



**UNA NUOVA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULL'ESERCIZIO DELLE LIBERTÀ
POLITICHE DA PARTE DEI MAGISTRATI**

di

Salvatore Prisco

*(Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico,
facoltà di Giurisprudenza, Università di Napoli Federico II)*

26 agosto 2009

1. La breve sentenza che si commenta “a prima lettura” ha un rilievo inversamente proporzionale all'estensione scarna della sua parte motiva, che ribadisce peraltro principî da tempo enunciati dalla stessa Corte Costituzionale, a partire dal *leading case* costituito - in materia - dal proprio precedente in termini, recante il n. 100/1981 e in essa esplicitamente richiamato, attraverso la citazione testuale di espressioni che ne sono tratte.

È tuttavia evidente l'interesse alla riaffermazione attuale di una risalente linea interpretativa circa il corretto bilanciamento tra diritti fondamentali dei singoli magistrati a manifestare pubblicamente la loro soggettività politico-culturale e limiti che agli stessi derivano dall'appartenenza ad un corpo di impiegati pubblici caratterizzato (quanto all'essenza medesima della funzione svolta) dalla *sostanza* e dall'*apparenza* dell'imparzialità, che si palesa dunque anche nella necessaria compostezza dei loro comportamenti extrafunzionali.

L'urgenza del riesame critico del problema viene per di più rafforzata, al di là del periodico manifestarsi di episodi di cronaca che spingono ad interrogarsi su quel nesso e che hanno più volte sollecitato la riflessione dottrinale, in passato e ancora di recente (De Nardi), a maggior ragione in presenza di una presa di posizione dell'organo di autogoverno dell'ordine giudiziario di poche settimane fa e che dell'imparzialità del magistrato ha offerto una particolare lettura.

Rispetto alla lontana pronunzia che si richiamava sono d'altronde largamente mutati nel frattempo il tessuto normativo dell'ordinamento giudiziario e il contesto sociale e culturale in cui opera l'azione della magistratura.

Lo sfondo presente è quello delle intense polemiche che investono il sistema politico, che ha - com'è noto - struttura e funzionalità molto diverse dai modi in cui esso si manifestava all'epoca della prima decisione, essendo caratterizzato oggi dalla tendenza ad assumere con decisione un formato bipolare, benché tuttora immaturo e quindi fortemente conflittuale nei rapporti tra i suoi protagonisti (siano essi schierati in campi ideali contrapposti, ovvero all'interno di ciascuno), come anche dalla diffusa e non commendevole abitudine ad attrarre nella polemica contingente la valutazione dell'operato dei titolari di organi di garanzia, ai diversi livelli: dai magistrati ordinari e amministrativi ai componenti delle autorità indipendenti, dal Capo dello Stato ai giudici della Corte Costituzionale.

2. La struttura e la *ratio* delle questioni poste dalla sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura alla Consulta e le scansioni dei rispettivi percorsi argomentativi sono (nei casi qui considerati) molto simili.

In entrambi si interroga il giudice costituzionale a partire dal dubbio che le norme di rango legislativo dalle quali si evincono limitazioni alla libertà di espressione e a quella associativa dei magistrati (in particolare, nella prima fattispecie, quanto alla libertà di manifestazione del pensiero e, nella seconda, con riferimento all'iscrizione ai partiti politici, o comunque allo stretto collateralismo con la loro attività, ma anche alla prossimità con consorterie affaristiche), in modo da fondare il potere di irrogare sanzioni disciplinari a quanti fra loro si assume le abbiano volate, sarebbero in realtà costituzionalmente illegittime, perché inciderebbero in modo troppo intenso su diritti in astratto spettanti anche ai membri dell'ordine giudiziario, essi pure cittadini (se non lo fossero, nemmeno avrebbero del resto titolo *ad officium*).

A dire il vero, nel gruppo di ordinanze dalla decisione sulle quali scaturì la prima sentenza, il *focus* problematico sul quale la Corte era in primo luogo chiamata a pronunciarsi era piuttosto la domanda se, in rito, sanzioni disciplinari potessero irrogarsi per comportamenti lesivi del prestigio e della credibilità del magistrato indicati dalla norma d'incolpazione genericamente e pertanto in assunta violazione dell'art. 25, c. 2, della Costituzione, ritenuto dalla difesa delle parti private e quindi dalla stessa sezione disciplinare remittente applicabile anche al di fuori di ipotesi di illecito penale.

Sia pure tra parentesi, rispetto al filo del discorso principale che in questa nota s'intende condurre, deve osservarsi che tale problema sembra essere stato oggi superato dall'intervenuta tipizzazione degli illeciti disciplinari. Nel passaggio dalla "legge Castelli" alla "legge Mastella" è anzi addirittura caduta la «clausola di chiusura» presente al riguardo nella prima (si veda l'abrogazione dell'art. 3, c. 1, lettera l, del d. L.vo 109/2006 disposta dall'art. 3, c. 1, n. 4 della l. 269/2006) e destinata in ogni caso ad essere riempita col riferimento al sempre più rilevante codice deontologico, il richiamo al quale non sarebbe comunque riuscito a chiudere *in toto* il discorso.

È il caso di ricordare ancora che in quella lontana decisione tale tecnica fu ritenuta conforme al principio di legalità dell'addebito e della sanzione, come poi confermò nel 1991 anche la Commissione Paladin (Cesqui, Ferri, Dal Canto). Il riferimento all'assunta violazione dell'art. 21, c. 1, Cost. costituiva invece la sostanza di merito della sentenza allora richiesta alla Consulta.

Nessuna delle ordinanze di rimessione, nei due casi in esame, sottace comunque la consapevolezza che sui cittadini magistrati gravano particolari doveri di condotta imparziale, che ne identificano l'essenza stessa della funzione, sicché dal bilanciamento tra titolarità di diritti fondamentali e possesso di un particolare *status* professionale può dunque derivare una compressione dei primi.

Si sostiene però (con particolare incisività nell'ordinanza che è a fondamento della sentenza più recente) che l'eventuale restrizione al loro esercizio non possa giungere al punto di negarlo del tutto, traendo in particolare motivo per tale rilievo dalla formulazione testuale dell'art. 98, c. 3, della Carta Costituzionale, che si riferisce com'è noto a possibili «limitazioni con legge (*non dunque ad un'esclusione tout court*, n.d.r.) al diritto d'isciversi ai partiti politici» e ciò non soltanto per «i magistrati», ma anche per altri soggetti, sui quali grava un egualmente intenso dovere di imparzialità, come « i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero».

Il punto di equilibrio starebbe, insomma, nell'identificare la misura della limitazione, sulla cui ampiezza si pone appunto alla Corte l'interrogativo. Nelle conclusioni si vedrà analiticamente la sua risposta.

3. È necessaria dunque una riflessione sull'imparzialità del magistrato, che è implicita nella caratterizzazione essenziale della figura, anche se poi resa esplicita dalla stessa Carta Costituzionale, nella nuova formulazione dell'art. 111 - che peraltro riguarda qui testualmente il (solo) «giudice terzo», categoria a rigore più ristretta della prima, come meno ampia è

anche quella di «giudice...soggetto solo alla legge», di cui all'art. 101, c. 2 - posto che il magistrato con funzioni di pubblico ministero gode anch'egli di garanzie di indipendenza, che vanno però definite con legge alla cui individuazione sono riservate, *ex art. 107, c. 4*.

Com'è stato insomma osservato, non mancano nella Carta fondamentale indicazioni ambigue sullo statuto della magistratura (Salazar, Volpi), tali da legittimarne tanto una lettura «secondo il tradizionale modello...burocratico e 'giacobino'» di stampo francese, quanto un assetto strutturale e funzionale evolutivo, «che può essere definito... 'costituzionale'».

La caratteristica del primo, oggetto delle riflessioni maggiormente risalenti in materia, sarebbe stata ripresa quanto all'ispirazione - secondo la dottrina da ultimo richiamata - «nella sua essenza, anche se non in ogni suo singolo aspetto» dalla l. 105/2005, cioè dalla riforma Castelli dell'ordinamento giudiziario.

La lettura più nuova - e sulla quale non occorre qui particolarmente soffermarsi, dal momento che essa risulta essere nei tempi recenti quasi la ricostruzione forse prevalente nella riflessione dottrinale in argomento - attenua al contrario soprattutto la subordinazione gerarchica dei sostituti al Procuratore della Repubblica, connota molto più della prima la magistratura come «potere diffuso», valorizza al massimo il ruolo del medesimo Consiglio Superiore della Magistratura come istituto attraverso il quale si realizza (più che l'autogoverno) il «governo autonomo della magistratura», espressione che viene in questa prospettiva ritenuta più precisa dell'altra, che indurrebbe invece a sottolineare una struttura e una direzione solo corporative dell'ordine, svilendo il ruolo dei componenti «laici» del Consiglio stesso (per questa parte si vedano ancora Volpi e - sull'espansione del ruolo atipico del CSM - Franzoni).

Se però il modello del magistrato-funziario è ormai improponibile, giacché non si accorda con la Costituzione del pluralismo e con la presa d'atto della definitiva crisi del positivismo legalistico-formale l'idea che egli sia «la bouche de la loi», perché a tacer d'altro la stessa legge è semmai suo tramite continuamente reinterpretata e adattata alla realtà in divenire, fino al punto da potere addirittura essere appunto «condotta in ceppi» al giudizio della Corte Costituzionale (il che dunque sottolinea ulteriormente le ampie possibilità operative a disposizione del giudice remittente), nemmeno è possibile osservare senza sussulti di preoccupazione l'opposta tendenza.

Il catalogo (nient'affatto lievemente mozartiano, ma purtroppo drammaticamente segnato da progressivi slittamenti patologici del sistema) è questo: l'espansione della domanda di giustizia a campi sempre nuovi; il ritardo del legislatore, caratterizzato da aspre differenze di interessi e di visioni politiche tra le frazioni nelle quali in concreto si articolano

le Assemblee rappresentative, nel provvedere ad una loro disciplina; il compito di supplenza che di conseguenza si scarica sulla decisione giudiziaria

Questo esito deriva o da un'impropria "delega" delle Camere parlamentari, o dalla semplice paralisi decisionale dell'organo legislativo. Qui non vi sarebbe che l'imbarazzo dell'elencazione, dai casi del terrorismo e del perseguimento della criminalità organizzata, con la conseguente necessità della gestione di quelli che la prassi giornalistica e forense definisce "pentiti", al contrasto della corruzione affaristico-partitica, dai clamorosi episodi che si sono manifestati di recente nei casi Welby ed Englaro, fino al protagonismo mediatico di taluni magistrati, al "correntismo" giudiziario (ormai trasformato da strumento legittimo in cui si palesa l'articolazione sociologica e perciò ideale di un corpo professionale a mezzo per favorire promozioni e avanzamenti) e all'assunzione, da parte del Consiglio Superiore della Magistratura, di compiti di "tutela" e di indirizzo della politica giudiziaria largamente eccedenti rispetto al ruolo originariamente disegnato per esso dalla Carta fondamentale (Prisco, 1).

Importa in proposito rilevare che entrambe le tendenze sopra sintetizzate tradiscono l'imparzialità: un magistrato legato al potere della maggioranza di governo non è certo né libero, né indipendente, ma nemmeno lo è un magistrato che non operi «in nome del popolo», ma quasi come «in presa diretta» con esso, impegnato a tradurre cioè senza mediazione gli impulsi, anche meno nobili, nella propria attività quotidiana e cercando insomma non una legittimazione tecnica, ma una in senso lato "politica", al suo ruolo .

Si replica in genere - sull'assunto innegabile che anche un magistrato è una persona, come tutti portatore di proprie passioni ed opzioni culturali - come la soluzione migliore sia allora che esse non vengano nascoste e dissimulate, ma apertamente esibite.

Si chiama perciò al confronto la - tuttavia ben diversa - tradizione statunitense, che fa appunto largo spazio a magistrati elettivi, ai quali impone pertanto trasparenza, perché il popolo e il Senato (chiamato a valutarne la nomina presidenziale, per quelli della Corte Suprema) possano responsabilmente apprezzarne gli orientamenti in via preventiva, rispetto all'esercizio della funzione (Vigoriti).

Un interessante scritto recente di un'autorevole dottrina, premesso in particolare (con un'osservazione il cui richiamo torna qui utile) che non è «sufficiente ribadire che i giudici devono essere non responsabili politicamente», giacché «bisogna prendere atto che troppo spesso sia i loro critici, sia essi stessi si comportano come se lo fossero», propone *de jure condendo* due misure: stabilire con legge che i mezzi di comunicazione di massa non riferiscano i provvedimenti giudiziari a magistrati nominativamente identificabili e non ne

riproducano le fattezze, sotto pena di «adeguate sanzioni» e disporre altresì «la ineleggibilità dei magistrati a qualunque carica rappresentativa almeno per cinque anni dopo la cessazione del servizio». (G.U. Rescigno).

Tali vedute appaiono a chi scrive condivisibili e sono da leggere ovviamente in combinato disposto, perché se ne determinino gli effetti prefigurati: la prima svincolerebbe il magistrato dal perverso *circo mediatico-giudiziario* (secondo la fortunata espressione di S. Soulez Larivière), senza peraltro incidere sul diritto di cronaca e dunque su quello dei consociati all'informazione, nonché sul ruolo - essenziale in democrazia - di controllo dell'opinione pubblica, anche in ordine all'efficace amministrazione della giustizia; la seconda impedirebbe episodi di autopromozione personale di un magistrato che, sull'eco di clamorose inchieste, intendesse "investire" la popolarità raggiunta in una "carriera" politica, alternativa alla propria funzione.

Si può a questo punto aggiungere una terza proposta, che completa logicamente quelle ricordate: la strada della politica rappresentativa dev'essere dal magistrato percorsa a senso unico, senza cioè la possibilità di compiere un'inversione di marcia una volta che fosse stata intrapresa e perciò senza avere, alla scadenza del mandato politico, la facoltà di ritornare nell'ordine, una volta che se ne fosse per tale ragione usciti.

Il denominatore comune sottostante alle idee appena illustrate si collega all'accoglimento di una posizione che è presente nel testo attuale dell'ordinamento giudiziario, laddove si ritiene illecito ogni comportamento che metta in causa l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza.

Le critiche spiegate nei confronti di questo profilo (Cerqui, Dal Canto, Ferri) non sembrano fondate, se esso è davvero ben compreso.

«L'art. 18 del r.d. n.511 del 1946» esprimeva - è stato osservato nel contesto di una riflessione sugli illeciti extrafunzionali degli appartenenti all'ordine giudiziario - «principi incompatibili con quelli che dovrebbero ispirare l'organizzazione dei pubblici poteri in uno Stato democratico», non fornendo «indicazioni circa lo "stile di vita" al quale il magistrato avrebbe dovuto attenersi», ma considerando «un comportamento rilevante o irrilevante sotto il profilo disciplinare, a seconda che da esso potessero o no scaturire effetti di grave disapprovazione sociale», e conseguendone allora che «la giurisprudenza, coerentemente, attribuiva valore determinante, ai fini della valutazione della liceità della condotta, alla notorietà del fatto. Il giudice disciplinare non avrebbe quindi dovuto occuparsi di ciò che il magistrato effettivamente è, ma di come appare» (così, ancora, Ferri).

La tutela dell'apparenza dell'imparzialità non può naturalmente significare questo, cioè la fiera dell'ipocrisia, l'ammiccamento al «si fa, ma non si dice» (purché soprattutto non si veda), insomma la legittimazione del *nisi caste, tamen caute*.

Sostanza e apparenza dell'imparzialità non possono essere insomma disgiunte tra loro, come l'ombra non è separabile dal corpo che la proietta e il giorno riceve senso e funzione dal suo naturale alternarsi con la notte e viceversa; la seconda è la forma necessaria della prima e (se fosse altro, cioè mera apparenza alla quale non corrisponde una realtà fenomenica di equidistanza tra gli interessi in conflitto, rispetto ai quali cercare di fare giustizia attraverso l'applicazione del diritto) la tradirebbe, rovesciandosi nel suo contrario.

Non si tratta, com'è invece stato detto a torto, di impedire al magistrato la partecipazione al dibattito delle idee (sempre possibile in sede di studio e di pubblicazione in sede scientifica - in riviste e convegni - dei suoi risultati, che è anzi attività da incentivare, nell'ottica di un costante affinamento della sua professionalità), ma di non apprezzarne e di scoraggiarne un eventuale atteggiamento militante.

Non si tratta in altri termini di negargli cioè la dimensione della politicità - evidentemente propria di ogni essere umano e che il magistrato fa addirittura bene a coltivare in se stesso e ad esternare, come persona chiamata ad applicare diritto al caso concreto, nei termini immediatamente indicati di seguito - ma di intenderla correttamente: quella che va premiata negli appartenenti all'ordine giudiziario è la coltivazione del senso delle istituzioni come "casa comune", di cui essi sono custodi e la sua eventuale manifestazione esterna; non certo l'adesione pubblica a posizioni ideali controverse, quand'anche fossero comunemente e in misura largamente diffusa ritenute apprezzabili come alte e nobili.

Alcune interessanti voci in tal senso sono venute (e sono perciò tanto più preziose) dall'interno dello stesso mondo giudiziario. Alle riflessioni che di seguito si sintetizzano potrebbero com'è ovvio aggiungersene altre, del medesimo segno o di altro opposto. Si riportano però quelle qui offerte in lettura per segnalare la loro sintonia con l'ordine di idee che si sta qui sviluppando.

«Non è in discussione il "diritto" del magistrato ad esprimersi come meglio creda, pur nel rispetto delle altrui prerogative: il piano maggiormente adeguato a discorsi del genere è quello più "fine" dell'opportunità, meno perentorio e netto di quello della legittimità. Il magistrato ha certamente il "diritto" di esprimere le proprie opinioni su qualsiasi argomento, anche strettamente politico: ma, avuto riguardo alla delicatissima funzione di garanzia che svolge (...), è sempre "opportuno" che lo faccia? Giova, o piuttosto nuoce, alla sua indipendenza "apparente"?». Ed ancora: «Una sola cosa, però, dev'essere certa: nel momento

in cui ciascun magistrato decide di avvalersi della libertà di espressione garantita ad un qualunque cittadino, come tale deve comportarsi. È troppo comodo pretendere di chiamare a raccolta una corrente o l'intera Associazione Magistrati a tutela del proprio "diritto": i diritti si esercitano *uti singuli* e come tali vanno tutelati».

Chi si sta ora citando (Cusatti) si dichiara perciò favorevole, quanto al magistrato, ad «una sorta di auto-limitazione del diritto di manifestare il proprio pensiero (...), quasi un costo intrinseco dell'indipendenza "apparente", l'unica passibile di un qualche controllo dall'esterno (essendo pacifico che su quella interna non v'è spazio per interventi di sorta)".

Questo è anche il medesimo auspicio che conclude la citata opera del De Nardi, nel senso che siano i medesimi magistrati ad operare su loro stessi, sotto questo profilo, un responsabile *self restraint*, citandosi adesivamente al riguardo Gustavo Zagrebelsky, secondo il quale siffatta condizione è «una costrizione che libera, garantendo l'estraneità alla girandola delle parole senza responsabilità e dignità che tutto svilisce e corrompe. Silenzio per indipendenza e autorevolezza".

Tornando invece allo scritto che sopra si richiamava, in esso si osserva che la deontologia non può peraltro da sola «concorrere a delineare i confini entro i quali il magistrato possa muoversi e "parlare" al riparo da azioni disciplinari più o meno strumentali: quando è in gioco una libertà fondamentale, non v'è norma disciplinare che possa competere con la Costituzione».

Ecco dunque - pur nell'auspicio dell'autocontrollo - il richiamo alla Carta fondamentale come tavola di valori in conflitto e da bilanciare fra loro, nella quale è appunto contenuta, tra l'altro, la previsione della possibilità della legge di limitare taluni diritti fondamentali degli appartenenti all'ordine giudiziario.

Lungo questa linea, un altro ed autorevole esponente di tale ordine - come il precedente impegnato nella sua politica associativa e addirittura già membro del Consiglio Superiore - conclude un più ampio discorso (qui, per ragioni di spazio, non riproducibile altro che per la sostanza del pensiero espresso), notando come: «è stato giustamente osservato che un giudice non equilibrato è un cattivo giudice, ma un giudice non libero non è neppure un giudice», ond'è che «a tal fine non ritengo inutile la promulgazione di una legge che vieti al magistrato l'iscrizione ad un partito politico».

Anche tale opinione, che appunto sconta realisticamente l'inefficacia degli strumenti di auto-controllo considerati da soli, non si fa però illusioni e finisce, in ultima analisi, per rivalutarli e per convergere con il percorso argomentativo prima richiamato: «Certo, è fin troppo ovvio che una tale norma, come peraltro tutte quelle che vietano o prescrivono

qualcosa, non avrebbe il potere di penetrare nelle coscienze e di cambiare, con un colpo di bacchetta magica, gli uomini: l'onestà, la rettitudine, l'imparzialità non si impongono con decreto legge. È evidente però il messaggio didattico-educativo di una tale norma» (Riello).

4. Si possono a questo punto valutare con maggiore completezza gli assunti della sentenza in commento, che come si anticipava si incrocia - per la parte in cui esso si occupa appunto dell'imparzialità del magistrato - col recentissimo parere, di cui alla delibera del 23 luglio 2009, reso dal Consiglio Superiore della Magistratura sul disegno di legge A.S. 1440, recante «Disposizioni in materia di procedimento penale, ordinamento giudiziario ed equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo».

In esso, il paragrafo 3 sottopone a severa critica l'intenzione del Governo di ampliare l'ipotesi di cui all'art. 36 c.p.p., lettera *h*), quanto all'astensione dei giudici, nel senso di ricomprendere tra le generiche e non puntualizzate «altre gravi ragioni di convenienza», li elencate alla fine della disposizione come sua clausola di chiusura, anche «giudizi espressi fuori dall'esercizio delle funzioni giudiziarie, nei confronti delle parti del procedimento e tali da provocare fondato motivo di pregiudizio all'imparzialità del giudice», che diventano (nell'art. 37 c.p.p, secondo il progetto) anche cause di ricusazione, per espresso rinvio alla precedente ipotesi integratrice.

La censura del Consiglio è qui radicale (sia pure manifestandosi in forma prudente e rispettosa), ritenendosi - quanto alla sostanza del parere sul punto - che «una tale dilatazione del concetto di imparzialità sembra dettata da un presupposto, non dimostrato ed erroneo, in virtù del quale *i magistrati non sarebbero in grado di distinguere la valutazione delle idee dall'esame e dal giudizio sui fatti e sulle condotte loro sottoposti in osservanza del dettato normativo*» (corsivo di chi scrive).

Nel medesimo contesto discorsivo si ricorda inoltre il *dictum* della Corte Costituzionale (nella sentenza 100/1981, che si è anche qui richiamata all'inizio); si assume la genericità e indeterminatezza della cause di astensione e ricusazione così individuate (che si ritengono implicare in tal modo, in ipotesi, una lesione del principio di legalità e di tipicità); si segnala infine - con ragionamento *ad absurdum* - che un magistrato dovrebbe allora astenersi su una questione di diritto sulla quale si fosse già in precedenza pronunciato, nelle proprie funzioni o in sede scientifica.

Il parere in esame - nella parte che ne è stata sintetizzata - fa in sostanza proprio un indirizzo giurisprudenziale della Corte di Cassazione, appunto quello contro il quale la

proposta di emendamento a sua volta reagisce, mirando a ribaltarlo con una nuova formulazione normativa.

Si tratta del principio di diritto affermato nella sentenza della Suprema Corte n. 3499/2009, relativa al noto “caso Gandus” (se ci è concesso richiamarlo per brevità in tali termini), di cui si riporta la massima e che in ogni caso vanta precedenti in termini, dalla sentenza richiamati:

«Non possono assumere di per sé sole rilevanza come manifestazioni di “inimicizia grave” espressioni di dissenso, anche radicale, nei confronti di persone che rivestono un ruolo politico di spicco, collegate con lo svolgimento di tale ruolo. La gravità dell’inimicizia è configurabile soltanto nelle ipotesi in cui dalle stesse condotte di manifestata critica e dissenso, possano desumersi - con evidenza - comportamenti che, per le loro congiunte caratteristiche di qualità, modalità, intensità, frequenza, tipologia di intervento, prossimità temporale al momento del giudizio, unidirezionalità, e, soprattutto “personalizzazione”, determinino una complessiva realtà relazionale (giudice - imputato) idonea a far desumere, secondo l’id quod plerumque accidit, e con riferimento a massime di comune esperienza, un esito significativo, in capo a chi giudica, di avversione, che, da “politica”, si trasformi in “personale” e diventi incompatibile con le logiche di neutrale professionalità, che devono invece informare la condotta delle persone cui è istituzionalmente affidato il giudizio di penale responsabilità dell’accusato . “

Le argomentazioni - tanto del parere, quanto di tale sentenza - sembrano però a chi scrive (e che, a scanso di equivoci, non è un sostenitore od un estimatore politico dell’attuale Presidente del Consiglio, al quale si riferiva la fattispecie decisa dalla Cassazione) largamente controverificabili in punto di principio e prive comunque di quella evidenza di adesione intuitiva che ai loro rispettivi autori risulta presumibilmente pacifica e razionale.

Il punto decisivo non è infatti se i magistrati siano o no in grado di distinguere *essi* tra il piano delle opinioni nutrite su persone e quello dell’esercizio delle competenze professionali *iuxta alligata et probata* e applicando la legge, ove su vicende degli stessi soggetti debbano pronunciarsi, come assume il parere.

Siano pure tali operatori intemerati e perfettamente in grado di spogliarsi quindi dei sentimenti e dei giudizi maturati sulle persone *extra iudicium*, quando passino in ipotesi dall’essere uomini o donne, cittadini o cittadine al rivestire panni curiali e a pronunciarsi su fatti ascritti alle medesime (anche se è francamente capzioso distinguere tra critica istituzionale e animosità personale, quando chi sia oggetto di giudizio ricopra una carica

pubblica), il problema non è infatti *quello che sembra a loro*, o l'atteggiamento di cui essi siano capaci, ma quello che al riguardo *appare agli altri* (giudicandi a qualunque titolo, loro difensori, pubblico degli utenti attuali o potenziali della giustizia).

Gioverà ricordare che, nella rappresentazione iconografica, la dea Dike è raffigurata come una donna bendata, che regge una spada e una bilancia.

Si tratta in realtà, secondo il progetto ministeriale, di incidere con norma di legge sul costume sociale e sulla deontologia di un corpo qualificato di operatori pubblici, quindi è ovvio valutare ogni eventuale innovazione con equilibrio e prudenza.

Dopodiché, sarà almeno lecito chiedersi: se un magistrato ha avuto un parente del quale, ricoverato in ospedale, si sia dubitato in famiglia se vi sia stato ben curato, è saggio affidargli la cognizione di vicende di responsabilità medica? Se egli ha notoriamente posizioni critiche sull'immigrazione extracomunitaria è davvero opportuno che sia incaricato di verificare la correttezza del procedimento di espulsione di uno straniero?

Gli esempi riferiti sono stati immaginati da chi scrive, che ignora quindi se siano o meno accaduti davvero e vorrebbero semplicemente dimostrare che non si può tutto prevedere *ex ante*, per cui le clausole di chiusura sono in materia imprescindibili ed è inevitabile affidarsi alla coscienza dell'interessato per sperarne l'astensione, in un caso che faccia dubitare (innanzitutto alla sua medesima onestà intellettuale) della sua serenità di giudizio.

Vorrebbero però anche - per l'ipotesi in cui tale valutazione del giudicante su se stesso non sia particolarmente vigile e deontologicamente esigente - condurre a sostenere che è ben lecito e non dovrebbe scandalizzare nessuno che il legislatore si proponga di convertire tale istanza di scrutinio severo circa l'etica della funzione in discorso in un possibile ampliamento dei motivi di ricusazione del medesimo giudicante.

Si è del resto effettivamente verificato, di recente, che un magistrato in servizio presso il tribunale di Napoli, intervenuto ad un'assemblea di operatori politici, sindacali e di altre professioni particolarmente critica verso la legge 64/2009, dopo avere assimilato il clandestino extracomunitario di oggi all'antico schiavo senza alcun diritto, ha rammentato che contro leggi ingiuste il rimedio più radicale è quello della disobbedienza civile (sia permesso sulla vicenda un rinvio a Prisco, 2).

Chi scrive è molto dubbioso (anche qui, lo si dice a scampo di equivoci) sull'efficacia della legge ora ricordata nei confronti del contrasto dell'immigrazione clandestina, che - nei giorni in cui questa nota viene scritta - è infatti ripresa, con esiti drammatici, pur essendo ormai noto il mutamento di indirizzo politico in materia da parte dell'attuale maggioranza di Governo. Per taluni profili, egli dubita inoltre della legittimità costituzionale della stessa.

Non si possono tuttavia nascondere perplessità di fronte ad un magistrato che, invece di sollevare al limite una questione di legittimità costituzionale su di essa davanti alla Consulta, esorti ad opporre pratiche di disobbedienza civile e a proposito del quale nessuno dovrebbe trovarsi nella situazione di domandarsi domani se egli sarebbe o meno, in un giudizio che implicasse l'applicazione di una legge avversata con tanta animosità, «in grado di distinguere la valutazione delle idee dall'esame e dal giudizio sui fatti e sulle condotte (*a lui*) sottoposti in osservanza del dettato normativo».

In definitiva, la scorciatoia - forse poco elegante - di irrigidire sul piano normativo il costume dei magistrati nasce probabilmente anche dalla sconsolata constatazione che fra loro c'è chi talvolta non appare *compos sui*, quanto a possesso e a manifestazione di senso delle istituzioni.

5. Qualche osservazione conclusiva va ora riservata direttamente proprio alla sentenza 224/2009 della Corte Costituzionale, dalla quale si sono prese le mosse.

La questione che era stata posta era sorretta da un ragionamento sottile. Il giudice *a quo* si è infatti chiesto, all'atto di irrogare una sanzione disciplinare ad un magistrato già parlamentare, che - essendo perdipiù fuori ruolo - aveva accettato l'incarico di presidente provinciale di un partito (di destra, circostanza che si ricorda per sottolineare il carattere "trasversale" del problema), come sia possibile ritenere costituzionalmente legittima tale misura, *ex art. 1, c. 3, n. 2, della l. 269/2006*, che ha sostituito l'*art. 3, c. 1, lettera h, del D.L.vo 109/2006*, assunto a norma dell'*art. 1, c. 1, lettera f) della l. 150/2005*.

La Carta fondamentale valorizza infatti i partiti politici, cuore della democrazia e dunque è dubbio, secondo la sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, che possa inibire del tutto la partecipazione alla loro vita interna ai magistrati, tanto più che essi non sono certo ineleggibili alle assemblee rappresentative e che tale buon esito non potrebbe in pratica che essere mediato da una candidatura proposta e fortemente appoggiata, in sede appunto partitica.

Si è aggiunto poi nell'ordinanza l'ulteriore interrogativo sulla ragionevolezza di assimilare in una analoga censura discreditante l'adesione a partiti e quella a centri affaristici, essa si penalizzata anche da circolari e decisioni del medesimo Consiglio Superiore della Magistratura (si leggano la risoluzione 22 marzo 1990 e la direttiva 14 luglio 1993, più altre deliberazioni conseguenti relative ad ausiliari di giustizia, giudici popolari, giudici di pace). .

Qui è implicito, ma chiaro, il riferimento all'affiliazione - in particolare - alla massoneria, che peraltro qualche problema può effettivamente darlo, alla luce della

giurisprudenza CEDU, ma in senso opposto alle risalenti posizioni assunte in merito dal Consiglio stesso

In un paio di circostanze, infatti, alcuni magistrati italiani (secondo quanto risulta dalle ricerche compiute nella circostanza da chi scrive) si erano in passato gravati avverso decisioni disciplinari assunte a loro carico, per essere essi appunto massoni - ma, avevano precisato, non attivi o, come si dice secondo il linguaggio proprio di tale organizzazione, “in sonno” - alla Corte europea, assumendo che dette direttive consiliari non fossero in proposito chiare e che comunque non potessero operare, al fine di penalizzarli sul piano dell’anzianità professionale, retroattivamente (casi *F. contro Italia*, sent. 2 agosto 2001 e *M. contro Italia*, sent. 17 febbraio 2004; Buonomo, Barbero).

Più recentemente, poi, la Corte Europea dei Diritti Umani ha riconosciuto la libertà di esprimersi sul punto pubblicamente ad un giudice che l’aveva usata per denunciare sulla stampa pressioni ricevute nell’esercizio delle sue funzioni (*caso K. contro Russia*, sent. 26 febbraio 2009; Mascia).

La Corte Costituzionale ha dal suo canto deciso, in sintesi, come segue:

«I magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, secondo comma, e 104, primo comma, Cost.), debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità» (...) La Costituzione quindi, se non impone, tuttavia consente che il legislatore ordinario introduca, a tutela della salvaguardia e dell’imparzialità dell’indipendenza dell’ordine giudiziario, il divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati (...).Costituisce illecito disciplinare non solo l’iscrizione, ma anche “la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici”: accanto al dato formale dell’iscrizione, pertanto, rileva, ed è parimenti precluso al magistrato, l’organico schieramento con una delle parti politiche in gioco, essendo anch’esso suscettibile, al pari dell’iscrizione, di condizionare l’esercizio indipendente ed imparziale delle funzioni e di comprometterne l’immagine (...).perché, nel disegno costituzionale, l’estraneità alla politica dei partiti e dei suoi metodi è un valore di particolare rilievo e mira a salvaguardare l’indipendente ed imparziale esercizio delle funzioni giudiziarie, dovendo il cittadino essere rassicurato sul fatto che l’attività del magistrato, sia esso giudice o pubblico ministero, non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica.(...) L’introduzione del divieto si correla ad un dovere di imparzialità e questo grava sul magistrato, coinvolgendo anche il suo operare da semplice cittadino, in ogni momento della sua vita professionale, anche quando

egli sia stato, temporaneamente, collocato fuori ruolo per lo svolgimento di un compito tecnico».

Non vi sarebbe in particolare contraddizione tra il divieto di iscrizione ai (o di militanza nei) partiti e la partecipazione alla vita delle istituzioni, « sia per la diversità delle situazioni poste a confronto, sia perché quel diritto (*vale a dire: l'accesso alle cariche elettive*, come si precisa prima, n.d.r.) non è senza limitazioni». Qui però la distinzione è formalistica e questo profilo della decisione non è appagante, perché alle istituzioni si giunge appunto per elezione o per nomina, ma sempre su base essenzialmente partitica

Infine, ha precisato la Consulta, sotto il profilo di vincoli di obbedienza ad interessi parziali - in entrambi i casi tuttavia stringenti ed idonei ad incidere comunque sull'apparenza dell'imparzialità funzionale, che accede alla sostanza imparzialistica della funzione come sua veste formale da quella indistinguibile - è legittimo che siano vietate allo stesso modo la prossimità ai partiti e la contiguità a consorterie affaristiche, ancorché le due ipotesi siano tra loro diverse.

In sostanza - ed è conclusione che non giudicheremmo in se stessa negativamente - pur ribadendo la titolarità dei diritti pubblici soggettivi da parte degli appartenenti all'ordine giudiziario (ad esempio, la libertà di manifestazione del pensiero), la Corte invita in modo chiaro a farne applicazione discreta, a tutela di un'immagine del ruolo che non solo non collide coi diritti individuali del cittadino - magistrato, ma che è parte essenziale del suo patrimonio morale e professionale: il modello è quello di un magistrato non apolitico, né impolitico, ma certo non "militante"; non separato dalle tensioni sociali, ma capace di dominarle stando un passo indietro rispetto ad esse, per poterle sempre analizzare criticamente e stare ai fatti.

Il rischio dell'*engagement* è infatti soprattutto quello di trasmettere della funzione una visione conformista (Prisco, 3), cioè di cinghia di trasmissione di interessi extragiudiziari, laddove un buon giudice deve essere capace innanzitutto di decidere senza partiti presi e pregiudizi, o meglio - se pure li nutrisse, il che è proprio di ogni imperfetto essere umano ed è inevitabile in fatto - di superarli nel rovello del continuo affinamento critico, che dev'essere perciò (ecco il punto decisivo) visibile in quanto tale a chi è sottoposto alla - e avvinto dalla - sua pronunzia, nonché al popolo da cui trae (ma non essendo con esso in contatto immediato, altro aspetto egualmente decisivo) la sua legittimazione ultima e che perciò ha il diritto di attenderselo e di vederlo come *super partes*.

Da questo punto di vista (e indipendentemente dal problema dell'esistenza giuridica o meno di un obbligo di astensione dei giudici costituzionali e dal singolare assunto per cui, non

facendo parte la Corte Costituzionale dell'ordine giudiziario, i suoi componenti sarebbero svincolati dall'obbligo di osservare quei medesimi canoni di imparzialità esteriore in ordine ai quali essi sono abilitati a censurare le leggi che riguardino gli stessi, se riferiti ai giudici ordinari e amministrativi) va del resto segnalato come gravemente inopportuno e deontologicamente censurabile il comportamento anche di giudici costituzionali che mantengano rapporti di convivialità con esponenti di una parte politica, tanto più - ma anche se ciò non fosse - in prossimità del giudizio di costituzionalità su leggi qualificanti dell'indirizzo programmatico governativo (Morelli).

Impolitico il magistrato non può essere, perché figlio e servitore in senso alto della Costituzione e del diritto, ma non gli spetta né farsi caudatario zelante del potere del momento, né *agit prop* dell'opposizione ad esso, qualunque colore assumano - nella vicenda cangiante dei tempi - queste rispettive posizioni.

Come ricorda uno di loro, che si è prima citato (Cusatti), facendo proprie parole molto belle di Thomas Mann, che anche a chi scrive sembrano particolarmente adatte a porre fine a questa riflessione: «La giustizia non è andare giovanile, né decisione energica; giustizia è malinconia».

NOTA BIBLIOGRAFICA

(Gli scritti e, nel caso, i siti *web* sono elencati in base al paragrafo in cui sono richiamati la prima volta, nell'ordine di citazione)

Paragrafo 1

S. De Nardi, *La libertà di espressione dei magistrati*, Napoli, 2008

Paragrafo 2

M. E. Cesqui, *Gli illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni*, in *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, a cura di M. Volpi, Napoli, 2008, 67 ss

G. Ferri, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni*, *ibidem*, 83 ss.

F. Dal Canto, *La responsabilità disciplinare dei magistrati nella giurisprudenza costituzionale*, *ibidem*, 141 ss.

Paragrafo 3

C. Salazar, *L'organizzazione interna delle Procure e la separazione delle carriere*, relazione al Seminario dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti «Problemi della giustizia in Italia», Roma, 8 giugno 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

M. Volpi, *Il ruolo del giudice nello Stato democratico e nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. Vignudelli, Milano, 2009, 339 ss.

S. Franzoni, *I poteri atipici del CSM: "autogoverno" o "governo a forma libera della Magistratura?"*, *ibidem*, 573 ss.

S. Prisco (1), *Politica e magistratura in Italia: i nodi da sciogliere con pazienza*, anticipato in www.federalismi.it, 16/2008, in corso di pubblicazione a stampa, con integrazioni, negli *Scritti in onore di Vincenzo Atripaldi*

V. Vigoriti, *L'elezione del giudice nell'esperienza americana. Un'ipotesi di partecipazione popolare alla giustizia*, in *Sociol. Dir.*, 1 - 2/ 1979, 153 ss.

G.U. Rescigno, *Note sulla indipendenza della magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali*, *ibidem*, 363 ss.

S. Soulez Larivière, *Il circo mediatico-giudiziario*, trad. it. di M. Giustozzi, Macerata, 1994

M. Cusatti, *Indipendenza e libertà di espressione del magistrato: una questione di "apparenza"?*, in www.unicost.it

L. Riello, *Magistrati e sistema dei partiti. Il difficile rapporto tra magistratura e politica, ora in Il treno della giustizia. Viaggio di un giudice sui binari di magistratura e politica*, Napoli, 2003, 63 ss.

Paragrafo 4

Parere reso dal Consiglio Superiore della Magistratura sul disegno di legge A.S. 1440, recante «Disposizioni in materia di procedimento penale, ordinamento giudiziario ed equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo», delibera 23 luglio 2009, in www.consigliosuperiore dellamagistratura.it, link *Parei*

Cass. Pen., VI sez., sent.3499/2009, testo integrale reperito in

www.movimentoperlagiustizia.it, sub "inimicizia grave e obbligo di astensione"

S. Prisco (2) *I dubbi di Quatrano*, in *Corriere del Mezzogiorno - Napoli e Campania*, 11 luglio 2009

Paragrafo 5

F. Buonomo, *La legittimità dell'associazionismo di tipo massonico alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Diritto e Giustizia*, 6 settembre 2001

M. Barbero, *Risarcite il giudice massone!*, in www.forumcostituzionale.it, 25 febbraio 2004

A. Mascia, *Libertà di espressione: la CEDU la riconosce ai giudici che denunciano pubblicamente di subire pressioni durante l'esercizio delle loro funzioni*, in *Osservatorio Cedu*, febbraio 2009

S. Prisco (3) *Le tentazioni del magistrato e l'antidoto della sobrietà*, in *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Atti di un seminario italo-francese (Napoli, Istituto di studi filosofici, Palazzo Serra di Cassano, 4 - 5 novembre 2005), a cura di L. Aschettino e D. Bifulco 2006, 167 - 179; nel web in

www.associazionedeicostituzionalisti.it.

A. Morelli, *La Corte imparziale e i suoi nemici. L'inapplicabilità nei giudizi costituzionali delle norme sull'astensione e la ricusazione dei giudici*, in www.forumcostituzionale.it, 17 luglio 2009

T. Mann, *Disordine e dolore precoce*, ed. originale tedesca 1925.