

Rivista N°: 1/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 26/01/2017

AUTORE: Giuseppe Eduardo Polizzi *

SE UN MAGISTRATO PUÒ PARTECIPARE AL DIBATTITO SUL REFERENDUM CONFERMATIVO DI RIFORMA COSTITUZIONALE

Sommario: 1. La vicenda e alcune considerazioni preliminari. 2. Un difficile punto di equilibrio. 3. Un indice di analisi, la normativa sugli illeciti disciplinari funzionali ed extrafunzionali. 3.1. (segue) ... dopo il 2006. 4. Prospettive. 5. Alcune modalità di intervento dei magistrati nel dibattito sulla revisione costituzionale.

1. La vicenda e alcune considerazioni preliminari.

La riflessione che segue ha a oggetto il diritto del magistrato di manifestare il proprio convincimento, anche quando la libertà di manifestazione del pensiero si traduca in una critica a un testo di riforma costituzionale¹, e dunque a una legge del parlamento; in particolare, si propongono alcune considerazioni intorno al diritto di un magistrato di schierarsi per il “sì o il no” alla revisione costituzionale, e sulle conseguenze sul lato del prestigio dell’ordine giudiziario².

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Pavia.

¹ Atto Camera 2613-D, *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione* (approvato, in seconda deliberazione, dal Senato con la maggioranza assoluta dei suoi componenti, già approvato, in prima deliberazione, dal Senato, modificato, in prima deliberazione, dalla Camera, ulteriormente modificato, in prima deliberazione, dal Senato e approvato, senza modificazioni, in prima deliberazione, dalla Camera).

² Sul “prestigio dell’ordine giudiziario” si veda Corte cost., 22 giugno 1976, n. 145, in *Giur. cost.*, 1976, 975 e, altresì, 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*. Si vedano anche: G. CONSO, *Un valore da rimeditare: il prestigio dell’ordine giudiziario*, in *Quad. cost.*, n. 3/1981, 600 e ss.; S. DE NARDI, *L’ordine giudiziario e il suo prestigio nel procedimento disciplinare*, Padova, 2002.

In via di premessa, per definire con chiarezza i confini dentro i quali si muove la presente riflessione, sarà utile precisare che le tensioni istituzionali, che scaturiscono dalle posizioni assunte da taluni magistrati, si manifestano in circostanze determinate e si sviluppano sulla direttrice dei rapporti tra potere giudiziario e potere esecutivo. Infatti, dalla casistica analizzata, anche quella recente, emerge che le critiche dei magistrati sono tendenzialmente rivolte al potere esecutivo e al governo, che di quel potere è titolare: e tale fatto pare essere conseguenza della forma di governo parlamentare che caratterizza il nostro ordinamento costituzionale. Del resto, ai sensi dell'art. 71, comma 1, Cost., il governo è l'unico soggetto costituzionale ad avere iniziativa su tutte le materie, e su alcune materie (quelle coperte da riserva di legge formale) il governo gode di iniziativa legislativa riservata³. Di regola, lo "scontro" fra politica e magistratura, se così si vuole definire, dev'essere dunque ricondotto ai rapporti fra magistratura e governo.

Si noti ancora che il dibattito sul diritto di critica (politica) del magistrato alle delibere legislative del parlamento, come è successo sul referendum costituzionale, si sviluppa quando il magistrato esprima un giudizio contrario, sfavorevole, rispetto a taluni provvedimenti normativi, o più ampiamente rispetto all'indirizzo politico del governo, e non quando la critica del magistrato vada in senso positivo. Tant'è che nel caso delle dichiarazioni dei magistrati sul referendum costituzionale non fanno discutere tanto le esternazioni che sostengono la revisione costituzionale, quanto piuttosto le dichiarazioni di quei magistrati che esprimono contrarietà.

Sempre in via di premessa va osservato che il diritto di critica del magistrato incontra limiti "ordinari" e limiti "speciali": i primi valgono non soltanto per i magistrati, ma per tutti⁴; i secondi riguardano solamente i magistrati e sono legati alla speciale posizione costituzionale di cui gode la magistratura. Si deve tener conto, inoltre, che il diritto di critica è soggetto a limiti più stringenti rispetto al diritto di critica politica. Infatti, nella disciplina della critica politica è necessario considerare il generale interesse al libero svolgimento della vita democratica; detto altrimenti, presidia la critica politica, garantendola, il principio democratico, che trova consacrazione all'art. 1, comma 2, Cost.⁵.

³ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2015, 370.

⁴ Come è noto, il diritto di critica è corollario del diritto di manifestazione del pensiero, previsto all'art. 21 Cost.: si sostanzia nell'espressione di un giudizio o di un'opinione, intrinsecamente soggettiva, e dunque in una valutazione, cfr. Cass. penale, Sez. V, 24 novembre 1993, n. 11211, in *Mass. Pen. Cass.*, 1994, fasc. 4, 90 e *Giust. Pen.*, 1994, II, 496; Cass. penale, Sez. VI, 27 novembre 1998, n. 7822, in *Cass. Pen.*, 2000, 2275; Cass. penale, Sez. V, 2 ottobre 2001, n. 45163, in *Riv. Polizia*, 2003, 18; Cass. penale, Sez. V, 5 luglio 2013, n. 38971, con nota di C. PIERGALLINI, *Diffamazione e diritto di critica*, in *Danno e Resp.*, 2013, 11, 1117.

⁵ Dunque, è consentito che le espressioni assumano toni più aspri e anche di disapprovazione, persino più pungenti e incisivi nella critica non politica. In tale quadro, vi è abuso del diritto di critica politica nel caso in cui le espressioni siano tese a screditare il destinatario, con argomenti *ad personam*, ad esempio su una presunta inadeguatezza personale o indegnità. L'utilizzo di queste espressioni, infatti, genera uno scontro fra pregiudizi e non fra posizioni, e si colloca in antitesi coll'obiettivo della critica politica, volto all'effettiva partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Quindi, riconoscere e garantire il diritto di critica politica consente di: «rimuovere quegli ostacoli di ordine economico e sociale che limitando di fatto la libertà e

2. Un difficile punto di equilibrio.

Il riconoscimento della titolarità del diritto di critica politica ai magistrati⁶ è da ritenersi pacifico, nonché imprescindibile corollario della libertà di manifestazione del pensiero, prevista all'art. 21 Cost.⁷, sebbene, come si è visto, il diritto di critica politica del magistrato subisca limiti speciali, in ragione dello speciale statuto costituzionale cui è sottoposto il magistrato (rispetto ogni altro dipendente pubblico).

In particolare, la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che il diritto di critica politica del magistrato va temperato con i beni garantiti dall'art. 104, comma 1, Cost.: «La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere»; e con l'art. 111, comma 2, Cost. per cui nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, il giudice dev'essere «terzo e imparziale». Dunque, il diritto di critica del magistrato va bilanciato con i principi costituzionali, di pari rilievo, di imparzialità indipendenza e terzietà, tenuto conto che, sul piano sistematico, l'imparzialità e la terzietà sono obblighi incombenti sul magistrato “nel processo”, dato il tenore letterale dell'art. 111, comma 2: ove terzietà e imparzialità sono riferiti all'esercizio delle funzioni giurisdizionali. È opportuno puntualizzare, però, che la collocazione sistematica dell'imparzialità e terzietà nel giusto processo, regolato dall'art. 111 Cost., non deve indurre l'interprete a sostenere che il magistrato possa, al di fuori dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, comportarsi con disinvolta parzialità. Infatti, la Corte costituzionale, nel rigettare la pretesa incostituzionalità del divieto per il magistrato d'isciversi a partiti politici, introdotto con il d. lgs. 109 del 2006, riconduceva all'alveo dei beni giuridici costituzionali meritevoli di tutela tanto l'effettiva imparzialità del magistrato, quanto l'immagine di imparzialità, che incide sul prestigio dell'ordine giudiziario⁸. In tal senso dispone il Codice etico della magistratura, adottato il 13 novembre 2010 dal Comitato direttivo centrale dell'Associazione nazionale magistrati, il quale all'art. 8, comma 1, prevede che: «Il magistrato garantisce e

l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori, all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost.

⁶ Al diritto di critica politica sono da ricondursi le dichiarazioni dei magistrati pro o contro il referendum costituzionale del 4 dicembre 2016, per quanto non siano direttamente riferibili a una particolare ideologia politica.

⁷ In tal senso si veda N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2014, 103 e ss.; S. BELTRANI, *Se la toga è in bilico fra critica e riserbo. Opinioni politiche, sì alla libera espressione, ma con riserbo*, in *D&G*, 22, 2005, 27.

⁸ Corte cost. 17 luglio 2009, n. 224, in *Giur. cost.*, 2009, 2584, con osservazioni di 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, 5121. Si veda anche: G. MOSCHELLA, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano, 2009, 106-107; F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato: saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006, 310, in particolare le note 237 e 238; N. PIGNATELLI, *Il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici: un “cavallo di Troia”*, in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, 2005, Torino, 342.

difende, all'esterno e all'interno dell'ordine giudiziario, l'indipendente esercizio delle proprie funzioni e mantiene una immagine di imparzialità e di indipendenza»⁹.

Sicché, se è vero che i magistrati debbano godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino, è altresì vero che le funzioni esercitate e la qualifica rivestita non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale¹⁰. Invero, la partecipazione del magistrato al dibattito politico non incide sulla sua indipendenza; tuttavia, siccome il magistrato è un «cittadino qualificato», ogni suo intervento deve svolgersi nei limiti di equilibrio e continenza, con esclusione di qualsiasi esternazione a commento su vicende la cui conoscenza promana dalla sua personale attività giudiziaria¹¹.

3. La normativa sugli illeciti disciplinari funzionali ed extrafunzionali e il diritto di critica politica dei magistrati.

Uno degli indici di analisi è la normativa di fonte primaria e secondaria sugli illeciti disciplinari funzionali ed extrafunzionali dei magistrati. Si anticipa che il Legislatore pare essersi distinto per un atteggiamento ondivago: talvolta diretto a utilizzare il rilievo disciplinare per limitare il diritto di critica politica dei magistrati, talaltra indirizzato a riconoscere un più ampio diritto di critica, attenuando la maglia della rigida tipizzazione degli illeciti disciplinari¹². Si deve procedere alla disamina, inoltre, tenendo conto che la materia degli illeciti disciplinari è stata ampiamente riformata, per effetto dell'entrata in vigore del d. lgs. 109 del 2006¹³.

⁹ In tema di Codice etico della magistratura si veda: G. CANZIO, *La legittimazione dei giudici e l'etica della giurisdizione*, Intervento all'inaugurazione dell'Anno giudiziario 2012, Milano 28 gennaio 2012, in *Iustitia*, 2012, fasc. 1, 1, 57-59; G. CONTI, *Il codice etico dei magistrati. Un passo in avanti o un'occasione perduta?* in *Criminalia*, 2010, 531-538.

¹⁰ Cfr. ancora Corte cost. n. 100 del 1981.

¹¹ E. PILLA, R. ARATA, *Politicità della giurisdizione, impegno "politico" e impegno "in politica" del magistrato*, in *Quest. giust.*, 2012, fasc. 6, 54.

¹² G. FERRI, *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. Si veda, inoltre, sui dubbi di legittimità costituzionale del divieto per i magistrati di iscrizione ai partiti politici ID., *I magistrati e la politica: il problema del divieto di iscrizione ai partiti nella sentenza n. 224 del 2009*, in *Studium iuris*, 2010, 136 ss. Di contro, fra coloro che sostengono la legittimità costituzionale del divieto di iscrizione, vi sono: F. BIONDI, *Considerazioni di ordine costituzionale sui limiti, per i magistrati, alla partecipazione alla vita politica (a margine di una questione di costituzionalità)*, in *Rivista AIC*, 7 aprile 2009 e F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, Relazione svolta in occasione delle VI Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale, dedicate al «Poder judicial» 27-28 settembre 2007, in *Rivista AIC*, consultata il 30 settembre 2016.

¹³ Vedi articolo 3, d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, *Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150*.

Prima del d. lgs. 109 del 2006, la responsabilità disciplinare dei magistrati era regolata dall'art. 18 del regio decreto legislativo 511 del 1946¹⁴, il quale puniva il magistrato che avesse mancato ai suoi doveri o avesse tenuto in ufficio o fuori ufficio una condotta tale da renderlo immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere o una condotta tale da compromettere il prestigio dell'ordine giudiziario¹⁵. Come si può notare il Legislatore non procedeva alla chiara distinzione fra illeciti funzionali ed extrafunzionali, per quanto con la locuzione «fuori ufficio» individuava una generica responsabilità extra funzionale del magistrato.

L'art. 18 lasciava ampio spazio all'interpretazione, tanto da far obiettare che la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura potesse assumere la funzione di "legislatore del caso concreto", diluendo così l'obiettivo del procedimento disciplinare, teso innanzi tutto alla tutela del cittadino contro l'amministrazione della giustizia¹⁶. Peraltro, era ravvisato il rischio di una sorta di impunità dei magistrati, siccome la Sezione disciplinare, almeno secondo autorevoli osservatori, si distingueva per un comportamento talvolta lassista¹⁷; in tal senso vi era chi parlava di una giustizia disciplinare "clemente" che avrebbe potuto nuocere alla considerazione che il cittadino deve avere nei confronti della magistratura¹⁸. D'altronde, la composizione del Consiglio superiore della magistratura a favore della componente togata poteva agevolare una sorta di corporativismo. Infatti, ai sensi dell'art. 104, comma 4, Cost., due terzi dei componenti sono eletti da tutti i magistrati ordinari fra gli appartenenti alle varie categorie (membri togati), e un terzo dal Parlamento in seduta comune, tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di servizio (membri laici)¹⁹.

Sotto la vigenza dell'art. 18 del d. lgs. cit., l'orientamento della Corte costituzionale era di considerare rilevante, sotto il profilo disciplinare, non certo il contenuto dell'esternazione, in ipotesi una critica politica, bensì la "forma", "il tempo" e le "modalità" di

¹⁴ Cfr. Regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, *Guarentigie della magistratura*.

¹⁵ G. FERRI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati per illeciti extrafunzionali*, in *Quest. giust.*, n. 5, 2008, 79 ss.

¹⁶ S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: gli illeciti, le sanzioni, il procedimento*, Milano, 2013, 15; A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2009, 133; R. ROMBOLI, *Ordinamento giudiziario generale*, in *Enc. dir.*, XXX; Milano, 1980, 836 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: considerazioni su alcuni aspetti generali*, Milano, 1977, 439 ss.

¹⁷ Si veda ancora G. NAPOLITANO, *Intervento del Presidente Napolitano all'Adunanza pubblica del Consiglio Superiore della Magistratura*, Roma – Palazzo Marescialli, 15 febbraio 2012.

¹⁸ G. FERRI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati per illeciti extrafunzionali*, op. ult. cit., 80, vedi in particolare nota 2.

¹⁹ Per rimediare ai profili di indeterminatezza della norma, ed evitare una chiusura corporativa della magistratura, nel corso delle ultime Legislature vi sono state diverse proposte di riforma costituzionale della composizione del Consiglio superiore della magistratura e di varie altre di riforma, per via ordinaria, delle regole per l'elezione della componente togata del Csm, si veda sul tema: F. RIGANO, *Novità per l'elezione al C.S.M.?*, in *Corr. Giur.*, 1985; ID., *Il caso italiano: le riforme in discussione, tra la tutela della giustizia e le istanze della politica*, in *Dir. pubbl. compar. europ.*, 2010 IV, 1724 ss.; e sia consentito citare G. E. POLIZZI, "Le riforme controcorrente". *Breve analisi delle recenti proposte di riforma del Consiglio superiore della magistratura*, in *Dir. pubbl. compar. europ.*, 2010 IV, 1832 ss.

espressione, dovendosi in ogni caso ritenere censurabili le dichiarazioni lesive dell'onorabilità dei singoli e delle altre Istituzioni, o la credibilità della funzione giudiziaria²⁰. Su tale linea si ponevano diverse delibere del Consiglio superiore della magistratura, volte a esemplificare quali rapporti dovessero intercorrere fra magistratura e mezzi di comunicazione, col tentativo di circoscrivere alcune condotte tipiche sussumibili all'art. 18. Per tale via, sul piano funzionale, erano considerate inopportune le dichiarazioni alla stampa sui processi nei quali il magistrato, a qualunque titolo, fosse chiamato a svolgere le proprie funzioni, salvo che non fossero imposte da esigenze di chiarezza e trasparenza, ossia per fornire le necessarie precisazioni, dissipare equivoci o impedire distorsioni; d'altra parte, era suggerita cautela nel formulare valutazioni critiche su processi diversi da quelli nei quali il magistrato era chiamato a svolgere le proprie funzioni. Sul piano extra funzionale, il Consiglio superiore consigliava prudenza nell'informazione dell'opinione pubblica su situazioni di particolare disfunzione o di difficoltà, per evitare interpretazioni inesatte e deformazioni strumentali²¹.

Poco prima della revisione della normativa disciplinare per effetto del d. lgs. 109 del 2006, si pronunciava la Corte di cassazione a Sezioni Unite, secondo cui, fuori dall'esercizio delle proprie funzioni, le esternazioni dei magistrati violano il dovere di correttezza qualora si risolvano in critiche apodittiche o in offese gratuite a personaggi politici. In altri termini, fermo restando la libertà del magistrato di manifestare il proprio pensiero, e fermo restando che i contenuti delle esternazioni del magistrato siano a loro volta discutibili, opinabili (senza con questo voler dire che siano sindacabili sotto il profilo costituzionale, siccome espressione dell'art. 21 Cost.), la valutazione della rilevanza disciplinare si sarebbe dovuta concentrare sulla forma (il linguaggio utilizzato non deve offendere terzi, o essere idoneo a ledere la credibilità della magistratura e la fiducia della pubblica opinione). Dunque, secondo la Corte di cassazione il magistrato può esprimersi anche su temi di politica legislativa, purché le sue affermazioni non siano tali da far dubitare della sua indipendenza ed imparzialità; non determinino indebite interferenze sul corretto svolgimento di funzioni costituzionalmente previste; e infine, non ledano diritti altrui. In sintesi, l'orientamento espresso era nel senso di bilanciare l'art. 21 Cost. con i limiti posti dall'ordinamento a tutela della magistratura, nel rispetto del principio di leale collaborazione fra gli organi costituzionali dello Stato: non costituisce illecito disciplinare, ma rientra nel diritto costituzionalmente garantito alla libera manifestazione del pensiero, l'espressione, da parte di un magistrato, di opinioni politiche discutibili o non condivise da una parte più o meno ampia dell'opinione pubblica. In tal senso, ove il giudice disciplinare abbia ritenuto, in base ad adeguata motivazione, che l'asprezza del linguaggio usato, tenuto conto del decadimento del costume e del linguaggio politico, non abbia tuttavia superato il limite della continenza formale, non vi è ragione di ritenere che una stessa espressio-

²⁰ Cfr. ancora Corte cost. n. 100 del 1981.

²¹ Consiglio superiore della magistratura, risoluzioni del 18 aprile 1990, 19 maggio 1993 e 1 dicembre 1994.

ne di contenuto politico possa avere una diversa attitudine offensiva a seconda che sia pronunciata da un cittadino qualunque o da un magistrato²².

3.1. (segue) ... dopo il 2006.

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 109 del 2006²³, vi era, da un canto, un sostanziale recepimento dei criteri guida per la valutazione della condotta del magistrato sanciti dalla giurisprudenza costituzionale, di legittimità e disciplinare e, al contempo, si provvedeva alla tipizzazione di quegli illeciti²⁴. Da altro canto, s'instaurava un regime diverso rispetto a quello

²² Nella fattispecie, il magistrato aveva dichiarato, nel corso di un'intervista giornalistica, che «bisogna mandar via questa brutta gente», riferendosi al Governo e alla sua maggioranza, in relazione all'avvenuta approvazione di alcune specificate leggi, definite perniciose, e alla mancata adozione di altre misure legislative ritenute necessarie per il bene del Paese, nonché al comportamento processuale del Presidente del Consiglio dei Ministri e di suoi collaboratori e parlamentari nel quadro di processi penali che li avevano visti coinvolti a vario titolo, cfr. Cass., S.U., 12 aprile 2005, n. 7443, in *Foro it.*, 2007, fasc. 9, 1, 2564.

²³ Il d. lgs. 109 del 2006 dava attuazione alla legge delega 25 luglio 2005, n. 150, *Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 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*. 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, da un lato, e di legislatore del caso concreto, dall'altro. Sulle critiche all'art. 18 dell'ordinamento giudiziario del 1941 vedi G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei giudici: alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 439 ss.

²⁴ Su *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005-2006* si vedano gli interventi pubblicati in *Foro it.*, V, 2006, 1 e seguenti 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*. Si veda altresì G. CAMPANELLI, *Il sistema disciplinare*, in *Foro it.*, 2015, fasc. 5, 229-241; B. GIANGIACOMO, *Le interferenze tra vicende disciplinari e valutazioni di professionalità dei magistrati: ragioni e utilità di una maggiore autonomia delle decisioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, fasc. 3, 1085-1100; F. RIMOLI, *Le sanzioni disciplinari ai magistrati tra ragionevolezza, proporzionalità ed eguaglianza*, nota a Corte cost. 16 luglio 2015, n. 170 in *Giur. cost.*, 2015, fasc. 4, 1331-1341; G. GRASSO, *Sul disegno di legge in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati e trasferimento d'ufficio*, in *Foro it.*, 2014, fasc. 5, 3, 334-336; Id., *nota a Corte cass., Sezioni Unite, 10 dicembre 2013, n. 27493*, in *Foro it.*, 2014, fasc. 3,

previgente: sia sul piano sostanziale (con riguardo alla tipologia degli illeciti e alle conseguenti sanzioni), sia sul piano processuale (in relazione al procedimento disciplinare)²⁵.

In particolare, ai sensi dell'art. 3 lett. a) era individuata una condotta incompatibile con la funzione del magistrato, cioè l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi per sé o per altri: dunque, era sanzionato l' "abuso" della funzione giurisdizionale; le lettere b) ed e) assicuravano in misura prevalente la credibilità personale del magistrato e il prestigio dell'istituzione giudiziaria; le lettere c) e d) attribuivano rilevanza disciplinare rispettivamente all'assunzione di incarichi extragiudiziari senza la prescritta autorizzazione del Consiglio superiore della magistratura e allo svolgimento di attività incompatibili con la funzione giudiziaria; le lettere g), h) e i), queste ultime due come modificate dalla legge 269 del 2006, inibivano le condotte che, seppur legittime se poste in essere dai cittadini, non possono essere consentite al magistrato in nome dei valori fondamentali che ispirano l'esercizio della funzione giudiziaria.

Si noti: a favore dell'incompatibilità costituzionale di un divieto per il magistrato di esprimere una critica politica, anche quando essa sia rivolta a una legge del Parlamento, e, al contempo, a favore della sottoposizione di tale diritto ai limiti "ordinari", si potrebbe forse trarre un argomento dall'abrogazione delle lettere f) ed l) dell'art. 3, per effetto della legge 269 del 2006, riguardanti rispettivamente: (lettera f) la qualificazione come illecito disciplinare della pubblica manifestazione di valutazioni in ordine a un procedimento in corso quando, per la posizione del magistrato o le modalità di espressione del giudizio, fosse idonea a condizionare la libertà di decisione nel procedimento medesimo; e (lettera l) ogni altro comportamento idoneo a compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza²⁶. In aggiunta, si ricordi ancora che con la legge 269 del 2006, dopo l'art. 3 del d.lgs. 109 del 2006, era inserito l'articolo 3 *bis*, che escludeva, in ogni caso, la configurabilità dell'illecito disciplinare quando il fatto fosse di scarsa rilevanza²⁷.

1, 825-827; A. IACOBINI, *Rassegna di giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati (2006-2013)*. *Rassegna di giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2014, fasc. 7-8, 1, 2195-2200; G. VERDE, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, fasc. 1, 83-92.

²⁵ Appare utile, in considerazione dell'oggetto dell'indagine, circoscrivere la disamina del decreto legislativo 109 del 2006 alla tipizzazione degli illeciti disciplinari e, in particolare, alle condotte extrafunzionali rilevanti sul piano disciplinare cui è dedicato l'art. 3, siccome gli articoli 2 e 4 disciplinano, rispettivamente, gli illeciti commessi dal magistrato nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e gli illeciti disciplinari conseguenti a reato.

²⁶ Legge 24 ottobre 2006, n. 269, *Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario*. Con l'abrogazione della lettera l) l'area di rilevanza disciplinare era delimitata secondo un criterio di rigida tipizzazione, andando a escludere ogni altro comportamento volto a compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'immagine del magistrato e dunque dell'apparenza, cfr. V. GREVI, *Lo spiraglio della giustizia*, in *Corriere della Sera*, 27 febbraio 2004, R. PINARDI, *Quando «l'immagine» del magistrato si «appanna»*, in www.forumcostituzionale.it, 2 dicembre 2004; S. ERBANI, *Gli illeciti disciplinari del magistrato*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario: concorso, funzioni, scuola della magistratura, ufficio del pubblico ministero e responsabilità disciplinare (legge delega e decreti delegati)*, Milano, 2006, 319.

²⁷ Cass. civ. Sez. Unite, 13 dicembre 2010, n. 25091; Cass. civ. Sez. Unite, 5 luglio 2011, n. 14665; Cass. civ. Sez. Unite, 24 giugno 2010, n. 15314, in *Foro it.*, 2014, fasc. 7-8, 1, 2195-2200.

Peraltro, il riconoscimento al magistrato del diritto di critica politica, seppur limitato nelle modalità, può ulteriormente dedursi dalla tesi che vuole negare la sussistenza di un dovere assoluto di riserbo sui fatti della vita politica, dovere che non è deducibile dalla lettura dell'art. 98, comma 3, Cost. («Si possono per legge stabilire limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati [...]») o dalla legislazione primaria che dava attuazione alla disciplina costituzionale, per quanto abbia ampliato la previsione costituzionale al divieto di iscrizione e partecipazione, sistematica e continuativa, a un partito. Dunque, dalla disamina delle norme costituzionali dev'essere rifiutata, perché contraria a Costituzione, la pretesa che il magistrato non intervenga per esprimere critiche all'operato politico del governo o alla legge del Parlamento; al contempo, però, pare compatibile col dettato costituzionale, il condizionamento del diritto di libera manifestazione del pensiero in ragione dello speciale statuto costituzionale a cui il magistrato è sottoposto. In ogni caso, la valutazione complessiva della normativa suindicata, rafforza la tesi per cui il magistrato debba essere in effetti "sobrio" nelle proprie esternazioni, sulla scorta di quanto già aveva osservato il Costituente, durante i lavori preparatori dell'art. 98, comma 3, Cost.²⁸.

Su tal punto, concentrando l'interesse sulla disamina della fattispecie disciplinare della "partecipazione" ai partiti politici, prevista dal d. lgs. 109 del 2006, la dottrina ha precisato 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, infatti, 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 soltanto la sua immagine esterna), si deve ritenere legittima l'estensione del divieto d'iscrizione alla semplice partecipazione alla vita di partito²⁹. Posizione peraltro confermata, come poc'anzi accennato, dalla sentenza n. 224 del 2009 della Corte costituzionale che, nel dichiarare infondate le questioni di legittimità prospettate, ribadiva che al magistrato spettano gli stessi diritti di libertà garantiti a ogni altro cittadino e che quindi il magistrato stesso possa non soltanto condividere un'idea politica ma anche esprimerla: tuttavia, le funzioni esercitate e la qualifica rivestita devono imporre cautela, siccome

²⁸ Sull'interpretazione dell'art. 98, comma 3, Cost., 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. giustizia*, 1986, 6 e seguenti.; 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 giudice. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006, 304 ss.; A. SAITTA, *Art. 98*, in R. Bifulco, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, spec. 1921 ss.; L. COEN, *Art. 98*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (fondato da), S. BARTOLE, R. BIN (continuato da), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 899-900; N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, seconda ed., Bologna, 2008, 60-61; S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei giudici*, Napoli, 2008, 63 ss.

²⁹ L. COEN, *cit.*, 899; G. BORRÈ, *Commento al 3° comma dell'art. 98*, in G. BRANCA, *op. cit.*, 444, in particolare nota 7.

imparzialità e indipendenza devono essere 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.

In conclusione, il magistrato gode della libertà di manifestazione del pensiero, financo del diritto di critica a una legge del Parlamento (come, del resto, ogni altro cittadino), e tale libertà non recede di fronte alle garanzie di indipendenza, imparzialità e terzietà. Compito dell'interprete e del Legislatore diviene quello di bilanciare il diritto di critica politica del magistrato con i valori di eguale rilievo costituzionale. Tenuto conto che il potere giudiziario è un potere diffuso: dev'essere dunque tutelata la fiducia che il cittadino nutre nei confronti della magistratura - fiducia che ogni magistrato, col proprio comportamento, può offuscare o compromettere.

4. Prospettive.

A conferma dell'orientamento indicato (volto a definire i contorni dell'esercizio del diritto di critica da parte del magistrato), si collocano le dichiarazioni dell'ex presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, dirette al *plenum* del Consiglio superiore nella veste di presidente³⁰. In particolare, le indicazioni assunte all'inizio della XVII legislatura, quale presupposto (o pretesto, a seconda dei punti di vista) per un intervento in materia di illeciti disciplinari: «[...] a disorientare i cittadini contribuiscono –come da tempo rilevo- alcune tipologie di condotta che innescano periodicamente spirali polemiche e acuiscono molteplici tensioni. Mi riferisco in particolare alle esternazioni esorbitanti i criteri di misura, correttezza espositiva e riserbo; all'inserimento nei provvedimenti giudiziari di riferimenti non necessari ai fini della motivazione e che spesso coinvolgono terzi estranei; all'assunzione quando inopportuna di incarichi politici e alla riassunzione delle funzioni giudiziari dopo averli svolti o essersi dichiarati disposti a svolgerli»³¹.

Infatti, sulla scorta di tali suggerimenti, nel tentativo di arginare le esternazioni dei magistrati, il senatore Nitto Palma³² presentava un disegno di legge volto a condizionare il diritto di critica dei magistrati, attraverso la via disciplinare³³. Per tramite della modificazione dell'art. 3, comma 1 del d.lgs. 109 del 2006³⁴, si proponeva l'aggiunta di due ulteriori illeciti disciplinari extrafunzionali. In particolare, ai sensi dell'articolo 1, era introdotta la lettera *i-bis*, per cui avrebbero integrato un illecito disciplinare le esternazioni che: «nel contesto in cui

³⁰ Cfr. art. 104, comma 2, e 87, comma 10, Cost.

³¹ Cfr. ancora G. NAPOLITANO, *Intervento del Presidente Napolitano all'Adunanza pubblica del Consiglio Superiore della Magistratura*, cit.

³² Magistrato e avvocato, ex Ministro della giustizia durante la XVI Legislatura, componente del gruppo parlamentare Popolo della libertà, che nel corso della XVII Legislatura prendeva il nome di Forza Italia.

³³ Senato della Repubblica, Atto n. 112 e 112-A, *Disposizioni in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati e di trasferimento d'ufficio*, approvato in Commissione giustizia l'11 settembre 2013, d'iniziativa del senatore Nitto Palma.

³⁴ Vedi articolo 3, d. lgs. 109 del 2006.

sono rese rivelano l'assoluta e oggettiva assenza dell'indipendenza, della terzietà e dell'imparzialità necessarie per il corretto esercizio delle funzioni giurisdizionali»; e della lettera *i-ter*, che avrebbe dato rilievo disciplinare a: «ogni altro comportamento idoneo a compromettere in modo concreto, reale e grave l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza, nel contesto o nell'ufficio giudiziario in cui il magistrato esercita le proprie funzioni».

Peraltro, la fattispecie prevista alla lettera *i-ter* è simile a quanto disponeva la lettera *l)* del d. lgs. 109 del 2006 (è sanzionato disciplinarmente: «*l)* ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza») prima dell'abrogazione per effetto dell'art. 1, comma 3, lettera d) n. 4, legge 269 del 2006. Con la differenza che alla luce della lettera *i-ter* la condotta sanzionata avrebbe dovuto essere commessa «nel contesto o nell'ufficio giudiziario» e dunque nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, mentre la lettera *l)*³⁵ del d. lgs. 109 citato puniva il magistrato per «ogni altro comportamento» che avesse compromesso l'indipendenza, terzietà e imparzialità, anche al di fuori delle funzioni giurisdizionali. La clausola aperta di cui alla lettera *i-ter*, limitata ai soli illeciti funzionali, si proponeva come punto di mediazione per superare la rigida tipizzazione introdotta nel 2006, evitando però l'apertura degli illeciti a ogni altro comportamento commesso fuori dall'esercizio delle funzioni giurisdizionali.

Si osservi che alla luce della lettera *i-ter* il comportamento sanzionato avrebbe dovuto compromettere il magistrato in modo «concreto, reale e grave»: un onere della prova “diabolico”, capace di nuocere all'applicabilità della norma o comunque in grado di impegnare, ancora una volta, il giudice disciplinare all'individuazione delle singole fattispecie. Un'apertura dell'area disciplinare verso i comportamenti extrafunzionali era realizzata con la lettera *i-bis* sebbene, si noti ancora, l'onere probatorio, ai fini della configurabilità della responsabilità disciplinare, avrebbe richiesto l'assolvimento della «assoluta e oggettiva» lesione dei beni costituzionali a presidio della funzione giurisdizionale: ancora una volta una prova “diabolica”, sia per la difficoltà di riconoscere le condotte capaci di compromettere in tale misura indipendenza, terzietà e imparzialità, sia perché avrebbe imposto al giudice disciplinare un complesso compito di individuazione delle fattispecie.

Sicché la proposta di riforma voleva perseguire, mediante l'inserimento di due apposite fattispecie disciplinari, l'obiettivo del magistrato apolitico, passivo, ai margini del dibattito politico. Se non addirittura silente, pena la sanzione disciplinare, rispetto ogni esternazione che potesse, in qualche modo, esprimere una critica politica. Tuttavia, a mediazione degli obiettivi, erano inseriti stringenti requisiti alla condotta, capaci di imporre, sotto il profilo pro-

³⁵ Per la sua generalità la lettera *l)* era criticata dall'Associazione nazionale dei magistrati, e dubitata di legittimità costituzionale dalla dottrina, poiché in grado di «far promuovere l'azione disciplinare per una serie indefinita di comportamenti», cfr. G. FERRI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati per illeciti extrafunzionali*, in *Quest. giust.*, n. 5, 2008, 79 ss., che richiama in nota 39 in senso critico V. GREVI, *Lo spiraglio della giustizia*, cit., R. PINARDI, *Quando «l'immagine» del magistrato si «appanna»*, in www.forumcostituzionale.it, 2 dicembre 2004; S. ERBANI, *Gli illeciti disciplinari del magistrato*, cit., 319.

cessuale, un onere probatorio assai gravoso, e in grado di trasformare il giudice disciplinare in legislatore del caso concreto.

Tale disegno di legge, col parere contrario del Governo, allora presieduto da Enrico Letta, era approvato in Commissione giustizia del Senato col voto favorevole dei gruppi parlamentari del Popolo della libertà, Unione di centro, Grandi Autonomie e Libertà (GAL), Scelta civica e Lega Nord, il voto contrario del Movimento 5 Stelle e l'assenza in Commissione giustizia del Partito democratico³⁶. Da allora, l'iter parlamentare del disegno di legge non è più proseguito.

5. Alcune modalità di intervento dei magistrati nel dibattito sulla revisione costituzionale.

Sulla base degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari cui si è fatto breve cenno, non pare potersi affermare che vi possa essere rilievo disciplinare per le esternazioni di un magistrato a favore o contro la revisione costituzionale, e più in generale rispetto a una legge del Parlamento: i magistrati godono d'altronde della libertà di manifestazione del pensiero e del diritto di critica politica³⁷.

In effetti, questa è la risposta che emerge dalla disamina di diverse delibere che il Consiglio superiore adottava in sede disciplinare dove il tema indagato non è se il magistrato gode del diritto di critica politica, piuttosto *come* tale diritto debba essere esercitato.

In tal senso, il diritto alla libera manifestazione del pensiero dev'essere bilanciato con i valori di egual rango costituzionale³⁸, tenuto conto che nel bilanciare gli interessi in gioco, il sacrificio alla libertà di manifestazione del pensiero deve limitarsi alla stretta necessità³⁹.

Per tale via è stato affermato che l'equilibrato bilanciamento fra diritti di egual misura non comprime la libertà di manifestazione del pensiero, piuttosto ne limita l'esercizio anomalo o l'abuso, giacché i valori di cui agli articoli 101 e 104 Cost. si riferiscono al concreto esercizio della funzione giudiziaria e sono da assumere a regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento, per non far dubitare dell'imparzialità e indipendenza⁴⁰.

Tuttavia, come poc'anzi accennato, occorre considerare che la casistica sulle esternazioni dei magistrati in ragione della revisione costituzionale è assai varia; per questo motivo paiono opportune ulteriori riflessioni a partire, in primo luogo, da alcune delle diverse mo-

³⁶ Per un riassunto delle diverse posizioni, si veda: C. LUPI ROMA, *Passa il ddl «anti-Esposito» di Nitto Palma. Norme punitive per i magistrati che rilasciano «dichiarazioni lesive». Primo ok in commissione Giustizia al Senato con i voti di Pdl, Lega e Sc-Udc I Pd e M5S contrari. Levi: «Rappresaglia sui pm»*, Unità, 12 settembre 2013.

³⁷ Cfr. ancora Corte cost. 100 del 1981; vedi altresì, Consiglio superiore della magistratura, sezione disciplinare, procedimento 363 del 1982.

³⁸ Cass. civ. Sez. Unite, 17 gennaio 1986, n. 276, in *Mass. Giur. It.*; Cass. civ. Sez. Unite, 3 giugno 1993, n. 6179, in *Mass. Giur. It.*, 1993.

³⁹ Consiglio superiore della magistratura, sezione disciplinare, procedimento 301 del 1982; 15 del 1987.

⁴⁰ Cass. civ. Sez. Unite, 26 ottobre 1998, n. 10618, in *Mass. Giur. It.*, 1998.

dalità in cui il magistrato è intervenuto per manifestare il proprio convincimento in occasione del proposta di revisione costituzionale, di cui al referendum del 4 dicembre 2016, così da poter individuare alcuni ulteriori spunti di riflessione.

Una delle modalità di comunicazione utilizzate dai magistrati per esprimere il pensiero circa la revisione costituzionale è l'adesione agli appelli variamente orientati o per il sì o per il no⁴¹. Talvolta i magistrati hanno firmato gli appelli col nome e cognome, senza indicare l'appartenenza all'ordine giudiziario; talaltra hanno firmato l'appello indicando l'appartenenza dopo il nome e il cognome⁴². A favore dell'opportunità di non indicare l'appartenenza alla magistratura vi sono una serie di indicazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale⁴³ e richiamate sin dal dibattito in Assemblea costituente⁴⁴: ove in sintesi si è affermato che il magistrato non soltanto dev'essere indipendente ma deve anche apparire come tale. L'adesione a un appello schierato per il sì o per no potrebbe offuscare l'immagine della magistratura agli occhi dei consociati, allorché a fianco del nome e cognome fosse inserita l'appartenenza all'ordine giudiziario. D'altronde, se il tema è il diritto del magistrato di manifestare il proprio pensiero, financo fosse una critica politica alla revisione costituzionale, nelle modalità dell'adesione a un appello, tale diritto non sarebbe in alcun modo negato o mortificato da una previsione, da inserirsi magari a livello deontologico, che facesse divieto ai magistrati di firmare un appello con l'indicazione dell'appartenenza alla magistratura: ciò dovrebbe valere sia per i magistrati in attivo, sia per i magistrati a riposo. Una proposta, quella di far divieto di menzione riguardo all'appartenenza all'ordine giudiziario, che parrebbe avere riscontro nella già richiamata sentenza della Corte costituzionale 224 del 2009, nel punto in cui è affermato che i magistrati devono essere imparziali e indipendenti, 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». Seguendo tale regola, l'esercizio del diritto di critica, nelle sue modalità di estrinsecazione, non provocherebbe alcuna lesione della considerazione di cui

⁴¹ Per il no alla revisione costituzionale vedi appello del Circolo Libertà e giustizia, del 27 marzo 2014, rinvenibile sul sito web www.libertagiustizia.it (*Verso la svolta autoritaria*) e l'appello lanciato dalla testata giornalistica Il Fatto quotidiano dell'11 marzo 2006 (*Referendum costituzionale, firma l'appello per dire no alle riforme che riducono la democrazia*). Per il sì alla revisione costituzionale si veda l'appello per un 'pacato sì' del giugno 2016, pubblicato sul sito www.pacatosi.org.

⁴² Cfr. l'appello del Coordinamento democrazia costituzionale, dell'aprile 2016, rinvenibile sul sito web www.coordinamentocostituzionale.net

⁴³ Cfr. ancora Corte cost. n. 224 del 2009, n. 224, in *Giur. cost.*, 2009, 2577 con osservazioni di R. CHIEPPA, *cit.* In senso critico si veda E. TIRA, *Libertà di associazione e indipendenza/imparzialità del giudice: un bilanciamento tra valori costituzionali*, in rivista telematica *Forum costituzionale*, consultato il 20 settembre 2016. 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».

⁴⁴ Cfr., ad esempio, A. MORO, Assemblea costituente, Atti, seduta del 31 gennaio 1947, 257; A. Bozzi, Assemblea costituente, Atti, seduta del 6 novembre 1947, 1800.

deve godere il singolo magistrato, nonché della dignità e credibilità dell'ordine giudiziario⁴⁵, siccome non vi sarebbe alcuna menzione circa l'appartenenza dell'aderente all'appello alla magistratura. Si eviterebbe inoltre di esporre il singolo magistrato a valutazioni "maliziose", stante nella considerazione che il magistrato utilizzi la sua qualità, o semplicemente l'autorevolezza o notorietà acquisita nell'esercizio delle sue funzioni, per influenzare in qualche modo l'opinione pubblica⁴⁶ o per trarne benefici personali⁴⁷. Tale ricostruzione è peraltro coerente con quanto dispone l'art. 2, ult. comma, primo periodo, del Codice etico della magistratura, secondo cui: «Nelle relazioni sociali ed istituzionali il magistrato non utilizza la sua qualifica al fine di trarne vantaggi personali, di procurare vantaggi a sé od altre persone».

In tal senso: da una parte v'è la persona alla quale è riconosciuto in pieno il diritto di esprimere la propria opinione, ai sensi dell'art. 21 Cost.; su altro piano v'è il magistrato al quale è chiesto, in virtù della posizione costituzionale assunta, di evitare comportamenti che possano compromettere l'immagine della magistratura e dunque la fiducia del cittadino.

Di contro si potrebbe obiettare che l'indicazione dell'appartenenza all'ordine giudiziario nulla aggiunge e nulla toglie al magistrato e alla sua imparzialità, che deve essere esclusivamente valutata con riferimento ai provvedimenti, i quali ai sensi dell'art. 111 Cost. sono sottoposti all'obbligo di motivazione e dunque al controllo della collettività. In effetti l'indicazione di tale appartenenza non fa che rendere palese un dato oggettivo, nel segno della trasparenza e quindi della democrazia. D'altronde, impone al magistrato, seppur sul piano deontologico, di non indicare la propria appartenenza alla magistratura significherebbe obbligarlo a occultare un dato che peraltro, si è poc'anzi osservato, non rileva ai fini dell'esercizio del diritto a manifestare il proprio sì o no alla revisione costituzionale⁴⁸, semmai incide sul lato dell'immagine della magistratura.

In ogni caso, nel valutare l'opportunità (o l'incongruità) di una norma che imponga al magistrato di non indicare l'appartenenza all'ordine giudiziario, si deve considerare anche la necessità di una riflessione sopra i contenuti dell'appello. Infatti, nella disamina delle diverse fattispecie si nota che il testo dell'appello spiega, solitamente più con affermazioni apodittiche che con riflessioni di merito, le ragioni per cui si raccolgono le firme per il sì o per il no. Orbene, soprattutto nel caso in cui l'appello consenta l'indicazione della professione o del corpo di appartenenza, e comunque nel caso in cui il magistrato decida di indicare dopo nome e cognome la sua appartenenza all'ordine giudiziario, particolare cautela è da raccomandare ai magistrati quando il testo dell'appello contenga valutazioni su temi di intenso dibattito politico: questo è stato senz'altro il caso della revisione costituzionale sottoposta a referen-

⁴⁵ Cfr. ancora: Consiglio superiore della magistratura, sezione disciplinare, procedimento 301 del 1982.

⁴⁶ Consiglio superiore della magistratura, sezione disciplinare, procedimento 54 del 1999.

⁴⁷ G. M. FLICK, *Magistratura, incarichi extragiudiziari e politica*, in *Riv. AIC*, 1/2016, 3.

⁴⁸ Simili argomentazioni sono state formulate da E. Tira, *Libertà di associazione e indipendenza/imparzialità del giudice: un bilanciamento tra valori costituzionali*, in rivista telematica *Forum costituzionale*. 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».

dum il 4 dicembre 2016. Nella fattispecie appena prospettata, se le valutazioni trascendono in gratuite denigrazioni, diffamazioni per l'altrui reputazione e, ancora, se palesino disprezzo per i valori di rilievo costituzionale, ovvero parzialità o slealtà istituzionale⁴⁹, devono imporre al magistrato un dovere di astensione dall'apporre la propria firma. Fermo restando che il pensiero si distingue pur sempre «per il fatto di essere controvertibile, di produrre discussione, dissenso, dialettica delle idee»⁵⁰.

Ulteriore modalità in cui i magistrati sono intervenuti sul dibattito riguardo al referendum sulla revisione costituzionale è la partecipazione a incontri pubblici dedicati a esporre le ragioni del sì o del no al referendum. A riguardo, non dev'esservi alcun dubbio che ai magistrati debba essere consentito persino di partecipare a comizi politici e prendere parola, siccome «non integra, di per sé, violazione dei doveri del magistrato, né condotta compromissiva del prestigio dell'ordine giudiziario, ma rientra fra i diritti di libertà che la Costituzione garantisce a tutti i cittadini»⁵¹. Si deve applicare a tali ipotesi quanto già ricordato in merito al tipo di linguaggio utilizzato e ai toni, nonché alle generali circostanze di tempo e luogo ove tale intervento si svolge, avendo sempre cura dei beni costituzionali in gioco.

Medesime considerazioni paiono doversi fare in relazione a un'altra modalità utilizzata dai magistrati per esprimersi sulla revisione costituzionale: le interviste. A riguardo si ricordi che le dichiarazioni sulla revisione costituzionale che più hanno fatto dibattere sono state rilasciate da due magistrati che ricoprono, Piercamillo Davigo, l'ufficio di presidente dell'Associazione nazionale dei magistrati, Piergiorgio Morosini, la carica di consigliere presso il Consiglio superiore della magistratura⁵². Quanto all'intervista al quotidiano *Il Foglio*, oc-

⁴⁹ Consiglio superiore della magistratura, sezione disciplinare, procedimenti 301 del 1982; 376 del 1982; 1 del 1983; 15 del 1987.

⁵⁰ Consiglio superiore della magistratura, sezione disciplinare, procedimento 264 del 1989.

⁵¹ Consiglio superiore della magistratura, sezione disciplinare, procedimento 214 del 1977.

⁵² Il membro togato del Consiglio superiore della magistratura assumeva una posizione assai dura nei confronti del disegno di legge di riforma costituzionale: «Bisogna guardarsi bene dal rischio di una democrazia autoritaria. Un rapporto equilibrato tra Parlamento e organi di garanzia va preservato. Per questo al referendum costituzionale il prossimo ottobre bisogna votare no», cfr. A. CHIRICO, *Perché i magistrati vogliono fermare Renzi*, *Il Foglio*, 5 maggio 2016; G. BIANCONI, *Morosini (Csm), la «toga rossa» ostile al Partito della Nazione*, *Corriere della Sera*, 5 maggio 2016. A queste dichiarazioni seguivano quelle delle parti interessate. Da un lato, l'Associazione nazionale dei magistrati, il Consiglio superiore della magistratura e il Movimento 5 Stelle che, in sintesi, riconducevano la posizione espressa a sostegno del no alla libertà del magistrato di manifestare il proprio pensiero, garantita dall'art. 21 Cost. In particolare, L'Associazione nazionale dei magistrati affermava il pieno diritto del singolo magistrato di partecipare al dibattito sul referendum, nelle forme ritenute opportune e compatibili con il Codice etico, fermo restando che l'Associazione non avrebbe assunto alcuna posizione e che le posizioni espresse dal consigliere togato erano da ritenersi inopportune, cfr. i comunicati stampa dell'Associazione nazionale magistrati del: 22 aprile, del 6 maggio e del 21 maggio 2016 pubblicati sul sito internet www.associazionemagistrati.it. Sulla stessa linea espressa dall'Associazione nazionale dei magistrati si poneva il vice-presidente del Consiglio superiore della magistratura Giovanni Legnini (eletto in quota PD), seppur quest'ultimo, sul caso Morosini, richiamasse la necessità di un maggior rispetto degli altri poteri dello Stato, si veda A. GRANDI, *Accuse ai politici, Davigo è un caso. Csm: «Rischia di alimentare conflitti»*, in *Corriere della sera*, 22 aprile 2016. Dal lato di chi denuncia l'ingerenza della magistratura negli affari della politica, e l'eccessiva esposizione mediatica di taluni magistrati, vi sono i partiti di centrodestra (che però sulle critiche dei magistrati al progetto di revisione costituzionale non hanno ritenuto di doversi lamentare) e, in via inedita, il Partito democrati-

corre precisare che lo stesso consigliere del Csm Piergiorgio Morosini ha negato di aver mai rilasciato l'intervista, essendo, le sue dichiarazioni, l'esito di una "chiacchierata informale" con una giornalista. Ad ogni modo, le dichiarazioni del magistrato poi riportate dalla stampa hanno avuto ad oggetto non soltanto una critica alla revisione costituzionale, ma anche diversi giudizi sul governo Renzi, e in particolare sui ministri («mestieranti buoni a gestire il potere»), e sullo stesso funzionamento del Csm (dove «è tutto politica» e dove per la promozione ai posti direttivi conta di più il sostegno dei «politici, liberi professionisti, imprenditori» rispetto al merito, alle capacità e più in generale al curriculum vitae del singolo magistrato). Elemento comune delle fattispecie analizzate è che l'intervistato non dice se le dichiarazioni sono state rilasciate in quanto elettore, se a nome dell'associazione che rappresenta, se come componente di un organo costituzionale. Però, al contempo, dall'intervista emerge inequivocabilmente che la persona appartiene alla magistratura e/o è componente di una associazione dei magistrati, di una sua corrente o, ancora, di un organo costituzionale. Anche in tal caso v'è da ribadire che al pari di ogni altro cittadino, al magistrato spetta il diritto di manifestare il proprio pensiero: nel manifestarlo però -coerentemente a quanto dispone il Codice etico all'art. 6, comma 3-, il magistrato deve ispirarsi a: «criteri di equilibrio, dignità e misura». Il magistrato che è al contempo rappresentante di una Associazione, ha il diritto – dovere di esprimere l'opinione dell'Associazione di cui è parte: nelle interviste rilasciate agli organi di stampa deve però avere contezza che una sua dichiarazione verrà di tutta probabilità associata a quella dell'Associazione. In tal senso, è da condividere la decisione di Davigo, di non dichiarare se votare sì o no alla revisione costituzionale, in ragione del ruolo ricoperto presso l'Associazione dei magistrati⁵³; lo stesso ragionamento vale per il magistrato che è al contempo componente di un organo di rilievo costituzionale.

co. Si noti: nel panorama delle posizioni in sintesi riportate vi è un elemento inedito: il principale partito di centro-sinistra, il Partito democratico - in ragione della riforma costituzionale e del successivo referendum popolare, e della legge elettorale cosiddetta Italicum, approvate entrambe con una maggioranza parlamentare in cui essenziale è stato l'apporto dei voti del centro-destra (molti dei quali confluiti al Senato nel gruppo parlamentare Alleanza Liberalpopolare-Autonomie - ALA) -, era destinatario di quei commenti critici della magistratura che "per tradizione" degli ultimi vent'anni erano pressoché rivolti ad alcuni provvedimenti normativi del centro-destra.

⁵³ Redazione Ansa, *Referendum: Davigo, Anm non si schiera*, 2 ottobre 2016.