quale descrisse la giustizia *sotto il bastone fascista* con parole severe: «Come tutti sanno dalla marcia su Roma in poi la giustizia ha cessato di funzionare, il suo cuore ha cessato di battere, essa non più esiste». Lo studioso anarchico, denunciando il suo «disgusto» per la corruzione dei giudici, si domandò persino se, della magistratura, *se ne potesse fare a meno*: «siamo indotti a domandarci se per l'avventura non si possa fare a meno di questo apparecchio, che ha funzionato, funziona e forse funzionerà anche per l'avvenire così male, che pare fatto apposta per attutire e soffocare nell'animo umano il sentimento innato e sempre rinascente della giustizia», cfr. F. S. Merlino, *L'Italie telle qu'elle est*, Paris, 1890. L'opera è stata ripubblicata nell'antologia di N. Tranfaglia (a cura di), *L'Italia qual è. Politica e magistratura dal 1860 ad oggi in Italia. Fascismo e democrazia*, Milano, 1974, vedi in particolare pagina 299.

Quando con la caduta del regime fascista si aprì il periodo costituzionale transitorio, il dibattito sul diritto all'elettorato passivo dei giudici riprese vigore, sia perché la magistratura ricominciò a "parlare" attraverso il proprio organo associativo, sia perché, naturalmente, la fase costituente del nuovo stato repubblicano non poteva escludere dal proprio laboratorio il riassetto del sistema giudiziario.

3. Il periodo transitorio. Le istanze di apoliticità dei magistrati.

Caduto il fascismo, la discussione sul diritto all'elettorato passivo, sia all'interno della magistratura che nei progetti del legislatore, continuò a nutrirsi dell'intreccio che fin qui si è descritto: il diritto all'elettorato passivo si legava a doppio filo al diritto del magistrato di appartenere a formazioni politiche, nonché al sistema strutturale del potere giudiziario e ai rapporti – di natura gerarchica e di severo controllo – fra l'esecutivo e la magistratura. Materie, queste, che si posero sempre più insistentemente sotto il più generale e fondamentale tema dell'indipendenza della magistratura. Ancora una volta, per inciso, la magistratura compromessa col passato regime fu epurata: al pari di quanto avvenuto a cavallo dell'unificazione d'Italia con le magistrature degli Stati preunitari e negli anni '20 del '900, agli albori dell'instaurarsi del regime fascista¹⁸.

Torniamo dunque alla trama di questa discussione, ripresa dopo la caduta del regime, partendo dalle posizioni espresse dai magistrati.

Il 21 ottobre 1945 fu ricostituita l'Associazione generale magistrati italiani. Da essa si levarono subito con forza istanze di "apoliticità" della magistratura, da intendersi nel senso di inequivoco disimpegno del magistrato da un ruolo attivo nelle istituzioni rappresentative, e di una sua assoluta estraneità a qualunque forza politica in competizione (in tal senso l'istanza di "apoliticità" va intesa più propriamente come istanza di apartiticità):

¹⁸ Sul punto esiste una vastissima bibliografia, cfr. per tutti A. Meniconi, *Storia della magistratura*, cit., 249 e in particolare nota 9. L'Autrice calcola che nel periodo considerato fu epurato circa il 10% dei magistrati, cfr. Archivio centrale dello Stato, *Presidenza del Consiglio dei Ministri, Alto commissariato per le sanzioni contro il fascismo*, III, 3, vol. 1.

«la funzione esercitata dalla giustizia ha un ruolo squisitamente politico», ricordava il Presidente Piga nel discorso di riapertura dell'Associazione, e proprio in virtù di tale funzione la magistratura aveva l'obbligo di sottrarsi «all'ondeggiamento derivante dall'alternarsi dei partiti al governo della cosa pubblica».

Nella magistratura si sentiva la necessità di affrancarsi dalla condizione in cui versava in epoca liberale e fascista, cooptata dai gradi superiori – quindi premiata per la propria fedeltà con la capacità elettorale passiva e il diritto di nomina – e strettamente sorvegliata nei gradi inferiori – quindi esclusa dalle istituzioni –. Questo timore, d'altronde, era fondato sul dato empirico della normativa che s'era sin lì susseguita: «Potrebbe [il magistrato] essere dotto, affabile, esperto nel giudicare; potrebbero le sue sentenze essere capolavori; non gli sarebbe però risparmiato, se egli sia iscritto ad un partito politico, il sospetto di partigianeria, qualora l'oggetto della controversia o la qualità dei litiganti faccia credere possibile l'influenza o l'intrigo della politica. Il sospetto, anche se risultasse realmente infondato, nuoce al prestigio del giudice che deve oltre che essere, *apparire* onesto ed imparziale; e per giudicare serenamente e con senso di autorità gli uomini, a qualunque partito appartengano, bisogna non aver legami di sorta con i partiti e tanto meno militare in essi [...]. I vincoli di partito, cui suole accompagnarsi la passione politica, non sono meno forti di quelli del sangue o dell'affinità; e spesso per ragione politica i fratelli sono contro i fratelli, e i figli contro il padre»¹⁹.

Da tali premesse nacque nella magistratura un forte desiderio di conquistarsi uno spazio, nel quadro dell'organizzazione statale, che le consentisse di svolgere le proprie funzioni senza dover subire le ingerenze del potere politico «di cui la giustizia [era stata] vittima» fin dall'entrata in vigore dello Statuto albertino²⁰. La soluzione individuata era quella di chiedere al legislatore, lo stesso che attraverso la normativa disciplinare, elettorale, e sulla progressione in carriera l'aveva assoggettata, di sancire il divieto di partecipazione attiva alla vita politica. Ciò avrebbe garantito un esercizio della funzione giurisdizionale conforme ai canoni dell'imparzialità e dell'indipendenza e avrebbe reso il

¹⁹ F. Vitanza, *I giudici e i partiti politici*, in *La Magistratura*, 1946, 5.

²⁰ Cfr. ancora F. Vitanza, *I giudici e i partiti politici*, cit., 5.

giudice libero, giacché al riparo dalle influenze del potere esecutivo²¹.

In tale contesto, nel 1946 l'Associazione dei magistrati promosse un referendum tra i propri soci da cui emerse, con netta evidenza, la posizione di contrarietà della magistratura all'iscrizione ai partiti politici (e alle associazioni segrete)²².

Sicché, l'istanza di "apoliticità" era alimentata mediante la richiesta di un divieto all'iscrizione ai partiti, che, secondo alcuni, celava il tema dell'eleggibilità. Infatti, si sosteneva che era ormai un dato acquisito che l'eleggibilità sarebbe stata determinata dal collegamento a uno dei grandi partiti di massa, ed è su questa evidenza che si costruirono i quesiti referendari e su cui si articolano alcune posizioni espresse in Assemblea costituente.

Sul referendum sembrano opportune due considerazioni che toccano il ruolo dell'Associazione dei magistrati, che il referendum aveva promosso.

L'associazione dei magistrati si era costituita con l'intento di dare voce alla magistratura dei gradi inferiori, che era esclusa dai diritti politici, e agli albori dell'esperienza fascista decise di sciogliersi piuttosto che *far morire* l'idea d'indipendenza della quale era portatrice. Dunque, furono soprattutto le magistrature inferiori a esprimersi, da una posizione esterna rispetto a quel circuito politico rappresentativo che fino ad allora le aveva tenute a distanza. Al contrario, non vi fu (almeno in dimensione tale da essere ricordato dalla dottrina o dalle cronache del tempo) un analogo attivismo delle magistrature superiori, che rimasero a

²¹ E. Moriondo, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, 1967, 113-115.

²² Furono presentati tre quesiti referendari a tutti i soci dell'Associazione dei giudici i cui risultati vennero pubblicati sulla rivista *La Magistratura*, 1946, 12: «a) Ritieni che le funzioni di giudice siano incompatibili con l'iscrizione ad un partito politico? Sì 1318, no 180; b) ritieni che la incompatibilità si estenda anche alle associazioni di carattere politico? Sì 1278, no 187; c) ritieni che la incompatibilità debba riferirsi anche alle associazioni segrete? Sì 1378, no 113». Dopo il referendum del 1946, i giudici (riuniti lo stesso anno nel Congresso di Torino) ribadirono la loro posizione: l'indipendenza della magistratura sarebbe dovuta essere garantita mediante il divieto di appartenenza ai partiti politici, sia «in via palese o per occulto», e il divieto di svolgere attività politica militante, lo ricorda R. Chieppa, *Il divieto di attività politica per i giudici: meglio tardi che mai (ricordi storici della tesi dell'associazione dei giudici)*, in *Giur. cost.*, 2009, 2584; Id. *Le testimonianze nell'Associazione giudici: una guida per un futuro migliore per la Giustizia in Italia*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 17, 2009, 241.

marginale della discussione. D'altra parte, v'è da sospettare che proprio i magistrati degli uffici apicali fossero gli stessi destinatari dell'istanza di "apoliticità", in quanto spesso – sia in epoca liberale che fascista – risultarono pressoché osmotici alla classe politica.

In secondo luogo, l'Associazione decise di consultare la magistratura tramite referendum cercando così di trarre legittimazione direttamente dai magistrati inferiori, che costituivano la quota maggioritaria degli associati. In tal senso, la richiesta parve assumere i toni vendicativi di una parte della magistratura, quella di grado inferiore, rispetto a quella di grado superiore. I magistrati degli uffici inferiori probabilmente compresero che, dopo tanti anni di assoggettamento, la transizione costituzionale, dove si avviava il dibattito tra continuità o cesura con l'ordinamento liberale, rappresentava l'occasione per superare la tradizione consolidatasi sui rapporti tra magistratura e politica²³.

L'istanza di "apoliticità" entrò in conflitto con le intenzioni del legislatore durante l'epoca di transizione, intenzioni espresse in alcuni provvedimenti, che svelarono una indubbia contiguità col pensiero di epoca liberale. Se ne ebbe dimostrazione in uno degli ultimi atti del governo provvisorio guidato da Badoglio²⁴. L'allora ministro della giustizia Vincenzo Arangio Ruiz,

²³ Tale ricostruzione, che vuole rappresentare un ipotetico quadro, semplificandolo, deve pur sempre tener conto che i dirigenti dell'Associazione nazionale dei magistrati appartenevano agli uffici superiori della magistratura e che, nei confronti di essi, vi fu un certo scontento all'interno dell'Associazione. Nella questione economica, relativa all'istanza di stipendi più adeguati, si inserì fra l'altro la polemica tra i magistrati appartenenti agli organi periferici e i magistrati romani, accusati quest'ultimi di contiguità col potere politico: «Va notato che mentre per conseguire gli obiettivi costituzionali i giudici si servirono in larga misura degli organi ufficiali della loro Associazione, svolgendo per loro tramite una costante pressione nei confronti dell'assemblea costituente, per quanto riguarda invece la questione economica, la cui soluzione spettava al ministero del tesoro e a quello della giustizia, la protesta dei giudici, esasperati dalle strette in cui si trovavano, assunse il carattere di un movimento di ribellione non solo contro il governo, ma anche contro i dirigenti dell'Associazione e contro le direttive di cautela e di prudenza che questi raccomandavano», cfr. E. Moriondo, *L'ideologia della magistratura italiana*, cit., 137.

²⁴ Che da poco aveva sciolto o, meglio, s'era visto sciogliere, il nodo della ristrutturazione istituzionale: se, cioè, cessate le ostilità si dovesse ristabilire il funzionamento pieno dell'ordinamento albertino prefascista, e delle istituzioni monarchiche, o se, al contrario, occorresse invocare un nuovo patto costituzionale e quindi nuove istituzioni. La questione fu formalmente definita col decreto luogotenenziale del 25 giugno 1944, n. 151. Si stabilì che, dopo la liberazio-

con la circolare del 6 giugno 1944, n. 285, decise di rimuovere il divieto che impediva ai magistrati la pubblica professione della loro fede politica, dichiarando al contempo «lecita l'appartenenza a quelle associazioni e partiti politici che si sono formati o si vengono formando in Italia»: la partecipazione politica era considerata un «dovere civico», al quale nemmeno il magistrato si sarebbe potuto sottrarre (e tantomeno il legislatore l'avrebbe potuta impedire). Il guardasigilli riteneva essere un «privilegio odioso contrastare loro l'adempimento di questo dovere, limitando *a priori* nei loro riguardi l'esercizio dei diritti politici al semplice atto di dare il voto alle elezioni [...] se moventi diversi da quello del compimento del dovere potessero influire sulle pronunzie dei magistrati italiani, non basterebbe impedire loro l'iscrizione ai partiti perché, dentro e fuori di questi, il giudice non potrebbe non avere le sue opinioni e relazioni, tanto più efficaci quanto più nascoste».

Tale tentativo di segnare una discontinuità si dovette però confrontare con la posizione della magistratura, i cui vertici risentivano di una mentalità ancora legata al passato, per alcuni versi «autoritaria e gerarchica»²⁵. In una circolare del 19 luglio 1945 indirizzata ai Presidenti dei tribunali, il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Torino ammoniva sulla «non infrequente apparizione sui giornali o altre pubblicazioni politiche

ne nazionale, le forme istituzionali sarebbero state scelte dal popolo italiano tramite un'Assemblea costituente eletta per suffragio universale. Si segnò, quindi, una netta e severa cesura con il tentativo del "partito della monarchia" di ristabilire le istituzioni monarchiche. Ai sensi dell'art. 2 fu abrogata la disposizione del regio decreto legge 2 agosto 1943, n. 175 con cui fu dichiarata chiusa la sessione parlamentare e sciolta la Camera dei fasci e delle corporazioni e con cui, al contempo, fu dato un termine di quattro mesi dalla cessazione della guerra, per la convocazione della Camera dei deputati. Come osservato dalla dottrina, con tale decreto il primo governo Badoglio tentò di esprimere «una situazione di continuità tra l'epoca prefascista e l'epoca postfascista, dopo aver restaurato, con operazione plastica più che chirurgica, le vecchie istituzioni monarchiche e statutarie ripulendole dalla crosta fascista». Tuttavia il proposito di Badoglio fallì dopo che le forze della resistenza approvarono, all'esito del Congresso di Bari del 28 e 29 gennaio 1944, una risoluzione che le impegnava a convocare un'Assemblea costituente, quale controproposta a quella di ritornare «quasi fosse nella natura delle cose» al sistema politico costituzionale prefascista, cfr. E. Bettinelli, *All'origine della democrazia dei partiti. La formazione del nuovo ordinamento elettorale nel periodo costituente (1944-1948)*, Milano, 1982, 21.

²⁵ F. Moroni, *Soltanto alla legge. L'indipendenza della magistratura dal 1945 ad oggi. Prefazione di Nicola Tranfaglia*, Monte Porzio Catone, 2005, 24-25.

di articoli redatti da magistrati con valutazioni e proposte che non di rado si risolvono a pretesti di discredito per l'ordine giudiziario e per le funzioni da questo esercitate»; dunque ricordava «a tutti i magistrati [...] la necessità di astenersi da qualunque manifestazione discorde dai doveri di riservatezza»²⁶.

Durante il governo Parri, con la circolare del 18 agosto 1945, n. 194, il ministro Togliatti tentò di trovare un punto di mediazione tra le posizioni poc'anzi indicate: «la partecipazione alla vita politica rientra tra i doveri civici in senso ampio, e dunque non vi è ragione che ne rimangano esclusi i componenti dell'ordine giudiziario», tuttavia: «tale partecipazione, anche a mezzo di discussioni sui giornali e periodici, deve essere mantenuta in quei limiti di serenità, elevatezza e senso di responsabilità, i quali è necessario accompagnino sempre qualsiasi esplicitazione dell'attività di coloro che appartengono all'ordine giudiziario».

4. Gli interventi sull'ordinamento giudiziario in epoca transitoria.

Fin qui le posizioni e le istanze espresse dalla magistratura e le conseguenti risposte dell'esecutivo.

Per definire il quadro giuridico in cui si alimentò la discussione dell'Assemblea costituente, è necessario dare conto non soltanto di quanto accadde nell'immediatezza della caduta del regime fascista, ma anche di alcune riforme sullo *status* e sulla carriera dei magistrati, adottate in epoca transitoria dai partiti riuniti nel Comitato di liberazione nazionale.

Il Comitato di liberazione nazionale volle revisionare l'ordinamento giudiziario Grandi del 1941, con l'obiettivo di attenuare i tratti più marcatamente ostili all'autonomia e all'indipenden-

²⁶ «Se è desiderabile che alla pubblica discussione ed elaborazione di questioni non manchi il contributo di cultura, di esperienza e di amore che può essere dato dai magistrati [...] non può assolutamente ammettersi che – senza autorizzazione superiore – questa attività si svolga su giornali o pubblicazioni di indole politica, la cui ospitalità implica la presunzione di atteggiamenti dai quali i magistrati si dovrebbero rigorosamente astenere», si veda ancora F. Moroni, *Soltanto alla legge. L'indipendenza della magistratura dal 1945 ad oggi*, cit., 26.

za dei giudici: nel 1946 fu così approvata la cosiddetta riforma Togliatti dell'ordinamento giudiziario²⁷.

Con tale riforma fu riconosciuta la garanzia dell'inamovibilità, di sede e d'ufficio, immediatamente (abrogando dunque il requisito della permanenza triennale in servizio) e il provvedimento di trasferimento fu condizionato al consenso dell'interessato. Ciò a vantaggio dei giovani giudici, e in particolare di quelli appartenenti ai gradi inferiori, sino a quel momento in balia di una normativa così generica da consentire trasferimenti pretestuosi. I poteri e le attribuzioni del Consiglio superiore della magistratura furono rafforzati, rendendo vincolante il parere sui trasferimenti disciplinari e sulla dispensa dal servizio o sul collocamento in aspettativa. Tale rafforzamento va ancor più apprezzato se considerato alla luce della più generale rimodulazione della composizione dei consigli di giustizia della magistratura nei quali trovarono ingresso i giudici inferiori, a fianco dei giudici degli uffici superiori. Il pubblico ministero si emancipava dalla sorveglianza del ministro guardasigilli, superando così una tradizione consolidatasi sin dalla legge sull'ordinamento giudiziario del 1865 e confermata (da ultimo) dall'ordinamento giudiziario Oviglio del 1923.

Tuttavia, il tentativo di smussare i tratti più marcatamente ostili all'indipendenza del magistrato della riforma Grandi non fu sufficiente per superare definitivamente il solco tracciato dalla normativa liberale e definito da quella fascista.

Ad esempio, le disposizioni sulla progressione in carriera ridisegnate dalla riforma Togliatti non erano prive di aspetti ambigui e contraddittori: se nel procedimento di conferimento del grado di presidente della Corte di appello era introdotto l'intervento consultivo obbligatorio del Consiglio superiore della ma-

²⁷ Cfr. regio d. lgs. 31 maggio 1946, n. 511. In dottrina vedi G. Neppi Modona, *La magistratura ed il fascismo*, cit., 179. Si vedano a tal proposito A. G. Ricci (a cura di), *Verbalì del Consiglio dei ministri: luglio 1943-maggio 1948*, Roma, 2006 e in particolare vol. VI, 2, 1268. La proposta di Togliatti di presentare uno schema di decreto sull'indipendenza della magistratura, volto a sopprimere le innovazioni apportate dal fascismo, fu accolta presso il Consiglio dei ministri dalle osservazioni critiche del ministro Bracci. Secondo il ministro stabilire l'inamovibilità della magistratura immediatamente, senza domandare al giudice una determinata anzianità di servizio, avrebbe comportato la separazione della magistratura da ogni altro potere. Egli proponeva che l'inamovibilità fosse riconosciuta soltanto dopo un periodo di «instabilità», e segnatamente dopo due anni.

gistratura, volto a mitigare con elementi tecnico-professionali la deliberazione sulla nomina del magistrato adottata dal Consiglio dei ministri, al contrario, nel procedimento di conferimento del grado di primo presidente della Corte di cassazione e procuratore generale, tale parere non era richiesto²⁸.

In materia di procedimento disciplinare, inoltre, la giurisdizione era ancora organizzata in modo gerarchico, per cui il magistrato appartenente agli uffici inferiori era deferito al consiglio giudiziario presso la Corte di appello del distretto in cui si trovava il proprio ufficio, mentre tutti gli altri magistrati erano deferiti al giudizio del Consiglio disciplinare avente sede a Roma²⁹.

5. Il rifiuto della visione apolitica della magistratura e la continuità con la legislazione di epoca albertina sulla capacità elettorale passiva.

L'abolizione del divieto di esprimere il proprio pensiero politico, voluto dalla circolare ministeriale del 1944 prima ricordata, e l'esito referendario sul divieto di iscrizione ai partiti politici del 1946 rappresentano, in sintesi, il punto d'arrivo del dibattito sui diritti politici dei magistrati, e danno materiale per compren-

²⁸ Il Consiglio superiore della magistratura era composto da due membri di diritto: il primo presidente e il procuratore generale presso la Corte di cassazione. A fianco dei membri di diritto v'erano undici giudici effettivi e sei supplenti, quest'ultimi residenti a Roma. La quota dei primi era composta da giudici appartenenti agli uffici superiori: cinque primi presidenti di Corte di appello o presidenti di sezione della Corte di cassazione; due procuratori di Corte di appello o avvocati generali della Corte di cassazione, tre consiglieri di cassazione (o giudici giudicanti di grado equiparato); un sostituto procuratore generale di Corte di cassazione (o giudice requirente di grado equivalente); i giudici supplenti, in numero di otto, dovevano possedere il grado di consigliere di cassazione (o parificato) e appartenere per metà alle giudicature requirenti e per metà alle giudicature giudicanti. Inoltre, le sezioni in cui era organizzato il Consiglio superiore della magistratura erano quattro: tre semplici e una a sezioni unite, che si esprimeva contro i ricorsi sulle decisioni delle prime. Tutte e quattro le sezioni erano presiedute dal primo presidente della Corte di cassazione o dal procuratore generale presso di essa. Infine, il ministro della giustizia conservava l'alta sorveglianza su tutti gli uffici giudiziari, su tutti i giudici e su tutti i giudici del pubblico ministero.

²⁹ A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., 99-107.

dere quale potesse essere l'atteggiamento sul tema della capacità elettorale passiva dei magistrati.

Con la circolare del 1944, il potere politico volle ristabilire lo *status quo* dei magistrati superiori, giacché abolire il divieto di esprimere il pensiero politico a legislazione (disciplinare e sulla progressione in carriera) invariata, significava riconoscere tale libertà soltanto a favore dei magistrati superiori. In particolare, i magistrati degli uffici inferiori, soggetti ai meccanismi della legge sull'ordinamento giudiziario del 1941, se avessero esercitato una tale libertà si sarebbero esposti a conseguenze incidenti direttamente sul rapporto di lavoro. Infatti: la libertà di esprimere il pensiero politico non poteva prescindere da precise garanzie sul versante dell'indipendenza.

In decisa contrapposizione si pose l'esito del referendum indetto dall'Associazione generale dei magistrati italiani nel 1946: l'istanza di "apoliticità" era figlia del moto di sconcerto dei giudici inferiori, i quali esclusi dalle istituzioni, decisero di far sentire la loro voce dalla risorta associazione dei magistrati. Dal punto di vista della magistratura dei gradi inferiori, quindi, l'istanza di apoliticità va intesa non come distanza dal dibattito politico sui temi inerenti l'ordinamento giudiziario, ma semmai come la consapevolezza che la politica dovesse essere coltivata nelle sedi opportune, ossia presso l'associazione dei magistrati e non presso sedi rivelatesi inopportune per il loro carattere premiale, ossia la Camera dei deputati o il Senato regio, perché ciò dava adito a fraintendimenti se non a storture: timori, come detto, fondati tutto sommato sul dato normativo ed empirico di epoca liberale e fascista.

L'analisi dei pochi ma significativi dati normativi dell'epoca di transizione costituzionale fa pensare a un tendenziale "conformismo" del legislatore pre-repubblicano riguardo alla concezione dei diritti, politici, dei giudici sviluppatasi in epoca liberale, e più in generale alla concezione che in tale periodo si ebbe della magistratura.

Si tratta di un'impressione confermata nel 1946, quando fu approvata la legge elettorale per l'Assemblea costituente³⁰. Ai sensi dell'art. 9 lettera d), di regola, erano ineleggibili tutti i giudici nelle circoscrizioni di competenza, a esclusione di quelli

³⁰ Cfr. d. lgs. lgt. 10 marzo 1946, n. 74, *Norme per l'elezione dei deputati all'Assemblea costituente*.

delle giurisdizioni superiori. Ai fini dell'eleggibilità, quindi, i giudici dei gradi inferiori avrebbero dovuto presentare la propria candidatura in una circoscrizione diversa rispetto quella in cui esercitavano le funzioni o, in alternativa, avrebbero potuto liberarsi dalle regole (severe) sull'eleggibilità dei giudici dimettendosi dall'ufficio. Dunque, si riproponeva la distinzione (e la divisione) tra giudici superiori e giudici inferiori, ai fini della capacità elettorale passiva, se pur attenuata dalla ipotesi di ineleggibilità relativa (e non di quella assoluta, come al contrario era previsto dalla legge elettorale del 1859).

Nella fase di transizione costituzionale, vi è quindi un recupero della tradizione liberale inaugurata dalla legge sulle incompatibilità parlamentari del 1877 che, per la prima volta, introdusse l'ineleggibilità relativa tra le regole elettorali a cui era soggetto il giudice dei gradi inferiori³¹. La diversità di trattamento dei giudici, sul punto dell'ineleggibilità relativa, può presumibilmente ricondursi alla stessa ragione che aveva ispirato l'introduzione di tale condizione: evitare che il giudice potesse influenzare l'esito elettorale tramite una pressione sull'elettorato, pressione possibile data l'ampiezza della circoscrizione elettorale che corrispondeva, pressappoco, alla circoscrizione giudiziaria di competenza. Necessità che, tuttavia, non avrebbe riguardato tutti i giudici delle giurisdizioni superiori poiché soltanto alcuni avevano competenza su tutto il territorio nazionale: i giudici della Corte di cassazione.

6. Il dibattito in Assemblea costituente sul divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati. Le perplessità di Calamandrei.

In Assemblea costituente il tema del diritto all'elettorato passivo del magistrato fu sviluppato in occasione del dibattito sul divieto d'isciversi ai partiti politici. V'era un limite apparente rappresentato dall'accoglimento del suffragio universale quale principio cardine del nuovo ordinamento repubblicano, già peraltro anticipato dalla legge elettorale per l'elezione dei compo-

³¹ È quanto emerge dalla disamina dei *Verbali del Consiglio dei Ministri*, cfr. A. G. Ricci, (a cura di), *Verbali del Consiglio dei ministri: luglio 1943-maggio 1948*, cit., 126 ss.

nenti dell'Assemblea costituente. Apparente perché esso, come vedremo, non entrò in contraddizione con la previsione di un diritto elettorale condizionato: le condizioni sussistevano in ragione di altri e diversi principi costituzionali.

In generale, nel progetto di Costituzione emerse la necessità di sancire, in modo più marcato rispetto a quanto prescriveva lo Statuto albertino, la posizione della magistratura sia nell'organizzazione, sia nelle guarentigie³². Come detto, nello Statuto albertino era stato dedicato poco spazio alla magistratura, e sul piano delle garanzie la norma "in bianco" sull'inamovibilità si prestò a una facile manipolazione (sino al suo totale svuotamento) da parte del legislatore.

Come accadde durante il referendum indetto dall'Associazione dei magistrati del 1946, il tema della capacità elettorale passiva del giudice fu assorbito nella questione dell'iscrizione ai partiti politici, e dunque tracce del dibattito vanno ricercate, principalmente, nell'elaborazione di quello che diventerà poi nella Costituzione repubblicana del 1948 il terzo comma dell'articolo 98³³.

In Assemblea costituente, l'obiettivo condiviso di sancire a livello costituzionale il rapporto che sarebbe dovuto intercorrere tra gli organi titolari delle funzioni giudiziarie e quelli preposti all'esercizio della funzione esecutiva fu perseguito con proposte diverse tra loro perché diverse erano le opinioni a riguardo.

La discussione fu affidata in sede redigente alla Seconda sottocommissione per la Costituzione. Qui furono presentati tre progetti sulla magistratura che presero il nome dei loro rela-

³² «Memori dell'uso spesso strumentale della giustizia effettuato dalla dittatura fascista, i rappresentanti dei movimenti politici della Resistenza compresero da subito l'esigenza di sancire a livello costituzionale il rapporto che sarebbe dovuto intercorrere tra gli organi titolari delle funzioni giudiziarie e quelli preposti all'esercizio del potere politico all'interno del nuovo assetto istituzionale di tipo democratico che si voleva creare», cfr. A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., 109.

³³ «Dall'esame complessivo di tali lavori risulta che nel corso di essi fu dato generalmente per scontato che il sistema vigente prima del fascismo dovesse essere conservato, salvo sviluppare quelle garanzie dell'indipendenza dei giudici e della loro professionalità che avevano ricevuto qualche attuazione soprattutto durante la fase del regime liberale», cfr. A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1982, 36.

tori: Calamandrei, Leone e Patricolo. A fianco di questi tre, “ufficiali”, ve ne fu un altro, che non entrò formalmente nel dibattito in Assemblea ma che è bene ricordare poiché offerto dagli stessi magistrati: si tratta della proposta Miraulo, che, all’art. 12, prospettava di inibire ai magistrati la possibilità di iscriversi ai partiti politici o di assumere incarichi pubblici, ad eccezione di quello di senatore³⁴.

Il dibattito presso la Seconda sottocommissione prese avvio dall’art. 24 del progetto Calamandrei, secondo cui: «I Magistrati non possono essere iscritti ad alcun partito politico (?)»³⁵.

Scegliendo la forma interrogativa Calamandrei intenzionalmente manifestava un dubbio che, nella seduta del 20 dicembre 1946, pose all’attenzione dell’Assemblea.

L’insigne giurista spiegò che l’incertezza traeva ragione dall’esito di un’inchiesta che aveva avuto modo di promuovere tra i magistrati sulla rivista *Il Ponte*. Alla domanda se fossero favorevoli al riconoscimento del diritto d’iscrizione ai partiti i favorevoli prevalsero, soprattutto tra i più giovani. Dato, quest’ulti-

³⁴ La Seconda sottocommissione fu formata dal ministro della giustizia Togliatti, ed era composta da magistrati appartenenti alle giurisdizioni superiori. I testi dei progetti di legge della Commissione ministeriale, di Calamandrei, Leone, e Patricolo, sono pubblicati da F. Rigano, *Appendice. I progetti di riforma*, in *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982, 261 ss. Si veda inoltre A. Gustapane, *L’autonomia e l’indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., 125 ss. L’autore ricorda che il progetto Miraulo sanciva la piena indipendenza della magistratura nei confronti del potere politico, al contempo però confermava l’impostazione gerarchica di stampo liberale: il primo presidente della Corte di cassazione era definito «capo della magistratura» (art. 14, comma 1); il procuratore generale presso la medesima Corte, addetto alle funzioni di coordinamento e vigilanza delle attività del pubblico ministero (art. 14, comma 2). Il primo presidente e il procuratore capo sarebbero stati eletti, però, direttamente dai magistrati, secondo le norme dell’ordinamento giudiziario (art. 14, ultimo comma). Inoltre, nel novembre 1946, quando la Commissione dei settantacinque era al lavoro per predisporre il progetto della Costituzione, il Comitato direttivo della risorta Associazione dei magistrati diramò un ordine del giorno, approvato dall’Associazione il 3 novembre 1946, in cui si chiedeva l’accoglimento nel redigendo testo costituzionale di una serie di indicazioni: «eguaglianza assoluta con gli altri due “poteri”, ed erezione dell’ “Organo supremo” del potere giudiziario (cioè la Suprema Corte di cassazione) accanto agli altri organi costituzionali o “primari” (cioè parlamento e governo)», cfr. L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., 1973, 153-154 e 156.

³⁵ Gli atti dell’Assemblea costituente relativi alle discussioni in Aula e presso le Commissioni sono pubblicati in formato digitale sul sito internet www.legislature.camera.it.

mo, senz'altro eccezionale poiché si poneva in controtendenza rispetto all'esito del referendum indetto dall'Associazione dei magistrati che, al contrario, aveva visto i magistrati propendere per il divieto all'iscrizione ai partiti. Calamandrei spiegava questo esito col fatto che proprio a Firenze s'era distinto un gruppo di giovani magistrati nelle fila della resistenza partigiana e per costoro il divieto d'iscrizione ai partiti politici rappresentava più un'offesa che una garanzia per l'indipendenza.

Il dubbio di Calamandrei si nutrì anche della presa di posizione di un anziano consigliere della Corte di appello fiorentina, il quale, a proposito dell'esito dell'inchiesta, gli scrisse una lettera in cui denunciava la "memoria corta" dei giovani magistrati: il decano si preoccupò di ricordare che prima del ventennio di oppressione fascista, la commistione tra magistratura e politica era stata così forte da dover suggerire piena neutralità³⁶.

Seguendo la divisione per area politica dei diversi interventi sviluppatasi in Assemblea costituente, notiamo che la discussione vide contrapporsi, da un lato, l'area dei conservatori, democristiani, liberali e qualunquisti e, dall'altro, l'area dei comunisti, sostenuti nelle loro argomentazioni da alcuni socialisti e, infine, dallo stesso Calamandrei. Se i primi non mostrarono alcuna incertezza nell'affermare il divieto di svolgere attività politica nelle organizzazioni partitiche, al fine di garantire la magistratura nella sua indipendenza e la libertà di voto dei cittadini, i secondi tacciavano di "ipocrisia" la proposta perché i magistrati, anche a divieto vigente, avrebbero pur sempre proseguito ad avere la propria visione politica e altresì perché il divieto si poneva in violazione della loro libertà di manifestazione del pensiero³⁷.

³⁶ Intervento di P. Calamandrei (Autonomista), Assemblea costituente, Atti, seduta del 20 dicembre 1946, 75.

³⁷ F. Rigano, *Costituzione e potere giudiziario*, cit., 136-138. Sull'interpretazione dell'art. 98, comma 3, Cost., ove sono richiamati tra le altre cose i lavori preparatori, si vedano (fra i tanti) 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. Saitta, *Art. 98*, in R. Bifulco, A. Ce-

Accanto a queste due, si articolò una terza posizione di chi, pur essendo favorevole nel merito al divieto, riteneva opportuno che esso fosse oggetto di una raccomandazione piuttosto che di una norma espressa, o auspicava l'introduzione di una norma costituzionale transitoria, che rinviasse la soluzione del tema a una prossima riforma dell'ordinamento giudiziario.

6.1. I favorevoli all'introduzione del divieto.

Le argomentazioni favorevoli all'introduzione del divieto toccarono vari profili: la tutela dell'indipendenza, i problemi di compatibilità con la disciplina di partito, la questione della campagna elettorale, la tutela dell'immagine esterna, le preoccupazioni di superare la condizione di subordinazione al potere esecutivo, con la memoria a quanto era avvenuto in epoca fascista e ancora prima in epoca liberale.

In premessa, alcuni distinguevano la questione dell'eleggibilità da quella dell'iscrizione ai partiti politici. Il deputato Clerici, ad esempio, sostenne che, col divieto, si sarebbe comunque "conservato" il diritto all'elettorato passivo. I magistrati, quindi, avrebbero potuto essere eletti nelle amministrazioni comunali, provinciali o regionali e persino al parlamento nazionale, però quali "indipendenti" e quindi senza l'appoggio della struttura di partito, in modo analogo a parecchi deputati dell'Assemblea costituente³⁸. Nel distinguere le due questioni, il deputato Clerici rispose a tutte quelle critiche derivanti dagli oppositori al divieto che, reputando vi fosse un nesso necessario tra l'iscrizione a un partito e le *chance* d'essere eletti, accusavano i sostenitori di voler impedire le "condizioni obiettive" per il godimento del diritto fondamentale all'elettorato passivo.

Tra le argomentazioni a favore dell'introduzione del divieto v'era chi mise l'accento, intendendola come criticità primaria, sulla questione dell'indipendenza: il magistrato, lungi dal rimanere passivo, presto o tardi avrebbe ceduto alla passione politica,

lotto, 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, *Il sistema costituzionale della magistratura*, II ed., Bologna, 2008, 60-61; S. De Nardi, *La libertà di espressione dei giudici*, Napoli, 2008, 63 ss.

³⁸ Intervento di E. Clerici (Democratico cristiano), Assemblea costituente, Atti, seduta del 22 maggio 1947, 4162.

col concreto rischio di perdere quel carattere di indipendenza necessario all'esercizio delle proprie funzioni. Limiti all'iscrizione ai partiti dovevano essere prescritti per tutti i funzionari e impiegati dello Stato, e non soltanto per i magistrati, come d'altronde, sottolineava il deputato Ambrosini, accadeva in Inghilterra³⁹.

Sullo stesso versante si pose l'intervento del deputato Mannironi. Per coerenza col principio d'indipendenza, secondo cui la magistratura avrebbe dovuto essere un potere autonomo rispetto all'esecutivo e al legislativo, si sarebbe dovuto sancire il divieto d'iscrizione. In assenza sarebbero sorte gravi contraddizioni, giacché se si voleva superare la dipendenza dall'autorità governativa non si poteva al contempo accettare che i magistrati potessero appartenere ai partiti, in cui v'erano dipendenze gerarchiche e subordinazioni disciplinari⁴⁰.

Sul punto della disciplina di partito come elemento d'ostacolo per un'effettiva indipendenza insisteva anche il deputato Bozzi. Pur riconoscendo che il magistrato avesse diritto ad avere un'opinione politica osservò che lo *status* d'iscritto, di gregario o, peggio, di capo di partito, sempre più organizzato su un piano di rigida disciplina e di gerarchia, fosse indubbiamente d'influenza sulla coscienza «o sulla sua subcoscienza», a danno dell'indipendenza. Non era soltanto l'indipendenza a dover essere oggetto di tutela, secondo il deputato Bozzi, ma anche l'immagine di indipendenza presso l'opinione pubblica, che sarebbe stata compromessa dall'iscrizione a un partito: «E quando anche il giudice riuscisse a rendersi immune, con la sua dirittura, da simili debolezze, chi potrebbe mai togliere il dubbio, il sospetto alla pubblica opinione che il giudice, in quella o in quell'altra controversia, si sia regolato in quel modo e non in altro perché l'imputato o la parte era di quel certo partito e non di altro? [...] Noi dobbiamo circondare del più grande prestigio la figura del giudice e dobbiamo eliminare tutte le cause che, sia pure ingiustamente, possano dar motivo a sospetti o a riserve, che non farebbero il singolo ma l'istituto in se stesso»⁴¹.

³⁹ Intervento di G. Ambrosini (Democratico cristiano), Assemblea costituente, Atti, seduta del 20 dicembre 1946, 74-75.

⁴⁰ Intervento di S. Mannironi (Democratico cristiano), Assemblea costituente, Atti, seduta del 31 gennaio 1947, 257.

⁴¹ Intervento di A. Bozzi (Unione democratica nazionale), Assemblea costituente, Atti, seduta del 6 novembre 1947, 1800 e ss.

Sull'immagine esterna del magistrato insisteva anche il deputato Moro. Il divieto d'iscrizione era considerato un sacrificio alla libertà dei magistrati, da dover sopportare per garantire la libertà di tutti gli altri cittadini: «i magistrati debbano essere non soltanto superiori ad ogni parzialità, ma anche ad ogni sospetto di parzialità e credo che questa estraneità formale dalla lotta politica conferisca una maggiore dignità della Magistratura, cosicché il magistrato possa obbedire veramente soltanto all'imperativo della propria coscienza»⁴².

In tal senso, si poneva anche l'intervento del deputato Bettiol, secondo cui il divieto sarebbe stato coerente col più ampio quadro di garanzie costituzionali previste per la magistratura, e avrebbe reso concreta la libertà del singolo magistrato, chiamato all'esercizio della funzione giurisdizionale, rispetto a ogni pressione esterna. Tra le garanzie previste nel progetto costituzionale v'erano, d'altronde, l'inalterabilità, la subordinazione solamente alla legge, il superamento dell'impostazione gerarchica e la distinzione fra i magistrati non per gradi, ma unicamente per funzioni, giacché «è pericoloso stabilire una gerarchia tra i magistrati, perché l'espressione tipica della gerarchia è il comando che il superiore rivolge all'inferiore, e che può essere in certi determinati casi cogente, obbligatorio, anche se anti-giuridico»⁴³.

Il deputato Cortese, poi, aderendo alle ragioni a sostegno del divieto d'iscrizione, approfondì il tema della candidatura, poiché il magistrato candidato con una delle forze politiche in competizione, al pari dell'iscritto a un partito, avrebbe creato sospetto circa l'effettiva indipendenza: «Il magistrato nel fuoco della campagna elettorale, il magistrato candidato, il magistrato che diventa il centro di un attrito politico intensificato dalla lotta elettorale, il magistrato che diventa la bandiera di un movimento politico in una determinata zona, ed esaspera – com'è inevitabile in tutte le campagne elettorali – i toni del suo atteggiamento politico, il magistrato alla ribalta politica in primo piano, nella Camera e nel Senato, non si concilia col divieto fatto al magistrato d'appartenere a partiti politici». Cortese, dunque, auspicò l'introduzione dell'ineleggibilità: «preoccupati profondamente del-

⁴² Intervento di A. Moro (Democratico cristiano), Assemblea costituente, Atti, seduta del 31 gennaio 1947, 257.

⁴³ Intervento di G. M. Bettiol (Democratico cristiano), Assemblea costituente, Atti, seduta del 7 novembre 1947, 1848.

l'indipendenza di questa funzione, preoccupati affinché essa sia ed appaia libera, autonoma, agli occhi dei cittadini, stabilendo il principio – specialmente in un momento in cui i partiti diventano milizia, e taluni partiti hanno delle ferree discipline – che il magistrato, per essere ed apparire indipendente dal potere politico, debba essere innanzi tutto di fuori dai partiti politici, ed allora ne discende, come conseguenza evidente, che il magistrato non potrà neppure essere eleggibile al Consiglio comunale, al Consiglio regionale, alla Camera come non potrà esserlo al Senato»⁴⁴.

Non si dimenticava, inoltre, la motivazione “storica” che suggeriva di introdurre un divieto del genere. Il deputato Carboni, infatti, rilevò che: «il divieto di iscrizione ai partiti politici sostituisce il malcostume del periodo precedente, quando non soltanto l'appartenenza al partito nazionale fascista era diventata condizione per poter ambire ai concorsi della Magistratura, ma quando alcuni magistrati non avevano ritegno di tenere udienza vestendo sotto la toga la divisa fascista ed eccitando negli imputati l'ostentazione dei distintivi di appartenenza allo stesso partito, quasi per sollecitare una solidarietà disonesta»⁴⁵.

Nella stessa seduta, il Carboni non dimenticò di riprendere le osservazioni formulate già parecchi anni prima da Gaetano Arangio Ruiz, nell'opera *Eleggibili ed Eletti* del 1885, incidenti sulla necessità di sancire il principio di separazione del lavoro tra magistrato e deputato: «Il divieto servirà anche ad eliminare una frequente occasione di distrazione dei magistrati dall'esercizio delle proprie mansioni. Altri hanno già detto che il magistrato deve fare soltanto il giudice: deve cioè fare soltanto istruttorie, requisitorie, sentenze». E in tal senso, si spinse sino a chiedere non soltanto che i magistrati non ricoprissero contempora-

⁴⁴ Intervento di G. Cortese (Unione democratica nazionale), Assemblea costituente, Atti, seduta del 12 novembre 1947, 1981.

⁴⁵ Il divieto d'iscrizione ai partiti politici era ritenuto: «giusta reazione e misura saggiamente prudenziale, seppur si possa ritenere che in regime democratico sarebbe naturalmente impossibile il riprodursi di una degenerazione verificate soltanto nell'ambiente aberrante del totalitarismo fascista. E mi piace ricordare che la grande maggioranza dei magistrati italiani ha accettato favorevolmente la proposta del divieto di appartenenza ai partiti politici, con la consapevolezza che esso, mentre non li estranierà dalla vita pubblica, alla quale saranno chiamati a partecipare per altra via, li porrà al riparo anche dal semplice sospetto di parzialità, che è dannoso al decoro della funzione giudiziaria, quanto la parzialità stessa», A. Carboni (Partito socialista italiano), Assemblea costituente, 7 novembre 1947, 1853.

neamente al proprio ufficio quello di deputato, ma anche ritenne necessario una riforma del magistrato fuori ruolo: «Cessi la corsa agl'incarichi, ai comandi, cessino le applicazioni fuori del ruolo della Magistratura. Come è proposto in diversi emendamenti, vedrei volentieri allargato il divieto all'accettazione di cariche ed uffici pubblici e d'incarichi presso Commissioni od organi di carattere politico»⁴⁶.

6.2. I contrari e la proposta di un ordine del giorno.

I contrari all'inserimento del divieto d'iscrizione ai partiti politici, al pari dei favorevoli, rilevarono come tale divieto celasse il tema dell'eleggibilità dei magistrati. Il deputato Musotto osservò, infatti, che il divieto avrebbe inciso direttamente sull'elettorato passivo. Col sistema della legge elettorale proporzionale, un magistrato che non fosse stato iscritto a un partito, non avrebbe avuto la possibilità di porre la sua candidatura per le cariche politiche: «Ed allora [...] noi con questo divieto impediremo a molti magistrati, che oggi sono alla Camera, di ritornarvi». E a chi osservava che il divieto si rendeva ancor più ragionevole nei piccoli centri poiché il collegamento col proprio territorio avrebbe aumentato il rischio di una *captatio benevolentiae* nell'elettorato, mediante l'uso ai fini elettorali della funzione giurisdizionale, Musotto rispondeva: «Non è vero [...]. Nei piccoli centri, il magistrato che fa parte di un partito politico si sforza, appunto perché è sotto il controllo vivo, giornaliero, costante della pubblica opinione, non solamente di essere giusto, ma anche di apparirlo». E infine, collegando l'atto dell'iscrizione a un partito all'espressione di un proprio pensiero politico di parte, dunque rispondendo a chi lamentava che per tale via il magistrato non sarebbe apparso indipendente, il deputato ricordava che in Italia, a quel tempo, vigeva «il voto obbligatorio», il cui mancato esercizio avrebbe comportato conseguenze sul piano civile. Dunque, posto che: «il magistrato deve dunque necessariamente votare», avrebbe avuto occasione, comunque, di «esprimere la propria opinione politica»⁴⁷.

Tra l'altro i contrari al divieto rilevarono il paradosso intrin-

⁴⁶ Vedi ancora A. Carboni, cit., 1853.

⁴⁷ Intervento di F. Musotto (Partito socialista italiano), Assemblea costituente, Atti, seduta del 8 novembre 1947, 1864-1865.

seco al divieto stesso: vietare ai magistrati l'iscrizione ai partiti politici per scongiurare una asserita menomazione della loro indipendenza significava, in altre parole, identificare i partiti come organizzazioni politiche capaci di corrompere l'onestà dei loro iscritti. Per tale ragione il deputato Ravagnan si dichiarò: «contrario [...], in quanto si sentirebbe leso nella sua dignità e nella sua convinzione, pensando che si possa dire che il partito al quale egli appartiene possa dal pubblico essere giudicato suscettibile di influire sulla Magistratura affinché siano violate delle leggi nel suo interesse particolare» e, pragmaticamente, osservò che: «essere iscritto ad un partito politico è puramente un fatto formale: infatti, se si suppone che un giudice sia influenzabile, egli potrà esserlo tanto se sia iscritto quanto se non lo sia; dipenderà solo dalla sua onestà e dalla sua coscienza l'essere o meno suscettibile alle influenze esterne»⁴⁸.

Questo rapporto negativo tra partiti e magistrati, descritto dalla norma sul divieto di iscrizione, era rilevato anche dal deputato Ruggiero che si domandava quale ne fosse il presupposto politico: «La norma presuppone che se è vero che esiste una certa suscettività da parte dei magistrati ad accedere a lusinghe esterne, è pur vero però che nella norma è presupposto il fatto di una attività illegittima ed antidemocratica da parte dei partiti, cioè di una attività politica la quale tenda a deformare la coscienza del giudice». Di conseguenza, approvare tale norma avrebbe comportato una: «sconsacrazione aprioristica della democrazia italiana, una svalutazione immanente della nostra democrazia, un giudizio preventivo e negativo dell'opera dei partiti»⁴⁹.

Il deputato Targetti riconosceva che il magistrato che si occupa attivamente di politica, facendo vita di partito, avrebbe potuto compromettere, pur «senza accorgersi e contro la sua intenzione», la sua libertà di apprezzamento dei fatti di causa, e tuttavia si dichiarava «non [...] favorevole ad un divieto che verrebbe a limitare quella libertà di pensiero di cui si deve essere assertori per tutti»⁵⁰. Sulla stessa linea si poneva il deputato Vil-

⁴⁸ Intervento di R. Ravagnan (Comunista), Assemblea costituente, Atti, seduta del 20 dicembre 1946, 76.

⁴⁹ Intervento di C. Ruggiero (Partito socialista italiano), Assemblea costituente, Atti, seduta del 7 novembre 1947, 1827-1828.

⁵⁰ Intervento di F. Targetti (Partito socialista italiano), Assemblea costituente, Atti, seduta del 20 dicembre 1946, 74.

labruna che, pur riconoscendo quanto fosse «intuitivo che il magistrato, se vuole salvaguardare la propria indipendenza, non può legarsi a un partito, e sottostare alla disciplina di un partito: ciò sminuirebbe la sua indipendenza, o, nella migliore delle ipotesi, creerebbe il sospetto di una minorata indipendenza; e, in certi casi, l'apparenza equivale a sostanza», riteneva che tale problema – incidente sull'immagine del magistrato- dovesse essere «affidato esclusivamente alla sensibilità ed alla coscienza del magistrato; è il magistrato, esso per primo, che deve avvertire il dovere morale, per la tutela della sua indipendenza, di non legarsi ad un partito; e badate bene, che questa è una delle tante – e forse la non più grave – delle inibizioni e delle restrizioni alle quali il magistrato necessariamente deve uniformare la sua vita pubblica e privata, per non vedere sminuito il suo prestigio, e per allontanare il sospetto che egli sia legato a forze, le quali limitino o vulnerino la sua dignità e la sua indipendenza»⁵¹.

Tra i contrari, vi era chi proponeva l'introduzione di una raccomandazione in luogo di un divieto, nella consapevolezza della riconosciuta difficoltà di trovare contemperamento tra le contrapposte esigenze costituzionali.

In tal senso, il Presidente della seconda sezione della Seconda sottocommissione, il deputato Conti, si dichiarava, da un lato, «contrario a qualunque disposizione che limiti la libertà del magistrato, in quanto deve avere la consapevolezza del suo alto ufficio e non iscriversi ad alcun partito», e, dall'altro, preoccupato, poiché il magistrato che si iscrive a un partito «riduce la propria libertà»; perciò faceva appello alla coscienza affinché fosse il magistrato stesso a sentire «per primo la necessità di non aver di fronte al pubblico una classificazione politica che possa metterlo in sospetto»⁵².

Nella stessa seduta il deputato Targetti reputava conveniente che «il magistrato non militi attivamente nei partiti», ma riteneva non «opportuno» inserire il divieto espresso in Costituzione poiché: «quando si stabilisce un divieto, bisogna nello stesso tempo prevederne la sanzione. Ciò comporterebbe la necessità di indagini, perché il magistrato potrebbe anche negare di essere

⁵¹ Intervento di B. Villabruna (Unione democratica nazionale), Assemblea costituente, Atti, seduta del 7 novembre 1947, 1841.

⁵² Intervento di G. Conti (Repubblicano), Assemblea costituente, Atti, seduta del 20 dicembre 1946, 74.

iscritto ad un partito, e allora da parte del Consiglio Supremo della Magistratura dovrebbe essere fatta una inchiesta per accertare se il magistrato stesso ha detto o no il vero». Con la conseguenza che «appurata la sua appartenenza ad un partito, dovrebbe essere destituito». Per tali difficoltà di natura pratica, il deputato proponeva che il divieto fosse «consacrato in un ordine del giorno»⁵³.

Alle osservazioni di Targetti rispondeva il deputato Ambrosini, il quale contestava la correlazione tra divieto e sanzione: «talune disposizioni della Costituzione non comportano alcuna sanzione e, nel caso presente, la sanzione potrebbe essere prevista e stabilita dalla legge sull'ordinamento giudiziario». Ciò sarebbe stato coerente al principio di «autogoverno della Magistratura» che si andava affermando nel dibattito; al contempo avrebbe dato «a tutti coloro che devono avvicinarsi alla giustizia l'impressione di potere serenamente ed equamente essere sottoposti al giudizio di magistrati non impigliati nelle lotte di parte»⁵⁴.

Coerente con le proprie osservazioni, già nella seduta del 20 dicembre 1946, il deputato Targetti proponeva, in subordine al divieto, la votazione del seguente ordine del giorno: «La Commissione, pur riconoscendo che la partecipazione attiva alla vita dei partiti, come l'appartenenza ad associazioni segrete, può rendere più difficile al magistrato apprezzare fatti e giudicare persone, mantenendosi al di sopra di qualsiasi prevenzione, e può diminuire la fiducia pubblica della sua imparzialità, ritiene che stabilire il divieto proposto, costituirebbe una contraddizione di quei principi di libertà, al cui rispetto, nei riguardi di tutti cittadini, devono ispirarsi le norme costituzionali del nuovo regime»⁵⁵.

Tale ordine del giorno, tuttavia, non fu votato poiché i deputati favorevoli all'introduzione del divieto chiedevano che si procedesse dapprima con la votazione dell'articolo che introduceva il divieto, ed eventualmente soltanto dopo, in caso di bocciatura del divieto, si sarebbe dovuto procedere con la votazione dell'ordine del giorno.

Con otto voti favorevoli, sei contrari e due astenuti (tra questi lo stesso Calamandrei), il 20 dicembre 1946 la Commissione

⁵³ Intervento di F. Targetti, cit., 74 e 75.

⁵⁴ Intervento di G. Ambrosini, cit., 75 e 76.

⁵⁵ Intervento di F. Targetti, cit., 78.

licenziò il testo che, in seguito alle correzioni di natura formale nelle sedute dell'8 e 11 gennaio 1947, così recitava: «i magistrati non possono essere iscritti a partiti politici [...]»⁵⁶.

7. La decisione dell'Assemblea costituente di rinviare la decisione.

Alla conclusione del dibattito parve dunque non emergere una posizione netta. Da una parte, come detto, v'era chi sosteneva il divieto per assicurare l'indipendenza e l'imparzialità dell'ordine giudiziario, mentre, dall'altra, v'era chi sosteneva l'inutilità di un divieto del genere perché in positivo avrebbe leso la libertà di pensiero dei giudici e in negativo non avrebbe assicurata una effettiva indipendenza della magistratura.

Il 5 dicembre 1947, per dirimere la questione, il deputato Clerici presentò un emendamento che tentava una mediazione, ponendo il tema in Costituzione senza però definire una soluzione: l'emendamento rendeva facoltativa, per il legislatore ordinario, l'introduzione non più un divieto espresso, bensì di limitazioni all'iscrizione ai partiti politici per i magistrati (e altre categorie: militari in servizio attivo, funzionari e agenti di polizia, rappresentanti consolari e diplomatici all'estero)⁵⁷. A ben vedere le limitazioni sarebbero potute essere anche totali e quindi tradursi in un divieto, però l'emendamento proponeva di lasciare decidere il legislatore ordinario non soltanto sull'introduzione

⁵⁶ Merita di essere ricordata la posizione del deputato Mastino che, nella seduta del 6 novembre 1947, reputava non coerente il divieto di iscrizione ai partiti con le regole sull'elezione del Consiglio superiore della magistratura, che riservavano al parlamento in seduta comune l'elezione di una quota dei suoi componenti: «Io domando se non sia contraddittorio e se non sia profondamente ingiusto pretendere dai magistrati di rinunciare ad una parte della propria personalità, col divieto di iscrizione nei partiti politici e, allo stesso tempo, invece disporre che nel Consiglio superiore della Magistratura rientri quella politica dalla quale vorremmo che il magistrato fosse escluso. Dobbiamo, senza diffidenza, riconoscere alla Magistratura l'autogoverno», P. Mastino (Autonomista), Assemblea costituente, 6 novembre 1947, 1808. Sulla stessa linea si pose l'intervento del deputato Castiglia il quale, nella seduta del 13 novembre 1947, propose che le regole di composizione del Consiglio superiore della magistratura e della Corte costituzionale riflettessero la natura tecnico-giuridica di detti organi, intervento di P. Castiglia (Fronte liberale democratico dell'uomo qualunque), Assemblea costituente, Atti, 13 novembre 1947, 2038.

⁵⁷ Intervento di E. Clerici, cit., seduta del 5 dicembre 1947, 2861.

di tali limitazioni, ma anche sull'ampiezza delle limitazioni stesse.

Di fronte all'emendamento il deputato Targetti riportava l'attenzione sul tema assorbito dal divieto di iscrizione, ossia sul tema dell'eleggibilità: «In questa sua proposta non si parla dell'eleggibilità. Vorrei sapere se nel suo concetto vi è anche quello dell'ineleggibilità del magistrato, perché altrimenti vedrei ancora meno ragionata questa sua proposta [...]. Se da una parte si ammette che il magistrato possa diventare deputato o senatore, è strano che dall'altra una legge gli possa vietare l'unica strada che può battere per essere portato candidato»⁵⁸. Il deputato Clerici prese la parola per spiegare però che: «nessun divieto di eleggibilità è posto a qualsiasi ufficio o carica pubblica da parte dei giudici». E chiariva la *ratio* dell'introduzione di una facoltà per il legislatore di intervenire in materia «Che cosa sarà stabilito se voteremo l'emendamento da me proposto? Questo principio: che contro il principio generale che nessun limite alla libertà di iscrizione a qualsiasi partito può essere posto al cittadino, e neanche al funzionario dello Stato, invece un limite alla libera iscrizione ai partiti, per questi particolari funzionari che sono investiti dallo *jus imperii*, questa limitazione è possibile nell'ambito e nelle forme che il legislatore futuro crederà del caso, adattandole alle condizioni ambientali e storiche [...] Noi per ora affermiamo il principio; e ritengo sia necessario affermarlo, perché se dicessimo nulla in proposito e ferma restando la norma generale della libertà del cittadino, per cui ciascuno può iscriversi a qualsiasi partito, domani potrebbe ritenersi illegittima ed anticonstituzionale qualsiasi legge che stabilisse questo divieto per i carabinieri e le guardie di questura»⁵⁹.

Dunque, la disposizione era votata nel senso auspicato da Clerici e Targetti e trovava definitiva collocazione nel terzo comma dell'art. 98 Cost.: «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».

⁵⁸ Intervento di F. Targetti, cit., seduta del 5 dicembre 1947, 2858.

⁵⁹ Intervento di E. Clerici, cit., 2858.

8. La scelta del legislatore ordinario, quasi sessant'anni dopo: la via disciplinare e l'intervento della Corte costituzionale.

Il legame tra iscrizione ai partiti politici ed eleggibilità – e dunque il rischio che attraverso il divieto s'impedisce ai magistrati un effettivo esercizio del loro diritto all'elettorato passivo – fu affrontato e ampiamente discusso in Assemblea costituente, ma, come si è visto, fu risolto nel senso di lasciare la decisione al legislatore. Tale rinvio, da un lato, pare presupporre che sia stata risolta positivamente la valutazione sull'assenza di un contrasto a livello costituzionale tra limiti all'iscrizione (financo totali) ed eleggibilità, da altro lato pare indicare che vi fosse una questione di opportunità politica che non poteva che essere rimessa al legislatore ordinario. Nella prospettiva delineata la decisione su eventuali limiti all'iscrizione fu (e dev'essere) considerata separata dal tema dell'eleggibilità, perché non pregiudica l'elettorato passivo, altrimenti la Costituzione non avrebbe consentito le limitazioni all'iscrizione.

I magistrati, dunque, alla stregua dell'altra disposizione costituzionale per cui «tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza», inserita nell'art. 51 Cost., sarebbero stati eleggibili al parlamento repubblicano, alle condizioni stabilite dalle leggi elettorali.

Rimaneva aperta la questione sui limiti all'iscrizione ai partiti politici: per quasi sessant'anni i magistrati non sarebbero stati esclusi dalla vita di partito, stante il silenzio del legislatore⁶⁰.

⁶⁰ Parte della dottrina osservava che l'attesa del legislatore era pienamente coerente col dettato costituzionale. In tal senso, il costituente avrebbe affidato alla «sperimentazione storica» la scelta se introdurre il divieto. Ciò in base alla lettura del dibattito in Assemblea costituente e in particolare dell'intervento del deputato Clerici il quale, nel proporre che fosse lasciata al legislatore la scelta sull'introduzione di limiti all'iscrizione, subordinava la previsione del divieto a quelle che sarebbero state le (future) condizioni «ambientali e storiche», cfr. A. Saitta, *Art. 98*, cit., 1921 e S. Beltrami, *Come (ri)cambia l'illecito disciplinare*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 41, 92. Altra parte della dottrina, leggeva nella disposizione costituzionale un invito al legislatore a introdurre un divieto senza subordinare tale introduzione all'avveramento di alcuna condizione, e al contempo rilevava l'incoerenza del legislatore costituente che sancendo l'indipendenza del magistrato avrebbe dovuto garantirla, attraverso la sottrazione al gioco politico, cfr. M. Annunziata, *Problemi di ordinamento giudiziario: divieto per i giudici di attività politica e di sciopero*, in *Temi nap.*, 1968, 453; E. Spagna Musso, *Giudice*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 947. In ogni caso, il legislatore tentò di in-

Con la legge delega del 2005⁶¹ il legislatore scelse di ricondurre all'ambito disciplinare la fattispecie della militanza nel partito politico, prevedendo appunto tra le ipotesi di illeciti disciplinari commessi fuori dall'esercizio delle funzioni: «l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque appannare l'immagine del giudice»⁶². La norma fu inserita all'art. 3 lettera

serire il divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati già agli inizi degli anni Novanta, si veda a tal proposito l'art. 1 del decreto legge 3 maggio 1991 n. 141, *Divieto di iscrizione ai partiti politici per gli appartenenti alle categorie indicate nell'articolo 98, terzo comma, della Costituzione*, i cui effetti, però, si esaurirono in breve tempo, non essendo avvenuta la conversione in legge nel termine di sessanta giorni stabilito dall'art. 77 Cost. e avendo il governo rinunciato alla reiterazione, cfr. 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., vedi in particolare nota 6 dove l'Autore, nel commentare il decreto legge n. 141 del 1991, ricorda che: «L'indicazione nel preambolo che il decreto è emanato in attuazione dell'art. 98, terzo comma, della Costituzione sarebbe indicativo di un fenomeno per il quale alla lettura emergente dai lavori preparatori della Costituzione si è sovrapposto, negli anni, un diverso "senso comune", che tende a concepire la introduzione delle limitazioni (e addirittura del divieto) come attuazione della norma costituzionale». Più di recente vedi, altresì, 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; Id., *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, in *Rass. parl.*, 2013, fasc. 2, 319-348.

⁶¹ Con la legge n. 150 del 2005, all'art. 1 lettera f), il parlamento delegava il governo ad adottare, entro un anno dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi volti a individuare le fattispecie tipiche di illecito disciplinare, le relative sanzioni e la procedura per la loro applicazione, nonché a modificare la disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento d'ufficio. Con ciò volendo superare la generalità della norma di cui all'art. 18 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1941, così come riformato nel 1946, secondo cui: «Il giudice che manchi ai suoi doveri o tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario, è soggetto a sanzioni disciplinari secondo le disposizioni degli articoli seguenti». Norma che, non elencando puntualmente le fattispecie rilevanti, lasciava ampio spazio alla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura di individuare, di volta in volta, i comportamenti da punire, prestando il fianco, per tale generalità, alle critiche di autorevole dottrina mosse verso un sistema in cui, in effetti, il Consiglio superiore svolgeva il duplice ruolo di giudice e di legislatore del caso concreto. Sulle critiche all'art. 18 dell'ordinamento giudiziario del 1941 vedi, fra i molti, G. Zagrebelsky, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 439 ss.

⁶² In particolare vedi l'art. 2, comma 6 lettera d), n. 8. Per tale via era risolto il

h) del d. lgs. 109 del 2006, dando così attuazione a quanto disposto dalla VII disposizione transitoria e finale della Costituzione⁶³, e fu in seguito modificata dalla legge 269 del 2006, che si preoccupò di precisare che la partecipazione alla vita di partito, al fine di essere disciplinarmente rilevante, dovesse essere «sistematica e continuativa»⁶⁴.

quesito, sorto in dottrina, circa la legittimità costituzionale delle ipotesi di responsabilità disciplinare di comportamenti che si estrinsecano nell'esercizio di diritti e libertà previsti dalla Costituzione. Secondo un primo orientamento dottrinale, il fondamento del limite all'esercizio di una libertà costituzionale deve individuarsi nell'inquadramento del rapporto d'impiego, cfr. in senso critico F. Merusi, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1977, 164; oppure nell'accettazione di una compressione delle proprie libertà costituzionali, per il soggetto che entra a far parte dell'organizzazione statale, in tal senso cfr. G. Mor, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, 96 ss. Critica entrambe le tesi («poiché autorizzerebbero una limitazione discrezionale e generalizzata dei diritti di libertà degli impiegati pubblici») F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, cit., 300. Secondo l'Autrice i limiti alle libertà costituzionali si devono basare sulla disamina della *ratio* sottesa a tali limiti, ravvisabile nella tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità che caratterizzano certe funzioni, tra queste quelle giudiziarie. Prospettiva che riprende, sul versante dei limiti alle libertà di opinione dei pubblici funzionari, le riflessioni di A. Pizzorusso, *Appunti per lo studio della libertà di opinione dei funzionari: ambito soggettivo del problema*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1631-1634.

⁶³ Secondo la VII Disposizione transitoria della Costituzione: «fino alla riforma dell'ordinamento giudiziario, rimane in vigore quello del 1941». Per la dottrina l'espressione «fino alla riforma» rappresentava un'indicazione vincolante per il legislatore, di provvedere tempestivamente ad adeguare l'ordinamento giudiziario alle norme costituzionali, cfr. M. Vietti, *L'ordinamento giudiziario*, Torino, 2003, 1 ss. In generale, sul commento della VII Disposizione transitoria della Costituzione si vedano: P. Costanzo, *VII disposizione transitoria e finale*, in G. Branca (a cura di), A. Pizzorusso (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1995, 143 ss.; A. Valastro, *Disp. VII*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), op. cit., 2676-2773. Su *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005-2006* si vedano gli interventi pubblicati in *Foro it.*, V, 2006, 1 ss. di: A. Pizzorusso, *Considerazioni generali*; M. Luciani, *Il rinvio presidenziale*; F. Sgubbi, *Alcuni riflessi della riforma sulla pratica penale*; T. Giovannetti, *L'accesso alla magistratura*; A. Iacoboni, *La carriera e la formazione*; R. Fuzio, *Gli incarichi direttivi*; B. Gambineri, *La separazione delle carriere e la separazione delle funzioni*; G. Scarselli, *La riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*; G. Costantino, *Il Consiglio superiore della magistratura*; G. Verde, *Il ministro della giustizia*; F. Cipriani, G. Impagnatiello, *La Corte di cassazione*; B. Giangiacomo, *I consigli giudiziari ed il consiglio direttivo della Cassazione*; F. Dal Canto, *La responsabilità disciplinare: aspetti sostanziali*; S. Panizza, *La responsabilità disciplinare: aspetti processuali*; R. Romboli, *La nuova disciplina ed il ruolo del giudice oggi*.

⁶⁴ Sulla disamina della fattispecie disciplinare della «partecipazione» ai partiti

Il nodo su cui sin dal dibattito in Assemblea costituente si contrapposero le diverse opinioni sui diritti politici dei magistrati, e che aveva trovato una risposta nella legislazione del 2006, fu sciolto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 224 del 2009. La Corte confermò che vietare ai magistrati la militanza in un partito non avrebbe ostacolato il godimento del diritto (costituzionale) all'elettorato passivo.

La questione sollevata dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, con ordinanza dell'11 novembre 2008, prese avvio dall'esercizio dell'azione disciplinare da parte del Procuratore generale presso la Corte di cassazione nei confronti di un magistrato imputato di aver violato la normativa disciplinare, poiché aveva assunto la carica di presidente nella federazione provinciale di un partito politico⁶⁵.

La prima censura si fondava sulla presunta violazione degli articoli 18, 49 e 98 Cost., giacché la Costituzione avrebbe consentito al legislatore di porre solamente delle «limitazioni» e non un «divieto formale assoluto» all'iscrizione ai partiti politici. In tale ottica, il divieto fissato dal decreto, rafforzato da una sanzione per la sua violazione, sarebbe andato oltre la (mera) limitazione: «ovvero di una regolamentazione che contemperì il diritto politico del singolo con l'esigenza di imparzialità, anche percepita, del giudice; e irragionevolmente assimilerebbe nel medesimo giudizio di disvalore l'appartenenza a partiti politici ed a centri di affari o di potere affaristico»⁶⁶.

politici, la dottrina ha avuto modo di spiegare che la *ratio* della norma non è quella di perseguire il "mito" del magistrato apolitico, bensì quella di impedire che il magistrato sia sottoposto a condizionamenti derivanti dal legame che contrae con un partito al momento dell'iscrizione. Da tale legame derivano vincoli molto stretti, talvolta di dipendenza gerarchica, incompatibili con l'indipendenza che deve presiedere l'esercizio della funzione giudiziaria. Dunque, se dev'essere tutelata l'indipendenza del magistrato (e non solo la sua immagine esterna), si deve ritenere legittima l'estensione del divieto d'iscrizione alla semplice partecipazione alla vita di partito, si vedano in tal senso: L. Coen, *Art. 98*, cit., 899; G. Borrè, *Commento al 3° comma dell'art. 98*, op. cit., 444, in particolare nota 7.

⁶⁵ F. Felicetti, M. R. San Giorgio, *Iscrizione o partecipazione di un giudice ad un partito politico*, in *Corr. giur.*, 2009, 10, 1420 ss.

⁶⁶ La dottrina ha avuto modo di osservare che il divieto di iscrizione non è graduabile (o il magistrato s'iscrive a un partito politico o non s'iscrive), e che dunque la previsione di un divieto è conforme all'art. 98, comma 3, Cost., per quanto la norma costituzionale faccia riferimento soltanto a «limitazioni». Con la legge 269 del 1996 il quadro normativo fu reso più coerente col dettato costituzionale, dal momento in cui si collegò il divieto non soltanto al dato for-

La seconda censura riguardava la presunta violazione del principio costituzionale della non discriminazione dei diritti politici, espressione dell'art. 2 Cost., nella parte in cui sancisce che ogni individuo ha diritto di associarsi liberamente; inoltre, era ravvista una contraddizione con l'art. 8 della legge elettorale del 1957 che legittima, disciplinandola attraverso l'istituto preventivo del collocamento fuori ruolo, la partecipazione del magistrato alle elezioni.

In altre parole, secondo la Sezione disciplinare la mancata iscrizione a un partito politico avrebbe, nei fatti, impedito al magistrato d'essere eletto al parlamento: ancora una volta tra iscrizione ed elezione era dunque ravvisato un legame indissolubile⁶⁷.

La Corte costituzionale con sentenza n. 224 del 2009 dichiarò le questioni proposte non fondate⁶⁸. Pur non mettendo in dubbio che al magistrato spettino gli stessi diritti di libertà garantiti a ogni altro cittadino e che quindi possa non soltanto condividere un'idea politica ma anche esprimerla, rilevò che le funzioni esercitate e la qualifica rivestita avrebbero dovuto imporre cautela. Imparzialità e indipendenza, sostenne la Corte, vanno considerate non soltanto nello specifico e concreto svolgimento delle funzioni giurisdizionali, ma anche come regola deontologica di comportamento da osservarsi anche fuori l'esercizio delle proprie funzioni. Avendo dunque la norma impugnata dato attuazione al dettato costituzionale che, se non impone, in ogni caso consente di introdurre le limitazioni suddette, non fu ravvisata alcuna violazione dei parametri costituzionali invocati, sia per il divieto formale d'iscrizione ai partiti politici, che per il divieto

male dell'iscrizione, ma anche al dato sostanziale della partecipazione sistematica e continuativa alla vita di partito, cfr. F. Biondi, *Considerazioni di ordine costituzionale sui limiti, per i giudici, alla partecipazione alla vita politica (a margine di una questione di costituzionalità)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2009.

⁶⁷ Le stesse osservazioni, si noti, che furono avanzate in Assemblea costituente dai contrari all'introduzione del divieto, la cui mancata risoluzione comportò l'elaborazione di una norma "compromesso", inserita nell'art. 98, comma 3, Cost.

⁶⁸ 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)*.

sostanziale di partecipazione organica, sistematica e continuativa.

In particolare, per arrivare al tema dell'eleggibilità dei magistrati, la Corte costituzionale concluse che: «Né vi è contraddizione con il diritto di elettorato passivo spettante ai magistrati, e ciò sia per la diversità delle situazioni poste a raffronto (un conto è l'iscrizione o comunque la partecipazione sistematica e continuativa alla vita di un partito politico, altro è l'accesso alle cariche elettive) sia perché quel diritto non è senza limitazioni»⁶⁹.

Con la pronuncia in commento, dunque, la Corte parve guardare con sfavore all'impegno dei magistrati presso i partiti politici. Scelta criticata da parte della dottrina, secondo cui la circostanza che il credo politico del magistrato sia conoscibile all'esterno: «non aggiunge e non toglie nulla alla sua attività, che deve essere valutata esclusivamente sulla base delle ragioni e delle motivazioni che egli pone di volta in volta a fondamento dei propri provvedimenti; anzi, essa rappresenta forse una garanzia ulteriore per i cittadini essendo la pubblicità da sempre fattore di trasparenza e democrazia»⁷⁰.

⁶⁹ Più in generale, secondo la Corte costituzionale (punto 2 delle considerazioni in diritto): «non è ravvisabile alcuna violazione dei parametri costituzionali invocati dal giudice rimettente, perché, nel disegno costituzionale, l'estraneità del giudice alla politica dei partiti e dei suoi metodi è un valore di particolare rilievo, [che] mira a salvaguardare l'indipendente e imparziale esercizio delle funzioni giudiziarie, dovendo il cittadino essere rassicurato sul fatto che l'attività del giudice, sia esso giudice o pubblico ministero, non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica».

⁷⁰ E. Tira, *Libertà di associazione e indipendenza/imparzialità del giudice: un bilanciamento tra valori costituzionali*, in *Forum Quad. cost.*, 2010. Secondo l'Autrice le riflessioni derivanti dal diritto del magistrato a esprimere opinioni politiche «rientrano nel piano della "opportunità", piuttosto che in quello della legittimità: non si può dubitare che il giudice abbia il diritto di esprimersi su qualsiasi argomento, anche politico; ci si può però chiedere se, avuto riguardo alla delicatissima funzione di garanzia che egli svolge, sia sempre opportuno che lo faccia».

SEZIONE II

Il magistrato parlamentare nel quadro costituzionale repubblicano

1. Il diritto elettorale passivo del magistrato quale diritto fondamentale.

Nella legislazione di epoca repubblicana l'eleggibilità dei magistrati non sarà mai negata, bensì sottoposta a condizioni, in virtù di un quadro costituzionale radicalmente mutato rispetto a quello statutario, tanto in considerazione della posizione della magistratura in Costituzione, quanto riguardo al diritto all'elettorato passivo.

Sotto quest'ultimo profilo, con la Costituzione repubblicana si assiste alla consacrazione dell'universalità del suffragio e, per tale via, alla riconduzione del diritto di voto ai diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti e garantiti dalla Repubblica, ai sensi dell'art. 2 Cost.⁷¹. In tal senso, l'art. 51 Cost., nella parte in cui dispone che: «Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza», nell'opinione condivisa della dottrina, non può che ritenersi applicabile anche ai cittadini magistrati «secondo i requisiti stabiliti dalla legge»⁷².

Una regola, quella delle eleggibilità del magistrato, anticipata dalla legge elettorale per l'elezione dei componenti dell'Assemblea costituente, secondo la formula dell'ineleggibilità relativa, introdotta per la prima volta con la legge sulle incompatibilità del 1877: i magistrati sarebbero stati eleggibili purché in una circoscrizione diversa da quella in cui avevano esercitato le proprie funzioni, con esclusione dei magistrati addetti alle giurisdizioni superiori, i quali sarebbero stati eleggibili su tutto

⁷¹ Corte cost., 17 luglio 2007, n. 288, in *Giur. cost.*, 2007, 2847 con osservazioni di F. Bertolini, *Legislazione elettorale siciliana fra (mancata) verifica della peculiarità della situazione*; Corte cost., 3 marzo 1988, n. 235, in *Giur. cost.*, 1988, 1016.

⁷² F. Rigano, *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, cit., 13-14; G. Moschella, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano, 2009, 108, vedi in particolare nota 67; D. Cavallini, B. Giangiacomo, *Magistrati onorari e responsabilità disciplinare. Giudici di pace, giudici onorari di tribunale, vice procuratori onorari*, Milano, 2009, 45; U. Pototschnig, *Art. 51 Cost. (sub. art. 97 Cost.)* in G. Branca, op. cit., 1994, 361-411; G. Volpe, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in A. Pizzorusso (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, 430.

il territorio nazionale⁷³. Così come l'art. 40 dello Statuto rinvia alla legge l'individuazione dei requisiti di eleggibilità alla Camera dei deputati, al pari dispone l'art. 51, comma 1. Con una (notevole) differenza: la norma d'epoca repubblicana sancisce il netto superamento della concezione elitaria, di stampo liberale, della camera rappresentativa, attraverso l'individuazione di una sorta di contro-limite ai requisiti individuabili dalla legge, consistente nell'accoglimento del suffragio universale quale principio cardine repubblicano, riflesso stesso dell'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost., e non più soltanto formale. Nel passaggio dallo Stato liberale a quello di democrazia pluralistica, il suffragio universale era non soltanto un principio solenne che andava garantito, ma un elemento costitutivo della forma repubblicana. In tal senso, alla garanzia della legge è affidato, in via esclusiva, il compito di stabilire i casi di ineleggibilità e di incompatibilità, in virtù del rinvio di cui all'art. 65 Cost., comma 1⁷⁴. Con lo Statuto albertino, invece, il parlamento è censitario ed elitario: il diritto di nomina o di elezione derivava dalla capacità economica del suddito o, in alternativa, dal particolare ufficio ricoperto (e, solamente in via residuale, per il Senato regio, dai rapporti di parentela con la famiglia reale).

⁷³ Cfr. art. 9, comma 1, lettera d) d. lgs. lgt. n. 74 del 1946. L'ipotesi di ineleggibilità relativa non si applicava ai magistrati delle giurisdizioni superiori in quanto avendo giurisdizione su tutto il territorio nazionale, sarebbero stati resi, surrettiziamente, ineleggibili.

⁷⁴ Il rinvio alla legge operato dall'art. 65 Cost., comma 1 («La legge determina i casi di ineleggibilità e di incompatibilità con l'ufficio di deputato o di senatore») è da intendersi in via esclusiva alla legge statale, non potendo la legge regionale introdurre nell'ordinamento ipotesi di incompatibilità o ineleggibilità: «la riserva è da riferirsi alla legge statale tutte le volte in cui il riconoscimento di una potestà legislativa alla Regione, consentendo un regime differenziato per situazioni eguali, metterebbe in pericolo l'eguaglianza di tutti i cittadini [...] perché ammettere una potestà regionale in materia significa – come la disposizione in esame dimostra – compromettere quel fondamentale principio di eguaglianza che l'art. 51 della Costituzione vuol salvaguardare e consentire la violazione dell'unità dello Stato che specialmente in tema di diritti politici è esigenza fondamentale dello stesso regime democratico», cfr. Corte cost., 11 giugno 1966, n. 60, in *Giur. cost.*, 1966, 915; Corte cost., 15 aprile 1987, n. 127, in *Giur. cost.*, 1987, 890. In dottrina vedi per tutti M. Midiri, *Art. 65*, in G. Branca, op. cit., 1986, 63 ss.; più di recente G. Spangher, *Funzione giurisdizionale e attività parlamentare alla ricerca di possibili contemperamenti*, in *Giur. cost.*, 2001, 2002 ss.; G. Rivosecchi, *Art. 65*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), op. cit., 1253.

Quanto alla funzione giurisdizionale, la Costituzione italiana, a differenza di quanto disponeva lo Statuto albertino, si fa garante di una posizione “rinnovata” della magistratura. Lo Statuto albertino era flessibile, ambiguo (basti ricordare ancora una volta la norma in “bianco”, di cui all’art. 69, in tema di inamovibilità) e carente di guarentigie (tant’è che le norme sull’ordinamento giudiziario, nel loro evolversi, si prestarono alla volontà del potere esecutivo di assoggettare la magistratura al Re prima, e al governo poi). Al contrario, la Costituzione repubblicana è rigida e ricca nelle guarentigie.

Dunque, in epoca repubblicana il tema dell’eleggibilità dei magistrati al parlamento va approfondito sotto il profilo dei limiti apponibili alla capacità elettorale passiva: nel solco di quanto indicato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui le condizioni speciali limitative della capacità elettorale passiva sono ammissibili solamente in presenza di una situazione peculiare, il cui parametro di raffronto sono le regole generalmente poste nei confronti di ogni cittadino. La peculiarità della situazione giustifica l’apposizione di regole speciali se v’è da proteggere un interesse generale, che abbia rilevanza quale bene costituzionale⁷⁵. In ogni caso il limite deve essere modulato in misura adeguata, proporzionata alle esigenze di tutela, e ragionevole, congrua rispetto al sacrificio richiesto all’elettorato passivo⁷⁶.

Inoltre, le cause di ineleggibilità soggiacciono a una stretta interpretazione e devono essere contenute entro i limiti rigorosamente necessari al soddisfacimento delle esigenze di pubblico interesse, ricollegantisi alla funzione elettorale, cui sono di volta in volta preordinate⁷⁷.

Sicché, ai fini dell’indagine v’è da domandarsi se la funzione giurisdizionale cui sono connessi poteri incidenti sulla libertà

⁷⁵ Cass. civ., Sez. I, 29 novembre 2000, n. 15285, in *Giust. civ.*, 2001, I, 967.

⁷⁶ Corte cost., 13 febbraio 2008, n. 25, in *Giur. cost.*, 2008, 263 con osservazioni di D. Paris, *L’ineleggibilità al Consiglio regionale dei docenti e del Rettore della Valle d’Aosta*, G. Perniciaro, *Ineleggibilità e incompatibilità in Valle d’Aosta: limiti alla potestà «piena» e restrizioni dell’elettorato passivo per docenti e professori*; sul punto vedi ancora Corte cost. n. 288 del 2007.

⁷⁷ Corte cost., 3 ottobre 2003, n. 306, in *Giur. cost.*, 2003, 2830 con nota redazionale di A. Masaracchia; Corte cost., 15 maggio 2001, n. 132, in *Giur. cost.*, 2001, 1019; Corte cost., 6 maggio 1996, n. 141, in *Giur. cost.*, 1996, 1345 e più di recente si richiama ancora una volta Corte cost. n. 25 del 2008.

fisica ed economica della persona, sia una funzione per cui, ai fini dell'attribuzione dell'elettorato passivo a chi la esercita, occorra un bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco.

Le soluzioni sul tavolo dell'interprete sono varie ma non tutte convincenti. Infatti, il bilanciamento di cui si è detto potrebbe, in astratto, non rendersi necessario, qualora non vi fossero beni costituzionali da proteggere, dunque confliggenti con l'elettorato passivo e, ancor prima, qualora l'ufficio di magistrato non fosse configurabile quale situazione peculiare. Viceversa, se fosse riscontrata una situazione peculiare e la presenza di beni costituzionali concorrenti, si renderebbe necessaria la richiesta di un irrigidimento, adeguato e ragionevole, della capacità elettorale passiva dei magistrati.

Da ultimo v'è da domandarsi se la presenza di beni costituzionali potenzialmente confliggenti col diritto d'essere eletti dei magistrati possa, addirittura, giustificare la negazione dell'elettorato passivo e se questa negazione possa considerarsi "sopportabile" alla luce dei principi repubblicani.

2. Lo statuto del magistrato nell'ordinamento costituzionale.

Per comprendere se un magistrato, per la funzione che esercita, versi in una situazione peculiare ed, eventualmente, se e quali siano i beni costituzionali potenzialmente confliggenti col riconoscimento dell'elettorato passivo (dunque per rispondere ai quesiti poc'anzi posti), occorre brevemente ampliare il campo d'indagine alla posizione del magistrato, e della magistratura, nella Costituzione repubblicana.

Si è detto che in epoca albertina il magistrato non era indipendente dal potere esecutivo, anzi da esso dipendeva per la progressione in carriera, e non v'era pressoché alcuna garanzia sul versante dell'inamovibilità: dunque, la divisione dei poteri – principio ispiratore del costituzionalismo liberale ottocentesco – non trovava piena affermazione, almeno in riferimento alla posizione della magistratura nell'ordinamento statutario e al suo rapporto col potere esecutivo⁷⁸. Tali conclusioni hanno conferma negli articoli dal 68 al 73 dello Statuto albertino, riuniti sotto

⁷⁸ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 533 e ss.

il titolo *Dell'ordine giudiziario*, dove non v'era alcuna norma di garanzia sull'indipendenza, imparzialità e terzietà⁷⁹.

Nella fase di unificazione politica italiana, che non poteva prescindere dall'unificazione giuridica, l'attività giudiziaria era percepita come strumento utile per compiere l'Unità d'Italia, perché spettava ai tribunali applicare la normativa dello Stato sabauda ed estendere per tale via lo Statuto albertino ai territori annessi. In tale ottica, i magistrati dovevano essere sorvegliati nei gradi più bassi, per tramite di un controllo gerarchico, e resi fedeli in quelli più alti. La fedeltà andava "stimolata" anche mediante l'attribuzione della funzione premiale dei diritti politici: in particolare di nomina ed elezione al parlamento. Il regime fascista, poi, in virtù della concezione "unitaria" dello Stato, rese ancor più severo il controllo e richiese persino che i magistrati – come tutti i pubblici impiegati – fossero obbligatoriamente iscritti al partito, che nel frattempo era diventato vero e proprio organo dello Stato, mediante la costituzionalizzazione del Gran consiglio del fascismo. L'Associazione generale dei magistrati italiani, senza dubbio baluardo per le istanze di indipendenza, fu fatta "morire" dai suoi soci proprio per sfuggire al tentativo di controllo del partito fascista.

Sebbene si possa affermare che in epoca liberale le riflessioni sulla separazione tra magistratura e governo non abbiano prodotto effetti rilevanti, dalla disamina del dibattito in Assemblea costituente si può concludere che proprio tali riflessioni costituiscono la base di partenza per sancire in Costituzione una cesura netta col regime passato.

Nel dibattito costituente, infatti, emerse con nitidezza la necessità di consacrare a livello costituzionale le garanzie per una magistratura indipendente⁸⁰. Si rese palese quanto il tema del-

⁷⁹ La concessione dello Statuto albertino non riuscì a compiere quella transizione da una magistratura dell'*Ancien Régime* «caratterizzata da ampia discrezionalità e forte contiguità con la monarchia» a una magistratura dei codici e delle costituzioni «dotata di alcune guarentigie necessarie a tutelare il rispetto della legge e, attraverso di essa, della volontà parlamentare». Le esigue guarentigie previste, l'esempio più significativo è riferito all'art. 69 Statuto albertino, furono "svuotate" dalle leggi sull'ordinamento giudiziario, ispirate dalla volontà di "sorvegliare" la magistratura, cfr. F. Venturini, *La magistratura sabauda di fronte allo statuto albertino: equilibrio tra i poteri o primato della politica*, in *Le Carte e la Storia*, 1, 2012, 9-22, e si rinvia alla lettura della sezione I capitolo primo.

⁸⁰ Per i richiami al dibattito in Assemblea costituente su una magistratura in-

l'indipendenza della magistratura fosse crocevia stesso del principio di separazione dei poteri. Due temi, si disse, – quello della separazione dei poteri e dell'indipendenza della magistratura – non solamente fondamentali nella descrizione dell'assetto istituzionale, ma anche ineludibilmente connessi «da una sorta di legame ideologico, di consequenzialità necessaria»⁸¹.

Nel quadro costituzionale la magistratura, sebbene qualificata ordine⁸², è riconosciuta separata e indipendente da ogni altro potere (art. 104 Cost.); i componenti – terzi ed imparziali – sono subordinati solamente alla legge (art. 101 Cost.)⁸³. Per la magistratura ordinaria, onde garantirne l'indipendenza, è poi previsto un apposito organo di autogoverno, il Consiglio superiore della magistratura, che vede mutate le competenze rispetto alle attribuzioni di epoca albertina ed elevata la posizione a organo di rilevanza costituzionale. Per garantire una piena indipendenza è poi sancita l'inamovibilità, d'ufficio e di sede: il trasferimento del magistrato è limitato solamente al consenso del-

dipendente si vedano ancora: F. Rigano, *Costituzione e potere giudiziario*, cit., 43-44; S. Bartole, *Il potere giudiziario*, in G. Amato e A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1986, 627.

⁸¹ L. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., 153 ss.

⁸² Sul tema per tutti si vedano: S. Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964; Id., *CSM: due modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 1989, 427 ss.; S. Panizza, *Art. 104 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), op. cit., 2007 ss.: «L'individuazione di per sé in apparenza riduttiva, della magistratura ordinaria quale «ordine» – scelta in cui non era probabilmente estraneo il dato della tradizione e lo stesso precedente dello Statuto albertino (che proprio all'ordine giudiziario intitolava la sezione) – trovava un importante correttivo nell'uso dell'aggettivo *altro* riferito agli ulteriori «poteri» dello Stato, rispetto ai quali se ne predicava l'autonomia e l'indipendenza».

⁸³ Sulla magistratura, alla luce delle regole repubblicane, fra i tanti si vedano: S. Lener, *L'indipendenza della magistratura nella nuova Costituzione italiana*, in *La civiltà cattolica*, Roma, 1947; D. Simeone, *La magistratura nella nuova Costituzione italiana*, Roma, 1951; E. Eula, *Magistratura e Costituzione*, in *Riv. pen.*, Roma, 1956; G. Azzariti, *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della Magistratura*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958; V. Denti, *Artt. 111-113*, in G. Branca (a cura di), op. cit., 1987, 1 ss.; M. Capurso, *Magistratura e Costituzione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1979; A. Pizzorusso, *Art. 108*, in G. Branca (a cura di), op. cit., 1992, 1 ss.; V. Zagrebelsky, *Art. 109*, in G. Branca (a cura di), op. cit., 1992, 32; Id., *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in *Legge diritto e giustizia*, Torino, 1998; V. Carbone, *Art. 110*, in G. Branca (a cura di), op. cit., 1992, 70 ss.; F. Bonifacio, G. Giacobbe, *Art. 104-107*, in G. Branca (a cura di), op. cit., 1986, 1 ss.; L. Chieffi, *La magistratura: origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, 1998.

l'interessato o all'esito di un procedimento disciplinare, salve ipotesi eccezionali previste dalla legge a bilanciamento di altri beni costituzionali (art. 107, comma 1, Cost.)⁸⁴.

Altresì, in deciso superamento della concezione del pubblico ministero quale organo alle dirette dipendenze del potere esecutivo, in Costituzione si precisa che l'indipendenza della magistratura non è da riferirsi solamente a quella giudicante ma anche a quella requirente, seppur rimessa alle norme dell'ordinamento giudiziario: in senso confermativo della piena indipendenza del pubblico ministero, è prevista l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 107, ultimo comma, 112 Cost.).

Dell'attenzione che si ebbe in Assemblea costituente al tema del rapporto fra il magistrato e i soggetti politici si è già detto ampiamente in precedenza: dal dibattito sull'introduzione di limiti all'iscrizione dei magistrati ai partiti politici scaturisce il terzo comma dell'art. 98 Cost. che, da una parte, colloca la regola in Costituzione e, dall'altra, rinvia la decisione al legislatore ordinario.

Già dal confronto in Assemblea costituente emerse il possibile contrasto tra la militanza in un partito politico e l'esigenza di assicurare l'immagine d'imparzialità della funzione giudiziaria, al punto che la stessa "apparenza" di imparzialità, ancor prima dell'effettiva esistenza, fu letta come bene costituzionale da tutelare al fine di scongiurare l'incrinatura della fiducia del cittadino nella magistratura. Sempre in sede costituente emersero ulteriori profili critici, ancor oggi attuali quando si discute della capacità elettorale del magistrato. Ad esempio: la compatibilità del magistrato con la disciplina di partito, la candidatura in rapporto all'indipendenza, la stessa possibilità di negare l'eleggibi-

⁸⁴ Nella disciplina ordinaria, ad eccezione del trasferimento dovuto alla prima assegnazione delle funzioni al quale sono soggetti i magistrati ordinari in tirocinio, si possono ricordare le ipotesi in cui il trasferimento d'ufficio è diretto a soddisfare, d'autorità, l'interesse dell'amministrazione alla copertura di determinati posti di organico: si pensi, in particolare, agli articoli 3 ss., legge 16 ottobre 1991, n. 321, *Interventi straordinari per la funzionalità degli uffici giudiziari e per il personale dell'Amministrazione della giustizia* e successive modificazioni in tema di trasferimento d'ufficio nelle sedi vacanti non richieste, come pure all'art. 1 della legge 4 maggio 1998, n. 133, *Incentivi ai magistrati trasferiti d'ufficio a sedi disagiate e introduzione delle tabelle infradistrettuali*, relativa alla copertura delle sedi disagiate, leggi entrambe modificate dal decreto legge 16 settembre 2008, n. 143, *Interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario*.

lità, o di sottoporla a condizioni, alla luce delle regole costituzionali repubblicane, la modulazione del diritto all'elettorato passivo rispetto ad altri beni costituzionali in gioco (e dunque la misura del bilanciamento).

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione si è tornati sul tema in diverse sentenze della Corte costituzionale, che hanno vagliato il divieto di porre limiti al diritto del magistrato d'iscriversi a partiti politici⁸⁵, finanche sotto il profilo del prestigio dell'ordine giudiziario, che sin dagli anni '70 è stato ricondotto tra i beni costituzionalmente rilevanti, meritevoli di protezione⁸⁶.

Nel diritto vivente, dunque, anche l'immagine di imparzialità è un valore indispensabile, perché traduce in forma esterna immediatamente percepibile il contenuto sostanziale dell'imparzialità. Vero è che la fiducia che i cittadini ripongono si nutre anche della percezione che gli stessi hanno dell'indipendenza e dell'imparzialità dei singoli magistrati nell'amministrazione della giustizia.

Questi, dunque, i beni costituzionali potenzialmente confliggenti con il diritto all'elettorato passivo dei magistrati.

D'altro canto, deve pur essere garantita la partecipazione dei magistrati alla vita politica, che ha fonte nell'art. 51 Cost. ed è in tal senso inquadrabile come espressione del diritto fondamentale all'elettorato passivo.

Come si diceva poc'anzi, dunque, il problema si sposta sulla

⁸⁵ Cfr. ancora Corte cost. n. 224 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 2584, con osservazioni di R. Chieppa e di S. De Nardi, cit., 5121. Vedi anche Corte cost., 8 giugno 1981, n. 100, in *Giur. cost.*, 1981, 845 con osservazioni a prima lettura di P. G. Grasso, *Il principio nullum crimen sine lege e le trasgressioni disciplinari dei magistrati dell'ordine giudiziario*. In dottrina si vedano: N. Pignatelli, *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici: un "cavallo di Troia"*, in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, 342; F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, cit., 310, in particolare le note numero 237 e 238 ove l'Autrice richiama il dibattito dottrinario sulla portata dell'art. 98, comma 3, Cost; G. Moschella, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano, 2009, 106-107.

⁸⁶ Corte cost., 22 giugno 1976, n. 145, in *Giur. cost.*, 1976, 975. Con la già citata sentenza n. 100 del 1981, 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.: G. Conso, *Un valore da rimeditare: il prestigio dell'ordine giudiziario*, in *Quad. cost.*, 1981, 600 ss.; S. De Nardi, *L'ordine giudiziario e il suo prestigio nel procedimento disciplinare*, Padova, 2002.

necessità di modulare le condizioni di godimento dell'elettorato passivo, in misura adeguata e ragionevole, così da preservare i beni costituzionali che entrano in gioco, coll'obiettivo di mantenere quella fiducia che i cittadini debbono avere nei confronti di chi è titolare ed esercitate uno dei tre poteri dello Stato.

Da questa prospettiva, si deve considerare che anche il comportamento del singolo magistrato è idoneo a compromettere la considerazione che l'opinione pubblica ha della magistratura: «Gli errori marchiani, le avventatezze, il protagonismo, l'animosità di pochi nuocciono all'intera categoria, anche perché la gente non sa né vuole distinguere. La giustizia è un tutt'uno»⁸⁷. Il senso di queste (condivisibili) parole richiama il concetto stesso di "potere diffuso" e sottolinea come persino le singole condotte o gli atteggiamenti minoritari possano offuscare, se non compromettere seriamente, l'immagine di tutta la magistratura.

Con tale ottica, le condizioni (severe) alle quali il magistrato dev'essere sottoposto per l'accesso al parlamento, devono essere interpretate, in primo luogo, quali condizioni a tutela di tutta la magistratura e non, al contrario, quale "punizione" rivolta a un singolo magistrato.

3. Dalla premialità di epoca liberale alla severità di epoca repubblicana.

Il magistrato, dunque, è posto in Costituzione in una posizione del tutto peculiare rispetto a qualsiasi altro pubblico impiegato: ciò perché il potere a lui affidato incide sui diritti fondamentali e, in particolare, sulle libertà dei cittadini. Tale posizione è, quindi, fondamento stesso di una disciplina "speciale" sull'elettorato passivo.

Si può forse abbozzare una prima conclusione: a un quadro di maggiore garanzia, sia rispetto al diritto di tutti i cittadini all'elettorato passivo, sia rispetto alla posizione costituzionale del magistrato, corrisponde un irrigidimento delle condizioni che il magistrato deve osservare onde poter aspirare ad un seggio parlamentare.

Rispetto all'impostazione adottata in epoca liberale, emerge

⁸⁷ G. Conso, *Un valore da rimeditare: il prestigio dell'ordine giudiziario*, cit., 604.

quindi uno schema differente: se la disciplina che regolava l'elezione e la nomina rifletteva la natura premiale dei diritti politici dei magistrati, in virtù della loro osservanza politica, in epoca repubblicana, poste le garanzie d'indipendenza riconosciute alla magistratura, l'elettorato passivo dei magistrati sarà disciplinato con una particolare severità.

In tale quadro, l'affiancamento di nuove regole a quelle ereditate dall'epoca liberale e mantenute negli anni repubblicani offre un quadro sistematico assai diverso rispetto a quello passato.

4. L'assenza del principio di ammissione limitata e la sua legittimità costituzionale. La differenza rispetto alla normativa sugli incarichi giudiziari.

L'esercizio del (fondamentale) diritto elettorale comprende, ovviamente anche per il magistrato, il godimento degli effetti che da tale esercizio derivano: anzitutto, quello di essere eletto e dunque il diritto di poter assumere, e di conseguenza esercitare, le funzioni connesse all'ufficio di parlamentare.

V'è da chiedersi se, alla luce delle considerazioni sin qui proposte, le limitazioni numeriche all'ingresso dei magistrati in parlamento, le medesime già introdotte con la legge elettorale del 1859 per evitare che delle sedi giudiziarie potessero rimanere vacanti, sarebbero costituzionalmente legittime⁸⁸. Si ricordi che tali limitazioni furono introdotte per rispondere a un problema inerente l'efficienza nell'amministrazione della giustizia, bene ancor oggi ritenuto espressione del canone costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 Cost.

Proprio la natura di diritto fondamentale che l'elettorato passivo assume in epoca repubblicana è di ostacolo all'introduzione di un limite simile, che non può essere assimilato alla nozione di "requisito", alla quale fa riferimento la Costituzione laddove ammette solamente il condizionamento dell'elettorato passivo.

I limiti numerici (per operare) hanno quale presupposto l'elezione a norma di legge, e quindi l'elezione nel rispetto dei requisiti posti, data la situazione particolare e la necessità di pro-

⁸⁸ G. Arangio Ruiz, *Eleggibili ed eletti*, cit., 38.

teggere quei beni costituzionali che dalla loro assenza verrebbero irrimediabilmente lesi. I limiti numerici operano sul piano di un'elezione valida, per annullarla: su questo piano detti limiti sono illegittimi. Invero, laddove l'art. 51 Cost. rinvia alla legge l'individuazione di requisiti per l'esercizio del (fondamentale) diritto elettorale passivo ammette soltanto il condizionamento, escludendo invece l'annullamento *ex post* dell'eventuale frutto del suo esercizio: l'elezione. Una prima conseguenza è che il limite numerico non è sussumibile nella nozione giuridica di "requisito", siccome interviene successivamente a una elezione valida coll'obiettivo di annullarla.

Da quanto detto v'è un immediato riflesso sul tipo di sindacato che il Consiglio superiore della magistratura svolge sulla domanda di aspettativa elettorale (su cui si dirà più avanti), obbligatoria per potersi candidare a una elezione politica. Essendo l'esercizio del diritto all'elettorato (secondo i requisiti di legge) non soggetto a limiti numerici, dunque non annullabile *ex post*, non lo potrà essere neanche *ex ante* attraverso un sindacato di merito sulla domanda stessa. Il Consiglio superiore potrà svolgere sulle domande di aspettativa solamente un sindacato di tipo esterno, volto ad accertare la regolarità formale della domanda. Non potrà svolgere, invece, un tipo di sindacato intrinseco volto a vagliare, oltre alla regolarità formale della domanda, anche eventuali altri fattori: ad esempio se dalla concessione dell'aspettativa una determinata sede giudiziaria possa trovarsi senza un numero sufficiente di magistrati. I poteri del Consiglio superiore nel concedere l'aspettativa sono quindi limitati, essendo non costituzionalmente legittimo il diniego alla domanda di aspettativa per violazione del canone costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione, e segnatamente dell'amministrazione della giustizia. D'altronde, il riconoscimento dell'aspettativa è un atto collegato all'esercizio del diritto fondamentale all'elettorato passivo, esplicazione stessa dell'art. 51. Sicché: «recedono le regole del rapporto d'impiego pubblico che dovessero intersecarsi con la garanzia dell'eleggibilità»⁸⁹, a differenza di quanto accade per l'accesso agli uffici pubblici non elettivi, dove il buon andamento e l'efficienza dell'ammini-

⁸⁹ M. Midiri, *Art. 51*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), op. cit., 1026.

strazione giudiziaria potrebbero comprimere l'interesse del soggetto privato alla nomina⁹⁰.

L'assenza del principio di ammissione limitata, perciò, circoscrive l'ambito del sindacato del Consiglio superiore della magistratura nel rispondere alle richieste di aspettativa per il mandato elettorale. Il magistrato non ha alcun onere di richiedere una preventiva autorizzazione, né varrebbe argomentare da quanto previsto dall'art. 16 del regio decreto 12 del 1941: tale norma, infatti, prevede l'autorizzazione solo per gli incarichi extragiudiziari.

È proprio la distinzione tra la nozione di pubblico ufficio e quella di incarico che costituisce la *ratio* della differenza di disciplina: mentre l'incarico deve essere autorizzato, l'accesso al pubblico ufficio non è soggetto ad autorizzazione trattandosi di un diritto politico costituzionalmente riconosciuto in capo ad ogni cittadino, senza alcuna distinzione derivante dall'attività o dalle funzioni svolte⁹¹.

Ciò detto, non si deve dimenticare che, in assenza di previsioni che limitino numericamente la presenza dei magistrati in parlamento, potrebbe sorgere un problema concreto di funzionamento dell'amministrazione della giustizia nell'ipotesi, certo di scuola, in cui una quota consistente di magistrati si candidasse – o fosse eletta – al parlamento. In tal caso non vi è (e si è detto non potrebbe esservi, se non col rischio dell'incostituzionalità) una norma giuridica che risolva la questione: un'aporia, dovuta all'impossibilità di dare una risposta sul piano giuridico all'ipotesi anzidetta.

5. L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulla capacità elettorale passiva.

In epoca repubblicana si sono susseguite sei leggi elettorali

⁹⁰ Si consenta di citare G. E. Polizzi, *Le regole sull'eleggibilità del magistrato*, in F. Rigano (a cura di), *La Costituzione in officina. Il primo intervento urgente*, cit., 107-108.

⁹¹ Consiglio superiore della magistratura, delibera del 28 aprile 2010, 5. Sui limiti numerici per gli incarichi extragiudiziari vedasi a titolo esemplificativo: per i magistrati del Consiglio di Stato, l'art. 2 della legge 21 dicembre 1950, n. 1018, *Modificazioni al testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*; per i magistrati della Corte dei conti, l'art. 8 della legge 21 marzo 1953, n. 161, *Modificazioni al testo unico delle leggi sulla Corte dei conti*.

ciascuna delle quali ha posto discipline speciali per l'elezione del magistrato al parlamento. Il riferimento è alle leggi del 1948⁹², 1957⁹³, 1993⁹⁴, 2001⁹⁵, 2005⁹⁶ e da ultimo alla legge del 2015⁹⁷. Il tratto comune delle diverse discipline è dato dall'accoglimento dell'eleggibilità come regola e dell'ineleggibilità come eccezione, in virtù del carattere fondamentale del diritto politico all'elezione.

Tuttavia, propedeutica alla disamina dei requisiti dell'elettato passivo è la definizione dell'ambito soggettivo di riferimento della normativa in relazione alla figura del magistrato, la quale, spesso, è stata utilizzata dalle normative elettorali in modo generico.

Che le norme elettorali dedicate ai magistrati si riferiscano ai magistrati ordinari non v'è dubbio: a loro è dedicata la disciplina, speciale, posta in virtù della particolare posizione che il magistrato assume nell'ordinamento costituzionale repubblicano. Altresì, non si deve dubitare che essa si applichi a tutti i magistrati amministrativi e contabili, giacché le norme elettorali (sin dalla legge del 1948) si riferiscono ai magistrati, senza specificare se debbano appartenere all'ordine giudiziario. Del resto, la giurisprudenza amministrativa, nel pronunciarsi sul primo comma dell'art. 8 della legge elettorale del 1957 (richiamato dalle normative successive), si è attestata su tale interpretazione⁹⁸. Conformemente, la dottrina ha specificato che la norma «non pone [...] alcuna distinzione e contiene anzi un espresso richiamo alle “giurisdizioni superiori”»⁹⁹, indicando tanto i magi-

⁹² D.p.r. 5 febbraio 1948, n. 26, *Testo unico delle leggi per l'elezione della Camera dei deputati*.

⁹³ D.p.r. 30 marzo 1957, n. 361, *Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati*.

⁹⁴ Legge 4 agosto, 1993, n. 276, *Norme per l'elezione del Senato della Repubblica*.

⁹⁵ Legge 27 dicembre 2001, n. 459, *Norme per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero*.

⁹⁶ Legge 21 dicembre 2005, n. 270, *Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*.

⁹⁷ Legge 6 maggio 2015, n. 52, *Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati* (entrata in vigore dal 1 gennaio 2016).

⁹⁸ Tar Puglia (Lecce), 30 ottobre 1981, n. 391, in *Trib. Amm. Reg.*, 1981, 3375.

⁹⁹ Cfr. F. Rigano, *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, cit., 16 e in particolare la dottrina richiamata in nota 35, P. G. Grasso, *Le norme sull'eleggibilità nel diritto pubblico italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 945.

strati della Cassazione quanto quelli appartenenti sia alla giurisdizione generale amministrativa di legittimità che a quella speciale della Corte dei conti¹⁰⁰.

Un ragionamento ulteriore dev'essere proposto riguardo ai magistrati onorari, intendendosi per tali i magistrati che, pur non esercitando professionalmente la funzione giurisdizionale, assumono lo *status* di magistrato. La Costituzione ne fa espressa menzione all'art. 106, comma 2: «La legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite ai giudici singoli»¹⁰¹.

Già all'entrata in vigore della Costituzione era in funzione l'ufficio di giudice conciliatore e di vice-conciliatore, figure sostituite nel 1991 dal giudice di pace¹⁰², l'ufficio di vicepretore¹⁰³, soppresso insieme alla figura del pretore nella riforma del giudice unico nel 1998¹⁰⁴ e, infine, i giudici onorari del tribunale dei minorenni, istituiti nel 1934¹⁰⁵. Inoltre, con l'entrata in vigore dell'ordinamento giudiziario del 1941 fu istituita la figura del vice procuratore onorario, con funzioni inquirenti¹⁰⁶. Accanto ai magistrati onorari già presenti prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ve ne furono altri istituiti *ex novo*: ad esempio, nel 1997 il giudice onorario aggregato¹⁰⁷.

¹⁰⁰ «Una indicazione precisa dei magistrati dei T.A.R., peraltro, non poteva esservi contenuta dacché nel momento in cui la norma venne formulata, l'istituzione, sorta com'è noto con la legge n. 1034 del 1971, non ancora esisteva» così disponeva il Tribunale amministrativo regionale Puglia (Lecce), 30 ottobre 1981, n. 391, in *Trib. Amm. Reg.*, 1981, I, 3775 ss.

¹⁰¹ Sul tema dei magistrati onorari si veda in generale: S. Bartole, *Magistrati onorari e funzioni attribuite a giudici singoli*, Milano, 1964; D. Cavallini, B. Giangiacomo, *Magistrati onorari e responsabilità disciplinare: giudice di pace, giudici onorari di tribunale, vice procuratori onorari*, Milano, 2009.

¹⁰² Legge 21 novembre 1991, n. 374, *Istituzione del giudice di pace*.

¹⁰³ Per le polemiche provocate dalla giurisprudenza favorevole all'eleggibilità dei vicepretori, prima della riforma, si veda G. De Fina, *Diritto elettorale*, Torino, 1977, 91-92. Contro la tesi sostenuta nel testo si veda G. P. Grasso, *Le norme sull'eleggibilità nel diritto pubblico italiano*, cit., 943-945, richiamati da F. Rigano, *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, cit., 16.

¹⁰⁴ D. lgs., 19 febbraio 1998, n. 51, *Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado*.

¹⁰⁵ R. d. l., 20 luglio 1934, n. 1404, *Istituzione e funzionamento dei tribunale per i minorenni*.

¹⁰⁶ R. d., 30 gennaio 1941, n. 12, *Ordinamento giudiziario*.

¹⁰⁷ Legge 22 luglio 1997, n. 276, *Disposizioni per la definizione del contenzio-*

Vi sono, poi, figure di magistrati onorari che intervengono nel processo (senza esserne titolari) o che, diversamente, si occupano di giurisdizioni particolari. Sotto il primo profilo si possono ricordare i giudici popolari, in attuazione dell'art. 102, comma 3: «La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia». I giudici popolari sono cittadini estranei alla magistratura, senza alcuna necessaria preparazione nella materia giuridica e sono addetti per il solo tempo del processo presso le Corti d'assise e di assise d'appello. Sotto il secondo profilo si possono ricordare i «giudici tributari», componenti delle Commissioni tributarie provinciali e regionali.

Tutte le figure appena menzionate hanno quale tratto comune l'assenza di un rapporto d'impiego e dunque a loro non sono applicabili quegli istituti che un tale rapporto presuppongono, quale, ad esempio, l'aspettativa elettorale e per mandato parlamentare¹⁰⁸. Tuttavia, essendo rilevante per il legislatore l'esercizio della funzione giurisdizionale, è vietato per alcuni magistrati onorari di ricoprire l'ufficio di magistrato contemporaneamente all'ufficio di parlamentare: in tal senso sono soggetti a un regime di incompatibilità¹⁰⁹. La *ratio* dell'incompatibilità pare ravvisarsi nel tipo di competenza per materia, perlopiù ridotta a liti tra privati o reati di minore entità, e territoriale, la giurisdizione è su un territorio assai circoscritto: dunque l'esercizio della funzione giurisdizionale si presterebbe a essere «viziato» dal pericolo, per il magistrato onorario, di usare in modo distorto la funzione attribuita, per ottenere un consenso elettorale volto a un'elezione o a una futura rielezione. Questa parrebbe essere la spiegazione adeguata soprattutto per l'ufficio di giudice di pace. E in effetti, ad esempio, i giudici popolari non sono soggetti a nessuna incompatibilità data la competenza funzionale (reati di

so civile pendente: nomina di giudici onorari aggregati e istituzione delle sezioni stralcio nei tribunali ordinari.

¹⁰⁸ «che i magistrati onorari, non essendo pubblici dipendenti, non godano di tutti i diritti di questi ultimi è pacificamente riconosciuto: fra le ultime, Cons. di Stato, 15 maggio 1970, n. 338, in *Cons. Stato*, 1970, I, 808», F. Rigano, *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, cit., 16, nota 38.

¹⁰⁹ Si veda ad esempio l'art. 8, comma 1, lettera a) della legge 21 novembre 1991, n. 374, *Istituzione del giudice di pace*; l'art. 2, comma 8, lettera a) della legge 22 luglio 1997, n. 276, *Disposizioni per la definizione del contenzioso civile pendente: nomina di giudici onorari aggregati e istituzione delle sezioni stralcio nei tribunali ordinari.*

elevata gravità¹¹⁰) e territoriale (su un ambito ampio). La competenza su tali reati, tuttavia, potrebbe conferire una certa notorietà e dunque indurre il giudice popolare a utilizzarla, poi, con fini propagandistici o elettorali. Vero è che il giudice popolare non è monocratico, ma decide nell'ambito di un collegio: ciò parrebbe mitigare il rischio di una sorta di "protagonismo giudiziario" al fine di ottenere un consenso da utilizzare in qualche elezione. Il rischio tuttavia permane, proprio per la natura delle competenze denotate da un forte «impatto sociale»¹¹¹; il dibattito sul tema, dunque, deve considerarsi aperto.

Si segnala, infine, un altro aspetto che pare essere di non poco conto per le implicazioni costituzionali, soprattutto riguardo l'immagine di indipendenza dei magistrati da una parte, e la libertà di voto dei cittadini dall'altra parte. I magistrati onorari sottoposti soltanto a un regime di incompatibilità e non di ineleggibilità, durante la campagna elettorale potrebbero utilizzare le funzioni connesse al proprio ufficio per far pressioni sul bacino di potenziali elettori: in considerazione, anche, delle citate competenze ridotte. Su questo punto si tornerà con maggiore attenzione nella parte dedicata all'ineleggibilità relativa dei magistrati in epoca repubblicana. Tuttavia, a riguardo, pare potersi suggerire un intervento teso a sottoporre il magistrato onorario a un obbligo di comunicazione ai capi-ufficio dell'organo giudiziario cui afferiscono dell'intenzione di candidarsi, con contestuale richiesta di sospensione delle attività giudiziarie in vista delle elezioni. Ciò in una sorta di analogia con la previsione di aspettativa (inapplicabile ai magistrati onorari perché non sono dipendenti pubblici), al fine di preservare l'imparzialità, e l'immagine di imparzialità, della funzione giurisdizionale. Nella prospettiva indicata, in caso di mancato assolvimento dell'obbligo di comunicazione con conseguente sospensione delle funzioni, l'elezione del magistrato onorario si dovrebbe comunque ritenere valida, ma il Consiglio superiore della magistratura potrebbe decretare la decadenza dall'incarico onorario.

¹¹⁰ Cfr. legge 4 aprile 1951, 287, *Riordinamento dei giudizi di Assise*.

¹¹¹ A. Poggi, *Art. 102*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), op. cit., 1968 ss.

CAPITOLO TERZO

IL MAGISTRATO AL PARLAMENTO IN EPOCA REPUBBLICANA

Sommario: SEZIONE I Prima parte. Il magistrato candidato. L'aspettativa per candidatura politica. 1. L'inquadramento storico dell'aspettativa per candidatura politica e il fondamento costituzionale. 2. Il magistrato onorario e l'aspettativa pre-elettorale. 3. Il *dies a quo* dell'efficacia della domanda di aspettativa pre-elettorale. La configurazione di un diritto potestativo del magistrato. 3.1. Il superamento della concezione potestativa del diritto all'aspettativa pre-elettorale. 4. Gli effetti dell'aspettativa pre-elettorale sul rapporto di lavoro: cenni. 5. Le conseguenze in caso di violazione della domanda di aspettativa sull'elezione e sul piano disciplinare. 6. Un problema aperto: la domanda di aspettativa svela il rapporto tra il magistrato e il partito politico. 7. Le proposte di riforma: le dimissioni del magistrato e i dubbi di legittimità costituzionale. SEZIONE I Seconda parte. L'ineleggibilità (territoriale) relativa. 1. Le origini storiche dell'istituto. 2. La reintroduzione dell'ineleggibilità relativa nella legislazione di epoca repubblicana. L'emendamento Pignatelli e il dibattito parlamentare. 3. L'ineleggibilità relativa in rapporto allo scioglimento anticipato delle Camere e alle elezioni suppletive: la prassi parlamentare. 4. Il regime dell'ineleggibilità relativa nella normativa vigente. 5. L'effettivo esercizio di funzioni giudiziarie quale elemento integrante la fattispecie dell'ineleggibilità. 6. Il rapporto tra l'ineleggibilità relativa e l'aspettativa pre-elettorale. 7. Il trattamento giuridico ed economico del magistrato e l'accettazione della candidatura. SEZIONE II Il magistrato eletto parlamentare. 1. L'aspettativa per mandato elettorale: la genesi dell'istituto. 2. L'aspettativa per mandato elettorale in epoca repubblicana. 3. La compatibilità tra l'ufficio di magistrato e quello parlamentare emersa dal dibattito in Assemblea costituente e sancita nella legge elettorale del 1948. 4. L'incompatibilità tra l'ufficio di magistrato e quello di parlamentare nella legislazione elettorale successiva al 1956. 4.1. L'obbligatorietà dell'aspettativa e la non cumulabilità dell'ufficio parlamentare con l'ufficio giurisdizionale. 4.2. Il sindacato di legittimità della Corte costituzionale: la sentenza n. 6 del 1960. 5. Gli effetti dell'elezione sul rapporto di lavoro del magistrato. 5.1. Le promozioni e la valutazione di professionalità del magistrato eletto parlamentare. 5.2. Il rapporto tra l'aspettativa per mandato parlamentare e il procedimento disciplinare. SEZIO-

NE III Il rientro nelle funzioni giudiziarie al termine dell'aspettativa per candidatura politica o per mandato elettorale. 1. Il quadro costituzionale per una normativa sul rientro del magistrato. 2. La genesi della disciplina sul rientro e la tesi dell'inaMOVibilità come garanzia rinunciabile. 3. Le lacune normative e gli interventi del Consiglio superiore della magistratura. 3.1. Il richiamo in servizio. 3.2. La destinazione del rientro: le condizioni concorrenti per la restituzione all'ufficio di appartenenza. 3.2.1. Una disciplina omogenea per le diverse ipotesi di rientro: alcune osservazioni critiche. 3.3. La persistenza di lacune normative nella materia del rientro: lo scioglimento anticipato delle Camere, le dimissioni dall'ufficio parlamentare e le dimissioni elusive. 4. Il limite temporale dei cinque anni. 5. Il potere normativo del Consiglio superiore della magistratura: alcune brevi notazioni sulla legittimità degli interventi in materia di rientro del magistrato in ruolo.

SEZIONE I

Prima parte

Il magistrato candidato. L'aspettativa per candidatura politica.

1. L'inquadramento storico dell'aspettativa per candidatura politica e il fondamento costituzionale.

Come ricordato, nel periodo di transizione dall'epoca liberale al regime fascista, e più precisamente con l'entrata in vigore della legge elettorale del 1925, venne introdotto l'istituto dell'aspettativa per candidatura politica (o pre-elettorale), obbligatoria per tutti i magistrati che avessero voluto candidarsi alla Camera dei deputati.

Per l'effetto dell'aspettativa pre-elettorale i magistrati si sarebbero dovuti astenere dalle funzioni del proprio ufficio nel periodo dei sei mesi antecedenti la data delle elezioni (l'alternativa era dimettersi tre mesi prima delle elezioni). La violazione di tale obbligo avrebbe comportato la sanzione dell'ineleggibilità, dichiarata dalla Giunta per le elezioni della Camera dei deputati. Due anni prima, con la legge elettorale del 1923, era stata introdotta l'aspettativa per mandato elettorale, in conseguenza della quale il magistrato eletto sarebbe stato collocato fuori ruolo per tutta la durata del mandato, dovendo così svolgere le sole funzioni connesse all'ufficio elettivo¹.

Ambedue gli obblighi debbono essere contestualizzati, e

¹ Vedi art. 92 *bis* della legge elettorale del 18 novembre 1923 n. 2444, *Modi-*

dunque letti, nel più ampio disegno del legislatore liberale volto a “neutralizzare” i poteri connessi all’ufficio di magistrato dei gradi inferiori, durante la fase della candidatura e durante lo svolgimento del mandato parlamentare. Infatti, gli istituti in parola s’inserivano in una legislazione elettorale finalizzata, tra le altre cose, a riconoscere il diritto all’elettorato passivo ai magistrati inferiori, secondo una logica opposta rispetto a quella che aveva dominato la legislazione elettorale dal 1859 in avanti. Il generale divieto di eleggibilità, ricadente soltanto sui magistrati dei gradi più bassi, da regola diventava eccezione: i magistrati inferiori sarebbero stati ammessi alla Camera elettiva ma, per tutta l’epoca liberale e fascista, sarebbero stati esclusi dalla Camera di nomina regia, non essendovi alcuna legge che derogasse, a loro favore, all’elenco chiuso delle categorie di nomina previsto all’art. 33 dello Statuto albertino, secondo cui erano nominabili soltanto i magistrati dei più alti uffici².

L’aspettativa pre-elettorale e l’aspettativa per mandato elettorale – istituti lungimiranti poiché li troveremo ancora in epoca repubblicana – furono accantonati in epoca fascista, poiché risultarono “inutili”: in poco più di un decennio si passò dapprima a un sistema plebiscitario e successivamente a un sistema non rappresentativo.

Da un punto di vista soggettivo, l’obbligo di aspettativa pre-elettorale riguardava soltanto i giudici degli uffici inferiori, e non i giudici addetti agli uffici superiori (del Consiglio di Stato, della Corte di cassazione e del Tribunale militare), giacché l’art. 89 della legge elettorale del 1925 li escludeva dal campo di applicazione. Di conseguenza, i giudici degli uffici superiori erano destinatari di un regime favorevole, potendo proseguire a esercitare le funzioni connesse al proprio ufficio anche durante il tempo della candidatura.

In alternativa all’aspettativa il giudice avrebbe potuto dimettersi, al fine di superare la causa di ineleggibilità assoluta, nel termine di tre mesi antecedenti la data delle elezioni. Le dimissioni, a differenza dell’aspettativa elettorale, si presentarono nel 1925 come una previsione non inedita, siccome le ritroviamo sin dalla legge elettorale del 1859 che, pur escludendo i giudici

ficazioni alla legge elettorale politica, testo unico 2 settembre 1919 n. 1495. Si rinvia alla lettura dei paragrafi 7 e 8, sezione I, capitolo primo.

² A tal proposito, si rinvia per un approfondimento al capitolo primo, sezione II.

dei gradi inferiori dall'elettorato passivo, consentiva loro di dimettersi, per superare la causa di ineleggibilità. Con una rilevante differenza: dal 1859 le dimissioni rappresentarono un passaggio esclusivo e necessario per i giudici degli uffici inferiori, qualora avessero voluto candidarsi alla Camera dei deputati, mentre dal 1925 le dimissioni divennero un'opzione rispetto al collocamento in aspettativa.

In via generale, con l'aspettativa pre-elettorale e dunque con la sospensione del rapporto di servizio, il legislatore voleva evitare ogni forma di *captatio benevolentiae* del giudice sul potenziale elettorato nella fase della candidatura, sebbene una disamina più approfondita mostri come il fondamento costituzionale muti con l'evolversi del quadro normativo di riferimento.

In epoca liberale, agli albori di quella fascista, l'aspettativa pre-elettorale fu introdotta per coerenza e a conferma della distinzione tra giudici appartenenti ai gradi più alti e i giudici appartenenti ai gradi inferiori, nel momento in cui si schiusero a quest'ultimi le porte della Camera elettiva: attraverso l'obbligo di aspettativa si mitigarono gli effetti della loro eleggibilità e si mantenne la natura premiale del diritto all'elettorato passivo, posto che i giudici degli uffici superiori (come detto) non erano obbligati all'aspettativa.

Durante la cosiddetta transizione costituzionale, con la legge per l'elezione dei componenti dell'Assemblea costituente, l'istituto dell'aspettativa fu accantonato: si optò per un regime risalente alla normativa del 1859 e in vigore sino prima la legge elettorale del 1925. Infatti, ai sensi dell'art. 9 lettera d) del d. lgs. lgt. n. 74 del 1946 i giudici degli uffici inferiori di regola erano ineleggibili, salvo che le funzioni esercitate fossero cessate entro venti giorni dalla data di pubblicazione della legge stessa³. Di tutta probabilità tale decisione riflette l'incertezza che si ebbe nel periodo immediatamente successivo alla destituzione di Mussolini, quando non era del tutto chiaro se, chiusa l'epoca fascista, si dovesse restaurare il regime previgente, oppure si dovesse ricostruire l'ordinamento a partire da un nuovo patto costi-

³ Cfr. ancora art. 9, comma 1, lettera d) d. lgs. lgt. n. 74 del 1946. (Non sono eleggibili): «i magistrati, eccetto quelli delle giurisdizioni superiori [...]», e l'ultimo comma: «Le causa 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».

tuzionale. La restaurazione del regime in vigore prima della revisione fascista dell'ordinamento statale – in fin dei conti questo pareva essere l'orientamento delle forze di liberazione nella prima fase di transizione costituzionale⁴ – avrebbe comportato il ritorno al regime della legge elettorale del 1859, con l'abbandono delle innovazioni apportate alla materia dei diritti politici del magistrato nel 1923 e nel 1925.

In epoca repubblicana l'istituto dell'aspettativa elettorale venne ripreso sin dalla legge elettorale del 1948, e ancor oggi è presente senza sostanziali novità⁵. In particolare, è significativo ricordare che nella seduta dell'Assemblea costituente del 15 dicembre 1947, in sede di discussione della legge elettorale repubblicana, fu votata una norma secondo cui l'eleggibilità dei consiglieri della Corte dei conti e del Consiglio di Stato era subordinata al collocamento in aspettativa all'atto di accettazione della candidatura⁶. Nella versione definitiva dell'articolo si sta-

⁴ Cfr. art. 1, comma 3, del regio decreto legge 2 agosto 1943, n. 705, *Scioglimento della Camera dei fasci e delle corporazioni*, abrogato dall'art. 2 del d. l. lgt. 25 giugno 1944, n. 151, *Assemblea per la nuova costituzione dello Stato, giuramento dei Membri del Governo e facoltà del Governo di emanare norme giuridiche*. Per un approfondimento del periodo di transizione costituzionale si veda in dottrina, fra i numerosi, U. Allegretti, *Forme costituzionali della storia unitaria: monarchia e repubblica*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2012; S. Bartole (a cura di), *Livio Paladin. Saggi di storia costituzionale*, Bologna, 2008.

⁵ Cfr. art. 5, legge 20 gennaio 1948, n. 6, *Norme per l'elezione della Camera dei deputati*; art. 8 del d.p.r. n. 361 del 1957, risultante dal coordinamento dei seguenti provvedimenti: d.p.r. n. 26 del 1948; b) legge del 6 febbraio 1948, n. 29, *Norme per la elezione del Senato della Repubblica*, limitatamente ad alcuni commi dell'art. 26 che sono stati trasfusi negli articoli 64 e 65; c) legge del 31 ottobre 1955, n. 1064, *Disposizioni relative alle generalità in estratti, atti e documenti, e modificazioni all'ordinamento dello stato civile* (contenute l'obbligo di omettere la paternità e la maternità nei documenti ufficiali); d) legge del 16 maggio 1956, n. 493, *Norme per la elezione della Camera dei deputati*.

⁶ Assemblea costituente, Atti, seduta del 15 dicembre 1947, 3228. Il testo licenziato dalla Commissione e posto in votazione prevedeva l'ineleggibilità per «i magistrati, eccetto quelli delle giurisdizioni superiori, i viceprefetti e i funzionari di pubblica sicurezza nella circoscrizione di competenza di ciascuno di essi», intervento di R. Morelli (Unione democratica nazionale), Assemblea costituente, Atti, seduta del 15 dicembre 1947, 3224. Durante il dibattito il deputato Laconi chiese la votazione per divisione della norma proposta dalla Commissione ed è così che fu in un primo tempo bocciata la formula «eccetto quelli delle giurisdizioni superiori», cfr. intervento di R. Laconi (Comunista), Assemblea costituente, Atti, seduta del 15 dicembre 1947, 3224. La norma risultante dalla bocciatura dell'inciso «eccetto quelli delle giurisdizioni superiori» dichiarava l'ineleggibilità di tutti i magistrati «nella circoscrizione di com-

biliva che i magistrati (in generale, dunque) dovessero trovarsi in aspettativa onde essere eleggibili, volendo intendere dunque i magistrati ordinari e amministrativi, e anche quelli delle giurisdizioni superiori⁷.

Il solo riconoscimento in Costituzione della capacità elettorale passiva, quale diritto fondamentale ai sensi dell'art. 51 Cost., si poneva in contrasto con l'opzione di mantenere la natura "premierale" dei diritti politici, e in particolare del diritto d'elezione (cui si era giunti in epoca albertina). D'altro canto, la rinnovata posizione costituzionale, più garantista, e l'individuazione della magistratura quale organo titolare di un potere dello Stato rafforzavano la necessità di affermare la libertà di voto dei cittadini dall'esercizio della funzione giurisdizionale.

Con questa prospettiva l'aspettativa pre-elettorale in epoca repubblicana appare connotata dal fine di garantire l'imparzialità della giurisdizione e la sua efficienza: prevale questa *ratio* che era presente, seppur in via residuale, nella prospettiva liberale.

petenza di ciascuno di essi». Di conseguenza, avendo giurisdizione nazionale, i magistrati degli uffici superiori sarebbero stati ineleggibili in via assoluta, mentre i magistrati addetti agli uffici inferiori sarebbero stati ineleggibili soltanto nella circoscrizione del proprio ufficio: tale disparità di trattamento (a favore dei magistrati di grado inferiore), alla luce della concezione gerarchica della magistratura, era considerata una «incongruenza che dovrà essere eliminata», cfr. ancora intervento di R. Morelli nella seduta del 15 dicembre 1947, cit. Il deputato Clerici proponeva di inserire una causa di cessazione dell'ineleggibilità, consistente nella sospensione delle funzioni da almeno novanta giorni per i magistrati della Cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, cfr. E. Clerici, cit., seduta del 15 dicembre 1947, 3225. Non si trovava d'accordo sulle motivazioni a fondamento dell'eleggibilità dei magistrati superiori il deputato Mortati, che proponeva un'altra lettura delle norme che sin dall'epoca albertina avevano previsto l'eleggibilità dei magistrati delle giurisdizioni superiori: «l'estensione dell'ambito di competenza a tutto lo Stato esclude la possibilità per organi giurisdizionali di esercitare un'influenza determinante sui singoli nuclei del corpo elettorale, che è la ragione dell'ineleggibilità», cfr. intervento di C. Mortati (Democratico cristiano), Assemblea costituente, Atti, seduta del 15 dicembre 1947, 3226.

⁷ Assemblea costituente, seduta del 16 dicembre 1947, 3240. Nella versione definitiva, l'art. 5, lettera g), legge n. 6 del 1948, in modificazione delle norme del d. lgs. lgt. n. 74 del 1946, stabiliva l'ineleggibilità per i magistrati, salvo che non si fossero trovati in aspettativa all'atto dell'accettazione della candidatura.

2. Il magistrato onorario e l'aspettativa pre-elettorale.

In via preliminare, e in raccordo a quanto già scritto, va ricordato che i magistrati onorari, stante l'assenza di un rapporto d'impiego, sono esclusi dal godimento dell'aspettativa, per cui all'atto dell'accettazione della candidatura, e sino all'eventuale elezione, il magistrato onorario prosegue a esercitare le funzioni del proprio ufficio.

L'assenza di un obbligo di aspettativa pre-elettorale per i magistrati onorari mostra almeno un aspetto critico, riguardante il pericolo di una possibile *captatio* dell'elettorato, con i rischi connessi sui versanti sia dell'immagine d'imparzialità e indipendenza della funzione giurisdizionale, sia della libertà di voto: beni, si è in precedenza detto, aventi rilievo costituzionale. Tuttavia, tale rischio non ha impedito al Consiglio di Stato⁸ di negare (indirettamente) l'applicabilità dell'istituto sulla base di una rigorosa interpretazione della disciplina. Il riferimento è al caso di un magistrato onorario (vicepretore) che chiedeva il riconoscimento della natura di impiego del rapporto intercorrente con la pubblica amministrazione, con il conseguente ottenimento dei diritti collegati: ferie, trattamento di quiescenza, previdenza e assistenza malattie. Le domande del magistrato onorario erano rigettate. Infatti, la reggenza dell'ufficio era considerata «una eventualità puramente occasionale, precaria e revocabile», data l'assenza del requisito della «professionalità», carattere tipico ed essenziale del rapporto d'impiego. Stante il rapporto meramente «onorario» non rilevava che il vice-pretore percepisse un compenso, perché a tale compenso era attribuita natura di indennità e non di corrispettivo⁹.

Le conclusioni del Consiglio di Stato generano alcuni dub-

⁸ 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.

⁹ Nel caso ricordato il Consiglio di Stato affermò l'inapplicabilità dell'aspettativa pre-elettorale ai magistrati onorari, dichiarando il proprio difetto di giurisdizione: «le richieste del ricorrente volte a ottenere il riconoscimento del suo preteso diritto soggettivo a tutte le indennità spettanti agli uditori giudiziari e in particolare al godimento delle ferie ed al versamento dei contributi assicurativi per l'invalidità, la vecchiaia e le altre forme di assistenza e di previdenza previste dalla legge, nonché di assistenza sanitaria, non possono rientrare nella giurisdizione esclusiva di questo Consiglio difettando il presupposto fondamentale della sussistenza in atto di un rapporto d'impiego».

bi, nell'ipotesi di quei magistrati onorari che *de facto* hanno un rapporto di lavoro continuativo (seppur determinato nel tempo) e, al contempo, in virtù della propria competenza funzionale e territoriale, hanno una stretta connessione con una determinata comunità. Non essendo sottoposti all'obbligo di aspettativa, nel caso di candidatura politica, proseguono a esercitare le funzioni giurisdizionali dell'ufficio onorario¹⁰. La potenziale lesione dell'immagine di imparzialità e indipendenza, nonché della libertà di voto, potrebbe giustificare un regime non dissimile a quello vigente nei confronti dei magistrati non onorari.

Una soluzione potrebbe essere quella, che qui ci si limita ad accennare, di obbligare il magistrato onorario a una sorta di "sospensione temporanea" delle proprie funzioni durante la candidatura, individuando nella continuità dell'esercizio delle funzioni piuttosto che nel tipo di competenza uno dei criteri possibili: se non è eletto il magistrato onorario potrebbe tornare a esercitare le funzioni giudiziarie, se è eletto dovrebbe abbandonare la magistratura onoraria. Nel senso auspicato, non si deve parlare di aspettativa pre-elettorale, giacché si è detto l'aspettativa presuppone l'esistenza di un rapporto d'impiego. Tuttavia, si ottiene un effetto proprio dell'aspettativa (la sospensione dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali) e per tale via è assicurata la protezione di quei beni costituzionali cui si è fatto poc'anzi cenno.

Peraltro, che un siffatto obbligo non possa essere imposto in

¹⁰ Il rischio di possibili forme di condizionamento del corpo elettorale derivante dall'assenza dell'obbligo di aspettativa per candidatura politica per il magistrato onorario è stato affrontato da alcune proposte di riforma della materia, nel corso della XVII Legislatura. Il riferimento è alla proposta di legge d'iniziativa parlamentare (senatore N. F. Palma, Forza Italia – Popolo della libertà) Atto Camera 2188-A, *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 ricsuzione dei giudici*. Secondo l'art. 10, comma 1, il magistrato onorario è escluso dalla candidabilità alle elezioni europee, politiche e amministrative nelle circoscrizioni elettorali comprese in tutto in parte nel distretto della Corte di appello nel quale esercita le funzioni o ha esercitato le funzioni nei dodici mesi antecedenti all'accettazione della candidatura. Da ciò consegue che il magistrato che si candida al di fuori del distretto della Corte di appello di appartenenza potrà proseguire a esercitare le proprie funzioni durante la campagna elettorale, siccome non è sottoposto all'obbligo di aspettativa per candidatura politica.

via interpretativa, e dunque in assenza di una espressa previsione legale, sembra una conclusione da dover condividere.

3. Il *dies a quo* dell'efficacia della domanda di aspettativa pre-elettorale. La configurazione di un diritto potestativo del magistrato.

La domanda di aspettativa dev'essere presentata al Consiglio superiore della magistratura e, una volta deliberato, il decreto che la autorizza dev'essere trasmesso al ministro della giustizia.

In assenza di una espressa previsione normativa, è emerso nel dibattito sul tema il quesito riguardante il *dies a quo* d'efficacia del decreto di concessione dell'aspettativa elettorale, sotto due profili tra loro collegati.

In primo luogo, se l'aspettativa decorra dalla data della domanda dell'interessato o dalla data di adozione del provvedimento; in secondo luogo, quali effetti produce la mancata accettazione della candidatura di un magistrato in aspettativa pre-elettorale.

Riguardo al primo profilo, secondo l'orientamento della giurisprudenza della Giunta parlamentare per le elezioni, gli effetti dell'aspettativa decorrono dalla data di presentazione della domanda, a cui però deve corrispondere l'effettiva cessazione delle funzioni giurisdizionali¹¹. La presentazione della domanda è idonea a produrre gli effetti collegati all'aspettativa, anzitutto la rimozione dell'ineleggibilità assoluta (derivante dal mancato collocamento in aspettativa pre-elettorale)¹². Tale impostazione trova d'altronde conforto in diverse esigenze di ordine costituzionale, volte a garantire che la rimozione delle cause di ineleggibilità sia fatta risalire a un concreto atto di volontà di colui che è titolare del diritto all'elettorato passivo. Nell'eventualità in cui il decreto ministeriale sia stato adottato oltre il termine di legge entro cui il magistrato deve trovarsi in aspettativa per essere va-

¹¹ V. Di Ciolo, *Sulla ineleggibilità dei magistrati nelle elezioni politiche*, in *Giur. cost.*, 1976, 330, si veda in particolare la nota 3.

¹² In senso analogo fu previsto per l'elezione del Consiglio regionale del Trentino Alto-Adige, cfr. art. 6 del d.p.r. 13 settembre 1948, n. 1155, *Norme per la elezione e la convocazione del primo Consiglio regionale e dei primi Consigli provinciali del Trentino-Alto Adige*.

lidamente candidato, gli effetti decorrono, comunque, dalla data di presentazione della domanda.

Se, viceversa, la rimozione dell'ineleggibilità fosse rimessa esclusivamente al momento di formale emanazione del decreto autorizzativo, il diritto (inviolabile) all'elettorato passivo potrebbe subire delle lesioni: d'altronde, far decorrere gli effetti della domanda dall'adozione per decreto del ministro della giustizia (e, dunque, per tramite di un atto successivo di ratifica), non comporterebbe una causa di ineleggibilità, quanto piuttosto una causa di incapacità elettorale¹³. Per ipotesi, tale momento

¹³ Sulla differenza tra ineleggibilità e incapacità elettorale passiva si veda in particolare G. M. Salerno, *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d. lgs. n. 235 del 2012*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1: «[...] la stessa ineleggibilità va distinta dall'incapacità elettorale passiva, in quanto mentre la prima si riferisce a quelle condizioni che limitano o precludono l'elettorato passivo –o meglio il diritto dell'eletto a essere proclamato tale– la seconda, come dice la stessa parola, si riferisce più propriamente all'insussistenza di quelle condizioni che consentono il determinarsi di ciò che costituisce il presupposto o comunque il *præ* dell'elettorato, cioè la titolarità della capacità elettorale passiva che, dunque, precede il diritto di elettorato. Si tratta, quindi, di quella condizione che viene definita come il "possesso delle attitudini" essenziali che non possono mancare per instaurare un corretto rapporto di rappresentanza politica mediante lo strumento delle elezioni. Tali attitudini, come noto, consistono in via generale in alcuni requisiti individuati dalla legge, cioè nell'età, nell'elettorato attivo e, secondo l'interpretazione prevalente, nell'alfabetismo necessario per lo svolgimento di attività richieste dalla legge al candidato e quindi all'eletto (come, innanzitutto, la sottoscrizione della candidatura stessa). In mancanza dei requisiti indispensabili per la capacità elettorale passiva, allora, non può sorgere neppure un valido rapporto elettorale. L'ineleggibilità riguarda invece gli ulteriori requisiti che sono previsti dalla legge per l'accesso alle cariche elettive, stavolta per lo più riconducibili all'assenza di impedimenti individuati per garantire libertà di voto, e che dunque precludono la partecipazione alle elezioni a chi, pur candidabile, si trova in condizioni tali da poter esercitare indebite pressioni sull'elettorato. Pertanto, come ricordato dalla Corte costituzionale, le due predette categorie di requisiti sono distinguibili perché di ordine diverso, in quanto gli uni di carattere positivo e gli altri di carattere negativo, seppure sempre riferibili all'art. 51 Cost., il quale rinvia alla legge, per l'appunto, per la determinazione dei requisiti per l'eguale accesso alle cariche elettive», cfr. Corte cost., 26 marzo 1969, n. 46 in *Giur. cost.*, 1969, 547 ss.; Sul tema vedi ancora V. Di Ciolo, *Sulla ineleggibilità dei magistrati nelle elezioni politiche*, cit., 334, in particolare nota 7 dove l'Autore richiama: Id., *Ineleggibilità amministrativa o incapacità elettorale passiva? (a proposito della sentenza n. 38 del 1971 della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1971, 173 ss.; L. Elia, *Incertezza di concetti e di pronunce in tema di ineleggibilità nella giurisprudenza più recente della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, 1046; G. De Sanctis, G. Mangelli, *Una svolta decisiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale (a proposito della senten-*

potrebbe collocarsi in un lasso temporale successivo al termine ultimo posto dalla legge per accettare validamente la candidatura: per tale via sarebbe impedito al magistrato di potersi candidare.

Secondo tale ricostruzione, quindi, la presentazione della domanda di aspettativa è idonea a rimuovere la causa di ineleggibilità, sempre che il magistrato, contestualmente, cessi le funzioni del proprio ufficio almeno centottanta giorni prima della data di scadenza della Camera dei deputati e, in caso di scioglimento anticipato delle Camere, entro i sette giorni successivi (ai sensi dell'art. 7, ultimo comma, della legge elettorale del 1957, come modificato nel 1997)¹⁴.

Lo stesso art. 7 specifica che cosa si debba intendere per «cessazione delle funzioni» – onde evitare di lasciare spazio a dubbi interpretativi, già peraltro risolti con la legge elettorale del 1925¹⁵ – riferendosi, però, alla fattispecie delle dimissioni e non a quella del collocamento in aspettativa: «per cessazioni delle funzioni si intende la effettiva astensione da ogni atto inerente all'ufficio rivestito preceduta [...] dalla formale presentazione delle dimissioni». Tuttavia, la regola adottata dal legislatore per le dimissioni è la medesima deducibile dalla lettura della giurisprudenza della Giunta parlamentare per l'aspettativa: sicché la sola presentazione della domanda (di dimissioni o di aspettativa) produce gli effetti propri, con decorrenza dalla data di presentazione¹⁶.

In sintesi, il quadro delineato porta a concludere che la pre-

za n. 58 del 1972), in *Giur. it.*, 1973, A. M. Sandulli, *Nuovi orizzonti in materia di ineleggibilità*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, Milano, 1973, vol. I.

¹⁴ Cfr. Corte cost., 20 marzo 1969, n. 46 in *Giur. cost.*, 1969, 547 in cui è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, n. 3 Testo unico 16 maggio 1960, n. 570 in relazione agli articoli 10 e 14 r.d. 3 marzo 1934, n. 383, Testo unico comunale e provinciale, limitatamente alla inclusione nelle ipotesi di ineleggibilità previste nel n. 3 dell'art. 15 di coloro che, all'atto dell'accettazione della candidatura, abbiano presentato le dimissioni astenendosi successivamente da ogni attività inerente all'ufficio.

¹⁵ Si veda a tal proposito il paragrafo 8, sezione I, capitolo primo.

¹⁶ In tal senso si son già ricordate nel capitolo primo le radici storiche della norma secondo cui le dimissioni, per essere causa di rimozione dell'ineleggibilità, devono essere presentate entro il termine indicato dalla legge. L'occasione fu offerta dalla volontà di contrastare il fenomeno delle dimissioni fittizie e delle dimissioni tardive: in altre parole il fenomeno delle dimissioni elusive. Con la legge elettorale del 1925 fu precisato che la presentazione della domanda di dimissioni entro i tre mesi precedenti la data di indizione dei comizi elettorali avrebbe rimosso la causa di ineleggibilità.

sentazione della domanda di aspettativa accompagnata dall'effettiva cessazione delle funzioni è causa di cessazione dell'ineleggibilità assoluta prevista dall'art. 8, comma 1 della legge elettorale del 1957: «I magistrati [...] Non sono in ogni caso eleggibili se, all'atto dell'accettazione della candidatura, non si trovino in aspettativa».

Il termine entro il quale la domanda deve essere presentata, tra l'altro, può essere variamente fissato dal legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità: «purché secondo criteri razionali [...]; ma in nessun caso tale data può essere successiva a quella prescritta per l'accettazione della candidatura, che rappresenta il primo atto di esercizio del diritto elettorale passivo. Ond'è che, in mancanza di apposite disposizioni, è questo il momento cui deve farsi riferimento»¹⁷.

Sotto altro profilo, in assenza di una previsione normativa, si era consolidato l'orientamento del Consiglio superiore di considerare l'aspettativa pre-elettorale un vero e proprio diritto potestativo del magistrato e, dunque, di concederla indipendentemente dall'accettazione della candidatura. Non senza qualche rilievo critico: il riferimento è alle osservazioni della Corte dei conti elaborate in sede di registrazione contabile dei decreti ministeriali del 23 maggio 1983 e dell'8 settembre 1983¹⁸. La Corte chiedeva quale fosse la ragione del collocamento in aspettativa per candidatura politica del magistrato, il quale risultava ineleggibile, essendosi candidato al Senato nella circoscrizione sottoposta alla giurisdizione dell'ufficio al quale era stato assegnato nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura. Altresì osservava che il magistrato aveva inviato un'istanza di revoca della domanda di aspettativa, sicché ne sarebbe conseguita l'assenza di una formale candidatura. Di conseguenza, la Corte dei conti domandava se fosse legittimo concedere l'aspettativa elettorale nell'ipotesi in cui, a seguito della domanda, fosse mancata l'accettazione della candidatura.

Il Consiglio superiore della magistratura rispondeva ai rilievi posti in base al tenore letterale dell'art. 8 della legge elettorale del 1957: dal presupposto che la norma prescrive l'ineleggibilità

¹⁷ Vedi ancora la sentenza della Corte cost. n. 46 del 1969.

¹⁸ Il Consiglio superiore della magistratura accoglieva la domanda con la delibera del 18 luglio 1984, cfr. note numero 225 dell'8 luglio 1983, e 385 del 28 novembre 1983.

dei magistrati se all'atto dell'accettazione della candidatura non si trovino in aspettativa, l'aspettativa deve essere accordata prima e comunque indipendentemente dall'accettazione della candidatura, a semplice domanda dell'interessato.

In tal senso, il diritto all'aspettativa si configurava come diritto potestativo, dato che era riconosciuto al magistrato il pieno potere di chiedere e ottenere l'aspettativa, indipendentemente dall'accettazione della candidatura. D'altra parte, nel caso di specie, il Consiglio superiore rinviava agli organi parlamentari di verifica dei poteri la valutazione sull'eleggibilità del magistrato candidatosi nel collegio elettorale coincidente con la circoscrizione territoriale dell'ufficio di appartenenza¹⁹.

3.1. Il superamento della concezione potestativa del diritto all'aspettativa pre-elettorale.

Nel 2001, la quarta commissione del Consiglio superiore della magistratura chiese all'ufficio studi di chiarire, fra le altre cose, se l'aspettativa fosse subordinata all'accettazione della candidatura e quale fosse la data di decorrenza della medesima. Questo giacché, se si fosse definita l'aspettativa un diritto potestativo, la data di decorrenza della medesima sarebbe dovuta coincidere con la data di presentazione della domanda, anche in caso di mancata accettazione della candidatura.

Secondo il parere dell'ufficio studi, il sistema di ineleggibilità delineato dall'art. 8 della legge elettorale del 1957, configurando un'ipotesi di ineleggibilità assoluta, deve considerarsi

¹⁹ Questa era la decisione adottata dal Consiglio superiore della magistratura con la delibera del 18 marzo 1996, sul caso di un magistrato che, con istanza del 23 febbraio 1996, inoltrava domanda di aspettativa pre-elettorale col fine di partecipare alle elezioni politiche del 21 aprile 1996. Congiuntamente alla richiesta di aspettativa il magistrato comunicava di astenersi dalla stessa data dal compiere qualunque atto inerente il suo ufficio, al fine di rimuovere l'ineleggibilità prevista dall'art. 7, ultimo comma, della legge elettorale del 1957. Il Consiglio superiore della magistratura, preso atto dell'intenzione del magistrato di non candidarsi e dunque di riprendere servizio in data 6 marzo 1996, dispose il collocamento in aspettativa dalla data della domanda alla data della ripresa in servizio. Con delibera del 28 marzo 1996, invece, il Consiglio superiore aderì alla richiesta di un altro magistrato, di computare il periodo di assenza dalla data di presentazione della domanda di aspettativa alla data di ripresa del servizio, come periodo giustificato dalla concessione di un congedo ordinario.

espressione di un principio di carattere generale secondo cui il periodo di aspettativa del magistrato che intenda partecipare alle elezioni politiche decorre dal giorno che precede quello di accettazione della candidatura. In tal senso, la presentazione della domanda non è sufficiente a produrre l'effetto di sospendere il rapporto di lavoro. Di conseguenza, nell'ottica di una collaborazione informativa, il magistrato deve comunicare al Consiglio superiore, anche in un tempo successivo rispetto a quello di presentazione della domanda, l'avvenuta accettazione della candidatura e dunque la data definitiva, così da consentire una corretta impostazione del provvedimento di sospensione dalle funzioni giurisdizionali e poter giustificare l'assenza del magistrato dall'ufficio. Nell'ipotesi in cui la domanda di aspettativa sia presentata con largo anticipo, il Consiglio superiore deve deliberare il collocamento in aspettativa, con efficacia dalla data precedente l'accettazione della candidatura. Secondo tale impostazione, dunque, l'effetto della mancata accettazione della candidatura comporta la revoca dell'aspettativa previamente concessa e ciò, sul piano del rapporto di lavoro, può comportare il configurarsi di un'assenza ingiustificata.

D'altronde, nell'ipotesi di mancato riconoscimento di un onere di comunicazione dell'accettazione della candidatura, la scelta sull'individuazione della data di decorrenza dell'aspettativa pre-elettorale ricadrebbe nella piena discrezionalità del magistrato, in violazione del quadro costituzionale ove l'aspettativa s'inserisce. Come si è detto, nel tutelare il diritto del magistrato all'elettorato passivo, il bilanciamento delle contrapposte esigenze impone di superare l'ineleggibilità mediante l'aspettativa pre-elettorale. E, in effetti, non pare esservi alcuna norma nell'ordinamento, né tantomeno ciò sarebbe deducibile per via di un'interpretazione costituzionalmente conforme di quelle esistenti, che consenta al magistrato di chiedere l'aspettativa pre-elettorale e dunque di godere della sospensione del rapporto di lavoro a prescindere dall'accettazione della candidatura. Se si considera poi che la mancata accettazione della candidatura potrebbe indurre il sospetto che il magistrato abbia cercato, e non ottenuto, una vantaggiosa collocazione nelle liste elettorali, l'interpretazione elaborata dall'ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura sembra tener conto della necessità, di ordine costituzionale, di tutelare l'immagine di imparzialità e indipendenza dei magistrati.

La fattispecie della mancata accettazione della candidatura

fa emergere delle peculiarità non soltanto riguardo alla data di decorrenza dell'aspettativa nell'ipotesi dell'ineleggibilità assoluta, ma anche per altri tre aspetti, che hanno quale comune presupposto la mancata accettazione della candidatura, nonché il riconoscimento dell'aspettativa quale causa di rimozione dell'ineleggibilità relativa di cui all'art. 8 della legge elettorale del 1957. Il primo aspetto, correlato a quanto poc'anzi accennato, riguarda la data di decorrenza dell'aspettativa pre-elettorale; il secondo riguarda il trattamento economico; il terzo aspetto interessa le conseguenze sul piano disciplinare. Tuttavia, per esaminare questi tre profili (per cui si rinvia alla sezione I seconda parte del presente capitolo), è preliminare la disamina dell'istituto dell'ineleggibilità relativa.

4. Gli effetti dell'aspettativa pre-elettorale sul rapporto di lavoro: cenni.

L'ultimo comma dell'art. 88 della legge elettorale del 1957 stabilisce che i magistrati in aspettativa per la candidatura politica «conservano il trattamento di cui godevano» e dunque, da un punto di vista economico, è garantita la continuità della retribuzione in quel periodo, obbligatorio, di sospensione del rapporto di lavoro.

La previsione era contenuta in un emendamento a prima firma del deputato Castelli Avolio, presentato durante la seduta del 16 dicembre 1947 dedicata alla già ricordata discussione sulla prima legge elettorale di epoca repubblicana: «non basta stabilire che i magistrati debbano farsi collocare in aspettativa, bisogna anche stabilire quale sarà il loro trattamento economico e di carriera. E ciò anche per la ragione pratica che la Corte dei conti dovrà registrare questo decreto e indicare nel decreto, la condizione di carriera e quella economica». D'altronde, non prevedere nulla a favore del magistrato sarebbe parso irragionevole: «Ora, se noi non dicessimo nulla, o privassimo questi candidati politici del trattamento economico e di carriera, verremmo a sancire una condizione di cose del tutto ingiusta».

In effetti, si sarebbe creata una diversità di trattamento rispetto agli altri impiegati dello Stato candidati giacché, non dovendosi sottoporre al regime dell'aspettativa, avrebbero mantenuto, diversamente dai magistrati, la loro posizione di carriera ed economica. Così facendo, ricordava il deputato Castelli Avolio: «verremmo a sancire una ingiustizia, perché verremmo a to-

gliere il trattamento economico e tutto quello che, inoltre, è connesso con lo svolgimento normale della carriera». Per eliminare questa distorsione il deputato proponeva un emendamento all'articolo che disponeva il collocamento in aspettativa del magistrato candidato, nel senso di prevedere un trattamento economico durante il periodo di aspettativa²⁰.

5. Le conseguenze in caso di violazione della domanda di aspettativa sull'elezione e sul piano disciplinare.

La violazione della disciplina per la partecipazione del magistrato alla campagna elettorale, segnatamente l'obbligo di aspettativa per candidatura politica, comporta delle conseguenze immediate sul piano dell'elezione: essendo la domanda di aspettativa una causa che rimuove l'ineleggibilità, l'assenza o la presentazione tardiva comporta la mancata convalida dell'elezione da parte della Giunta per le elezioni.

Più delicato è il tema delle conseguenze di ordine disciplinare, alla luce dell'attuale quadro normativo sugli illeciti dei magistrati. Prima della novella per opera della legge n. 269 del 2006 la violazione dell'obbligo di aspettativa sarebbe potuta essere ricondotta all'ipotesi di illecito extrafunzionale di cui all'art. 3, lettera l), del d. lgs. n. 109 del 2006, comprendente nell'area di illiceità «ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza»²¹. Dopo l'abrogazione della lettera l), non sembra esservi alcun aggancio normativo che consenta di configurare un illecito disciplinare. In ogni caso, dalle ricerche effettuate non è emersa casistica sul punto e quindi quanto detto, è bene specificarlo, forma soltanto una ipotesi interpretativa.

L'assenza di una norma che dia rilevanza disciplinare alla

²⁰ Intervento di G. Castelli Avolio (Democratico cristiano), Assemblea costituente, Atti, seduta del 16 dicembre 1947, 3240 e 3241.

²¹ Ancor prima delle modificazioni di cui al d. lgs. n. 109 del 2006 la violazione dell'obbligo di aspettativa avrebbe potuto essere ricondotta alla previsione di cui all'art. 18 della legge sulle guarentigie del 1941, secondo cui: «Il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario, è soggetto a sanzioni disciplinari secondo le disposizioni degli articoli seguenti».

violazione delle regole stabilite per la candidatura del magistrato nella legislazione del 2006, che si è posta nel senso di tipicizzare gli illeciti dei magistrati, conduce a qualche riflessione. Si può opportunamente considerare che la violazione della disciplina sull'assunzione degli incarichi extragiudiziari è stata sanzionata sul piano disciplinare, dall'art. 3, lettera c), del d. lgs. n. 109 del 2006. Tale ipotesi, pur diversa, presuppone comunque un atto intermedio – l'autorizzazione all'incarico extragiudiziario – al pari della candidatura, che per essere valida necessita che il magistrato presenti la domanda di aspettativa pre-elettorale.

Il diverso regime disciplinare parrebbe trovare fondamento nella diversità delle fattispecie coinvolte.

Il regime autorizzativo cui è sottoposto l'incarico giudiziario è volto a rimuovere un divieto generale del legislatore, a tutela di un bene, la buona amministrazione della giustizia, di rilievo costituzionale. Il divieto s'inserisce peraltro in un quadro costituzionale in cui non pare esservi alcun diritto per il magistrato all'incarico extragiudiziario. In tal senso, il comportamento del magistrato che senza autorizzazione assume un incarico viola direttamente il divieto, giustificando la rilevanza del comportamento in sede disciplinare. Al contrario, l'aspettativa interagisce con un diritto (costituzionale e) fondamentale e dunque la mancata concessione nei termini prescritti comporta il mancato avveramento di una delle condizioni, a tutela di altri beni costituzionali, cui è sottoposto l'esercizio del diritto all'elettorato passivo.

Tale ricostruzione – che dà ragione della circostanza che non può esservi illecito disciplinare per l'ipotesi di violazione delle norme che pongono quei requisiti previsti dall'art. 51 Cost. onde poter esercitare il diritto all'elettorato passivo – pare prestarsi a qualche critica.

Si pensi all'ipotesi in cui un magistrato sia candidato in più collegi elettorali senza porsi in aspettativa. In tal caso potrebbe utilizzare la funzione giurisdizionale per condizionare il voto a favore della forza politica di appartenenza, al fine di migliorarne il risultato elettorale in quella determinata circoscrizione, così da conquistare un seggio da cedere poi al primo dei non eletti, siccome la sua elezione sarebbe invalidata per violazione delle regole sull'ineleggibilità relativa. Tale comportamento si porrebbe in contrasto con i beni costituzionali che impongono una equa modulazione dei requisiti della capacità elettorale passiva del

magistrato e che, per l'effetto, impongono una sospensione del rapporto di servizio nella fase della candidatura del magistrato²².

6. Un problema aperto: la domanda di aspettativa svela il rapporto tra il magistrato e il partito politico.

La presentazione di una domanda di aspettativa pre-elettorale è idonea a svelare il rapporto del magistrato con una delle forze politiche in gara per le elezioni, in virtù del quadro normativo di riferimento e in particolare della legislazione disciplinare e di quella elettorale.

Da una parte, come peraltro già ricordato, dopo un lungo silenzio, nel 2006 il legislatore ha stabilito che, per meglio preservare l'immagine d'indipendenza e d'imparzialità, si dovesse dare rilevanza sul piano disciplinare all'iscrizione e alla partecipazione, sistematica e continuativa, del magistrato a un partito politico.

Dall'altra, con la legge elettorale del 1957, come modificata nel 2005 e da ultimo nel 2015, il legislatore ha imposto all'elettore di votare un elenco di candidati predeterminati, senza possibilità (2005) o con possibilità ridotta (2015) di esprimere una preferenza per uno di essi²³.

²² Si segnala che la proposta di legge n. 2188-A, cit., agli articoli 14 e 15, prevede un sistema di sanzioni disciplinari a carico dei magistrati ordinari e amministrativi che accettino una candidatura politica senza osservare gli obblighi di legge. In tal caso, prescrive l'art. 14 in modificazione dell'art. 12 del d. lgs. 109 del 2006, il magistrato è sottoposto alla sanzione della perdita di anzianità, per un tempo non inferiore ai due anni; l'art. 15 estende tali norme ai magistrati amministrativi, contabili e militari.

²³ Cfr. ancora la legge elettorale n. 270 del 2005. A ben vedere, il regime delle "liste bloccate" previsto dalla legge del 2005, ebbe unicamente l'effetto di irrigidire il regime previgente, che comunque non consentiva all'elettore di cambiare l'ordine della lista dei candidati del partito prescelto. Tanto per il Senato, dove i diversi sistemi elettorali (quello proporzionale: 1948-1992, il maggioritario misto: 1994-2001, il proporzionale con premio: 2006-2013) non hanno mai previsto l'espressione di preferenze, quanto per la Camera dei deputati dove sino al 1992, è stato possibile per gli elettori modificare l'ordine di lista, indicando uno o più nominativi della lista prescelta. La legge del 2005 è stata oggetto di un intervento molto esteso della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità (tra le altre cose) dell'assenza del voto di preferenza, cfr. Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, in *Giur. cost.*, 2014, 1 con osservazioni di: G.U. Rescigno, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassa-*

Alla luce del quadro normativo v'è un lato problematico: la candidatura politica del magistrato in posizione eleggibile potrebbe essere ottenuta o per meriti derivanti dall'esercizio dell'attività giurisdizionale, e ciò aprirebbe a una riflessione sull'opportunità di apprezzare al fine di una candidatura ciò che è frutto del proprio lavoro di magistrato, o perché in via occulta il magistrato ha coltivato quei rapporti di vicinanza che gli hanno poi permesso di essere candidato. La questione è ancor più delicata se si pensa che il sistema rigido delle liste non consente all'elettore di modificare la graduatoria dei candidati decisa dai partiti: di conseguenza avrà maggiori possibilità di essere eletto chi, in quella graduatoria, avrà conquistato un posto di vertice. Il tema è dunque il seguente: l'inserimento in una data posizione può essere frutto di una scelta politica operata dagli stessi vertici dei partiti e stante le previsioni di cui alla leggi elettorali del 2005 e 2015, e il divieto formale di iscrizione nonché sostanziale di partecipazione sistematica e continuativa alla vita di partito, v'è da dubitare che il magistrato abbia coltivato rapporti occulti con una determinata forza politica, che gli abbiamo consentito di essere candidato in posizione eleggibile²⁴.

7. Le proposte di riforma: le dimissioni del magistrato e i dubbi di legittimità costituzionale.

Definiti gli aspetti della candidatura del magistrato, è utile accennare alle principali proposte di riforma che hanno coinvolto la materia.

Le proposte di riforma sono andate tutte in un senso, per co-

zione e la Corte costituzionale; A. Anzon Demmig, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento 'creativo' della Corte costituzionale*; A. D'Andrea, *La "riforma" elettorale "imposta" dal giudice costituzionale al sistema politico e l'esigenza di governabilità dell'ordinamento*; A. Morrone, *L'eguaglianza del voto anche in uscita: falso idolo o principio?*; E. Lehner, *Il diritto di voto dopo la conquista della zona franca*. Da ultimo, è stata approvata la legge 6 maggio 2015, n. 52, *Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati*, che prevede un sistema di c.d. 'liste bloccate brevi', sul punto si veda M. Villone, *La legge 52/2015 da pochi voti a molti seggi*, pubblicato sulla rivista *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1/2015. In generale, sul voto di preferenza in dottrina si veda: L. Amato, *Il voto di preferenza in Italia, 1946-1963*, Milano, 1964; P. Scaramozzino, *Il voto di preferenza nelle elezioni europee 1979-1999*, in *Quale Europa?*, Atti della quarta giornata de *Il Politico*, 2004.

²⁴ Sul punto di veda L. Pepino, *Costituzione, Giustizia, Giudici*, in *Quest. giust.*, 2008, 230.

si dire, punitivo, essendo volte a indurre alle dimissioni il magistrato che accetti una candidatura politica.

Peraltro questa ipotesi era emersa nella prima fase dei lavori in Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, nel 1997. L'ultimo comma dell'art. 128 del testo approvato dalla Commissione prevedeva, infatti, che i magistrati: «Possono partecipare alle competizioni elettorali solo se si dimettono prima della presentazione delle liste elettorali»²⁵.

In tale ottica, l'obbligo di dimissioni avrebbe imposto un regime di ineleggibilità assoluta al magistrato che, in quanto titolare di un ufficio giudiziario, non avrebbe potuto essere candidato al parlamento; l'unico rimedio per poter far cessare la causa di ineleggibilità era posto nell'abbandono, definitivo, della toga.

In ogni caso, il testo venne modificato nella seduta del 4 novembre 1997 all'art. 125, ultimo comma: «I giudici ordinari e amministrativi e i magistrati del pubblico ministero non possono partecipare alle competizioni elettorali nella regione in cui hanno esercitato le loro funzioni negli ultimi cinque anni né essere assegnati, per i successivi cinque anni, a sedi comprese nelle regioni nel cui territorio siano stati candidati o eletti». Si optò, quindi, per l'irrigidimento della disciplina di ineleggibilità relativa (su cui si dirà a breve), per cui il magistrato non si sarebbe potuto candidare nella regione in cui avesse svolto le funzioni nei 5 anni precedenti la data delle elezioni²⁶.

²⁵ Cfr. art. 127, comma ult., del testo elaborato il 30 giugno 1997. La proposta delle dimissioni fu ripresa da altri disegni di legge. Ad esempio, durante la XIV Legislatura si ebbe la proposta di legge a prima firma del deputato Gazzarra, C. 1949, *Disposizioni in materia di candidatura alle elezioni dei magistrati*, presentata il 13 novembre 2001, secondo cui, all'art. 1 (in modificazione dell'art. 8 d.p.r. n. 361 del 1957): «I magistrati che accettano la candidatura alle elezioni per la Camera dei deputati devono presentare formale richiesta di dimissioni al Consiglio superiore della magistratura entro i sette giorni successivi. Al momento della presentazione della richiesta di dimissioni i magistrati cessano dalle funzioni e si devono astenere da ogni atto inerente all'ufficio rivestito».

²⁶ Cfr. altresì, Camera dei deputati, Atti, *Documenti*, n. 3931-A; Senato della Repubblica, Atti, *Documenti*, n. 2583-A. Nella relazione si osservò che la formulazione del 4 novembre 1997 avrebbe consentito «un equilibrato bilanciamento tra la libertà di concorrere alle cariche elettive e la necessità di consentire sia la parità dei partecipanti alle competizioni elettorali, sia un corretto svolgimento delle stesse nonché dell'attività giudiziaria», vedi M. Boato, *Relazione sul sistema delle garanzie*, in *Commissione parlamentare per le riforme costituzionali*, 60 ss.

L'ipotesi di dimissioni obbligate suscitava allora e suscita ora, per le ragioni esposte, taluni dubbi quanto alla compatibilità con il dettato di cui all'articolo 51 Cost., che prescrive a favore di tutti i cittadini il diritto all'accesso alle cariche elettive, nonché il diritto degli eletti alla conservazione del posto di lavoro. La Costituzione, come si è detto, garantisce implicitamente il diritto dei magistrati di partecipare alla vita politica, eventualmente mediante la partecipazione alle competizioni elettorali. L'articolo 98 Cost., infatti, pur consentendo al legislatore di limitare la facoltà di particolari categorie di dipendenti pubblici, fra cui i magistrati, di iscriversi ai partiti politici, non ha dato al legislatore la facoltà di limitarne altresì la partecipazione alle competizioni elettorali, con la conseguenza che dovrebbe risultare operante la norma generale di cui all'articolo 51 prima richiamata.

SEZIONE I

Seconda parte

L'ineleggibilità (territoriale) relativa

1. Le origini dell'istituto.

Si è ricordato in precedenza che la legge sulle incompatibilità parlamentari del 1877 introduceva nella normativa elettorale di epoca liberale un istituto inedito, l'ineleggibilità relativa o territoriale, applicato sino a che rimase in vigore l'elettività dei componenti della Camera dei deputati. L'istituto fu abbandonato in epoca fascista, quando venne stabilito dapprima un sistema di rappresentatività plebiscitario, e successivamente un sistema di rappresentatività non elettivo. Nella legge del 1946 per l'elezione dell'Assemblea costituente l'incertezza se porsi in continuità con la tradizione liberale circa i rapporti fra magistratura e potere esecutivo condizionò le regole elettorali. Infatti, erano ineleggibili tutti i magistrati nelle circoscrizioni di competenza, a esclusione dei magistrati delle giurisdizioni superiori. Si mantenne però l'istituto dell'ineleggibilità relativa risalente al 1877, così da consentire ai magistrati dei gradi inferiori di candidarsi in una circoscrizione diversa da quella in cui esercitavano le funzioni. La prima legge elettorale di epoca repubblicana del 1948, invece, non conteneva alcuna norma sull'ineleggibilità relativa, dovendosi attendere – per la sua reintroduzione – la legge elettorale del 1957.

2. La reintroduzione dell'ineleggibilità relativa nella legislazione di epoca repubblicana.

In epoca repubblicana, la reintroduzione dell'ineleggibilità relativa risale agli emendamenti presentati durante il dibattito parlamentare sul disegno di legge d'iniziativa governativa n. 1237 volto a modificare la legge elettorale del 1948²⁷. Nel disegno di legge in menzione non v'era alcuna norma riguardante l'ineleggibilità relativa dei magistrati, e al pari nessuna norma in materia era presente nell'originario testo di legge presentato dalla I° Commissione permanente, e poi adottato come testo base per la discussione parlamentare²⁸.

Durante la seduta parlamentare del 2 marzo 1956 il deputato Pignatelli e altri, presentarono un emendamento volto, da un lato, a introdurre l'ipotesi di ineleggibilità relativa e, dall'altro, a stabilire che le dimissioni non avrebbero fatto cessare la causa di ineleggibilità relativa.

In tal senso, sotto il primo profilo, in modificazione della lettera g) del testo unico del 5 febbraio 1948, n. 26, l'emendamento prevedeva l'ineleggibilità per: «i magistrati, salvo che si trovino in aspettativa all'atto dell'accettazione della candidatura presentata in una circoscrizione diversa da quella della loro sede o nel cui ambito esercitano le loro funzioni»; riguardo al secondo profilo l'emendamento si proponeva di modificare l'ultimo comma dell'art. 6: «Le cause di ineleggibilità stabilite in questo articolo –esclusa quella di cui alla lettera g)– non hanno effetto se le funzioni esercitate non siano cessate almeno novanta giorni prima della data del decreto di convocazione dei comizi elettorali»²⁹.

Le motivazioni dell'emendamento riprendevano un antico dibattito, che, sin dall'entrata in vigore dello Statuto albertino, aveva dominato la materia dei rapporti tra politica e magistratura e che ciclicamente emergeva, laddove in discussione vi fosse

²⁷ Camera dei deputati, Atti, *Documenti*, progetto di legge numero 1237, *Norme per la elezione della Camera dei deputati*, seduta del 16 novembre 1954.

²⁸ Camera dei deputati, Atti, *Documenti*, progetto di legge numero 1237-A, *Sull'ordinamento politico ed amministrativo*.

²⁹ Camera dei deputati, Atti, seduta del 2 marzo 1956, 23931. L'emendamento prevedeva un'ulteriore modificazione della legge elettorale del 1948, volta a introdurre una causa di ineleggibilità per i sindaci dei comuni con popolazione superiore ai 20.000 abitanti.

l'elezione del magistrato. L'emendamento si proponeva, infatti, di «moralizzare la posizione dei magistrati che hanno vocazione politica», secondo le parole di Pignatelli, che non sono da leggersi come una sorta di adesione, seppur mite, alla corrente di pensiero che voleva escluso dall'eleggibilità al parlamento chi avesse ricoperto un ufficio giudiziario. Pignatelli non si poneva tra coloro i quali «sostengono dovere il magistrato astenersi in modo assoluto dal partecipare all'attività politica». Al contrario, reputava la «libertà del magistrato» di candidarsi ed, eventualmente, farsi eleggere, un bene da affermare nell'ordinamento giuridico costituzionale, rimanendo però ferma l'esigenza che «il magistrato non espliciti la propria alta e delicata funzione nella circoscrizione territoriale donde trae origine il suo mandato politico». Soltanto così «il magistrato nella cui coscienza la vocazione politica diventa prevalente, salva la propria dignità e tutela la propria indipendenza se – oltre porsi in aspettativa – va a sollecitare i suffragi elettorali fuori dall'ambito territoriale in cui esercita la sua alta missione di giudice»³⁰.

L'emendamento non rispondeva all'istanza di “apoliticità” proveniente dalla stessa magistratura già nella fase di transizione costituzionale, e ribadita poco prima del dibattito parlamentare sulla legge elettorale del 1956: «Il congresso nazionale dei magistrati, recentemente tenutosi a Torino, all'unanimità ha affermato il principio della assoluta apoliticità del magistrato. Io non giungo a questa drastica affermazione, dico soltanto: se un magistrato sente il bisogno di rappresentare il popolo italiano nel parlamento, non deve presentare la candidatura in quel collegio elettorale in cui eserciti la sua funzione di magistrato. Altrimenti, onorevoli colleghi, egli tradirà un ammonimento di un grande maestro del diritto, Francesco Carrara, il quale scrisse che quando la politica entra dalla porta del tempio della giustizia, la giustizia stessa fugge impaurita dalla finestra»³¹.

L'emendamento Pignatelli prevedeva l'ineleggibilità territoriale relativa del magistrato nella circoscrizione elettorale in cui esercitava le proprie funzioni, che diveniva assoluta (sempre con riferimento alla circoscrizione, poiché in altro luogo l'elezione era libera) se letta in combinato disposto con l'altro comma

³⁰ Intervento di G. Pignatelli (Democratico cristiano), Camera dei deputati, Atti, seduta del 2 marzo 1956, 23932.

³¹ Vedi ancora G. Pignatelli, cit., 23931-23932.

del medesimo emendamento, secondo cui le dimissioni del magistrato non potevano far cessare la causa di ineleggibilità. Da ciò derivava che in nessun caso il magistrato sarebbe potuto essere validamente eletto nel luogo ove era presente l'ufficio in cui era assegnato o in cui esercitava le funzioni giurisdizionali.

Il dibattito ebbe, ancora una volta, quali protagonisti su piani contrapposti gli avvocati e i magistrati presenti in parlamento. Se i primi erano favorevoli a una compressione dei diritti politici dei magistrati e si fecero propositori di ulteriori novelle in senso restrittivo, i secondi si opponevano con forza e si dichiararono assolutamente restii a riconoscere condizionamenti ulteriori della capacità elettorale passiva.

Tra i contrari v'era il deputato magistrato Marzano che sollevò in via preliminare una questione riguardante i magistrati delle giurisdizioni superiori, i quali (data la formulazione dell'emendamento) sarebbero stati soggetti a ineleggibilità assoluta: «Evidentemente l'onorevole Pignatelli – e non gliene faccio ammenda, non essendo egli né magistrato, né avvocato né, come dir si voglia, giurista – ha quanto meno dimenticato che i magistrati non sono soltanto i pretori, i giudici, i sostituti procuratori della Repubblica, i presidenti di tribunale ed equiparati, i procuratori della Repubblica ed equiparati, i primi presidenti ed i procuratori generali di corte d'appello ed i consiglieri di cassazione ed equiparati che, presso le corti d'appello o tribunali di grandi sedi, esercitano le funzioni giudiziarie. Se non lo avesse, ripeto, quanto meno dimenticato, avrebbe formulato il suo emendamento con una dizione più intelligente e più appropriata, giacché son magistrati, anche i giudici della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e del Tribunale supremo militare, giudici che esercitano le funzioni giudiziarie su tutto il territorio della Repubblica e quindi su tutte le circoscrizioni della nazione, i quali sarebbero ineleggibili, alla stregua del suo emendamento». Tale situazione avrebbe creato, sul piano giuridico, «una discriminazione lesiva del diritto all'elettorato passivo» e dunque una «violazione di un supremo diritto del cittadino». E in effetti, i magistrati delle giurisdizioni superiori (e addetti presso di esse) sarebbero stati privati dell'elettorato passivo, dato il carattere nazionale della loro giurisdizione.

Rilievo analogo era stato sollevato durante la discussione della legge elettorale del 1923, con riferimento all'emendamento volto a escludere l'eleggibilità dei magistrati del Consiglio di Stato. Il Presidente della Commissione Giolitti fece notare che

escludere i Consiglieri di Stato e non, invece, i consiglieri della Corte d'appello, sarebbe stato irragionevole alla luce dell'impostazione della stessa magistratura, che vedeva i primi di grado superiore ai secondi. Infatti, la concezione gerarchica della magistratura tipica di epoca liberale si opponeva a che un giudice appartenente agli uffici superiori godesse di meno diritti politici di un giudice appartenente agli uffici inferiori: diversamente sarebbe venuta meno la natura premiale dei diritti stessi³². In epoca repubblicana, invece, la motivazione costituzionale della non applicabilità dell'ineleggibilità relativa ai magistrati delle giurisdizioni superiori è un'altra, riconducibile in sintesi al carattere inviolabile del diritto all'elettorato passivo, da cui discende l'illegittimità di condizionamenti così stringenti da palesarsi in ipotesi di incapacità elettorale passiva, e al principio di eguaglianza, non essendovi ragioni per un trattamento differenziato³³.

In ogni caso, il deputato magistrato Marzano suggeriva di sostituire la proposta Pignatelli con un'altra, che in verità non andava a porsi tematicamente sul medesimo piano. Marzano chiedeva che: «il magistrato, eletto o non eletto, dovrebbe essere trasferito in una sede di suo gradimento e non dovrebbe esercitare *in loco*, né in altra sede della stessa circoscrizione, le funzioni giudiziarie, senza potere accampare la garanzia dell'inamovibilità»³⁴. In altre parole, toccava il periodo successivo all'eventuale elezione, e non quello pre-elettorale: il magistrato sarebbe stato eleggibile e sarebbe potuto risultare eletto nella circoscrizione in cui esercitava le funzioni. Ciò che si voleva evitare era che il magistrato bocciato dal voto o, se eletto, alla fine del mandato tornasse a render giustizia nella circoscrizione del voto. Insomma, non vi sarebbe stato luogo ad aspettativa pre-elettorale.

Sul punto del pericolo di una ineleggibilità assoluta dei ma-

³² Intervento di G. Giolitti, Camera dei deputati, Atti, seduta del 21 luglio 1923, 10956.

³³ Per la dottrina di epoca repubblicana che indaga sulla *ratio* dell'ipotesi di ineleggibilità relativa cfr. G. Treves, *Principi di diritto pubblico*, Torino, 1973, 111 e 112. Cfr. Corte cost., 29 marzo 1972, n. 58, in *Giur. cost.*, 1972, 266 ss., nonché l'opinione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato citata in V. Di Ciolo, *Sulla ineleggibilità dei magistrati nelle elezioni politiche*, cit., 333.

³⁴ Intervento di A. Marzano (Partito nazionale monarchico), Camera dei deputati, Atti, seduta del 2 marzo 1956, 23933.

gistrati delle giurisdizioni superiori le osservazioni del deputato Marzano convinsero sia il relatore di maggioranza del progetto di legge, Marotta, sia lo stesso Pignatelli, e dunque fu messo in votazione un emendamento modificativo, volto ad escludere i magistrati delle giurisdizioni superiori dal campo di applicazione della norma sull'ineleggibilità relativa. Al contrario, per quanto si fosse dichiarato favorevole lo stesso Pignatelli, non fu approvata la proposta di Marotta volta a escludere dal campo soggettivo di applicazione della norma i giudici amministrativi, esclusione che si sarebbe avuta con l'approvazione della locuzione «magistrati dell'ordine giudiziario»³⁵.

Nella seduta del 2 marzo 1956 furono così approvate le norme che stabilivano quale regola l'ineleggibilità relativa dei magistrati e l'esclusione dei magistrati superiori (ma non di quelli amministrativi) dal campo di applicazione della norma. Ed era altresì confermata l'obbligatorietà dell'aspettativa pre-elettorale ai fini della presentazione della candidatura.

Stabilita la regola dell'ineleggibilità relativa, furono affrontati ulteriori aspetti.

In primo luogo, si chiarì da quale momento si dovesse ritenere ineleggibile, in via relativa, il magistrato. La formula fatta propria nell'emendamento Pignatelli «al momento dell'accettazione della candidatura» incontrò le critiche del deputato avvocato Luzzatto, il quale propose una diversa formulazione: «al momento del collocamento in aspettativa». Ciò in quanto: «[si] devono collocare in aspettativa, per accettare la candidatura. Vi potrebbe essere l'ipotesi di un magistrato il quale per altri

³⁵ Si dichiarò contrario all'esclusione dei giudici amministrativi il deputato Formichella: «Adesso la discriminazione è portata anche più in là, perché l'onorevole ministro ci dice che l'emendamento si riferisce ai magistrati dell'ordine giudiziario e non già agli altri magistrati, ovverosia a quelli dell'ordine amministrativo: Corte dei conti, Consiglio di Stato ed altri [...] O la norma va applicata a tutti, oppure non va applicata a nessuno». Formichella avanzava ulteriori proposte di emendamento della legge elettorale del 1948, e colse l'occasione per dichiararsi contrario all'aspettativa pre-elettorale: «Noi non riteniamo infatti che il magistrato per potersi presentare candidato, debba porsi in aspettativa. L'aspettativa può conseguire quando il magistrato sia stato nominato deputato, e non deve essere condizione alla candidatura; altrimenti poniamo questo magistrato, il quale vuole esercitare un suo diritto, in una condizione di inferiorità di fronte agli altri», cfr. intervento di I. Formichella (Movimento sociale italiano), Camera dei deputati, Atti, seduta del 2 marzo 1956, 23934-23935.

motivi era già in aspettativa, e può essere candidato però soltanto con quei limiti che stabiliamo. Se l'aspettativa l'avesse presa quindici giorni prima, eluderebbe la legge». La formula dell'emendamento così proposta fu approvata³⁶.

In secondo luogo, fu sottolineato che escludere dal campo di applicazione dell'ineleggibilità relativa tutti i magistrati delle giurisdizioni superiori, senza che fosse indicato un termine minimo di assegnazioni alle relative funzioni, avrebbe potuto causare possibili elusioni della normativa. L'esempio portato all'attenzione del dibattito era riferito all'ipotesi di un magistrato addetto alla Corte di appello che il giorno prima della richiesta di aspettativa per candidatura politica avrebbe potuto ottenere l'assegnazione alla Corte di cassazione, con l'obiettivo di eludere l'ineleggibilità relativa. Il deputato Lucifredi suggerì allora di aggiungere il termine di sei mesi di assegnazione delle funzioni superiori, per godere dell'esclusione dall'ineleggibilità³⁷. Tale proposta non fu tuttavia approvata.

Durante il dibattito parlamentare sull'emendamento Pignatelli furono affrontati diversi altri temi, come ad esempio quello dell'aspettativa per mandato elettorale, ma se ne darà conto in seguito, quando sarà trattato il tema dello *status* del magistrato eletto.

3. L'ineleggibilità relativa in rapporto allo scioglimento anticipato delle Camere e alle elezioni suppletive: la prassi parlamentare.

L'estensione della disciplina sull'ineleggibilità relativa all'ipotesi di scioglimento anticipato delle Camere o di elezioni suppletive fu stabilita dalla legge 3 febbraio 1997, n. 13, con cui si modificò l'art. 8 della legge elettorale del 1957³⁸.

Prima della novella s'era creata una prassi di tenore opposto

³⁶ Intervento di L. M. Luzzatto (Partito socialista italiano), Camera dei deputati, Atti, seduta del 2 marzo 1956, 23938.

³⁷ Intervento di R. Lucifredi (Democratico cristiano), Camera dei deputati, Atti, seduta del 2 marzo 1956, 23938.

³⁸ 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.*

rispetto la soluzione individuata dal legislatore: la Giunta per le elezioni sosteneva che, nel caso di scioglimento anticipato delle Camere, per superare la causa di ineleggibilità relativa, fosse applicabile ai magistrati la norma di cui all'art. 7, ultimo comma, della legge elettorale del 1957, per quanto rivolta a soggetti diversi: «In caso di scioglimento della Camera dei deputati, che ne anticipi la scadenza di oltre centoventi giorni, le cause di ineleggibilità anzidette non hanno effetto se le funzioni esercitate siano cessate entro i sette giorni successivi alla data di pubblicazione del decreto di scioglimento nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana». In tal senso, la domanda di aspettativa pre-elettorale presentata nei sette giorni successivi la data del decreto di scioglimento avrebbe fatto cessare l'ineleggibilità relativa.

Tale era la posizione di maggioranza, contestata da chi, al contrario, sosteneva che nessun obbligo di aspettativa, se non espressamente previsto, potesse ricadere sul magistrato. In tal senso, la disciplina dell'art. 8 in tema di ineleggibilità relativa del magistrato doveva ritenersi esaustiva, stante il divieto di applicazione analogica in tema di limitazione dei diritti e delle libertà costituzionali³⁹.

Sulla scorta degli orientamenti illustrati, la Giunta per le elezioni ebbe modo di convalidare l'elezione (contestata) di un magistrato che s'era dimesso nei sette giorni successivi lo scioglimento anticipato delle Camere, facendo leva sull'art. 7 della legge elettorale del 1957.

Le motivazioni della convalida presero le mosse dalla disamina della *ratio* sottesa alle norme in questione⁴⁰.

In primo luogo fu ricordato che nella materia elettorale v'è un corpo omogeneo di norme, da un lato volte a proteggere una serie di beni costituzionali (fra questi la libertà di voto, l'imparzialità della giustizia e il prestigio dell'ordine giudiziario), da altro lato volte a impedire l'utilizzo ai fini elettorali di un determinato ufficio pubblico. Come conseguenza, la Giunta per le elezioni aderì alla tesi che nella materia elettorale fossero utilizza-

³⁹ Intervento di A. Soda (Democratici di sinistra – L'Ulivo), Camera dei deputati, Atti, seduta del 25 novembre 1996, 987. In dottrina vedi V. Di Ciolo, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica. Aspetti generali e profili strutturali*, Milano, 1980, 195.

⁴⁰ V. Di Ciolo, *Sulla eleggibilità dei magistrati nelle elezioni politiche*, cit., 335 e 336.

bili l'interpretazione analogica e l'interpretazione sistematica: proprio al fine di dare la più ampia garanzia di tutela.

Da tali premesse derivava una prima conseguenza: poiché le norme limitative dell'elettorato passivo hanno natura eccezionale (essendo quella dell'eleggibilità la regola), non sarebbe stato possibile applicare alla materia elettorale dei magistrati una normativa deteriore rispetto alle altre categorie di eleggibili. L'esclusione dei magistrati dall'ambito di applicazione dell'ultimo comma dell'art. 7 (dovuta all'interpretazione letterale della norma) avrebbe d'altronde creato una disparità di trattamento tra categorie di eleggibili: alcuni (tutti gli impiegati pubblici) avrebbero potuto superare l'ineleggibilità con la presentazione della domanda di aspettativa nei sette giorni successivi la data del decreto di scioglimento, altri (i magistrati) non avrebbero potuto avvalersi di tale possibilità.

Una siffatta discriminazione, esaminata alla stregua dei principi costituzionali, e in particolare dell'art. 51, comma 1, Cost., appariva alla Giunta irragionevole e incoerente. Infatti, in caso di scioglimento anticipato delle Camere non vi sarebbe stata alcuna violazione della *ratio* dell'ineleggibilità territoriale, posta nella volontà di evitare il pericolo di una *captatio benevolentiae*, in quanto l'imprevedibilità dell'evento non avrebbe consentito al futuro candidato di utilizzare l'ufficio giudiziario ai fini elettorali, né al contempo avrebbe consentito al candidato di porre l'elettore in uno stato di sudditanza psicologica, tale da compromettere il libero esercizio del voto. Alle medesime conclusioni si giungeva tenuto conto dei beni dell'imparzialità e del prestigio dell'ordine giudiziario: ancora una volta l'imprevedibilità dell'evento non avrebbe compromesso l'esigenza, di natura costituzionale, che il magistrato fosse, e apparisse nella sua immagine, imparziale.

La prassi dunque di ritenere applicabile l'art. 7, ultimo comma, della legge elettorale del 1957, per quanto avesse incontrato spesso le resistenze di chi riteneva non doversi applicare la norma per via analogica, rimase costante sino al 1996.

3.1. Il progetto di legge Vito sull'ipotesi d'ineleggibilità relativa in caso di scioglimento anticipato delle Camere e l'emendamento Frattini sull'ipotesi di elezioni suppletive.

Con il progetto di legge n. 2638 d'iniziativa parlamentare, presentato nel corso della XIII Legislatura, a prima firma del de-

putato Vito⁴¹, si proponeva dunque d'intervenire sulla lacuna normativa che, come detto, era stata colmata per via ermeneutica.

Il progetto di legge Vito era composto di un solo articolo che così disponeva: «All'articolo 8, primo comma, del testo unico recante norme per la elezione della Camera dei deputati, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, dopo le parole «I magistrati – esclusi quelli delle giurisdizioni superiori» sono inserite le seguenti: «e anche in caso di scioglimento anticipato delle Camere». Così disponendo, si sarebbe evitata l'interpretazione analogica dell'art. 7 che aveva sollevato parecchi dubbi, e in modo espresso si sarebbe imposto ai magistrati, in ogni caso, anche per l'appunto nell'ipotesi di scioglimento anticipato, l'aspettativa da almeno centottanta giorni al fine di evitare l'ineleggibilità.

A sostegno della propria proposta il deputato Vito richiamava ancora una volta l'attenzione sulla *ratio* dell'ineleggibilità relativa. Se si voleva evitare che il magistrato spendesse il proprio ufficio per il consenso elettorale, non si poteva che sancire in termini assoluti, indipendente dal fatto che lo scioglimento fosse per così dire naturale o anticipato, l'ineleggibilità dei magistrati nelle circoscrizioni sottoposte al proprio ufficio, nei centottanta giorni precedenti la data di accettazione della candidatura: «poiché la loro posizione istituzionale crea una situazione oggettivamente idonea a indurre nel tempo una *captatio benevolentiae* (che certamente, nei casi di scioglimento anticipato, non può venir meno per il solo fatto della cessazione delle funzioni entro sette giorni dalla data di pubblicazione del decreto di scioglimento)». Pur non ritenendo che il termine di sei mesi fissato dalla legge garantisse appieno contro i pericoli della *captatio*, esso comunque appariva indispensabile «affinché tali effetti possano ritenersi esauriti o almeno depotenziati».

D'altra parte, sostenere che l'imprevedibilità dell'evento – lo scioglimento anticipato delle Camere – avrebbe comportato il rischio di trasformare l'ipotesi di ineleggibilità da relativa

⁴¹ Il progetto di legge n. 2638, *Modifica all'art. 8 del testo unico 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*, cfr. E. Vito (Forza Italia), Camera dei deputati, Atti, seduta del 26 novembre 1996, 7716.

ad assoluta, non avrebbe dovuto compromettere il giudizio sulla proposta di modifica della normativa elettorale, che anche da tale punto di vista doveva considerarsi: «una scelta legislativa [...] equilibrata rispetto ai principi ispiratori della normativa in materia e alle disposizioni riguardanti gli altri soggetti pubblici». Ciò considerato che, da un lato, nel caso di scioglimento ordinario, i magistrati erano pur sempre destinatari «privilegiati» di un trattamento di favore rispetto alle altre categorie di ineleggibili, poiché la loro ineleggibilità era limitata, temporalmente, dal termine semestrale e, territorialmente, dalla circoscrizione in cui avevano operato; mentre, dal punto di vista territoriale, per tutti gli altri eleggibili, l'ineleggibilità era assoluta in quanto estesa a tutto il territorio nazionale. Da altro lato, nei casi di scioglimento anticipato, pur mantenendo la medesima preclusione territoriale, i magistrati avrebbero potuto candidarsi liberamente e senza limiti connessi alla cessazione delle funzioni, in qualsiasi circoscrizione diversa da quella in cui avevano operato. Si aggiungeva poi (con un argomento francamente suggestivo) che i magistrati avrebbero potuto prevedere lo scioglimento anticipato: «il dibattito politico nel nostro Paese è ormai così avanzato, ampio e diffuso che sicuramente la sua evoluzione è a conoscenza dell'opinione pubblica, come lo è la possibilità che si verifichi un evento che, se è vero che è traumatico, è altrettanto vero che non è mai stato improvviso»⁴².

In sintesi, il deputato Vito riteneva che, con l'accoglimento della sua proposta, la posizione dei magistrati divenisse: «per un verso, più limitata (con una preclusione assoluta per la circoscrizione in cui hanno operato negli ultimi sei mesi, conseguente all'oggettiva idoneità della carica giudiziaria ad influire sul consenso elettorale), per altro verso più ampia (con la possibilità di presentarsi, senza vincoli temporali, in qualsiasi altra circoscrizione rispetto a quella del proprio ufficio, in relazione alla presunzione di assenza di rischi di *captatio benevolentiae*). In definitiva l'obiettivo era fissato nel dare la giusta importanza alla peculiare rilevanza della posizione del magistrato rispetto al territorio sottoposto alla propria giurisdizione, ai fini dei rischi della acquisizione di consenso elettorale».

Nel dibattito numerosi interventi provenienti da parlamenta-

⁴² Cfr. ancora E. Vito, cit., 7719. Il virgolettato che segue è da riferirsi, ancora una volta, all'intervento del deputato Vito.

ri appartenenti a opposte forze politiche furono a favore della proposta di legge Vito; pochi invece i contrari.

La discussione parlamentare ruotò intorno all'art. 3 Cost.: il punto da chiarire era se una disciplina differenziata avrebbe posto i magistrati in una posizione peggiore rispetto a tutte le altre categorie di eleggibili.

I favorevoli ritenevano che la proposta del deputato Vito fosse coerente col quadro costituzionale di riferimento, tanto avendo riguardo alla legittimità di condizionamenti all'elettorato passivo dei magistrati, quanto alla previsione di una disciplina più severa, rafforzata, rispetto agli altri pubblici impiegati. Sul primo punto era ricordato come la Costituzione già prevedesse che il diritto all'elettorato passivo fosse condizionato da limiti posti dalla legge, e che quindi dovesse ritenersi non assoluto né a espansione illimitata ma, al contrario, comprimibile nei limiti del doveroso e ragionevole rispetto di altri beni costituzionali. Beni consistenti, per la magistratura, nell'autonomia e nell'indipendenza, nell'autogoverno e nell'inamovibilità di sede, e infine nell'obbligatorietà dell'azione penale: quindi in un quadro di garanzie riservate alla magistratura affinché nessuna interferenza di ordine gerarchico, di natura politica, e altresì nessun condizionamento di vita o di carriera potesse incidere sull'esercizio della funzione giurisdizionale. Sul secondo punto, riguardante la previsione di una disciplina speciale (e più severa), il deputato ricordava l'orientamento della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 172 del 1982⁴³, si era pronunciata sulla disciplina limitativa dell'elettorato passivo dei magistrati, respingendo le censure mosse sulla regolamentazione più restrittiva rispetto agli altri funzionari o soggetti investiti di pubbliche funzioni. Se per questi ultimi era ricordato l'obbligo generale di imparzialità, ai sensi dell'art. 97 Cost., per i magistrati la delicata funzione esercitata, incidente sulle libertà dei cittadini, e le garanzie connesse avrebbero dovuto imporre una disciplina più fortemente limitativa. Sotto questo profilo, dunque, ulteriori limitazioni all'elettorato passivo, come quella di cui alla proposta di legge del deputato Vito, non sarebbero state censurabili alla luce dell'art. 3 Cost., apparendo del tutto ragionevole dettare discipline differenziate per soggetti versanti in situazioni diver-

⁴³ Corte cost., 26 ottobre 1982, n. 172 in *Giur. cost.* 1982, 1746 ss.; *Giust. civ.*, 1982, 2900; *Foro it.*, 1983, 2678; *Giur. it.* 1983, 353.

se. Né la proposta del deputato Vito sarebbe stata censurabile in virtù dell'art. 51, comma 1, Cost., laddove si afferma il diritto di tutti i cittadini di accedere alle cariche pubbliche ed elettive, poiché «più forte e peculiare e singolare ed unica» è la posizione dei magistrati. Proprio per i magistrati, dunque, pareva necessario attuare delle condizioni oggettive per evitare la strumentalizzazione della carica ai fini dell'acquisizione del consenso elettorale, ma ancor più necessaria si mostrava l'esigenza di preservare il magistrato dal sospetto di una tale possibile strumentalizzazione: «per effetto di quei particolari ed inevitabili rapporti di amicizia o di risentimento, di consenso o di dissenso, di riconoscenza o di avversione che l'esercizio della funzione giurisdizionale, per sua natura, comporta»⁴⁴.

Tuttavia, secondo i contrari, la proposta di legge in discussione avrebbe operato una analogia in *mala partem* in violazione dell'art. 3 Cost., e avrebbe creato un privilegio odioso a danno dei singoli magistrati ai quali sarebbe stato impedito di candidarsi, addirittura, nella propria regione: «In realtà in quest'aula si vuol far prevalere il partito di coloro che vogliono sempre meno magistrati in Parlamento»⁴⁵. Dello stesso avviso fu l'intervento, in dissenso rispetto il gruppo parlamentare di appartenenza, del deputato magistrato Miraglia Del Giudice, che denunciava quello che appariva essere l'intento celato nella proposta Vito: «eliminare il più possibile l'intervento dei magistrati in Parlamento ed attraverso il provvedimento in discussione ciò viene reso possibile»⁴⁶. E del deputato Bonito, secondo cui i tempi del dibattito apparivano stranamente celeri: «E io mi chiedo come oggi non si possa non vivere questo momento di diffidenza e di sospetto quando si legge che la proposta di legge dell'onorevole Vito è stata presentata il 6 novembre scorso e viene discussa ed approvata il 26 successivo!».

Per completezza, si ricordi che durante la discussione parlamentare il deputato Frattini (tra l'altro Consigliere di Stato) propose l'emendamento volto ad ampliare la proposta Vito alle ipotesi di elezioni suppletive: «Nel raccomandare pertanto l'appro-

⁴⁴ Intervento di A. Soda, cit., 7655-7656.

⁴⁵ Intervento di C. Carrara (Centro cristiano democratico), Camera dei deputati, Atti, seduta del 26 novembre 1996, 7709.

⁴⁶ Intervento di N. Miraglia Del Giudice (Alleanza Nazionale), Camera dei deputati, Atti, seduta del 26 novembre 1996, 7715-7716.

vazione del testo in esame, si riserva la presentazione di un emendamento nel corso dell'esame in Assemblea volto a precisare che le disposizioni dell'art. 8 nel testo che risulterebbe modificato nei termini proposti siano estese anche alle ipotesi di elezioni suppletive, corrispondendo in tal senso ad una esigenza che, ancorché diversa, è tuttavia connessa a quella appena esaminata»⁴⁷. Le motivazioni a favore si basavano sulle argomentazioni a fondamento stesso dell'ipotesi di ineleggibilità relativa: la genuina e libera espressione del voto e la tutela dell'imparzialità dell'amministrazione della giustizia e dunque il prestigio dell'ordine giudiziario⁴⁸.

4. Il regime dell'ineleggibilità relativa nella normativa vigente.

All'esito del dibattito appena ricordato è stata introdotta la regola attualmente vigente, e contenuta nel riformato art. 8, comma 1, della legge elettorale del 1957 (che si applica anche alle elezioni al Senato della Repubblica)⁴⁹: i magistrati non pos-

⁴⁷ Resoconto della I Commissione permanente Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni, in sede referente, seduta del 25 novembre 1996.

⁴⁸ Cfr. ancora la proposta di legge Atto Camera 2188-A, cit. L'art. 1 prevede un regime di incandidabilità, in luogo dell'ineleggibilità, con la conseguente preclusione per il magistrato di presentare la candidatura, siccome l'incandidabilità è sollevata dagli uffici elettorali in sede di vaglio sull'ammissione delle liste elettorali (mentre l'ineleggibilità non esclude la candidatura del magistrato, dato che essa produce i suoi effetti in un momento successivo, ossia dopo lo svolgimento delle elezioni). In particolare, l'art. 1, comma 1, stabilisce che i magistrati non possano essere candidati alle elezioni europee, politiche e regionali e alla carica di consigliere delle province autonome, nonché alla carica di sindaco e consigliere metropolitano, se prestino servizio o lo abbiano prestato nei cinque anni precedenti l'accettazione della candidatura presso sedi o uffici giudiziari con competenza ricadente, in tutto o in parte, nella circoscrizione elettorale. Si osservi che il comma così formulato solleva dubbi di legittimità costituzionale, in quanto è idoneo a ledere il diritto all'elettorato passivo di talune categorie di magistrati, quelli delle giurisdizioni superiori, che hanno giurisdizione su tutto il territorio nazionale. Sotto il profilo soggettivo, tale norma si applica ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, e ai magistrati fuori ruolo. Sono invece esclusi i magistrati onorari, la cui incandidabilità è disciplinata dal successivo art. 10, sul punto vedi capitolo terzo, sezione I, prima parte, paragrafo 2.

⁴⁹ Si veda l'art. 5 d. lgs. 20 dicembre 1993, n. 533, *Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica*.

sono essere validamente eletti nel territorio della loro giurisdizione o in quello nel quale avevano esercitato l'ufficio sei mesi prima dell'indizione dei comizi elettorali. Questo vale anche nel caso di scioglimento anticipato delle Camere e per le elezioni suppletive. Sono esclusi dal campo di applicazione della norma i magistrati delle giurisdizioni superiori.

La proposta Vito segna un passaggio netto da un regime unitario delle cause di ineleggibilità riguardanti l'elettorato passivo di soggetti incaricati di pubblici servizi, a un regime speciale, giustificato dalla necessità di bilanciare i beni costituzionali in gioco: un ritorno a uno dei criteri che aveva caratterizzato la normativa elettorale di epoca liberale per cui, di regola, i magistrati (insieme a poche altre categorie) erano destinatari di una disciplina a loro dedicata, volendo con ciò segnare la peculiarità dell'ufficio ricoperto.

5. L'effettivo esercizio di funzioni giudiziarie quale elemento integrante la fattispecie dell'ineleggibilità.

Si è discusso se l'ineleggibilità prevista dall'art. 8 della legge elettorale del 1957 ricorra anche nel caso in cui il magistrato, nei sei mesi antecedenti l'accettazione della candidatura, sia stato assegnato alla circoscrizione (nella quale è stato eletto senatore e deputato) senza però aver mai esercitato le funzioni giudiziarie. Si è dibattuto, cioè, se ai fini della ineleggibilità debba prevalere il fatto formale dell'assegnazione ad un ufficio giudiziario o l'effettivo comportamento tenuto dal magistrato stesso.

Il caso è stato affrontato dalla Giunta per le elezioni e dalla giurisprudenza amministrativa.

La Giunta per le elezioni convalidò l'elezione alla Camera dei deputati di un magistrato sul presupposto che ai fini dell'elezione debba prevalere il fatto sostanziale dell'effettiva assegnazione alle funzioni e non, al contrario, il fatto formale dell'assegnazione alla sede⁵⁰. Sulla stessa linea il Consiglio di Stato che, in un caso riguardante l'elezione di un giudice conciliatore, non ravvisò alcuna violazione dell'art. 2, comma 6, della

⁵⁰ Vedi sul punto le argomentazioni sostenute alla Camera dei deputati nella seduta del 23 febbraio 1961. In dottrina vedi V. Di Ciolo, voce *Incompatibilità ed ineleggibilità parlamentari*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1987, nota 46, vedi altresì Id., *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., 194.

legge 23 aprile 1981 n. 154 (secondo cui non sono eleggibili a consigliere comunale nel Comune nel quale esercitano le loro funzioni, i magistrati addetti alle Corti di appello, ai Tribunali, alle Preture e ai Tribunali amministrativi regionali nonché i vicepretori onorari e i giudici conciliatori), poiché non aveva più operato come giudice di conciliazione nel Comune dove era presente l'ufficio di assegnazione, e nel quale sarebbe stato ineleggibile secondo le norme di legge. D'altronde: «l'ineleggibilità in esame, secondo l'esatto disposto della norma, fa riferimento all'effettivo ed attuale esercizio delle funzioni giurisdizionali alla data della consultazione elettorale»⁵¹.

6. Il rapporto tra l'ineleggibilità relativa e l'aspettativa pre-elettorale.

In precedenza si è detto che l'aspettativa pre-elettorale perse la natura di diritto potestativo, essendo stata subordinata la concessione (e subordinati gli effetti) all'accettazione della candidatura da parte del magistrato.

Nella stessa occasione il Consiglio superiore della magistratura affrontò un altro quesito, riguardante la possibilità di rimuovere l'ipotesi dell'ineleggibilità relativa di cui all'art. 8, comma 1, prima parte, attraverso una tempestiva domanda di collocamento in aspettativa, volta a sospendere le funzioni dell'ufficio giurisdizionale⁵².

La soluzione affermativa fece leva su un duplice ordine di motivazioni⁵³.

⁵¹ Consiglio di Stato, sez. V, 6 giugno 1996, n. 687, in *Foro amm.*, 1996, 1897.

⁵² L'art. 1, comma 2 della proposta di legge 2188-A, cit., prevede che siano in ogni caso incandidabili i magistrati togati che, all'atto dell'accettazione della candidatura, non siano in aspettativa da almeno sei mesi. Con tale disegno di legge si propone dunque di superare l'attuale normativa secondo cui sono ineleggibili i candidati che non si trovino in aspettativa all'atto dell'accettazione della candidatura. Peraltro, un analogo regime di incandidabilità è previsto anche in caso di scioglimento anticipato delle Camere o di elezioni suppletive. Secondo il successivo comma 3, le esaminate ipotesi di incandidabilità e di obbligo di aspettativa non si applicano se i magistrati hanno cessato di appartenere all'ordine giudiziario da almeno due anni (ad esempio per pensionamento o dimissioni).

⁵³ Si veda il parere n. 3802 del 2005 reso dall'ufficio studi alla quarta commissione del Consiglio superiore della magistratura, *Richiesta della Quarta Commissione di un parere in ordine alla posizione del magistrato che, a sua richie-*

Da un lato, per quanto il diritto all'elettorato passivo fosse bilanciabile con altri beni costituzionali, come ad esempio il buon andamento della giustizia e il prestigio dell'ordine giudiziario, il condizionamento avrebbe dovuto trovare limite nel "sacrificio del diritto", non giustificabile dato il portato costituzionale dell'elettorato passivo, di cui all'art. 51 Cost. Il divieto per il magistrato di essere eletto nella circoscrizione elettorale sottoposta alla giurisdizione dell'ufficio di appartenenza, nell'ipotesi in cui il magistrato, in un periodo di sei mesi anteriore all'accettazione di una eventuale candidatura, avesse sospeso le proprie funzioni collocandosi in aspettativa, si sarebbe posto non come legittimo condizionamento del diritto all'elettorato passivo, bensì come disconoscimento dello stesso, residuando al magistrato l'unica soluzione di candidarsi altrove. D'altronde, il superamento del limite, a differenza di quanto avviene per altri soggetti investiti di cariche pubbliche, non sarebbe potuto avvenire attraverso il ricorso allo strumento del trasferimento, giacché sarebbe potuto essere non tempestivo, date le complessità dell'*iter* procedurale. Sicché, l'esatta portata del limite si sarebbe dovuto ricostruire secondo un criterio di ragionevolezza, che conducesse al riconoscimento dell'aspettativa quale causa di rimozione dell'ineleggibilità relativa.

Da altro punto di vista, la necessità di bilanciare i beni costituzionali in gioco non avrebbe dovuto giustificare un trattamento peggiore del magistrato rispetto al trattamento riservato ad altre categorie di ineleggibili, incaricati di pubbliche funzioni. In tal senso il contenuto dell'art. 7, comma 2, della legge elettorale del 1957, secondo cui l'ineleggibilità assoluta si può superare con il collocamento in aspettativa accompagnata dall'effettiva astensione da ogni atto inerente l'ufficio ricoperto, è parso esprimere una tendenza di ordine generale applicabile anche ai magistrati in virtù di una interpretazione sistematica, e non analogica, delle cause di ineleggibilità. In tal senso il Consiglio superiore della magistratura ricordava come il dibattito parlamentare sulla modificazione dell'art. 8, attuato con la legge n. 13 del 1997, confermasse l'impostazione volta ad attribuire alla domanda di aspettativa presentata dal magistrato tempestivamente

sta, viene collocato in aspettativa per motivi elettorali sotto il profilo della data di decorrenza dell'aspettativa e degli effetti della stessa sul trattamento giuridico ed economico in caso di mancata accettazione della candidatura, Roma, 21 febbraio 2005.

(ossia nei sei mesi antecedenti l'accettazione della candidatura) l'efficacia di una causa di rimozione dell'ineleggibilità. In effetti, facendo riferimento alla relazione introduttiva del progetto di legge Vito, si può notare come venisse messo in particolare risalto l'effetto preclusivo, di mero fatto e non di diritto, alla presentazione di una candidatura nella circoscrizione elettorale di riferimento «della imprevedibilità dello scioglimento anticipato delle Camere», che non avrebbe consentito al magistrato di candidarsi nella propria circoscrizione elettorale chiedendo una tempestiva richiesta di collocamento in aspettativa. Tale ragionamento presupponeva che la stessa aspettativa fosse considerata idonea a rimuovere l'ineleggibilità relativa.

D'altronde, tale impostazione trovava conforto nella consolidata giurisprudenza della Giunta per le elezioni che non soltanto aveva deciso per l'applicazione dell'aspettativa al fine di superare la causa di ineleggibilità relativa, ma s'era preoccupata di ricostruire in via interpretativa la norma da applicare, sul presupposto che si fosse in presenza di una lacuna normativa.

In particolare, nella prima parte del comma 1 dell'art. 8 erano individuate due ipotesi: da un lato, l'assegnazione formale del magistrato a un ufficio e, dall'altro, l'espletamento delle funzioni giudiziarie. Su tale premessa la Giunta si era domandata se le ipotesi suddette dovessero ritenersi autonome o sussidiarie. Nel primo caso vi sarebbero state due distinte, e appunto autonome, cause di ineleggibilità senza necessità che concorressero. Il magistrato sarebbe stato ineleggibile se nei sei mesi precedenti la data di accettazione della candidatura fosse stato assegnato a un ufficio compreso nella circoscrizione elettorale in cui si sarebbe voluto candidare o, in alternativa, nel caso in cui nella medesima circoscrizione avesse esercitato le proprie funzioni giurisdizionali. Nel secondo caso vi sarebbero state due cause di ineleggibilità tra loro collegate, da cui sarebbe dovuto discendere la necessità di un loro concorso al fine dell'ineleggibilità. Di conseguenza, si sarebbe dovuta escludere l'ineleggibilità del magistrato nel caso in cui all'assegnazione formale non fosse corrisposto, sul piano sostanziale, l'espletamento delle funzioni giudiziarie.

Propendendo per la seconda delle ipotesi illustrate, nella seduta del 23 febbraio 1961, la Camera dei deputati respinse la proposta della Giunta per elezioni di annullare l'elezione di un deputato magistrato decidendo, di conseguenza, di convalidarne l'elezione, sebbene assegnato nei sei mesi precedenti la data di accettazione della candidatura presso un ufficio giudiziario compreso

nella circoscrizione elettorale: ciò sul rilievo che al di fuori della formale assegnazione, il magistrato non avesse esercitato le funzioni giudiziarie. Parimenti, tale prassi trovava conferma anche al Senato dove fu convalidata l'elezione di un senatore per la Regione Sicilia, sebbene dichiarata contestata dalla Giunta per le elezioni con delibera del 13 novembre del 1975. Ulteriore conferma di tale orientamento si ha nella prassi consolidata dello stesso Consiglio superiore, dove si può notare un generale atteggiamento favorevole nel concedere l'aspettativa al magistrato, richiesta con l'obiettivo di acquisire la cessazione delle funzioni tempestivamente, al fine di rimuovere la causa di ineleggibilità relativa⁵⁴.

Secondo un altro orientamento, più restrittivo e minoritario, l'aspettativa non era applicabile nel caso di assegnazione, seppur soltanto formale, di un magistrato all'ufficio giudiziario compreso nella circoscrizione d'elezione, nel periodo previsto dalla legge: in caso di concessione, l'aspettativa non avrebbe prodotto quegli effetti, tipici, di cessazione della causa di ineleggibilità. In primo luogo perché l'art. 8, nel prescrivere l'ineleggibilità del magistrato, candidato in una circoscrizione sottoposta alla giurisdizione dell'ufficio al quale risulta assegnato, o presso il quale ha esercitato le funzioni giurisdizionali nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura, disciplina la causa di ineleggibilità in modo differente rispetto all'art. 7, che si occupa di altre categorie di funzionari dello Stato. Infatti, mentre l'art. 7 stabilisce espressamente che la cessazione delle funzioni deve avvenire attraverso «l'effettiva astensione da ogni atto inerente all'ufficio rivestito, preceduta [...] dal trasferimento [...] ovvero dal collocamento in aspettativa», l'art. 8 non prevede alcuna particolare disciplina, non consentendo, quindi, alcuna deroga al magistrato. Il magistrato, così ragionando, sarebbe in ogni caso ineleggibile nella circoscrizione ricompresa nell'ambito della giurisdizione del proprio ufficio.

L'orientamento appena illustrato privilegia l'interpretazione letterale della norma. Infatti, l'art. 8, facendo espresso riferimen-

⁵⁴ Da ultimo si veda la delibera del 15 novembre 2000, con la quale il Consiglio superiore della magistratura dispose per un magistrato il collocamento in aspettativa per motivi elettorali dalla data della domanda «sino alla scadenza del termine per la presentazione delle candidature, o in caso di accettazione della medesima, sino alla proclamazione dei risultati della consultazione elettorale».

to all'ineleggibilità del magistrato nel caso in cui fosse stato «assegnato all'ufficio» compreso nella circoscrizione elettorale, non avrebbe dovuto lasciare alcun dubbio all'interprete che l'assegnazione, per quanto solamente formale, fosse sufficiente a costituire un impedimento oggettivo a una valida elezione. L'aspettativa, quindi, non avrebbe prodotto alcun effetto sul piano dell'eleggibilità, ma avrebbe avuto un effetto, sospensivo, soltanto sul rapporto di lavoro, in conseguenza del quale sarebbe venuto meno l'obbligo di prestazione lavorativa. Non vi sarebbe stata, quindi, alcuna lacuna normativa nell'art. 8, da colmarsi mediante l'interpretazione sistematica dell'art. 7: vi sarebbe stata, al contrario, una precisa scelta del legislatore volta a impedire al magistrato, in via assoluta, di candidarsi nella circoscrizione in cui ha il proprio ufficio, non superabile con un tempestivo collocamento in aspettativa.

Altresì, a sostegno di tale orientamento erano richiamate le novità introdotte dalla legge n. 13 del 1997, secondo cui l'art. 8 era applicabile anche in caso di «scioglimento anticipato della Camere dei deputati o di elezioni suppletive». Sin dalla relazione introduttiva alla proposta di legge Vito, d'altronde, emerse l'intenzione del legislatore volta a contrastare l'interpretazione sistematica e analogica dell'art. 7, ultimo comma, che ne aveva esteso il campo di applicazione soggettivo sino a comprendere magistrati. E gli interventi già ricordati del deputato magistrato Frattini (seduta del 25 novembre 1996, I Commissione in sede referente) fecero emergere l'intento di considerare, da un lato, le norme contenute nell'art. 8 come ipotesi autonome e, dall'altro, la posizione del magistrato rispetto agli altri soggetti incaricati di pubblici uffici meritevole di un trattamento più restrittivo (dati i beni costituzionali coinvolti). D'altronde, ricordava il senatore Elia durante l'intervento dell'11 dicembre 1996, l'art. 8 era volto a tutelare l'immagine di imparzialità delle funzioni giurisdizionali, potenzialmente compromessa da un passaggio immediato, senza alcun intervallo temporale, tra la posizione di magistrato e quella di candidato. Secondo tale orientamento, quindi, la modificazione avuta con la legge n. 13 del 1997 avrebbe avuto una forza innovativa, essendo in grado di palesare l'intento di impedire al magistrato di poter presentare una propria candidatura nella circoscrizione di appartenenza, per quanto fosse intervenuta una tempestiva domanda di aspettativa. Anche da tale punto di vista si sarebbe dovuta prediligere l'interpretazione letterale dell'art. 8: siccome «l'assegnazione» è un elemento del-

la fattispecie, non sarebbe stata assumibile a causa di rimozione dell'ineleggibilità la cessazione *de facto* delle funzioni.

In sintesi, l'orientamento di minoranza riteneva di non dover riconoscere all'aspettativa l'effetto di rimuovere la causa di ineleggibilità relativa, tanto per il tenore letterale della norma, quanto per l'intervento normativo del 1997, dove si espresse la volontà del legislatore di trattare i magistrati secondo un regime speciale.

Tale orientamento, inoltre, trovava conforto in alcuni interventi consiliari: il riferimento è alla risoluzione del 19 giugno 1996 che, nell'indicare l'impossibilità di applicare in via interpretativa l'ultimo comma dell'art. 7 ai magistrati in caso di scioglimento anticipato delle Camere suggeriva un intervento normativo in materia.

Per tornare dunque al quesito iniziale, si può giungere a conclusioni diverse a seconda della prospettiva accolta.

Considerando l'orientamento maggioritario, l'aspettativa decorre dal momento della domanda dell'interessato, sempre che il Consiglio superiore della magistratura riconosca che la domanda non sia plausibile allo stato dei fatti: ossia quando il magistrato presenti la domanda in un periodo così prossimo alle consultazioni elettorali (inferiore ai sei mesi) da rendere l'aspettativa inidonea a rimuovere la causa di ineleggibilità relativa. Tale soluzione sarebbe quindi suggerita dall'esigenza di tutelare i beni costituzionali del buon andamento, dell'efficienza, della tempestività e della imparzialità dell'amministrazione giudiziaria, ostativi al soddisfacimento di una domanda di aspettativa non idonea a produrre l'effetto di eliminare la causa di ineleggibilità relativa. In tal senso, l'aspettativa non potrebbe – ancora una volta – essere considerata un vero e proprio diritto potestativo del magistrato.

In caso contrario, invece, qualora si neghi l'applicabilità dell'aspettativa ai magistrati nell'ipotesi di cui alla prima parte, primo comma dell'art. 8, e dunque si neghi che essa possa esplicare l'effetto tipico di rimuovere la causa di ineleggibilità prevista nei confronti dei magistrati, il quesito stesso non avrebbe ragione d'essere formulato.

7. Il trattamento giuridico ed economico del magistrato e l'accettazione della candidatura.

La disamina delle conseguenze sul piano giuridico ed economico della mancata accettazione della candidatura da parte

del magistrato in aspettativa pre-elettorale è stata oggetto di una apposita indagine da parte del Consiglio superiore della magistratura. Il Consiglio superiore è giunto a prospettare diverse conclusioni, a seconda della soluzione che s'intenda dare al quesito poc'anzi affrontato inerente la data di decorrenza dell'aspettativa.

Se l'aspettativa deve avere inizio a partire dal giorno antecedente a quello dell'accettazione, previa espressa comunicazione dell'interessato (in quell'ottica di collaborazione informativa a cui si è fatto in precedenza cenno), l'ipotesi di una mancata accettazione non dovrebbe verificarsi, atteso che vi sarebbe un nesso di interdipendenza reciproca tra collocamento in aspettativa e l'accettazione della candidatura.

Tuttavia, nel caso in cui l'aspettativa venga concessa sei mesi prima della data di accettazione della candidatura per superare la causa di ineleggibilità relativa – e si è detto come questo rientri in un prassi consolidata e sia ritenuta dallo stesso Consiglio superiore una pratica che risponde a precise esigenze di ordine costituzionale – occorre indagare sul trattamento giuridico ed economico riservato al magistrato.

Gli aspetti da approfondire in verità sono due: da un lato, la posizione del magistrato in aspettativa pre-elettorale che non accetti, poi, la candidatura; dall'altro, il trattamento giuridico ed economico per il periodo di aspettativa goduto.

Sotto il primo profilo, il Consiglio superiore, già con la risoluzione del 19 giugno 1996, ebbe modo di rilevare una lacuna normativa in ordine all'ipotesi del rientro del magistrato che, dopo aver chiesto e ottenuto l'aspettativa per mandato elettorale, non avesse accettato la candidatura. Il rischio (sul piano dei valori costituzionali) che sorge in una siffatta situazione, è di appannare l'immagine di indipendenza del magistrato: il sospetto che il magistrato abbia invano ricercato una candidatura in un posto utile all'elezione (sospetto ancor più concreto dall'introduzione delle liste bloccate avuta con la legge elettorale del 2005, e dei capi-lista bloccati, di cui alla legge del 2015).

Il quadro non è stato chiarito neppure dalla normativa secondaria del Consiglio stesso. Infatti, la circolare n. 15098 del 30 novembre 1993 (e successive modificazioni), in tema di trasferimenti e assegnazioni per conferimenti di funzioni, nei paragrafi XXV e XXVI del titolo V, regola due casi parzialmente diversi e quindi non assimilabili con quello in esame: da un lato, la destinazione dei magistrati al termine dell'aspettativa per avve-

nuta presentazione di candidatura alle elezioni politiche o amministrative (non eletti) e, dall'altro, il richiamo in ruolo successivo alla scadenza del mandato. Sul piano legislativo, altresì, non vi è alcuna disposizione che riguardi tale ipotesi, atteso che il divieto quinquennale di esercitare le funzioni nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni, di cui al comma 2 dell'art. 8 della legge elettorale del 1957, riguarda solamente i magistrati candidati e non eletti.

Di fronte a tale "silenzio" l'unico dato desumibile è quello offerto, in via generale, dalla circolare consiliare n. 3182 dell'11 aprile 1980 che, in tema di rientro in servizio da congedo o aspettativa, ha stabilito che il magistrato che si assenti dall'ufficio, per legittimo impedimento di qualsiasi natura e durata, è tenuto a riprendere il suo posto non appena l'impedimento venga a cessare. Tale norma è stata considerata dal Consiglio stesso quale principio generale⁵⁵ e dunque è stata applicata ai casi sottoposti al suo esame, dove il Consiglio si è limitato a prendere atto della mancata accettazione della candidatura da parte del magistrato, ritenendo l'assenza dall'ufficio giustificata⁵⁶.

Per quanto attiene invece più strettamente ai profili giuridici ed economici, l'art. 88, ultimo comma, della legge del 1957 si limita a stabilire che: «i magistrati in aspettativa ai sensi dell'art. 8 conservano il trattamento di cui godevano». La norma, come si nota, non specifica che cosa si debba intendere per "mantenimento" del trattamento. Dunque, il Consiglio superiore si è dovuto affidare all'interpretazione, concludendo che per conservazione debba intendersi sia l'aspetto riguardante la maturazione dell'anzianità di servizio, sia l'aspetto retributivo, ad eccezione di quegli elementi che sono collegati all'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa⁵⁷.

⁵⁵ Vedi ancora parere n. 3802 del 2005 reso dall'ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura, in particolare pagina 33.

⁵⁶ Si veda, ad esempio, la delibera del 27 gennaio 1994 sul caso di un magistrato che chiese l'aspettativa pre-elettorale e poi, una volta concessa, non accettò la candidatura. Casi simili furono decisi con le delibere del 18 marzo 1996, dell'8 maggio 1996, del 15 novembre 2000.

⁵⁷ Il riferimento è alla indennità prevista dal primo comma dell'art. 3 della legge 19 febbraio 1981, n. 27, *Provvidenze per il personale di magistratura*, secondo cui è stabilita a favore dei magistrati ordinari: «in relazione agli oneri che gli stessi incontrano nello svolgimento della loro attività a decorrere dal 1 luglio 1980, una speciale indennità non pensionabile, pari a L. 4.400.000 [...]».

Considerata la rilevanza costituzionale della materia, volendo dunque evitare che l'esercizio del diritto all'elettorato passivo pregiudichi eccessivamente la posizione del magistrato (tenuto conto dell'orientamento della Corte costituzionale in materia poc'anzi citato), pare condivisibile la soluzione interpretativa accolta dal Consiglio superiore: il magistrato che a seguito dell'aspettativa per motivi elettorali non abbia accettato la candidatura ha diritto al trattamento previsto dall'ultimo comma dell'art. 88.

SEZIONE II

Il magistrato eletto parlamentare

1. L'aspettativa per mandato elettorale: la genesi dell'istituto.

La disciplina sullo *status* del magistrato eletto, con particolare riferimento all'aspettativa per mandato elettorale, è l'esito dell'evoluzione del quadro normativo della capacità elettorale passiva dei magistrati. Prima di procedere alla disamina, pare utile riprendere i principali passaggi di questa evoluzione.

In generale, dalla normativa elettorale di epoca liberale emerge che la divisione dei poteri, pur recepita come uno dei principi ispiratori dello Statuto albertino, non trovò rigida applicazione, almeno nella materia dell'eleggibilità dei giudici alla Camera dei deputati e in quella della nomina al Senato regio.

In particolare, prima dell'Unità d'Italia, la legislazione elettorale albertina fu intesa a favorire la partecipazione dei giudici alla vita politica attraverso il riconoscimento del diritto elettorale passivo presso la Camera dei deputati (pur essendo mitigato dalla concezione elitaria, in particolare censitaria, della rappresentatività). In tal senso dispose l'art. 98, comma 1, della legge elettorale del 1848, secondo cui erano eleggibili i funzionari stipendiati e amovibili dell'ordine giudiziario: il potere regio si assicurava così un controllo pervasivo sulla magistratura. A rafforzamento di tale impostazione si stabilì, all'art. 33 dello Statuto albertino, che del Senato di nomina regia dovesse far parte il personale addetto agli uffici più prestigiosi dell'amministrazione statale, e tra questi non potevano mancare i magistrati degli uffici giurisdizionali di vertice⁵⁸.

⁵⁸ Per un maggior approfondimento si rinvia al capitolo primo.

Diversamente accadde nel periodo che va dall'unificazione agli albori del ventennio fascista: la legislazione elettorale limitò, infatti, la presenza dei giudici presso la Camera dei deputati. Le disposizioni contenute nel testo unico elettorale del 1860 (ove erano trasfuse le norme della legge elettorale del 1859) rovesciarono il criterio su cui s'era costruita la legislazione preunitaria: la regola per il giudice non fu più l'eleggibilità purché inamovibile, bensì l'ineleggibilità salvo che appartenesse ai gradi più alti della magistratura.

Tale rapporto tra regola-eccezione nella modulazione del diritto d'elezione fu ribaltato ancora una volta con la legge elettorale del 1923, che adottò il criterio dalla legge elettorale del 1848: tutti i cittadini, compresi i giudici, erano eleggibili, ad eccezione di una serie di categorie (prefetti, sotto-prefetti, funzionari e agenti di pubblica sicurezza, capi di gabinetto di ministri e sottosegretari, e in particolare i magistrati del pubblico ministero) e, più in generale, di coloro che in ragione della carica o dell'ufficio ricoperto avrebbero potuto influenzare il proprio elettorato. Fu proprio con la legge elettorale del 1923 che fece ingresso, per la prima volta, nell'ordinamento giuridico italiano pre-repubblicano, l'istituto dell'aspettativa per mandato elettorale. Il giudice che fosse stato eletto alla Camera dei deputati sarebbe stato collocato in aspettativa, d'ufficio e senza stipendio, pur conservando il diritto di grado e il diritto all'aumento periodico di stipendio e alla pensione; alla cessazione del mandato avrebbe potuto riscattare, agli effetti della pensione, gli anni passati in aspettativa e avrebbe avuto il diritto di rientrare nel ruolo di provenienza. L'art. 91 eccettuò dall'obbligo di aspettativa una serie di categorie: tra queste vi erano i giudici della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e delle Corti di appello che proseguivano a esercitare le funzioni del proprio ufficio durante l'espletamento del mandato: perpetrando, seppur con intensità minore e con ricadute sullo *status* e non sull'eleggibilità, la differenza tra giudici superiori e giudici inferiori.

Con la legge elettorale del 1925 (che, come ricordato, rimase inapplicata per il sopravvenire in epoca fascista di diversi modelli di rappresentanza) assistiamo a un ulteriore rovesciamento nel rapporto regola eccezione: si tornò al regime instauratosi con la legge del 1859, per cui i giudici erano eleggibili soltanto se si fossero dimessi, o fossero stati collocati a riposo nel tempo di tre mesi prima della data delle elezioni, ovvero in aspettativa senza

stipendio da almeno sei mesi, con esclusione dei giudici dei gradi superiori i quali erano sempre eleggibili.

L'abrogazione di tutte le ineleggibilità e incompatibilità, stabilita dalla legge elettorale del 1928, è da inquadrare nell'introduzione del sistema plebiscitario (per cui gli elettori erano chiamati a votare in blocco una lista unica di candidati) e quindi il tema tanto dibattuto dell'eleggibilità dei giudici perse significato. Ancor di più nel 1939 con l'abrogazione della Camera elettiva e l'istituzione della Camera dei Fasci e delle Corporazioni.

2. L'aspettativa per mandato elettorale in epoca repubblicana.

L'Assemblea costituente affrontò il tema dell'aspettativa per mandato elettorale inquadrandolo, come già si è detto, nel più ampio dibattito sull'elettorato passivo. Fu respinta l'idea che l'elettorato passivo potesse essere negato, alla stregua del principio del suffragio universale.

Sancito il carattere fondamentale dell'elettorato passivo, fu ammesso, ai sensi dell'art. 51, comma 1, Cost., il condizionamento del diritto, a fronte della necessità di tutelare altri beni costituzionali. Nel tema dell'eleggibilità dei magistrati, tale impostazione si tradusse, come detto, in regole più severe nella fase della candidatura politica e in limitazioni (costituzionali) all'iscrizione ai partiti politici.

L'idea della "assolutezza" del suffragio universale porta dunque a un'impostazione meno rigorosa della divisione dei poteri, in linea con quanto stabilito in epoca liberale⁵⁹.

⁵⁹ O. Sepe, *Aspettativa per mandato parlamentare*, in *Giur. cost.*, 1960, 74-78: «Nel diritto elettorale italiano non è recepito il principio anglosassone ispirato ad una rigida concezione della divisione dei poteri e che comporta un divieto generico per i dipendenti del potere esecutivo o per i componenti del potere giudiziario di entrare a far parte delle Camere. L'art. 51 della Costituzione italiana si fonda anzi sul criterio generale che tutti i cittadini debbano poter accedere liberamente alle cariche elettive»; fermo restando casi particolari «che rendono assolutamente inidonei all'investitura del mandato politico». Ad esempio, deroghe al principio di separazione dei poteri, secondo l'Autore, sono previste per coloro i quali già ricoprono determinati uffici la cui natura è tale da poter esercitare pressioni sugli elettori, sia per i cittadini che abbiano assunto impegni presso governi esteri e sia, infine, riguardo coloro che intrattengono con lo Stato rapporti economici rilevanti. Si veda nella legge elettorale del 1957 il capo II e gli articoli dal 7 al 10.

Tale assioma trovò un marcato riflesso nelle regole sullo *status* del magistrato eletto poste dalla prima legge elettorale di epoca repubblicana, del 1948, approvata dalla stessa Assemblea costituente, iniziale banco di prova per l'applicazione ai magistrati di quanto stabilito, più in generale, per tutti i pubblici impiegati all'art. 98, comma 2, Cost.: «Se sono membri del Parlamento, non possono conseguire promozioni se non per anzianità».

Come si dirà a breve con maggiore approfondimento, la legge elettorale del 1948 si fece portatrice dell'interpretazione scaturita dai lavori sulla formazione della regola contenuta nell'art. 51, ultimo comma Cost., per cui fu sancita la compatibilità, e dunque la cumulabilità, tra due uffici pubblici: si affermò, quindi, che il magistrato avrebbe potuto proseguire nelle funzioni giurisdizionali una volta eletto al parlamento. Tale regola fu ribaltata appena pochi anni dopo: nel 1956 fu stabilita la non cumulabilità e quindi l'incompatibilità tra l'ufficio d'impiegato pubblico e quello di parlamentare. Un mutamento di prospettiva, e soprattutto di interpretazione della norma costituzionale, che in origine aveva condotto a scelte opposte⁶⁰.

Orbene, nella ricostruzione di quel dibattito, che dalla formazione della regola costituzionale giunse all'approvazione della legge elettorale del 1948 e, infine, alle modifiche del 1956, si può individuare la funzione che l'aspettativa per mandato elettorale, obbligatoria, assume per il magistrato eletto parlamentare nell'ordinamento repubblicano.

3. La compatibilità tra l'ufficio di magistrato e quello parlamentare emersa dal dibattito in Assemblea costituente e sancita nella legge elettorale del 1948.

Il 15 novembre 1946 la prima sottocommissione della commissione per la Costituzione approvò la norma secondo cui «Per l'adempimento delle sue funzioni pubbliche, ogni cittadino ha diritto di disporre del tempo necessario e di non essere privato del suo posto di lavoro». La norma, da un lato, fu posta per assicurare al lavoratore «il tempo necessario per espletare le fun-

⁶⁰ Vedi in generale R. Lucifredi, M. Amendola, voce *Aspettativa (imp. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, 243-247.

zioni pubbliche alle quali fosse chiamato», dall'altro lato, una volta cessato dalle funzioni pubbliche, gli avrebbe garantito «la ripresa del suo posto di lavoro»⁶¹.

Dal dibattito emersero due tesi contrapposte.

Della prima, volta a stabilire l'incompatibilità, fu sostenitore il deputato Mastrojanni, il quale considerò l'incompatibilità tra gli uffici espressione della libertà del parlamentare nell'esercizio del proprio mandato elettorale, e dunque di un principio d'indipendenza rispetto l'ufficio di provenienza: «Chiunque esercita una funzione pubblica o amministrativa deve essere assolutamente libero. Se si esercita il mandato parlamentare o amministrativo e si è al tempo stesso dipendenti, per ragioni di impiego o per ragioni economiche, di enti od istituti privati, od anche dello Stato, non si potrà esercitare tale mandato in assoluta indipendenza ed in piena libertà».

Della seconda tesi, volta a chiedere che fosse sancita la compatibilità tra gli uffici, furono propugnatori, tra gli altri, i deputati Basso e La Pira. Il primo sostenne che il principio del suffragio universale impediva scelte legislative che avessero scoraggiato l'accesso all'ufficio parlamentare. In tal senso, chiedeva l'approvazione della norma sulla compatibilità degli uffici per non togliere «alla maggioranza degli italiani la possibilità di accedere alle funzioni pubbliche». La Pira volle chiarire che imporre (come gli parve, dall'intervento del deputato Mastrojanni) al dipendente pubblico di rinunciare all'impiego, avrebbe comportato una lesione del suffragio universale anche sotto un altro profilo: il sacrificio imposto (la perdita del posto di lavoro) sarebbe stato insostenibile per chi avesse avuto mezzi economici scarsi per assicurarsi, scaduto il mandato, una vita dignitosa. Il pericolo prospettato fu che si potesse tornare, con l'incompatibilità degli uffici, a un parlamento *de facto* elitario e censitario: «chiunque può accedere a funzioni pubbliche, e [...] deve essere mantenuto nel suo rapporto d'impiego per la durata dell'esercizio di tali funzioni. Questo per un principio di natura democratica, che ha poi anche un valore umano ed attuale, perché indica che si va incontro ai meno abbienti per dare loro la possibilità di

⁶¹ Nel seguito del testo le citazioni sono riferite agli interventi di U. Merlin (Democratico cristiano), O. Mastrojanni (Fronte liberale democratico dell'uomo qualunque), L. Basso (Partito socialista italiano) e G. La Pira (Democratico cristiano), Assemblea costituente, Atti, seduta del 15 novembre 1946.

esercitare tranquillamente le funzioni pubbliche alle quali sono chiamati».

Il deputato Mastrojanni non chiese le dimissioni del pubblico impiegato eletto parlamentare bensì, come precisò durante la medesima seduta per rispondere alle osservazioni di Basso e La Pira, chiese che fosse impedito il contemporaneo svolgimento dei due uffici.

Il punto della compatibilità o meno dei due uffici, e dunque della cumulabilità o del divieto di contemporaneo esercizio, rimase irrisolto. Il deputato Mastrojanni, però, propose di esplicitare già dal testo costituzionale la non cumulabilità delle funzioni, fermo restando il diritto alla conservazione del posto di lavoro: «L'adempimento delle funzioni pubbliche non scinde il rapporto di impiego, ma lo sospende».

A larga maggioranza la formulazione proposta da Mastrojanni fu respinta e la Sottocommissione votò una norma più blanda che lasciava irrisolto il tema della compatibilità delle funzioni, limitandosi a sancire a livello costituzionale, per il pubblico impiegato eletto parlamentare, il diritto ad avere il tempo di espletare il proprio mandato e il diritto alla conservazione del posto di lavoro: «Per l'adempimento delle funzioni pubbliche ogni cittadino ha diritto di disporre del tempo necessario e di non essere privato del suo posto di lavoro». La norma, col solo voto contrario di Mastrojanni, fu così approvata in Sottocommissione⁶².

La discussione che avvenne, sempre in Assemblea costituente, sulla prima legge elettorale di epoca repubblicana, come detto poc'anzi, fu il primo banco di prova per il legislatore. L'art. 25 della legge elettorale del 1948 stabilì che il pubblico dipendente potesse essere collocato in "congedo straordinario", non d'ufficio, bensì su richiesta, e ciò per tutta la durata del mandato parlamentare. Sicché il legislatore costituente stabilì,

⁶² Il 22 maggio 1947 durante l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo IV della Parte I del progetto di Costituzione, *Rapporti politici* l'Assemblea costituente approvò la formulazione della norma con alcune modificazioni formali: «Per l'adempimento delle funzioni pubbliche elettive ogni cittadino ha diritto di disporre del tempo necessario e conserva il suo posto di lavoro». In sede di revisione del testo, la norma fu scritta nell'attuale formulazione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 51 Cost.: «Chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro».

giacché reputata conforme col dettato costituzionale, la piena compatibilità tra i due uffici e, per l'effetto, la cumulabilità degli stessi. In questo modo lasciò la scelta alla sensibilità e alla discrezionalità del pubblico dipendente che, ove avesse ritenuto di non poter proseguire a esercitare le funzioni del proprio ufficio, una volta eletto al parlamento, avrebbe potuto presentare domanda di congedo straordinario.

Il magistrato parlamentare, dunque, nel periodo che va dal 1948 e sino al 1956 avrebbe potuto cumulare gli uffici essendo essi compatibili. La regola della compatibilità si applicò per le prime due legislature d'epoca repubblicana: la terza fu regolata dalla legge elettorale del 1957, che sul punto dello *status* del magistrato eletto mutò radicalmente indirizzo.

4. L'incompatibilità tra l'ufficio di magistrato e quello di parlamentare nella legislazione elettorale successiva al 1956.

Con l'art. 88, comma 1, della legge elettorale del 1957 fu posto l'obbligo di aspettativa per mandato parlamentare per: «I dipendenti dello Stato e di altre pubbliche Amministrazioni nonché i dipendenti degli Enti ed istituti di diritto pubblico sottoposti alla vigilanza dello Stato, che siano eletti deputati o senatori»⁶³. I magistrati, essendo dipendenti pubblici, una volta eletti al parlamento sono, dunque, collocati in aspettativa d'ufficio.

Risulta evidente come l'accoglimento della tesi dell'incompatibilità fu un fatto inedito rispetto alle conclusioni giunte in sede Costituente: la legge elettorale del 1957 si fece portatrice di una reinterpretazione delle norme costituzionali, orientata a rendere obbligatoria la sospensione del rapporto di lavoro durante il mandato elettivo.

A ben vedere la novità fu introdotta già dalla legge elettorale del 1956, la n. 493⁶⁴, all'art. 41⁶⁵, che accoglieva la tesi

⁶³ Le stesse disposizioni furono estese all'elezione al Senato della Repubblica, in forza dell'art. 3 della legge 27 febbraio 1958, n. 64 *Modifiche alla legge 6 febbraio 1948, n. 29, "Norme per la elezione del Senato della Repubblica"*.

⁶⁴ Cfr. ancora la legge n. 493 del 1956.

⁶⁵ A norma del quale: «I dipendenti dello Stato e di altre pubbliche Amministrazioni, nonché i dipendenti degli Enti ed Istituti di diritto pubblico sottoposti alla vigilanza dello Stato, che siano eletti deputati, sono collocati d'ufficio in

sull'incompatibilità elaborata nell'art. 36 del progetto di legge n. 1237⁶⁶.

La relazione introduttiva del progetto di legge numero 1237 motivava l'incompatibilità fra gli uffici su tre piani: in primo luogo, il mandato di parlamentare rispetto al passato era svolto con una continuità tale da non consentire il contemporaneo esercizio di funzioni direttive o esecutive presso pubbliche amministrazioni; altresì, attraverso l'incompatibilità si sarebbero evitati possibili abusi derivanti dal cumulo di due funzioni; infine, l'incompatibilità avrebbe consentito alle amministrazioni di assicurare tempestivamente e nel miglior modo i relativi servizi.

A tale discussione se ne intrecciò un'altra, relativa alla differenza tra l'istituto del congedo straordinario, applicato dalla prima legge elettorale d'epoca repubblicana, e l'istituto dell'aspettativa per mandato elettorale. Si anticipa sin da ora che all'esito della discussione, e dunque nel testo finale tradotto nell'art. 41 della legge del 1956, si utilizzò la locuzione «aspettativa per mandato elettorale» in luogo di «congedo straordinario»: due diversi istituti (il primo inedito alla normativa repubblicana, l'altro conosciuto), con evidenti differenze sul piano degli effetti giuridici ed economici. Differenze che avrebbero senz'altro coinvolto l'interpretazione dell'art. 98, comma 2, Cost., secondo cui i pubblici impiegati: «Se sono membri del Parlamento, non possono conseguire promozioni se non per anzianità».

4.1. L'obbligatorietà dell'aspettativa e la non cumulabilità dell'ufficio parlamentare con l'ufficio giurisdizionale.

Riguardo alla compatibilità tra i due uffici e quindi alla cumulabilità tra gli stessi, durante la seduta della Camera dei deputati del 20 marzo 1956 sul progetto di legge 1237 fu presentato un emendamento che prevedeva, in modo innovativo rispetto alla legge elettorale del 1948, l'obbligo di "congedo" per chi fosse

aspettativa per tutta la durata del mandato parlamentare». Ai sensi del successivo comma terzo, furono espressamente esclusi dall'incompatibilità, a domanda degli interessati, i professori di università e i direttori di istituti equiparati, per cui ancora nell'ordinamento vigente permane un regime di compatibilità, ciò in considerazione «della particolare natura della loro attività» (il riferimento, con tutta probabilità, riguarda l'elasticità dell'orario di lavoro).

⁶⁶ Cfr. ancora il disegno di legge n. 1237, presentato nella II Legislatura, seduta del 16 novembre 1954.

stato eletto al parlamento: «I dipendenti dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni, nonché i dipendenti degli enti ed istituti di diritto pubblico sottoposti alla vigilanza dello Stato, che siano eletti deputati, sono collocati d'ufficio in congedo straordinario per tutta la durata del mandato parlamentare, secondo le norme in vigore».

Gli onorevoli Petrucci, Capua, Romano e Franzo proposero di sostituire l'articolo con un altro, che ristabiliva – rispetto la proposta di legge – il principio della compatibilità tra gli uffici e lasciava alla facoltà dell'eletto la possibilità di chiedere di essere posto in “congedo straordinario”: «I dipendenti dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni, nonché i dipendenti degli enti ed istituti di diritto pubblico sottoposti alla vigilanza dello Stato, che siano eletti deputati, sono, ove lo richiedano, collocati in congedo straordinario per tutta la durata del mandato parlamentare, secondo le norme in vigore».

Le motivazioni a fondamento della compatibilità tra i due uffici, da cui doveva derivare una facoltà e non un obbligo al congedo, si svilupparono lungo tre linee. In primo luogo, venne osservato che alla luce dell'art. 51 Cost. dovevano ritenersi inconsistenti le argomentazioni sulla incompatibilità, poiché a livello costituzionale si era affermato essere compatibile il contemporaneo esercizio del mandato politico e del pubblico impiego, per ragioni di libertà e di indipendenza. La stessa espressione «conservare il posto di lavoro» doveva interpretarsi nel senso che all'impiegato doveva essere garantito di proseguire a esercitare le funzioni del proprio ufficio una volta eletto⁶⁷. D'altronde se il pubblico dipendente aveva il diritto di conservare il posto di lavoro e di avere il tempo necessario all'adempimento del mandato, la prestazione professionale era da ritenersi «indubbiamente prevista»⁶⁸. Altresì, stabilire un regime di incompatibilità avrebbe creato una ingiustificabile diversità di trattamento tra il parlamentare libero professionista e il parlamentare impiegato statale⁶⁹. In tal senso, l'incompatibilità avrebbe violato non soltanto l'uguaglianza, ma sarebbe stata in contrasto con un criterio

⁶⁷ Intervento di G. Petrucci (Democratico cristiano), Camera dei deputati, Atti, seduta del 20 marzo 1956, 24444.

⁶⁸ Intervento di R. Resta (Democratico cristiano), Camera dei deputati, Atti, seduta del 20 marzo 1956, 24446.

⁶⁹ Cfr. G. Petrucci, cit., 24444.

di giustizia distributiva: il parlamento, fu osservato, era composto di tante categorie di cittadini (liberi professionisti, impiegati pubblici e privati) e disponendo l'obbligo di sospensione soltanto per i pubblici impiegati, taluni e non talaltri sarebbero stati sottoposti a un regime di sfavore, stante la non cumulabilità degli uffici⁷⁰. Infine, per rispondere alle critiche insistenti sull'impossibilità di svolgere al contempo l'ufficio d'impiegato e di parlamentare, era osservato che il regime di «facoltà» dava la possibilità al singolo di valutare nel caso specifico se chiedere il congedo straordinario⁷¹: era così osservato il pregio dell'elasticità della norma, applicabile secondo le specifiche necessità. Con la «norma elastica» si sarebbe potuto far fronte ai casi in cui l'impiegato sarebbe stato forzato o dalla natura della sua prestazione o dal suo superiore diretto, a far domanda per congedo straordinario⁷². Da queste considerazioni – che appaiono più d'ordine pratico che costituzionale – pareva più adatta una norma che consentisse l'esame delle diverse situazioni, piuttosto che una norma che obbligasse tutti gli impiegati dello Stato a mettersi in congedo straordinario.

Le argomentazioni tuttavia non convinsero: il testo licenzia-tor sancì, diversamente dall'esito del dibattito tracciato in Assemblée costituente, l'incompatibilità tra i due uffici e quindi la non cumulabilità delle funzioni. L'incompatibilità fu dunque trasfusa dapprima nell'art. 41 della legge elettorale del 1956 e successivamente, come si diceva all'inizio, nell'art. 88 della legge elettorale del 1957⁷³.

⁷⁰ Cfr. R. Resta, cit., 24446.

⁷¹ Cfr. ancora G. Petrucci, cit., 24444.

⁷² Cfr. ancora R. Resta, cit., 24446.

⁷³ Per quel che riguarda il magistrato onorario, raccordandosi con quanto osservato nel capitolo terzo, sezione I, prima parte, paragrafo 2, si ricorda che al magistrato onorario eletto parlamentare si applicano le norme di cui all'art. 8, comma 1 della legge 21 novembre 1991 n. 374, *Istituzione del giudice di pace*, e dell'art. 4, comma 1 della legge 28 aprile 2016 n. 57, *Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace*, per cui le funzioni di parlamentare non sono compatibili con le funzioni di giudice di pace.

4.2. Il sindacato di legittimità della Corte costituzionale: la sentenza n. 6 del 1960.

L'obbligo di aspettativa per mandato elettorale fu sottoposto al vaglio della Corte costituzionale che, con la sentenza del 18 febbraio 1960, n. 60⁷⁴, ebbe modo di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 88, comma 1, della legge elettorale del 1957.

I ricorrenti al Consiglio di Stato assumevano che l'art. 88, comma 1, fosse in contrasto con l'art. 51, ultimo comma, Cost. nella parte in cui sanciva l'obbligatorietà dell'aspettativa, dal momento in cui la norma costituzionale garantiva la conservazione del posto di lavoro a chi fosse investito di funzioni pubbliche elettive e, anche, la possibilità di svolgere, contemporaneamente, le precedenti funzioni. In tal senso, l'interpretazione proposta era per un regime di facoltà, e non di obbligo. A sostegno della loro tesi i ricorrenti ricordavano l'orientamento emerso in Assemblea costituente volto a scoraggiare il cosiddetto professionismo politico. In tale ottica doveva essere accolta la tesi della compatibilità e dunque della cumulabilità tra l'impiego pubblico e la carica elettiva. Sicché nel suo più profondo significato la norma doveva intendersi diretta a garantire la libertà e l'indipendenza assoluta di ogni cittadino, anche del cittadino che presta lavoro subordinato. Accanto a tali osservazioni, fu altresì rilevato che il legislatore ordinario, sino all'adozione della regola denunciata, aveva d'altronde inteso il precetto costituzionale nel senso di ritenere compatibile e quindi cumulabile l'ufficio di dipendente pubblico coll'ufficio di parlamentare, lasciando alla discrezionalità del pubblico dipendente decidere se chiedere il "congedo". Era altresì lamentato che il collocamento in aspettativa, in luogo del congedo (previsto dalla legge elettorale del

⁷⁴ Corte cost., 13 febbraio 1960, n. 6 in *Giur. cost.* 1960, 72 con osservazioni di O. Sepe, *Aspettativa per mandato parlamentare*, cit., 74 ss. La Corte costituzionale riuni quattro cause, promosse da altrettante ordinanze del Consiglio di Stato, cfr. ordinanze del 14 luglio 1959 emesse dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione IV, iscritte al numero 117, 118, 119 del registro ordinanze 1959 e pubblicate nella Gazzetta ufficiale n. 288 del 28 novembre 1959; cfr. altresì l'ordinanza 14 luglio 1959 emessa dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione IV, iscritta al numero 124 del registro ordinanze 1959 e pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 295 del 5 dicembre 1959. I ricorrenti al Consiglio di Stato erano tutti dipendenti pubblici, e tra questi v'era un magistrato di appello addetto alla Corte di cassazione.

1948), avrebbe comportato in misura ancora più netta l'allontanamento dell'impiegato dall'esercizio delle proprie funzioni e in taluni casi avrebbe implicato persino la sostituzione nell'ufficio e quindi la perdita del posto.

L'ultima censura (già sollevata peraltro durante il dibattito parlamentare sulla formazione dell'art. 88), riguardava i professori universitari, che sarebbero stati destinatari di un trattamento di *favor* da parte del legislatore. Infatti, permaneva per i professori universitari la facoltà, e non dunque l'obbligo, all'aspettativa e quindi un regime di cumulabilità degli impieghi: in violazione dell'art. 3 Cost. e, in particolare, dell'art. 51, comma 1, Cost., giacché la (presunta) disparità di trattamento appariva ingiustificata, e per di più lesiva di quanto stabilito dalla Costituzione secondo cui tutti i cittadini devono accedere alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza.

Di contro, l'Avvocatura dello Stato osservò che dai lavori preparatori dell'art. 51, comma 3, Cost., emergeva una diversa intenzione del legislatore costituente, volta semmai a garantire la conservazione del posto di lavoro per chi fosse stato eletto al parlamento, lasciando però al legislatore ordinario la possibilità di determinare un regime di obbligo o di facoltà. Altresì, offrendo alla Corte una interpretazione teleologica della norma, l'Avvocatura chiedeva di tener conto dell'eccessivo sacrificio degli interessi del datore di lavoro, il quale, sancita la compatibilità, avrebbe dovuto corrispondere una retribuzione al dipendente eletto. Infine, l'art. 88 della legge elettorale del 1957, era considerato una sorta di "garanzia" a favore del lavoratore collocato d'ufficio in aspettativa, giacché fu stabilito che tale periodo dovesse essere computato ai fini della progressione in carriera, dell'attribuzione degli aumenti periodici di stipendio e del trattamento di quiescenza e di previdenza.

Sull'aspetto riguardante la presunta disparità di trattamento fra professori universitari e gli altri impiegati pubblici, l'Avvocatura dello Stato dedusse (tra le varie cose) che il campo oggettivo di applicazione dell'art. 51, comma 1, Cost., riguardava esclusivamente l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, e dunque non doveva essere ricondotto ai rapporti tra il lavoratore eletto a funzioni pubbliche e il proprio datore di lavoro.

Nel dichiarare la questione non fondata, la Corte costituzionale svolse il proprio ragionamento partendo dall'interpretazione che si doveva dare alla norma assunta a parametro costituzionale di legittimità.

In primo luogo, stabilì che l'art. 51, comma 1, Cost. attribuisce al cittadino chiamato a ricoprire funzioni pubbliche elettive due diritti soggettivi: da un lato il diritto di disporre del tempo necessario per il loro adempimento, dall'altro il diritto di mantenere il proprio posto di lavoro. Per quanto non previsto espressamente, la legge ordinaria avrebbe potuto stabilire ulteriori norme per dettare le modalità di esercizio di tali diritti, sempre che tali norme non menomassero i diritti medesimi⁷⁵.

Altresì, definì la portata della locuzione “conservare il posto di lavoro”, che avrebbe dovuto (soltanto) significare “mantenere il rapporto di impiego” e non “proseguire a esercitare le funzioni attribuite”⁷⁶. Ed invero, l'art. 56, ultimo comma, dello Statuto degli impiegati civili dello Stato⁷⁷, richiamato dall'art. 88, nel disciplinare le cause di incompatibilità degli impiegati, offriva un elemento decisivo per l'individuazione del campo oggettivo di applicazione della norma, stante nel tenore letterale: «non si può in alcun caso disporre del posto dell'impiegato collocato in aspettativa». Fu chiaro che il legislatore non voleva intendere che non si potesse disporre delle funzioni, siccome una tale interpretazione avrebbe impedito all'Amministrazione di assicurare la continuità delle funzioni e dunque il buon funzionamento dell'Amministrazione stessa, esigenza di tenore costituzionale, dato il disposto dell'art. 97 Cost.

La Corte concluse quindi che: «La disposizione della legge ordinaria, che dispone il collocamento d'ufficio in aspettativa, non può, pertanto, ritenersi in contrasto con la norma costituzionale che attribuisce all'impiegato eletto deputato il diritto a conservare il posto di lavoro», e dunque essa fu ritenuta «ispirata a criteri di opportunità pratica, suggeriti sia dall'estensione che attualmente hanno assunto i lavori delle Camere parlamentari, sia

⁷⁵ Corte cost., 26 gennaio 1960, n. 1 in *Giur. cost.*, 1960, 1.

⁷⁶ La Corte costituzionale richiamò in particolare l'art. 26 del *Testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati civili* del 22 novembre 1908, n. 693; l'art. 90 del *Testo unico della legge elettorale politica* del 13 dicembre 1923, n. 2694; l'art. 86 del *Regio decreto legge* del 30 dicembre 1923, n. 2960; l'art. 3 del *Regio decreto legge* del 13 maggio 1929, n. 850; l'art. 90 del decreto legge del Capo provvisorio dello Stato sulla *Conservazione del posto di lavoro dei lavoratori chiamati alle armi per servizio di leva* del 13 settembre 1946, n. 303; l'art. 1 della legge sulla *Conservazione del posto di lavoro dei lavoratori richiamati alle armi* del 3 maggio 1955, n. 370.

⁷⁷ Il riferimento è al d.p.r. 11 gennaio 1956, n. 17, *Statuto degli impiegati civili dello Stato*.

dell'esigenza, affermata dall'art. 97 della Costituzione, di assicurare il buon funzionamento dell'Amministrazione».

Vale la pena ricordare, poi, un altro passaggio della sentenza, le cui argomentazioni furono riprese da alcune delibere del Consiglio superiore della magistratura, che si ricorderanno nei paragrafi successivi. La Corte costituzionale precisò che il richiamo operato dai ricorrenti alla norma contenuta all'art. 98, comma 2, Cost. (per cui i pubblici impiegati se sono membri del parlamento non possono conseguire promozioni se non per anzianità), da cui era derivato l'assunto secondo cui il collocamento obbligatorio in aspettativa avrebbe impedito all'impiegato eletto di godere della garanzia costituzionale della progressione per anzianità, era improprio perché: «tale norma (*ndr*: l'art. 88 della legge elettorale del 1957) non esclude che durante il mandato parlamentare l'impiegato collocato in aspettativa abbia la possibilità di conseguire promozioni per anzianità secondo le norme vigenti in materia». La Corte, tuttavia, non poteva certo immaginare che quasi quarant'anni dopo, nel 2007, per quel che riguarda i magistrati, il sistema di progressione in carriera si sarebbe legato in misura consistente al presupposto *de facto* dell'effettivo esercizio delle funzioni, slegandosi al contempo dal criterio dell'anzianità. Su tal punto si tornerà a breve, nel paragrafo dedicato al tema delle promozioni del magistrato eletto parlamentare.

Un'ultima argomentazione condusse la Corte costituzionale a dichiarare la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale. Le censure sulla violazione dell'art. 51, laddove è prescritto il diritto dell'eletto ad aver il tempo necessario all'adempimento delle proprie funzioni, furono respinte dato che il collocamento obbligatorio in aspettativa, al contrario, consentiva ampia disponibilità di tempo per esercitare le proprie funzioni.

Per quanto riguarda i professori universitari (e i direttori degli istituti equiparati), invece, fu ritenuto legittimo il diverso regime per cui soltanto a domanda degli interessati vi sarebbe stato il collocamento in aspettativa, giacché la scelta se disporre di un diverso regime in presenza di situazioni peculiari, e quindi in relazione alla diversità delle situazioni impiegate, rientrava nella piena discrezionalità del legislatore. Non si addentrò oltre, nell'isolare quelle situazioni peculiari che esentavano i professori universitari dal regime di collocamento obbligatorio in aspettativa, e dunque si deve presumere che le ragioni dedotte dall'Avvocatura di Stato furono ritenute fondate.

5. Gli effetti dell'elezione sul rapporto di lavoro del magistrato.

L'elezione del magistrato all'ufficio di senatore o deputato, dunque, sospende l'obbligo di prestazione lavorativa. Di conseguenza vengono meno i doveri collegati all'effettività della prestazione – la diligenza e l'obbedienza in primo luogo –, mentre permangono altri: la dignità e la buona condotta, e il segreto d'ufficio.

V'è da domandarsi come si coordina l'art. 98, comma 2, Cost. con le regole di progressione in carriera del magistrato, laddove queste, dal 2007, sono state collegate all'effettiva prestazione. Altresì v'è da chiedersi se l'insindacabilità per le opinioni espresse ai sensi dell'art. 68, comma 1, Cost. rende il magistrato eletto immune da eventuali procedimenti disciplinari e se, ancor più ampiamente, può essere promossa un'azione disciplinare nei confronti di un magistrato e a quali condizioni.

Una serie di temi costituzionali sui quali si tenterà, brevemente, di proporre un'analisi dei punti più delicati ove diverse – e talune volte contrastanti – esigenze costituzionali debbono essere bilanciate.

5.1. Le promozioni e la valutazione di professionalità del magistrato eletto parlamentare.

L'analisi della disciplina sulla progressione in carriera del magistrato parlamentare impone in prima battuta la definizione del campo soggettivo di applicazione delle norme costituzionali dedicate alla materia. Sicché occorre comprendere se l'art. 98, comma 2, Cost., laddove prescrive che: «Se sono membri del Parlamento non posso conseguire promozioni se non per anzianità»⁷⁸, sia applicabile anche ai magistrati, stante l'esclusivo riferimento ai pubblici impiegati.

Nel dibattito in Assemblea costituente vi è una traccia che

⁷⁸ Dopo alcuni dubbi, la norma contenuta nell'art. 98, comma 2, Cost. fu ritenuta immediatamente applicabile senza la necessità di norme integrative. Si veda in dottrina G. Roehrsen, *L'art. 98 2° comma della Costituzione*, in *Riv. amm.*, 1951, 9 nonché il parere della Corte dei conti che con la decisione del 22 ottobre 1955 n. 56 respinse il contrario parere dell'ufficio controllo giustizia.

farebbe propendere per l'applicabilità della norma costituzionale anche alla magistratura: durante la seduta del 24 ottobre 1947, il deputato Romano intervenne facendo riferimento magistrati presenti in parlamento quali potenziali destinatari della norma in commento⁷⁹. Il ricorso all'interpretazione sistematica delle norme costituzionali avrebbe potuto condurre a tale soluzione dal momento in cui, in virtù dell'art. 105 Cost., i magistrati sono «promuovibili» al pari di qualsiasi altro dipendente, e la distinzione riguardo alle funzioni svolte non impedirebbe di ragionare di «promozioni» allorquando si parli di magistratura, e quindi di «carriera»⁸⁰.

Dopo alcune incertezze, il nodo fu sciolto positivamente dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, col parere reso l'8 agosto 1955, n. 675⁸¹. Secondo la Commissione l'espressione «pubblici impiegati» dev'essere riferita a tutti i dipendenti

⁷⁹ Si veda l'intervento di A. Romano (Democratico cristiano), Assemblea costituente, Atti, seduta del 24 ottobre 1947, 1562: «Ho dato una fugace lettura all'elenco dei deputati di questa Assemblea: solo una quarantina sono alle dipendenze dello Stato: professori di Università, pochi consiglieri di Stato, tre magistrati, alcuni professori di scuole medie, qualche impiegato ferroviario e, se non erro, un maestro elementare. Se si tiene conto che gli impiegati dello Stato oltrepassano il milione, la percentuale non è preoccupante».

⁸⁰ S. Leone, *Valutazione e promozione dei magistrati per «merito parlamentare»*, in *Quad. cost.*, 2010, 111 che richiama per un più ampio approfondimento F. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit.; si veda altresì Id., *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, 2002.

⁸¹ *Cons. Stato*, 1956, I, 381 ss. A favore della tesi secondo cui dal campo di applicazione dell'art. 98, comma 2, Cost. dovessero essere compresi i pubblici impiegati ad eccezione dei magistrati, i ricorrenti rilevarono che il citato art. 98 era inserito in un Titolo della Costituzione dedicato ai pubblici impiegati, e non ai magistrati. D'altra parte, sotto il profilo storico, era ricordato che la norma in commento era diretta a impedire che il pubblico impiegato eletto parlamentare potesse influire sull'esecutivo, per il giudizio di promozione, col fine di ottenere una progressione in carriera. Tale pericolo non si sarebbe configurato nei confronti della magistratura, essendo essa un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere. Di contro, il Consiglio di Stato affermò che l'art. 98 Cost. non distingue fra magistrati e pubblici impiegati e che la funzione della norma era diretta a tutelare l'immagine e il prestigio del pubblico impiegato – magistrato; infine, ricordò che l'art. 98, comma 2, trovava il suo antecedente nell'art. 92 del Testo unico del 28 marzo 1895, n. 83, e nell'art. 89 del Testo unico del 13 dicembre 1923, n. 2634, secondo cui soltanto alcune categorie di pubblici impiegati potevano essere elette alla Camera dei deputati, entro limiti numerici, fermo restando il divieto di promozioni a titolo diverso da quello della sola anzianità. Sul tema si veda altresì Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 luglio 1953, n. 396 in *Cons. Stato*, 1953, I, 709.

pubblici, senza alcuna eccezione, compresi i magistrati. Altresì, il divieto di promozioni, se non per anzianità, scatta ogni qualvolta la promozione risulti sganciata dalla mera anzianità. In senso conforme, con la decisione del 22 ottobre 1955, n. 56, la Corte dei conti confermò che l'art. 98 Cost. doveva trovare applicazione anche nei confronti dei magistrati, ritenendo non dirimente l'obiezione secondo cui la norma non sarebbe stata applicabile, poiché contenuta in un Titolo della Costituzione diverso da quello dedicato alla magistratura. I magistrati, al pari degli altri pubblici impiegati, prestavano servizio a favore dello Stato, in modo retribuito ed esclusivo, con tutte quelle caratteristiche tipiche del rapporto d'impiego; d'altronde il divieto di promozioni se non per anzianità trovava fondamento nella volontà di evitare che eventuali meriti acquisiti in virtù del mandato parlamentare potessero, in qualche modo, agevolare il giudizio di promovibilità.

Stante il divieto di promovibilità, l'impiegato pubblico eletto parlamentare avrebbe potuto subire dei riflessi negativi sul proprio rapporto di lavoro. Il legislatore dunque tentò di porvi rimedio con l'approvazione dell'art. 41, comma 2, della legge del 1956 n. 493 (poi trasfuso nell'art. 88, commi 3, 4 e 5, della legge elettorale del 1957)⁸². È così che fu disposta a favore degli ex parlamentari la ricostruzione della carriera: «Nei confronti dei dipendenti di cui al comma precedente, che durante il mandato parlamentare non abbiano potuto conseguire promozioni, in conseguenza del loro incarico politico, e che, per qualsiasi mo-

⁸² Secondo l'art. 88, commi 2, 3 e 4 della legge elettorale del 1957: «Il dipendente collocato in aspettativa per mandato parlamentare non può, per tutta la durata del mandato stesso, conseguire promozioni se non per anzianità. Allo stesso sono regolarmente attribuiti, alla scadenza normale, gli aumenti periodici di stipendio. Nei confronti del parlamentare dipendente o pensionato che non ha potuto conseguire promozioni di merito a causa del divieto di cui al comma precedente, è adottato, all'atto della cessazione, per qualsiasi motivo, dal mandato parlamentare, provvedimento di ricostruzione di carriera con inquadramento anche in soprannumero. Il periodo trascorso in aspettativa per mandato parlamentare è considerato a tutti gli effetti periodo di attività di servizio ed è computato per intero ai fini della progressione in carriera, dell'attribuzione degli aumenti periodici di stipendio e del trattamento di quiescenza e di previdenza. Durante tale periodo il dipendente conserva inoltre, per sé e per i propri familiari a carico, il diritto all'assistenza sanitaria e alle altre forme di assicurazione previdenziale di cui avrebbe fruito se avesse effettivamente prestato servizio».

tivo, cessino dal loro mandato, va adottato provvedimento di ricostruzione di carriera con inquadramento anche fuori ruolo». La norma, contenuta nell'emendamento presentato dal deputato Geremia nella seduta del 20 marzo 1956, era volta a evitare iniquità a danno del dipendente eletto deputato.

Ferma restando l'applicabilità della norma costituzionale ai magistrati e stante l'obbligo di ricostruzione, sorge il dubbio se alla luce della normativa sulla progressione in carriera il magistrato eletto parlamentare subisca qualche tipo di sacrificio dei propri diritti derivanti dal rapporto d'impiego e, nel caso, se tale sacrificio debba ritenersi ragionevole alla luce del quadro costituzionale ove la disciplina s'inserisce. Per rispondere al quesito si deve fare riferimento, seppure con cenni brevi, all'evoluzione della normativa che si è occupata di stabilire le regole della progressione in carriera del magistrato⁸³.

In epoca liberale, la concezione gerarchica della magistratura spinse il legislatore a costruire una normativa fondata essenzialmente sulla sorveglianza: dai gradi più alti a quelli più bassi, in un sistema piramidale dove al vertice era collocato il ministro della giustizia. Tale sistema fu via via potenziato e si passò da una semplice sorveglianza a una stretta sorveglianza, sino a considerare la magistratura, in epoca fascista, un apparato non distinto dal potere esecutivo, in ossequio al principio di unitarietà dello Stato. In tale contesto, le norme sulla progressione in carriera, discrezionali e blande, soggette a parametri poco obiettivi, assunsero una natura di tipo premiale: il premio non era dato al giudice (soltanto) per la sua competenza e la sua capacità, quanto piuttosto per la sua fedeltà alla corona, al governo (da Cavour in poi) e, in epoca fascista, al partito e quindi al duce. Alla medesima valutazione si è giunti all'esito della disamina delle norme sul diritto di nomina ed elezione: un premio, per l'appunto, al giudice fedele.

⁸³ Sul punto si vedano: D. Cavallini, *La valutazione di professionalità dei magistrati: prime riflessioni tratte da una ricerca empirica sui verbali del Csm*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1223 ss.; B. Giangiacomo, *Interferenze tra sistema disciplinare e valutazioni di professionalità dei magistrati*, in *Quest. giust.*, 2010, 103 ss. (relazione svolta durante il seminario sul sistema disciplinare dei magistrati, organizzato a Roma il 19 e il 20 febbraio 2010 da Magistratura democratica); G. Ferri, *L'ordinamento giudiziario dopo la legge n. 111 del 2007*, in *Studium iuris*, 2008, 27 ss. Si veda, inoltre, G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 162-169.

In epoca repubblicana, lo scenario era destinato a mutare, a partire dal netto superamento della concezione gerarchica della magistratura, espresso nell'art. 107, comma 3, Cost.: «I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni»⁸⁴.

Stante il precetto costituzionale, la normativa sulla progressione in carriera del magistrato fu oggetto principalmente di due grandi riforme che, detto in via approssimativa, adottarono quali criteri guida per stabilire le regole sulla progressione in carriera dapprima il merito e, successivamente, l'anzianità.

La prima si compone di due leggi varate tra la fine degli anni '60 e gli inizi degli anni '70, le leggi cosiddette Breganze e Breganzone⁸⁵; la seconda, più recente, è la legge numero 111 del 2007, che s'inserì nella più ampia revisione dell'ordinamento giudiziario del 1941⁸⁶.

Sino a metà degli anni '60 vi era un sistema altamente selettivo per misurare le capacità del magistrato. Il criterio utilizzato era imperniato sul merito, secondo griglie di valutazione predeterminate dalla legge; in particolare, oggetto di scrutinio erano gli atti giudiziari. La carriera era organizzata in sette gradi, o qualifiche successive al periodo di uditorato. I magistrati di-

⁸⁴ La bibliografia sull'art. 107 è assai vasta, a titolo indicativo si vedano: Q. Camerlengo, «*Soltanto per diversità di funzioni*»? *I magistrati ordinari tra carriera e prestigio*, in *Quad. cost.*, 2014, 285 ss.; F. Biondi, *Art. 107 Cost.*, in R. Bin, S. Bartole (a cura di), op. cit., 941-950; G. D'Elia, *Art. 107*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), op. cit., 2051-2062; D. Cavallini, *Inamovibilità dei magistrati e funzionalità e funzionalità degli uffici giudiziari. Tendenze in atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003; G. Verde, *L'ordinamento giudiziario*, Milano, 2003; N. Zanon, F. Biondi, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, 2002; L. Chieffi, *La magistratura. Origini del modello e prospettive di riforma*, cit.; G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997; N. Zanon, *Pubblico Ministero e Costituzione*, cit.; A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, III ed., Torino, 1990; Id., *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974; Id., *Problemi costituzionali di una riforma del Pubblico Ministero*, in *Giur. it.*, 1966; F. Bonifacio, G. Giacobbe, *Art. 107*, in G. Branca, op. cit., 1986, 165 ss.; S. Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, op. cit.

⁸⁵ Si vedano le leggi del 25 luglio 1966, n. 570, *Disposizioni sulla nomina a magistrato di Corte di appello* e del 20 dicembre 1973, n. 831, *Modifiche dell'ordinamento giudiziario per la nomina a magistrato di Cassazione e per il conferimento degli uffici direttivi superiori*.

⁸⁶ Legge 30 luglio 2007, n. 111, *Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario*.

chiarati idonei erano inseriti in una graduatoria, e accedevano all'ufficio superiore soltanto nei limiti dei posti disponibili, secondo un sistema a «ruolo chiuso». La valutazione negativa poteva condurre al provvedimento di dispensa⁸⁷.

Un sistema fondato su uno scrutinio profondo dell'attività del magistrato, che produsse un effetto deflattivo: nel periodo intercorrente dal 1952 al 1962, al momento del pensionamento per anzianità, circa il 52% dei magistrati si trovava ancora al primo livello di selezione competitiva della carriera.

La valutazione di professionalità, così severa e selettiva, trovava aggancio nell'art. 107, comma 3, Cost. secondo cui «i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni». Si stabilì che, abolita l'organizzazione gerarchica della magistratura tipica dell'epoca liberale, occorresse stabilire che eventuali differenziazioni si potessero avere soltanto in ragione dell'esperienza maturata negli anni, e pertanto della maggiore professionalità. D'altra parte, era osservato che un sistema rigido di valutazione della professionalità, condizionato dal «ruolo chiuso», avrebbe potenzialmente compromesso, in qualche modo, l'eguaglianza tra magistrati, espressa dalla medesima norma costituzionale: «il sistema tradizionale, oggi superato, che prevedeva la progressione in carriera a “numero chiuso”, con veri e propri concorsi per passare da una qualifica all'altra, condizionava l'avanzamento del magistrato al giudizio di commissioni composte di magistrati di grado più elevato le quali, grazie al numero limitato di posti di volta in volta disponibili, ed alla frequente equivalenza di meriti dei candidati, finivano per operare scelte discrezionali per lo più basate sulla “omogeneità” dei promuovendi alle ideologie giudiziarie dominanti»⁸⁸.

Sicché, il sistema appena descritto fu superato da una serie

⁸⁷ G. Di Federico, *Organico, reclutamento, valutazioni della professionalità, carriera, tramutamenti e attribuzione delle funzioni giudiziarie, trattamento economico*, in Id. (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, Csm e governo della magistratura*, Padova, 2012, 24; Id., *Riforma dell'ordinamento giudiziario: modifiche alla Costituzione con legge ordinaria*, in *Quad. cost.*, 2007, 4, 834 ss.; Id. *Le qualificazioni professionali dei magistrati: carenze attuali, possibili riforme e difficoltà di attuarle*, in Id. (a cura di), *Preparazione professionale degli avvocati e dei magistrati: discussioni di un'ipotesi di riforma*, Padova, 1987; Id. *Limiti ed inefficacia degli strumenti di selezione negativa dei magistrati*, in Id. et al., *La selezione dei magistrati: prospettive psicologiche*, Milano, 1976.

⁸⁸ G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., 163.

di interventi normativi: negli anni 1966 e 1973 furono approvate due leggi che sancirono il passaggio dal sistema dei ruoli chiusi al sistema dei ruoli aperti, e attenuarono i criteri meritocratici a favore di un sistema di promozione basato fundamentalmente sull'anzianità di servizio⁸⁹.

Pertanto il magistrato, raggiunta una certa anzianità di servizio e ottenuta la valutazione positiva dell'operato, e indipendentemente dalla disponibilità dei posti vacanti in organico, avrebbe potuto ottenere la qualifica superiore e il relativo trattamento economico più favorevole, proseguendo però a esercitare le funzioni dell'ufficio inferiore⁹⁰. Così disponendo, i magistrati promossi in eccedenza avrebbero potuto accedere alle funzioni corrispondenti al livello conseguito soltanto quando tale posto si fosse reso disponibile. In tale quadro, il Consiglio superiore della magistratura affermò la prassi di valutare globalmente l'attività del magistrato: giacché una valutazione dei singoli lavori era reputata lesiva dell'indipendenza interna, oltre che causa di inefficienza della magistratura.

Gli effetti non tardarono a manifestarsi: salvo limitati casi di demerito per gravi infrazioni disciplinari o per mancanza di equilibrio, «senza essere sottoposti ad effettivi e sostanziali vagli di professionalità», i magistrati erano posti nelle condizioni di percorrere tutti i livelli funzionali, con i corrispondenti scatti stipendiali⁹¹.

⁸⁹ Non pare doversi condividere il giudizio espresso da parte della dottrina secondo cui il passaggio dal sistema dei ruoli chiusi al sistema dei ruoli aperti è da imputarsi (oltre che alle rivendicazioni della magistratura) ai «progressi della cultura istituzionale», cfr. ancora G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., 163; si condivide invece l'analisi di C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 1967, 1278, secondo cui: «Queste leggi sono espressione delle tendenze demagogiche ad eliminare ogni efficiente selezione delle capacità con il risultato di realizzare un appiattimento verso i livelli più bassi. È evidente che l'accertamento che si effettua al momento dell'ingresso in carriera, anche se severo ed esteso a tutti i requisiti di preparazione tecnico-giuridica e di doti morali, non può giustificare l'eliminazione di ogni ulteriore accertamento del mantenimento nel corso degli anni delle attitudini prima constatate, sulla base delle prove date negli uffici ricoperti, inevitabilmente varie secondo la diversità delle attitudini naturali, del grado di diligenza e di rendimento, dell'aggiornamento della cultura».

⁹⁰ Per un approfondimento delle critiche si veda ancora G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., 164-165.

⁹¹ D. Cavallini, *La valutazione di professionalità dei magistrati: prime riflessioni tratte da una ricerca empirica sui verbali del Csm*, cit., 1227.

Il sistema appena descritto subì una profonda revisione con l'approvazione della legge n. 111 del 2007⁹². A tale legge seguì la circolare del Consiglio superiore dell'8 ottobre 2007, n. 20691, che completò il quadro normativo che tuttora vige in materia.

La legge del 2007 si mosse in più direzioni, stabilendo il merito, e non l'anzianità, quale criterio guida della normativa: le qualifiche furono sostituite da un sistema organizzato in sette valutazioni di professionalità, effettuate ogni quattro anni secondo quattro criteri di valutazione: capacità, laboriosità, diligenza e impegno; furono introdotti ulteriori elementi per valutare il magistrato che avesse voluto accedere a funzioni direttive o semi-direttive; fu aggiunta, accanto alla tradizionale distinzione tra valutazioni positive e negative, un terzo tipo di valutazione «non positivo»; furono reintrodotti momenti di selezione negativa nel corso dei primi ventotto anni di carriera dei magistrati, con la conseguenza che il magistrato sarebbe potuto essere dispensato dal servizio per inidoneità alle funzioni.

Col sistema delineato nel 2007, altresì, l'attribuzione effettiva delle funzioni collegate alla fascia di anzianità fu oggetto di un procedimento autonomo e diverso rispetto al sistema di valutazione della professionalità: una volta conseguita la valutazione richiesta, il magistrato non sarebbe stato promosso automaticamente, ma avrebbe dovuto presentare apposita domanda, oggetto di concorso per titoli. Si procedeva quindi a distinguere il procedimento di valutazione da quello di conferimento delle funzioni stante, inoltre, la non coincidenza tra il momento di valutazione e l'attribuzione di classi di stipendio superiori.

Se da una parte, la riforma del 2007 sul piano oggettivo ebbe l'effetto di abbreviare la carriera del magistrato, riducendo gli anni di anzianità necessari per percorrere i diversi livelli di car-

⁹² Legge 30 luglio 2007, n. 111, *Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario*, modificava il decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, *Nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera a), della legge 25 luglio 2005, n. 150*, approvato in attuazione della legge delega 25 luglio 2005, n. 150, *Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, numero 12, per il decentramento del Ministero della giustizia, per la modifica della disciplina concernente il Consiglio di presidenza, della Corte dei conti e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, nonché per l'emanazione di un testo unico*.

riera del magistrato⁹³, dall'altra l'anzianità di servizio non fu più il criterio prevalente, poiché il conseguimento della promozione fu subordinato all'esito positivo di tutte le valutazioni di professionalità.

A integrazione delle previsioni di legge il Consiglio superiore della magistratura adottò la circolare del 2007, coll'obiettivo di definire ulteriori parametri di valutazione (indipendenza, imparzialità ed equilibrio), rispetto a quelli adottati dal legislatore (capacità, laboriosità, diligenza e impegno).

Orbene, dopo i brevi cenni al quadro normativo sulla progressione in carriera e al suo evolversi, per comprendere se il magistrato parlamentare subisca conseguenze negative sulla propria carriera, occorre soffermarsi con maggiore attenzione sulla definizione dei singoli parametri di valutazione di professionalità, posti dalla normativa primaria e secondaria, per definire, in primo luogo, quali siano gli elementi concreti oggetto della valutazione.

Necessita dunque riprendere la definizione di capacità, laboriosità, diligenza e impegno, fornita dall'art. 11 del d. lgs. n. 160 del 2006.

La capacità, oltre che alla preparazione giuridica e al relativo grado di aggiornamento, è riferita, secondo le funzioni esercitate, al possesso delle tecniche di argomentazione e di indagine, anche in relazione all'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento e del giudizio, ovvero alla conduzione dell'udienza da parte di chi la dirige o la presiede, all'idoneità a utilizzare, dirigere e controllare l'apporto dei collaboratori e degli ausiliari. La laboriosità è riferita alla produttività, intesa come numero e qualità degli affari trattati, in rapporto alla tipologia degli uffici e alla loro condizione organizzativa e strutturale, ai tempi di smaltimento del lavoro, nonché all'eventuale attività di collaborazione svolta, tenuto anche conto degli *standard* di rendimento individuati dal Consiglio superiore della magistratura, in relazione agli specifici settori di attività e alle specializ-

⁹³ Prima della riforma del 2007 per l'attribuzione delle funzioni di magistrato di appello e di cassazione erano necessari rispettivamente 13 e 20 anni di anzianità; dopo la riforma del 2007 per l'attribuzione delle funzioni di appello e di cassazione si è reso necessario superare la seconda e la quarta valutazione di professionalità, che si conseguono dopo 8 e 16 anni dal decreto di nomina, cfr. ancora D. Cavallini, *La valutazione di professionalità dei magistrati: prime riflessioni tratte da una ricerca empirica sui verbali del Csm*, cit., 1230.

zazioni. La diligenza è connessa all'assiduità e puntualità nella presenza in ufficio, nelle udienze e nei giorni stabiliti; è riferita inoltre al rispetto dei termini per la redazione, il deposito di provvedimenti o comunque per il compimento di attività giudiziarie, nonché alla partecipazione alle riunioni previste dall'ordinamento giudiziario per la discussione e l'approfondimento delle innovazioni legislative, nonché per la conoscenza dell'evoluzione della giurisprudenza. Infine, l'impegno è riferito alla disponibilità per sostituzioni di magistrati assenti e alla frequenza di corsi di aggiornamento organizzati dalla Scuola superiore della magistratura; nella valutazione dell'impegno rileva, inoltre, la collaborazione alla soluzione dei problemi di tipo organizzativo e giuridico.

Per ognuno dei parametri la circolare individua, e mette in relazione⁹⁴, degli indicatori oggettivi per la valutazione, volti a consentire un giudizio analitico e completo, ancorato a criteri predeterminati in ordine a ciascun parametro⁹⁵. Secondo la circolare, si ha un giudizio positivo sulla professionalità del magistrato quando tutti i parametri risultino positivi. Il giudizio non positivo, invece, è determinato quando: più parametri sono carenti, oppure quando uno dei parametri è giudicato gravemente carente. Al fine di conseguire il giudizio non positivo (in luogo del giudizio negativo) è comunque necessario ottenere un giudizio positivo in ordine ai profili di indipendenza, imparzialità ed equilibrio, giacché sono ritenuti dalla medesima circolare, al capo III, condizioni necessarie per l'esercizio dell'attività giurisdizionale. La valutazione è negativa laddove sussista una delle seguenti condizioni: risulti negativo il profilo relativo a indipendenza, imparzialità ed equilibrio; risultino gravemente carenti due o più dei parametri prima ricordati. Dopo il giudizio di professionalità non positivo perdura per il successivo anno la valutazione carente in ordine al medesimo parametro⁹⁶. La valutazione di positivo, carente e gravemente carente è definita dagli indicatori indicati al capo VIII della circolare e dettagliati al capo V.

⁹⁴ Si veda il capo VII della circolare del Consiglio superiore della magistratura dell'8 ottobre 2007, n. 20691.

⁹⁵ Per un maggior approfondimento si veda il capo V della circolare n. 20691 del 2007.

⁹⁶ Si vedano anche i capi IX-X della circolare n. 20691 del 2007.

Come si può agevolmente notare, il presupposto di fatto dei parametri e degli indicatori è l'effettivo esercizio dell'attività giurisdizionale⁹⁷.

⁹⁷ In particolare, per quanto riguarda il parametro della capacità, il giudizio è "positivo" se sussistono le seguenti condizioni: (a) i provvedimenti esaminati sono connotati da chiarezza, completezza espositiva e capacità di sintesi in relazione ai presupposti di fatto e di diritto, oltre che da congruità in relazione ai problemi processuali o investigativi affrontati, e, per i magistrati inquirenti, le tecniche di indagine impiegate risultano improntate a correttezza; (b) le conoscenze informatiche dirette alla redazione dei provvedimenti ed al miglioramento dell'efficacia dell'attività giudiziaria sono adeguate; (c) i contributi offerti in camera di consiglio sono qualitativamente accettabili; (d) l'organizzazione del lavoro è improntata a criteri di efficienza e di efficacia; (e) la verifica sull'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento non evidenzia situazioni "di significativa anomalia" anche alla luce di criteri qualitativi; (f) non risultano violazioni di norme giuridiche, né errori di fatto rilevanti in sede disciplinare o di responsabilità civile dei magistrati; (g) le modalità di gestione delle udienze sono corrette e improntate al rispetto dei diritti delle parti; (h) nei magistrati requirenti con funzioni di coordinamento nazionale, la capacità di rapportarsi con gli uffici giudiziari e i magistrati destinatari del coordinamento è efficace, autorevole e collaborativa. È, invece, "carente" se anche soltanto una delle condizioni suindicate difetta in modo significativo, pur senza mancare del tutto. È, infine, "gravemente carente" se manca del tutto una delle predette condizioni o se difettano significativamente almeno due di esse. Per quanto attiene al parametro della laboriosità, il giudizio è "positivo" se sussistono le seguenti condizioni: (a) la produzione di ciascun magistrato è in linea con la media dei provvedimenti emessi dagli altri magistrati appartenenti al medesimo ufficio dello scrutinato e assegnati a funzioni omogenee; la media è calcolata con riferimento a ciascuno dei due anni precedenti per ognuno degli anni in valutazione; (b) non vi sono rilievi di natura disciplinare e contabile in relazione ai tempi di trattazione dei procedimenti e dei processi; (c) è adeguata la collaborazione fornita all'interno dell'ufficio. Peraltro, al fine di evitare, da un lato, la "ratifica" di tendenze a rallentamenti coordinati da parte di tutti i magistrati appartenenti a uno stesso ufficio e assegnati a funzioni omogenee e, dall'altro, valutazioni ingiustamente "punitive" perché non rispondenti alla realtà, si è espressamente precisato che il raffronto della produzione del singolo con quella media dell'ufficio di appartenenza deve essere compiuto anche tenendo conto di quei criteri specificati nel capo IV. Il giudizio di laboriosità, poi, è "carente" se anche solo una delle riferite condizioni difetta in modo significativo, pur senza mancare del tutto. È, invece, "gravemente carente" se manca del tutto una delle predette condizioni o se difettano significativamente almeno due di esse. In ordine al parametro della diligenza, il giudizio è "positivo" se sussistono le seguenti condizioni: (a) risulta adeguato il rispetto del calendario delle udienze e degli impegni prefissati, salvo l'esistenza di ragioni obiettivamente giustificabili (quali, ad esempio, le assenze per motivi di salute); (b) i termini generalmente osservati per la redazione e il deposito dei provvedimenti, o comunque per il compimento delle attività giudiziarie, sono conformi alle prescrizioni di legge o sono comunque accettabili in

Tant'è che tra le principali fonti di conoscenza utilizzabili per la valutazione di professionalità, ai sensi del capo VII, particolare rilievo assumono i rapporti dei dirigenti dell'ufficio, le segnalazioni del consiglio dell'ordine degli avvocati competente per territorio, le informazioni inserite nel fascicolo personale del magistrato, i verbali di audizione del magistrato, eventuali atti che si trovino nella fase pubblica di uno dei processi trattati dal magistrato in valutazione (acquisiti su richiesta del consiglio giudiziario), la relazione del magistrato interessato sul lavoro svolto, le informazioni disponibili presso la Sezione I del Consiglio superiore (competente per le inchieste riguardanti i magistrati) o presso la Sezione disciplinare o, ancora, contenute nelle relazioni ispettive del ministero della giustizia. Oltre a quanto elencato è consentito l'utilizzo di ogni atto o documento che fornisca elementi incidenti sull'attività e sulla professionalità del magistrato.

Dalla lettura del complessivo quadro normativo pare vi sia una sorta di sacrificio posto a carico del magistrato parlamentare

considerazione dei carichi di lavoro, degli standard degli altri magistrati dello stesso ufficio addetti ad analoghe funzioni, e di altre situazioni obiettivamente giustificabili (quali, ad esempio, le assenze autorizzate in conformità della disciplina di ordinamento giudiziario o l'eccezionale complessità di particolari provvedimenti da redigere); (c) è assidua la partecipazione alle riunioni previste dall'ordinamento giudiziario, salvo l'esistenza di ragioni obiettivamente giustificabili (quali, ad esempio, le assenze per motivi di salute). Il giudizio è, invece, "carente" se anche solo una delle riferite condizioni difetta in modo significativo, pur senza mancare del tutto. È, infine, "gravemente carente" se manca del tutto una delle predette condizioni o se difettano significativamente almeno due di esse. In relazione al parametro dell'impegno, il giudizio è "positivo" se sussistono le seguenti condizioni: (a) è stata fornita adeguata disponibilità alle sostituzioni, applicazioni e supplenze necessarie per il funzionamento dell'ufficio; (b) è stata presentata almeno una domanda di partecipazione all'anno ai corsi di aggiornamento organizzati dalla Scuola superiore della magistratura o, nelle more, dal Consiglio superiore della magistratura, e si è registrata la partecipazione ai corsi in ordine ai quali è intervenuto provvedimento di ammissione, sempre che non sussistano ragioni ostantive obiettivamente giustificabili (quali, ad esempio, le assenze per motivi di salute); (c) è stata fornita adeguata collaborazione alle richieste del dirigente dell'ufficio o del coordinatore della posizione tabellare o del gruppo di lavoro, in ordine alla soluzione dei problemi di tipo organizzativo e giuridico, salva l'esistenza di ragioni obiettivamente giustificabili. Il giudizio è, invece, "carente" se anche solo una delle riferite condizioni difetta in modo significativo, pur senza mancare del tutto. È, infine, "gravemente carente" se manca del tutto una delle predette condizioni o se difettano significativamente almeno due di esse, cfr. il capo VIII della circolare del Consiglio superiore della magistratura n. 20691 del 2007.

sul piano della progressione in carriera e dei diritti economici collegati, in virtù del collocamento obbligatorio in aspettativa. Infatti, dopo il 2007, i parametri e gli indicatori, nonché le fonti di conoscenza, presuppongono l'effettiva prestazione lavorativa. Di tutta evidenza, un magistrato eletto in parlamento non potrà essere valutato per il tempo di durata del mandato elettorale: se non postulando, per assurdo, l'esistenza di una sorta di «merito parlamentare» che porterebbe il magistrato a ottenere delle promozioni, in virtù dell'attività dell'ufficio elettivo⁹⁸.

In parte, tale sacrificio è mitigato dalla norma sulla ricostruzione in carriera, di cui all'art. 88 della legge elettorale del 1957.

Infatti, se da una parte l'art. 88 riproduce il contenuto sostanziale della norma costituzionale: «Il dipendente collocato in aspettativa per mandato parlamentare non può, per tutta la durata del mandato stesso, conseguire promozioni se non per anzianità», dall'altro aggiunge al divieto una garanzia inedita: «Allo stesso sono regolarmente attribuiti, alla scadenza normale, gli aumenti periodici di stipendio». La norma, quindi, facendo salvi alcuni diritti economici, assume una funzione di tipo “compensativo” del sacrificio ricadente sul magistrato parlamentare.

L'art. 88 contiene poi un'altra norma, che pare posta ancora in funzione compensativa: «Nei confronti del parlamentare dipendente o pensionato che non ha potuto conseguire promozioni di merito a causa del divieto di cui al comma precedente, è adottato, all'atto della cessazione, per qualsiasi motivo, dal mandato parlamentare, provvedimento di ricostruzione di carriera con inquadramento anche in soprannumero». Tuttavia tale funzione non sembra essere soddisfatta, almeno dopo la riforma del 2007. Infatti, v'è da domandarsi come sia possibile ricostruire la carriera del magistrato, fornendola di quegli elementi fattuali dai quali dipende.

Una constatazione conclusiva più che una considerazione: dopo la riforma del 2007, consolidatosi il sistema basato sul merito, il magistrato parlamentare parrebbe subire uno svantaggio

⁹⁸ Si veda il breve saggio di S. Leone, *Valutazione e promozione dei magistrati «per merito parlamentare»*, in *Quad cost.*, 2010, 111 dove in premessa richiama alcune delibere adottate dal Consiglio superiore della magistratura e dal Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa che paiono configurare delle ipotesi di promozione in assenza di elementi concreti, al fine di poter procedere a una valutazione della professionalità e dunque a una promozione dei magistrati.

oggettivo nella progressione in carriera, svantaggio che però dev'essere bilanciato, e valutato, con le contrapposte esigenze di efficienza nell'amministrazione giudiziaria, su cui è imperniata la riforma del 2007. Per quanto poi l'anzianità rimanga uno dei requisiti per accedere ai concorsi, ai sensi degli articoli 11 e 12 del d. lgs. n. 60 del 2006, lo stesso legislatore al successivo art. 50 ha precisato che, se collocati fuori ruolo per svolgere le funzioni parlamentari, i magistrati non «possono partecipare ai concorsi» e dunque essere promossi.

5.2. Il rapporto tra l'aspettativa per mandato parlamentare e il procedimento disciplinare.

Un altro tema che coinvolge lo *status* del magistrato eletto riguarda il rapporto intercorrente tra i procedimenti disciplinari e l'elezione al parlamento.

In via preliminare, deve essere chiarito che non esiste una norma che stabilisca se il magistrato in aspettativa possa essere sottoposto a procedimento disciplinare, alla stessa stregua di quelli in ruolo (mentre è pacifico che se l'incolpato, per qualsiasi motivo, non appartiene più all'ordine giudiziario, non può essere adottato nei suoi confronti nessun provvedimento).

Il caso fu affrontato e risolto dalla giurisprudenza disciplinare, con una decisione confermata dalla giurisprudenza di legittimità⁹⁹: venne affermato il principio secondo cui il magistrato fuori ruolo può essere sottoposto al procedimento disciplinare, giacché la carica di parlamentare, sebbene imponga l'aspettativa, non recide l'appartenenza all'ordine giudiziario: fermo restando la necessità del nesso funzionale, e dunque che i comportamenti oggetto di giudizio siano stati posti in essere quando ancora il magistrato svolgeva le funzioni giurisdizionali. Sostenere che il magistrato, soltanto perché eletto al parlamento, non possa essere sottoposto a un procedimento disciplinare, creerebbe un contrasto con l'art. 68 Cost., che nulla dispone a riguardo. Al contrario, dopo la riforma per opera della legge costituzionale 29 ottobre 1993, n. 3 (per cui si ebbe l'abrogazione dell'istituto

⁹⁹ Cfr. la pronuncia della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura del 21 dicembre 2001 – 5 marzo 2002, procedimento n. 166 del 2001, confermata da Corte di cass., S.U., 28 gennaio 2003, n. 1239.

dell'autorizzazione a procedere e si stabilì un regime di autorizzazione *ad acta*), il parlamentare può essere sottoposto a procedimento penale senza l'autorizzazione della Giunta della Camera di appartenenza. Sul punto va ricordato che la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su un conflitto di attribuzione sollevato dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, annullò una delibera del Senato, secondo la quale i fatti (precedenti all'elezione) addebitati al magistrato parlamentare concernono opinioni espresse nell'esercizio delle proprie funzioni, riconoscendo così la pienezza del potere disciplinare del Consiglio stesso, nonostante che l'incolpato svolgesse la funzione parlamentare¹⁰⁰. A nulla vale il richiamo, per analogia, alle regole stabilite dal Consiglio superiore sulle prerogative dei magistrati eletti al Consiglio stesso, per cui nei loro confronti non è possibile promuovere un'azione disciplinare, e parimenti a nulla vale il richiamo all'art. 88 della legge elettorale del 1957, secondo cui i magistrati durante il mandato parlamentare non possono conseguire promozione se non per anzianità, ciò in quanto: «L'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile vieta [...] l'applicazione analogica di norme eccezionali, e tali sono quelle in tema di immunità, giacché esse fanno eccezione alla regola fondamentale (art. 3 cost.) della eguaglianza». Dunque, la prerogativa di cui godono i magistrati eletti al Consiglio superiore non può essere estesa ai magistrati parlamentari, così come non si può giungere alla sua applicazione in virtù della regola sulla progressione in carriera.

SEZIONE III

Il rientro nelle funzioni giudiziarie al termine dell'aspettativa per candidatura politica o per mandato elettorale

1. Il quadro costituzionale per una normativa sul rientro del magistrato.

In epoca albertina non fu stabilita alcuna disciplina sul rientro del giudice in caso di sconfitta alle elezioni politiche, o alla scadenza del mandato elettorale. La ragione è dovuta all'assenza nell'ordinamento dell'istituto dell'aspettativa per candidatura politi-

¹⁰⁰ Corte cost., 24 giugno 2002, n. 270 in *Giur. cost.*, 2002, 1961 ss.

ca e dell'aspettativa per mandato elettorale: il giudice candidato o eletto non sarebbe stato sospeso dall'ufficio giurisdizionale e quindi non si sarebbe posto il tema di come regolare il suo rientro. Quando, nel 1923, fu introdotta l'aspettativa per mandato elettorale, per effetto della quale il giudice sarebbe stato sospeso dal proprio ufficio una volta eletto deputato, parimenti, non si giunse ad alcuna disciplina sul rientro, e ciò in coerenza con la natura premiale dell'elettorato passivo. D'altronde, l'attribuzione del diritto d'elezione riguardava i giudici che, come più volte detto, s'erano resi fedeli interpreti del potere esecutivo e, una volta ottenuto il diritto d'elezione e goduto, con l'elezione, il premio, non avrebbero dovuto subire alcuna limitazione al rientro alle funzioni giurisdizionali. La previsione di limitazioni sarebbe stata incoerente col quadro giuridico di riferimento e più in generale con la *ratio* sottesa al riconoscimento dei diritti politici in epoca liberale.

In epoca repubblicana, alla luce del rinnovato statuto costituzionale della magistratura, si sentì l'esigenza di porre una disciplina che regolasse il rientro del magistrato nelle funzioni giurisdizionali, nel caso in cui non fosse stato eletto o alla conclusione del mandato elettorale. D'altra parte, l'elettorato passivo fu elevato a diritto fondamentale: ai sensi dell'art. 51 Cost. non doveva esservi dubbio che, nella forma di Stato repubblicana, «tutti» avrebbero dovuto poter accedere, in condizioni di eguaglianza e secondo i requisiti stabiliti dalle leggi, alle cariche elettive. E «tutti» significava ricomprendere nei destinatari del diritto all'elettorato passivo i magistrati: «non sono possibili dubbi in proposito – debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti a ogni altro cittadino»¹⁰¹. Purtroppo, la Corte costituzionale tenne in considerazione che il rinnovato statuto della magistratura e la funzione di garanzia avrebbero dovuto giustificare la fissazione di taluni limiti all'elettorato passivo, volti alla tutela della stessa dignità della magistratura: «le funzioni esercitate e la qualifica rivestita dai magistrati non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale (sentenza n. 100 del 1981). Per la natura della loro funzione, la Costituzione riserva ai magistrati una disciplina del tutto particolare, contenuta nel titolo IV della parte II (art. 101 e ss.): questa disciplina da

¹⁰¹ Per un approfondimento si richiama quanto detto al capitolo secondo. Il virgolettato che segue nel testo è tratto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 224 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 2577.

un lato assicura una posizione peculiare, dall'altro, correlativamente, comporta l'imposizione di particolari doveri».

In tale contesto, onde assicurare che il magistrato fosse tanto imparziale (in sé) quanto, sul lato dell'immagine, superiore a ogni sospetto di parzialità, furono posti a livello primario e secondario delle fonti del diritto appositi «strumenti operativi», per rendere concrete le modalità e le condizioni attraverso cui bilanciare il «diritto individuale del magistrato ad offrire il proprio contributo al tessuto delle istituzioni democratiche di rappresentanza politica e di governo» con «la necessità di garantire che tale partecipazione avvenga nel rispetto dei valori di integrità della selezione politica e della funzione giurisdizionale»¹⁰².

2. La genesi della disciplina sul rientro e la tesi dell'inamovibilità come garanzia rinunciabile.

La prima proposta per una disciplina sul rientro nelle funzioni del proprio ufficio, limitata al caso del magistrato candidato e non eletto, peraltro sottoposta con successo al vaglio di legittimità della Corte costituzionale¹⁰³, ebbe origine dall'emen-

¹⁰² Consiglio superiore della magistratura, delibera del 21 ottobre 2015, *Rapporti tra politica e giurisdizione, con particolare riferimento al tema del rientro nel ruolo della magistratura di coloro i quali abbiano ricoperto incarichi di Governo ed attività politica e parlamentare*.

¹⁰³ L'ultimo comma dell'art. 8 della legge elettorale del 1957 fu oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale. La questione fu sollevata dal Tribunale amministrativo piemontese, chiamato a pronunciarsi sul ricorso di un magistrato candidato e non eletto, che aveva impugnato il decreto presidenziale di trasferimento a un ufficio diverso da quello ove s'erano svolte le elezioni. L'ordinanza di rinvio prospettava quattro profili di illegittimità costituzionale. In primo luogo, in relazione all'articolo 3, comma 1, Cost., la norma sarebbe stata discriminatoria sia perché la disciplina restrittiva sul rientro riguardava soltanto i magistrati e non altri pubblici impiegati, sia perché essa riguardava soltanto i magistrati delle giurisdizioni inferiori, con competenza territoriale ridotta. Altresì, in riferimento all'art. 51, comma 1 e 3, Cost., il trasferimento d'ufficio avrebbe comportato un disincentivo talmente grave (peraltro non giustificato) da sconsigliare la candidatura e rendere così difficoltoso l'esercizio di un diritto fondamentale. Infine, riguardo l'art. 107 Cost., l'obbligatorietà del trasferimento avrebbe comportato una menomazione della garanzia di inamovibilità del magistrato dal momento in cui essa avrebbe limitato l'autonomia di giudizio del Consiglio superiore della magistratura, affidandogli la mera ricezione di scelte già operate in sede politica e di conseguenza rigidamente prefigurate dal legislatore ordinario. Con la sentenza del 19 ottobre 1982, n. 172, la Corte costituzionale dichiarò infondate le que-

damento del deputato Gullo, presentato durante la seduta della Camera dei deputati del 2 marzo 1956¹⁰⁴, in occasione del ricordato dibattito sul progetto di legge n. 1237¹⁰⁵. L'emendamento prevedeva per i magistrati candidati e non eletti limitazioni al rientro presso l'ufficio giurisdizionale d'origine: «I magistrati

stioni prospettate. In primo luogo perché in relazione all'art. 3, comma 1, Cost. le situazioni giuridiche difettavano del requisito dell'omogeneità: «Il comune dovere di imparzialità non permette, invero, di parificare i magistrati ai pubblici dipendenti, essendo dalla Costituzione riservata solo ai primi, per la natura della loro funzione, una disciplina del tutto particolare, contenuta nel Titolo IV (art. 101 e segg.); questa disciplina, da un lato, assicura una posizione peculiare, dall'altro, correlativamente, comporta l'imposizione di speciali doveri». Dunque, non rilevava il richiamo ad altre sentenze della Corte ove s'era proceduto a una parificazione tra magistrato e pubblici impiegati. Né poteva rilevare la diversa disciplina riservata ai magistrati delle giurisdizioni superiori: da un lato v'era un impedimento di natura tecnica, essendo «impossibile o comunque estremamente difficile» per questi ultimi la destinazione ad altro ufficio, dall'altro il pericolo che il magistrato potesse conoscere i processi provenienti dalla circoscrizione in cui s'era candidato era di «proporzioni notevolmente minori» e comunque evitabile mediante «l'assegnazione di processi provenienti da altre circoscrizioni». Altresì, i beni costituzionali del buon andamento della giustizia e del prestigio dell'ordine giudiziario giustificavano limitazioni, seppur ragionevoli, all'elettorato passivo; in tal senso, la regola contenuta all'ultimo comma dell'art. 8 non fu ritenuta «arbitraria e irrazionale», essendo fondata sulla considerazione che il magistrato potesse contrarre «verosimilmente [...] 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». Inoltre, fu ribadito che «conservare il posto di lavoro» significava soltanto mantenere il rapporto di lavoro e impiego. Al contrario, la norma costituzionale non doveva essere interpretata nel senso che dopo aver «perso» le elezioni il magistrato avrebbe avuto il diritto di proseguire a esercitare le funzioni dell'ufficio di provenienza: dunque il trasferimento fu giudicato legittimo alla luce dell'art. 51, comma 3, Cost. Infine, nessuna violazione fu riscontrata in relazione all'art. 107, comma 1, Cost. siccome la medesima norma: «attribuisce al Consiglio superiore della magistratura soltanto la competenza a pronunciare il provvedimento di trasferimento ad altra sede, ma non prescrive affatto che la valutazione dei motivi debba essere necessariamente rimessa caso per caso alla discrezionalità dello stesso Consiglio superiore e non possa, invece, essere fatta direttamente dalla legge con una disposizione generale», vedi Corte cost., 19 ottobre 1982, n. 172 in *Giur. cost.* 1982, 1746; si veda anche l'ordinanza di rinvio del TAR Piemonte del 9 dicembre 1980, in *Giur. cost.*, 1981, 837 ss. In dottrina cfr. ancora una volta F. Rigano, *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, cit., 36 e 38, e la bibliografia ivi citata in particolare S. Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., 244 e 234 ss.; G. Volpe, voce *Ordinamento giudiziario*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980, 838.

¹⁰⁴ L'emendamento Gullo fu discusso durante la seduta della Camera dei deputati del 20 marzo 1956.

¹⁰⁵ Si veda in particolare la sezione II del capitolo terzo; cfr. ancora una volta Camera dei deputati, Atti parlamentari, disegno di legge n. 1237, cit.

che sono stati candidati e non sono stati eletti non possono esercitare le loro funzioni nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni». L'approvazione avrebbe comportato l'instaurarsi di un regime di incompatibilità del magistrato con l'ufficio compreso nella circoscrizione elettorale ove s'era candidato con insuccesso e, al contempo, avrebbe comportato *ope legis* il trasferimento del magistrato ad altro ufficio rispetto a quello di origine. Sull'ipotesi che il trasferimento fosse lesivo dell'inamovibilità fu lo stesso Gullo a rispondere, con argomenti poco convincenti, che l'inamovibilità prevista all'art. 107, comma 1, Cost., dovesse intendersi come una garanzia rinunciabile da parte del magistrato: «La inamovibilità costituisce un diritto al quale il magistrato può rinunciare, tanto è vero che può chiedere parecchie volte il trasferimento ad altra sede. Nel momento in cui pone la sua candidatura politica, il magistrato sa che per ciò stesso rinuncia alla sua inamovibilità. Rimane un fatto suo se rinunciare o meno, in quanto non è obbligato a porre la sua candidatura»¹⁰⁶. Una tesi sostenuta contro le osservazioni del relatore di maggioranza, il deputato Marotta, che vide nell'emendamento un meccanismo in grado di erodere l'inamovibilità attraverso una sorta di trasferimento coatto¹⁰⁷.

Sul lato delle fattispecie regolate, la limitazione della disciplina del rientro ai magistrati candidati e non eletti, e non ai magistrati cessati dal mandato elettorale, fu giustificata da ragioni per così dire pratiche, legate all'*animus* del magistrato non eletto: «la euforia della vittoria è pensabile che non turbi la sua serenità di coscienza; ma la disfatta, invece, è senz'altro certo che determina uno stato d'animo non conciliabile con la serenità che si richiede al magistrato». Il deputato Gullo ragionava secondo il regime allora vigente del congedo facoltativo, e non secondo il regime dell'aspettativa obbligatoria, che soltanto all'esito dell'approvazione del disegno di legge n. 1237 fu introdotta nell'ordinamento: come ricordato, sino al 1956 per il magistrato eletto parlamentare era facoltativo sospendere le funzioni del proprio ufficio giurisdizionale durante lo svolgimento del mandato elettorale. In tale ottica si pose Gullo, secondo cui, potendo prose-

¹⁰⁶ Intervento di F. Gullo (Comunista), Camera dei deputati, Atti, seduta del 20 marzo 1956, 24465.

¹⁰⁷ Intervento di M. Marotta (Democratico cristiano), Camera dei deputati, Atti, seduta del 20 marzo 1956, 24465.

guire a esercitare le funzioni giurisdizionali, il magistrato parlamentare non avrebbe avuto alcun motivo di vendicarsi sull'elettorato, mentre tale pericolo era ravvisato nell'ipotesi in cui non fosse stato eletto parlamentare, in tal senso era giustificata una disciplina restrittiva sul rientro là dove il magistrato era stato sconfitto.

Sul piano temporale, l'assenza di un termine al divieto di esercitare le funzioni giurisdizionali nella circoscrizione dove si era stati sconfitti fu rimediata dalla proposta di porre in cinque anni la durata del divieto, perché, di tutta probabilità, tale durata corrispondeva quella ordinaria della legislatura. Non si affrontò, in tale sede, il rientro del magistrato nel caso in cui la legislatura fosse terminata prematuramente, e il caso in cui il magistrato si fosse dimesso prima della scadenza del mandato. D'altronde, come ricordato, non si affrontò ancor più a monte l'ipotesi del rientro del magistrato al termine del mandato elettorale giacché la disciplina allora vigente prevedeva il congedo, e dunque la facoltà e non l'obbligo di sospendere le proprie funzioni giurisdizionali durante il tempo dell'elezione.

Il divieto di rientro nella circoscrizione elettorale ove il magistrato eletto si era candidato incontrava le critiche del deputato Degli Occhi, che lamentava la non coincidenza della circoscrizione elettorale col distretto giudiziario¹⁰⁸. Il criterio fondato sulla circoscrizione appariva, già all'epoca, inadeguato rispetto all'organizzazione sul territorio nazionale degli uffici giudiziari. In tal senso sarebbe stato coerente proporre che il divieto di rientro si estendesse nel distretto e non nella circoscrizione, ma di tale proposta non v'è traccia e le osservazioni passarono pressoché inosservate nel dibattito parlamentare, per quanto della loro rilevanza v'è prova nelle norme che il Consiglio superiore della magistratura, quasi cinquant'anni dopo, pose proprio su tal punto.

In ogni caso, durante la seduta del 20 marzo 1956, col parere contrario del governo, la Camera approvò la norma che dapprima fu inserita nell'art. 3 della legge n. 493 del 1956¹⁰⁹ e poi trasfusa nell'art. 8, ultimo comma, della legge elettorale del 1957: «I magistrati che sono stati candidati e non sono stati eletti

¹⁰⁸ Intervento di C. Degli Occhi (Partito nazionale monarchico), Camera dei deputati, Atti, seduta del 20 marzo 1956, 24465.

¹⁰⁹ Cfr. ancora una volta la legge n. 493 del 1956.

non possono esercitare per un periodo di cinque anni le loro funzioni nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni».

3. Le lacune normative e gli interventi del Consiglio superiore della magistratura.

Dal 1956 fu così stabilita una disciplina per il rientro del magistrato in caso di sconfitta alle elezioni politiche (trasfusa nell'art. 8 della legge elettorale del 1957 ove tutt'ora è collocata); soltanto attraverso alcuni importanti interventi del Consiglio superiore della magistratura si pose dapprima nel 1993, e successivamente con modifiche e integrazioni nel 2005, 2009, 2014 e 2015¹¹⁰, una disciplina per il caso del rientro del magistrato dopo la cessazione dal mandato elettorale.

Per una migliore chiarezza espositiva pare necessario soffermarsi (con brevità) sull'istituto del richiamo in servizio, che rappresenta l'atto introduttivo del rientro, salvo l'ipotesi, non così frequente, in cui il magistrato decida di dimettersi dall'ufficio giurisdizionale all'esito della sconfitta o alla scadenza del mandato elettorale o durante lo svolgimento di esso.

3.1. Il richiamo in servizio.

Di fronte a una evidente lacuna nelle fonti primarie del diritto, fu stabilito, per via della circolare del 1993, che il magistrato candidato e non eletto alle elezioni politiche e amministra-

¹¹⁰ Si veda Consiglio superiore della magistratura, circolare n. 15098, delibera del 30 novembre 1993, *Disposizioni in tema di tramutamenti e di assegnazione per conferimenti di funzioni*; delibera del 13 aprile 2005, *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 n. 13778, delibera del 24 luglio 2014, *Disposizioni in tema di trasferimenti dei magistrati, conferimenti di funzioni e destinazione a funzioni diverse da quelle giudiziarie*; delibera del 21 ottobre 2015, *Rapporti tra politica e giurisdizione, con particolare riferimento al tema del rientro nel ruolo della magistratura di coloro i quali abbiano ricoperto incarichi di Governo e attività politica e parlamentare*. Si veda, altresì, delibera consiliare del 13 settembre 2016, *Risoluzione sulla relazione della Commissione ministeriale per il progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario*, 14 e 19.

tive, avrebbe dovuto presentare la domanda di richiamo in servizio: «senza indugio», «con sollecitudine» nella locuzione mutuata nella circolare del 2005, «tempestivamente» nella circolare del 2014. In caso contrario il Consiglio superiore della magistratura avrebbe dovuto provvedere d'ufficio.

Una distinzione, quella fra le espressioni suindicate, che incide sulla diligenza del magistrato nel momento in cui deve chiedere il rientro in magistratura.

Nel 1993, infatti, fu posto in capo al magistrato l'onere di predisporre e inviare al Consiglio superiore della magistratura la domanda di richiamo in servizio, una volta cessata l'aspettativa. Il rispetto della regola fu posto sul mero piano formale dell'invio della domanda di richiamo. Nel 2005 si chiese al magistrato non soltanto un mero invio, ma una vera e propria manifestazione di impegno, e il soddisfacimento di un onere di partecipazione nel procedimento, nell'ottica di una collaborazione informativa simile a quella già apprezzata in sede di aspettativa pre-elettorale. Tale modificazione avrebbe comportato in capo al magistrato tanto l'onere di predisporre e inviare la domanda, quanto l'onere di sollecitare il Consiglio superiore della magistratura al richiamo in servizio. Da ciò conseguì l'adozione di una concezione sostanziale della domanda, in luogo di quella meramente formale di cui alla circolare del 1993, scelta che d'altronde riflette l'esigenza costituzionale sottesa alla disciplina sul rientro. *A fortiori*, nel 2014 si è sostituito «senza indugio» con «tempestivamente», a conferma della natura tanto formale quanto sostanziale della domanda di richiamo in servizio, con l'onere di collaborazione posto in capo al magistrato; e, infatti, ai sensi dell'art. 124, comma 1, della circolare del 2014: «Al termine dell'aspettativa per avvenuta presentazione di candidatura alle elezioni politiche, amministrative ed europee, in caso di mancata elezione, il magistrato è tenuto a richiedere con sollecitudine di essere richiamato in servizio. Nel caso in cui il magistrato non richieda tempestivamente il richiamo in ruolo, il CSM provvede d'ufficio».

Come si può notare l'evoluzione del tenore letterale della norma è nel senso di ridurre la discrezionalità del magistrato nella scelta dei tempi per procedere al richiamo in servizio. Alla luce delle esigenze costituzionali, la riduzione della discrezionalità avrebbe dovuto comportare la fissazione di un termine preciso, espresso in giorni, per la presentazione della domanda di richiamo in servizio e parimenti di un termine entro cui il Consiglio superiore avrebbe dovuto provvedere al richiamo.

Si noti: le citate circolari dettano una disciplina solamente

per il richiamo in servizio del magistrato successivo allo scadere dell'aspettativa per candidatura politica, e non per il richiamo in servizio successivo allo scadere dell'aspettativa per mandato politico. Se si ritiene che tali norme abbiano natura non elettorale, allora è possibile per via analogica applicare il regime del richiamo in servizio per mancata elezione anche all'ipotesi di rientro per scadenza del mandato parlamentare. D'altronde le due fattispecie hanno presupposti omogenei e la *ratio* è la medesima: il magistrato dopo un periodo di sospensione (per candidatura politica o mandato parlamentare) deve essere ricollocato in ruolo e, dal canto suo, la magistratura dev'essere reintegrata di un componente, in tempi strettissimi giacché v'è da garantire l'efficienza degli uffici giurisdizionali. Di contro, qualora si accedesse alla tesi che le norme sul rientro hanno natura elettorale, precludendo così l'interpretazione analogica, si deve ritenere che in ogni caso gravi sul magistrato l'onere di domandare il rientro e farsi promotore del ricollocamento in tempi brevi, perché v'è da garantire l'efficiente funzionamento degli uffici giurisdizionali (e anche perché un'assenza dal lavoro non giustificata potrebbe configurare un'ipotesi di illecito disciplinare).

3.2. La destinazione del rientro: le condizioni concorrenti per la restituzione all'ufficio di appartenenza.

Una volta che il magistrato proponga tempestivamente la domanda di richiamo in servizio il Consiglio superiore deve provvedere alla reintegrazione presso l'ufficio di appartenenza, ai sensi dell'art. 124, comma 2, circolare del 2014, sempre che ricorrano alcune condizioni, fra di loro concorrenti.

In premessa è da notare che tale fattispecie è la più frequente, stante l'ipotesi di ineleggibilità relativa di cui all'art. 8 della legge elettorale del 1957 (a mente della quale il magistrato è ineleggibile se aveva esercitato le funzioni in un ufficio compreso nella circoscrizione elettorale nei sei mesi antecedenti la data di accettazione della candidatura). E dunque, non potendosi legittimamente candidare nella circoscrizione elettorale del proprio ufficio, se non a pena di ineleggibilità, la fattispecie che maggiormente ricorrerà è quella del magistrato candidato in una circoscrizione ove il proprio ufficio non è compreso; e dunque (nell'ipotesi più frequente) il magistrato chiederà il richiamo in servizio presso l'originario ufficio di appartenenza.

Condizione preliminare per la restituzione all'ufficio di appartenenza è che il posto precedentemente occupato sia vacante. Nel tempo della candidatura, infatti, l'amministrazione giudiziaria avrebbe potuto chiamare un altro magistrato per far fronte alle esigenze d'ufficio. Se l'ufficio giurisdizionale a cui era assegnato il magistrato è vacante, il magistrato dovrà rientrare «nell'ufficio di appartenenza», ai sensi del già citato art. 124, comma 2, previa revoca dell'eventuale pubblicazione nelle more intervenuta; se l'ufficio non è vacante, ai sensi del successivo comma 3, il magistrato dovrà essere assegnato a «un altro posto vacante di un ufficio di pari grado della stessa sede o di altri uffici del medesimo distretto o di un distretto viciniore».

Ulteriore condizione per la riassegnazione all'ufficio di appartenenza, sino al 1993, era non incorrere nella incompatibilità di cui all'art. 8, ultimo comma, della legge elettorale del 1957: ciò presupponeva una candidatura presso una circoscrizione elettorale diversa da quella ove si trovava l'ufficio al quale il magistrato era (o era stato) assegnato. Con la circolare del 2005 l'ambito territoriale fu modificato da ufficio a distretto giudiziario, che corrisponde alla circoscrizione giudiziaria della Corte di appello¹¹¹, stabilendo la regola secondo cui il magistrato può rientrare nell'ufficio di appartenenza soltanto se la candidatura sia stata presentata nell'ambito di un distretto non compreso nella circoscrizione elettorale ove era stata posta la candidatura.

La scelta di modificare il criterio territoriale di riferimento da ufficio a distretto venne motivata sotto diversi profili. In via preliminare si osservò che, nel 1993, il criterio era l'ufficio, dato che l'art. 8, ultimo comma, della legge elettorale del 1957 disponeva per un divieto di rientro «nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni», ambito che non coincideva con quello distrettuale. Da un punto di vista ordinamentale, porre nel distretto giudiziario il riferimento territoriale per l'incompatibilità parve peraltro più coerente con l'evoluzione dell'orga-

¹¹¹ Nel nostro ordinamento vi sono ventisei Corti di appello oltre tre sezioni distaccate, e altrettanti distretti giudiziari. Da ultimo, sul riordino delle circoscrizioni giudiziarie si vedano: il decreto legislativo 7 settembre 2012 numero 155, *Nuova organizzazione dei tribunali ordinari e degli uffici del pubblico ministero a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 settembre 2011, n. 148*, e il decreto legislativo 7 settembre 2012 numero 156, *Revisione delle circoscrizioni giudiziarie – Uffici dei giudici di pace, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 settembre 2011, n. 148*.

nizzazione e delle competenze degli uffici giurisdizionali: «a prescindere dalle ipotesi in cui interessati al provvedimento siano magistrati che esercitano le funzioni che investono una sfera territoriale più ampia del singolo circondario di Tribunale, quali, ad esempio, consiglieri di Corte di appello o giudici del Tribunale dei minorenni ovvero anche i magistrati dell'Ufficio di sorveglianza o i magistrati distrettuali, esistono posizioni di magistrati che, destinati allo svolgimento di ordinarie funzioni in primo grado, sono pure destinati, istituzionalmente, all'assolvimento di compiti ulteriori rispetto alla mera sfera territoriale del Tribunale: si pensi, in particolare, ai sostituti delle procure distrettuali assegnati alla DDA, ovvero ai magistrati destinati a trattare la materia del Tribunale delle Libertà». La scelta parve coerente, altresì, rispetto alla nuova configurazione degli organici della magistratura, meno collegati all'ufficio e più al distretto: «Le tabelle infradistrettuali – introdotte con la legge 133/1998 – hanno introdotto nell'ordinamento una prospettiva dinamica che pone in collegamento funzionale diversi uffici, trattati come se fossero un unico corpo di magistrati a cui accedere – con l'istituto della supplenza infradistrettuale – per ovviare a situazioni contingenti di difficoltà ovvero per realizzare – attraverso l'istituto della coassegnazione – una più razionale trattazione del lavoro». Infine, la scelta per il distretto sembrava meglio adattarsi ai poteri affidati al presidente della Corte di appello e al procuratore generale, di disporre all'interno del distretto applicazioni e supplenze: «strumenti ampiamente utilizzati per venire incontro alle più varie esigenze sorte nella trattazione degli affari giudiziari e per ovviare alle ormai ricorrenti situazioni di incompatibilità derivanti dalla trattazione di singoli processi»¹¹². Da ultimo, per le ragioni appena ricordate, la circolare del 2014 all'art. 124, comma 2, confermò l'utilizzo del criterio territoriale del distretto, e non più dell'ufficio: «Qualora la candidatura sia stata presentata nell'ambito di una circoscrizione elettorale non compresa nel territorio del distretto di appartenenza e questo non sia competente ai sensi dell'art. 11 c.p.p. rispetto a quello ove si sono svolte le elezioni, il magistrato è assegnato all'ufficio di appartenenza, se vacante, previa revoca dell'eventuale pubblicazione delle more intervenuta». Inoltre, ai sensi del successivo comma 7, il

¹¹² Consiglio superiore della magistratura, delibera del 13 aprile 2005, cit., vedi in particolare il punto numero 3.2.1.

Consiglio superiore della magistratura stabilì che in ogni caso il magistrato che avesse svolto il mandato elettorale non sarebbe potuto essere assegnato, né trasferito per almeno un quinquennio, al distretto o ai distretti ove si trova la circoscrizione territoriale nella quale è stato eletto, nonché al distretto o ai distretti competenti di cui all'art. 11 c.p.p.

Parzialmente differente, su tal punto, è la disciplina del rientro in ruolo del magistrato che sia stato eletto. Dopo un lungo silenzio del legislatore, con il d.lgs. 160 del 2006 si stabilì all'art. 50, comma 1, che, ad eccezione che fossero assegnati agli uffici con giurisdizione nazionale (Corte di cassazione, Procura generale della Repubblica, Direzione nazionale antimafia), il ricollocamento in ruolo sarebbe dovuto avvenire nella medesima sede, se vacante, o in altra sede, e nelle medesime funzioni, ovvero, nel caso di cessato esercizio di una funzione elettiva extragiudiziaria, in una sede diversa vacante, appartenente ad un distretto sito in una regione diversa da quella in cui è ubicato il distretto presso cui è posta la sede di provenienza, nonché in una regione diversa da quella in cui, in tutto o in parte è ubicato il territorio della circoscrizione nella quale il magistrato è stato eletto.

Da un punto di vista funzionale, sino al 1998, il magistrato avrebbe potuto essere riassegnato all'ufficio di appartenenza soltanto se avesse ricoperto funzioni di tipo collegiale, non potendo essere restituito alle eventuali funzioni monocratiche svolte in precedenza. La *ratio* di tale previsione traeva origine da un assetto ordinamentale che contemplava una divisione degli uffici giudiziari di primo grado in preture e tribunali. I primi erano di competenza monocratica, mentre i secondi erano di competenza collegiale. L'assegnazione alle funzioni collegiali in luogo delle funzioni monocratiche, mirava a escludere il magistrato da percorsi decisionali in totale autonomia, che al contrario denotavano lo svolgimento delle funzioni pretorili. L'obiettivo era quello di salvaguardare l'indipendenza del magistrato, nonché l'immagine di indipendenza e più in generale il prestigio stesso della magistratura, beni costituzionali in potenziale conflitto col rientro in funzioni monocratiche. Il criterio sin lì adottato risultò tuttavia irrealizzabile, quando, col decreto legislativo 51 del 1998¹¹³, venne istituito il giudice unico di primo grado, con am-

¹¹³ Decreto legislativo del 19 febbraio 1998, n. 51, *Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado*.

pie competenze monocratiche sia in sede civile sia in sede penale. Inoltre, le limitazioni di carattere territoriale apparivano già sufficienti ad attenuare le esigenze sottese alla previsione del rientro in funzioni collegiali: i rischi legati a un'eccessiva personalizzazione e a un conseguente potenziale detrimento nell'immagine di indipendenza, imparzialità e terzietà erano reputati assai attenuati dalla distanza territoriale tra il luogo ove il magistrato s'era candidato e il luogo ove egli sarebbe rientrato. In virtù di tali considerazioni, con le circolari del 2005 e successivamente del 2009¹¹⁴, il Consiglio superiore stabilì la sostituzione del criterio funzionale: si passò a un obbligo di rientro nelle funzioni giudicanti, col divieto di rientro nelle funzioni requirenti per almeno un triennio. Tale opzione fu ritenuta legittima da parte del giudice amministrativo, giacché avrebbe posto il magistrato e la magistratura al riparo dal «rischio di letture personalistiche della funzione requirente esercitata immediatamente dopo il mandato politico-amministrativo e il conseguente *vulnus* all'immagine di indipendenza e terzietà dell'azione della magistratura»¹¹⁵. Al contempo venne esclusa la destinazione alle funzioni di giudice delle indagini preliminari e di giudice dell'udienza preliminare, siccome tali uffici erano ritenuti contraddistinti da «una notevole visibilità esterna in relazione alla tipologia di affari trattati afferenti alla libertà personale, sia perché l'esercizio delle funzioni in esame comporta un possibile impulso coercitivo nei confronti dello stesso pubblico ministero, a cui può essere imposto l'esercizio positivo dell'azione penale»¹¹⁶.

La norma secondo cui il rientro deve avvenire nelle funzioni giudicanti, col divieto di rientro nelle precedenti funzioni requirenti, è stata abrogata con la circolare del 2014, che ora consente (così come previsto sino alla circolare del 2005) la destinazione del magistrato a un ufficio requirente. Infatti, il Consiglio ha ritenuto che: «con il nuovo assetto degli uffici di procura scatu-

¹¹⁴ Consiglio superiore della magistratura, circolare n. 12046, delibera del 8 giugno 2009, *Disposizioni in tema di tramutamenti e di assegnazione per conferimento di funzioni*, si veda in particolare il punto n. 3 par. XXIX.

¹¹⁵ Cfr. Tar Lazio, 11 ottobre 2013, n. 8779, in senso conforme si veda altresì Tar Lazio, sez. I-*quater*, 3 giugno 2015, n. 7765; Tar Lazio, 27 aprile 2006, n. 2991. In dottrina si veda N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, IV ed., Bologna, 2014, 102.

¹¹⁶ Consiglio superiore della magistratura, delibera del 13 aprile 2005, cit., in particolare il punto numero 3.3.2.

rente dalla riforma dell'ordinamento giudiziario, caratterizzato da una più forte impronta gerarchica e conseguentemente da una accentuazione dei meccanismi di controllo interno, l'esigenza di evitare che tra i consociati si diffonda il dubbio di "forzature personalistiche" sussiste soprattutto con riferimento alle funzioni giudicanti che, almeno nel settore penale, sono realmente investite di poteri processuali fortemente incidenti sui diritti fondamentali delle persone»¹¹⁷. Si riapre così la riflessione su soluzioni che prevedano limitazioni al rientro in funzioni giudicanti monocratiche a favore, dunque, di un rientro in funzioni giudicanti collegiali, ed è lo stesso Consiglio superiore, con la circolare del 2015, a suggerire tali soluzioni al legislatore¹¹⁸.

Nelle ipotesi di assenza del posto vacante, di provenienza del magistrato da funzioni monocratiche (sino al 2005) o da funzioni giudicanti (sino al 2014) e, infine, nel caso di incompatibilità, venne stabilito un ambito di esclusione dai posti che il magistrato avrebbe potuto occupare tramite lo strumento del "concorso virtuale"¹¹⁹, con dei limiti di natura funzionale sia assoluti sia relativi. Sotto il primo aspetto, in via assoluta, il magistrato non avrebbe potuto essere assegnato a posti con incarico semi-direttivo, a posti di organico della Direzione antimafia, a posti di magistrato di tribunale destinato alla Corte di cassazione, a

¹¹⁷ Consiglio superiore della magistratura, delibera del 13 aprile 2005, cit.

¹¹⁸ Consiglio superiore della magistratura, delibera del 21 ottobre 2015, cit.

¹¹⁹ Il paragrafo V, punto 28 e) della circolare del 30 novembre 1993, n. 15098 definisce le modalità del cosiddetto concorso virtuale: «Il concorso virtuale verrà effettuato simulando la partecipazione dell'interessato agli ultimi concorsi svoltisi per il posto richiesto, attribuendogli i relativi punteggi, ora per allora. Il posto sarà assegnato se l'interessato avrà riportato un punteggio equivalente alla media dei punteggi raggiunti dall'ultimo dei vincitori di ciascun concorso reale svoltosi nei quattro anni precedenti. Nel caso in cui negli ultimi quattro anni sia stato espletato concorso reale e il procedimento di assegnazione del posto si sia concluso con la dichiarazione di 'posto senza aspiranti' si attribuirà a tale concorso il punteggio di zero, ai fini del calcolo della media di cui sopra. Nel caso in cui negli ultimi quattro anni non sia stato espletato concorso reale, la simulazione avverrà con l'ultimo concorso effettuato ed il posto richiesto verrà attribuito solo qualora l'interessato ne risulti vincitore o primo degli esclusi». Al punto 28 f) sono indicati i 'limiti' del concorso virtuale: «Non si dà mai luogo al concorso virtuale nei casi in cui sia in atto un concorso ordinario per il posto, diverso da quello di provenienza, indicato dal magistrato da ricollocare in ruolo. Il concorso ordinario si intende in atto anche nel caso in cui siano scaduti i termini di proposizione delle domande ed il magistrato non dimostri di non aver potuto presentare utilmente domanda indicando le ragioni sopravvenute che ne impongono l'immediato rientro in ruolo».

posti di consigliere di Corte di cassazione o di sostituto procuratore generale presso la medesima Corte. In via relativa, invece, l'assegnazione per concorso virtuale a un posto di consigliere della Corte di cassazione o di sostituto procuratore generale presso la medesima sarebbe stata ammessa soltanto nel caso in cui il magistrato, da trasferire per concorso virtuale, fosse provenuto da una qualifica di cassazionista (pur essendo assegnato a un ufficio giudiziario di merito), ovvero da destinazioni fuori ruolo che prevedano almeno una qualifica equiparata. Al pari era disposto per il ruolo di consigliere di Corte di appello o di sostituto procuratore generale presso la medesima Corte: il posto precedentemente occupato doveva, rispettivamente, riferirsi a funzioni semi-direttive giudicanti o requirenti, ovvero a funzioni equivalenti ¹²⁰.

Nel 2005 vennero espressamente esclusi dal campo di applicazione della normativa secondaria (e dunque dalle limitazioni territoriali e funzionali) gli uffici a giurisdizione nazionale, intendendosi per tali i posti, anche di merito, della procura generale presso la Corte di cassazione, nonché della Direzione nazionale antimafia, al pari. Le ragioni, da un punto di vista territoriale, ricalcano quelle per cui gli uffici a giurisdizione nazionale, già in epoca albertina, furono esclusi dall'ambito di operatività dell'ineleggibilità relativa: «si tratta [...] di uffici che non hanno una competenza territoriale radicata su uno specifico circondario o distretto, per cui non appare compatibile la previsione di destinazione ad altra sede “fuori distretto”»; da un punto di vista funzionale l'esclusione fu motivata da una laconica «specificità e particolarità delle funzioni esercitate». Tale previsione (per le medesime ragioni appena esposte) è stata confermata con la circolare del 2014 all'art. 127, comma 8: «Nel caso in cui il magistrato provenga da un posto, anche di merito, della Corte di Cassazione o della Procura Generale presso la Corte di Cassazione, ovvero della Direzione Nazionale Antimafia, i criteri indicati nelle disposizioni che precedono non si applicano e il magistrato è restituito all'ufficio di appartenenza, se vacante, previa revoca, eventuale, della pubblicazione nelle more intervenuta. Se il posto non sia vacante, il magistrato dev'essere assegnato, con concorso virtuale, a un altro posto disponibile».

¹²⁰ Cfr. ancora la citata circolare del 1993, paragrafo V, punto 28, lettere a) e b).

3.2.1. Una disciplina omogenea per le diverse ipotesi di rientro: alcune osservazioni critiche.

Come poc'anzi ricordato, sino al 2005 non v'era alcuna disciplina per il rientro del magistrato alla cessazione dal mandato elettorale. L'art. 8, ultimo comma, della legge elettorale del 1957 e la circolare del 1993, nella sua formulazione originaria, regolavano esclusivamente la fattispecie del rientro del magistrato non eletto. Si accennava in introduzione a quel breve passaggio durante la seduta del 20 marzo 1956, quando il deputato Gullo si premurò di specificare che l'ambito oggettivo dell'emendamento sul rientro escludeva il magistrato eletto e cessato, giacché il magistrato risultato vincitore non avrebbe avuto ragione di vendicarsi sul proprio elettorato. Però, limitare la disciplina sul rientro al caso del magistrato non eletto, avrebbe potuto fare pensare che il divieto fosse soltanto una sorta di sanzione nei confronti di chi non avesse raggiunto l'elezione.

In assenza di una norma espressamente posta, non risulta che nella prassi si sia fatto ricorso all'applicazione analogica delle regole sul rientro del magistrato non eletto al caso del magistrato scaduto dal mandato elettorale. Tale considerazione non è priva di effetti: pare dimostrare che alle regole sul rientro poste dal legislatore dev'essere riconosciuta una natura di norma elettorale, e dunque deve valere il divieto di interpretazione analogica. Ragionando al contrario, ossia qualificare come "non elettorali" le norme sul rientro, avrebbe consentito al legislatore di utilizzare l'interpretazione analogica e dunque la disciplina di cui all'art. 8 sarebbe potuta essere estesa anche nell'ipotesi di rientro per scadenza o dimissioni dal mandato parlamentare.

Fermo restando dunque che sino al 2005 non si procedette per tramite dell'interpretazione analogica, e questo pare confermare la tesi della natura elettorale delle norme sul rientro, con la circolare del 2005 (scelta peraltro confermata nel 2014) il Consiglio superiore decise che la disciplina sul rientro del magistrato non eletto dovesse essere applicata, in quanto compatibile, all'ipotesi del magistrato scaduto dal mandato elettorale, in virtù di una presunta *eadem ratio*: fu evidenziato l'orientamento del Consiglio stesso (emerso in seno alla Terza Commissione, da cui scaturì il dibattito che poi portò all'intervento del 2005) volto ad individuare tra le ipotesi summenzionate una sostanziale omogeneità di presupposti, stante nel fatto che colui che ha svolto una campagna elettorale esprime posizioni politiche collegate

al territorio nel cui ambito ha presentato la sua candidatura, al pari di colui che è stato eletto (per quanto quest'ultimo con maggiore intensità, avendo adottato condotte e manifestato volontà effettive e concludenti): per entrambi è inopportuno riprendere l'attività giurisdizionale nello stesso ambito, almeno per un determinato periodo di tempo.

Tale impostazione, a parere di chi scrive, non è priva di critica. Invero, il principale elemento di omogeneità nei presupposti è da ravvisarsi nell'esigenza del rientro, dopo un lasso di tempo in cui il magistrato, o per candidatura politica o per l'elezione, sia stato sospeso dall'esercizio delle proprie funzioni. Le fattispecie, invece, si differenziano su altri aspetti, la cui rilevanza avrebbe dovuto indurre il Consiglio superiore a trattarle in modo diverso sul piano normativo, magari prevedendo una disciplina differenziata fra magistrati eletti e non eletti, prevedendo per i primi un periodo più lungo per il rientro.

Si noti, infatti che, in primo luogo, da un punto di vista temporale il periodo della candidatura è di durata inferiore rispetto al periodo di espletamento del mandato elettorale, non si comprende allora perché applicare lo stesso limite temporale di rientro (che pare far assumere alla non elezione un tono punitivo). Altresi, sul piano sostanziale – come d'altronde espone lo stesso Consiglio, non senza contraddittorietà tra quanto rilevato e quanto poi disposto – lo svolgimento di funzioni politiche «comporta non soltanto l'espressione di dichiarazioni di intenti e pensieri ma più incisivamente l'adozione di condotte e la manifestazione di volontà effettive e concludenti»¹²¹. Infine, per riprendere un argomento già emerso nel dibattito parlamentare, il magistrato non eletto potrebbe avere un *animus* vendicativo nei confronti del proprio elettorato, al contrario del magistrato eletto. Su questo piano, però, in entrambi i casi vi è punto di convergenza che rende omogenei i presupposti: anche se il timore della vendetta così come l'eventualità della riconoscenza fossero soltanto un'impressione dell'elettore, sarebbero comunque idonei ad appannare l'immagine di imparzialità, indipendenza e terzietà, be-

¹²¹ Consiglio superiore della magistratura, delibera del 13 aprile 2005, *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*, vedi in particolare il punto numero 3.2.1.

ni costituzionali che, insieme all'efficiente amministrazione della giustizia, presidiano il tema del rientro del magistrato.

3.3. La persistenza di lacune normative nella materia del rientro: lo scioglimento anticipato delle Camere, le dimissioni dall'ufficio parlamentare e le dimissioni elusive.

Per quanto non espressamente previsto, la disciplina dettata dal paragrafo XXV della circolare del 1993 (come modificata nel 2005 e nel 2009) e che trova ora collocazione nell'art. 124 della circolare del 2014, si può agevolmente estendere anche all'ipotesi del rientro del magistrato in caso di scioglimento anticipato delle Camere. In fin dei conti, la stessa rubrica della circolare individua genericamente la «scadenza dal mandato elettorale»: e si scade dal mandato elettorale in entrambe le ipotesi. I presupposti sono i medesimi e l'interpretazione letterale della norma non pare escludere dal campo di applicazione il rientro del magistrato per lo scioglimento anticipato delle Camere.

Qualche difficoltà maggiore si ha, invece, riguardo la fattispecie delle dimissioni del magistrato dall'ufficio parlamentare. La scadenza del mandato per la fine naturale della legislatura o per lo scioglimento anticipato delle Camere sono fatti esterni alla volontà del magistrato, mentre le dimissioni dipendono dalla sua volontà. Va da sé che escludere l'interpretazione analogica significherebbe consentire al magistrato dimessosi di non incorrere nelle limitazioni previste dalla circolare del Consiglio superiore e, quindi, il magistrato potrebbe rientrare nell'ufficio giurisdizionale di provenienza. Su un piano teleologico, non potendo fare a meno di indagare sulle conseguenze di una determinata interpretazione, le dimissioni potrebbero rappresentare una leva per il magistrato da utilizzare al limite dello scadere ordinario della legislatura o in previsione di uno scioglimento anticipato, coll'obiettivo di eludere la normativa sul rientro. In tal caso, considerando operante il divieto di analogia, si è in presenza di una lacuna normativa e di uno strumento (quello delle dimissioni "elusive" del magistrato) che potrebbe arrecare un danno ai beni costituzionali coinvolti.

Se abbracciata la tesi dell'applicabilità dell'interpretazione analogica alle norme sul rientro, deve allora ritenersi operante anche in tale ipotesi la disciplina sul rientro del magistrato, tenendo conto di due differenti situazioni: se vacante e se sussisto-

no le condizioni richieste dalla normativa, il magistrato è restituito all'ufficio di provenienza; in caso contrario deve essere restituito ad altro ufficio.

Tuttavia, per l'effetto dell'entrata in vigore del citato art. 50 del d. lgs. 160 del 2006, pare potersi affermare che la locuzione ivi utilizzata «in caso di cessato esercizio di una funzione elettiva extragiudiziarìa» possa ricomprendere le ipotesi suddette ove si sono ravvisate residue alcune lacune normative¹²².

¹²² In prospettiva di riforma, si veda ancora una volta quanto stabilito dalla proposta di legge 2188-A, cit., agli articoli 5, 6, 7 e 9, sul punto del ricollocamento dei magistrati che si siano candidati alle elezioni al Parlamento nazionale e, in particolare, cfr. Camera dei deputati, Servizio Studi, XVII Legislatura, *Dossier* n° 192/1, *Elementi per l'esame in assemblea*. Per quel che riguarda il ricollocamento in ruolo dei magistrati che si siano candidati alle elezioni politiche senza essere stati eletti l'art. 5 (che si applica ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, e non alla magistratura onoraria) prevede che i magistrati siano ricollocati nel ruolo di provenienza, e che per due anni debbano svolgere funzioni giudicanti, con esclusione dunque delle funzioni inquirenti (ad eccezione dei magistrati delle giurisdizioni superiori, per cui non si applicano le citate limitazioni funzionali). Sotto il profilo territoriale, dunque riguardo alla sede presso la quale i magistrati candidati e non eletti potranno tornare a svolgere le funzioni giudicanti, l'art. 5 prevede inoltre che se il magistrato candidato al parlamento nazionale era in servizio presso i collegi giudicanti o la Procura generale della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e della Corte militare d'appello, allora può tornare in servizio presso l'ufficio di provenienza; nel caso in cui il magistrato era in servizio presso la Procura nazionale antimafia, allora può essere ricollocato presso la Procura generale della Corte di cassazione, sempre che siano abilitati all'esercizio delle funzioni di legittimità. Se il magistrato era in servizio presso qualsiasi altro ufficio, al rientro, può essere assegnato a qualsiasi ufficio giudicante che non ricada nel distretto di Corte di appello competente per la regione, la città metropolitana, il comune per il quale è stata presentata la candidatura. Per quanto riguarda, invece, il ricollocamento dopo il mandato parlamentare nazionale (o europeo) del magistrato che nel frattempo non abbia maturato l'età della pensione, la proposta di legge in esame pone quattro alternative, fra le quali il magistrato deve scegliere entro sessanta giorni dalla conclusione del mandato elettorale, pena la cessazione dall'ordine giudiziario per dimissioni. Le opzioni offerte dalla proposta di legge sono quindi, in primo luogo, il ricollocamento nel ruolo di provenienza con conseguente esercizio delle funzioni giudicanti (i magistrati in servizio presso la Corte di cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti centrale e la Corte militare di appello, nonché presso le rispettive procure generali, e i magistrati della procura nazionale antimafia, possono essere ricollocati nell'ufficio di provenienza, senza poter tuttavia ricoprire, per i tre anni successivi, incarichi direttivi o semidirettivi); tutti gli altri magistrati potranno essere ricollocati presso gli uffici della Corte di cassazione e della Procura generale, sempre che posseggano i requisiti di carriera previsti; in caso contrario, devono essere ricollocati in un ufficio di un distretto di Corte di appello diverso da quello in cui è ricompresa la circoscrizione elettorale d'elezio-

4. Il limite temporale dei cinque anni.

Sino all'intervento del 2005, il divieto di rientro nelle funzioni monocratiche e nell'ufficio compreso nella circoscrizione elettorale ove il magistrato era stato candidato e non eletto, conteneva un limite temporale di cinque anni, previsto nell'art. 8, ultimo comma, della legge elettorale del 1957 (termine reputato ragionevole dalla citata sentenza della Corte costituzionale n. 172 del 1982). Con l'intervento del 2005, dal presupposto di una *eadem ratio*, si ritenne che il medesimo limite temporale potesse essere applicato nei confronti del magistrato cessato dal mandato elettorale: e tale scelta è stata confermata con la circolare del 2014 all'art. 124, comma 7: «Nel caso di elezione, il trasferimento del magistrato a sedi del distretto o dei distretti nell'ambito dei quali è stato eletto, ovvero del distretto o dei distretti competenti ai sensi dell'art. 11 c.p.p., non può avvenire nel termine di cinque anni decorrente dalla scadenza del mandato».

Il limite temporale di durata del divieto, sul piano funzionale, tanto nel caso in cui il magistrato fosse tornato al distretto di provenienza, quanto nel caso fosse in origine assegnato alle funzioni requirenti ovvero alle funzioni di giudice delle indagini preliminari o giudice dell'udienza preliminare, fu quindi collocato in cinque anni sia per il magistrato candidato e non eletto sia per il magistrato eletto e cessato dal mandato elettorale. Un'indicazione, questa, corrispondente alla durata ordinaria della legislatura, ritenuta dal Consiglio superiore «congrua» in quanto omogenea al termine previsto dalla legge elettorale del 1957, «attesa la evidenziata sostanziale identità di presupposti per tutte le competizioni elettorali e per la generalità delle ipotesi (ossia con riguardo non solo alla mancata elezione ma anche alla scadenza del mandato elettorale o dell'incarico pubblico)»¹²³.

ne. In tal caso, per i primi tre anni dal ricollocamento non potranno ricoprire incarichi direttivi o semidirettivi né svolgere funzioni inquirenti o giudicanti monocratiche (viene dunque posto, sotto il profilo funzionale, un vincolo che impone l'assegnazione a funzioni giudicanti collegiali), tanto civili quanto penali, anche in caso di trasferimento d'ufficio. In secondo luogo, il magistrato potrà scegliere se essere inquadrato nell'Avvocatura dello Stato o, in alternativa, presso un ruolo autonomo del ministero della giustizia, con le modalità definite in sede di regolamento di attuazione. Infine, il magistrato può optare per il prepensionamento, con contribuzione volontaria posta interamente a suo carico, solamente se all'età della pensione mancano non più di cinque anni di servizio.

¹²³ Si veda ancora la circolare del Consiglio superiore della magistratura del 1993, come modificata nel 2005.

Il limite temporale per il cambiamento delle funzioni fuori dal distretto, in mancanza di una specifica indicazione di legge, rimase soggetto solamente alla disciplina consiliare e dunque venne fissato in 3 anni. Di tutta probabilità, il limite di tre anni va giudicato alla luce della peculiarità della fattispecie: il magistrato assegnato in un distretto differente rispetto quello compreso nella propria circoscrizione elettorale, secondo il Consiglio superiore, avrebbe recuperato in minor tempo l'immagine di indipendenza, imparzialità e terzietà agli occhi della comunità. Tale ultima previsione si deve ritenere abrogata per l'effetto dell'entrata in vigore della circolare del 2014 che, come ricordato in precedenza, ha abrogato il divieto di rientro in funzioni requirenti.

5. Il potere normativo del Consiglio superiore della magistratura: alcune brevi notazioni sulla legittimità degli interventi in materia di rientro del magistrato in ruolo.

Si è visto che settori rilevanti della materia del rientro del magistrato alle funzioni giurisdizionali, dopo la presentazione di una candidatura politica e per cessazione del mandato politico, sono stati disciplinati dal Consiglio superiore della magistratura, per via di circolari a contenuto normativo. Per comprendere se l'esercizio di un potere normativo nella materia del rientro è legittimo, occorre indagare in primo luogo se il Consiglio superiore può esercitare legittimamente potere normativo¹²⁴. A que-

¹²⁴ Sul potere normativo del Consiglio superiore della magistratura si vedano: E. Albamonte, *Il CSM e la resistibile perdita di autonomia del magistrato requirente*, in *Quest. giust.*, 2011, fasc. 6, 241-248; A. Pace, *I poteri normativi del CSM*, in *Rass. parl.*, 2010, fasc. 2, 1 ss.; G. Amato, *Il nuovo assetto ordinamentale del p.m.: il ruolo del procuratore e i rapporti con i sostituti*, in *Dir. pen. e processo*, 2010, fasc. 1, 86-101; U. Perfetti, *Giurisdizione, giustizia, politica*, in *Rass. forense*, 2010, fasc. 3, pt. 1, 505-512; G. Santalucia, *Il giudice amministrativo e i poteri del "procuratore capo": un disorientamento premonitore. Nota a Cons. Stato sez. IV 22 marzo 2005*, in *Quest. giust.*, 2005, fasc. 5, 1093-1100; S. Serges, *La potestà normativa*, in S. Mazzamuto, (a cura di), *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, 2001, 45; G. Volpe, voce *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. IV, Milano, 2000, 390; Id., *Le origini dell'organizzazione corporativa della magistratura*, in A. Pace, S. Bartole, R. Romboli (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Napoli, 2009, 82; Id., voce *Ordinamento giudiziario generale*, cit., 842 ss.; F. Sorrentino, *I poteri normativi del CSM e V. Onida, La posizione costituzionale del*

sta prima domanda si deve dare risposta affermativa. A tal proposito, si ricorda che il Consiglio superiore della magistratura è titolare ed esercita poteri normativi conferiti in generale dalla legge, e dunque da una fonte primaria del diritto: una sorta di delega di potere normativo dal parlamento al Consiglio superiore della magistratura che, in quanto organo di autogoverno della magistratura, peraltro dotato di peculiare competenza tecnica e autonomia, ha la possibilità di intervenire in modo efficace nella regolazione di determinati settori.

Vi sono almeno tre norme sulla produzione del diritto che aprono alla potestà normativa del Consiglio superiore, rinvenibili nella legge n. 195 del 1958: l'art. 20 n. 7, sulla regolamentazione interna, l'art. 9, comma 2, in materia di contabilità interna e, infine, l'art. 48, sulla regolamentazione del tirocinio da parte degli uditori giudiziari¹²⁵.

Per quel che riguarda la potestà di disciplinare «con regolamento interno il funzionamento del Consiglio», ai sensi dell'art. 20 n. 7, il Consiglio superiore della magistratura ha provveduto ad adottare un proprio regolamento, che ai sensi dell'art. 15 gli attribuisce il potere di «adottare risoluzioni per quanto attiene l'esercizio delle proprie attribuzioni». Già autorevole dottrina ha rilevato che il Consiglio superiore, nel recepire la norma, ha ampliato non di poco la previsione di cui all'art. 20 n. 7. Infatti, al regolamento interno era dato il compito di occuparsi del funzionamento del Consiglio superiore e non certo delle «attribuzioni» che hanno ben più vasto significato. Un vocabolo con cui si individuano, come è noto, le competenze degli organi costituzionali che si proiettano all'esterno, come confermato, nel lessico costituzionale, dall'art. 134 Cost., il quale con la parola «attribuzioni» designa le competenze dei poteri dello Stato aventi efficacia esterna.

CSM e i rapporti con gli altri poteri, entrambi in B. Caravita (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 37, 41; F. Fiandese, I. Parziale, *Codice dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 1994, 2004, spec. nota 1; G. Ferrari, voce *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Roma, 1988, 28; Id., *Consiglio superiore della magistratura, autonomia dell'ordine giudiziario e magistrati*, in *Studi in memoria di Carlo Espósito*, Padova, 1974, 2281 ss.; M. Devoto, *Costituzione del giudice e Consiglio superiore della magistratura*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, 276; S. Bartone, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., 200 ss.

¹²⁵ A. Pace, *I poteri normativi del CSM*, cit., 1.

In ogni caso, le attribuzioni del Consiglio superiore della magistratura sono indicate in Costituzione, in particolare all'art. 105, secondo cui spettano al Consiglio superiore: «le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati» e tali provvedimenti sono assunti «secondo le norme dell'ordinamento giudiziario». Altresì, ai sensi del successivo art. 106 Cost., su designazione del Consiglio superiore, possono essere chiamati all'ufficio di consigliere della Corte di cassazione, per meriti insigni, professori universitari di diritto e avvocati con almeno quindici anni di anzianità ed iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori. Infine, l'art. 107, nel porre la garanzia dell'inaffidabilità, stabilisce un'ulteriore competenza: «Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per motivi e con le garanzie previste dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso».

Un punto affrontato in dottrina e che qui si rileva è se l'elenco delle attribuzioni appena descritto sia tassativo (chiuso, quindi non integrabile da altre fonti) o, se al contrario, l'elenco debba ritenersi aperto.

Un primo orientamento ritiene l'elenco aperto, le attribuzioni indicate in Costituzione «essenziali», dotate di capacità espansiva. Chi sostiene questa tesi afferma che il Consiglio superiore della magistratura deve assolvere non soltanto alle attribuzioni costituzionali e a quelle indicate dalla legge, ma anche a tutte quelle necessarie ad assicurare l'indipendenza della magistratura. Da tale premessa deriva che il Consiglio superiore sia titolare di poteri impliciti, strumentali all'esigenza di indipendenza della magistratura¹²⁶.

Di contro, c'è chi sostiene che l'elenco delle attribuzioni sia chiuso, in grado di essere integrato dalle norme di legge, purché non in contraddizione con quanto desumibile dalla Costituzione¹²⁷.

Orbene, un banco di prova delle diverse tesi è rappresentato dal tema del rientro del magistrato in ruolo dopo un periodo di

¹²⁶ Cfr. F. Bonifacio e G. Giacobbe, *Art. 104*, in G. Branca (a cura di), op. cit., 1986, 26. Tar Lazio, sez. I. 20 aprile 1998, n. 1329, in *Foro it.*, 1998, III, 385.

¹²⁷ Cfr. ancora N. Zanon e F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 43.

sospensione dovuto o alla candidatura politica oppure al mandato elettorale.

Come si è detto in precedenza nella materia vige l'art. 51 Cost. secondo cui «chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto [...] di conservare il suo posto di lavoro». Questa disposizione dunque prevede la conservazione del posto, e secondo parte della dottrina, tale disposizione non esclude la legittimità di ipotesi di rientro in funzioni non giurisdizionali¹²⁸. Una tesi che, peraltro, ha trovato di recente richiamo della delibera di *plenum* del Consiglio superiore della magistratura del 21 ottobre 2015, che prospetta al legislatore la possibilità di imporre il transito, a conclusione dell'esperienza politica, nei ranghi dell'Avvocatura dello Stato o della dirigenza pubblica, in caso di «lunghissima, ininterrotta permanenza negli scranni parlamentari o di governi nazionale o locale», mutuando per tale via una concezione ampia del concetto «posto di lavoro»¹²⁹.

Come si è visto in precedenza, a livello primario delle fonti del diritto, vi sono diverse disposizioni che regolano il rientro del magistrato in ruolo al termine del mandato elettorale o, se non eletto, alla fine della campagna elettorale. Sotto quest'ultimo profilo, si è visto che l'art. 8, comma 2 della legge elettorale del 1957 prevede che i magistrati, candidati e non eletti, non possano esercitare per un periodo di cinque anni le loro funzioni nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni. Ulteriori regole circa la presentazione della candidatura sono state inserite nelle circolari del 2005 e del 2009, e poi trasfuse con modificazioni nella circolare del 2014. Le regole in discussione,

¹²⁸ N. Zanon e F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 101.

¹²⁹ Cfr. ancora una volta la delibera di *plenum* del Consiglio superiore della magistratura del 21 ottobre 2005: «La tutela costituzionale della permanenza del posto di lavoro può essere infatti intesa quale garanzia del mantenimento delle funzioni pubbliche specifiche esercitate prima dell'impegno politico nella misura in cui per qualità, quantità e durata di esso non sembri essere stato reciso il legame culturale e professionale con l'attività giurisdizionale. Ove invece l'allontanamento sia stato radicale e persistente tanto da far perdere al singolo la traccia intellettuale dell'impegno nella giurisdizione, vanificando irreversibilmente il relativo bagaglio professionale – tanto da far venire in dubbio la stessa utilità pratica di un apporto professionale tecnicamente ormai destrutturato – la garanzia al mantenimento del posto può probabilmente essere attuata anche con l'attribuzione di una funzione pubblica diversa, purché equivalente sotto il profilo della responsabilità del livello retributivo e del prestigio professionale».

poste dalla normativa secondaria, prevedevano prima un rientro in funzioni giudicanti collegiali (e dunque col divieto di rientro in funzioni requirenti), poi nel 2014 si è abrogato tale divieto. Quello che in tale sede importa è comprendere se la decisione del Consiglio superiore della magistratura di regolare il rientro, introducendo per via di una norma secondaria il divieto di rientro in funzioni giudicanti, è legittimo rispetto le competenze attribuite dalle norme costituzionali.

Su tal punto è intervenuta la giurisprudenza amministrativa che ha ritenuto legittimo l'esercizio di potere normativo da parte del Consiglio superiore della magistratura. Per quanto la fattispecie riguardasse un caso diverso rispetto a quello del magistrato parlamentare – la vicenda prese avvio dal caso di un magistrato (precedentemente addetto alle funzioni requirenti) al termine dell'aspettativa per mandato di assessore comunale – è interessante indagare sul principio enunciato dal giudice amministrativo, siccome riguarda la legittimità del potere integrativo del Consiglio superiore in riferimento a tutte le ipotesi di ricollocamento in ruolo. Nel caso di specie, per il rientro, tra le sedi di primo grado requirenti e giudicanti il magistrato indicava come destinazione la Procura della Repubblica. Con successiva comunicazione il Consiglio superiore della magistratura restringeva la scelta del ricorrente alle sedi già indicate con funzioni giudicanti, non ritenendo possibile la reimmissione nel ruolo organico della magistratura con funzioni requirenti, così come previsto dalla delibera del 13 aprile 2005, che (sino al 2014) faceva divieto di destinare a funzioni requirenti il magistrato ricollocato in ruolo successivamente all'espletamento dell'incarico di amministratore pubblico di ente territoriale. Tanto in ragione dell'esigenza di evitare al magistrato una eccessiva sovraesposizione, con conseguente potenziale appannamento dell'immagine di indipendenza e terzietà, quanto dal presupposto della maggiore personalizzazione dello svolgimento delle funzioni di pubblico ministero rispetto a quelle giudicanti. Dunque, con delibera del 17 ottobre 2012, il Consiglio superiore della magistratura disponeva il richiamo del ricorrente nel ruolo organico della magistratura e la sua destinazione al Tribunale di Perugia, con funzioni di giudice.

Avverso la predetta determinazione, il magistrato procedeva a ricorrere presso il Tar Lazio il quale dichiarava il ricorso infondato. Per il profilo che qui interessa, il giudice amministrativo affermava che «costituisce espressione della discrezionalità assi-

curata all'Organo di autogoverno nell'esercizio delle sue prerogative», intervenire in questa materia, coll'obiettivo di costituire: «un rigoroso presidio a difesa dell'immagine di terzietà e imparzialità del giudice, anche vietando a chi abbia recentemente svolto un impegno politico-amministrativo le funzioni giudiziarie più a rischio di esposizione personale e suscettibili di creare nell'opinione pubblica una sovrapposizione e confusione di ruoli e intenti, si profila sicuramente logica, utile e ragionevole».

Dunque, se orientate alla tutela dei beni costituzionali protetti dalle norme costituzionali (imparzialità, terzietà e indipendenza), le norme regolamentari del Consiglio superiore della magistratura devono ritenersi legittime. Con tale posizione è confermata, si noti, la tesi dottrina secondo cui la riserva di legge posta dall'art. 108 Cost. è da intendersi relativa e non assoluta; o perlomeno a «geometria variabile»: è assoluta nei confronti del potere esecutivo (verso il quale le riserve di legge solitamente son poste) e relativa nei confronti di altri soggetti e fra questi v'è il Consiglio superiore della magistratura ¹³⁰.

¹³⁰ A. Pace, *I poteri normativi del CSM*, cit., 10; G. Zagrebelsky, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., 442 ss.; Id., *Il potere normativo del Consiglio superiore della magistratura*, in AA. VV., *La giustizia tra diritto e organizzazione*, Torino, 1987, 185.

APPUNTI PER BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

IL MAGISTRATO AL PARLAMENTO E LA SEPARAZIONE DEI POTERI

Il rapporto tra magistratura e politica è uno dei temi classici del diritto costituzionale: la ricerca, richiamandosi a questo filone di Studi, ha voluto indagare un profilo circoscritto, il diritto del magistrato d'essere parlamentare, attraverso una prospettiva che, seppur limitata nell'oggetto, abbraccia un esteso arco temporale – quasi centosessant'anni – e molteplici e differenti tentativi di soluzione.

Già nella fase preliminare della ricerca, è emersa la necessità di andare all'origine, cogliendo per tale via il significato costituzionale delle scelte assunte e, con respiro più ampio, la ragione di un dibattito incessante e dagli accenti talvolta marcati, riannodando così i fili di un tema, quello del magistrato al parlamento, che affonda le sue radici sin dalla concessione dello Statuto albertino e arriva oggi ancora carico di prospettive da analizzare.

In epoca liberale, lo studio del diritto all'elettorato passivo per l'elezione alla Camera dei deputati e delle condizioni di nomina al Senato regio ha consentito di giungere a qualche conclusione circa il grado di compenetrazione e il livello di indipendenza tra magistratura e politica, e ha consentito, altresì, qualche riflessione sul concreto atteggiarsi del principio di separazione dei poteri e della libertà di voto, nelle varie fasi di vigenza dello Statuto albertino.

In primo luogo, le condizioni di nomina al Senato e quelle poste dalla normativa elettorale per la Camera dei deputati ai fini dell'elezione definirono un regime giuridico di natura premiale dei diritti politici dei magistrati: volto a permettere l'ingresso nelle istituzioni soltanto ai magistrati di comprovata fedeltà al potere politico, o perché inamovibili o perché assegnati ai più alti uffici. In particolare, la nomina agli uffici superiori era appannaggio esclusivo del governo ed era pressoché subordinata

alla verifica di fedeltà. In tal senso, si può notare una sorta di complementarità tra le regole sull'elezione e quelle sulla nomina. Queste ultime, contenute nell'art. 33 dello Statuto albertino, sono depositarie del carattere premiale appena descritto, e svelano la precisa visione politica a fondamento della loro elaborazione: il potere governativo voleva servirsi dei giudici quali strumenti tesi a conservare e garantire i privilegi delle istituzioni monarchiche.

L'indicazione di alcuni uffici della magistratura tra le categorie di nomina al Senato, e il caso di esclusione dei giudici di mandamento dall'inamovibilità di cui all'art. 69 dello Statuto albertino, anticipano la visione dualistica della magistratura, superiore e inferiore, ai fini dell'attribuzione dei diritti politici, che sarà coerentemente sviluppata dalle leggi elettorali di epoca liberale.

Inoltre, l'attribuzione premiale dei diritti politici ai giudici superiori rispecchia, nella visione dello Statuto, la concezione di un'amministrazione statale legata indissolubilmente alla volontà dell'esecutivo, il quale, a sua volta, attraverso il sistema delle leggi sull'ordinamento giudiziario, si assicurava un pervasivo sistema di pressione soprattutto sulla magistratura inferiore. Sul punto dell'ordinamento giudiziario, la seconda metà dell'Ottocento appare quindi caratterizzata da una doppia spinta. Da una parte, verso un pervasivo controllo disciplinare della magistratura appartenente agli uffici inferiori; dall'altra verso il tentativo di cooptazione della magistratura superiore. L'ordinamento giudiziario del 1865 compì, poi, il disegno di una magistratura rigidamente sorvegliata nei suoi gradi inferiori e strettamente legata al potere politico in quelli superiori. Prima di allora, inoltre, si era proceduto a verificare la fedeltà di ciascun magistrato, grazie all'interpretazione data al concetto di inamovibilità, che aveva trovato legittimazione nella legge sull'ordinamento giudiziario del 1851 (da cui conseguì la "prima epurazione costituzionale").

Uno dei corollari del carattere premiale dei diritti politici conduce a collocare l'esercizio della funzione giudiziaria tra gli strumenti dell'esecutivo per realizzare il proprio indirizzo politico, con l'appoggio della stessa magistratura offerto in sede di applicazione della legge. Per quanto facciano riferimento a casi di politicizzazione estrema, una serie di studi dimostrano che diverse sentenze di epoca fascista non sono altro che il prodotto di una magistratura fedele interprete della volontà del governo,

pronta persino a mutare indirizzo per assecondare l'orientamento politico: «così fu reato un tempo cantar l'*Inno dei lavoratori*, poi non più. Il grido di "*Abbasso la borghesia, viva il socialismo*" fu punito per un certo tempo, non come grido sedizioso, ma come eccitamento all'odio di classe: in un secondo tempo fu non solo tollerato ma quasi applaudito, ora è di nuovo sospetto. Fu un certo tempo punito lo sciopero *ingiustificato*: poi quello che era un delitto diventò un diritto. Le leghe operaie furono processate per attentato alla libertà del lavoro, per essere poi riconosciute dal Governo e dalla Magistratura, e colmate di lodi e di doni»¹. E ancora: «imperante il fascismo, la Magistratura non procede contro coloro che nelle adunate e nella stampa o dal banco del Governo incitano ad assassinare i loro avversari politici, e a mutare violentemente gli ordinamenti dello Stato, mentre poi costringe in carcere a Bari, a Palermo ed in altri luoghi, da mesi e mesi (incredibile ma vero!) persone non d'altro colpevoli che di aver ricevuto al loro indirizzo per posta un giornale stampato all'estero! [...] L'asservimento della Magistratura al Governo è evidente nei processi di stampa che la Magistratura promuove, sospende e riprende secondo le richieste della polizia e gli ordini che vengono dall'alto»².

La concezione della magistratura come strumento per realizzare il proprio indirizzo politico attraverso l'attribuzione in senso premiale dei diritti politici, specularmente, descrive la concezione della pubblica amministrazione e dei suoi rapporti col potere esecutivo. L'amministrazione giudiziaria doveva stare al servizio del re e, per controllarla meglio, il re avrebbe riconosciuto soltanto agli uffici superiori quella dignità sufficiente per aspirare a un seggio in parlamento. Di riflesso, in epoca albertina avrebbe avuto qualche difficoltà ad affermarsi nella pubblica amministrazione il principio di imparzialità. Al contrario, la pubblica amministrazione era considerata un apparato a disposizione del potere esecutivo e i pubblici impiegati soggetti, per la carriera, alla discrezionalità ministeriale³: «Lo Statuto del Regno concesso il 4 marzo del 1848 non conteneva, infatti, nessun riferimento specifico alla natura del rapporto di servizio che le-

¹ N. Tranfaglia (a cura di), *L'Italia qual è. Politica e magistratura dal 1869 ad oggi in Italia. Fascismo e Democrazia*, op. cit., 254-255.

² N. Tranfaglia, op. ult. cit., 255.

³ G. Mosca, *Teorica dei governi e governo parlamentare*, Milano, 1958, 191.

gava i pubblici impiegati allo Stato né alle conseguenze del mandato elettorale sulla progressione in carriera. Ancor meno sulle incompatibilità tra alcuni uffici pubblici e la possibilità di iscrizione ai partiti politici. Invero lo Statuto era carente in tutta la parte strutturale e funzionale della pubblica amministrazione che, a tutto voler concedere, era solo embrionalmente abbozzata con l'indicazione di remoti principi»⁴. Più in generale, ai sensi dell'art. 33 dello Statuto albertino, i gradi più alti della pubblica amministrazione sarebbero stati ammessi alla nomina al Senato regio, al pari di quanto prescritto per la magistratura.

La disamina dei diritti politici dei magistrati costituisce un osservatorio da cui guardare, con un'ottica soggettiva, il principio di separazione dei poteri⁵ che non si realizzò appieno, almeno nella concezione "rigida" propria della riflessione montesquieuiana: «Quando nella stessa persona o nello stesso corpo di magistratura il potere legislativo è unito al potere esecutivo, non vi è libertà, poiché si può temere che lo stesso monarca, o lo stesso senato, facciano leggi tiranniche per seguirle tirannicamente. Non vi è nemmeno libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e dall'esecutivo. Se fosse unito al potere legislativo, il potere sulla vita e le libertà dei cittadini sarebbe arbitrario; infatti il giudice sarebbe legislatore. Se fosse unito al potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore. Tutto sarebbe perduto se lo stesso uomo, o lo stesso corpo di maggiorenti, o di nobili, o di popolo, esercitasse questi tre poteri: quello di fare le leggi, quello di eseguire le decisioni pubbliche, e quello di giudicare i delitti e le controversie dei privati»⁶.

Assumendo quale punto di vista quello del ruolo del parlamento nello Statuto albertino, fu accolto il disegno di un sistema

⁴ A. Saitta, *Art. 98 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), op. cit., 1910. A tale tesi si può obiettare che l'ufficio di senatore era a vita, e non a termine, con ciò si sarebbe garantita una sorta di indipendenza al senatore, la cui nomina non sarebbe più stata revocabile.

⁵ Senza pretendere, nemmeno brevemente, di poter far qui la rassegna delle opere di maggiore rilievo per quel che riguarda la dottrina della separazione dei poteri, si vedano: F. Modugno, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, 472 ss.; G. Silvestri, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 670 ss.; A. Cerri, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990, 1 ss.

⁶ Cfr. *L'esprit des lois*, Libro XI, cap. VI, traduzione di B. Boffito Serra, Milano, 1967, 207-208.

bicamerale composto da una Camera dei deputati e un Senato regio, la prima elettiva su base censitaria, la seconda non elettiva giacché legata alla nomina regia. Se da un lato Carlo Alberto decise di concedere un organo che rappresentasse le esigenze della classe borghese e produttiva, dall'altro lato, ammettendo al diritto di nomina al Senato regio i più alti gradi dell'amministrazione statale, realizzò un controllo indiretto sullo Stato-apparato: una scelta volta a contenere i vincoli al potere assolutistico, che la concessione di una carta liberale inesorabilmente comportava.

Tale era il disegno istituzionale, destinato a riverberare i propri effetti sulla stessa posizione costituzionale della magistratura: in epoca albertina il potere giudiziario non era considerato autonomo e indipendente, piuttosto uno strumento nelle mani dell'esecutivo per realizzare il proprio indirizzo politico; va da sé che la magistratura dovesse stare al servizio del re e che l'ordinamento dovesse adottare strumenti per garantire tale subordinazione. In tal senso, come peraltro appena ricordato, furono sapientemente utilizzate le leggi sull'ordinamento giudiziario e quelle sulla progressione in carriera, modulate affinché la magistratura fosse strettamente sorvegliata, dall'alto verso il basso, dal ministro della giustizia verso i giudici appartenenti agli uffici meno prestigiosi.

Sulla falsariga del modello francese, poi, la funzione giurisdizionale venne affidata ad un corpo di funzionari del re, dotato di alcune garanzie «legate al *cursus* burocratico piuttosto che all'esercizio di un potere dello Stato»⁷. E infatti, lo Statuto albertino si limitava alla garanzia dell'inaffidabilità, da cui peraltro erano esclusi oltre i giudici di mandamento, tutti quei giudici (anche dei gradi più alti) che non avessero maturato un'anzianità di servizio di tre anni, e i magistrati inquirenti, dato che l'ufficio di pubblico ministero era alle strette e dirette dipendenze del ministro della giustizia.

Questi, in estrema sintesi, i punti di approdo di una ricerca che, a partire dallo studio dei profili costituzionali del magistrato parlamentare, ha sconfinato nelle sue riflessioni sul ruolo stesso del parlamento, sul rapporto sussistente tra la magistratura e il

⁷ G. Morbidelli, *Il potere giudiziario*, in Id., L. Pegoraro, A. Reposo, M. Volpi, (a cura di), *Diritto costituzionale italiano e comparato*, II ed., Bologna, 1995, 696.

potere esecutivo: le ingerenze, le flessioni, i pesi e i contrappesi, sino ad accennare alla stessa forma di governo.

In particolare, il parlamento era per Carlo Alberto il luogo in cui doveva affermarsi la prerogativa regia. La scelta di un sistema imperniato sul bicameralismo perfetto, d'altronde, era posta a vantaggio del re poiché la decisione pubblica sarebbe stata sottoposta a un doppio scrutinio: della Camera elettiva e, soprattutto, della Camera di nomina regia, che più dell'altra avrebbe riposto nel rapporto fiduciario col sovrano la sua stessa legittimazione. Tant'è che la scelta di non predeterminarne il numero dei componenti, lasciando quindi spazio alle "inforate" avrebbe consentito di assorbire un eventuale dissenso.

Dal punto di vista della separazione dei poteri, sotto il profilo organizzativo e funzionale, un parlamento così strutturato avrebbe costituito se non un impedimento al pieno realizzarsi dell'intuizione montesquieuiana, almeno una sua interpretazione programmaticamente riduttiva.

La lettura dei diritti politici della magistratura, diritto di nomina ed elezione, svela che tanto sul piano formale i tre poteri, esecutivo legislativo e giudiziario, erano allocati in tre organi distinti, parlamento, re (e poi governo) e magistratura, quanto su quello sostanziale erano (seppur indirettamente) ridotti nelle mani del re. Si noti: il re era titolare del potere esecutivo, il re nominava i componenti al Senato regio per controllare i settori della pubblica amministrazione; nel concedere lo Statuto albertino il re stabilì che dovesse esservi un sistema di bicameralismo perfetto, sicché la legge elettorale sarebbe stata condizionata dallo stesso re, in seguito dal governo e per una (infausta) fase della storia italiana, dal duce (finché nel 1939 non decise per un sistema non elettivo): in sintesi dal potere esecutivo. Di esempi in cui si palesa l'interferenza tra poteri formalmente distinti a favore dell'esecutivo se ne potrebbero fare altri e qualcuno è stato già illustrato: le leggi sull'ordinamento giudiziario, quelle sulla progressione in carriera per il tema del magistrato parlamentare.

Per quanto la matrice culturale liberale s'era formata intorno all'idea per cui i poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) dovessero essere indipendenti e distinti l'uno dall'altro, contro l'assolutismo e a favore delle libertà dei cittadini, tale idea faticava ad affermarsi, quando in gioco c'era l'autonomia dei magistrati. Se in epoca liberale la legislazione elettorale agevolava l'ingresso alla Camera dei deputati per i giudici fedeli, la legislazione sull'ordinamento giudiziario si preoccupava di vigilare

sulla magistratura non verificata nella propria fedeltà. Da un punto di vista organizzativo e funzionale la separazione dei poteri, quindi, non si realizzò pienamente. Questa sorte era comune ad altre magistrature, come quella francese, che in epoca liberale furono costrette a un ruolo di subalternità rispetto al potere esecutivo: «l'analisi dei diversi sistemi politico-istituzionali mostra numerosi esempi di interferenza anche formale del potere politico nel campo di azione della magistratura, prevedendo nomine politiche dei giudici e dipendenza dei giudici requirenti da organi di governo, e mostra soprattutto ampia casistica di interferenze abusive in via di fatto nelle prerogative della magistratura»⁸.

Nel caso italiano, un effetto conseguente all'esclusione dei giudici inferiori dai diritti politici, che al contempo rappresenta un caso di vera e propria eterogenesi dei fini, si ha agli inizi del '900, quando furono mossi i primi passi per la costituzione di una prima associazione tra giudici: l'Associazione generale magistrati d'Italia.

Infatti, le norme sulla carriera e sulla stretta vigilanza disciplinare, in particolare le condizioni economiche davvero disagiati, furono il motivo per cui tra i giudici dei gradi inferiori si diffuse il senso di necessità di un luogo di elaborazione di politiche giudiziarie, dove il dibattito potesse essere il più possibile autonomo e indipendente: «delle due l'una: o questa associazione non riprodurrà in sé tutti i vari gradi della magistratura e allora [...] scarsa ne sarà l'autorità e temibili saranno i conflitti del contrapporsi di una magistratura minore verso quella maggiore che ha funzioni direttive; o invece questa fusione avviene, e allora la discussione da pari a pari (e un'associazione non si concepisce se non sulle basi di una perfetta eguaglianza tra i soci) [...] con quella vivacità che contraddistingue il nostro temperamento latino, fra un uditore ed un primo presidente di cassazione, difficilmente si può credere che non danneggi la dignità e l'autorità di quest'ultimo». Ed ancora «Una delle funzioni essenziali del fenomeno associativo sta nella combattività delle associazioni stesse [...] Sotto questo aspetto, ella già intende come sia indifferente la considerazione che una eventuale associazione fra giudici si dichiari (e come potrebbe essere diversamente?!)

⁸ A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto albertino al crepuscolo della bicamerale*, cit., 1 ss.

apolitica. Lasciamo anche stare che tutte le associazioni fra funzionari cominciano col porre detta affermazione, ma poi nella loro effettiva attività difficilmente vi si mantengono fedeli. Ma, ripeto, anche a prescindere da ciò, la discussione combattiva di idee, di tendenze, quando si svolge nel seno di funzionari, costituisce per se stesso un atto che ha valore ed efficienza politica nel largo senso di questa espressione»⁹.

⁹ Si veda F. Venturini, *Un "sindacato" di giudici da Giolitti a Mussolini: l'Associazione generale fra i giudici italiani, 1909-1926*, cit., 236-287. La storiografia individua fra gli atti fondativi dell'associazionismo della magistratura il *Proclama di Trani* del 1904: centosedici giudici dei gradi inferiori, si rivolsero —si badi bene, dall'esterno e non dai banchi della Camera dei deputati dai quali erano esclusi— al governo e al ministro della giustizia per chiedere una radicale riforma dell'ordinamento giudiziario, volta a migliorare stipendi e condizione dei giudici stessi. Il documento fu immediatamente ripreso dal *Corriere giudiziario* con l'articolo enfatico *La magistratura comincia a muoversi*. In breve tempo arrivarono trecentocinquanta adesioni da tutta Italia. La risposta del governo fu in una duplice direzione: sanzioni disciplinari e concessione di modesti aumenti di stipendio. Dagli spunti innescati dal dibattito sul *Proclama di Trani*, si pervenne a immaginare la realizzazione di un primo Congresso, nel 1907, ma l'idea fallì sotto le pressioni di giudici degli uffici più alti e, pare quasi pleonastico scriverlo, del potere esecutivo che vide in quel documento un tentativo di separazione (di parte) della magistratura e la rivendicazione di un ruolo di interlocutore esterno. Due anni dopo, il 13 giugno del 1909 si tenne in Milano un'assemblea tra quarantaquattro giudici (per di più appartenenti agli uffici inferiori, con la sola eccezione di tre giudici della Corte di appello) che diede avvio all'esperienza dell'Associazione generale fra i magistrati d'Italia. L'AGMI, nell'arco di cinque anni, raccolse oltre duemila adesioni da tutta Italia. Gli obiettivi erano "rivoluzionari" per l'epoca: poter discutere di riforma dell'ordinamento giudiziario, delle gaurentigie della magistratura e portare avanti gli interessi di elevazione economica soprattutto dei giudici inferiori. A supporto, nel 1909, fu fondata la rivista *La Magistratura*, che assunse la funzione di cassa di risonanza delle rivendicazioni che non trovavano spazio nel dibattito parlamentare e non erano rappresentate dai giudici deputati e, tantomeno, dai giudici senatori. Le reazioni non tardarono ad arrivare: con una circolare del 14 agosto 1909 a firma del ministro Orlando, furono minacciate sanzioni nel caso in cui i giudici avessero, con interviste, lettere e articoli, parlato di questioni attinenti il proprio ufficio. E una settimana dopo, il 23 agosto, il ministro rilasciò un'intervista al *Corriere d'Italia* dove oltre a esprimere dubbi sulla necessità di un'associazione di magistrati, denunciava l'effetto deflagrante per l'impostazione gerarchica della magistratura italiana. Il ministro Orlando d'altronde intravedeva quelli che sarebbero stati gli effetti dell'associazionismo: separazione dalla classe politica di parte della magistratura, elaborazione di un indirizzo politico autonomo, potenzialmente divergente rispetto a quello governativo, violazione della gerarchizzazione della magistratura: «Alla classe dirigente del tempo, questo fermento appare come prima avvisaglia di una rivolta, dal basso verso l'alto, e si tenta di bloccare il pur ritardatario spirito as-

Tuttavia, l'apprestarsi dei fatti politici, che portarono al consolidamento del regime fascista, travolse quella parte della magistratura che s'era decisa a far sentire la propria voce e s'era data un luogo per farlo. I soci si opposero alla "proposta" del regime di trasformare l'Associazione in un sindacato fascista e dunque l'assemblea generale del 21 dicembre 1925 dispose per il suo scioglimento. L'ultimo numero de *La Magistratura*, uscito il 15 gennaio 1926, conteneva l'editoriale anonimo *L'idea che non muore*, le cui parole esprimono la forte tensione morale di quei tragici giorni: «Forse con un po' più di comprensione – come eufemisticamente suol dirsi – non ci sarebbe stato impossibile organizzarsi una piccola vita senza gravi dilemmi e senza rischi, una piccola vita soffusa di tepide aurette, al sicuro dalle intemperie e protetta dalla nobiltà di qualche satrapia [...] La mezzafede non è il nostro forte: la 'vita a comodo' è troppo semplice per spiriti semplici come i nostri. Ecco perché abbiamo preferito morire».

Far morire l'associazione piuttosto che far morire l'idea di una magistratura che aspirasse alla propria indipendenza, rifiutando l'asservimento a un regime che già appariva liberticida: questo era il messaggio dirompente e provocatorio lanciato dalle pagine de *La Magistratura*, che il regime fascista non poté che reputare inaccettabile e dunque punire. Con il regio decreto del 16 dicembre 1926 vennero destituiti dalla magistratura i più noti dirigenti dell'associazione, a cominciare dal segretario generale Vincenzo Chieppa, indicato dalla storiografia come probabile autore dell'articolo citato. Soltanto quando il regime fascista fu sconfitto, l'Associazione fu ricostituita e con essa, nell'aprile 1945, la rivista *La Magistratura* riprese le proprie pubblicazioni¹⁰.

Le conclusioni derivanti dalla disamina della normativa di epoca fascista e della fase di transizione costituzionale rappresentano il punto di partenza per le riflessioni che riguardano il diritto all'elettorato passivo dei giudici nella stagione repubblicana.

In epoca fascista s'è parlato di una sospensione del tema

sociazionistico dei giudici, al chiudersi ormai di un periodo storico che fra le più alte conquiste liberali, aveva salutato l'affermazione del principio della libertà di associazione», cfr. E. R. Papa, *Magistratura e politica*, op. cit., 9.

¹⁰ G. Tucci, *L'associazionismo democratica della magistratura italiana e le leggi 'fascistissime'*, in *Riv. dir. priv.*, numero 17, 2012, 283-291.

della capacità elettorale passiva del magistrato, legata al più generale ripensamento dei sistemi di rappresentanza. Corollario di questo atteggiamento fu la revisione dell'ordinamento giudiziario, volto a realizzare, nella magistratura, la dottrina fascista sull'unità dello Stato e dei suoi apparati.

In questa fase di sospensione accaddero avvenimenti rilevanti per il tema qui considerato: lo scioglimento dell'Associazione generale dei magistrati italiani, che per lungo tempo era stata un "cauto" contro-altare alle politiche governative e che s'era rifiutata di diventare un'associazione fascista; la circolare che impediva ai giudici, con un apposito divieto, di manifestare il proprio pensiero politico; e, altresì, l'obbligatorietà formale, per i giudici, d'isciversi al partito fascista, onde assicurare presso l'opinione pubblica l'immagine del "giudice fascista".

Il quadro d'insieme fornisce, seppur indirettamente, qualche indizio sul tema della capacità elettorale passiva: se in epoca fascista non poteva esservi una divisione dei poteri e in tale logica magistratura ed esecutivo non erano due corpi separati, allora, detto in sintesi, la magistratura avrebbe dovuto limitare la sua azione politica nei limiti stabiliti dal regime fascista.

Caduta la dittatura, in epoca di transizione si considerò il periodo fascista come una parentesi, e si può quindi parlare di continuità col regime liberale previgente: fu ripristinata l'associazione dei magistrati, fu revocato il divieto per gli stessi di esprimere il proprio pensiero politico e infine furono elisi i tratti più marcatamente fascisti dell'ordinamento giudiziario Grandi. Tutto ciò mantenendo, in misura ancora evidente, la divisione tra magistratura dei gradi inferiori e magistratura dei gradi superiori.

Nella legge elettorale dell'Assemblea costituente si perfeziona il punto di saldatura tra epoca liberale ed epoca di transizione costituzionale, poiché si tornò a quanto inaugurato dalla legge sulle incompatibilità parlamentari del 1877: soltanto i magistrati dei più alti uffici avrebbero potuto essere eletti su tutto il territorio nazionale, mentre i magistrati dei gradi inferiori avrebbero potuto essere eletti solamente nella circoscrizione ove non esercitavano la funzione giudiziaria o, in alternativa, avrebbero dovuto dimettersi.

Bisogna sottolineare, però, che anche in virtù degli interventi del decreto Togliatti del 1946, era ammorbidita la funzione "premiata" dell'elettorato passivo, poiché i meccanismi della progressione in carriera, pur rimanendo sbilanciati a favore del-

l'esecutivo per taluni magistrati degli uffici apicali, non contemplavano più la quasi totale discrezionalità che le leggi liberali, sul punto, avevano offerto al ministro della giustizia.

Il dibattito in Assemblea costituente sulla scrittura dell'art. 98, comma 3, Cost. si aprì, come visto, con l'interrogativo di Calamandrei e con lo stesso interrogativo si chiuse. Tanto i favorevoli quanto i contrari all'introduzione di un divieto, per i magistrati, d'iscrizione ai partiti politici, sollevavano la criticità rappresentata dalla correlazione tra divieto d'iscrizione ed eleggibilità del magistrato. E dunque in questa fase si può parlare di *rinvio* della questione al legislatore repubblicano, che intervenne soltanto nel 2005, riconducendo il divieto nell'ambito degli illeciti disciplinari extrafunzionali. Nel 2009, la Corte costituzionale ebbe modo di pronunciarsi proprio su quella correlazione tra eleggibilità e divieto e in un passaggio della sentenza n. 224 concluse che nessun legame dovesse ravvisarsi.

In conclusione, quindi, proprio a partire dal nuovo statuto costituzionale del magistrato, è stata valutata la normativa di epoca repubblicana sul punto della capacità elettorale passiva. Posto che lo schema generale proposto dall'art. 51 Cost. è analogo a quello prescritto dall'art. 40 dello Statuto albertino, per cui il diritto all'elettorato passivo è condizionato da requisiti previsti dalla legge, sono state analizzate due altre questioni. In primo luogo, in che modo il legislatore ha trattato, a livello normativo, nel quadro costituzionale dato, le condizioni per l'elezione del magistrato in parlamento; in secondo luogo, si è tentato di comprendere se l'insieme delle garanzie costituzionali, rivolte al magistrato e alla funzione giurisdizionale, amplia o restringe il diritto elettorale passivo e, quindi, se le condizioni poste per l'eleggibilità del magistrato siano state determinate in senso più permissivo o più severo.

Il passaggio dalla Carta costituzionale albertina a quella repubblicana è segnato dalla finalità di compiere quel processo di transizione verso una magistratura che fosse un corpo autonomo rispetto al potere esecutivo. Nel corso della trattazione si è ricordato che, nel passaggio dall'*Ancien régime* all'ordine monarchico-costituzionale, la magistratura (dal punto di vista analizzato) rimase soggetta al potere esecutivo. Ed è proprio da tale fallimento che ripartì il legislatore costituente che sancì, sin dall'esordio del *Titolo* dedicato alla magistratura, il principio contenuto all'art. 101, ultimo comma Cost.: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge». Vi è in tale norma l'*incipit* per una radicale

modulazione dello Statuto costituzionale del magistrato, che si sviluppa nelle garanzie di imparzialità, indipendenza e terzietà, subordinazione alla legge e differenziazione dei magistrati soltanto per le funzioni assegnate, che verranno sancite espressamente nel testo costituzionale. Viene meno in epoca repubblicana qualsiasi distinzione fra giudice e magistrato del pubblico ministero non soltanto nel tema qui considerato (ed infatti per tale epoca la disciplina del diritto d'elezione riguarda entrambi gli uffici) ma alla luce dello statuto costituzionale della magistratura dettato in Costituzione, che riguarda nelle garanzie dettate (imparzialità, indipendenza, terzietà, subordinazione alla legge, autogoverno) entrambi i magistrati, giudicante e inquirente.

Dal riconoscimento che il magistrato debba considerarsi sottoposto soltanto alla legge conseguì il ribaltamento della logica su cui s'era costruita la normativa sul diritto del magistrato d'essere parlamentare. Infatti, a un quadro di maggior garanzia corrispose un irrigidimento delle condizioni che il magistrato avrebbe dovuto averne, irrigidimento che avrebbe coinvolto tutte le fasi che precedono e che susseguono l'elezione. In tal senso, prima della candidatura, stante il divieto introdotto nel 2006, al magistrato sarebbe stata impedita la cosiddetta vita di partito, salvo poi aprire al pericolo, indicato nelle pagine che precedono, che il magistrato coltivasse rapporti occulti con un determinato partito politico, utili per una candidatura in posizione eleggibile (si considerino a tal proposito le leggi elettorali del 2005 e del 2015).

Da candidato, il magistrato sarebbe stato sottoposto a un severo regime di ineleggibilità relative all'obbligo di aspettativa per candidatura politica, coll'obiettivo di evitare la *captatio benevolentiae* sull'elettorato. Da eletto, sarebbe stato sottoposto ad aspettativa per mandato elettorale, con evidenti riflessi sul proprio rapporto di lavoro in termini di progressione in carriera. Infine, da non eletto o scaduto il mandato elettorale, sarebbe stato destinato a un "rientro" con precisi limiti di ordine territoriale, funzionale e temporale.

Nella legislazione d'epoca repubblicana si assiste quindi al ribaltamento della prospettiva che aveva dominato la legislazione d'epoca albertina. Se quest'ultima s'era diretta verso il conferimento di una natura premiale ai diritti politici dei magistrati in virtù della loro subordinazione all'esecutivo, la legislazione repubblicana, stante il mutato quadro costituzionale, si diresse verso un severo condizionamento dell'elettorato passivo onde

tutelare la libertà di voto del cittadino, fosse soltanto dal timore derivante dal valore simbolico che la toga assume presso una determinata comunità, oltre che le garanzie già ricordate di imparzialità indipendenza, terzietà della magistratura e subordinazione alla legge. Detto in sintesi: in epoca repubblicana il legislatore guarda e tratta (sotto il profilo normativo) con severità il magistrato che decide di candidarsi al parlamento nazionale, che è eletto o che scaduto dal mandato elettorale, o ancora che si dimesso, e che per l'effetto decida di rientrare nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali. D'altronde in epoca repubblicana il giudiziario, in virtù delle garanzie costituzionali cui si è detto, è assunto a potere e tale potere è diffuso fra i magistrati e ogni magistrato, col proprio comportamento, può offuscare la fiducia che il cittadino ripone verso chi esercita un potere che incide nella sua libertà. In tale quadro, non vi è pericolo maggiore per il prestigio dell'ordine giudiziario che uno dei suoi magistrati sia considerato di parte perché decide di candidarsi al parlamento nazionale con una determinata forza politica o perché è eletto con un determinato partito (ontologicamente parziale). Il parlamentare è di parte, e il magistrato parlamentare (nel frattempo sospeso dalle funzioni giurisdizionali) è parimenti di parte: per questo che al rientro nelle funzioni giurisdizionali, per scadenza naturale o anticipata delle legislature, o perché dimessosi, occorre assicurarsi che la fiducia che il cittadino ripone verso una magistratura che di parte non sia non venga lesa.

Sicché, il tema che è stato affrontato ha consentito di comprendere che la garanzia di una magistratura indipendente e terza, imparziale e sottoposta solamente alla legge, come è stata immaginata nel testo costituzionale repubblicano è il precipitato storico di un percorso che affonda le sue radici, come si diceva sin dalla premessa, nello Statuto albertino e che si è dipanato lungo le sue fasi di vigenza, coerentemente si è evoluto rapidamente nel ventennio fascista, ed è stato interrotto solamente dall'occasione data dal referendum costituzionale del 2 giugno 1946 allorché, nell'optare per la repubblica, il popolo scelse per una magistratura assai diversa da quella che sin lì l'aveva assoggettato.

Questo, in sintesi, l'intento primario della normativa elettorale d'epoca repubblicana, quel *file rouge* che lega insieme gli istituti analizzati. Nel senso indicato, il condizionamento dell'elettorato passivo dei magistrati restituisce alla magistratura nel suo insieme l'immagine di imparzialità, indipendenza e terzietà

(dunque il prestigio dell'ordine giudiziario) e connette magistratura e cittadinanza nell'essenziale patto di fiducia che deve sussistere, giacché all'ufficio giurisdizionale è congiunto un potere «che decide della libertà ed è perciò in grado di rovinare la vita delle persone sulle quali è esercitato», ontologicamente opinabile in fatto e probabilistico in diritto perché «la verità processuale è sempre una verità relativa e approssimativa»¹¹.

In conclusione, allora, giungono le considerazioni di un grande maestro del diritto, Vittorio Grevi, svolte intorno la proposta dell'allora ministro della giustizia Vassalli di introdurre il divieto per i magistrati d'isciversi ai partiti politici.

In un articolo pubblicato l'8 novembre 1989 sul *Corriere della Sera*, col titolo *Un segnale non equivoco che consenta ai magistrati d'essere liberi*, l'insigne Maestro colse l'occasione per collegare due concetti che soltanto in apparenza appaiono antitetici: la limitazione dei diritti politici e, su altro piano, la libertà dei magistrati. L'endiadi limitazione/libertà, nella prospettiva delineata, significa voler abbandonare l'idea, errata, che la discussione intorno ai diritti politici dei magistrati debba inquadrarsi *contro* la magistratura: al contrario, tale discussione si muove *per* la magistratura, col fine di restituire al cittadino l'idea formale e sostanziale di una Repubblica democratica ove egli è libero, ed è libero anche davanti una toga, di esprimere liberamente il proprio voto: «lo scopo dichiarato era quello di sottolineare con chiarezza l'esigenza di autonomia dei magistrati. Un'autonomia che non solo deve esistere nella sostanza ma deve anche apparire come tale agli occhi dei cittadini poiché questo è uno dei presupposti fondamentali alla credibilità della giustizia [...] non c'è dubbio che tale divieto debba rappresentare il primo passo (purché, ovviamente, non l'unico) verso uno statuto del magistrato che realizzi, nella forma come nella sostanza, il principio costituzionale per cui i giudici “sono soggetti soltanto alla legge”»¹².

¹¹ L. Ferrajoli, *Nove massime di deontologia giudiziaria*, intervento al XIX Congresso di magistratura democratica, Roma, 31 gennaio-3 febbraio 2013, in www.magistraturademocratica.it.

¹² S. Lonati, C. Melzi d'Eril, P. Renon, P. De Pascalis, A. Corbetta, *Vittorio Grevi. Scritti per il «Corriere» 1988-2010*, Milano, 2014, 118-120.

BIBLIOGRAFIA CONSULTATA

AA.VV., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2006

Abbamonte O., *La politica invisibile: Corte di cassazione e magistratura durante il fascismo*, Milano 2003

Albamonte E., *Il CSM e la resistibile perdita di autonomia del magistrato requirente*, in *Quest. giust.*, 2011

Accattatis V., *Il giudice nello stato liberaldemocratico*, Firenze 2003

Acquarone A., D'Addio M., Negri G. (a cura di), *Le costituzioni italiane*, Milano 1958

Acquarone A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino 1965

Aimo P., *Bicameralismo e regioni. La camera delle autonomie: nascita e tramonto di un'idea. La genesi del Senato alla Costituente*, *Studi e ricerche di scienze sociali*, Milano 1977

Allegretti U., *Forme costituzionali della storia unitaria: monarchia e repubblica*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2012

Amato L., *Il voto di preferenza in Italia, 1946-1963*, Milano 1964

Amato G., *Il nuovo assetto ordinamentale del p.m.: il ruolo del procuratore e i rapporti con i sostituti*, in *Dir. pen. e processo*, 2010

Andrioli V., *Tre aspetti della Corte di cassazione*, in *Dir. giur.*, 1996

Annunziata M., *Problemi di ordinamento giudiziario: divieto per i giudici di attività politica e di sciopero*, in *Temi nap.*, 1968

Arangio Ruiz G., *Eleggibili ed Eletti. Abbozzi di questioni costituzionali*, Napoli 1885

Arabia F. S., *Dell'inamovibilità della magistratura*, Napoli 1892

Azzariti G., *La mancata attuazione della Costituzione e l'o-*

pera della Magistratura, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova 1958

Balduzzi R., Ghiringhelli R., Malandrino C. (a cura di), *L'altro Piemonte e l'Italia nell'età di Urbano Rattazzi*, Milano 2009

Bartole S., *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova 1964

Bartole S., *Magistrati onorari e funzioni attribuite a giudici singoli*, Milano 1964

Bartole S., *Il potere giudiziario*, in Amato G. e Barbera A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1986

Bartole S., *CSM: due modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 1989

Bartole S. (a cura di), *Livio Paladin. Saggi di storia costituzionale*, Bologna 2008

Beltrami S., *Come (ri)cambia l'illecito disciplinare*, in *Dir. giust.*, 2006

Benvenuti S., *Il Consiglio superiore della magistratura francese. Una comparazione con l'esperienza italiana*, Milano 2011

Bertolini F., *Legislazione elettorale siciliana fra (mancata) verifica della peculiarità della situazione*, in *Giur. cost.*, 2007

Bettinelli E., *All'origine della democrazia dei partiti. La formazione del nuovo ordinamento elettorale nel periodo costituente (1944-1948)*, Milano 1982

Bettinelli E., voce *Elettorali (sistemi)*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. V, Torino 1990

Bettinelli E., *La Costituzione della Repubblica italiana. Un classico giuridico*, Milano 2006

Biondi F., *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano 2006

Biondi F., *Art. 107 Cost.*, in Bin R., Bartole S. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008

Biondi F., *Considerazioni di ordine costituzionale sui limiti, per i magistrati, alla partecipazione alla vita politica (a margine di una questione di costituzionalità)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2009

Bonifacio F., Giacobbe G., *Art. 107*, in Branca G. (a cura di), Pizzorusso A. (continuato da), *Commentario della costituzione*, Bologna-Firenze 1986

Borgatti F., *La riforma del pubblico ministero discussa nel senato del Regno*, Roma 1875

Borrè G., *Commento al 3° comma dell'art. 98*, in Branca G. (a cura di), Pizzorusso A. (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975

Brunialti A., *Legge elettorale politica*, Torino 1882

Calamandrei P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice civile*, II, in Cappelletti M. (a cura di), *Opere giuridiche*, Padova 1943

Calamandrei P., *Lezioni sull'ordinamento giudiziario tenute dal chiar.mo prof. Piero Calamandrei durante l'anno accademico 1952-53/appunti raccolti dall'assistente Mauro Cappelletti*, Firenze 1953

Camerlengo Q., «Soltanto per diversità di funzioni»? *I magistrati ordinari tra carriera e prestigio*, in *Quad. cost.*, 2014

Capurso M., *Magistratura e Costituzione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1979

Carbone V., *Art. 110*, in Branca G. (a cura di), Pizzorusso A. (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1992

Carcano G., *L'immovibilità della magistratura e l'art. 199 dell'ordinamento giudiziario 6 dicembre 1865: considerazioni*, Milano 1870

Cardia M., *L'epurazione della magistratura alla caduta del fascismo. Il Consiglio di Stato*, Cagliari 2009

Cardia M., *L'epurazione dei magistrati del Consiglio Superiore della Magistratura alla caduta del fascismo*, in Aimo P., Colombo E., Rugge F. (a cura di), *Autonomia, forme di governo e democrazia nell'età moderna e contemporanea: scritti in onore di Ettore Rotelli*, Pavia 2014

Cardoza A. L., trad. it., *Patrizi in un modo plebeo: la nobiltà piemontese nell'Italia liberale*, in Armani B. (a cura di), *Saggi, Storia e Scienze sociali*, Roma 1999

Carusi V., *Art. 98*, in Crisafulli V., Paladin L. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1994

Casana P., *Le costituzioni italiane dal 1848-'49*, Torino 2001

Casavola F., *Profilo storico e comparativo del pubblico ministero*, in *Dir. giur.*, 1978

Casertano A., *Commento alla Legge elettorale politica 30 giugno 1912 e 26 giugno 1913 (testo, fonti, dottrina, giurisprudenza, grafici, indici, illustrazioni)*, Napoli 1913

Cavallini D., *La valutazione di professionalità dei magistra-*

ti: prime riflessioni tratte da una ricerca empirica sui verbali del Csm, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012

Cavallini D., *Inamovibilità dei magistrati e funzionalità e funzionalità degli uffici giudiziari. Tendenze in atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003

Cavallini D., Giangiacomo B., *Magistrati onorari e responsabilità disciplinare. Giudici di pace, giudici onorari di tribunale, vice procuratori onorari*, Milano 2009

Cerri A., voce *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma 1990

Chieffi L., *La magistratura: origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli 1998

Chieppa R., *Il divieto di attività politica per i giudici: meglio tardi che mai (ricordi storici della tesi dell'associazione dei giudici)*, in *Giur. cost.*, 2009

Chieppa R., *Le testimonianze nell'Associazione giudici: una guida per un futuro migliore per la Giustizia in Italia*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2009

Ciaurro L. (a cura di), *Lo Statuto Albertino illustrato dai lavori preparatori*, Roma 1996

Coen L., *Art. 98*, in Crisafulli V., Paladin L. (fondato da), Bartole S., Bin R. (continuato da), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008

Colombo A., *Dalle riforme allo Statuto albertino. Documenti editi e inediti*, XVII, Casale 1924

Conso G., *Un valore da rimeditare: il prestigio dell'ordine giudiziario*, in *Quad. cost.*, 1981

Costanzo P., *VII disposizione transitoria e finale*, in Branca G. (a cura di), Pizzorusso A. (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1995

Crisafulli V., *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova 1970

D'Addio M., *Politica e Magistratura (1848-1876)*, Milano 1966

Daga L., *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli 1973

D'Amelio M., *Del pubblico ministero*, in *Il nuovo c.p.c. commentato*, I, Torino 1943

D'Elia G., *Art. 107 Cost.*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano 2006

De Felice R., *Mussolini il fascista. II. L'organizzazione dello Stato fascista (1925-1929)*, Torino 2008

- De Fina G., *Diritto elettorale*, Torino 1977
- De Gasperi M., *La competenza dei giudici di mandamento negli Stati di S. M. il re di Sardegna*, Genova 1856-1857
- De Nardi S., *L'ordine giudiziario e il suo prestigio nel procedimento disciplinare*, Padova 2002
- Devoto M., *Costituzione del giudice e Consiglio superiore della magistratura*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. IV, Milano 1977
- Di Federico G., *La Corte di cassazione. La giustizia come organizzazione*, Bari-Roma 1969
- Di Federico G., *Statuto, carriera e indipendenza dei magistrati ordinari in Italia*, Milano 1973
- Di Federico G., *Riforma dell'ordinamento giudiziario: modifiche alla Costituzione con legge ordinaria*, in *Quad. cost.*, 2007
- Di Federico G., *Organico, reclutamento, valutazioni della professionalità, carriera tramutamenti e attribuzione delle funzioni giudiziarie, trattamento economico*, in Id. (a cura di), *Ordinamento giudiziario: uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, II ed., Padova 2012
- De Nardi S., *La libertà di espressione dei giudici*, Napoli 2008
- De Nardi S., *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)*, in *Giur. cost.*, 2009
- Denti V., *Artt. 111-113*, in Branca G. (a cura di), Pizzorusso A. (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1987
- De Sanctis G. - Mangelli G., *Una svolta decisiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale (a proposito della sentenza n. 58 del 1972)*, in *Giur. it.* 1973
- De Vio G., *La riforma del pubblico ministero*, Napoli 1878
- Di Ciolo V., *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica. Aspetti generali e profili strutturali*, Milano 1980
- Di Ciolo V., *Ineleggibilità amministrativa o incapacità elettorale passiva? (a proposito della sentenza n. 38 del 1971 della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1971
- Di Ciolo V., *Sulla ineleggibilità dei magistrati nelle elezioni politiche*, in *Giur. cost.*, 1976
- Di Ciolo V. (a cura di), *Sulle eleggibilità dei magistrati nelle elezioni politiche*, in *Giur. cost.*, 1976

Di Ciolo V., *Incompatibilità ed ineleggibilità parlamentari*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano 1987

Di Cosimo G., *Sulla continuità fra Statuto e Costituzione*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2011

Di Federico G., *Le qualificazioni professionali dei magistrati: carenze attuali, possibili riforme e difficoltà di attuarle*, in Id. (a cura di), *Preparazione professionale degli avvocati e dei magistrati: discussioni di un'ipotesi di riforma*, Padova 1987

Di Federico G., *Limiti ed inefficacia degli strumenti di selezione negativa dei magistrati*, in Id. et al., *La selezione dei magistrati: prospettive psicologiche*, Milano 1976

Di Federico G., *Organico, reclutamento, valutazioni della professionalità, carriera, tramutamenti e attribuzione delle funzioni giudiziarie, trattamento economico*, in Id. (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, Csm e governo della magistratura*, Padova 2012

Di Federico G., *Riforma dell'ordinamento giudiziario: modifiche alla Costituzione con legge ordinaria*, in *Quad. cost.*, 2007

Diéz-Picazo L. M., *Il modello europeo di magistratura, un approccio storico*, in Romanelli R. (a cura di), *Giudici e potere nella storia europea*, Bologna 1997

Elia L., *Incertezza di concetti e di pronunce in tema di ineleggibilità nella giurisprudenza più recente della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972

Eula E., *Magistratura e Costituzione*, in *Riv. pen.*, Roma 1956

Felicetti F., San Giorgio M. R., *Iscrizione o partecipazione di un giudice ad un partito politico*, in *Corr. giur.*, 2009

Ferrajoli L., *Nove massime di deontologia giudiziaria*, intervento al XIX Congresso di magistratura democratica, Roma, 31 gennaio-3 febbraio 2013, in www.magistraturademocratica.it

Ferrari G., voce *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Roma 1988

Ferrari G., *Consiglio superiore della magistratura, autonomia dell'ordine giudiziario e magistrati*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1974

Ferrari G., voce *Elezioni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano 1965

Ferrari S., *Commentario al Nuovo Testo unico della Legge elettorale politica, 30 giugno 1912, n. 666 modificata con la legge 22 giugno 1913, n. 648*, Firenze 1913

Ferrero A., *Trattato della competenza dei giudici di mandamento dell'Avvocato Alessandro Ferrero*, Torino 1826

Ferrero A., *Della competenza dei giudici di mandamento secondo le disposizioni del codice di procedura civile*, Torino 1854

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

Ferri G., *L'elezione dei magistrati al Parlamento e l'imparzialità della funzione giurisdizionale*, in *Rass. parl.*, 2013

Ferri G., *I giudici e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza n. 224/2009*, in *Studium iuris*, 2010

Ferri G., *L'ordinamento giudiziario dopo la legge n. 111 del 2007*, in *Studium iuris*, 2008

Fiandaca A., *Commento alla Legge elettorale politica (24 settembre 1882, n. 999 – 5 maggio 1891, n. 120 – 28 giugno 1892, n. 315)*, Palermo 1892

Fiandese F., Parziale I., *Codice dell'ordinamento giudiziario*, Milano 1994

Focardi G., *Magistratura e fascismo. L'amministrazione della giustizia in Veneto 1920-1945*, Venezia 2012

Fragola G., *La legge elettorale politica 30 giugno 1012, nn. 665 e 666 (testo unico) coordinata alla nuova legislazione elettorale amministrativa e commerciale. Commento organico con larghi richiami dei precedenti parlamentari, dottrina, giurisprudenza, circolari ministeriali, ecc..*, Milano 1913

Galasso A., *Prestigio della magistratura: mito e realtà*, in *Dem. dir.*, 1982

Garante Garrone A., *La magistratura italiana fra fascismo e Resistenza*, in *Nuova antologia*, Firenze 1986

Genovese F. A., *Tommaso Claps, lo Scrittore, lo Storico, il Giudice*, Avigliano 1996

Genovesi C., *Il principio di inamovibilità dei magistrati e la dottrina fascista: discorso pronunciato alla Camera dei deputati nella tornata del 2 marzo 1933*, Roma 1933

Ghigliani L., *Dell'inamovibilità dei giudici*, Genova 1859

Ghisalberti C., *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, I, Bari 1976

Giangiacomo B., *Interferenze tra sistema disciplinare e valutazioni di professionalità dei magistrati*, in *Quest. giust.*, 2010

Giannella E. (a cura di), *Dibattiti, progetti e riforme costi-*

tuzionali dallo statuto albertino alla costituzione della Repubblica, Roma 1999

Giuliani A., Picardi N., *La responsabilità del giudice dallo Stato liberale allo Stato fascista*, in *Foro it.*, 1978

Giuliani A., Picardi N., *La responsabilità del giudice*, Milano 1995

Giusti R., *Pubblico ministero e riforma giudiziaria*, Bologna 1930

Grasso P. G., *Il principio nullum crimen sine lege e le trasgressioni disciplinari dei magistrati dell'ordine giudiziario*, in *Giur. cost.* 1981

Grasso P. G., *Le norme sull'eleggibilità nel diritto pubblico italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1957

Grossi P., *Orientamenti attuali di giurisprudenza costituzionale nell'interpretazione degli artt. 105, 107 comma 3° e 104 comma 4° Cost.*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova 1985

Guarnieri C., *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova 1834

Guarnieri G., *Magistratura e politica in Italia. Pesi e contrappesi*, Bologna 1992

Guarrella Ottaviano V., *Commento alla legge elettorale politica 24 settembre 1882, n. 999 serie 3 (Testo unico)*, Napoli 1890

Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto albertino al crepuscolo della bicamerale*, VI, Milano 1999

Jocteau G. C., *La magistratura e i conflitti di lavoro durante il fascismo, 1926-1934*, Milano 1978

Lattanzi G., *La carriera dei magistrati tra vecchio e nuovo ordinamento*, in *Quad. cost.*, 1983

La Lumia I., *Sull'indennità dei deputati dell'assemblea regionale siciliana*, in www.rivistaaic.it

La Francesca F., *Del pubblico ministero nell'ordine giudiziario*, Napoli 1880

Lonati S., Melzi d'Eril C., Renon P., De Pascalis P., Corbetta A., *Vittorio Grevi. Scritti per il «Corriere» 1988-2010*, Milano 2014

Lener S., *L'indipendenza della magistratura nella nuova Costituzione italiana*, in *La civiltà cattolica*, Roma 1947

- Leone S., *Valutazione e promozione dei magistrati per «me-rito parlamentare»*, in *Quad. cost.*, 2010
- Lucchini L., *Ancora sul pubblico ministero nella riforma giudiziaria*, Verona 1903
- Lucifredi R., Amendola M., voce *Aspettativa (imp. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano 1958
- Manzella A., *La formazione della Camera – La prerogativa della verifica dei poteri*, in *Il regolamento della Camera dei deputati*, Roma 1968
- Maranini G., *Le origini dello Statuto albertino*, Firenze 1926
- Mele V., *I «gradi» del magistrato*, in *Quad. giust.*, 1982
- Marovelli P., *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana. Dal 1848 al 1923*, Milano 1967
- Matucci G., *Lo status del parlamentare*, in Rigano F. (a cura di), *La Costituzione in officina. Il primo intervento urgente*, Pa-via 2013
- Meniconi A., *Giudici e ordinamento giudiziario negli anni della dittatura*, in Melis G. (a cura di), *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, Bologna 2008
- Meniconi A., *La «maschia avvocatura». Istituzioni e pro-fessione forense in epoca fascista (1922-1943)*, Bologna 1984
- Meniconi A., *Storia della magistratura italiana*, Bologna 2012
- Merlino F. S., *L'Italie telle qu'elle est*, Paris 1890
- Merusi F., *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano 1977
- Micali G., *La politicizzazione del giudice e l'esegesi del-l'art. 98, 3° comma, della Carta costituzionale*, in *Doc. giust.*, 1995
- Midiri M., *Art. 65*, in Branca G. (a cura di), Pizzorusso A. (continuato da), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma 1986
- Midiri M., *Art. 51* in R. Bifulco, Celotto A., Olivelli M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006
- Mirabelli G., *Sui limiti dell'inamovibilità dei magistrati de-rivanti dall'età: considerazioni*, Napoli 1879
- Mirabelli G., *L'inamovibilità della magistratura nel Regno d'Italia*, II ed., Napoli 1880
- Modugno F., voce *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Torino 1966

Mor G., *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano 1970

Morbidelli G., *Il potere giudiziario*, in Id., Pegoraro L., Reposito A., Volpi M., (a cura di), *Diritto costituzionale italiano e comparato*, II ed., Bologna 1995

Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., vol. II, Padova 1976

Morelli M. R., *Art. 107 Cost.*, in Crisafulli V., Paladin L. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Padova 1990

Moriondo E., *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari 1967

Mortati C., *Le forme di governo*, Padova, 1973

Moroni F., *Soltanto alla legge. L'indipendenza della magistratura dal 1945 ad oggi. Prefazione di Nicola Tranfaglia*, Monte Porzio Catone, 2005

Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1991

Mosca G., *Teorica dei governi e governo parlamentare*, Milano 1958

Moschella G., *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano 2009

Neppi Modona G., *La magistratura ed il fascismo*, in Quazza G. (a cura di), *Fascismo e società italiana*, Torino 1973

Onida V., *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, in B. Caravita (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari 1994

Pace A., *I poteri normativi del CSM*, in *Rass. parl.*, 2010

Paladin L., *Diritto costituzionale*, Padova 1978

Palma L., *Corso di Diritto costituzionale*, Firenze 1884

Panizza S., *Art. 104 Cost.*, in Bifulco R. - Celotto A. - Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Padova 2006

Panunzio S., *Teoria generale dello Stato fascista*, II ed., Padova 1939

Papa E. R., *Magistratura e politica. Origini dell'associazionismo democratico nella magistratura italiana (1861-1913)*, Venezia 1973

Perfetti U., *Giurisdizione, giustizia, politica*, in *Rass. forense*, 2010

Paris D., *L'ineleggibilità al Consiglio regionale dei docenti e del Rettore della Valle d'Aosta*, in *Giur. cost.* 2008

Pedace F., voce *Ordinamento giudiziario*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino 1965

Pepino L., *Costituzione, Giustizia, Giudici*, in *Quest. giust.*, 2008

Perniciaro G., *Ineleggibilità e incompatibilità in Valle d'Aosta: limiti alla potestà «piena» e restrizioni dell'elettorato passivo per docenti e professori*, in *Giur. cost.*, 2008

Perilhou L. J., *De la inamovibilité de la magistrature*, *Au comptoir des imprimeurs unis*, Parigi 1849

Pignatelli N., *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici: un "cavallo di Troia"*, in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino 2005

Pironti A., Spano G., *Codice elettorale italiano*, I. *Elettorato politico*, Torino 1912

Pizzorusso A., *Problemi costituzionali di una riforma del Pubblico Ministero*, in *Giur. it.*, 1966

Pizzorusso A., *Appunti per lo studio della libertà di opinione dei funzionari: ambito soggettivo del problema*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971

Pizzorusso A., *L'ordinamento giudiziario*, Bologna 1974

Pizzorusso A., *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in AA. VV., *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Bologna 1979

Pizzorusso A., voce *Organi giudiziari*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano 1981

Pizzorusso A., *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, I ed., Torino 1982

Pizzorusso A., voce *Corte di cassazione*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Roma 1989

Pizzorusso A., *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, III ed., Torino 1990

Pizzorusso A., *Art. 108*, in Branca G. (a cura di), Pizzorusso A. (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1992

Pizzorusso A., *Introduzione*, in *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, Firenze 2006

Poggi A., *Art. 102 Cost.*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Padova 2006

Polizzi G. E., *Le regole sull'eleggibilità del magistrato*, in Rigano F. (a cura di), *La Costituzione in officina. Il primo intervento urgente*, Pavia 2013

Poto D., *Giuristi subalpini tra avvocatura e politica. Studi*

per una storia dell'avvocatura piemontese dell'Otto e Novecento, Torino 2006

Pototschnig U., *Art. 51 Cost. (sub. art. 97 Cost.)* in Branca G. (a cura di) e Pizzorusso A. (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1994

Racioppi F. - Brunelli I., *Commento allo Statuto del Regno*, Torino 1909

Raffaelli E., *L'abolizione del Pubblico ministero*, Napoli 1875

Rameri S., *Le funzioni del pubblico ministero*, Milano 1913

Reale A., *Breve esposizione dell'origine e dell'istituzione del pubblico ministero*, Pavia 1849

Rebuffa G., *La funzione giudiziaria*, III ed., Torino 1993

Ricci A. G. (a cura di), *Verbali del Consiglio dei ministri: luglio 1943-maggio 1948*, Roma 2006

Rigano F., *Costituzione e Potere giudiziario*, Padova 1982

Rigano F., *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, in *Giur. it.*, 1985

Rigano F., *L'indennità del parlamentare*, in Id. (a cura di), *La Costituzione in officina. Il primo intervento urgente*, Pavia 2013

Rivosecchi, G., *Art. 65*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006

Roehrsen G., *L'art. 98 2° comma della Costituzione*, in *Riv. amm.*, 1951

Sabatini G., *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, Napoli 1911

Saitta A., *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano 1975

Saitta A., *Art. 98 Cost.*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006

Salazar C., *La magistratura*, Roma-Bari 2002

Salerno G. M., *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d. lgs. n. 235 del 2012*, in *Arch. pen.*, 2014

Sandulli A. M., *Nuovi orizzonti in materia di ineleggibilità*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, I, Milano 1973

Santalucia G., *Il giudice amministrativo e i poteri del "procuratore capo": un disorientamento premonitore. Nota a Cons. Stato sez. IV 22 marzo 2005*, in *Quest. giust.*, 2005

Saraceno P., *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione. Linee di una analisi socio-politica*

del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo, Roma 1979

Saraceno P., *La formazione della magistratura italiana: epurazione e rinnovamento del personale giudiziario negli anni dell'Unità 1857-1864: rapporto sullo stato di ricerca*, Roma 1988

Saraceno P. (a cura di), *I giudici italiani dall'unità al fascismo. Studi biografici e prosopografici*, in *Quaderni di Clío* -7, Roma 1988

Saraceno P., *Le «epurazioni» della magistratura in Italia. Dal Regno di Sardegna alla repubblica: 1848-1951*, in *Clío*, XXIX, Napoli 1993

Savino G., Vidari P., *L'istituzione del Consiglio di Stato (18 agosto 1831)*, in *Studi Piemontesi*, Torino 1981

Sbano N. (a cura di), *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortati del 1906 alla prima avvocata italiana*, Bologna 2004

Scaramozzino P., *Il voto di preferenza nelle elezioni europee 1979-1999*, in *Quale Europa?*, atti della quarta giornata de *Il Politico*, Pavia 2004

Scarselli G., *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano 2010

Senese S., *Giudici e iscrizione ai partiti politici*, in *Quad. giust.*, 1986

Sepe O., *Aspettativa per mandato parlamentare*, in *Giur. cost.* 1960

Serges S., *La potestà normativa*, in Mazzamuto S. (a cura di), *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino 2001

Sicardi S., *Magistratura e democrazia in Italia: problemi e prospettive*, Napoli 2010

Sicardi S., *La carriera dei magistrati dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, in Zanon N., Renzo Villata G., Biondi F. (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Un bilancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini*, Milano 2012

Silvestri G., voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano 1985

Silvestri G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997

Simeone D., *La magistratura nella nuova Costituzione italiana*, Roma 1951

Siracusa F., *Il pubblico ministero: parte generale*, Torino 1929

Sorrentino F., *I poteri normativi del CSM*, in Caravita B. (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari 1994

Spagna Musso E., *Giudice*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano 1969

Spangher G., *Funzione giurisdizionale e attività parlamentare alla ricerca di possibili contemperamenti*, in *Giur. cost.* 2001

Stronati M., *Il governo della 'grazia'. Giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana (1848-1913)*, Milano 2009

Taruffo M., *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980

Tira E., *Libertà di associazione e indipendenza/imparzialità del giudice: un bilanciamento tra valori costituzionali*, in *Forum Quad. cost.*, 2010

Tranfaglia N. (a cura di), *L'Italia qual è. Politica e magistratura dal 1869 ad oggi in Italia. Fascismo e Democrazia*, Milano 1974

Tranfaglia N., *Dallo stato liberale al regime fascista: problemi e ricerche*, Milano 1975

Tranfaglia N., *La Magistratura*, Firenze 1978

Tronci F., *Sul pubblico ministero*, Cagliari, 1862; P. Conforti, *Sul pubblico ministero: disquisizioni e riforme*, Cosenza 1875

Traverso C. E., *Partito politico e ordinamento costituzionale*, Milano 1983

Treves G., *Principi di diritto pubblico*, Torino 1973

Tucci G., *L'associazionismo democratico della magistratura italiana e le leggi 'fascistissime'*, in *Riv. dir. priv.*, 2012

Valio A., *Il pubblico ministero in Italia*, II ed., Napoli 1881

Venturini F., *La magistratura sabauda di fronte allo statuto albertino: equilibrio tra i poteri o primato della politica*, in *Le Carte e la Storia*, 2012

Venturini F., *Un "sindacato" di giudici da Giolitti a Mussolini: l'Associazione generale fra i giudici italiani, 1909-1926*, Bologna 1987

Verde G., *L'amministrazione della giustizia tra Ministro e Consiglio superiore*, Padova 1990

Verde G., *L'ordinamento giudiziario*, Milano 2003

Vernant J. P., *Le origini del pensiero greco*, Milano 2011

- Vietti M., *L'ordinamento giudiziario*, Torino 2003
- Villone M., *La legge 52/2015 da pochi voti a molti seggi*, in *Costituzionalismo.it*, 2005
- Vitanza F., *I giudici e i partiti politici*, in *La Magistratura*, 1946
- Volpe G., *Le origini dell'organizzazione corporativa della magistratura*, in Pace A., Bartole S., Romboli R. (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Napoli 2009
- Volpe G., voce *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. IV, Milano 2000
- Volpe G., *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in Pizzorusso A. (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna 1974
- Volpe G., *La carriera dei magistrati*, in Pizzorusso A. (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna 1974
- Volpe G., voce *Ordinamento giudiziario generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980
- Volpe G., *Storia costituzionale degli italiani*, Torino, 2009
- Volpi M., (a cura di) *La responsabilità dei magistrati*, Napoli 2009
- Zagrebel'sky G., *L'obbligatorietà dell'azione penale: riflessi sulle garanzie, sull'organizzazione degli uffici, sui poteri del pubblico ministero*, in AA.VV., *La riforma del pubblico ministero*, Milano 1974
- Zagrebel'sky G., *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.* 1975
- Zagrebel'sky G., *Il potere normativo del Consiglio superiore della magistratura*, in AA. VV., *La giustizia tra diritto e organizzazione*, Torino 1987
- Zagrebel'sky V., *Art. 109*, in Branca G. (a cura di), Pizzorusso A. (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1992
- Zagrebel'sky V., *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in *Legge diritto e giustizia*, Torino 1998
- Zanichelli D., *Le incompatibilità parlamentari. Questioni di diritto costituzionale e di politica*, II, Bologna 1887
- Zanichelli D., *Lo Statuto di Carlo Alberto secondo i processi verbali del consiglio di conferenza dal 3 febbraio al 4 marzo 1848*, Roma 1898
- Zanon N., *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996
- Zanon N. - Biondi F., *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano 2002

Zanon N. - Biondi F., *Il sistema costituzionale della magistratura*, II ed. Bologna 2008

Zanon N. - F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, IV ed., Bologna 2014

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
STUDI NELLE SCIENZE GIURIDICHE E SOCIALI

NUOVA SERIE

1. - GRISOLI ANGELO - *Le società con un solo socio*. 1971.
2. - BALLARINO TITO - *Forma degli atti e diritto internazionale privato*. 1970.
3. - TARUFFO MICHELE - *Studi sulla rilevanza della prova*. 1970.
4. - PAMPANIN MARIO - *La disciplina pubblica dell'attività assicurativa*. 1969.
5. - FERRI CORRADO - *Profili dell'accertamento costitutivo*. 1970.
6. - COMOGGIO LUIGI PAOLO - *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. 1970.
7. - MUSSELLI LUCIANO - *Il concetto di giudicato nelle fonti storiche del diritto canonico*. 1972.
8. - IUDICA GIOVANNI - *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*. 1973.
9. - PISANI MARIO - *Libertà personale e processo*. 1974.
10. - GUARNERI ATTILIO - *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*. 1974.
11. - DE NOVA GIORGIO - *Il tipo contrattuale*. 1974.
12. - BALLARINO TITO - *Costituzione e diritto internazionale privato*. 1974.
13. - FERRI CORRADO - *Struttura del processo e modificazione della domanda*. 1975.
14. - TARUFFO MICHELE - *La motivazione della sentenza civile*. 1975.
15. - MUSSELLI LUCIANO - *Chiesa cattolica e comunità politica*. 1975.
16. - MOSCONI FRANCO - *La Banca europea per gli investimenti (aspetti giuridici)*. 1976.
17. - LE AZIONI A TUTELA DI INTERESSI COLLETTIVI. *Atti del Convegno di Studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*. 1976.
18. - LEGGE GENERALE SULL'AMMINISTRAZIONE LOCALE. 1977.
19. - DE NOVA RODOLFO - *Scritti di diritto internazionale privato*. 1977.
20. - CORSO PIERMARIA - *Notizie anonime e processo penale*. 1977.
21. - SACCHETTO CLAUDIO - *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*. 1978.
22. - MUSSELLI LUCIANO - *Considerazioni sugli istituti delle confessioni acattoliche*. 1979.
23. - CENDON PAOLO - *Comunione fra coniugi e alienazioni mobiliari*. 1979.
24. - OSCULATI FRANCO - *La tassazione ambientale*. 1979.
25. - TARUFFO MICHELE - *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*. 1979.
26. - GUARNERI ATTILIO - *Diritti reati e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*. 1979.
27. - FERRARI GIUSEPPE FRANCO - *Stato ed enti locali nella politica scolastica: l'istituzione delle scuole da Casati alla vigilia della riforma Gentile*. 1979.
28. - FERRI CORRADO - *Profili dell'appello limitato*. 1979.
29. - LURASCHI GIORGIO - *Foedus ius Latii civitas*. 1979.
30. - COMOGGIO LUIGI PAOLO - *Il principio di economia processuale*. I. 1980.
31. - IUDICA GIOVANNI - *Autonomia dell'imprenditore privato e interessi pubblici*. 1980.
32. - LANDI LANDO - *L'INGHILTERRA E IL PENSIERO POLITICO DI MONTESQUIEU*. 1981.
33. - COMOGGIO LUIGI PAOLO - *Il principio di economia processuale*. II. 1982.
34. - RIGANO FRANCESCO - *Costituzione e potere giudiziario*. 1982.
35. - CAFARI PANICO RUGGIERO - *La cooperazione europea in campo spaziale*. 1983.
36. - VISMARA MISSIROLI M. - MUSSELLI L. - *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*. 1983.
37. - TRAVI ALDO - *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*. 1983.
38. - DENTI VITTORIO - *Dall'azione al giudicato*. 1983.
39. - FERRARI GIUSEPPE FRANCO - *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*. 1984.
40. - TRIMARCHI BANFI FRANCESCA - *Il controllo di legittimità*. 1984.
41. - RAMPULLA FRANCESCO CIRO - *Le associazioni di comuni tra autonomia locale e autarchia regionale*. 1984.
42. - TRAVI ALDO - *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*. 1985.
43. - PALIERO CARLO ENRICO - *«Minima non curat praetor»*. 1985.
44. - DONDI ANGELO - *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*. 1985.

45. - DE VALLES ARNALDO - *La validità degli atti amministrativi*. 1986.
46. - ZORZOLI MARIA CARLA - *Università, dottori, giureconsulti. L'organizzazione della "facoltà legale" di Pavia nell'età spagnola*. 1986.
47. - SARGENTI MANLIO - *Studi sul diritto del tardo impero*. 1986.
48. - LA CERTEZZA DEL DIRITTO NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA. 1987.
49. - LARIZZA SILVIA - *Le pene accessorie*. 1986.
50. - RAPISARDA CRISTINA - *Profili della tutela civile inibitoria*. 1987.
51. - FALCHI FRANCESCO - *I chierici nel processo di formazione del codice pio-benedettino*. 1987.
52. - ASTORRI ROMEO - *Gli statuti delle conferenze episcopali. I: Europa*. 1987.
53. - LA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI. *A cura di FRANCO MOSCONI e DINO RINOLDI*. 1988.
54. - AZZONI GIAMPAOLO - *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*. 1988.
55. - PATRIARCA SERGIO - *Trasformazione regressiva e principio di maggioranza*. 1988.
56. - ASTOLFI ANDREA - *Il controllo societario*. (Edizione fuori commercio).
57. - IBÁN IVÁN C. - *Gli statuti delle conferenze episcopali. II: America*. 1989.
58. - MAZZARESE TECLA - *Logica deontica e linguaggio giuridico*. 1989.
59. - CAMPIGLIOCRISTINA - *Il rapporto di filiazione nel diritto internazionale privato italiano*. 1990.
60. - MAURO TOMMASO - *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico*. Vol. I. 1991.
61. - MAURO TOMMASO - *Scritti di diritto ecclesiastico e canonico*. Vol. II. 1991.
62. - PIAZZA MARIA PIA - *La disciplina del falso nel diritto romano*. 1991.
63. - ASTORRI ROMEO - *Le leggi della Chiesa tra codificazione latina e diritti particolari*. 1992.
64. - DONDI ANGELO - *Introduzione della causa e strategie di difesa*. Vol. I. 1991.
65. - LAZZARINI SERGIO - *Sepulcra familiaria. Un'indagine epigrafico-giuridica*. 1991.
66. - VIGONI DANIELA - *Giudizio senza imputato e cooperazione internazionale*. 1992.
67. - CAFARI PANICO RUGGIERO - *Lo stato civile ed il diritto internazionale privato*. 1992.
68. - CIPOLLINA SILVIA - *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fi scale*. 1992.
69. - PATRIARCA SERGIO - *Le azioni di godimento*. 1992.
70. - BENAZZO PAOLO - *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità. Il ruolo dell'assemblea*. 1992.
71. - SALVATORE VINCENZO - *Concorrenza televisiva e diritto comunitario*. 1993.
72. - LIBRANDO VITO, MOSCONI FRANCO, RINOLDI DINO - *Tempi biblici per la ratifica dei trattati*. 1993.
73. - COPPETTA MARIA GRAZIA - *La riparazione per ingiusta detenzione*. 1993.
74. - STUDI IN ONORE DI VITTORIO DENTI. In tre volumi. 1994.
75. - GITTI GREGORIO - *Contratti regolamentari e normativi*. 1994.
76. - RIGANO FRANCESCO - *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*. 1995.
77. - CAMPIGLIO CRISTINA - *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*. 1995.
78. - MANNOZZI GRAZIA - *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*. 1996.
79. - MARELLI FABIO - *La trattazione della causa nel regime delle preclusioni*. 1996.
80. - GIUSSANI ANDREA - *Studi sulle "class actions"*. 1996.
81. - SALVATORE VINCENZO - *Il trust*. Profili di diritto internazionale e comparato. 1996.
82. - ERNESTO BIANCHI - *Fictio iuris*. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea. 1997.
83. - GIAMPAOLO M. AZZONI - *Filosofia dell'atto giuridico in Immanuel Kant*. 1998.
84. - ALBA NEGRI - *L'espressione unilaterale dell'impegno, ossia "Le consentement de la partie qui s'oblige"*. Vol. I. 1998.
85. - ALBA NEGRI - *L'espressione unilaterale dell'impegno, ossia "Le consentement de la partie qui s'oblige"*. Vol. II. 1998.
86. - FILIPPO GALLO - *Opuscula Selecta*. 1999.
87. - UMBERTO POTOTSCHNIG - *Scritti scelti*. 1999.

88. - LAURA MONTANARI - *Il governo della magistratura in Francia*. 1998.
89. - ANDREA ROSSETTI - *Deontica in Jean-Louis Gardies*. 1999.
90. - MARIA VISMARA MISSIROLI - *Diritto canonico e scienze giuridiche*. L'insegnamento del diritto della Chiesa nelle università italiane dall'unità al Vaticano II. 1998.
91. - MARZIA LUCCHESI - *Si quis occidit occidetur*. 1999.
92. - GIUSEPPE LORINI - *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*. 2000.
93. - PAOLO BENAZZO - *Autonomia statutaria e quozienti assembleari nelle società di capitali*. 1999.
94. - MAURO MAZZA - *La giustizia costituzionale in Europa orientale*. 1999.
95. - CHIARA MINELLI ZAGRA - *Le fonti dello «ius singulare» nell'ordinamento canonico*. L'esperienza delle codificazioni. 2000.
96. - FABIO MARELLI - *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*. 2000.
97. - PAOLO RENON - *L'incidente probatorio nel procedimento penale*. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali. 2000.
98. - BRUNO TONOLETTI - *L'accertamento amministrativo*. 2001.
99. - EMANUELE BOSCOLO - *I diritti soggettivi a regime amministrativo*. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione. 2001.
100. - GIUSEPPE FINOCCHIARO - *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*. 2001.
101. - CARLO RIMINI - *Acquisto immediato e differito nella comunione legale fra coniugi*. 2001.
102. - GIULIA ROSSOLILLO - *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*. 2002.
103. - FERDINANDO BONA - *Lectio sua*. Studi editi ed inediti di diritto romano. In due tomi. 2003.
104. - ALESSANDRO D'ADDA - *Il risarcimento in forma specifica*. Oggetto e funzioni. 2002.
105. - SILVIA ILLARI - *La tutela ambientale ripartita*. Federalismo ed ecosistema negli Stati Uniti. 2002.
106. - GIOVANNI STELLA - *Il pegno a garanzia di crediti futuri*. 2003.
107. - LUIGI PELLECCHI - *La praescriptio*. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi. 2003.
108. - CRISTINA CAMPIGLIO - *Procreazione assistita e famiglia nel diritto internazionale*. 2003.
109. - ANDREA BOLLANI - *Contratto collettivo e interpretazione*. 2004.
110. - MAURO MAZZA - *La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di Common Law*. 2004.
111. - TOMMASO MARIA UBERTAZZI - *Il diritto alla privacy. Natura e funzione giuridiche*. 2004.
112. - *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*. A cura di P. CARONIED E. DEZZA. 2006.
113. - ANDREA GRATTERI - *Il valore del voto*. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale. 2005.
114. - SILVIA LARIZZA - *Il diritto penale dei minori*. Evoluzione e rischi di involuzione. 2005.
115. - *Scienza e causalità*. A cura di C. DE MAGLIE S. SEMINARA. 2006.
116. - MARIELLA MAGNANI - *Il diritto del lavoro e le sue categorie*. Valori e tecniche nel diritto del lavoro. 2006.
117. - STEFANO COLLOCA - *Autoriferimento e antinomia nell'ordinamento giuridico*. 2006.
118. - SIMONE RODOLFO MASERA - *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*. 2006.
119. - PASQUALE CERBO - *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*. 2007.
120. - DIEGO VOLPINO - *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*. 2007.
121. - GIULIA AVANZINI - *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*. 2007.
122. - LUCIANO MUSSELLI - EMANUELA GRILLO - *Matrimonio, trasgressione e responsabilità nei penitenziali*. 2007.
123. - UMBERTO STEFINI - *La cessione del credito con causa di garanzia*. 2007.
124. - LUCA PASSANANTE - *Modelli di tutela dei diritti*. L'esperienza inglese e italiana. 2007.
125. - *Terrorismo internazionale e diritto penale*. A cura di C. DE MAGLIE S. SEMINARA. 2007.
126. - TOMMASO MARIA UBERTAZZI - *Il procedimento di acquisizione di imprese*. 2008.
127. - FRANCESCA CUOMOULLOA - *La conciliazione*. Modelli di composizione dei conflitti. 2008.
128. - ALESSANDRO D'ADDA - *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*. 2008.
129. - CINZIA GAMBA - *Diritto societario e ruolo del giudice*. 2008.
130. - BRUNO TONOLETTI - *Beni pubblici e concessioni*. 2008.

131. - VINCENZO SCIARABBA - *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali.* 2008.
132. - CINZIA GAMBA - *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile.* 2008.
133. - FRANCO MOSCONI - *Scritti di diritto internazionale privato e penale.* In due tomi. 2009.
134. - EMANUELA FUGAZZA - *Diritto, istituzioni e giustizia in un comune dell'Italia padana.* 2009.
135. - GIULIA ROSSOLILLO - *Identità personale e diritto internazionale privato.* 2009.
136. - GIUDITTA MATUCCI - *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie.* 2009.
137. - SIMONA BRICCOLA - *Libertà religiosa e "Res Publica".* 2009.
138. - NICOLA RIZZO - *Il problema dei debiti di valore.* 2010.
139. - UMBERTO STEFINI - *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c..* 2010.
140. - GIOVANNI PETROBONI - *Le competenze gestorie dei soci nella società a responsabilità limitata. Regime legale e modelli statutari.* 2011.
141. - GIORGIO FABIO COLOMBO - *Oltre il paradigma della società senza liti. La risoluzione extra-giudiziale delle controversie in Giappone.* 2011.
142. - VITTORIO GREVI - *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario.* Vol. I (in 2 tomi). 2011.
143. - VITTORIO GREVI - *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario.* Vol. II (in 2 tomi). 2011.
144. - DANIELA FRENDIA - *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana.* 2012.
145. - DIEGO VOLPINO - *L'ispezione nel processo civile.* 2012.
146. - VITTORIO GREVI - *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario.* Vol. III. 2012.
147. - ILARIA CAPELLI - *Le società con un solo socio.* 2012.
148. - LIVIA GIULIANI - *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate.* 2012.
149. - MARCO FERRARESI - *Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro.* 2012.
150. - FEDERICO BATTAGLIA - *Furtum est contrectatio.* La definizione romana del furto e la sua elaborazione moderna. 2012.
151. - VINCENZO SCIARABBA - *Il giudicato e la Cedu.* Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato. 2012.
152. - ANDREA BOLLANI - *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga.* 2013.
153. - DANIELA M. FRENDIA - *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana.* Soluzioni empiriche e coerenza del sistema. Seconda edizione. 2013.
154. - GIUDITTA MATUCCI - *Lo statuto costituzionale del minore d'età.* 2015.
155. - LORENZO BERTINO - *Le clausole sulla non scarsa importanza dell'inadempimento.* 2016.
156. - ANDREA BELVEDERE - *Scritti giuridici.* In due tomi. 2016.
157. - FEDERICA FALCONI - *La legge applicabile ai contratti di assicurazione nel regolamento Roma I.* 2015.
158. - FABIO FASANI - *TERRORISMO ISLAMICO E DIRITTO PENALE.* 2016.
159. - LUCIANO MUSSELLI - *Società civile e società religiosa tra diritto e storia.* 2016
160. - GIUSEPPE EDUARDO POLIZZI - *Il magistrato al parlamento.* 2017

